

XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

Junín, 2 a 5 de noviembre de 2011.

Tema 3: Propiedad Horizontal.

Trabajo titulado:

**“Esencia y matices del Derecho Real
de Propiedad Horizontal”**

Categoría: Trabajo en equipo.

Autores:

Not. FIORENTINI, Dora Nancy

Not. GIACOMASO, Paula Cecilia

Not. GLARIA, Julieta

Sumario.

I.- PONENCIAS.

II.- DESARROLLO.

1. Introducción.
2. Nociones previas sobre la Propiedad Horizontal.
 - 2.1. Objeto. Destino.
 - 2.2. Presupuestos para la afectación al sistema.
3. El Reglamento de Copropiedad y Administración.
 - 3.1. Cláusulas que debe contener el Reglamento.
 - 3.2. ¿Certificados o Informes para el otorgamiento del Reglamento?
 - 3.3. Porcentuales fiscales y de dominio.
4. Modificación del Reglamento.
 - 4.1. Artículo 28 de la DTR 14/2010.
5. El Consorcio de Copropietarios.
 - 5.1. El concepto de persona jurídica y su aplicación al Consorcio de Copropietarios.
 - 5.2. Doctrina y Jurisprudencia.
 - 5.3. Reconocimiento de la personalidad del Consorcio en la DTR 14/2010. Atributos de la personalidad.
6. El Administrador.
 - 6.1. Naturaleza Jurídica. Designación. Remoción.
7. Decreto 947/04. Unidades Funcionales “a construir” ó “en construcción”.
 - 7.1. Disposición de unidades “a construir” ó “en construcción”.
 - 7.2. Alcance del Decreto 947/04 a otros inmuebles afectados por la Ley 13.512.
 - 7.3. ¿Derecho Real o Derecho Personal?
 - 7.4. Tratamiento Registral en la DTR 14/2010.
8. El Derecho de Sobreelevar.
 - 8.1. Nuestra legislación.
 - 8.2. Naturaleza Jurídica.
 - 8.3. La Reserva de Sobreelevar.
 - 8.3.a) La reserva en el Reglamento.
 - 8.3.b) Autorización posterior al otorgamiento del Reglamento.
 - 8.4. Sujeto activo del Derecho de Sobreelevar.

- 8.5. Adquisición de la propiedad de lo edificado.
 - 8.6. Cesión del Derecho a Sobreelevar.
 - 8.7. Forma de la cesión.
 - 8.8. Regulación contractual del Derecho a Sobreelevar.
 - 8.9. Inscripción Registral.
 - 9. Construcciones realizadas sin reserva o cesión del derecho.
- III. BIBLIOGRAFIA.

I.- PONENCIAS.

- 1) Reafirmamos el concepto de que la Propiedad Horizontal en cuanto a su naturaleza jurídica es un “Derecho Real Autónomo”.
- 2) El otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administración es un acto de administración, en consecuencia es suficiente la solicitud de informe de dominio para conocer la situación jurídica actual del inmueble que se afecta a Propiedad Horizontal. Distinto es el criterio, cuando en forma simultánea se transmitan o constituyan derechos reales respecto de las unidades que integran el edificio.
- 3) El notario autorizante, profesional de derecho encargado de una función pública, es quien califica el contenido del acto de modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración, y en este sentido, la calificación registral no debe superponerse con la calificación realizada por el autor del documento.
- 4) Es perfectamente viable que con el concurso de la voluntad de las partes se establezca una proporción o porcentual de dominio para una unidad de un edificio y que no coincida con el porcentual de expensas que para la misma se fije.
- 5) Se requiere unanimidad para modificar el porcentual de dominio, ya que reformar esta alícuota implica disponer sobre la propiedad ajena.
- 6) El Consorcio de Propietarios es una persona jurídica que se encuadra en el artículo 33 del Código Civil, como una entidad que conforme a la ley tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin requerir autorización expresa del Estado para funcionar. Su personalidad comienza con el nacimiento del estado de propiedad horizontal y posee una capacidad limitada por sus propios fines.
- 7) Los Reglamentos de Copropiedad y Administración que no contengan la aceptación por parte del Administrador designado deberán ser inscriptos en el Registro de la propiedad Inmueble sin observación alguna al respecto.
- 8) El Administrador elegido en asamblea puede ser designado válidamente por escritura en la que comparece el representante del Consorcio y el administrador para aceptar el cargo; o, por escritura acta de protocolización del acta de asamblea, si la misma fuera requerida por la propia asamblea.
- 9) Las facultades que se arrogan los Órganos de Control modificando las normas de fondo por medio de reglamentaciones y resoluciones que subvierten el espíritu y finalidad perseguidos por la ley, deben guardar razonabilidad y no derivarse en un exceso de poder.

10) Recomendamos una reforma de la normativa vigente para habilitar el procedimiento contemplado en el Decreto 947/04 para la totalidad de los inmuebles afectados al régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, aún los no comprendidos en los regímenes de Clubes de Campo o Barrios Cerrados.

11) La naturaleza del derecho a sobreelevar es de tipo personal y puede surgir del propio reglamento de copropiedad y administración o de resolución asamblearia unánime, dentro del régimen de propiedad horizontal.

12) La autorización para sobreedificar puede ser conferida a titulares de unidades privativas o a un tercero.

13) El derecho a sobreelevar, dentro de las regulaciones a las que se subordine su ejercicio, es transmisible por actos entre vivos o mortis causa. La forma instrumental de la cesión será la escritura pública, en virtud de lo dispuesto por artículo 1184 incisos 9 y 10 del Código Civil.

14) La totalidad de los propietarios deberán transferir el dominio de la nueva unidad, previa modificación del plano de Propiedad Horizontal y del Reglamento, y en virtud de la reserva efectuada. De este modo se cumplen los dos requisitos indispensables para la adquisición de los derechos reales: título –la reserva de sobreelevación y posterior adjudicación- y modo –posesión-.

15) Entendemos necesaria una reforma de la Ley 13.512 que recepte la experiencia recogida en los 60 años de vigencia del régimen en sus aspectos sustantivos y adjetivos, y un adecuado desarrollo de las cuestiones patrimoniales relacionadas con el “estado horizontal”, la sobreelevación y las unidades a construir, a fin de dar seguridad jurídica a las partes y a los terceros interesados.

II.- DESARROLLO.

1.- Introducción.

El tema que nos convoca en esta “37 Jornada Notarial Bonaerense” se encuentra referido al Derecho Real de Propiedad Horizontal, en diversos matices y particularidades, actuales y complejas, que intentaremos abordar, no sin antes mencionar ciertas nociones previas vinculadas a la esencia de esta materia.

La Propiedad Horizontal, uno de los más importantes institutos creados como motor fundamental en la construcción de viviendas, nace como respuesta a una necesidad social habitacional, facilitando el mejor aprovechamiento de las tierras urbanas al permitir la utilización de volúmenes edificables y el espacio aéreo.

Este régimen instaurado a partir de la sanción de la Ley 13.512 persigue distintos objetivos. En primer término, admite la división física de los edificios en sectores privativos de aprovechamiento independiente, pisos o departamentos y sectores comunes que facilitan aquél aprovechamiento directa o indirectamente. En segundo lugar, persigue regular las relaciones entre los copropietarios de tal modo que por encima de sus prerrogativas individuales, como titulares de un derecho exclusivo, se resguarden los intereses de la comunidad que integran.

A esta figura, que presenta destacadas ventajas sociales, económicas, jurídicas y éticas, comenzamos a estudiarla partiendo de la esencia misma, es decir desde su naturaleza jurídica, ya sea de la misma Propiedad Horizontal, del Reglamento de Copropiedad y Administración y del Consorcio de Copropietarios.

Tratamos los temas atinentes a la modificación del Reglamento, en cuanto a las mayorías necesarias, a su distinto enfoque a la hora de modificar cláusulas, a la necesidad de solicitud de certificados o informes registrales, desarrollando si se trata de un acto de disposición o administración, con el análisis de las Disposiciones Técnico Registrales 14/2010 y 4/2011. Abordamos también la figura del Consorcio de Copropietarios y el reconocimiento de su personalidad jurídica, en una norma registral. Asimismo hacemos mención del Administrador, en lo referente a su designación, facultades y obligaciones. Luego efectuamos un análisis de las Unidades Funcionales “a construir” o “en construcción”, su posibilidad de disposición, el Decreto 947/04 y sus alcances. Por último, nos detenemos en la figura del Derecho de Sobreelevar, de constante importancia social y económica, aunque de poco desarrollo legislativo y doctrinal, y que presenta innumerables inconvenientes de aplicación en su faz práctica.

2.- Nociones previas sobre la Propiedad Horizontal

La mayor parte de la doctrina ha consensuado en que la Propiedad Horizontal es un “derecho real autónomo”. Derecho real sobre cosa propia, creado por la Ley 13.512, en el año 1948, que otorga el uso, goce y disposición jurídica sobre una unidad de un inmueble edificado, integrado por una parte privativa y por una parte indivisa.

La ley no define al instituto sino que se limita a aceptar la posibilidad de que existan sobre un terreno común varias unidades funcionales siempre y cuando se observen los requisitos exigidos por ella. La propiedad horizontal integra una doble categoría de cosas: las privativas y las comunes. Se combina un derecho exclusivo sobre ciertos sectores y un derecho común sobre otros, que es su accesorio y que existe, precisamente, para posibilitar el completo ejercicio de aquel¹. Es delicado decir que se trata de un derecho de dominio combinado con un condominio, ya que ni uno ni otro responden individualmente a los derechos reales en cuestión.

Diversas son las opiniones doctrinarias referentes al concepto de la propiedad horizontal, no obstante lo cual, podemos afirmar que se trata de una propiedad especial, que en lo propio reúne las facultades de disposición jurídica del artículo 2515 del Código Civil y, en lo común, depende de la regulación normativa y contractual, sin poder disponer de la parte indivisa en forma separada de la propiedad individual².

2.1.- Objeto. Destino.

El objeto del derecho real de Propiedad Horizontal consiste en un inmueble edificado, compuesto por la parte privativa y, en unión inescindible, la porción indivisa sobre las partes comunes. Se trata de una agrupación de viviendas distintas, sobre un mismo terreno y con una estructura básica común. Sin embargo, en la provincia de Buenos Aires, el decreto 2489/63 permite la comercialización de unidades a construir o en construcción (art. 6to. y concs.), tema sobre el cual ya volveremos.

En relación al destino de las distintas unidades, puede consistir no sólo en viviendas, sino otros fines diferentes, como ser oficinas, cocheras, bauleras, galerías comerciales, clubes de campo, barrios cerrados, cementerios privados, entre otros.

¹ MARIANI de VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Ed.Zavalía, T.2, 6ta.ed., Bs.As., pág.237.

² LAMBER, Rubén A., *Derecho civil aplicado, Función Notarial*, T.3, Ed. Astrea, Bs.As., 2010, pág.520.

El destino de una unidad está fijado no solamente por la voluntad de las partes sino también por su aptitud para el uso que las mismas desean asignarle. Las normas administrativas, particularmente de orden municipal, son fundamentales para ello. En principio, está determinado en el Reglamento de Copropiedad, mas allá de la modalidad de consignarlo en el plano de subdivisión, lo que conlleva una suerte de imposición a las partes y vulneraría lo establecido por la Ley 13.512.

El destino asignado a las unidades resulta ser un elemento caracterizante de esta figura, ya que el titular de dominio no podrá cambiarlo sin la autorización de los demás copropietarios, como así tampoco podrá modificar la estructura de la unidad.

Compartimos lo señalado por MOLINA QUIROGA, en el sentido de que “el sometimiento al régimen de propiedad horizontal importa un dominio restringido, es decir, un dominio que tiene más restricciones que las que habitualmente puede soportar ese derecho real”³.

2.2.- Presupuestos para la afectación al sistema

Dos son los requisitos para la afectación al régimen de propiedad horizontal: a) Plano de Propiedad Horizontal y, b) Reglamento de Copropiedad y Administración por escritura pública que se inscribe en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 9, párr. inicial). Éste último da nacimiento al denominado “estado de propiedad horizontal”. En cambio, el “derecho real de propiedad horizontal” se originará con la primera enajenación de una unidad o con la adjudicación de departamentos entre los condóminos, cumpliendo con los requisitos comunes exigidos por el Código Civil: título suficiente y modo suficiente.

Cabe recordar en este punto que el plano de Propiedad Horizontal es el componente cartográfico esencial que sirve de presupuesto para la redacción del Reglamento de Copropiedad y Administración. Tiene como contenido la descripción del objeto de la propiedad horizontal al determinar las unidades funcionales y las partes comunes como así también todas las especificaciones técnicas y las restricciones y limitaciones que pueden afectar a las unidades⁴.

La sola existencia del plano, su aprobación e inclusive su inscripción registral, no configuran un cambio en la situación jurídica del dominio del inmueble reflejado

³ MOLINA QUIROGA, *El destino de las unidades funcionales en la propiedad horizontal*, LL, 1999-D-14.

⁴ El Reglamento de copropiedad y administración se presentará al Registro de la Propiedad Inmueble acompañado de una copia del plano de propiedad horizontal debidamente registrado en Catastro.

en la planimetría, ya que para materializar ese cambio será indispensable complementar el plano con la suscripción del Reglamento⁵.

3.- El Reglamento de Copropiedad y Administración.

El paso siguiente entonces, es el otorgamiento por parte de los titulares de dominio, en acto de escritura pública, ante un notario, del Reglamento de Copropiedad y Administración para afectación al régimen de la ley 13.512 y su posterior inscripción en el Registro.

El Reglamento de Copropiedad y Administración es el cuerpo normativo que regula más directamente las relaciones entre los copropietarios del edificio sometido al régimen de la Propiedad Horizontal. Para la mayor parte de la doctrina, reviste naturaleza contractual, en la medida en que regula la actividad consorcial y al mismo tiempo, crea el estado de propiedad horizontal por el cual surge el derecho real y establece una relación entre los propietarios, el edificio y su terreno, lo que tiene injerencia directa sobre el uso y goce de éstos.

Este instrumento tiene como fin la determinación del objeto de la propiedad horizontal al describir las partes de uso exclusivo y las de uso común, regular los derechos y obligaciones de los titulares del derecho real de propiedad horizontal y límites recíprocos que se imponen, detallando asimismo todas las restricciones, afectaciones y disposiciones técnicas que contiene el plano.

La doctrina y la jurisprudencia argentina se han expresado en el sentido de que los reglamentos forman parte del título de dominio de los copropietarios y constituyen una ley a la que éstos últimos deben ajustar sus derechos y obligaciones y que por formar parte integrante del título, resulta de carácter obligatorio y sus cláusulas deben ser respetadas no sólo por los propietarios sino también por los locatarios.

El plano de Propiedad Horizontal y en su consecuencia el Reglamento, pueden prever la existencia de unidades funcionales y complementarias. Estas últimas consisten en un accesorio de la unidad funcional, como ser una cochera o baulera. En general, sólo pueden pertenecer a titulares de unidades funcionales. En la provincia de Buenos Aires se destina un folio real especial para las unidades complementarias, en tanto en la Ciudad de Buenos Aires, no.

3.1.- Cláusulas que debe contener el Reglamento.

⁵ MARIANI de VIDAL, Marina – ABELLA, Adriana, *Propiedad Horizontal, El consorcio dueño de unidades*, ED., Sup. 19/10/2004.

Tanto el artículo 9 de la Ley 13.512, como el artículo 3 del Decreto Reglamentario 18.734/49, establecen las cláusulas de carácter **obligatorio** que debe contener el Reglamento, entre ellas: a) La indicación de las partes del edificio de propiedad exclusiva; b) La designación de un administrador, su remuneración y forma de remoción, facultades y obligaciones; c) La forma y tiempo para convocar a las asambleas de copropietarios y el desarrollo de las mismas, ya sean reuniones ordinarias o extraordinarias, persona que las presida, quórum; d) La enumeración de las cosas comunes, generales y particulares de cada edificio, y su uso; e) La proporción o porcentual que corresponde a cada departamento con relación al valor del conjunto; f) El destino de las unidades funcionales, siendo tan importante su indicación no sólo en el reglamento, sino en forma previa al suscribirse un boleto de compraventa; g) Las cargas o expensas comunes, debiendo preverse tanto las de carácter general y permanente como las sectoriales, por ejemplo por uso de cocheras o de unidades con destinos diferenciados; h) Las mayorías para modificar el reglamento y adoptar otras resoluciones; i) El cómputo de los votos en las asambleas; j) La constitución de domicilio de los propietarios que no habiten el inmueble.

Asimismo, pueden preverse cláusulas **facultativas**, como lo referente al consejo de administración, al dictado de un reglamento interno, a la existencia de un fondo de reserva, a la posibilidad de sobreelevación.

Desde otra óptica, las cláusulas del reglamento pueden clasificarse en estatutarias y reglamentarias. Las cláusulas “**estatutarias**” hacen al régimen de la Propiedad Horizontal y son las vinculadas a ciertos derechos de los propietarios, como ser los porcentuales de dominio, el destino de las unidades, o cualquier derecho que afecte el derecho de propiedad de cada titular. Su característica principal es que para reformar este tipo de cláusulas se requiere unanimidad. Ello porque no es posible modificar derechos individualmente adquiridos por los propietarios, cuando estos gravitan patrimonialmente en cada uno de ellos.

En cambio, en el supuesto de las cláusulas “**reglamentarias**”, la mayoría requerida para su reforma es la mayoría de dos tercios, ya que éstas, que carecen de trascendencia real, se refieren a actos del consorcio como ente colectivo, en las que se incluyen cuestiones atinentes a la administración o asuntos de interés común, como el uso o aprovechamiento de las partes comunes o las relativas a la administración o al funcionamiento de la asamblea.

La Disposición Técnico Registral 4/2011, modificatoria de la 14/2010, recepta esta tipificación de cláusulas, señalando que no será necesario la solicitud de certificado de anotaciones personales de los titulares de las unidades cuando se modifiquen cláusulas reglamentarias (además de cuando se modifiquen partes y superficies comunes y, cuando se actualicen porcentuales), “debiendo el notario autorizante dejar expresa constancia en testimonio y minutas lo referente a su evaluación sobre la naturaleza del acto y los recaudos cumplidos por el mismo”. Esta mención ya había sido recepcionada por el artículo 6to. inciso b) de la DTR 14/2010, derogado en lo pertinente por la DTR posterior.

Por último, señalamos que no todas las cláusulas del Reglamento tienen vocación registral.

3.2.- ¿Certificados ó Informes para el otorgamiento del Reglamento?

Antes de examinar qué certificados debemos solicitar para el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad, debemos analizar si el Reglamento en sí mismo, sin que haya adjudicación simultánea de unidades, es un acto de disposición o un acto de administración.

La inscripción del Reglamento en el Registro de la Propiedad, coloca al inmueble afectado en una situación jurídica que la doctrina calificó como “**estado de propiedad horizontal**”, ya que dicha inscripción por sí sola no modifica el dominio del titular del inmueble, el que se mantiene inalterable, ni provoca la división del edificio en las unidades que lo componen, con atribución de un derecho distinto sobre cada uno de los sectores privativos. No verificándose alguno de los actos que pueden producir la adquisición del derecho de propiedad horizontal, el dominio de quien otorgó el reglamento inscripto se regirá por las normas propias de este derecho, y no por las disposiciones de la Ley 13.512.

Hasta tanto se realice el acto jurídico por el cual se transfiera el derecho real de propiedad horizontal sobre alguno de los sectores privativos, la situación jurídica del inmueble continuará invariable y su dominio se regirá por el título que tiene como antecedente. La inscripción del Reglamento sólo perfecciona el acto, conforme al artículo 2505 del Código Civil, pues lo hace oponible a terceros que no hayan intervenido en la propia escritura. Jorge ALTERINI señala que “esta circunstancia implica que el inmueble está en aptitud jurídica de recibir derechos de propiedad horizontal sobre las unidades divididas horizontalmente”⁶. El nacimiento del

⁶ ALTERINI, Jorge H., *Derechos de los consorcistas*, ED. T.69, pág.731.

“**derecho real de propiedad horizontal**”, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2524 del Código Civil y teniendo en cuenta la naturaleza inmobiliaria de las cosas que quedan sometidas al régimen de la ley 13.512 , el derecho sobre lo privativo y lo común, supone para su adquisición de títulos y modos suficientes. Para la adquisición del derecho real de propiedad horizontal, es condición imprescindible que el edificio se halle en estado de propiedad horizontal, en virtud del previo otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración.

En efecto, el derecho de Propiedad Horizontal requerirá de titulares distintos con relación a las partes privativas, y de condominio sobre las partes comunes, lo que se producirá con la transferencia de la unidad o con la adjudicación que de las distintas unidades realicen los condóminos.

De lo expuesto se desprende que el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad es un **acto de administración**, ya que se mantiene íntegro el patrimonio; situación que no ocurre en los actos de disposición, en los cuales se produce una modificación del patrimonio. La afectación al régimen de propiedad horizontal la realiza el titular del terreno en el que se construyó el inmueble, o los condóminos en caso de cotitularidad.

Consideramos que el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administración, configura un acto de administración, razón por la cual es suficiente con la solicitud de informe de dominio para conocer la situación jurídica actual del inmueble. En cambio, distinto es el criterio, cuando en forma simultánea con el otorgamiento del reglamento de copropiedad se transmitan o constituyan derechos reales respecto de las unidades que integran el edificio, en cuyo caso debe solicitarse certificado de dominio para obtener la reserva de prioridad.

No obstante, la DTR 14/2010 en su artículo 1, señala que debe solicitarse certificado de dominio para el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administración, con relación al inmueble tal cual surge en su antecedente registrado⁷. En concordancia con este precepto legal, VILLARO⁸ considera: que si bien no se trata de un acto de disposición, la afectación al régimen de propiedad horizontal importa la modificación del derecho real; se altera su objeto pues a partir

⁷ Art. 1: “La solicitud del certificado de dominio para el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administración, deberá efectuarse con relación al inmueble tal cual surge en su antecedente registrado (título o plano que lo afecte)”.

⁸ VILLARO, Felipe P, “*Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*”, Ed.Colegio de Gestores de la Pcia.de Bs.As., 2da.ed.act., 1999, pág. 143, cit, por TRANCHINI, Marcela H., en *Disposición Técnico Registral 14/2010*, en Cuaderno de Apuntes Notariales no.72, FEN Editora Notarial, La Plata, pág.13.

de su registraci3n desaparece el derecho de dominio y aparece un derecho nuevo, el de propiedad horizontal, y como consecuencia de ello, el suelo deja de ser cosa principal para transformarse en un elemento m1s del derecho real, ya que se convierte en cosa com1n.

En cuanto a si corresponde la certificaci3n registral referente a la inhibici3n, para el otorgamiento del Reglamento de Copropiedad y Administraci3n, consideramos que no es necesaria su solicitud, siendo 3ste tambi3n el criterio expuesto en el art3culo 3 de la DTR 14/2010, siempre dejando a salvo el supuesto de que simult1neamente con dicha escritura se transmitiera el dominio de alguna o todas las unidades. El citado art3culo dispone: "No ser1 causal de oponibilidad a la registraci3n de la escritura de afectaci3n a Reglamento de Copropiedad y Administraci3n, la falta de certificado de anotaciones personales del/los titular/es de dominio del inmueble que se afecta. Ser1 exigible tal certificaci3n si, simult1neamente con dicha escritura, se transmitiera el dominio de alguna o todas las unidades funcionales o complementarias que surgieren de aquel acto".

Compartimos la opini3n de TRANCHINI en el sentido de que desde el punto de vista terminol3gico, el art3culo debiera decir "observaci3n" y no "oponibilidad", como indica. La oponibilidad es un t3rmino estrictamente jur3dico, que en la materia registral inmobiliaria es uno de los efectos de la registraci3n⁹.

3.3.- Porcentuales fiscales y de dominio.

Un aspecto importante que debe contener el reglamento es la forma en que cada propietario va a financiar las cargas y servicios comunes, proporci3n que se traduce en un porcentual. Como todas las unidades exclusivas, en general no son id3nticas, tampoco son iguales estos coeficientes. El principio contributivo establecido por la ley sobre la base de la igualdad en funci3n del valor de cada unidad, resulta de aplicaci3n "salvo convenci3n en contrario", seg1n lo prev3 esta misma norma.

Existen para nuestra ley tres tipos de porcentuales, a saber: a) El de **dominio**, que es aqu3l que nos se1ala la proporci3n en que cada unidad participa en las cosas y bienes comunes de un edificio, entre los cuales figura como m1s importante el terreno sobre el que se basa el mismo. b) El **fiscal**, que est1 establecido por la autoridad administrativa correspondiente y que determina los montos a tributar, de acuerdo a aval1os fiscales para el pago de los diversos impuestos que gravan a

⁹ TRANCHINI, Marcela H., *Disposici3n T3cnico Registral 14/2010*, Ob.cit, p1g.9.

cada una de las unidades. c) El de **expensas**, que es aquél que establece el *quantum* que deberá abonar cada copropietario respecto de los gastos que por administración y reparación de las partes y bienes comunes, se realicen en un inmueble, los que son abonados por los titulares de unidades de propiedad exclusiva.

El artículo 3, párrafo segundo, de la Ley 13.512, dispone: "...El derecho de cada propietario sobre los bienes comunes, será proporcionado al valor del departamento o piso de su propiedad, el que se fijará por acuerdo de partes o en su defecto por el aforo inmobiliario, a los efectos del impuesto o contribución fiscal...". Y el inciso 2 del artículo 3, del Decreto 18.734 establece que el reglamento deberá indicar sobre la "determinación de la proporción que corresponda a cada piso o departamento con relación al valor del conjunto".

Podemos señalar también que los porcentuales, se dividen asimismo en **impositivos** o **convencionales**. Los primeros son calculados de manera técnica por las autoridades con competencia en el cálculo inmobiliario. No se pueden modificar por voluntad de las partes, quienes sí pueden establecer un porcentual diferencial para soportar determinados gastos del edificio. En este caso, los gastos que se originen en temas estructurales (reformas, arreglo de cañerías o paredes comunes, etc.), deberán regirse por el porcentual indicado en el reglamento, pudiéndose establecer otro criterio contributivo para soportar determinados gastos operativos.

Los segundos, fijados por las partes, están autorizados por el artículo 8 de la Ley 13.512, que dispone: "Los propietarios tienen a su cargo en proporción al valor de sus pisos o departamentos, salvo convención en contrario, las expensas de administración y reparación de las partes y bienes comunes del edificio, indispensables para mantener en buen estado sus condiciones de seguridad, comodidad y decoro". Así, las partes pueden acordar un porcentual diferente del que resulta de los cálculos técnicos, o bien utilizar uno para determinadas cuestiones y otro para otras.

Puede haber unidades que no gocen de todos los servicios que se brindan en el edificio y se las puede eximir, siempre a través del reglamento, del pago de las expensas. El ejemplo clásico lo constituyen los locales de comercio de la planta baja, los cuales como normalmente se accede en forma directa de la vía pública, se los exime del pago de energía y mantenimiento de los ascensores o del consumo de la energía eléctrica de los pasillos.

Sobre este punto, la jurisprudencia ha dicho que “el principio de igualdad y proporcionalidad de los gastos comunes según el valor de cada piso o departamento (art.8 de la ley 13.512) puede ser aportado en casos excepcionales, estableciendo como proporcionalidad la que da el uso, en razón de la estructura arquitectónica y sus instalaciones si se trata de locales establecidos en el edificio o en propiedad horizontal”¹⁰.

De allí que es perfectamente viable que con el concurso de la voluntad de las partes se establezca una proporción o porcentual de dominio para una unidad de un edificio y que no coincida con el porcentual de expensas que para la misma se fije. Es importante la inclusión en el Reglamento de Copropiedad de porcentuales de dominio diferenciados de los porcentuales catastrales o para el pago de los gastos comunes.

Por otra parte, siempre que sean respetadas las mayorías que correspondan, los porcentuales pueden ser cambiados por acuerdo de partes, a través de la reforma del reglamento. Cuando la modificación sea del porcentaje para el pago de expensas, se requerirá mayoría de dos tercios, salvo que el reglamento prevea una mayoría superior.

Si en cambio, lo que se modifica es el porcentual de dominio, se requiere unanimidad, ya que reformar esta alícuota implica disponer sobre la propiedad ajena¹¹.

Lo que puede generar inquietud en el ámbito notarial es la modificación del coeficiente como consecuencia de la incorporación de construcciones previstas en una “unidad en construcción” que se da por terminada. Ello porque en la etapa pendiente la unidad en construcción gozaba de un porcentual más pequeño que el de las unidades construidas, y al incorporar la construcción ese coeficiente cambia.

LAMBER señala que no existiría tal cambio si se analiza esta situación según principios de lógica matemáticas, por tratarse de un ajuste a la nueva realidad. Este autor entiende que si se ve incrementado el valor de las unidades que se concluyen,

¹⁰ CNCiv., Sala F, 12/11/68, *El Derecho*, 39, pág.316. Asimismo se ha expresado que “si al desobligar a algunos copropietarios del pago de varios servicios que no se les presta, aumenta la cuota que en concepto de expensas corresponde a los otros propietarios, ello no significa alterar la proporción de cada uno en las partes comunes y exclusivas” CNCiv., Sala E, 5/4/61, *La Ley*, 106-682, cit. por GABAS, Alberto, *en Derecho Práctico de Propiedad Horizontal*, Tomo 2, Ed.Hammurabi, Bs.As., 1994, pág.445.

¹¹ En este sentido, la jurisprudencia ha señalado que “el valor porcentual de cada unidad se puede fijar de común acuerdo o bien aceptarse el establecido a los fines impositivos, pero una vez fijado no puede ser modificado sin alterar el derecho de dominio que cada propietario tiene no sólo sobre la propiedad exclusiva de su unidad, sino también sobre los bienes comunes del consorcio”, CNCiv., Sala B, 10/4/69, *El Derecho*, 39-303.

es razonable que cambie el valor de la que estaba terminada desde el comienzo, sobre el total, ya que cambia la base sobre la que se efectúa el cálculo. Si no se modificara, se le estaría dando un valor mayor al que tenía antes con relación al total¹². Los nuevos porcentuales tienen por objeto mantener la misma relación¹³.

Por ello, la modificación numérica en estos casos –incorporación de la unidad según las construcciones proyectadas y ahora concluidas- puede no representar siempre una mutación en la relación de propiedad y en consecuencia deberá considerarse en cada caso particular el criterio de cambio de estos porcentuales.

Por otro lado, en los clubes de campo y barrios cerrados, para determinar los coeficientes se puede utilizar indistintamente el valor tierra de cada unidad en relación al valor tierra del conjunto, o el valor total de cada unidad en referencia al valor total del conjunto, cuando estuviere totalmente construido. El indicador “valor tierra” va a ser trascendental cuando las viviendas no estén construídas o se encuentren en construcción¹⁴.

ABELLA indica que es conveniente prever en el reglamento que la incorporación o la modificación de las unidades proyectadas no altera los porcentuales de dominio de las restantes. Establecer de antemano, en el plano de Propiedad Horizontal, las proporciones definitivas para las dos etapas: para el edificio en construcción o a construir y para el edificio construído. Y volcar esto al momento de redactar el reglamento, estableciendo los porcentuales de dominio definitivos de todas las unidades¹⁵.

4.- Modificación del Reglamento.

El artículo 9 de la Ley, prevé la posibilidad de reformar el Reglamento de Copropiedad, por resolución de los propietarios, mediante una mayoría no menor de dos tercios. Esta modificación deberá consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad. La referida mayoría para reformar el Reglamento puede ser elevada por estipulación en el mismo Reglamento.

¹² LAMBER, Rubén Augusto, *Derecho Civil Aplicado*, Ed.Astrea, Bs.As, 2010, pág.554.

¹³ Señala este autor que si dos propietarios tienen en un edificio 50 % cada uno, y uno de ellos introduce modificaciones que incrementan el valor del conjunto en un cincuenta por ciento, la relación no podrá ser la misma y el aumento de una a expensas de otra, no hace más que equilibrar la relación ante el cambio del valor total...En edificios de varias unidades, en que otras unidades no están implicadas en la reforma, nada acrecen ni disminuyen a pesar de la reforma del porcentual, sino que el cambio mantiene la misma relación con el nuevo valor del conjunto. LAMBER, Rubén A., *Propiedad Horizontal*, en Cuaderno de Apuntes Notariales No. 73, FEN Editora Notarial, La Plata, 2011, pág.7.

¹⁴ Este porcentual es definitivo e invariable, ya que el mismo se calcula tal como lo establece la Disposición Técnico Catastral 6011/02, de acuerdo al valor tierra de la unidad en relación al valor tierra total del emprendimiento.-

¹⁵ ABELLA, Adriana N., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Zavalía, 1ra.Ed., Bs.As., 2008, pág.464.

La reforma de Reglamento participa de la misma naturaleza contractual de éste, no es un acto del consorcio como persona jurídica, aunque se requiera en principio de una decisión de su órgano máximo, la asamblea. Se trata del ejercicio de facultades inherentes al derecho real de Propiedad Horizontal de cada consorcista que presta conformidad en el acto inicial autorizando a su futura modificación.

Como ya esbozáramos en el presente trabajo, de la interpretación de la ley efectuada por la doctrina y jurisprudencia diferenciamos dos tipos de cláusulas: a) Aquellas que hacen al estatuto o situación patrimonial de los consorcistas que se las denomina estatutarias para las que se requiere la unanimidad; y b) Aquellas que se denominan reglamentarias y que se refieren al goce o aprovechamiento material de las cosas comunes y privativas, a la administración, a asuntos de interés común, cuya reforma requiere de los dos tercios.

Cuando se modifican cláusulas que no tienen trascendencia real, -cláusulas reglamentarias-, sólo corresponde solicitar informe de dominio a fin de acreditar la legitimación registral de quienes otorgan la modificación, en este caso, previa resolución de la mayoría de dos tercios prevista en el artículo 9 de la Ley.

En cambio, cuando se realicen modificaciones de partes privativas por división o unión de unidades funcionales, sobreedificación, o conversiones de partes comunes en privativas y modificación de porcentuales de dominio, terminadas las obras, es necesario la ratificación del plano de división registrado en la Dirección de Catastro para poder otorgar la escritura de modificación de Reglamento de Copropiedad con la unanimidad de todos los copropietarios.

En tales casos se deben solicitar certificados de dominio de los titulares de las unidades funcionales afectadas por la modificación, conforme surge del art. 5to. de la DTR 14/2010¹⁶.

Con relación a determinar en qué supuestos corresponde unanimidad para otorgar la modificación, o si la misma importa un acto dispositivo que determina la obligación del notario de solicitar certificados de dominio por todas o alguna de las unidades, la calificación del acto corresponde siempre al notario.

En cuanto a la certificación registral de anotaciones personales, la DTR 14/2010, establecía en su art. 6to., la obligatoriedad de su solicitud con respecto a la

¹⁶ Art. 5: “En los supuestos de modificación de Reglamento de Copropiedad y Administración será necesaria la solicitud de certificados de dominio respecto de las unidades funcionales y complementarias comprendidas en la misma”.

totalidad de los titulares de dominio de las unidades funcionales y/o complementarias que integran el edificio, sin tener en cuenta si sus unidades eran objeto de modificación. Este artículo fue modificado, afortunadamente, por la DTR 4/2011, que dispone en su artículo 1 lo siguiente: “Serán exigibles los certificados de anotaciones personales con respecto a los titulares de dominio de unidades funcionales y/o complementarias que sean objeto de modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración”

En el caso por ejemplo, de creación de una nueva unidad funcional a expensas de otra que desaparece, por incrementar la superficie cubierta a expensas de su superficie descubierta, será requisito necesario solicitar certificado de dominio solo por la unidad funcional que se modifica, y por el resto de los titulares pedir informes de dominio, atento que no modifican la titularidad ni la estructura de sus respectivas unidades funcionales.

Por otro lado, si hubiera una autorización a sobreelevar contenida en el reglamento por la que se faculta al autorizado a realizar las obras y modificar los porcentuales de dominio fijados en aquellas escrituras, no será necesario solicitar los certificados de ley, solo informe de dominio para constatar la titularidad actual de los comparecientes.

En cuanto al asentimiento conyugal, la DTR 4/2011 establece que no será causal de observación la falta de asentimiento conyugal en la escritura de afectación al régimen de Propiedad Horizontal, siendo exigible en los actos de disposición, gravámenes y modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración con respecto a las unidades funcionales y/o complementarias que formen su objeto, ello con la salvedad establecida en el art. 6to. segundo párrafo.

Si bien ésta última DTR morigeró en parte lo establecido por la anterior disposición 14/2010, al acotar la necesidad del asentimiento conyugal solamente con respecto a las unidades objeto de modificación, creemos que el Registro una vez mas se excede en su función calificadora. Además consideramos que no corresponde exigir el asentimiento conyugal en el supuesto de autorización a sobreelevar efectuada en el reglamento, pues en tal caso quienes a él adhirieron en la escritura traslativa de dominio a su favor, adquirieron el derecho con una limitación preexistente. Distinto es el supuesto de que dicha autorización para sobreelevar no estuviere contenida en el reglamento y con motivo de la ejecución de la obra nueva se vean disminuidos los porcentuales de la unidades funcionales. Entendemos que

aquí sí resulta necesario el asentimiento conyugal, ya que habría una disminución en el patrimonio.

En este sentido, en el XV Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en Santa Fe, en el año 2009, en la Comisión 1, referida a Propiedad Horizontal, se resolvió: “A excepción de la reserva del derecho de sobreelevar consignada en el reglamento, se considera a la misma un acto de disposición. Se recomienda la solicitud de los certificados registrales del artículo 23 de la ley 17.801, y en los casos que correspondiere, el asentimiento conyugal del artículo 1277 del Código Civil”.

4.1.- Artículo 28 de la DTR 14/2010.

El artículo 28 de la DTR 14/2010, dispone que “En la calificación de las escrituras de modificación de Reglamento de Copropiedad y Administración, en cuanto a las mayorías necesarias, se limitará a las que establece la ley, el Reglamento y conforme a la naturaleza de las cláusulas en cuestión, no pudiendo ser en estos supuestos inferior al tope legal (dos tercios, artículo 9 de la Ley 13.512). No se tomará razón de documentos que modifiquen el Reglamento de Copropiedad y Administración, en lo referente a aspectos constitutivos de la Propiedad Horizontal, cuando los mismos no fueren otorgados por todos los integrantes del Consorcio”.

Se recepta en el segundo párrafo –tomado del artículo 115 del Decreto 2080/80 y su modificatorio-, la postura doctrinaria que distingue las cláusulas estatutarias y reglamentarias, al exigir la unanimidad para la modificación de “aspectos constitutivos de la propiedad horizontal”.

Advertimos aquí un real avance del Registro en materia de calificación, al “autoimponerse” puntos a calificar, siendo muy grave dejar al arbitrio del registrador el establecer cuándo una reforma del Reglamento afecta los aspectos constitutivos¹⁷. Esto será siempre materia de calificación y análisis por parte del notario autorizante del acto, y en este sentido, la calificación registral no debe superponerse con la calificación realizada por el autor del documento

Sabemos que la función de los registros inmobiliarios es dar publicidad de las situaciones jurídicas registrables para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe y que el sistema registral inmobiliario argentino es declarativo, no convalidante y que carece de fe pública registral.

¹⁷ Conf. TRANCHINI, Marcela H., *Disposición Técnico Registral 14/2010*, en Cuaderno de Apuntes Notariales No. 72, FEN Editora Notarial, La Plata, 2010, pág. 17.

Los sistemas declarativos, no convalidantes, otorgan al registrador la facultad de examinar si en los títulos a ingresar se cumplen los requisitos exigidos por la ley, pero al mismo tiempo procuran poner límite a esas facultades, para evitar que se transformen en poderes absolutos y que su ejercicio se traduzca en la creación de vallas arbitrarias que impidan el acceso de los documentos al Registro o su posterior inscripción definitiva.

5.- El Consorcio de Copropietarios.

5.1.- El concepto de Persona Jurídica y su aplicación al Consorcio de Copropietarios.

Nuestro Código Civil en su artículo 30 nos define a las personas como "...entes susceptibles de adquirir derechos o contraer obligaciones", y en el artículo 32 hace el distinguo: "Todos los entes susceptibles de adquirir derechos, o contraer obligaciones, que no son personas de existencia visible, son personas de existencia ideal, o personas jurídicas." Asimismo aclara el codificador en su nota, que las personas jurídicas "no existen sino como un fin jurídico".

Por su parte, el Consorcio de Copropietarios, no encuentra una definición conceptual en la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, la que sólo lo menciona en su artículo 9, al disponer que "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 vocablo consorcio en sí, refiere a la participación de varios en una suerte común.

El consorcio de copropietarios se conforma por los distintos propietarios de un inmueble afectado a la propiedad horizontal, y su fin es "realizar actos enderezados hacia el interés común de los copropietarios y en la búsqueda de seguridad, salubridad, comodidad y optimización y racionalización de los recursos y gastos"¹⁸.

Fines que se desprenden de los artículos 8 y 10 de la Ley 13.512. Como se expresara precedentemente, el consorcio debe acordar y redactar un reglamento de copropiedad y administración por acto de escritura pública, en el que se formaliza su constitución y designación de autoridades, cumpliendo así con lo establecido por el art. 46 del Código Civil para su reconocimiento como sujeto de derecho.

Entonces vemos que el consorcio de copropietarios es un ente diferente a cada uno de los propietarios considerados en forma individual, y que el mismo es

¹⁸ LAFAILLE, Héctor, ALTERINI Jorge Horacio, *Propiedad Horizontal, en Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, T. VI, Ed. La Ley Ediar, 2da.Ed., Bs.As., 2010, pág.144.

susceptible de adquirir derechos y contraer obligaciones¹⁹. Ejemplo de ello encontramos en el derecho del consorcio al cobro de las expensas y la obligación de reparar las partes y bienes comunes del edificio.

Por todo lo expuesto, sostenemos que el Consorcio de Propietarios es una persona jurídica que se encuadra en el artículo 33 del Código Civil, como una entidad que conforme a la ley tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, sin requerir autorización expresa del Estado para funcionar.

En cuanto al comienzo de la personalidad, estará supeditado al nacimiento del derecho real de propiedad horizontal. En ciertos casos, será concomitante con el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración, como ser cuando se trata de un grupo de condóminos que deciden someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal, procediendo a disolver el condominio preexistente mediante la partición y adjudicación de las respectivas unidades que componen el edificio.

Por el contrario, si se trata de un caso en que se otorga el reglamento de copropiedad y administración, ya sea por una o más personas, de existencia visible o ideal, sin realizar partición y adjudicación, estaremos en presencia de “estado de propiedad horizontal”, y el consorcio nacerá recién a partir del primer acto de disposición con tradición cumplida que incorpore algún tercero al edificio, acto que dará nacimiento del “derecho real de propiedad horizontal”²⁰.

5.2.- Doctrina y Jurisprudencia.

Actualmente, la doctrina y jurisprudencia mayoritaria reconocen la personalidad jurídica del consorcio dentro de los límites de su funcionamiento como tal²¹. Sin embargo, el tema ha sido objeto de numerosos debates, los que intentaremos sintetizar a continuación.

Teoría que niega la personalidad jurídica al consorcio: Quienes se enrolan en esta teoría, se basan en tres razones: 1) inexistencia en el texto expreso de la ley de una orden de crear un ente dotado de personalidad jurídica; 2) inexistencia de patrimonio común; 3) naturaleza jurídica de la propiedad horizontal y de las relaciones de derecho personal que exige el funcionamiento del derecho real de propiedad horizontal. Adhieren a esta corriente las obras de NOVILLO CORVALÁN y ARGAÑARAS en SALVAT, MOLINARIO, ADROGUÉ Y ROMANELLI, LAQUIS, REFFINO

¹⁹ C.N.Civ., Sala B, 5/3/81, “Rep. La Ley”, XLII, J-Z, 1897, sum. 39.

²⁰ Conf. PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge Raúl. *Derechos Reales*, Ed. Astrea, Bs.As., pág. 45.

²¹ XXXIII Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata 2003, conclusiones Tema III. Propiedad Horizontal.

PEREYRA, LASCANO, GRECO. Dentro de la jurisprudencia, por la negación el voto de Zannoni en CNCiv., Sala A, 5/6/1984, “Consortio de Propietarios Marcelo T. de Alvear 1275/77 c. Arminfé S.A.”²².

Teoría que sostiene la personalidad jurídica del consorcio: Como ya dijimos, esta es la postura que prevalece, y es sostenida por autores como BORDA, PALMIERO, HIGHTON, RACCIATTI, MARIANI DE VIDAL, LLAMBIAS, SPOTA, GABAS, GURFINKEL DE WENDY, KIPER, JORGE H. ALTERINI, entre otros.

Sin embargo, dentro de ellas hay a la vez posturas que reconocen una personalidad restringida. Así se ha resuelto que: “...el consorcio posee personalidad jurídica para el ejercicio de derechos relacionados con la subsistencia, conservación y funcionamiento del mismo...”²³ o “...corresponde al consorcio, a quien se le ha reconocido una personalidad restringida a los fines de la administración y gobierno de las partes comunes...”²⁴.

Luego están quienes consideran al consorcio como verdadero sujeto de derecho (postura amplia). En tal sentido, se ha resuelto: “El consorcio es un sujeto de derecho con personalidad propia, distinta de los miembros que lo integran y al cual la ley le ha confiado la gestión de los fines que hacen a su creación, constituyendo el centro común de imputación de las relaciones inherentes al grupo”²⁵ como asimismo que “el consorcio posee los atributos propios de toda persona jurídica: a) sus órganos de gobierno (el administrador y la asamblea de copropietarios); y b) su patrimonio propio distinto del de cada uno de sus integrantes (constituido por los fondos aportados por los consorcistas y por los créditos por expensas comunes)”²⁶.

5.3.- Reconocimiento de la personalidad del consorcio en la DTR 14/2010. **Atributos de la personalidad.**

²² ED Tomo 120, pág.405. “...El único modo de responder la pregunta-declinar la pretendida personalidad y entender que cuando la ley alude al consorcio de propietarios- así, en el párr. 1 del art. 9, no lo hace para atribuirle el carácter de entidad que tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones (arg. Art. 33, inc. 2, Cód. Civil) distinta a los integrantes de ella, sino más bien se refiere al conjunto de los copropietarios sometidos a un específico o particular modo de conservar y administrar las cosas comunes...”

²³ CNCiv., Sala C, 23/12/1992, “Consortio de propietarios Av. Rivadavia 1611/13 c. consorcio de propietarios Av. Rivadavia 1615/1617”, JA. 1993, tomo D, pág. 481.

²⁴ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala H, 29/5/2001, “Consortio de propietarios Pichincha 1139/41 c. Pekarek, Ricardo C.”, LL. 2002-B, pág. 360.

²⁵ Cámara Nacional Especial Civil y Comercial, Sala V, 28/12/1978, “Martínez Seeber, Horacio A. C/ Schiaffino, José P.”, ED., tomo 83, pág. 154.

²⁶ Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, 21/11/2001, “Tinnirello, Enrique E. c. Consortio de propietarios calle 69-690”, La Ley Buenos Aires 2002, pág. 777.

Dispone el artículo 35 de la DTR 14/2010, que: “El Consorcio de Propietarios del régimen de Propiedad Horizontal, en su calidad de sujeto de derecho con personalidad restringida para los fines de su constitución, es susceptible de ser titular dominial de inmuebles enajenados a su favor, siempre que lo sea en cumplimiento, uso y defensa de intereses comunes, siendo los mismos calificados por el Notario Autorizante del acto y/o el Juez, dejándose debida constancia de ello en los respectivos documentos ingresados para su registración”.

Este artículo, teniendo en cuenta la doctrina y jurisprudencia imperante en nuestro país, reconoce al Consorcio de Propietarios como sujeto de derecho. Sin embargo, le confiere una personalidad restringida para los fines de su constitución. Si bien hay doctrina y jurisprudencia que sostienen la postura de la personalidad restringida²⁷, consideramos más apropiado hablar del consorcio de copropietarios como una persona jurídica con capacidad limitada.

Como sostuviéramos precedentemente, los fines del consorcio de propietarios se desprenden de los artículos 8 y 10 de la Ley 13.512 y su reglamento, y dichos fines serán los que delimiten la capacidad del mismo, conforme al principio de especialidad de las personas jurídicas (art. 35 Código Civil).

Podemos decir entonces que la DTR 14/2010 reconoce la capacidad del consorcio de copropietarios para adquirir bienes inmuebles siempre que lo fuera para la consecución de sus propios fines.

Es importante destacar que la calificación del acto queda en manos del Notario Autorizante o del Juez interviniente, por lo que no podrá ser causal de devolución por parte del Registro de la Propiedad Inmueble siempre que se hubiera dejado debida constancia en los respectivos documentos ingresados para su registración. En la práctica, debemos entender que como sus propios fines se circunscriben al interés común, radicado éste en el edificio que constituye el basamento de la calidad de ente ideal, en materia inmobiliaria el consorcio sólo podrá adquirir inmuebles dentro de su propio ámbito²⁸.

Podrá resultar adjudicatario de alguna unidad funcional que se subaste por deuda de expensas en el mismo edificio. La recaudación de las expensas es vital

²⁷ RACIATTI y LAJE, entre la doctrina. CNAC, sala H, 22/11/2007, “Consorcio de Prop. Ortega y Gasset 1685/87 c. Consorcio de Propietarios Ortega y Gasset 1661/75”, DJ 14/5/2008, 106-DJ 2008-II, 106 AR/JUR/10258/2007. CNAC, sala H, 13/08/1997, “Consorcio de Propietarios Emilio Mitre 1252/58/66 c. Construcciones Arquigrama S.R.L.”, La Ley 1999-B, 815 AR/JUR/849/1997.

²⁸ Conf. LAFAILLE, Héctor, ALTERINI Jorge Horacio, *Propiedad Horizontal*, en Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales, T. VI, pág.144.

para el normal funcionamiento del Consorcio, es por ello que el crédito por expensas comunes configura título ejecutivo. De no admitirse que el Consorcio pudiera adquirir una unidad funcional del propio edificio, subastada por deuda de expensas, podría llegar a darse el caso de una subasta bacante lo que llevaría a no tener modo de cobrarse de manera rápida, tornando ilusorio su carácter ejecutivo.

También podrá adquirir una unidad funcional por usucapión, con la intención de otorgarle el carácter de cosa de uso común²⁹. Tal caso podría darse si el consorcio de copropietarios ejerciera la posesión material de alguna unidad funcional con ánimo de dueño, como por ejemplo dándola en locación y cobrando los cánones locativos o destinándola a vivienda del encargado y pagando los respectivos impuestos y tasas contributivas, durante el plazo establecido por ley para la adquisición por usucapión.

Entendemos que podrá adquirir una unidad funcional por compra haciendo uso del fondo de reserva y contando con el voto unánime de los copropietarios, siempre por supuesto con el fin de otorgarle el carácter de uso común. Tampoco encontramos impedimento para que adquiriera una unidad funcional a título gratuito, ya fuera por donación o transmisión mortis causa, caso para el que también consideramos necesario que cuente con unanimidad de votos, por afectar una parte esencial del sistema de propiedad horizontal.

Otros atributos de la personalidad que vemos claramente en el consorcio de copropietarios, son el nombre y el domicilio. Este último, es el lugar de la ubicación del edificio, y en cuanto al nombre, en la práctica se suele utilizar la calle en que está ubicado con la numeración respectiva, o bien el nombre de la empresa constructora o nombres de fantasía.

Por último, debemos analizar el patrimonio del consorcio. Quienes se enrolan en la corriente que le niega personalidad al consorcio, sostienen que el mismo carece de patrimonio. Esto no es así, ya que siendo el patrimonio la universalidad jurídica que contiene todos los bienes (activos y pasivos) de una persona, es fácil de advertir que el consorcio de propietarios es el único titular del crédito por expensas, así como de los intereses moratorios que reglamentariamente corresponda percibir del copropietario que no realiza su pago en término³⁰.

²⁹C.N. de Apelaciones en lo Civil, Sala E, 26/5/2003, “Compañía General Inmobiliaria S.A. c. Consorcio de propietarios Av. Santa Fe 1954/74 y otro” y “Consorcio de propietarios A. Santa Fe 1954/74 c. Compañía General Inmobiliaria S.A. Administración”, LL 2004-B, pag. 339.-

³⁰C.N.Civ., Sala A, 6/10/86, La Ley, 1987-A-462.

Es el consorcio, a través de su representante, el Administrador, quien recauda las expensas y, eventualmente, las ejecuta contra los copropietarios. Es así entonces que formarán parte del patrimonio del Consorcio, dentro de su haber, las expensas devengadas, los créditos por expensas impagas, sus intereses y los intereses de los dineros depositados en sus cuentas bancarias, el fondo de reserva si el reglamento lo estableciera, como así también los créditos que le adeuden terceros ya sea por locación de bienes que pertenecen al Consorcio, por canon debido al uso de espacios comunes, un crédito por medianería³¹, tanto como la indemnización por vicios redhibitorios debidos por el constructor del edificio.

Asimismo existe la posibilidad de que el consorcio, como sujeto de derecho, adquiera bienes, ya fueran muebles o inmuebles, a fin de cumplir con la finalidad que justificó su creación, los que formarán parte de su activo.

Por lo contrario, no son parte del patrimonio ni las partes privativas ni las comunes del edificio, ya que tanto unas como las otras, pertenecen a cada uno de los propietarios, las primeras en la proporción de sus alícuotas, y las segundas, de manera exclusiva. Es por ello que los acreedores del Consorcio no pueden embargar cosas comunes³², y que, en caso de responsabilidad extracontractual ante terceros por daños causados en el ámbito de las cosas comunes, el consorcio responda por su cualidad de guardián de la cosa dañosa.

Como parte del pasivo podemos nombrar los gastos que se efectúen para atender la reparación, mantenimiento y/o innovación de las partes y bienes comunes del edificio, las primas del seguro del edificio común (art. 8 Ley 13512), los gastos de administración, de consumo de servicios contratados por el Consorcio, sueldos y cargas sociales y previsionales, etc.

6.- El Administrador.

6.1.- Naturaleza jurídica. Designación. Remoción.

³¹ C.N. de Apelaciones en lo Civil, Sala C, 23/12/1992, Consorcio de Propietarios Av. Rivadavia 1611/13 c. Consorcio de Propietarios Av. Rivadavia 1615/17. La Ley 1993-D, 482 AR/JUR/1103/1992, cit por LAFAILLE, Héctor, en *Propiedad Horizontal*, en Derecho Civil, Ob.cit., pág.146.

³² “Es improcedente el secuestro de los motores de los ascensores del edificio del consorcio de copropietarios que fueron embargados por el actor, pues integran el listado de cosas comunes y, por lo tanto, no son parte de su patrimonio sino de los propietarios que conforman aquél.” Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la Nominación de Córdoba, 30/10/2002, Autos “Sahade, Humberto c. Consorcio San Lorenzo 550 y otro”, LLC 2003 (febrero), 87 AR/JUR/3646/2002, cit por LAFAILLE, Héctor, en *Propiedad Horizontal*, Ob.Cit., pág.146.

El artículo 9 de la ley 13.512, hace referencia a la figura del administrador al establecer "...El reglamento debe proveer obligatoriamente, por lo menos a los siguientes puntos: a) Designación de un representante de los propietarios...".

Si partimos de la premisa sostenida en este trabajo de que el consorcio de propietarios es una persona jurídica, entonces el administrador es el órgano de administración y representación del ente, y no representa en forma individual a cada propietario sino al consorcio en sí mismo. Tiene carácter de mandatario legal (artículo 11) del consorcio, por lo que su actuación se rige por la Ley 13.512, lo previsto en el Reglamento y por las reglas del mandato contenidas en el Código Civil. Asimismo la ley admite que este cargo pueda ser ejercido por un copropietario o un tercero, y nada impide que sea una persona física o jurídica.

Como dijimos, la designación del administrador es un punto que debe contener el Reglamento de Copropiedad y Administración de manera obligatoria. Por tanto, para la designación inicial se deberá cumplir con la forma (escritura pública) y la mayoría (unanimidad) requeridas para otorgar el Reglamento.

Por su parte, la DTR 14/2010 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, en su artículo 15 inciso g), establece dentro de los requisitos a incluir en la minutas para la inscripción de los Reglamentos, la "designación y aceptación del Administrador". La ley 13.512 -artículo 9 inciso "a"- nada dice sobre la aceptación del cargo de Administrador. Tampoco lo hace su Decreto Reglamentario, 18.734/49, artículo 3, inciso 7.

Consideramos que la DTR de referencia se excede al requerir un dato no exigido por la ley de fondo, pues el contenido del Reglamento no es materia regulable por el Registro de la Propiedad Inmueble, cuyas disposiciones son al efecto de implementar la publicidad de los actos y no de legislarlos ni reglamentarlos. Bajo tal premisa, sostenemos que el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires deberá inscribir los Reglamentos de Copropiedad y Administración que no contengan la aceptación por parte del Administrador designado, no siendo tal carencia una causal válida para su devolución.

Distinto es el caso de las designaciones posteriores al otorgamiento del Reglamento. Las mismas deberán ser decididas por los copropietarios reunidos en Asamblea, por tratarse de un asunto de interés común (artículo 10). Para determinar la mayoría necesaria para dicho acto, habrá que estar a lo que disponga el

respectivo Reglamento, el que no podrá establecer una mayoría menor que la que establece la ley (mayoría absoluta), entendiéndose por tal la conformada por más de la mitad de los votos computados sobre el total de los propietarios.

Esta es la postura que sostiene la mayoría de la doctrina³³, y a la cual adherimos.

Sin embargo, también están quienes sostienen que tanto la designación como remoción de administrador, importan una reforma del Reglamento, por lo que la mayoría necesaria sería la de dos tercios³⁴, y la designación debería inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble.

En cualquiera de los casos, si no se obtuviera la mayoría necesaria, se deberá recurrir a la decisión judicial, según lo previsto en el artículo 10 de la ley, ya que se ha sostenido su procedencia en protección de los intereses superiores de la comunidad consorcial, que no pueden esperar indefinidamente que se logre la mayoría necesaria para nombrar al representante³⁵.

En cuanto a la forma instrumental de las designaciones posteriores, existen diferentes posturas en la doctrina. En un extremo están quienes haciendo una interpretación literal de la norma, entienden que los copropietarios que representen la mayoría exigida por el reglamento deben concurrir a otorgar la escritura, documentando así un acto jurídico. Para quienes receptan la teoría de la personalidad jurídica del consorcio, esa misma escritura podría ser otorgada por su representante, quien exteriorizaría la decisión asamblearia de designar al administrador, quien deberá comparecer para aceptar el cargo.

Otros, en cambio, consideran que la ley, al decir "...debiendo nombrarse, en su caso el reemplazante por acto de escritura pública...", hace referencia a la escritura- acta, por la que el escribano constata la celebración de la asamblea y su resultado. Por último, están quienes sostienen que es suficiente con la protocolización del acta de asamblea como modo de expresión de la voluntad consorcial.

³³ Conf. TRANCHINI, Marcela H., *La forma de designación del administrador en propiedad horizontal*, Revista Notarial 958, pág.79; PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge Raúl. *Derechos Reales*, Ed.Astrea, Bs.As., pág. 52; LAFAILLE, Héctor, ALTERINI Jorge Horacio, *Propiedad Horizontal*, en *Derecho Civil...*, Ob.cit., pág. 219.

³⁴ LAQUIS, Manuel A., FLAH, Lily R, SMAYESVSKY, Miriam, *Derechos Reales*, Ed. Depalma, Bs. As., 2000, T. V, pág. 526.

³⁵ C.N.Esp. Civ.y Com., Sala II, 30/6/80, "Rep. La Ley", XLI, J-Z, p.2359, sum. 70, cit por PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge Raúl. *Derechos Reales*, Ob.Cit., pág. 52.

Este tema adquiere trascendencia al momento de acreditar la personería del administrador ante terceros, ya que con relación a los copropietarios, bastarán las constancias del acta de la asamblea respectiva. La jurisprudencia ha destacado que el requisito de la escritura pública exigida por la ley no podía suplirse por el acta protocolizada de la asamblea que designó nuevo administrador, fundada en que solamente mediando orden judicial la protocolización de un instrumento privado podrá elevarlo al rango de instrumento público, a tenor de lo dispuesto por los artículos 984 y 1003 del Código Civil³⁶.

Por nuestra parte, apoyamos la doctrina que avala la protocolización del acta de asamblea siempre que la misma fuera requerida por la propia asamblea, la que otorgaría la representación necesaria para obtener la protocolización notarial, pues equivaldría a la expresión de la voluntad de todos los interesados en el acto plurisubjetivo que supone la decisión final de la asamblea, lo que implica transformar el instrumento privado en instrumento público, en cuanto constituye un acto de reconocimiento³⁷.

Dadas las diferentes posturas sobre el tema, en la práctica resulta conveniente incluir en el Reglamento de Copropiedad y Administración una cláusula de apoderamiento para que, en base a la resolución de la Asamblea, se otorgue, en representación del consorcio, la escritura de designación del administrador. Para los casos en que ello no hubiera sido previsto, consideramos que es suficiente la protocolización del acta de asamblea, siempre que en la misma se hubiera dejado constancia de la solicitud respectiva.

La remoción del administrador puede producirse con o sin expresión de causa, dado que le resultan aplicables las normas del contrato de mandato.

Siempre siguiendo la postura que recepta la personalidad jurídica del Consorcio, la remoción del administrador debe ser resuelta en reunión de Asamblea, según la mayoría que fije el Reglamento, la que no podrá ser menor a la que establece la ley en su artículo 10 (mayoría absoluta de votos), por tratarse de un asunto de interés común que evidentemente no está comprendido dentro de las atribuciones conferidas al representante del Consorcio. En caso de no reunir la mayoría necesaria, se puede recurrir al procedimiento establecido en el artículo 10

³⁶ CNCiv., sala C, 28/9/1995, “Consortio de Propietarios Salguero 1501/3/5 c. Carrizo de Sánchez”, La Ley 1996-C, 369.-

³⁷ RACCIATTI, Hernán, “Designación del administrador del consorcio de la propiedad horizontal y su personería”, La Ley 1996-C,369, cit por LAFAILLE, Héctor, ALTERINI Jorge H., Propiedad Horizontal, Ob.cit., pág.220.

de la ley 13.512, solicitando al órgano jurisdiccional que convoque a asamblea judicial.

7.- Decreto 947/04. Unidades Funcionales “a construir” ó “en construcción”.

La Provincia de Buenos Aires sancionó el Decreto 2489 en el año 1963, que permitió a través de su artículo 6to., la enajenación y posterior inscripción de títulos portadores de actos de constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales sobre unidades en construcción o a construir, tipificando de esta forma una realidad económica imperante y cubriendo ese vacío legal. Se aprueba el plano como definitivo para lo construido y como proyecto para lo “a construir” o “en construcción”.

En el año 2004 y a raíz de los inconvenientes que se generaban en los clubes de campo para obtener el consentimiento unánime de todos los propietarios, obligatorio para modificar el estado constructivo individual de las unidades, se sancionó el **Decreto 947/2004**, reglamentado por la Disposición Catastral 349/2005.

Este decreto está indicado de manera especial para las urbanizaciones que conforman Clubes de Campo o Barrios Cerrados, bajo la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal. No obstante ello, y como veremos mas adelante, se podrá aplicar a todo tipo de inmuebles, siempre que sea legalmente posible. Esto es, a través de la modificación introducida por el Decreto en cuestión al artículo 13 del Decreto 2489, se puede extender el alcance a todas las unidades afectadas al régimen de la ley de Propiedad Horizontal, facultándose a los organismos competentes a dictar normas complementarias que permitan transferir, constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre estas.

El Decreto y su reglamentación permiten reemplazar, opcionalmente, la actualización de los estados constructivos de unidades funcionales originadas por el régimen de la Ley 13.512, que se concreta a través de la modificación del plano de subdivisión en su conjunto, por la **actualización “individual”** de dichas unidades mediante la constitución del estado parcelario previsto por la Ley 10.707 de Catastro Territorial. Así, esta actualización se puede concretar sin necesidad de observar el procedimiento de ratificación de planos³⁸, siempre y cuando en el Reglamento de

³⁸ Procedimiento de ratificación de planos, regulado hoy por la D.T.R. 14/2010, en sus artículos 31 y 33, que continúa vigente, en principio, para el resto de los inmuebles afectados a Propiedad Horizontal. **Art. 31** - Cuando la unidad estuviera registrada como “a construir” o “en construcción” y del certificado catastral o estado parcelario, surgiere una variación del estado constructivo, será requisito previo para proceder a su cambio y toma de razón definitiva del documento, la registración de la escritura de modificación de Reglamento de Copropiedad y Administración o la escritura de obra nueva. **Art. 33** - ESCRITURA DE OBRA NUEVA. Para el supuesto

Copropiedad y Administración se hubiere otorgado por todos los copropietarios, un poder especial para cumplimentar esas modificaciones constructivas y toda vez que no se altere la configuración geométrica del polígono integrante de la unidad o se modifiquen las superficies comunes.

La superficie que ocupa la unidad en relación a la superficie total del predio, es tomada en este caso como referencia para el cálculo de los porcentuales, sin tener en cuenta la de la edificación presunta ni la superficie definitiva una vez construido. Así, el porcentual sobre las partes comunes, resulta ser definitivo para cada unidad, sin sufrir variaciones en el futuro y sin necesitar que concurren los otros copropietarios para prestar conformidad con el nuevo estado constructivo.

La calidad del trabajo topográfico y planimétrico se garantiza con la constitución del estado parcelario. No obstante, se han previsto requisitos legales exigidos al momento de las modificaciones de los planos de subdivisión por el régimen de la Ley 13.512, como son: el consentimiento de los copropietarios para efectuar modificaciones en el proyecto original y la correspondiente intervención municipal para avalar la calidad de la obra a través de la aprobación del plano de obra, debiendo estar asimismo garantizadas las obras de infraestructura.

Todas estas previsiones legales deberán constar en la cédula catastral, integrante de la constitución del estado parcelario, con la intervención a su vez del Departamento de Propiedad Horizontal.

Este régimen de excepción que rige, en principio, para los clubes de campo y barrios cerrados, posibilita la modificación del estado constructivo de las unidades funcionales en forma individual, permitiendo concretar esa actualización tanto en la faz catastral como en la registral. Desde la óptica catastral, se logra a través del relevamiento del estado parcelario, de cumplimiento obligatorio previo a todo acto de constitución y disposición de derechos reales sobre bienes inmuebles. En su aspecto registral, se materializa este cambio cuando el titular dominial otorgue la escritura de obra nueva –escritura autónoma de modificación del estado constructivo de la

normado por el artículo 7° del Decreto N° 2489/1963, el titular de la unidad deberá solicitar el retiro de tela del plano de Propiedad Horizontal a los efectos de dar por construida dicha unidad, siempre que no exista alteración de los porcentuales y sin que para ello se requiera la presentación de la totalidad de los titulares de dominio de las restantes unidades funcionales y/o complementarias que componen el edificio. En forma previa a la inscripción de la escritura de obra nueva se calificará la ratificación del plano de Propiedad Horizontal. Si al ratificar el plano, las medidas lineales y/o de superficie de las unidades de dominio exclusivo, difieren de las tolerancias en vigencia, deberá procederse a modificar el Reglamento de Copropiedad y Administración y las escrituras de adjudicación correspondientes”

unidad-³⁹, o cuando dicha modificación sea detallada en la escritura de venta de esa unidad.

7.1.- Disposición de unidades “a construir” o “en construcción”.

Estas unidades podrán ser enajenadas y sus títulos inscriptos en el Registro de la Propiedad, de acuerdo a las disposiciones contenidas en los Decretos provinciales 2489/63 y 947/04, debiendo observarse procedimientos distintos respecto a su encuadre catastral y registral.

Este encuadre va a depender de si la correspondiente unidad funcional, se mantiene en el mismo estado constructivo que el consignado en el Reglamento de Copropiedad y Administración o que si ese estado ha cambiado porque su edificación ha sido concluida. En la primer hipótesis, para otorgar la venta y escrituración de la unidad, se deberá dar cumplimiento a los requisitos dispuestos por el artículo 6 inciso b) del Decreto 2489/63⁴⁰, y en el segundo supuesto, lo establecido por el artículo 6 bis del Decreto 947/04⁴¹, por cambios en el estado constructivo.

Es importante destacar que para disponer de las respectivas unidades, en ambos estados constructivos –en construcción o construida-, resulta necesario el

³⁹ Art. 7 del Dec.2489/63: “A medida que se habiliten las unidades, previa ratificación del plano de división, cada propietario deberá solicitar al Registro de la Propiedad, con firma certificada por autoridad competente, la actualización del legajo especial, pudiendo realizar este acto por escritura de obra nueva. Si al ratificar el plano de división las medidas lineales y/o de superficie de las unidades de dominio exclusivo difieren de las tolerancias en vigencia, deberá procederse a modificar el reglamento de copropiedad y administración y las escrituras de adjudicación correspondientes”.

⁴⁰Art. 6.- “b) Las unidades de dominio exclusivo sin independencia constructiva cuando el edificio en construcción tenga concluido los servicios y partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento del mismo, pudiendo carecer de los revoques finos, pinturas, solados, cielorrasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y funcionamiento del edificio...”.

⁴¹Art. 6to.bis. “La modificación del estado constructivo de las unidades funcionales previstas en los emprendimientos urbanísticos denominados CLUBES DE CAMPO Y BARRIOS CERRADOS (regulados por el decreto-ley 8912/77 y los decretos 9404/86 y 27/98), cuya subdivisión se haya gestionado con arreglo a lo dispuesto por la ley 13.512, estará sujeta al cumplimiento previo de los siguientes requisitos: a) que la edificación de la respectiva unidad funcional esté construida de acuerdo al plano respectivo aprobado por la comuna local, lo que resultará del Certificado Catastral en el que se indicarán las superficies que lo componen; b) que estén finalizadas las obras de infraestructura que involucran a la o a las unidades de que se trate, mediante la certificación municipal a la que se refiere el artículo 9º del decreto 9404/86, con el alcance establecido en la Disposición 6010/02 de la Dirección Provincial de Catastro Territorial, lo que también deberá resultar del Certificado Catastral mencionado en el inciso anterior; c) acreditar legitimación y facultades suficientes para solicitar la modificación del estado constructivo, así como la eventual modificación del proyecto que dio origen al régimen. En estos casos dichas unidades funcionales adquirirán catastralmente el carácter de construidas. Los titulares de las Unidades Funcionales “a construir o en construcción” podrán, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 7 del Decreto 2.489/63, solicitar a la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad la registración de la modificación del estado constructivo, mediante escritura pública otorgada en forma autónoma o en oportunidad de autorizar los actos a que se refiere el artículo 1º del mencionado decreto, debiendo transcribirse las constancias respectivas obrantes en el certificado catastral. El organismo catastral dispondrá las medidas tendientes a publicitar la modificación del estado constructivo de las unidades”

relevamiento del Estado Parcelario, que acompaña el Certificado Catastral, y el notario deberá controlar que en el Rubro 4 de Descripción del Inmueble, en el casillero correspondiente, el agrimensor haya consignado con una cruz: “*en construcción, a construir o construido*”, dejando constancia de ese dato en el cuerpo de la escritura y rogar la inscripción registral de tal circunstancia.

A partir de la inscripción del instrumento que le establezca a las unidades funcionales el carácter de “**construídas**”, se producirá la incorporación automática de las mismas al régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal.

7.2.- Alcance del Decreto 947/04 a otros inmuebles afectados a la Ley 13.512.

El artículo 13 del decreto 2489/63, quedó redactado, luego de la reforma por el Decreto 947/04, de la siguiente manera: “Las regulaciones precedentes podrán aplicarse a todas las unidades sometidas al régimen de la Ley Nacional n° 13.512 - se encuentren o no individualizadas en el presente- a cuyo efecto se faculta a la Dirección Provincial de Catastro Territorial a dictar las disposiciones complementarias que viabilicen el cumplimiento de los requisitos técnicos esenciales para transferir, constituir, modificar o extinguir derechos reales por el citado régimen. La Dirección Provincial de Catastro Territorial y la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad quedan también facultadas, en el ámbito de su competencia, para reglamentar el trámite administrativo y el contenido de la documentación requerida, como asimismo para disponer sobre los requisitos de aprobación, registración y tramitación que se relacionen con las normas contenidas en el presente Decreto”.

Con esta modificación se amplía el alcance de este sistema, permitiéndose su aplicación a todos los inmuebles afectados a la Ley 13.512, aunque no formen parte de Clubes de Campo o Barrios Cerrados, siempre que se cumplan las exigencias legales y técnicas, pudiendo enmarcarse dentro los alcances del mencionado decreto. Como se desprende del artículo citado, la atribución de facultades alcanza tanto al organismo catastral, como al Registro de la Propiedad.

En este sentido, la Disposición de Catastro 349/05, dispone en su artículo 7: “La actualización del estado constructivo ‘en construcción o a construir’ que no integren los supuestos contemplados en el art. 1 estará supeditada a la verificación por parte del Departamento Propiedad Horizontal del cumplimiento de los supuestos que fundamentaran la sanción del decr. 947/04. En estos casos, la petición de acogimiento, en la cual deberán constar los fundamentos de su formulación, tramitará por expediente administrativo”.

Presentado el supuesto de ratificación de plano de propiedad horizontal, en el que se den por construidas determinadas unidades sin modificarse medidas lineales, ni superficies ni tampoco los porcentuales, cabe la aplicación del Decreto 947/04, conforme al artículo 13 y la disposición catastral mencionada en su artículo 7, previo trámite de expediente administrativo en Catastro. Asimismo, podría utilizarse también el decreto 2489, artículo 7, en lo que refiere a la escritura de obra nueva, como herramienta adecuada⁴².

TRANCHINI señala que la diferencia entre un caso y otro es que en el marco del Decreto 947 no es necesario ratificar el plano de Propiedad Horizontal, previo inicio de expediente en Catastro. En cambio, para la escritura de obra nueva sí es necesario plano de Propiedad Horizontal ratificado.

Por ello, cabe destacar que estas normas brindan una solución a todas las unidades en construcción, pero siempre que no sea modificado durante la construcción el proyecto de la unidad, es decir se haya respetado el proyecto originario y siempre que se mantengan inalteradas las superficies y los porcentuales.

En definitiva, en la actualidad puede obtenerse la conformidad de la Autoridad Catastral para la registración del procedimiento para cada caso en particular, mediante la tramitación de expediente administrativo.

Recomendamos una reforma de la normativa vigente para habilitar el procedimiento contemplado en el mencionado Decreto 947/04 para la totalidad de los inmuebles afectados al régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, aún los no comprendidos en los regímenes de Clubes de Campo o Barrios Cerrados.

7.3.- ¿Derecho Real o Derecho Personal?

La naturaleza y magnitud de estas unidades funcionales, en un casi permanente proceso de edificación; la necesidad de adaptar una realidad económica extrarregistral facilitando el proceso de inscripción; las dificultades en la obtención del consentimiento unánime de los copropietarios, de acuerdo al artículo 7 de la Ley 13.512, fueron los motivos más trascendentes que se tuvieron en cuenta al crear el régimen jurídico del Decreto 947/04, de exclusiva aplicación a las urbanizaciones especiales, salvo las hipótesis ya mencionadas.

Son evidentes las ventajas que traen aparejadas estas normas para el desarrollo del mercado inmobiliario traducido en la posibilidad de la contratación

⁴² TRANCHINI, Marcela. *Propiedad Horizontal. Ratificación plano, Dec.947/04*, “Cuaderno de Apuntes Notariales”, nro. 45, FEN Editora Notarial, año IV, La Plata, sept.2008, pág.8.

sobre estos bienes. Sin embargo, no podemos dejar de mencionar que estamos frente a determinadas situaciones jurídicas que resultan inconciliables en ciertos casos, con el régimen legal aplicable.

RACCIATTI señala que “no hallándose aún construida la unidad vendida sobre planos, mientras no exista materialmente la cosa objeto del derecho real de dominio...el contrato entre empresario – constructor y los diversos compradores se desenvolverá, en cuanto a sus efectos o consecuencias jurídicas, en el campo de los derechos personales y, una vez efectuada la adjudicación de los respectivos dominios, conforme a los modos y formas establecidos por el Código Civil (tradicción y título) y previo cumplimiento de los requisitos de la ley de la materia –escritura pública e inscripción del Reglamento- las relaciones de derechos entrarán en el campo de los derechos reales”⁴³.

Por su parte, cierto sector de la doctrina notarial afirma que “el reglamento de copropiedad y administración sólo será aplicable a aquellas unidades cuya edificación se haya dado por concluida, las que en consecuencia, quedan sometidas a la Ley 13.512. En este sentido, no es posible soslayar que el objeto específico de esta ley lo constituyen las unidades terminadas, de lo que resulta que, más allá de cómo la administración lo califique, las unidades a construir o en construcción no quedan afectadas al régimen legal”⁴⁴.

En este sentido, esta parte de la doctrina, concluye en que cuando una persona adquiere una unidad a construir o en construcción, inserta dentro de un Club de Campo o Barrio Cerrado que se encuentra afectado al Régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, no se incorpora al sistema de la ley 13.512. Entiende que un inmueble a construir o en construcción, no reúne los requisitos objetivos necesarios para configurar un bien apto para el sistema de Propiedad Horizontal. En consecuencia, lo que estaría adquiriendo es un derecho meramente personal, que se convertirá en real una vez construido, agregando que su inscripción no modifica este carácter personal.

Por su parte, LAMBER ha expresado que esta posición es “irrefutable en cuanto a la constitución de derechos reales sobre esas cosas”⁴⁵. Pero agrega, que la transmisión efectuada en la escritura de venta, en el marco del decreto 2489/63,

⁴³ RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o por departamentos*, 2 ed., Bs.As., 1958, pág.51

⁴⁴ CAUSSE, Jorge R y RODRIGUEZ ALVAREZ, José L., “*Urbanizaciones privadas. Decreto 947/2004*”. Revista Notarial 949, p. 659.

⁴⁵ LAMBER, Rubén A., *Derecho Civil...*, Ob.cit., pág.570.

queda subsanada de pleno derecho una vez que se cumpla la condición suspensiva de que la cosa se cree o se concluya su construcción. Este autor, utiliza la expresión “cosa en proceso constructivo”, señalando que se trata de cosas presentes sujetas a modificación estructural, pero no cosas futuras propiamente dichas. Por eso indica que estas cosas son y existen, pero en proceso de transformación, mientras que las cosas futuras no tienen realidad material alguna. Y es en esa mentada materialidad en la que se apoya el derecho real⁴⁶.

Finalmente, no podemos desconocer que desde el punto de vista operativo, los hechos han demostrado que este sistema se ha ido desarrollando con resultados prácticos muy positivos sin mayores conflictos ni cuestionamientos en general por parte de los usuarios de este régimen.

7.4.- La Disposición Técnico Registral 14/2010

La Disposición Técnico Registral 14/2010, en el Acápite 2, en sus artículos 22 y 23⁴⁷, regula la situación referente a Unidades a construir y en construcción. Se indica que los títulos portantes de actos que constituyan, transmitan o modifiquen derechos sobre unidades “a construir” o “en construcción”, serán inscriptos sin observación alguna en la medida en que se hubiere dado cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 6 del Decreto 2489/63.

Por su parte, en el artículo 32, se regula la inscripción de la Escritura de Modificación de Estado Constructivo, recepcionando el procedimiento de aplicación del Decreto 947/04 y la disposición que lo reglamenta⁴⁸.

⁴⁶ LAMBER, Rubén A., *Derecho Civil..*, Ob.cit., pág. 573.

⁴⁷ **Art. 22** - No será causal de observación el título portante de transmisión, constitución o modificación de derechos reales sobre una unidad funcional a construir o en construcción, siempre que conste registrada la resolución que diera por cumplidos los recaudos establecidos en el artículo 6° del Decreto N° 2489/1963, dictada oportunamente por la Dependencia que corresponda a la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA). Dicho acto administrativo deberá microfilmarse por Departamento Archivo de Seguridad Documental.- **Art. 23** - No será causal de observación para la toma de razón de la comunicación del artículo 6° del Decreto N° 2489/1963, la falta de inscripción de la escritura de Reglamento de Copropiedad y Administración.

⁴⁸ **Art. 32** – “Para el caso de unidades funcionales pertenecientes a emprendimientos urbanísticos denominados clubes de campo y barrios cerrados, conforme lo dispuesto en los artículos 6 bis y 6 ter del Decreto N° 2489/1963 (incorporados por el Decreto N° 947/2004), se procederá a tomar razón de los documentos de modificación del estado constructivo que se instrumenten, en escritura autónoma o en oportunidad de autorizarse otro acto de transmisión, constitución, modificación o extinción de derechos reales de la/s unidad/es funcional/es, que haya/n variado. La escritura de referencia deberá contener la transcripción del estado constructivo consignado en la cédula catastral del estado parcelario, el que deberá acompañarse con la presentación del documento. A esos fines, no será necesario modificar el plano de Propiedad Horizontal, ni suspenderse el mismo. El asiento registral se practicará a continuación de la descripción de la unidad, quedando consignado expresamente el nuevo estado constructivo, escritura, escribano, número de entrada y fecha y superficie total actual. La registración generará la apertura de la matrícula PHA de la unidad que todavía constare en planilla PHB. La comunicación de suspensión del plano de Propiedad Horizontal, no obstaculizará la

En lo referente a la escritura de obra nueva, figura de por sí muy poco utilizada en la práctica, en el artículo 33 de la citada Disposición Técnico Registral, se exige como requisito para poder contar con esta escritura de obra nueva que las medidas lineales y/o de superficie no difieran con las tolerancias en vigencia. El artículo exige que “no exista alteración de los porcentuales”, circunstancia que sucede en la mayoría de los casos, ya que al dar por finalizadas las obras, los coeficientes se modifican inexorablemente, obligando a la modificación del Reglamento de Copropiedad y Administración, con la necesaria comparecencia de todos los copropietarios.

Una solución para este supuesto sería, como ya indicamos, establecer de antemano las proporciones definitivas en el Plano de Propiedad Horizontal, para las dos etapas: para el edificio en construcción o a construir y el edificio construido. De este modo será posible el otorgamiento de la escritura de obra nueva, solo por el titular de dominio de la unidad incorporada⁴⁹.

8.- El Derecho de Sobreelevar.

Muchas veces suelen incorporarse en los Reglamentos cláusulas a través de las cuales los titulares de las unidades funcionales se reservan la facultad de sobreelevar, tal como lo permite la ley 13.512. Dentro del sistema de dominio horizontal, no nos encontramos frente a una prerrogativa típica, o al menos frecuente, cuando nos referimos a la sobreedificación o derecho de sobreelevar. Sin embargo, su existencia es perfectamente factible y se pueden observar algunos reglamentos de copropiedad y administración, con prescripciones en tal sentido, ya sea en forma de reserva a favor del constructor o vendedor, o beneficiando a determinados propietarios.

Como ya expresamos, las normas del reglamento de copropiedad y administración constituyen las restricciones y límites al dominio que los copropietarios se han impuesto convencionalmente para regir sus relaciones dentro del edificio. Se trate de fuente legal o convencional, estas restricciones desempeñan un rol fundamental en la Propiedad Horizontal pues permiten la existencia de un régimen sólido con características propias.

De tal manera, se impone el estudio y análisis detallado de este derecho a sobreconstruir, por resultar un derecho complejo y sumamente cuestionado, sobre

registración de la escritura de modificación de estado constructivo, permaneciendo dicha restricción vigente hasta la correspondiente ratificación del plano y modificación del régimen”.

⁴⁹ SARUBO, Oscar E., *Escritura de obra nueva*, Revista Notarial 939, FEN, La Plata, 2002, pág. 596.

todo cuando se adjudica unilateralmente por la empresa constructora o vendedora en su propio beneficio.

El Reglamento Hipotecario Español, en su artículo 16, se refiere al derecho de sobreedificación designándolo con la denominación de “derecho de levantar nuevas construcciones sobre el vuelo y de elevar una o más plantas sobre un edificio”. ZANON MASDEU sostiene que por sobreelevación se entiende la facultad de construir nuevas plantas en un edificio ya existente. Agrega que “la sobreedificación presupone la existencia de un edificio y como es lógico, las correspondientes obras de cimentación y lo que tiene lugar es la construcción de nuevas plantas sobre las ya existentes, aprovechando casi siempre las obras de cimentación”⁵⁰.

Tomamos la definición de GABAS, quien señala que “es el derecho personal concedido a uno o varios copropietarios o terceros, a edificar sobre el espacio aéreo existente por encima de la última planta edificada superior de un edificio sometido a propiedad horizontal, ya sea como una obra complementaria de otra unidad exclusiva a la que accede o constituyendo una unidad funcional independiente en el sentido dado por el artículo 1 de la ley 13.512”⁵¹.

Aclaremos asimismo que se comprende dentro del derecho de sobreelevar, la obra realizada sobre el terreno sobrante del lote, ya que también es espacio aéreo la dimensión existente por encima de la superficie terrestre.

8.1.- Nuestra legislación.

Toda obra nueva por encima o debajo de un edificio en propiedad horizontal, requiere de un presupuesto previo de cumplimiento forzoso: la decisión unánime de los copropietarios. El artículo 7 de la Ley 13.512 dispone: “El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos, etcétera. Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios”.

Por su parte y en concordancia, Vélez dispuso en el artículo 2681: “Ninguno de los condóminos puede hacer en la cosa común, innovaciones materiales, sin el consentimiento de todos los otros”.

⁵⁰ ZANON MASDEU, Luis, *La Propiedad de casas por pisos*, Ed. Ariel, Barcelona, 1964, pág.387.

⁵¹ GABÁS, Alberto A., *Derecho Práctico de Propiedad Horizontal*, To. II, Ed.Hammurabi, Bs.As, 1994, pág. 260.

La prohibición de sobreelevar o excavar, no es mas que una particularización de la prohibición mas general de realizar obras sobre sectores comunes, conforme se desprende de la parte final del citado artículo. El fundamento o *ratio legis* de la unanimidad es que este tipo de construcciones ponen en peligro la seguridad material de edificio y la integridad personal de sus ocupantes. Asimismo porque la construcción de otras unidades puede provocar, además de significar una alteración fundamental de la cosa común, una disminución del valor del edificio, por el aumento del número de habitantes, por el incremento del uso de partes comunes y frecuencia de mayores gastos de conservación y reparación.

Nuestra legislación, al igual que la legislación iberoamericana, adopta un criterio de permisión condicionada, sin llegar a regular una prohibición absoluta: se exige la unanimidad de voluntades de la comunidad para tener derecho a sobreconstruir. En España se regula el derecho de sobreelevar como derecho real sobre cosa ajena.

Aceptar la posibilidad de sobreedificar –como lo autoriza el Código Civil Italiano de 1942- representaría aceptar un enriquecimiento de algunos, basado en la apropiación de un bien parcialmente ajeno, porque el espacio aéreo habido sobre un edificio pertenece a la totalidad de los condóminos; y además, admitir la existencia de un derecho de superficie contrario a la prohibición del artículo 2614 del Código Civil y al sistema de nuestro ordenamiento jurídico, donde todos los copropietarios son cotitulares forzosos de una fracción del suelo cuyo dominio se extiende al espacio superior del propio terreno o del cuerpo del edificio.

En suma, se desprende del texto del artículo 7 que, con la autorización de todos los propietarios, es factible realizar obras nuevas. Como veremos, esta autorización podrá concederse al propietario del último piso, al propietario del subsuelo o planta baja y también podrá concederse a otros copropietarios y a terceros extraños.

8.2.- Naturaleza Jurídica.

Según consideremos la naturaleza del “espacio aéreo” como “cosa” o no, nos inclinaremos por el carácter de derecho real o personal de la prerrogativa en análisis. El “espacio aéreo” se trata de un sector *no construido*, por lo tanto no es cosa, en sentido del artículo 2311 del Código Civil y por tanto no se relaciona con ningún derecho real. Tampoco tiene un valor en sí mismo, sino en tanto y en cuanto exista una autorización de edificar.

El espacio aéreo no puede ser aprehendido, como algo material. Al concederse el derecho a edificar no se otorga la posesión del sector, sino la simple tenencia de la cubierta común o techo del edificio; de otorgarse la primera estaríamos reconociendo un derecho de superficie expresamente prohibido por el artículo 2614 del Código Civil.

Por ello es que nadie puede detentar la propiedad del espacio aéreo con independencia del suelo o construcción.

La doctrina, en general, se inclina por el **carácter personal** u obligacional del derecho a sobreelevar. Constituye una potestad enmarcada en los derechos personales, por cuanto, ya sea concedido al titular de una unidad o a un tercero ajeno, reconoce como causa inmediata al contrato de construcción, que celebra con el resto de los titulares de unidades del edificio, y condicionado tal derecho al cumplimiento íntegro de las obligaciones que asume el autorizado en el citado contrato.

El contrato de sobreedificación es un contrato atípico que regula los derechos y obligaciones de las partes para la ejecución de la obra. Es título causal para la transmisión de dominio de la obra nueva, por la renuncia al ejercicio del derecho de accesión que tienen los titulares copropietarios del edificio, que se hace efectivo una vez finalizada la obra⁵².

MIRANDA ha expresado que “sobre las cosas que no existen materialmente pero que se espera que existan, sólo se pueden establecer relaciones personales y sólo crean responsabilidades. El sujeto que vende una cosa futura, ¿qué comprometió? Su responsabilidad; si la cosa no llega a existir, no habrá nacido el derecho que comprometió, sin perjuicio de generarse la responsabilidad y que debe indemnizar a quien ha prometido, en la medida que la indemnización se habrá dado. En definitiva, sobre las cosas futuras, sólo se constituyen obligaciones, se establecen derechos a una cosa, o derechos a adquirir un determinado bien o cosa, pero la configuración del derecho mismo sobre o contra la cosa, no se da hasta que ellos llegan a existir”⁵³.

8.3.- La Reserva de Sobreelevar.

⁵² MARIANI DE VIDAL, Marina – ABELLA, Adriana. *Derechos Reales. Propiedad Horizontal. Bienes Comunes. Construcciones en patios*. Comentario a fallo. La Ley, 2002, pág. 253.

⁵³ MIRANDA, Fernando, *La propiedad horizontal como bien o cosa. La constitución de derechos reales en la etapa previa al nacimiento de la cosa y su estatuto*, en “Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay”, ene-dic, 1961, año 1947, Montevideo, T.47, pág.22.

El propietario afectante al régimen de la propiedad horizontal pudo haberse reservado el derecho en el mismo reglamento, o bien puede darse el caso de que la totalidad de los propietarios del edificio hayan autorizado a algún propietario o a un tercero. En el caso de ser un tercero el autorizado, estamos ante la *concesión del derecho de sobreelevar*.

También el propietario vendedor que se reservó el derecho pudo haber transmitido todas las unidades construidas, por lo que se convertiría en un sujeto ajeno al consorcio.

Dicha autorización puede haberse concedido con posterioridad por todos los titulares de unidades, por escritura pública a tenor de lo establecido en el artículo 1184 inciso 1 del Código Civil⁵⁴. Cabe señalar la diferencia entre el caso en que exista la reserva en la escritura del reglamento, como derecho del primer propietario a sobreelevar, y el caso en que la utilización del espacio aéreo se hace por autorización posterior.

8.3. a) La Reserva en el Reglamento.

Al efectuar la reserva el primer propietario en el Reglamento, cuando efectúa las transmisiones de dominio de las unidades construidas, no transmite derecho alguno sobre el espacio de sobreelevación.

La reserva en sí implica una propiedad del que hizo la misma, y por lo tanto, cuando ejecute la obra no se puede pretender por parte de los otros copropietarios que ese espacio no le pertenezca, aún cuando no se hubiera configurado como unidades a construir.

En consecuencia, es improcedente pretender exigir la transmisión de los derechos a los restantes copropietarios, y la modificación del plano y del reglamento, implica el derecho a titularizar el dominio de las unidades allí configuradas.

La negativa de los demás copropietarios, representaría un verdadero abuso de derecho, en tanto y en cuanto el que sobreeleva, haya respetado las condiciones en que la misma se hiciera. Por ello, es conveniente dejar sentado un proyecto que establezca medianamente pisos a sobreelevar y demás características a fin de que no se interfiera en el destino y particulares edilicias que posea el edificio originario.

Es aconsejable que en la cláusula de reserva se establezcan pautas que regulen los derechos de las partes, tales como: requisitos técnicos de construcción

⁵⁴ **Art. 1184**, inc. 1, Cód.Civ.: “*Deben ser hechos por escritura pública... los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles... o alguna obligación o gravámen sobre los mismos*”.

(número de unidades, superficie a construir, altura, destino, etc.); plazo de ejecución de la obra; seguro por los riesgos de construcción; otorgamiento de poderes irrevocables por cada propietario de las unidades funcionales a favor del administrador, del titular de la reserva o de quien éste indique para la adecuación de los planos, planillas y modificación del reglamento.

8.3. b) Autorización posterior al otorgamiento del Reglamento.

La autorización a sobreelevar efectuada con posterioridad al otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración, conlleva necesariamente su modificación. No consiste en una mera autorización, sino en la aprobación del proyecto y la cesión de los derechos de titularidad de los demás copropietarios, sea por la utilización del espacio común, como por la asunción de los riesgos.

En estos casos, la utilización del espacio aéreo, implica la interferencia del derecho de quien lo utiliza, con el de los demás copropietarios del edificio, que en su carácter de "condóminos" sobre el terreno y demás partes comunes, tiene una porción de copropiedad sobre el mismo. Cuando la utilización es considerable, como en la sobreelevación no contemplada originariamente, además del derecho patrimonial, está el de preservación de riesgos por la utilización de partes comunes como cimientos, columnas, muros maestros, etc., y el terreno mismo.

El derecho que conceden los copropietarios, sea a título gratuito u oneroso, no implica una verdadera transmisión de dominio, porque tal como lo expresamos anteriormente, el espacio aéreo no tiene un contenido tangible equiparable a la cosa. No es, en consecuencia, ni venta ni donación de espacio aéreo, sino cesión de los respectivos derechos.

La reserva de sobreelevación puede producir compensaciones pecuniarias o beneficios que el conjunto de propietarios podrá capitalizar y materializar en mejoras del edificio cuando no se cuentan con los medios necesarios para llevarlos a cabo, mientras que para el autorizado suele resultar un beneficio que se traduce en una disminución en el costo del terreno y en la utilización de construcciones existentes.

Es conveniente pactar, sobre todo en edificios de pocas unidades, la autorización para sobreelevar en el Reglamento de copropiedad y administración. El autorizado es titular de un derecho personal concedido por los propietarios, no pudiendo ser reemplazado por la autorización emanada del administrador del consorcio.

8.4.- Sujeto Activo del derecho a sobreelevar.

El artículo 7 de la Ley 13.512 se refiere exclusivamente como sujeto beneficiario de este derecho, al propietario el último piso. El legislador ha incorporado esta precisión por razones prácticas, por ser generalmente quien pueda utilizar el sector donde se sobreelevará, aquél que tenga conexidad material con dicho sector.

La práctica indica que quienes realizan este tipo de obras son los titulares de unidades contiguas inmediatas a la construcción – cerramiento de balcones; obras en patio común de planta baja, que sirve de aire luz, y utilizado con exclusividad por el dueño del departamento de contrafrente que accede a tal patio, etc.. Sin embargo, y a pesar de la redacción legal, todo nos indica que la prohibición es para todo copropietario, ocupante no dueño y aún terceros, a menos que se obtenga unanimidad asamblearia.

Para RACCIATTI el derecho de sobreelevar puede ser ejercido tanto por los titulares de él, que como ha quedado dicho son todos los integrantes del consorcio, dueños del terreno y de los demás bienes comunes en que se asentará la nueva construcción, y puede ser cedido al dueño del último piso, o aún a terceros, puesto que el espacio aéreo no reviste la característica de ser necesariamente común⁵⁵.

Son tres los sujetos que pueden beneficiarse:

a) Copropietario: respecto del copropietario no hay ninguna duda de su legitimación, conforme surge de la propia ley, en su artículo 7, pudiendo ser el del último piso o cualquier otro propietario de otra unidad.

b) Constructor, vendedor o dueño: si éste no enajena todos los departamentos, quedándose al menos con uno, es un copropietario más, por lo que se aplica lo antedicho. La cuestión se plantea cuando enajena todas las unidades transformándose en un verdadero tercero, ya que en virtud del artículo 1 del Decreto reglamentario 18.734⁵⁶, tiene la facultad de redactar el reglamento de copropiedad del edificio, pudiendo reservarse el derecho de sobreelevar por cláusula expresa en dicho estatuto.

⁵⁵ RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o departamentos*, Ed. Depalma, 2da. Ed., Buenos Aires, 1958, pág. 403.

⁵⁶ Decreto 18.734/49, reglamentario de la Ley 13.512, Art. 1: “Sin perjuicio de la obligación de redactar e inscribir un reglamento de copropiedad y administración, impuesta al consorcio de propietarios por el art. 9 de la ley 13.512, dicho reglamento podrá también ser redactado e inscripto en los registros públicos por toda persona, física o ideal, que se disponga a dividir horizontalmente en propiedad -conforme al régimen de la ley núm. 13.512- un edificio existente o a construir y que acredite ser titular del dominio del inmueble con respecto al cual solicite la inscripción del referido reglamento”.

c) Tercero ajeno al consorcio: Puede ser que un tercero ajeno al consorcio sea beneficiario. Esta legitimación deberá surgir de una asamblea unánime de copropietarios.

Es importante destacar que si el propietario originario no efectuó reserva al afectar a propiedad horizontal o con anterioridad a las transferencias de dominio de todas las unidades, los titulares del derecho son el conjunto de copropietarios y no el consorcio. En este sentido, la jurisprudencia ha expresado que: “El derecho a sobreelevar pertenece al propietario del inmueble ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio. Si se trata de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal, tal derecho corresponde a la totalidad de copropietarios de unidades del edificio, que deberá resolver su ejercicio y su cesión por unanimidad pero no corresponde al consorcio de propietarios, que tiene capacidad jurídica para la administración del edificio, pero no es propietario de los sectores comunes”⁵⁷.

8.5.- Adquisición de la propiedad de lo edificado.

Todo lo que se edifique o construya por encima o debajo de los bienes comunes, pertenecerá en propiedad a los copropietarios salvo, naturalmente, una renuncia expresa en tal sentido de todos ellos. En efecto, la propiedad de la obra nueva pertenece al propietario del suelo -conjunto de copropietarios- como accesorio del terreno común, y el autorizado será titular del derecho personal o creditorio, que le corresponde a quien ha construido en base a la autorización.

¿Cómo se produce la transferencia del dominio de las nuevas unidades funcionales al que se reservó el derecho de sobreelevar?

La totalidad de los propietarios deberán transferir el dominio de la nueva unidad, previa modificación del plano de Propiedad Horizontal y del Reglamento, y en virtud de la reserva efectuada. De este modo se cumplen los dos requisitos indispensables para la adquisición de los derechos reales: título –la reserva de sobreelevación y posterior adjudicación- y modo –posesión-. Las modalidades de adquisición pueden ser diferentes: venta (si hay precio), donación (si es a título gratuito), permuta, etcétera.

La incorporación de la nueva o nuevas unidades privativas hace necesaria la modificación del reglamento, con las superficies determinadas en el contrato de

⁵⁷ CNEsp. Civ.y Com., Sala V, 3/4/87, LL. 1988-II-26.

construcción, la determinación de las proporciones que a cada una de ellas le corresponde en relación a las cosas comunes del edificio.

A su vez, puede resultar una reducción del porcentual de alguna unidad privativa preexistente de titularidad del autorizado a la construcción, o bien puede ser la consecuencia de la disminución de las proporciones de las restantes unidades del sistema. Por ello, se requiere la unanimidad para modificar el plano de propiedad horizontal y el reglamento, y adjudicar al beneficiario, dado que podrían verse afectados en su derecho de propiedad.

8.6.- Cesión del Derecho a Sobreelevar.

En el marco del artículo 1197 del Código Civil y dada la naturaleza personal y crediticia del derecho en análisis, no hay impedimento alguno para que pueda cederse. En otras palabras, es factible la cesión del derecho a sobreelevar ante la ausencia de normas expresas en sentido contrario, por quedar librado al campo de la autonomía de la libertad⁵⁸. De allí que en el mismo acto de autorización de la obra pueda autorizarse también, anticipadamente, la transferencia o bien surgir de un acto posterior, salvo prohibición expresa en el mismo reglamento de copropiedad.

Podemos mencionar diversas situaciones en lo que respecta al alcance de esta concesión:

a) Derecho otorgado a uno o varios propietarios determinados: Cuando la concesión se otorgó a persona específica, con nombre y apellido, por determinadas razones particulares, la intención no ha sido favorecer a cualquiera. Por ello, si estos legitimados enajenan sus unidades, no integra esa transferencia el derecho a sobreedificar, extinguiéndose el mismo con la venta del departamento.

b) Derecho otorgado a titulares de determinadas unidades funcionales: En este caso el derecho lo posee el titular de dicha unidad, y por tanto, la venta o transferencia de la misma, lleva ínsito el derecho a sobreelevar. Aquí hay una verdadera cesión porque el derecho no queda en cabeza de su titular originario. Se debe dejar constancia en la escritura pública de esta circunstancia.

c) Posibilidad de cesión del derecho con independencia de la unidad funcional: Una vez otorgado el permiso a sobreelevar, el autorizado no puede transferir el derecho a terceros para que éstos se conviertan en beneficiarios, tanto si se hubiere prohibido la cesión, como en el caso de haber guardado silencio. Debe

⁵⁸ En la XXV Jornada Notarial Bonaerense, celebrada en Mar del Plata, en 1983, en el Tema 1, se resolvió: “El derecho a sobreelevar, dentro de las regulaciones a las que se subordine su ejercicio es, transmisible a título singular o universal”.

estar prevista expresamente la posibilidad de ceder y firmar la unanimidad de los propietarios en tal sentido.

Conforme la expresión de LAJE, "si se enajenare la facultad de sobreelevar, la transferencia sería nula frente al consorcio, el cual podrá impedir las obras que haya ejecutado o pretenda ejecutar el tercero, como si se tratara de trabajos en terreno ajeno. A la misma conclusión debe llegarse aún cuando no se hubiera prohibido expresamente el derecho concedido al propietario del piso superior. En primer lugar, la autorización dada por los propietarios no importa crear un derecho patrimonial a favor del autorizado y del cual ellos se hayan desprendido definitivamente, como ocurre en los supuestos normales de cesión, sino que significa una simple facultad que le otorgan a título exclusivamente personal y para eliminar el obstáculo puesto al ejercicio de ella, que es precisamente la inexistencia del permiso"⁵⁹.

8.7.- Forma de la cesión.

En cuanto a la forma para instrumentar la cesión del derecho de sobreelevar, debe efectuarse por escritura pública a tenor de lo establecido en el artículo 1184 incisos 9 y 10 del Código Civil, rigiendo en su caso el artículo 1185.

Entendemos que deben solicitarse Certificados de Dominio y de Anotaciones Personales, a fin de tomar conocimiento del estado jurídico de la unidad de la que es titular quien cede su derecho y para constatar la libre disponibilidad de sus bienes. Asimismo, si existiesen acreedores embargantes o hipotecarios se necesitará su conformidad. Todo esto, de no llevarse a cabo al otorgarse la cesión, indefectiblemente tendrá lugar al dar de alta las nuevas unidades y modificar el Reglamento de Copropiedad y Administración.

En referencia al Asentimiento Conyugal, remitimos a lo expresado en el Punto 4, del presente trabajo, sobre modificación del Reglamento.

8.8.- Regulación contractual del derecho a sobreelevar.

Es recomendable regular con precisión los derechos y obligaciones de las partes, conforme a las distintas situaciones que pueden presentarse en la práctica. Dichas cláusulas variarán según se trate de edificios de pocas unidades, en que los propietarios podrán autorizarse en forma recíproca; o bien edificios de varias unidades, donde todos los copropietarios autoricen a un titular de dominio para sobreedificar.

⁵⁹ LAJE, Eduardo J., *La Propiedad Horizontal en la legislación argentina*. Ed. Perrot. 1975, 2 ed., pág.265.

Sin que deba considerarse formulada con carácter taxativo, mencionamos los siguientes aspectos que deben considerarse al efectuar la reserva o cesión del derecho: determinación de las características técnicas de la futura construcción; irrevocabilidad de la autorización; posibilidad o prohibición de cesión del derecho; volumen útil edificable; destino de las unidades resultantes; contratación de seguro por riesgo; obligaciones laborales y provisionales; gastos de fuerza motriz; gas y provisión de agua; expensas comunes; gastos por modificación de planos y reglamento; modificación de los porcentuales de dominio; participación de las indemnizaciones en caso de destrucción del edificio; poderes irrevocables para la modificación de los planos de obra, mensura y subdivisión, así como del reglamento de copropiedad y administración, intervención de asambleas, etc.

Por otra parte, es de buena técnica notarial a los efectos publicitarios la transcripción o mención de la o las cláusulas de las que resulta la facultad de sobreelevar, en los instrumentos públicos de constitución, modificación o transferencia de derechos reales.

8.9.- Inscripción Registral

Aún cuando el derecho de sobreelevación carece de entidad registral que encuadre en el artículo 2, de la Ley 17.801, y aún cuando ni dicha ley ni la de propiedad horizontal establezcan la obligatoriedad de la inscripción, debiera imponerse la toma de razón o conocimiento de esta reserva que pudiera contener el reglamento. Ello así, por tener una directa relación con el derecho real de dominio sobre inmuebles, y además como función preventiva justificante de la excepción, a la manera de la inscripción de los boletos de compraventa en el sistema de prehorizontalidad. La finalidad sería anotar a los interesados en la adquisición de unidades que integran el edificio sobre la existencia de esta importante limitación a la propiedad común, sin que la registración altere su condición de derecho creditorio.

La inscripción no es obligatoria, pero sí conveniente para proteger adecuadamente a los terceros adquirentes, quienes no podrán alegar desconocimiento de la condición de la cosa, por lo cual le serán plenamente oponibles los derechos que se intentaren valer.

En el VI Congreso Nacional de Derecho Registral, celebrado en la ciudad de Posadas, en 1986, se concluyó que las reservas se han de reflejar en los registros como publicidad notoria.

RUIZ ERENCHUN – VILLARÓ, señalan que esta inscripción es un **anuncio preventivo** que delimita los derechos de los copropietarios entre sí y frente a terceros. Agregan que “en la redacción y confección de esos instrumentos portantes se cuidará en forma adecuada (principio de determinación) identificar los extremos relativos al inmueble, el derecho, el plano de subdivisión, el reglamento de copropiedad, la registración existente y el estado jurídico de esos derechos”⁶⁰.

En la provincia de Buenos Aires, la entonces Disposición Técnico Registral 4/84, dio un importante aporte del Registro de la Propiedad sobre el tema, disponiendo la inscripción en el folio real y en el espacio destinado a la descripción del inmueble, de la existencia de unidades a construir o derecho a sobreelevar, tanto en el momento de afectar el edificio a la ley 13.512, como los ya afectados en los se disponga la venta de unidades a construir.

La Disposición Técnico Registral 14/2010, regula en sus artículos 37 y 38, lo referente al Derecho a Sobreelevar, reiterando en términos generales los conceptos vertidos en la DTR anterior. El artículo 37 establece: “Será objeto de registración y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble, la sola mención de la reserva al derecho a sobreelevar, la que puede resultar del Reglamento de Copropiedad y Administración o de escritura pública posterior otorgada por unanimidad de los consorcistas”.

Y el artículo 38 indica: “Las relaciones jurídicas derivadas del comercio del derecho a sobreelevar, no serán objeto de inscripción hasta la configuración jurídica definitiva de la cosa inmueble, de acuerdo a la modificación del Reglamento correspondiente y previo cumplimiento del artículo 6, Decreto No. 2489/1963”.

A nuestro entender, en este último artículo se está confundiendo la hipótesis de las unidades a construir o en construcción, con los supuestos de sobreelevación. Como ya vimos, en esta situación de análisis no siempre se generan unidades a construir o en construcción, razón por la cual resulta innecesario exigir previamente el cumplimiento del artículo 6, del Decreto 2489.

9.- Construcciones realizadas sin reserva o cesión del derecho.

La última parte del artículo 7 de la Ley 13.512, dispone: “... Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios”. Frente a una obra realizada en infracción a lo dispuesto, la

⁶⁰ RUIZ ERENCHUN – VILLARÓ, *La propiedad horizontal y el derecho a sobreelevar (reserva del derecho en el reglamento de copropiedad y administración)*, ED, ejemplar del 14/11/85, pág.1.

consecuencia primaria resulta ser la demolición de la obra y la vuelta de las cosas a su estado anterior.

La norma debe ser celosamente respetada, pues tiende a preservar la solidez, salubridad y seguridad del edificio, evitar molestias a los demás o la degradación de las otras unidades, y fundamentalmente, mantener la proporcionalidad en los gastos determinados según la superficie cubierta de cada uno⁶¹.

No obstante, es dable advertir que no en todos los casos prospera una acción tendiente a ese efecto, ya que hay una serie de factores que pueden influir en una decisión contraria a la de destrucción de lo construido. Con base en el principio jurídico que tiende a que no se destruyan valores materiales, el juez debe valorar ciertas circunstancias de hecho, antes de ordenar una demolición.

La jurisprudencia sostiene, correctamente, que el juez una vez consumada la obra deberá evaluar cuál es el perjuicio mayor, su conservación o su demolición, y para ello considerará: a) la naturaleza del espacio común invadido por la obra nueva; b) la actitud asumida frente al inicio, prosecución y/o culminación de la obra por el consorcio; c) los intereses lesionados con el mantenimiento o destrucción de la obra; d) la entidad de lo construido; e) el ejercicio abusivo del derecho que la propia ley le otorga al legitimario.

En este sentido, se ha expresado que “Si el consorcio nada intentó para evitar que la construcción que no pudo pasarle inadvertida, se llevara a cabo por el copropietario, sin haber requerido previa autorización, no obstante existir medios legales para evitarla y el perjuicio que puede recibir el mismo frente al que le ocasionaría al infractor la destrucción de lo construido, y la reconstrucción de lo que antes existía, a la vez que se consumaría una inútil destrucción de valores económicos; no es dable acoger la demanda por la que se requiere la demolición de la obra efectuada”⁶²

Es importante destacar, que el requisito que la ley establece en su artículo 7, no reviste el carácter de orden público, ni está dotado de rigurosa inflexibilidad que no permita la valoración judicial de la conducta de los votantes en las asambleas de consorcio; o de situaciones particulares que faculden justas atenuaciones a la norma

⁶¹ HIGHTON, Elena – AREAN, *Daños Propiedad Horizontal*, Revista de Derecho Privado Daños, Bs.As., 1993, pág. 369, cit.por ABELLA, Adriana N, *Derecho Inmobiliario Registral*, Ob.cit, pág. 471.

⁶² C.N.Especial Civil y Comercial, Sala III, septiembre 18 de 1981, autos “Consortio Castex 3338/4 c/Martínez Eduardo”.

general. De lo contrario, se podría llegar al extremo de convalidar decisiones infundadas, arbitrarias o que importen un verdadero abuso de derecho.

Por otra parte, siempre estará presente la posibilidad de accionar por daños y perjuicios ante la imposibilidad de reclamar la demolición de lo edificado.

III.- BIBLIOGRAFIA.

- ABELLA, Adriana N., *Derecho Inmobiliario Registral*, Ed. Zavalía, 1ra.Ed., Bs.As., 2008.
- ALTERINI, Jorge H. y VAZQUEZ, Gabriela A., *Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes*, La Ley, 2007-C, pág.1076.
- BUERES, Alberto J. (dir.) – HIGHTON, Elena I. (coord.), *Código Civil y normas complementarias, Análisis doctrinal y jurisprudencial, Tomo 2C*, Ed. Hammurabi, Bs.As., 2004.
- CAUSSE, Jorge R., *Urbanizaciones Privadas, Barrios Cerrados, Régimen legal en la Pcia.de Bs.As.*, Ed.Ad hoc, 1998.
- CORNEJO, Américo Atílio, *Derecho Registral*, Ed. Astrea, Bs.As., 1994.
- GABAS, Alberto A., *Derecho Práctico de Propiedad Horizontal*, Tomo 2, Ed. Hammurabi, Bs.As., 1994.
- LAFAILLE, Héctor, ALTERINI Jorge Horacio, *Propiedad Horizontal, en Derecho Civil, Tratado de los Derechos Reales*, T. VI, Ed. La Ley Ediar, 2da.Ed., Bs.As., 2010.
- LAJE, Eduardo J., *La Propiedad Horizontal en la legislación argentina*, Ed. Perrot, Bs.As., 1975.
- LAMBER, Rubén A., *Derecho civil aplicado, Función Notarial*, T.3, Ed. Astrea, Bs.As., 2010.
- MARIANI de VIDAL, Marina, *Curso de Derechos Reales*, Ed.Zavalía, T.2, 6ta.ed., Bs.As., 1998.
- MOLINA QUIROGA, *El destino de las unidades funcionales en la propiedad horizontal*, La Ley, 1999-D-14.
- PAPAÑO, Ricardo J.; KIPER, Claudio Marcelo; DILLON, Gregorio A.; CAUSSE, Jorge Raúl. *Derechos Reales*, Ed. Astrea, Bs.As.
- RACCIATTI, Hernán, *Propiedad por pisos o departamentos*, Ed. Depalma, 3ra.ed., Bs.As., 1975.
- TRANCHINI, Marcela H., *La forma de designación del administrador en propiedad horizontal*, Revista Notarial 958, La Plata, 2008.
- TRANCHINI, Marcela H., *Disposición Técnico Registral 14/2010*, en Cuaderno de Apuntes Notariales, Año VI, FEN Editora Notarial, 2010, pág.7.
- VILLARO, Felipe, *Elementos de Derecho Registral Inmobiliario*, Scotti Editora Avellaneda, 3ra.edición actualizada, Bs. As., 2003.