

37º JORNADA NOTARIAL BONAERENSE/ JUNIN 2011

**LA SOBREEDIFICACIÓN: UNA SOLUCION O LA
LA PROFUNDIZACION DE LA CRISIS URBANA?**

Tema 3: Propiedad Horizontal

Trabajo en equipo

Autores: María Nélide Dómina
 Diego Luciano Carbajal

Delegación Necochea

a) ordenar el espacio, de eso se trata

Hace ya bastante más de medio siglo, todas las tendencias líderes de la arquitectura mundial han extremado su preocupación y comunicado su alerta sobre el crecimiento irracional de las ciudades. La proliferación de las construcciones en pisos –una solución que la tecnología proveyó para asimilar el aumento insatisfecho de la demanda poblacional- contribuyó en gran medida a distorsionar el ámbito natural y, en consecuencia, a implantar cierto orden complejo y extraño en el comportamiento humano. Dice Richard Neutra:

“A pesar del progreso técnico, o quizás a causa de sus irregularidades, nuestro medio ha mostrado una tendencia ominosa a sustraerse cada vez más a nuestro control. Mientras más se aleja el hombre de la integración equilibrada de la naturaleza, más perjudicial se vuelve su medio físico. Las molestias y los destrozos nerviosos se han multiplicado en el medio metropolitano, como nos lo muestran estadísticas aterradoras”. (1)

b) ¿o ahora hay algo más?

Semejante denuncia ha caído en saco roto, tal vez por impavidez o incompetencia de los gobernantes, acentuadas por la influencia del capital concentrado sobre las decisiones políticas. Este último término de la ecuación del crecimiento ha traído aparejado (en grandes trazos) el descalabro económico actual, que –si bien se lo analiza- no sólo se debe a la famosa crisis de las hipotecas *subprime* o a la eclosión de un capitalismo financiarizado al colmo, sino que pareciera tener una causa impensada en las “crisis urbanas”, (término acuñado por el geógrafo inglés *David Harvey*) (2) provocadas, según su juicio, “*por una fiebre de la construcción sin importar qué*”. Alega *Harvey* que a partir de los años '80 la producción dejó de ser la actividad más conveniente para la colocación del dinero y fue la construcción la que comenzó a rendir la mayor tasa de retorno. “(.) *si yo invierto el precio sube; como el precio sube, más gente invierte, entonces sigue subiendo el precio*”. “(...) *la participación del mercado inmobiliario en el PBI [de USA] empezó a crecer y pasó de 90 al 130% [en el período 1994-2000]. “En la década del '80 se pensaba que Japón era una potencia y se cayó en los años '90 por la crisis de los precios de la tierra”, ejemplifica. Y agrega: “Hay intereses muy*

grandes (...) que quieren construir sin importar qué. Corrompen gobiernos para hacer obras que no van a ser de uso para nada”. (...) “Una parte de la explicación de la crisis en Grecia y España puede vincularse con estas malas inversiones en infraestructura”.

c) apagar el incendio

Esta solución (¿?) de la *sobreedificación* parece ser una respuesta, considerada más o menos apremiante, al problema ya planteado del precio desbordado de la tierra. Porque habrá de saberse que la tierra aumenta su valor en cualquier zona de la geografía que uno elija, pero más lo aumenta en el ejido de las ciudades que, a la manera de las antiguas poblaciones amuralladas, continúan a lo largo del tiempo conteniendo más y más habitantes, dentro del mismo perímetro. Y agigantando el abigarramiento en unas u otras zonas, según el grado de apetencia o de necesidad de los habitantes.

Claro que una solución para semejante distorsión de la “casa del hombre” no se va a resolver –ni siquiera paliar- a través de una intervención específicamente jurídica o notarial. Y tampoco mediante una o varias teorías producidas por otros tantos equipos de estudiosos. Pero tal vez, a fin de justificar su aparición en este trabajo, pueda nuestro concepto apoyarse en la simplificación que el citado *David Harvey* enuncia a modo de ejemplo: La edificación del “*sin importar que*” –sinónimo de “*malas inversiones*” (Grecia, España)- en contraste con la construcción organizadora y ordenadora (camino, ferrocarriles y nuevas ciudades chinas), destinadas a producir “*un alto impacto en la productividad*”, y un alivio para el colapso crítico de nuestras urbes.

d) allá vamos

Nos hemos permitido comenzar con los razonamientos precedentes porque, con independencia del aporte específico que intentemos acerca de la *sobreedificación* (3) desde nuestra disciplina, no nos parece ocioso observar la presencia del problema, abarcándolo desde el plano general. Ya en el albor de la ley 13.512, algunos autores reprochaban que, contrariamente al frenético avance tecnológico evidenciado por la construcción en los grandes edificios –del siglo

pasado-, el instituto amoldado entre nosotros a fin de reglar la propiedad horizontal, no ha evidenciado en el mismo lapso, avances de similar significación. Antes bien, se propone, la regulación de nuestro sistema aparece como *una adaptación de la vieja institución al nuevo requerimiento*.

Y puede que esta afirmación sea certera. Y aún justificable. Una módica reseña del derecho (""") de propiedad horizontal, nos ayudará a trazar un esquiso de nuestro cuadro de situación. Pero desde ya (y sin rebuscamiento dialéctico alguno), es dable demostrar la naturalización del ultraje al que nuestras grandes ciudades han sido sometidas. De tal suerte que, aún cuestionando desde nuestra óptica las aberraciones en marcha (y algunos entienden la "sobreedificación" como una de ellas), luego deberemos –necesariamente- vernos compelidos a acompañarlas con planes de organización administrativa y jurídica.

Ese apremio en dispensar el socorro legal al hecho real –como era esperable- dio como resultado una serie de controversias y de teorías encontradas, algunas de las cuales introdujeron más confusión que claridad. En esos aspectos –hay que decirlo- la ley específica (13.512, del año 1948) deja importantes vacíos y la reforma del Código Civil (17.711), que confiere una redacción aclaratoria a ciertos artículos (caso del artículo 33, sobre el carácter de las personas jurídicas) recién tendrá su aparición en 1968.

En consecuencia, a fin de comenzar por el principio –y aún a riesgo de burlar las citas iniciales, que claramente se oponen a la afluencia concentrada de estas construcciones por pisos-, nos proponemos una observación primaria sobre algunas de las problemáticas –muchas aún irresueltas- de la propiedad horizontal, para luego "elevarlas" al tratamiento de la sobreedificación.

d.I. nuestra familiar y poco conocida PH.

A fin de continuar la relación histórica entre el "novedoso" hecho constructivo de las casas por pisos encimados y la estructura jurídica que habría de acompañarlo y escoltarlo, es útil recordar la observación que sobre la característica de esta figura expuso oportunamente *Zanón Masdeu* (4): "*Se trata de una institución creada por la realidad y no por el jurista*". El examen de la naturaleza del hecho y de su funcionalidad le permitió –entonces- al jurista, definir su característica fundamental y su especie: a) La existencia de dos propiedades –una privativa y otra común- integradas en una unidad que, a su vez, está relacionada con otras de su misma entidad y comportamiento; y b) En consecuencia de lo expresado, constituye una

forma especial (original, peculiar) del derecho real de propiedad (distinto al tradicional y al de copropiedad clásicos), al que –para su diferenciación- fue necesario asignar un adjetivo complementario: en general se coincidió en considerarlo un “derecho –real- autónomo” (aunque su amalgama generacional permite que a veces se le apliquen de modo auxiliar, las normas del dominio o del condominio originarios. Hay –por ello- jurisprudencia que lo ha considerado un derecho “mixto”: *“El régimen creado por la Ley 13.512 sobre división horizontal de la propiedad, presenta todos los caracteres esenciales del dominio respecto de las partes privativas y un condominio de indivisión forzosa en lo atinente a las comunes. El dueño de un piso o departamento está asimilado en el ejercicio de su derecho al propietario de cualquier bien raíz”*.

Y no parece demasiado extraño que así ocurra, toda vez que el derecho de propiedad horizontal debe reconocer en su complejión, una pluralidad resultante de la sumatoria de derechos con efectos diversos. *Hernán Racciatti* (5) –que sostuvo la naturaleza de la propiedad horizontal como un derecho real-, se ve precisado a una extensa enunciación de sus características propias, dentro las que enumera: 1. Una propiedad exclusiva, *pero* restringida a la situación especial de estar relacionada con el conjunto; 2. Una copropiedad sobre las cosas comunes *pero* de interés colectivo, lo que impide disponer al codueño de su eventual porcentaje, en forma separada de la propiedad privativa; y 3. La imposibilidad de la indivisión –forzosa- mientras subsiste la construcción, por encontrarse ésta erigida en un terreno común. Y mientras el dominio se caracteriza por una unidad de sujeto y objeto; y el condominio por una unidad de objeto y una pluralidad de sujetos, *Racciatti* propone como elementos particularizantes del sistema, la “*unidad jurídica y de destino*”. A través de una visión quizás más ajustada y terminante, otros tratadistas han definido a la propiedad horizontal como aquel “derecho real sobre *una unidad de un inmueble edificado integrada por partes privativas y comunes*, que atribuye facultades de uso, goce y disposición jurídica, conforme su particular régimen legal” (5)

d.II. nuestra PH y sus indispensables accesorios

La ley de propiedad horizontal es el importantísimo instituto creado –diríamos que primordialmente- a fin de poner orden a las construcciones un tanto anárquicas, nacidas para atender el problema socio-económico de la concentración urbana y, consecuentemente, del déficit habitacional que ésta producía. Es decir, un fenómeno que, *desde el fondo inmortal de la historia* viene dándose por ciclos, algunos de

suma extensión. En esta oportunidad el notable avance tecnológico impuso la ventaja de su nuevo *rush* constructivo al legislador, urgido por amoldar a este ímpetu las antiguas normas. Y en tal empeño no imaginó que el crecimiento de las “torres” demandaría la solución de otros problemas, hasta ese punto inimaginables.

Así es que la ley –y hasta el Código Civil- dejan abiertas innatas lagunas, algunas no tan mansas como las atisbadas precedentemente-, a las que la doctrina ha debido darles cauce oportunamente.

Y si se han planteado divergencias en cuanto a la naturaleza de la Propiedad Horizontal, otro tanto ha ocurrido –y no podía ser de otra forma- con los órganos creados para su funcionamiento y cumplimiento de sus fines: la asamblea, el consorcio y el reglamento de copropiedad y administración.

d.II.a. el Reglamento de Copropiedad y Administración

d.II.a.1. su naturaleza jurídica

El artículo 9º de la Ley 13.512 ordena taxativamente: “**Al constituirse el Consorcio de Propietarios, deberá acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración, por acto [de] escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad (...).**

*El Reglamento debe proveer **obligatoriamente**, por lo menos a los siguientes puntos:*

- a) *Designación de un representante de los propietarios (...)*
- b) *Determinar las bases de remuneración del representante y la forma de su remoción, debiendo nombrarse en su caso, el reemplazante, por escritura pública.*
- c) *La forma y proporción (...) de los propietarios a los gastos (...)*
- d) *La forma de convocar la reunión de propietarios (...)*”

Bien: Si debiéramos entender estrictamente su primer párrafo, entonces afirmaríamos que sólo una vez constituido el consorcio de propietarios estará permitido acordar y redactar el reglamento. Y entonces podría inferirse con razón que es el consorcio quien da nacimiento al Reglamento y no al revés.

Parece ser *el apuro* el causante de la redacción impensada.

“(…) *la ausencia del reglamento no impedirá que se regulen las relaciones de los distintos adquirentes, quienes podrán formar una especie de comunidad de derechos e intereses. Antes de la reforma de la ley 17.711 Lafaille ubicaba la situación en el campo de los contratos colectivos, donde la mayoría obligaba a la minoría para resolver, sin llegar a constituirse una persona ni una sociedad...*” (cit. Delegación San Isidro, XXV JNB, MdP., 10/09/1983).- Y más: En salvaguarda de la confusión que caracteriza al artículo 9º aludido, una consideración de la CN Civil, sala B, ED 19-138 aclara: “(…) El hecho de que el reglamento de copropiedad no haya sido redactado por el consorcio de propietarios, *como prescribe el art. 9 de la ley 13.512 (...)*, no puede ser motivo de agravio por el adquirente de uno de los departamentos que componen la finca (...)”.

Múltiples opiniones se han volcado sobre la naturaleza, oportunidad, limitaciones y carencias que exhibe –y de que adolece- el reglamento a que obliga la 13.512. Y estos análisis finos que le ha dedicado tanto la jurisprudencia como la doctrina, se justifican tanto por el afán del rigor académico cuanto por la simple y esencial claridad que reclama su aplicación: En términos directos y ceñidos cabe decir que en la propiedad horizontal “todas las decisiones concernientes a las partes comunes se toman a través de una entidad denominada *consorcio de propietarios*, sobre el cual ahondaremos más adelante. Y el modo en el cual este consorcio opera, se establece a través de un *reglamento de copropiedad y administración*.”

d.II.a.2. el Reglamento ¿es un contrato?

No hay dudas acerca de considerar al reglamento un ordenamiento jurídico a manera de *estatuto* que, de modo supletorio o complementario a la ley, esté dirigido a ordenar los derechos y obligaciones de los integrantes del consorcio, quienes deberán observar sus disposiciones con riguroso acatamiento. (El propio texto de la ley enumera en ocho incisos las cláusulas que deberá contener el reglamento).

En definitiva, es una imposición, tiene fuerza coercitiva y tiende a asegurar el cumplimiento “*de las determinaciones de la ley 13.512, que deben considerarse de orden público*” (Carlos M. Suárez, *La sobreelevación en Propiedad Horizontal*). De ahí que la inscripción registral de este *estatuto* marque y signifique el cambio de estado de propiedad de un edificio, convirtiéndolo –y “sometiéndolo”- a otro régimen: el de la propiedad horizontal.

Ahora bien: Con el estatuto ya descripto, pareciera que no cabe más que aceptar su naturaleza *propia*, nacida sobre todo de la razón de su creación y de las

cualidades que le dan entidad, y desechar o disipar ciertas objeciones, atendibles pero esfumadas por la fuerza de los hechos.

Así, el reglamento *no es un contrato* en el sentido clásico. Para serlo, sus normas deberían ser el resultado del *“acuerdo de todos los futuros o actuales condueños que tienen la intención de construir un edificio bajo tal régimen”*. Y bien sabemos que el reglamento puede nacer de la voluntad de varios titulares del dominio o –con mayor frecuencia- de un propietario único que construya el inmueble para fraccionarlo y venderlo sometido al régimen de la 13.512. *“(…) En ese caso pensamos también que es el contrato la única fuente de la obligación de los futuros propietarios, ya que si bien es cierto que el reglamento está elaborado por una sola persona, quienes adquieren prestan su consentimiento para someterse a él, en el momento de comprar su departamento (…)”*.

Aún la propia jurisprudencia ha ido acercando su posición hasta considerar su carácter como contractual, aunque la doctrina continúa variando su criterio entre su condición de contrato *“paritario o multilateral”* y *“contrato de adhesión”*. Así, se ha dicho que *“el reglamento de Copropiedad y Administración de un consorcio constituido en los términos de la ley 13.512 forma parte del título de dominio de cada uno de los copropietarios (6) y constituye la ley a la que deben ajustar sus derechos y obligaciones, constituyendo un verdadero convenio al que los propietarios deben someterse como a la ley misma, en los términos del art. 1197 del CC”*. (Cám. Nac. Civil sala “L” 24/09/1988). Pero también se ha dictaminado que *“(…) el reglamento de copropiedad constituye un contrato formal, multilateral, conmutativo, consensual, en el cual impera soberanamente la voluntad de las partes (...) en la medida en que los derechos que se obliguen a respetar recíprocamente y las obligaciones que se impongan no sean incompatibles con el régimen especial al que se someten las partes “*. Mariani de Vidal, M. (*Curso de Derechos Reales*, Ed. Zavalía, Tomo 2º, 1997) opina: *“Y ese carácter de contrato que reviste [el Reglamento] no alcanza a ser conmovido por el hecho de que la ley imponga cláusulas que obligatoriamente deba contener (art. 9 de la ley y 3 de su decreto reglamentario), ya que ellas sólo implican una razonable limitación de la autonomía de la voluntad; ni tampoco por el hecho de que pueda ser modificado por un sistema de mayorías que, en principio, es de dos tercios; ni menos aún en el supuesto de que se redacte de conformidad a la autorización contenida en el art. 1º del decreto 18.734/49 (autorización para redactarlo a toda persona física o ideal), pues aquí nos hallaríamos o bien frente a*

una oferta de contrato, que se perfecciona al ser aceptada por los distintos adquirentes de las unidades, o bien en presencia de un contrato de adhesión”.

Con sus variaciones, pues, la doctrina y la jurisprudencia coinciden en: a) Que el reglamento constituye un contrato; y b) De un modo menos unánime, que se trata de un contrato por adhesión.

Y aquí es conveniente distinguir en qué circunstancias y hasta qué punto limita el contrato de adhesión, la libertad contractual del adherente. En primer término, habrá que convenir en que la *adhesión* tiene lugar en la *aceptación* de la oferta. Vale decir que el adherente conserva –hasta la aceptación- su facultad de contratar o no contratar (7). Bien es cierto que alguna transacción inmobiliaria respecto de este régimen puede aparecer teñida por cierta desigualdad jurídica más o menos acentuada.

No obstante, la desigualdad no parece ser un rasgo particular de la contratación inmobiliaria, caracterizada por el consentimiento, sino antes bien, de uso en la contratación masiva. Y –aseveran los defensores de los contratos por adhesión- el Reglamento podrá ser modificado mediante el logro de las mayorías necesarias, razón por la cual las consecuencias jurídicas de la desigualdad –de existir- pasarían a tener menor valor o importancia.

Sobre el particular modo de aceptación de la oferta –que se constituye en el perfeccionamiento del contrato de adhesión/ reglamento- conviene recorrer la interpretación de Atilio Alterini, cuando distingue el contrato “predispuesto” del “contrato por adhesión”: “(...) *en el contrato predispuesto el oferente tiene un plan o programa de contratación, en tanto la adhesión es un modo de aceptar la propuesta: aquello es objetivo; esto, subjetivo*” (Atilio Alterini, *Contratos Civiles – Comerciales – de consumo*, Ed. Abeledo Perrot, 1999).

d.II.a.3. la prerrogativa de la reserva reglamentaria

Con la mayor soltura –y sin discusión alguna- se admite la cláusula del Reglamento de Copropiedad y Administración, según la cual su *redactor* (sea el propietario del terreno, uno o varios, o el constructor, o alguno de los futuros propietarios de unidades, o un tercero) se atribuya el privilegio de edificar, sobre o por debajo de esa construcción –a veces aún con materialidad en expectativa- nuevas unidades, o reformas a las ya existentes.

Siempre esa cláusula incluida en el Reglamento contribuye a exacerbar su carácter de contrato de adhesión, y en mayor medida cuando –como es costumbre-

no se completa la cláusula preferencial con ningún dato acerca de la obra que piensa construir el beneficiario sobre un edificio que habrá de ser propiedad de otros consorcistas, ni sobre las facultades jurídicas y/o negociales que éste adquiere en función del derecho arrogado.

Como ha podido comprobarse, las “lagunas” primigenias a que se hacía mención subsisten. Y aún más: el ordenamiento y la regulación que podrían pretenderse “a medida” en el momento de su nacimiento han resultado vetustas, insuficientes y contradictorias. Entonces, *a priori* (y aunque sólo por estas objeciones fuera) se hace imperiosa **una revisión** de cuanto concierne **al régimen de la ley de horizontalidad**, máxime si se está en vías de echar los cimientos de la *sobreedificación*.

d.II.b. el Consorcio de Propietarios

d.II.b.1. su naturaleza jurídica

Del mismo modo que la confusión descrita logra –a veces- colocar en una posición incómoda a la identidad del Reglamento de Copropiedad y Administración (derivada ésta de la vacilación originaria que transmite la propia ley 13.512), así también ese vacío natal de la ley ha dado posibilidad al nacimiento de dos posiciones contrapuestas, respecto de la personalidad del Consorcio de Propietarios.

A primera vista parecería indiscutible que ha nacido sin ella, por cuanto la ley ni siquiera habla del *consorcio* (excepción hecha del artículo 9º) y, como se ha expresado, la reforma del Código recién se produjo en 1968. Pero quienes primero sostuvieron la calidad de persona de derecho del consorcio, se fundamentaron en el inciso 2º del artículo 33 –que diferencia a las entidades de carácter público de las de carácter privado-, y dice: [Tienen carácter privado]: Las sociedades civiles y comerciales o *entidades* que conforme a la ley tengan capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, aunque no requieran autorización expresa del Estado para funcionar.

El doctor J. H. Alterini sostiene que la cuestión no queda resuelta ni se abasteca sólo con el marco que le brinda el inciso 2º del artículo 33. Un trabajo que le es propio, en colaboración con la Dra. Gabriela A. Vázquez, denominado *Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes*

publicado en LA LEY 2007-C, 1076, es de tal interés para el tratamiento del tema que –a nuestro parecer- agota las posiciones favorables y negativas, en cuanto aquellas son las respuestas a éstas y de este modo son expuestas en la obra. A los criterios sopesados y sobre todo a los fallos producidos, nos remitimos.

Una vez que la mayoría parecía haber dominado el debate sobre la personalidad del consorcio en sentido favorable, surgió un fallo del año 1984 (Sala A de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal), que dictaminó que el consorcio no podía considerarse una persona de existencia ideal, porque *“tal situación jurídica se explicaría como una manifestación de la “comunidad de derechos”*. Y que el consorcio no sería un sujeto distinto, porque *“carecería de un interés autónomo al del conjunto de los copropietarios”*. El estudio replicó apoyándose en que: a) No define el caso la ausencia de intereses distintos entre la persona jurídica y sus miembros. Y ejemplifica: Una sociedad civil –que es persona jurídica- contiene una *tajante* separación patrimonial, en cuanto excluye a sus miembros de satisfacer las deudas de ésta (artículo 39 del CC). Sin embargo, sin contrariar a la sociedad su condición de persona jurídica, el artículo 1713 del CC instituye que *“los acreedores de la sociedad son acreedores, al mismo tiempo, de los socios (...);* y b) Por otra parte –dice el trabajo- existen intereses claramente autónomos entre el Consorcio y los propietarios: Si no resultara así, sería inconcebible que el administrador pudiera accionar contra cualquiera de los consorcistas (artículo 15 de la ley 13.512). Esto podría ocurrir sólo si el consorcio y la gestión del administrador *“se explicaran en el estrecho marco de la relación del mandato”*. Y si así fuera, el celoso administrador no podría actuar contra el consorcista, pues estaría contrariando la norma del artículo 1907 del CC.: *“El mandatario debe abstenerse de cumplir el mandato, cuya ejecución fuere manifiestamente dañosa al mandante”*; y c) Por fin, si se desconoce la personalidad del consorcio, sería posible encontrar al administrador ejerciendo la representación simultánea de intereses contrapuestos de unos y otros consorcistas, *pese a que todos ellos se los presenta como mandantes individuales, a todos les debe consiguiente fidelidad* (artículo 1908 del CC).

d.II.b.2. el administrador como representante legal ¿de quién?

Del mismo modo que ocurre cuando se interpela a la exigua claridad de la ley respecto de sus cuestiones específicas, también sobre el tema del rubro surgen equívocos, derivados de su imprecisa terminología legal.

El trabajo de Alterini y Vázquez –al que retornamos- invita a un repaso acerca de las modificaciones sucesivas usadas cada vez que la ley aludió al “administrador”. Porque este tratamiento propuesto, también interesa a la cuestión de la personalidad jurídica del consorcio. Según el trabajo citado, la figura representativa del administrador pasa por las siguientes variantes: (a) *La ley 13.512 alude al administrador como “el representante”*(arts.9, 10, 11 y 15); (b) *se menciona al “representante”, a secas, en los arts. 9º inc. b) y 15º, primer párrafo;* (c) *se alude al “representante de los propietarios” en los arts. 9º inc. a) y 15º párrafo tercero, así como en el art. 5º, segundo párrafo, del Decreto Reglamentario 18.734/49;* (d) el art. 10º de la ley se refiere al *“representante de los condóminos”;* (e) otra modificación importante contiene el art. 11º, *que en su primer párrafo “in fine” designa al administrador como “mandatario legal y exclusivo de aquellos”* [los propietarios]; (f) el artículo 8º emplea la *designación de “administrador”* y en el art. 3º, inc. 7) del Decreto Reglamentario se lo designa, alternadamente, *como “representante” o “administrador”*. Repasada esta cantidad eximia de *variaciones sobre el mismo tema* y en el terreno obligado de la selección, el intérprete decide –en unidad con los autores- optar por la mención a la investidura “legal” a que se acerca el art. 11º. El administrador - representante “legal” sólo puede ejercer la representación –en este caso- de una persona jurídica que, por su propia naturaleza, es impotente para actuar por sí misma, pero que puede hacerlo *por el ministerio de los representantes que sus leyes o estatutos les hubiesen constituido* (art. 35, CC). Vale decir que el administrador, en su carácter de representante legal (art. 10º de la ley), lo es de la persona jurídica “consorcio”. (La cita de Vélez Sarsfield al artículo citado, apunta de manera inexorable que “cuando se da por fundamento necesario de la representación artificial, la incapacidad natural de obrar a la persona jurídica, que es un ser ideal, debe entenderse esto literalmente (...) La persona jurídica, pues, sólo por medio de sus representantes puede adquirir derechos y ejercer actos, y no por medio de los individuos que forman la corporación, aunque fuese la totalidad del número (...)”

d.II.b.3. la capacidad de derecho del consorcio/ sus fines/ compra de inmuebles.

La jurisprudencia ha dejado mayoritariamente sentado, pues, que el consorcio es un verdadero sujeto de derecho con personalidad propia, al cual la ley ha conferido la gestión y el manejo de las cosas comunes, reconociéndole aptitud para

realizar aquellos actos que concuerdan con los fines de su creación. La restricción que se le plantea está –para algunos- basada en los términos del art. 35 del CC.: “Las personas jurídicas pueden, *para los fines de su institución*, adquirir los derechos (...)”. Claro que la capacidad del consorcio –como la de otra persona jurídica cualquiera- puede variar en mayor o menor grado, en su ajuste al principio de especialidad (*los fines de su institución*), sin que ello modifique la existencia misma del sujeto. (Sobre el particular puede leerse la opinión –hasta risueña- que acuña Jorge Llambías cuando dice: “La personalidad no es, por su misma sustantividad, propiedad que se pueda detentar de manera disminuida. Lo que se puede tener en más o en menos es la capacidad, pero no la personalidad, que hace a la existencia misma del sujeto y, desde ese punto de vista, se es o no persona de derecho, pues es inconcebible que exista una categoría de semisujetos” (Llambías, Jorge Joaquín, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, t. II, núm. 1087, 3ª ed., 1967)

Ahora bien: ¿Entre qué parámetros quedan acotados los fines del consorcio?

Alterini-Vázquez (ob. cit) se preguntan “*si es posible captar en el consorcio (...) una capacidad jurídica que se extienda [p. ej.] a la facultad de adquirir bienes para sí, con los recursos que integran su patrimonio diferenciado.*”

Las respuestas positivas son de significativo fuste, desde la intención que expresa el artículo 8º de la ley cuando se refiere a la consecución de “*mayor renta*” a cargo de la gestión del consorcio, pasando por la doctrina jurisprudencial, que afirma: “(...) *la regla general es que, por principio, la persona tiene capacidad para ser titular de todos los derechos y para ejercerlos; que las incapacidades y limitaciones al libre ejercicio de la libertad deben estar señaladas por el ordenamiento jurídico* (arts. 19, Constitución Nacional y 53 y 62 del CC, CS, 06/11/1980, LA LEY, 1981-A), hasta las conclusiones del Tema I del XIII Congreso Nacional de Derecho Registral, Mendoza, 2004), una de las cuales categóricamente afirma que “*la capacidad de derecho del consorcio se encuentra limitada a los fines de su institución. El consorcio tiene capacidad para ser titular de unidades **dentro del inmueble** afectado al sistema de Propiedad Horizontal (sic)*”. (El fallo aludido en segundo término fue motivo de 2 disidencias: (a) *La capacidad sólo se limita a los actos de administración*; y (b) *El consorcio no está legitimado para ser titular de una unidad funcional, independientemente de cuál sea su destino, si bien se le reconoce capacidad para los actos de administración.*

Por su parte el Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires admite “que se proceda a la toma de razón de inmuebles del consorcio, siempre que

dichos actos respondan a la satisfacción de las necesidades de la institución para el cumplimiento, uso y defensa de los intereses comunes, es decir, siempre dentro de los fines que justifican la existencia del consorcio; esos fines serán calificados por el Escribano y/o juez, dejándose debida constancia en la escritura y/o testimonio judicial respectivo”.

De manera que, una vez acordada la legitimidad del consorcio para adquirir unidades funcionales, los actos formales de adquisición (venta, donación, legado, prescripción, subasta) serían indiferentes.

No obstante, esa capacidad del consorcio para la adquisición de inmuebles, se limita (hasta ahora) a las unidades que forman parte del edificio sobre el cual el consorcio asienta su personalidad. (El art. 1º de la 13.512 se refiere dos veces a “**el edificio**”). Con esta visión, no parece razonable dudar de que el ámbito de acción del consorcio respectivo no podrá superar esa línea limitativa sin desobedecer la figura que, dada su naturaleza de derecho real, está marcada por la norma de orden público que determina el “*numerus clausus*” (art. 2502 del CC). Otra limitación es la que se impone para los casos en que la asamblea decida la compra de una unidad funcional: a fin de poder concretar las aludidas adquisiciones, se insiste en contar con la decisión unánime de los propietarios. Esta posición se basa –tal vez- en una analogía, bastante curiosa, con la norma del art. 14º de la Ley: (*No podrá hipotecarse el terreno en que se asienta (...) si no cuenta con la conformidad de todos los propietarios. Cada piso o departamento podrá hipotecarse separadamente y el conjunto de los pisos o departamentos, por voluntad de todos los propietarios*) En cambio, la posición sostenida por la mayoría en el Congreso Nacional de Derecho Registral de Mendoza –ya citado- sostuvo: “*La adquisición por parte del consorcio se debe realizar con la previa aprobación de la asamblea, por el voto de la mayoría absoluta del conjunto de los propietarios, salvo que el Reglamento prevea una mayoría superior*” (arts, 8º y 10º, Ley 13,512). La adquisición de unidades no admite comparación analógica con el precepto del art. 14º, además de que la exigencia de la unanimidad tornaría prácticamente imposible que el consorcio “*ejerciera esa libertad jurídica [que] se presenta claramente acorde con la especialidad que caracteriza a esta persona de existencia ideal*” (art 35, CC).

d.II.b.4. quiebra del consorcio

No escapa tampoco al dictamen judicial, la controversia que pueda plantearse sobre el pedido de quiebra del consorcio. La naturaleza jurídica de este órgano –que

tanto interesa- tampoco ha sido muy explicitado por la ley 13.512, como se ha visto- lo que deja a la doctrina dividida entre quienes niegan o sustentan su personalidad. Y así, la controversia entre quienes sostienen que el consorcio es sujeto concursable –o no- se torna más álgida cuando, con el propósito de su exclusión del concurso, se apela –entre otras razones- a su carácter de *ley especial*: “*El consorcio está excluido de la admisibilidad del concurso, mediante una interpretación amplia del último párrafo del artículo 2º de la ley 24.522, según el cual no son susceptibles de ser declaradas en concurso las personas reguladas por las leyes 20.091 (...), 20.321 (...) y 24.241 (...), así como las excluidas por leyes especiales, entendiendo que la Ley 13.512 es una ley especial que, dado el modo en que dispone sobre el consorcio, lo excluye de la contingencia falencial (Highton, Elena/ Propiedad Horizontal y prehorizontalidad).*”

Por fin y resumiendo, en este tiempo de vigencia de la 13.512 existe una multitud de peticiones de quiebra del consorcio, las que –en general- fueron desestimadas, apelándose a criterios no siempre concordantes. Intentaremos una enumeración –muy sucinta- de algún caso de curioso interés.

a) Tribunal Civil Nacional, sala B, 26/12/2005

1. El tribunal dice: “La sala recuerda haber aceptado que el consorcio (...) tiene una personalidad jurídica propia y distinta de cada uno de los propietarios que lo integran.

Así que “la condena contra un consorcio sólo podrá hacerse efectiva sobre el crédito por expensas, fondos de reserva o bienes que, por su naturaleza, sean comunes e independientes a cada uno de los propietarios (...). Ello supone la existencia de un patrimonio no ejecutable, integrado por los espacios de entrada común, pasillos, escaleras, ascensores y demás cosas (...) de indivisión forzosa.

2. La sala también acepta que el consorcio (...) no es sujeto excluido de la quiebra por norma legal alguna.

3. La cámara agrega un precedente que consideró: (...) que la pretensión de apertura de concurso contra consorcio insolvente carece de aptitud para provocar una solución disvaliosa y nociva, cual sería la disolución de aquella comunidad, sujeta a una indivisión forzosa en orden a las prescripciones de la ley 13512 y del artículo 2715 del CC.

4. Alega la peticionaria que, decretada la quiebra, su efecto no es la disolución del consorcio, sino que “ello trae aparejado en forma conjunta el

embargo de todas las unidades funcionales y luego su posterior remate, con lo cual el consorcio seguirá existiendo con los nuevos adquirentes”.

5. Responde la cámara que ello no es así, en tanto el consorcio es una persona jurídica distinta a las personas físicas o jurídicas que lo integran [de modo que] la quiebra de aquella no podrá afectar los patrimonios de éstas”.

6. Sin embargo se señala que no es cierto que el consorcio tenga un blindaje por el cual puede contraer deudas y no pagarlas –como destaca la apelante-; simplemente, existe una imposibilidad jurídica, fáctica y funcional de decretar la quiebra de un deudor de tal especie (...).

7. La cámara desestima la apelación planteada.

b) Respecto de que el consorcio es una persona jurídica distinta a las personas físicas o jurídicas que lo integran, hay, sin embargo, quienes han entendido que existe “responsabilidad de los consorcistas por las deudas del consorcio” (Alterini, Jorge H.), explicando que los aportes de los consorcistas –en concepto de contribuciones varias- “constituye una clara nota de patrimoniabilidad”. La mera existencia del patrimonio del consorcio no implica que todas las obligaciones le sean imputables al ente con prescindencia de los propietarios que integran dicha comunidad.

1. Cámara 1ª Civil y Comercial, MdP, 22/04/1969.

El tribunal acepta que, siendo así, tratándose de una persona jurídica, con personalidad diferente y separada de quienes la integran, con nombre, domicilio y patrimonio, será susceptible de caer en concurso, voluntariamente o a requerimiento de terceros.

(Esta interpretación no es única y permite registrar un precedente jurisprudencial que llegó a pronunciarse afirmativamente sobre la declaración en concurso civil del consorcio insolvente).

e) ordenar el espacio, ordenar las normas; de eso se trata

Hasta aquí hemos intentado trazar sólo una narración de ciertos desacuerdos insitos en el funcionamiento de la ley 13.512, algunos de los cuales han devenido en litigios cuyos fallos resultaron insatisfactorios, aún para los propios encargados de administrar justicia. En nuestra medida y a través del uso profesional de los organismos de la ley, nos hemos ido convenciendo de la necesidad de **su revisión**.

Pero, con independencia de este criterio –al que cabría agregar una argumentación aún más específica- sucede ahora el activo advenimiento del análisis, no ya de la edificación en planos horizontales (de por sí conflictiva, como se ha visto), sino de la *sobreedificación*.

Algunos autores han sostenido que en las modernas ciudades “*se ha acentuado la necesidad de espacio y el encarecimiento constante de los terrenos*” [de ahí que] “*la importancia de la sobre elevación es cada vez mayor y que el crecimiento constante de la población (...) impone actualmente la necesidad de **aprovechar** hasta el grado máximo conveniente el área superior e inferior de los edificios ya existentes [aumentando] el número de plantas, sea a base de elevarlos a mayor altura, sea a base de edificar en el subsuelo*”. (Roca Sastre, Ramón, *Derecho Hipotecario*, cit. por Nelson A. Cossari y Daniel Luna, *El derecho de sobreelevar*)

No es este el punto de vista que sostienen los urbanistas más destacados, ni coincide, por cierto, con el diagnóstico sobre las ciudades y la vida humana en ellas, que expresa *Richard Neutra* en la transcripción inicial de este trabajo. Se trata de “ordenar” y no de “aprovechar” especulativamente el espacio hasta su grado máximo.

f) atribuciones y competencia

La ciudad y su crecimiento responden a la movilidad, aptitud, contención, frutos y, en general, todas las características y atribuciones –incluida la enfermedad- de un organismo vivo. Ese organismo será el albergue, la vivienda del hombre. E intervendrá grandemente en el futuro de sus “ciudadanos”. Sobre el tema de la ciudad y su relación con el ambiente natural que requiere el hombre (y en este caso el niño), nuestro citado *Richard Neutra* dice: “(...) [las habitaciones] *pueden abrirse a un pedazo de paisaje que suma sus naturales factores de salud al paisaje humano confinado bajo nuestra piel. Es posible dar a los niños las condiciones de desarrollo que los capaciten para formar comunidades futuras, biológicamente más soportables que nuestras actuales metrópolis, cuya exuberante tecnología sólo es controlada por el mercantilismo agresivo, pero no por aquello que el organismo humano puede tolerar*”.

De ahí que en el nacimiento y la evolución de la ciudad deberá intervenir no sólo una idea –ni un tipo de ideas o especialidades- sino un conjunto de creadores conceptualmente interrelacionados (un equipo interdisciplinario, si se quiere), que no sólo trace un “plan regulador” competente para ser cumplido; que no sólo intervenga

en la redacción de un aparente “código de edificación” (a menudo malversado o desconocido), sino que dé a luz el principio de bienestar apto para cobijar a “la familia del Hombre”.

De hecho, un gran número de calamidades de este género se debe a la indiscriminada desidia o tolerancia con que se ha dado rienda suelta a la construcción en propiedad horizontal.

g) sobre llovido ...

Es cuanto menos penoso soslayar las imaginables injurias que puede llegar a causar a nuestras ya vapuleadas ciudades la introducción de la práctica de la sobreedificación pensada únicamente como el “*aprovechamiento*” de cuanto espacio haya quedado libre; es más: no debieran autorizarse estos sobrepuestos constructivos amparados sólo por un número más o menos voluntarioso de personas por área, o por la ligera bondad de una prueba de aguante estructural, o de algún otro obvio recaudo que pudiera requerirse. Estas sobre-edificaciones y sub-construcciones, no deberían autorizarse sin haber pasado antes por el tamiz del más cauto estudio y del cuidado urbanístico más absoluto.

Al abigarrado y caótico crecimiento de nuestras ciudades –sobre el cual no parece necesario abundar- querrán adherírsele nuevas unidades, con la intención de aumentar la cantidad de seres en un mismo edificio, en una misma manzana, en una misma área; seres que requerirán de mayor cantidad de servicios (luz, agua, cloacas, recolección de residuos, transportes, aprovisionamiento, etc.) y abarrotarán en mayor grado con más automóviles, las vías de acceso, de salida, de comunicación, las “playas” o “parques” de estacionamiento. Todo ello en el mismo espacio, en la misma superficie existente, en este momento a punto de colapsar.

No hablemos ya de los edificios, proyectados para erigirse en un cierto volumen, como un objeto terminado en sí mismo, que deberán de golpe y porrazo convertirse en más altos –o en más profundos-, para lo cual reforzarán necesariamente sus estructuras de sostén y trazarán dentro de sí nuevas redes de provisión y distribución de agua, de electricidad, de acondicionamiento ambiental, de comunicación vertical, etc. Todo ello interviniendo, de manera real, en el seno del proyecto primitivo. Ni se nos ocurra pensar en la euritmia (armonía, estética) de las construcciones acopladas, ni en el exceso de viento que provocarán las mayores alturas, ni en su oscilación consecuente, ni en la nefasta proyección de su sombra, ni –*fundamentalmente*- en la pretendida seguridad constructiva (¿del conjunto?) que

al momento de la obra habrán de establecer los organismos técnicos; esos mismos organismos que no podrán afirmar idéntica seguridad al paso de algunos años.

Dice *William Hartmann*, miembro de la Junta de Administradores del Consejo de Planeamiento y Vivienda Metropolitano y de la Comisión de Progreso Arquitectónico de Chicago: *La vida útil asignada a muchos proyectos actuales, es mucho más breve que en eras anteriores. **La obsolescencia aumenta en relación directa con el perfeccionamiento tecnológico.** Esto atañe tanto a los edificios cuanto a la función que alojan. La revolución industrial, que ha producido muchos cambios en la arquitectura, está acelerándose. Podemos estar seguros de un hecho: las técnicas de construcción y los procesos funcionales se modificarán radicalmente en el futuro. La arquitectura reflejará esos cambios.*

h) el hombre de al lado (ordenar el espacio, ordenar las normas)

Quizás sea ésta la situación para procurarnos un recreo y comentar la película. Es la del conflicto que aparece con el acercamiento físico, la del antagonismo que surge con “el de al lado” por el disfrute de lo que uno carece, en fin, por la falta de paridad y también porque una casa y la otra, se agreden mutuamente. La película (se trata de “El hombre de al lado”) permite una cantidad de lecturas, desde la risueña estupefacción de la comedia negra hasta el retrato de la brutalidad, el egoísmo y la cobardía del ser humano, sazonado con una tensa capa de pintura sorda o violenta de las diferencias sociales.

Los protagonistas son dos. Pero el conflicto se entabla a raíz de un tercero, que no es un ser humano sino –como decimos- la casa. Una de esas casas, cuyo proyecto –del año 1954- es el único que toda Latinoamérica puede exhibir de entre la obra magnífica de Le Corbusier, uno de los más grandes arquitectos y urbanistas de la era moderna. La Casa Curutchet (así se la llama por el apellido del médico que encargó su construcción) está ubicada en un espacio abierto de la ciudad de La Plata, desafiándolo a través de sus volúmenes, sus ángulos, sus aperturas, sus transparencias, su luz. Es tal la luz recibida por esa casa y tan amplias sus aberturas, que el sol parece haber hecho de la casa su residencia. La otra casa, ubicada tan cerca, carece de todo ello. Y resuelve conseguirlo.

Y ahora sí, los dos protagonistas. Uno, el dueño de la casa luminosa. Y otro, el vecino. Que construye su vivienda al lado –no aprovechando la misma medianera- pero al lado, muy cerca de uno de los costados vidriados de la casa. Y cuando ese vecino (“el hombre de al lado”) advierte que a su vivienda, de pared perimetral ciega,

no le llega la luz, resuelve abrir sobre esa pared una ventana, de dimensiones considerables, por la que entrará el sol. Y desde la cual pueden verse perfectamente los interiores de la casa Curutchet, a través de sus grandes paños vidriados.

Bien: la disputa por ese sol, que parece absorber voraz y únicamente la Casa Curutchet, constituye el nudo central, el conflicto.

Tal vez el vecino infatigable defensor “a muerte” de su derecho a la luz, no esté contraviniendo ninguna reglamentación, dado que su agujero salvador no está siendo practicado en la pared medianera. Pero el dueño de la Casa Curutchet está sintiendo invadida su intimidad por un extraño. Por alguien que, por momentos, parece haberse adentrado en la vida misma de los antes gozosos dueños de esa espléndida casa.

De modo que la lucha por el sol –que es lo mismo que decir, por el disfrute del medio ambiente- pone en jaque a una obra que ha sido distinguida por la UNESCO como Patrimonio de la Humanidad. Y todo ello, debido a una apática, sino ausente, regulación del espacio urbano. (*El hombre de al lado*/ Argentina/ 2010/ Dirección: Mariano Cohn y Gastón Duprat).

i) meandros de la sobreedificación

No pretende nuestro trabajo –pretensión vana, por otra parte- elaborar un estudio del *derecho* de sobreelevar, que con tanta dificultad emerge apoyándose en cimientos reñidos con la vida humana más deseable y la euritmia de la arquitectura ciudadana –cuando la hay-, sino efectuar someramente algunas consideraciones tendientes a compatibilizar nuestro enfoque general (ya expuesto en la primera parte del trabajo), con la posibilidad de considerar una aplicación más adecuada –y, desde ya, menos nociva- a los métodos que se proponen para el “aprovechamiento” económico del espacio urbano.

Estamos abogando por el estudio a conciencia –tanto de la construcción en propiedad horizontal cuanto en la sobreedificación- de modo tal que la vivienda humana a erigirse se corresponda con el paisaje, con el ámbito de desarrollo previsible, con los servicios a demandarse y a prestarse, con la estética natural, en fin, con la vida habitable (vívida, vivificante). Entonces sí podría demostrarse que el resultado económico, tal vez esquivo en lo inmediato y en las grandes proporciones aspiradas, se convertirá en una ecuación consolidada en el mediano y largo plazo y, por consiguiente, en un resultado económico auténtico –en lo personal y en lo social- en conjunción con otros factores de signo positivo –ahorro de energía, disminución

de patologías físicas y psicológicas derivadas del hacinamiento de las grandes urbes, crecimiento del transporte urbano de calidad, ahorro de tiempo y ampliación del descanso-, todo ello a partir del ordenamiento y la regulación inteligente de los nuevos proyectos urbanísticos.

Como entendemos que no están dadas actualmente las herramientas políticas y normativas necesarias para lograr los fines expresados, y es una realidad apremiante la crisis habitacional de los centros urbanos, lo inmediato de la emergencia nos obliga a recurrir a las expresiones contractuales existentes, entre las cuales la sobreedificación parece ocupar un lugar de preponderancia.

Expresado lo que antecede, nos proponemos un recorrido sobre el derecho en el que se sustenta esta fórmula del nuevo crecimiento.

j) derecho de sobreelevar y otras relaciones

Ha sido descrito y conceptualizado 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”. Igual derecho asiste a quien, en vez de aprovechar el espacio aéreo sobre el edificio, utiliza para la construcción el espacio subterráneo.

El derecho de *sobreedificar* (asumimos nuevamente el vocablo que nos parece más justo) como tal no tiene, lamentablemente, regulación legal específica. Lo que existe en distintas jurisdicciones de nuestro país son normas de carácter registral tendientes a su publicidad. Dada su utilización –hasta excesiva- no debiera ser comprensible la falta de regulación de este instituto.

(No sería desatinado arriesgar que su íntima vinculación con el derecho de superficie, fuera la causa de las dudas y temores del legislador y que éste, titubeante ante su regulación, terminara acatando sin más las críticas contrarias a este derecho, que Vélez Sarsfield vertiera en su conocida nota al artículo 2503 de nuestro Código Civil. En este caso, a nuestro hipotético legislador le hubieran sido útiles algunas preguntas (y sus respuestas, claro): ¿Los fundamentos citados por el codificador fueron acertados? -Y aún admitiendo que lo fueran ¿son las actuales circunstancias las mismas de aquella época? –Por otra parte, tal vez admitiera el legislador que no fue esa la única vez en que el autor de nuestro Código Civil subestimó a los destinatarios de sus normas: Los registros inmobiliarios y su aplicación en nuestro país recuerdan su opinión al respecto).

Podemos decir que estamos ante una elaboración de la doctrina, forzada por la realidad contractual.

Las principales normas que han servido de base al desarrollo teórico del derecho de sobreedificar son los artículos 7º y 8º de la ley 13.512 y las disposiciones sobre la adquisición del dominio por accesión.

k) otras relaciones

Las disposiciones sobre *adquisición del dominio por accesión* –debe quedar claro-, no “juegan” de la misma manera en la propiedad horizontal que en el derecho de dominio regulado por nuestro Código.

En el Código, el propietario del suelo lo es también de todo lo que se adhiera a él, natural o artificialmente. Por el contrario, en la propiedad horizontal, los principios del Código Civil tendrán los mismos efectos mientras el edificio no supere, por enajenación de una o más unidades, la etapa denominada como “estado de propiedad horizontal”. Al pasar de este estado al nacimiento del derecho real de propiedad horizontal, se producirá la particularidad de que, siendo el terreno sobre el cual se asienta el edificio de propiedad de todos los copropietarios, no resultarán éstos ser los titulares dominiales de las unidades funcionales edificadas sobre aquel, hasta tanto no las adquieran por un título y modo suficiente, no siendo de aplicación el principio de accesión respecto de la propiedad de las mencionadas unidades. Por el contrario, en lo que hace al espacio aéreo o subterráneo –de propiedad de todos los consorcistas, y a las edificaciones que en esos sectores se erijan-, volverá a tener plena vigencia la adquisición del dominio por accesión, regulada por nuestro Código.

En cuanto a la naturaleza jurídica del derecho de sobreedificar, ésta es la de un *derecho personal*, obrando como barrera infranqueable el principio del *numerus clausus*. De configurar un derecho real, habría que enmarcarlo dentro del derecho de superficie –al que nos referiremos más adelante-, prohibido por nuestra legislación en lo que hace a su aspecto urbano.

El nacimiento del derecho real, no ya de superficie, sino de dominio, operará una vez concluida la construcción, en un total cumplimiento del contrato que le dio causa, actualizándose la voluntad de los cedentes del derecho de sobreelevar, de renunciar a la accesión sobre el dominio de la cosa construida que por ley les corresponde. Recién en este momento podemos hablar de la existencia de un derecho real de dominio sobre lo edificado, respecto del cual el contrato de

sobreedificación servirá de título, requiriéndose el modo para completar los elementos del derecho real, a lo que debe sumarse la modificación de plano y reglamento incorporando la nueva unidad.

A continuación damos nuestra opinión sobre algunas cuestiones propias de la contratación en torno al derecho en análisis que, por su trascendencia, deberían haber sido positivamente normadas. Ante la ausencia de regulación, no obstante, las discrepancias que genere su interpretación circularán por el derrotero judicial, aumentando de esta manera el desquicio de un sistema judicial ya colapsado.

El criterio con el cual hemos definido nuestra postura sobre estos temas, sin poder despegarnos de nuestro rol de notarios, es el de propender a la seguridad jurídica en la contratación.

Entre estas cuestiones podemos mencionar, la necesidad o no de contar con asentimiento conyugal en la cesión del derecho de sobreelevar. Esta cesión, si bien tiene por objeto derechos personales, es un acto de disposición con trascendencia real, razón por la cual consideramos que deberá otorgarse asentimiento conyugal, de corresponder. El carácter dispositivo está configurado por tratarse de la renuncia a un futuro derecho real, e implicar la disminución del valor de la unidad privativa del cedente. Por los mismos motivos consideramos necesario solicitar certificados de anotaciones personales por los cedentes.

En cuanto a la forma del contrato de cesión del derecho de sobreelevar, por su mencionada trascendencia real sobre inmuebles, ha de considerárselo como un acto formal, debiendo darse cumplimiento al artículo 1.184 inciso 1º del Código Civil.

La titularidad original de este derecho corresponde al o los propietarios que someten el inmueble a propiedad horizontal. A medida que se van transfiriendo las unidades, el derecho de sobreelevar proporcional se va transmitiendo con ellas, resultando titulares de este derecho la totalidad de los copropietarios.

Por lo tanto, titular derivado de este derecho puede ser cualquier persona física o jurídica, sea propietario de una unidad o no al momento de la cesión.

Dentro de estos adquirentes derivados, y en razón de su personalidad y capacidad, podemos encontrar al consorcio de copropietarios.

En cuanto a la vocación registral del derecho de sobreelevar, nos parece útil dejar sentada la siguiente aclaración:

Por tratarse de un derecho personal su registración, en principio, no sería posible, salvo que la misma estuviese dispuesta por ley. No obstante, por la trascendencia

real que tiene este contrato y el derecho objeto del mismo, distintas jurisdicciones han regulado su inscripción optativa y como publicidad noticia.

Coincidimos con estas soluciones, ya que ayudan a brindar seguridad jurídica, y al no tornar obligatoria su inscripción, no se desvirtúa la naturaleza real de nuestros registros inmobiliarios.

k.I. ¿la sobreedificación es una accesión?

Sin comenzar esta zona del trabajo con la disquisición de la naturaleza jurídica de la sobreedificación (derecho real o personal), acerca de la cual abunda una buena cantidad de posiciones, tan calificadas cuanto antagónicas, es de nuestro interés el regreso a la mención del *principio de accesión*.

Cuando se habla de propiedad horizontal, se conviene en que el *espacio aéreo* –todo aquello que se extiende “en líneas perpendiculares” por sobre el edificio –y en su caso por debajo en toda su profundidad- pertenece a los propietarios del suelo (artículo 2518 del CC.), o sea el *condominio de indivisión forzosa* constituido por todos los copropietarios de las unidades.

De modo que, si el espacio aéreo (sea de volumen cúbico perfecto, de paralelogramo –hasta las líneas perpendiculares-, o de forma volumétrica irregular es de propiedad del propietario del suelo, todo lo que se edifique en ese espacio, pertenecería a los propietarios del suelo. Es decir, la edificación sería una accesión. Y aceptándolo así, la sobreedificación también lo sería. El artículo 2571 del CC. señala taxativamente que “*se adquiere el dominio por accesión cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra, por adherencia natural o artificial*”.

Ahora bien: es natural que lo edificado por sobreedificación en un edificio sometido a la ley de propiedad horizontal, adquiera el carácter de la primera; vale decir, que esa construcción será una accesión de lo principal (el terreno) hasta que se otorgue –con su inclusión- el nuevo Reglamento de Copropiedad y Administración, a partir del cual las unidades construidas adquirirán su autonomía física y jurídica.

I) Derecho Real de Superficie: una inserción necesaria para otra edificación

I.I. La 25.509: una ley de promoción para ordenar la inversión forestal. No para la “casa del Hombre”.

Recordamos haber citado a *Zanón Masdeu* (punto I), definiendo a la propiedad horizontal como “*una institución creada por la realidad y no por el jurista*”. Parangonando aquel hallazgo del jurista, podría decirse respecto de la 25.509 (Derecho Real de Superficie *Forestal*), que se trata de una ley *dictada por la economía*.

El debate propuesto para la aprobación de esta ley –que ampliaría el *numerus clausus* del artículo 2503 del CC- se apoyó en la necesidad de la captación de recursos, internacionales si fuera del caso –y lo era-) a fin de fomentar la inversión en la plantación en enormes superficies improductivas. Para ello fue preciso la creación de una legislación compatible con la que ya campeaba en casi toda Europa y hasta en algunos países de América, tal que ofreciera a los inversores la apetecida y necesaria seguridad jurídica (9).

I.II. Derecho real de Superficie. Su evolución y vicisitudes.

Vélez Sarsfield, en la nota del artículo 2503 del C.C- sintetizó las razones por las cuales se suprimía al derecho de superficie de las legislaciones del siglo XIX (a las que adhirió), entre otros fundamentos porque “[hemos juzgado] *que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase o plantase en suelo ajeno*”. Y agregaba: “*El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos*”. Aquel derecho consistía en “*poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc. adherentes al suelo, sobre los cuales tenía un derecho de propiedad independiente del propietario del terreno, el cual sin embargo podía, por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno*”.

Sin embargo más tarde se produjeron cambios –en la economía y en las sociedades- que llevaron primero a incorporar el derecho de superficie al Código Civil alemán (1900), hasta que actualmente es un derecho admitido entre otros países en Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y en los Códigos de Québec de 1991, Holanda de 1992; el nuevo Código Civil brasileño, la Ley Catalana (2001), etc. Es obvio que el concepto de propiedad ha cambiado y que la sociedad tampoco es la misma.

En nuestro país fue una institución resistida, hasta que las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes en 1985, le ofrecieron un aval definitivo. Cabe agregar que en los proyectos de 1987, 1993 y 1998 fue incluida.

(El proyecto de Código Civil de 1998 incluye el derecho real de Superficie en el libro V, título VI, donde pueden encontrarse las disposiciones generales –entre los artículos 2018 y 2023-; allí se define a la superficie [como] el derecho 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 los cincuenta años, puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa, por un lapso que no exceda los cincuenta años contados desde su celebración”. Según este proyecto los legitimados para constituirlo son los titulares de derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Aquí el propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponda a su derecho, pero sin turbar los derechos del superficiario. Y en el Capítulo II (Disposiciones Particulares), que se extiende entre los arts. 2024 y 2028, determina que se aplican las normas de *construir* y forestar, y establece que se puede extinguir el derecho real de Superficie por su no uso durante diez años consecutivos y además brinda el derecho al superficiario a hipotecar lo *construido* o forestado.)

Finalmente este Derecho Real de Superficie fue receptado en nuestro Sistema Jurídico por la Ley 25.509 del 14 de noviembre de 2001, promulgada el 11 de diciembre de 2001, como quedó expresado en el párrafo V.a. precedente, modificándose los artículos 2503 y 2614 del Código Civil.

Pero se lo incluye circunscribiendo sus efectos a la forestación y a la silvicultura –un detalle nada menor si se sopesa el incentivo que la ley puede despertar en el ámbito de la construcción-.

Está claro que la intención subyacente en la ley, su época de promulgación y los derechos –incluido el plazo de duración del contrato- (10) acordados, pueden suscitar alguna suspicacia, que se hizo evidente en el debate legislativo (11).

Pero está claro también que la simple ampliación comprensiva de la superficie para edificación, convertiría a la ley en un aliciente valioso para instar a la construcción en terrenos suburbanos y/o urbanos, baldíos u ocupados por construcciones de baja altura, cuyos propietarios no disponen de la posibilidad de invertir en nuevas edificaciones.

I.III. Algo más sobre el *vapuleado* derecho

En cuanto a la Dra. Marina Mariani de Vidal, adentrándose ya en los contenidos del derecho real de superficie, define su normativa como *“aquel en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo, o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho real temporario, enajenable y transmisible ‘mortis causa’ (12).*

A partir de esta definición de la Dra. Mariani de Vidal, cabría arribar a una disección de este derecho, cuya naturaleza demandará cierto esfuerzo expresivo, como el que –en un principio- resultó necesario, aún para eminentes tratadistas, respecto de las partes constituyentes de la recién nacida ley de propiedad horizontal (13).

Este “derecho real de tener una cosa en terreno ajeno” admite de por sí dos maneras o circunstancias: I. La posibilidad de construir (o plantar) sobre suelo ajeno. De este modo se adquiere la propiedad de lo construido (o plantado), con independencia de la propiedad del suelo, de lo edificado (o plantado). Se estaría así, frente a un desmembramiento de la propiedad inicial, que admitiría dos etapas o transcurros: *“(…) uno durante la construcción o plantación, etapa en la cual el derecho se configura como derecho real sobre una cosa ajena [en este caso] el suelo asiento de la construcción o plantación. El otro plano se manifiesta una vez realizada la construcción o plantación, o sea la propiedad superficiaria; entonces el derecho se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido o plantado), respecto de la cual el superficiario tiene el poder de usar, gozar y disponer, bien que temporariamente. En tanto la construcción o forestación no se realice, no existirá propiedad superficiaria, pero sí derecho real de superficie, pues se trata de un poder autónomo actual sobre un inmueble ajeno, que constituye el germen de una futura propiedad superficiaria, situación que alguna doctrina francesa denomina inmueble por anticipación” (14).* Y II. Se manifiesta cuando se concede el derecho real sobre una construcción (o plantación) ya existente: El superficiario adquiere en este caso, un derecho real de superficie sobre cosa propia, con las mismas prerrogativas de uso, goce y disposición de lo construido, bien que temporariamente, conservando el superficiante su propiedad inicial y debiendo respetar los derechos adquiridos por el superficiario.

I.IV. la ampliación de la ley 25509

Esta normativa, más allá de la razón de sus orígenes, o su escasa regulación –de las que se la ha acusado- resulta un avance importante en materia de derechos reales. Ya hemos expresado la mayor facilidad que confiere la figura del derecho real de superficie, a fin de incentivar el aprovechamiento de terrenos baldíos, o para ampliar por obra de terceros edificaciones suburbanas existentes y aún con el objeto de la intervención de éstos en terrenos del Estado desquiciados por la construcción precaria y/o anárquica.

Es de alguno de estos modos que el derecho real de superficie se conecta con la sobreedificación, toda vez que brindaría la posibilidad de *“construir un volumen determinado sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno, y cuyo ejercicio convierte a su titular en propietario exclusivo de los departamentos privativos construidos, al propio tiempo que se integra al régimen de propiedad horizontal del inmueble”*(15).

La ley 25.509 constituye un avance importante en la legislación misma –decimos-, pero su texto la muestra renuente –o desinteresada- en cuanto a su utilización en la solución de los problemas habitacionales y a una más funcional urbanización ciudadana.

Es por esta razón que nuestra propuesta es la de reiterar –tal cual ha ocurrido en anteriores oportunidades- la inclusión de la edificación en el texto de la ley de superficie, no ya sólo limitada al ámbito forestal o de la silvicultura, sino en forma genérica, respetando el derecho de los terceros y lo relacionado con el derecho aéreo y el derecho ambiental.

I.V. La inserción de la ley en el Código Civil.

La Ley 25.509 señala en su artículo 1º: *“Créase el derecho real de superficie forestal (...) de conformidad al régimen previsto en la ley de inversiones para bosques cultivados y a lo establecido en la presente ley”*. Su artículo 12º señala: *“Modifícase el artículo 2614 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 2614: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término de el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna.”* El artículo 13º dice: *Agrégase al artículo 2503 del Código Civil como inciso 8º “La Superficie Forestal”*. El artículo 14º indica: *“La presente ley es complementaria del Código Civil”*.

La inclusión de estas disposiciones resultó necesaria porque en materia de derechos reales, nuestro Código Civil adopta el principio del número cerrado (*numerus clausus*, artículo 2502), según el cual los derechos reales sólo pueden ser constituidos por la ley. (Acerca de esta prohibición, debe admitirse que el legislador puede crear cuantos derechos reales considere conveniente). Pero no es este el caso, como más adelante se ratificará.

I.VI. la mano en la trampa

Resulta a todas luces criticable, en razón de la doctrina de la función social del Derecho de Propiedad, que la Ley 25.509 sólo legisle la superficie forestal. Se han dejado de lado las mejores enseñanzas de la doctrina local y desoído los intentos legislativos, que vinieron desde antiguo propiciando la incorporación del Derecho de Superficie edificada.

En las legislaciones de gran parte de los países del mundo la superficie edificada tiene una importancia suma en la legislación de los derechos contemporáneos. Insistimos: Lo correcto hubiera sido regular ambas variantes con amplitud y en forma conjunta.

Ahora bien: En razón de que la Ley 25.509 también modifica el artículo 2614, cabría preguntarse si es posible por vía interpretativa admitir todo Derecho de Superficie, inclusive la urbana, teniendo en cuenta lo dispuesto por el artículo 2519 del Código Civil Argentino que textualmente dice: "*Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera sea el valor de los trabajos*".

Algunos autores –pocos en realidad- han insinuado que podría haber quedado allí un resquicio que llevaría –como ocurrió en Italia y Francia-, a soluciones más deseables respecto del derecho de superficie. Por nuestra parte –y aún con esta grieta abierta- nos manifestamos contrarios a incluir al Derecho de Superficie en nuestro Derecho Civil por vía interpretativa y al margen de la ley 25.509. Ratificamos nuestra opinión de sostener el principio del *numerus clausus* y de la *tipicidad*, que impide recurrir a la analogía.

Esta posición no obsta para que sumemos nuestro desacuerdo al actual estado de cosas, en virtud del cual este derecho real agregado a nuestro Código se

encuentre sólo constituido a fin de normatizar jerárquicamente los contenidos de la Ley de Fomento y Promoción de Inversiones para Forestación (Ley 25.080). (16)

Y pensamos que el cercenamiento de posibilidades [con ese hecho] producido “no tiene justificación, más si destacamos que la Ley 25.509 es complementaria del Código Civil”.

m) un ejemplo de tratamiento

(Régimen del Derecho de Superficie/ Palma de Gran Canaria)

m.I. Concepto

Derecho real que atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad *temporal* de las construcciones o edificaciones realizadas.

También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad *temporal* de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

Sobre edificios ya construidos la superficie se admite por aplicación del principio de ***derogación voluntaria del principio de accesión*** (“*superficie solo cedit*”)

m.I.a. evolución del concepto original/ clases

Originariamente se lo calificó como arrendamiento “*sui generis*” pero fue evolucionando hasta convertirse en un verdadero derecho real.

En su concepción moderna puede hablarse de una **modalidad ordinaria** (derecho a edificar y conservar y utilizar lo edificado) y de una **modalidad especial** (que recae sobre edificios ya construidos).

m.II. la cuestión competencial.

la regulación del derecho real de superficie como instrumento de política urbanística, que no corresponde al Estado, sino a las Comunidades, teniendo en cuenta que prácticamente todas ellas han regulado el derecho de superficie en sus instrumentos de ordenación territorial y urbanística;

y la regulación civil, que entra dentro de la competencia del Estado, sin perjuicio de los derechos civiles forales especiales, allí donde existan.

Y por esta razón, la actual ley, amparada en esta competencia estatal, hace una regulación bastante detallada de la institución, que pese a estar en una norma urbanística, es **legislación civil**.

En este sentido surgieron discusiones doctrinales (2008) acerca de si debería considerarse el derecho de superficie como una competencia exclusiva del estado, en cuyo caso prevalecería sobre la regulación autonómica, toda vez que en la exposición de motivos de la Ley del Suelo, se dice que **no es esta una ley urbanística, sino una ley referida al régimen del suelo y la igualdad en el ejercicio de los derechos constitucionales a él asociados en lo que atañe a los intereses, cuya gestión está constitucionalmente encomendada al Estado**.

m.III. Naturaleza jurídica

1. Algunos autores llegaron a acoger una tesis que asimilaba la superficie al censo, como una carga que recae sobre la propiedad del suelo, tesis hoy abandonada.

2. Otro sector de la doctrina considera que estamos ante un simple derecho real autónomo sobre bienes inmuebles, del tipo de los de goce.

3. La doctrina mayoritaria considera que:

a) en su modalidad ordinaria (construir y conservar lo edificado), este **derecho** presenta una **doble fase**:

En una primera fase, hay un derecho real limitado de goce sobre cosa ajena que permite la edificación en suelo ajeno. Se habla de DERECHO DE SUPERFICIE.

En la segunda fase, concluida la construcción, se disocia la propiedad del solar y la propiedad de lo edificado. Se habla de PROPIEDAD SUPERFICIARIA.

El derecho de superficie es el soporte de la propiedad superficiaria y ésta sólo puede subsistir mientras subsista aquél.

b) En la modalidad especial, que recae sobre edificios ya construidos, sólo existe la propiedad separada desde el primer momento.

Es un derecho de **naturaleza temporal**, ya que si el **derecho de superficie** se configurase con **carácter perpetuo**, derivaría a un **derecho enfiteútico**.

(La escritura deberá fijar necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que **no podrá exceder de noventa y nueve años**)

m.IV. elementos personales

Dueño del suelo o concedente: El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado. No pueden constituirlo por tanto ni el usufructuario ni el enfiteuta. Se exige capacidad y poder de disposición.

Cabe constituir el derecho de superficie a favor de sí mismo, siempre que se constituya bajo la condición suspensiva de transmitir una de las dos propiedades (suelo o edificio) a un tercero.

Superficiario: Es el que adquiere el derecho a edificar (si es sobre solar) y la propiedad superficiaria sobre la edificación. Basta con que tenga capacidad general.

m.V. elementos reales

El suelo: el derecho de superficie recae sobre el suelo, para construir en él o bajo rasante, o directamente sobre el edificio ya construido.

De ahí que se origine una dualidad de propiedades: la que tiene por objeto el suelo y la que tiene por objeto lo que se construye en él o bajo él.

Es cada día más frecuente la construcción de aparcamientos en el subsuelo, y en principio, el suelo tiene que ser urbanizado, si bien cabría sobre suelo rural excepcionalmente cuando lo permita la legislación urbanística.

La edificación: Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario **podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario.**

m.VI. elementos formales

Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere una formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. La escritura pública, es el título material constitutivo del derecho de superficie. La inscripción registral: En la legislación urbanística anterior y en el actual Código Civil de Cataluña, es un requisito de eficacia y de oponibilidad a terceros.

Sin embargo, el texto actual parece configurar la inscripción como constitutiva de la existencia del derecho.

La mejor doctrina señala que es lógico considerarlo requisito de eficacia y oponibilidad a terceros, debido a que la falta de apariencia posesoria en este derecho real tiene que ser suplida por la publicidad registral, pero considerar la inscripción como un requisito constitutivo puede ir en contra del sistema general

de constitución de los derechos reales, además de ocasionar problemas en la práctica por la diferencia temporal entre la escritura y la inscripción. Por ello lo más lógico es que la inscripción desempeñe su habitual papel de requisito de oponibilidad frente a terceros de buena fe.

m.VII. Derecho de vuelo y subedificación

concepto

El derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido.

Concretamente cuando se concede para elevar nuevas plantas se denomina *sobreedificación*, y cuando se otorga para construir bajo el solar *subedificación*.

Hemos de tener en cuenta que el derecho de vuelo es un derecho **de carácter siempre urbano** que no lleva consigo el deslinde de la propiedad del suelo y la del edificio, al contrario de lo que ocurre en el *derecho de superficie*.

En el derecho de vuelo, por el contrario, **la nueva planta construida se integra en un régimen de propiedad horizontal**, de modo que el dueño de dicha planta es copropietario del suelo, al considerarse éste un elemento común.

El derecho de vuelo dispone el de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible. *En la inscripción se hará constar:*

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.*
- b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir (competencia del ordenamiento urbanístico)*
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo (competencia de la ley)*
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.*

m.VIII. naturaleza jurídica

Hay tres posiciones doctrinarias sobresalientes:

- a) Es un derecho real en cosa ajena con vocación de ser un derecho perpetuo.
- b) Es un derecho que nace limitado para convertirse en una cotitularidad dominical.
- c) Hay una comunidad inicial que culmina necesariamente en un régimen de propiedad horizontal.

m.IX. elementos personales

concedente, que es el dueño del edificio o espacio físico_sobre o bajo el cual se da **derecho** a construir la nueva planta, y ha de tener la **capacidad propia de los actos de disposición**.

titular del derecho de vuelo, al que le basta con tener **capacidad para adquirir derechos**.

El derecho de vuelo no puede pertenecer al propietario del suelo. De lo contrario nos encontraríamos con una simple **facultad del dominio**. Por tanto, **el derecho de vuelo sólo puede nacer**:

1. Por transmisión a un tercero.

2. Por reserva al tiempo de enajenar el edificio o parte de él. (Las resoluciones [últimas] no admiten la reserva del derecho de vuelo respecto de los posibles aumentos de edificabilidad del edificio que puede establecer la administración.

m.X. elementos reales

El supuesto de derecho de vuelo sobre un edificio ya constituido no plantea problema alguno, pues lógicamente este edificio servirá de referencia para las nuevas plantas.

Para el supuesto en que el edificio no esté aún constituido sino meramente proyectado, se ha ratificado la tesis que permite la inscripción del derecho de vuelo bajo condición suspensiva.

m.XI. elementos formales

Desde un punto de vista formal, la doctrina mayoritaria entiende que la escritura pública e inscripción no son constitutivas.

m.XII. elementos temporales

Para la determinación del tiempo en el derecho de vuelo hemos de distinguir dos fases:

En la 1ª fase el titular tiene derecho a construir una o más plantas. No existe plazo para realizar estas construcciones, si bien la doctrina en general cree que debe señalarse.

En la 2ª fase el titular adquiere la propiedad de lo construido y no hay duda de que éste es un derecho perpetuo.

PONENCIAS

De ahí que, en orden al tratamiento de los instrumentos legales que resulten aptos para adosar nuevas construcciones a las edificaciones en PH ya existentes, nos parece llegado el tiempo de

- a) Proponer un replanteo de la legislación en PH., que incluya, conjuntamente, un completo tratamiento de las accesiones.
- b) Analizar las posibilidades más flexibles y utilizables, a fin de recuperar para la construcción urbana, la figura del “derecho de superficie”, actualmente carente de una utilización positiva.
- c) Estudiar la posibilidad de la adecuación de una nueva ley de PH –con sus accesiones- a las distintas regiones, ciudades, núcleos funcionales o pueblos.
- d) En concordancia con la propuesta anterior, elaborar una suerte de “ley marco” que abra la posibilidad de ser completada o reglamentada mediante recursos administrativos, según los distintos lugares o zonas geográficas de aplicación.
- e) Elevar la propuesta de la creación de un equipo interdisciplinario –que será integrado también por notarios y funcionarios de los Registros de la Propiedad-a fin de ajustar en el asiento de Registro la relación de las nuevas construcciones con las antiguas (o de las específicamente nuevas: caso de la construcción en espacio baldío de una nueva parcela)
- f) Observar por su arbitrariedad el artículo 2518 (último párrafo) y por su exceso de minucia -o si es del caso, proponer la nueva redacción en el ámbito administrativo- de los artículos 2555, 2556, 2557, 2558 y 2559 del Código Civil. (8).

BIBLIOGRAFÍA

(1) (Richard Neutra, *Planificar para sobrevivir*, Ed. Fondo de Cultura Económica, 1957).

Escribió numerosos estudios sobre diseño y construcción. Fue fundador y profesor de la Academia de Artes Modernas en Los Ángeles. Además trabajó en numerosos proyectos, y fue experimentando en todos ellos con nuevos materiales y nuevas estructuras. Durante la 2ª Guerra Mundial, cuando no se podían conseguir materiales de construcción especiales, utilizó en algunas de sus obras madera de pino, ladrillos y vidrio. Durante sus últimos años cedió gradualmente el control de su estudio a su hijo, también arquitecto. Murió en Wuppertal, Alemania, a los 78 años de edad, durante una gira de conferencias, en el año 1970.

(2) David Harvey: "La crisis capitalista también es de acumulación (Cash, 16/01/11)

(3) Palabra malsonante, si las hay. Se nos ocurre semánticamente más correcto el término "sobreedificación", que reúne en sí mismo las variaciones "sobreelevación", "subedificación" o "subconstrucción", aunque la primera de estas formas parece la más usada por nuestros primeros tratadistas.

(4) Luis Zanón Masdeu, colaboración de Jorge Bas Vidal, *La propiedad de casas por pisos*, Edit. Ariel, Barcelona, 1964

(5) Hernán Racciatti, *Propiedad por Pisos o por departamentos*, Edit. Depalma, 1975

(6) Idéntico criterio sostuvo el proyecto presentado en 1981 y –entre otros- la Cám. de 1ª Inst. CyC de MdP, 22/4/69, en cuanto a que el Reglamento es parte integrante del título.

(7) Spota (*Instituciones de Derecho Civil, Contratos*, 1983, Tomo 1): Una de las partes establece los términos del contrato, fija todas sus cláusulas, y a la otra sólo le queda la alternativa de aceptar o no aceptar, de adherirse o no a la oferta y, en ocasiones de rechazarla (como en los casos de mediar un monopolio de jure o de facto, en manos de la otra parte).

(8) **2518. (...)** El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, *aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas*; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio.

2655. El dueño de una pared no medianera contigua a finca ajena puede abrir en ella ventanas para recibir luces, a tres metros de altura del piso de la pieza a que quiera darse luz, con reja de fierro cuyas barras no dejen mayor claro que tres pulgadas.

2656. Esas luces no constituyen servidumbre y el dueño de la finca o propiedad contigua puede adquirir la medianería de la pared y cerrar las ventanas de luces, siempre que edifique apoyándose en la pared medianera.

2657. El que goza de la luz por ventanas abiertas en su pared, no tiene derecho para impedir que en el suelo vecino se levante una pared que las cierre y le prive de la luz.

2658. No se puede tener vistas sobre el predio vecino, cerrado o abierto, por medio de ventanas, balcones u otros voladizos, a menos que medie una distancia de tres metros de la línea divisoria.

2659. Tampoco pueden tenerse vistas de costado u oblicuas sobre la propiedad ajena, si no hay sesenta centímetros de distancia.

(9) Antecedentes Parlamentarios 1999, Nº 7, La Ley (cit. por *Abidi, Godoy y Steimnetz* / "Superficie Forestal", XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 25 a 27/09/2003)

(10) El plazo de duración del contrato en la ley 25.509 se establece en un máximo de 50 años.

(11) *"No queda duda de que nuestros políticos presurosos sancionaron la ley 25.509 con el propósito aparente de fomentar la forestación, pero al mismo tiempo con la evidente intención de entregar ese negocio a quienes históricamente lo ejercieron en perjuicio del país, con cuyos predios fiscales se quedaban y también con los ahorros de los incautos que invertían a larguísimo plazo en un negocio..."* (El derecho real de superficie forestal. Un atentado contra nuestra soberanía/ *Juan Bernardo Iturraspe*/ XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, id.)

(12) *Mariani de Vidal, Marina*: "Derecho Real de Superficie Forestal. Ley 25.509", Ed. La Ley, T 2002 F, cit. por *Abidin, Godoy y Steimnetz*/ "Superficie Forestal"/ id. y *Andorno, Luis O.*, *El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998*, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Rosario, 1999.

(13) *Recuérdese que Hernán Racciatti, que sostuvo la naturaleza de la propiedad horizontal como un derecho real, se vio precisado a forzar una extensa enunciación de sus características propias: 1. Una propiedad exclusiva, pero restringida a la situación especial de estar relacionada con el conjunto; 2. Una copropiedad sobre las cosas comunes pero de interés colectivo, lo que impide disponer al codueño de su eventual porcentaje, en forma separada de la propiedad privativa; y 3. La*

imposibilidad de la indivisión –forzosa- mientras subsiste la construcción, por encontrarse ésta erigida en un terreno común.

(14) *Mariani de Vidal, Marina: “Derecho Real de Superficie Forestal. Ley 25.509”, Ed. La Ley, T 2002 F, cit. por Abidin, Godoy y Steimnetz/ “Superficie Forestal”/ id.* Esta posición es discutida arduamente por los doctrinarios, quienes sostienen que cuando se adquiere el derecho [a forestar p. ej] nacería un derecho de disfrute sobre cosa ajena, al que comúnmente se lo suele denominar como *ius aedificandi*, porque al no existir aun la cosa plantada, no podría nunca adquirirse un derecho sobre cosa propia, el cual solamente puede recaer sobre cosas de existencia actual. Una vez hecha la plantación se adquiere en forma automática la propiedad de ella, y a esta altura, sí, se trataría de un derecho real sobre cosa propia.

(15) *Domenge Amer, Bartolomé, El derecho de sobreedificación y subedificación, Palma de Mallorca, 1983.*

(16) La inclusión del derecho de superficie edificada en el texto de la ley 25.509 se justifica aún más si se recuerda la advertencia de William Hartmann (punto III.a) acerca de la vida útil asignada a los proyectos actuales, que “es mucho más breve que en eras anteriores”. Hartmann estima que la obsolescencia de esos edificios puede comenzar a producirse a los 30 años de su construcción. La Ley 25.509 establece la duración del contrato en 50 años.

INDICE

	Página
Introducción	
a) b) ordenar el espacio	2
c) d) ordenar el espacio	3
d.I. nuestra familiar y poco conocida P.H.	4
d.II. nuestra P.H. y sus accesorios	5
d.II.a. el reglamento de copropiedad y administración	6
d.II.a.1.su naturaleza jurídica	6
d.II.a.2.el reglamento ¿es un contrato?	7
d.II.a.3.la prerrogativa de la reserva reglamentaria	9
d.II.b. el consorcio de propietarios	10
d.II.b.1.su naturaleza jurídica	10
d.II.b.2.el administrador como representante legal ¿de quién?	11
d.II.b.3.la capacidad de derecho del consorcio	12
d.II.b.4.quiebra del consorcio	14
e) ordenar el espacio, ordenar las normas	16
f) atribuciones y competencia	17
g) sobre llovido... (<i>agravantes</i>)	18
h) el hombre de al lado	19
i) meandros de la sobreedificación	20
j) derecho de sobreelevar y otras relaciones	21
k) otras relaciones	22
k.I. la sobreedificación ¿es una accesión?	24
l) derecho real de superficie: una inserción necesaria	24
I.I. la 25.509 una ley de promoción para la inversión forestal	24
I.II. derecho real de superficie. Su evolución y vicisitudes	25
I.III. algo más sobre el vapuleado derecho	27
I.IV. la ampliación de la ley 25.509	28
I.V. la inserción de la ley en el Código Civil	28
I.VI. la mano en la trampa	29
m) un ejemplo de tratamiento (régimen del derecho de superficie)	30
m.I. concepto	30
m.I.a. evolución del concepto original / clases	30
m.II. la cuestión competencial	30
m.III. naturaleza jurídica	31
m.IV. elementos personales	31
m.V. elementos reales	32
m.IV. elementos formales	32
m.VII. derecho de vuelo y subedificación	33
m.VIII. naturaleza jurídica	33
m.XIX. elementos personales	34
m.X. elementos reales	34
m.XI. elementos formales	34
m.XII. elementos temporales	34
PONENCIAS	36
BIBLIOGRAFIA	37

