

XXXVII JORNADA NOTARIAL BONAERENSE
JUNÍN, 2 AL 5 DE NOVIEMBRE DE 2011

DERECHO DE SOBREELEVAR
NECESIDAD DE UN NUEVO MARCO JURÍDICO

TEMA 3: PROPIEDAD HORIZONTAL
SOBREELEVACIÓN

TRABAJO DELEGACION MORON

Not. MAXIMILIANO MOLINA

Not. DIEGO LEANDRO MOLINA

Dra. MATILDE PÉREZ

DELEGACIÓN MORÓN
PROVINCIA DE BUENOS AIRES

DERECHO DE SOBREELEVAR

Ponencias

- 1.- El derecho de sobreelevar es un derecho de carácter personal con trascendencia real.
- 2.- Debe ser instrumentado en la escritura de otorgamiento de Reglamento de Copropiedad y Administración o en la de su modificación.
- 3.- En los casos de Consorcios constituidos y con reglamento vigente, se requiere de unanimidad de consorcistas presentes y votantes en Asamblea.
- 4.- Salvo la reserva efectuada en el Reglamento originario, es un acto de disposición.
- 5.- Es conveniente la incorporación de poderes irrevocables dentro del Reglamento cumpliendo estrictamente con lo normado en el art. 1977.
- 6.- La cesión de créditos debe ser considerada la forma jurídica adecuada para transferir a un tercero el derecho a sobreelevar.
- 7.- Es conveniente al momento de reservar o ceder el derecho especificar las características de lo que ha de edificarse, derechos y obligaciones, modificaciones en pago de expensas y porcentuales y otras condiciones.
- 8.-. Las cláusulas de reserva o de cesión del derecho de sobreelevar deben ser transcriptas en el boleto de compraventa o instrumento análogo y en la escritura traslativa de dominio.
- 9.- Es conveniente una regulación específica del derecho de sobreelevación conjugando los intereses de todas las partes en juego para dar una adecuada protección jurídica

DERECHO DE SOBREELEVAR.

I.- Introducción.

Los movimientos migratorios desde las zonas rurales primero, y entre áreas urbanas posteriormente, han traído aparejados la modificación de los estándares de construcción tradicionales y la adaptación del sistema jurídico a esas nuevas realidades.

Ello así dada la necesidad de optimizar la utilización de un bien escaso como lo es el suelo, no solamente con la posibilidad de realizar nuevas construcciones sobre las ya existentes, sino también hacia el subsuelo o inclusive en los laterales del suelo o solar.

Desde la órbita jurídica ello trajo aparejado el desafío de darle un encuadre acabado no sólo para la protección del tráfico entre los sujetos que intervengan en esa construcción, sino también a los terceros respecto de los cuales esa construcción pudiera proyectarse.

Aparecen dos figuras no previstas, o incluso prohibidas en el Código Civil como lo son el Derecho de sobreelevación, en la terminología de la doctrina nacional y el Derecho de superficie.

Ambas irán perfilándose con el devenir del tiempo, una como un derecho personal que se ejerce dentro del acotado marco de la propiedad horizontal, la otra como un derecho real para el desarrollo de determinadas actividades.

En el caso del Derecho de sobreedificación o sobreelevación, se suscitan una serie de cuestiones vinculadas a su naturaleza jurídica, sus caracteres, las formas de ejercicio del derecho, las responsabilidades derivadas del ejercicio del derecho de sobreelevación, la caducidad y extinción del derecho, el papel del consorcio de propietarios y la posibilidad de su anotación registral.

Queda así esbozado el contenido de este trabajo.

II.- Concepto.

No existe en la legislación, doctrina y jurisprudencia, tanto nacional como extranjera una denominación unívoca para este derecho, llamándosele “derecho de sobreedificación”¹, “derecho de vuelo”² o “derecho de sobreelevación”, que es la acepción más utilizada tanto por nuestra doctrina y jurisprudencia.

Abstrayéndonos de su naturaleza jurídica, podemos definirlo como “*Facultad que se ejerce sobre un inmueble sujeto a Propiedad horizontal por el cual puede sobreelevarse o subedificarse sobre lo ya construido, transformándose luego de concluida la obra en nuevos polígonos o nuevas unidades funcionales, de titularidad dominial particular de quien resulte titular de la unidad funcional origen, o bien del consorcio o bien de quien específicamente se designe en el Reglamento de Copropiedad respectivo*”

III.- Naturaleza jurídica. Derecho comparado.

Existen dos corrientes doctrinales, una lo ubica en la esfera de los derechos personales, la otra en el ámbito de los derechos reales.

La adopción de una postura u otra viene dada por el sistema de numerus apertus o clausus respecto de los derechos reales.

DERECHO REAL.

El derecho español general al igual que en aquellas comunidades autónomas históricas con Corpus Iuris Propios, en especial Cataluña y Comunidad Foral de Navarra, tienen un sistema de numerus apertus para los derechos reales.

A pesar de ser considerado un derecho real, nos detendremos en el análisis de alguna de sus regulaciones, por ser de interés para darle contenido a una regulación exhaustiva del mismo en nuestro derecho, aún sin darle cabida dentro del sistema de numerus clausus.

¹ Domenge Armé, Bartolomé. Derecho de sobreedificación y subedificación.

² Código Civil de Cataluña: Art. 567.1: “El vuelo es un derecho real sobre un edificio...”

El profesor mallorquín Bartolomé Domenge Amer, llama a este derecho “Derecho de sobreedificación y subedificación”, definiéndolo como *“Derecho real limitado que faculta a construir un volumen determinado sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno y cuyo ejercicio convierte a su titular en propietario de los departamentos privativos construidos al propio tiempo que se integra en el régimen de propiedad horizontal.”*

Se trata de un derecho distinto y autónomo del derecho de superficie. Genera una obligación a construir sujeto a un plazo de extinción, de carácter provisional o accesorio, que fenece cuando se lleva a cabo la construcción en miras a la cual fue reconocido.³

Reglamento hipotecario y Ley de propiedad horizontal del 21 de julio de 1960

Este derecho ha sido reconocido en dos normas: el artículo 16 del reglamento hipotecario de 1958 y la posterior ley de propiedad horizontal posterior. Sin perjuicio de ello, existe un vacío legal suplido con los requisitos que debe cumplimentar el acta de constitución.

El Reglamento hipotecario (que regula también la registración inmobiliaria) prevé la inscripción registral de este derecho. El titular hace suyas las construcciones resultantes. El modo de constitución es una reserva en favor de un propietario para el caso de enajenación o transmisión a un tercero.

La ley de Propiedad Horizontal en su art. 8 establece que es un derecho **inscribible**, que dicha inscripción es de carácter **declarativo**. Por su parte, para poder inscribirse el acto jurídico que lo contenga, éste debe cumplir con una serie de recaudos o contenidos mínimos:

- a) Determinación de las cuotas que hayan de corresponder en elementos y gastos comunes.
- b) Normas a utilizarse para su determinación cuando la construcción no ha sido llevada a cabo.

³ DOMENGE AMER, Bartolomé. Derecho de sobreedificación y subedificación. Ed. Notarial. Palma de Mallorca, 1983.

c) Normas del régimen de comunidad para el caso de hacerse la construcción.

De lo expuesto, surge que en la normativa hispana del reconocimiento de este derecho real, se derivan dos resultados posibles:

1) Constitución de una propiedad horizontal:

a) si el edificio base es del mismo propietario, el derecho de sobreelevar y la edificación resultante están sometidos al régimen de propiedad horizontal.

b) si el edificio pertenece a distintos propietarios sin estar constituidos en propiedad horizontal, el nuevo derecho queda sometido en su totalidad al régimen de propiedad horizontal.

2) Modificación del régimen de propiedad horizontal: Cuando se construye sobre una edificación anterior que resulta ampliada.

Por lo tanto, el derecho de sobreelevación se mantiene hasta la construcción, una vez efectuada, el derecho fenece y surge un derecho de propiedad horizontal y el consecuente derecho a fijar la cuota de participación conforme los elementos privativos o comunes. La concesión de este derecho afecta al título constitutivo, por lo cual requiere de unanimidad salvo que por excepción se reserve en el título constitutivo a personas determinadas.

De la interpretación armónica del Reglamento Hipotecario y de la Ley de Propiedad Horizontal, surgen dos variantes posibles del derecho de sobreedificación:

a) el propietario del suelo puede reservarse el derecho cuando haya enajenado o transmitido una/s unidad/es.

b) conceder los propietarios del edificio tal derecho a un tercero al que se le adjudicará una cuota de participación del inmueble.

Fuero nuevo de Navarra: Leyes 435 a 442.

El derecho de sobreelevación y subedificación conceden al titular la facultad de construir una o más plantas sobre un edificio o por debajo de éste, en un edificio ya existente o que se construyere con posterioridad.

Para su ejercicio se requiere:

a) Aprobación administrativa.

b) Determinación de los derechos sobre los elementos comunes del inmueble en relación con la naturaleza de la obra, la seguridad del edificio y las limitaciones legales.

c) Indemnizaciones por daños y perjuicios a los propietarios, arrendatarios o usuarios por el ejercicio de estos derechos.

Cuando el edificio está afectado al régimen de propiedad horizontal, la facultad pertenece a los condueños en la proporción de sus respectivas cuotas en la proporción dominial privativa y sobre los elementos comunes. Se requiere el consentimiento de todos los partícipes.

Contenido del derecho: El titular puede construir el número de plantas que el título le hubiere fijado; si no fuere determinado el número, serán las que nazcan de las normas urbanísticas y lo permita la seguridad del edificio.

Las nuevas edificaciones se constituyen en el régimen de propiedad horizontal del edificio. Si no están prefijadas las cuotas o proporciones, las mismas han de ser determinadas por unanimidad.

El titular queda facultado a otorgar por sí la escritura pública de la declaración de obra nueva y de rectificación de la descripción del edificio.

Si el edificio pereciera, los titulares del derecho a sobreelevar, lo conservan. En este punto el Fuero Nuevo hace una interpretación opuesta a la sostenida por el Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, en un fallo de fecha 23 de octubre de 2007, siendo ponente el jurista Antonio Gullón Ballesteros, considera, ratificando el fallo de la Audiencia Provincial de Bilbao, la extinción del derecho de vuelo o sobreedificación por perecimiento del edificio.

Código Civil de Cataluña, modificado año 2006.

Denomina a este instituto “derecho de vuelo” y lo regula en los arts. 567 y siguientes.

Es un derecho real por el cual se atribuye a alguien la potestad de construir sobre un inmueble gravado (sic) lo que importa una legitimación para hacer construcciones de conformidad con el título de constitución y el planeamiento urbanístico.

La forma de constitución es por escritura pública, con una serie de cláusulas obligatorias:

- Establecer el número máximo de plantas a construir, determinando los elementos privativos que puedan construirse conforme lo permita la autoridad

urbanística.

- Criterios para determinar la proporcionalidad de los nuevos elementos comunes.
- Plazo para su ejercicio que no puede ser mayor a treinta años.
- Precio que debe satisfacerse por el derecho.

Puede preverse la existencia de cláusulas facultativas que contemplen:

- Normas de comunidad o propiedad horizontal por las que ha de regirse el edificio.
- Limitación a la disponibilidad del derecho de vuelo.
- Facultades de los titulares del derecho de vuelo para modificar el régimen de propiedad horizontal o modificar la descripción del edificio existente.
- Cualquier otro pacto lícito.

El derecho es oponible a terceros desde que se produzca la inscripción registral o bien desde que estos hubieran tomado conocimiento.

En cuanto a la legitimación para su constitución, el título puede ser otorgado por el propietario del inmueble o bien por un usufructuario con facultad de enajenar.

Si se constituye o reserva junto con la propiedad horizontal debe constar en cláusula separada y específica.

En los casos de los edificios sometidos al régimen de propiedad horizontal, para constituirlo, será necesaria la voluntad unánime de los copropietarios expresada en junta de propietarios.

El derecho de vuelo es transmisible, salvo pacto en contrario y abarca el derecho de vuelo strictu sensu y los derivados de la propiedad horizontal preexistente.

En cuanto al ejercicio, el titular del derecho de vuelo hace suyas de pleno derecho los elementos privativos en las plantas o edificios que puedan resultar del mismo.

Los titulares del inmueble preexistente sobre el que se constituyó el derecho de vuelo, mantienen la propiedad de los elementos privativos de las plantas preexistentes.

Además de poder servir de marco a una necesaria legislación sobre el tema, se abre la disquisición si el derecho a sobreelevar se ejerce sobre una cosa propia o sobre una ajena.

Quiénes consideran que es un derecho que se ejerce sobre cosa propia – Soto Bisquert- consideran que el derecho de vuelo supone la transmisión o reserva del espacio aéreo, susceptible de aprovechamiento, que existe sobre un inmueble y que por tanto, se atribuye a su titular el uso efectivo del espacio aéreo mediante la realización de obras sobre la base de las ya existentes, comunes o no. Es un derecho actual y no en potencia.

En nuestro país, Irene Pujol y Martha Linares en sendas ponencias presentadas en las XVIII y XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil al tratar el derecho real de superficie entienden que en este derecho, la *“cosa propia objeto del derecho real de superficie forestal receptado por la ley 25.509 está constituida por la **superficie, sobresuelo, o VUELO** que se encuentran sobre un inmueble ajeno...”* (Libro de ponencias)

Sin embargo debemos discrepar de tal opinión, puesto que en nuestro derecho el tratamiento del espacio aéreo en modo alguno puede llevar a que se lo considere una cosa.

El espacio aéreo se refiere al sector no construido de la edificación.

Abarca tres sectores: a) Lo existente encima del terreno; b) arriba del cuerpo de la edificación; c) vuelo o salientes del edificio (marquesinas, aleros, otras).

Este sector, dada la propia definición que del dominio efectúa el art. 2518 del C.C. y la doctrina que la interpreta, hacen que se extienda el carácter de elemento común del consorcio que tiene el terreno al espacio aéreo.

El espacio aéreo per se no puede ser considerado como cosa con el sentido y alcance expresado en el art. 2311 del Código Civil y por ende, no puede ser soporte de un derecho real. Si se construye sobre el suelo, el espacio aéreo se desplaza en sentido vertical y conserva su carácter de elemento común de todos los condóminos o consorcistas y no del constructor del inmueble.

Para hablar de Derecho de sobreelevar entonces debemos partir de la preexistencia de una propiedad horizontal que va a ser su génesis.

El derecho sobre el espacio aéreo nace como un derecho personal que luego de la construcción muta, se transforma en un derecho real de dominio.

Por lo tanto, la naturaleza del derecho de sobreelevar es de carácter personal y puede tener dos fuentes:

- a) Reglamento de propiedad y administración.
- b) Resolución unánime de la Asamblea de Propietarios.

Otros autores, como Ramón Roca Sastre considera que el derecho de uso del espacio aéreo como un derecho de superficie para el caso que sea una propiedad no sujeta al régimen de propiedad horizontal, pues en este supuesto, será el de vuelo sobre una propiedad separada que se haya sujeta a este régimen especial.

La mayoría de la doctrina española, Díez Picazo, Manuel Albadalejo García, Margarita Fuente Noriega entre otros, lo ubican de manera acertada entre los derechos reales sobre cosa ajena.

DERECHO PERSONAL

Diversos trabajos y ponencias han sostenido el carácter de personal de la facultad de sobreelevar.

Como ya señaláramos en el apartado anterior, el espacio aéreo es un elemento común dentro del Consorcio y por ende, se requiere de la voluntad de los copropietarios para disponer o utilizar el mismo.

Ello así puesto que el sistema estatuido por el Código Civil en sus artículos 2518 y 2521 sólo lleva a concluir que el derecho de sobreelevación no es un derecho real. Todo intento de darle carácter de derecho real no lo invalidará, sino que podrá ser tenido como un derecho de carácter real en la medida de lo establecido por el art. 2502 del C.C.

IV.- Caracteres.

Derecho a la cosa ajena de carácter limitado. Adquisición del dominio por accesión.

El derecho de sobreelevación nace como un derecho que se ejercita sobre un bien que pertenece a otros sujetos que le permiten su ejercicio en forma convencional, sea por una cláusula reglamentaria o bien por una cesión o una autorización conferida de manera unánime. Decimos que es de carácter limitado, pues su ejercicio se agota por una vía activa, que es la construcción de lo autorizado y por una vía pasiva, por no ejercicio de esta facultad.

Este derecho lleva ínsito la adquisición posterior de lo construido, pero para ello, el beneficiario está obligado a realizar todos los actos jurídicos necesarios para incorporar la nueva unidad al edificio y a su propietario al consorcio. Este es el verdadero contenido del derecho, pues de no ser así quedaría encuadrado dentro de una locación de obra y no dentro del instituto en análisis. Y ello es así, pues lo sobreedificado no nace en condominio, sino en titularidad dominial del beneficiario.

Siendo la sobreedificación una cosa que se adhiere a otra ya existente, se transforma en dueño de la misma por accesión de acuerdo a lo establecido en el art. 2571 del Código Civil: *“Se adquiere por accesión, cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial.”*

Forma de instrumentación: Escritura Pública. La inscripción registral: Obligatoria o voluntaria. El carácter declarativo.

Dado que el derecho de sobreelevar nace de un contrato que implica la

creación de derechos y obligaciones para las partes signatarias que versan sobre un bien inmueble ya construido, su instrumentación queda incurso en las previsiones establecidas en el art. 1184 del Código Civil.

Según sostiene Villaro, cuando lo llevado a conocimiento público es un hecho jurídico, un acto jurídico, una relación o una situación jurídica (es decir, un hecho, un acto, una relación o una situación que genera derechos y obligaciones), estamos frente a la publicidad jurídica.⁴

Esa publicidad no es más que la divulgación directa o indirecta de un hecho que puede perjudicar a terceros, realizada en forma adecuada para que esos terceros puedan conocer el evento, llamada declaración “señalativa” proveniente de un organismo público.⁵

En relación a la inscripción de este derecho, no existe unanimidad de opiniones dentro de la doctrina nacional dado el carácter personal de este derecho y en especial respecto de las cláusulas de reserva o autorización a favor de constructores, propietarios primitivos o vendedores, dado la trascendencia que pueden tener frente a los terceros por ser una restricción al ejercicio del derecho de dominio.

Si la cláusula se halla inserta en el reglamento de copropiedad en forma elíptica se inscribe forzosamente en el Registro de la Propiedad.

El problema surge cuando la reserva de sobreelevar nace de un acuerdo posterior.

Siendo un derecho real, en principio nada hay que inscribir de acuerdo a lo establecido en el art. 2º de la ley 17801: *“De acuerdo con lo dispuesto por los arts. 2505, 3135 y concordantes del Código Civil, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos: los que*

⁴ Villaro, Felipe Pedro. Elementos de derecho registral inmobiliario. 3a. ed., actualizada, La Plata, Scotti, Año 2003.

⁵ Hernández Gil, Antonio: Introducción al derecho hipotecario, p.3 citado por Cornejo, Américo, Introducción al Derecho Registral. Ed. Astrea, 1994.

constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles...”

Sin embargo, dada la trascendencia que tiene frente a terceros y que lleva ínsito la potestad de transformarse en un derecho real, sería preventiva su registración a la manera de la inscripción de la venta de lotes a plazos regulados por la ley 14005 o la inscripción de boletos de compraventa en el sistema de prehorizontalidad.

Art. 2º Ley 14005: *“El propietario de inmueble que desee venderlo en la forma prevista en el artículo anterior hará anotar en el Registro de la Propiedad Inmueble que corresponda a la ubicación del bien, su declaración de voluntad de proceder a la venta en tal forma, acompañando a la vez un certificado de escribano de registro sobre la legitimidad extrínseca del título y un plano de subdivisión con los recaudos que establezcan las reglamentaciones respectivas.”*

Art. 12 Ley 19724: *“El propietario debe registrar los contratos celebrados con los adquirentes en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción del inmueble afectado, poniéndose nota de ello en el contrato. El adquirente puede, en cualquier tiempo, registrar el contrato. Los contratos no registrados no dan derecho al propietario contra el adquirente, pero sí a éste contra el enajenante, sin perjuicio de no ser oponibles a terceros. La posesión otorgada en virtud de un contrato no registrado es inoponible a quien ejerza su derecho a consecuencia de un contrato debidamente registrado.”*

Ambos son documentos privados inscribibles por preverlo expresamente la norma, pero existen situaciones como el derecho de sobreelevar que no cuentan con una protección legal para los terceros.

Así un sector entre los que se destacan Ruiz de Erenchun y Vilaró que sostienen que en el caso de sobreelevar, la inscripción es un **anuncio preventivo** que delimita los derechos de los copropietarios entre sí y frente a los terceros. Pasa a ser un derecho inscripto que se incorpora al derecho de su titular y por ende, es un derecho personal cesible.

Para poder acceder a su anotación registral, habrán de observarse una serie de requisitos:

- Principio de determinación: Se deben identificar los extremos relativos al inmueble, las partes, el derecho, el plano de subdivisión, el reglamento de copropiedad, la registración existente.
- Solicitud de certificado de inhibiciones y de dominio: Respecto del disponente y del inmueble objeto del derecho. Este último requisito no es un recaudo esencial por ser una relación de carácter personal pero es de buena práctica jurídica como previsión para la edificación en sí.
- Instrumentación en escritura pública. (Ruiz Erenchum. Villaró, La propiedad horizontal y el derecho a sobreelevar (reserva en el reglamento de copropiedad y administración) ED 14-11-1985, pág. 1

Al igual que en otros temas de derecho inmobiliario, han sido los registros de la propiedad los que han avanzado para dar una solución concreta a los problemas que se plantean entorno de la protección de terceros.

Disposición técnico registral N° 4/48.

En la Provincia de Buenos Aires, el 1 de junio de 1984 la Dirección Provincial del Registro de la Propiedad Inmueble dictó la disposición técnico registral N° 4/48 del 1º de junio de 1984 que establece en sus artículos 1, 2 y 3 las siguientes previsiones para el derecho de sobreelevación:

1.- Inscriptible en el Folio real dentro del rubro descripción del inmueble: Existencia de unidades a construir, derecho de construir o de sobreelevar o como lo hubiere denominado el fundador o sus sucesores al momento de afectar el dominio a la ley 13512.

2.- Posibilidad de que el fundador o herederos afecten el espacio aéreo al régimen de la ley 19724 para “unidades a construir” en forma complementaria a lo anterior y efectuar así el registro de Afectaciones y Promesas de venta.

3.- Esa afectación del espacio aéreo puede originarse mediante la afectación a la ley 19724 previa a la incorporación del edificio a la ley 13512; simultánea realización con edificios que nunca estuvieron afectados a la prehorizontalidad o bien para aquellos inmuebles que, afectados al régimen de propiedad horizontal, dispongan la venta de unidades a construir y resuelvan afectar el espacio aéreo a la ley 19724.

4.- Las relaciones jurídicas que se establezcan por la enajenación de las “unidades a construir” o el “derecho de construir” o “sobreelevar” no serán objeto de inscripción hasta la configuración jurídica definitiva de la cosa como inmueble.

Tal disposición debe ser completada con lo establecido en el art. 6 del Decreto 2489/963, que establece que las partes exclusivas y comunes deben reunir las siguientes condiciones:

a) Las unidades de dominio exclusivo a construir o en construcción cualquiera sea el estado de ejecución de la obra siempre que las mismas constituyan cuerpos independientes de edificación.

b) Las unidades de dominio exclusivo sin independencia constructiva cuando el edificio en construcción tenga concluidos los servicios y las partes comunes necesarias o imprescindibles para el buen funcionamiento del mismo. Permite que la unidad no se encuentre acabada en los detalles complementarios y estéticos que no afecten la seguridad, solidez o funcionamiento del edificio.

El decreto establece que la Dirección General de Rentas, - absorbida en Arba-, dictará una disposición declarando si las unidades de dominio exclusivo revisten los requisitos indicados en los incisos a) y b). La misma es el resultado de la solicitud por parte del titular de dominio y de la realización de una inspección, pudiendo imponer el organismo las restricciones circunstanciales vinculadas a la técnica de construcción del edificio en su conjunto.

Todo instrumento que se pretenda inscribir debe estar acompañado de una constancia que deberá ser relacionada en el instrumento público a inscribirse, en la que se indique si la unidad es a construir, está construyendo o está habitada. No obstante lo expuesto, la inscripción es **facultativa** y no obligatoria.

Orden de servicio Nº 66 del 10 de agosto de 1983 del Registro de la Propiedad Inmueble de la ciudad de Buenos Aires.

Establece las pautas que han de seguirse para proceder a calificar documentos en los que se habiliten, transmitan o adjudiquen unidades funcionales sujetas al régimen de la ley 13512 no incluidas como tales en el reglamento de copropiedad y administración, habrán de seguirse estas pautas:

- a) Deberá resultar la modificación del reglamento, incluyéndolas.
- b) Si quienes solicitan la habilitación de las unidades no fueren los propietarios de las ya habilitadas, deberá resultar también del documento que se reservó el derecho, si se tratare del o de los primitivos titulares del inmueble común o el derecho de sobreelevar fuese cedido a un tercero.
- c) Las nuevas unidades podrán habilitarse, transmitirse o adjudicarse en forma simultánea conforme las normas del art. 16 inc. D) de la ley 17801.
- d) En todos los casos se hace necesaria la certificación sobre la situación jurídica de los inmuebles en el marco de lo establecido en los arts. 23 y 25 de la ley 17801.

Disposición Técnico Registral Nº 4/2010.

Art. 37: Será objeto de registración y dentro del rubro destinado a la descripción del inmueble la sola mención de la reserva del derecho a sobreelevar, la que puede resultar del reglamento de copropiedad y administración o de escritura pública posterior otorgada por unanimidad de consorcistas.

Art. 38: Las relaciones jurídicas derivadas del comercio del derecho de sobreelevar no serán objeto de inscripción hasta la configuración jurídica definitiva del inmueble, de acuerdo a la modificación del reglamento correspondiente y previo cumplimiento de lo establecido en el art. 6º del Decreto Nro. 2489/1963.

No se modifica el régimen de anotación facultativa y dentro del rubro que describe el inmueble.

Sin embargo, se hace necesario el dictado de una norma que contemple al derecho de sobreelevación en el inmueble con miras a la protección de los terceros, principalmente a los sucesivos adquirentes o a los acreedores hipotecarios que pueden ver mermados sus derechos por la modificación consecuente de los porcentuales o bien, por evitar ser víctimas de engaños respecto de las restricciones que pesan sobre el inmueble

V.- Formas de ejercicio del derecho.

El art. 7 de la ley 13512 se refiere como sujeto beneficiario de este derecho al propietario del último piso. Empero, tal prohibición se entiende que se extiende a

todo copropietario, ocupante no dueño y aún terceros, salvo que se obtenga la unanimidad asamblearia, lo que se infiere de la interpretación armónica de los arts. 2, 6 y 7 última parte de la Ley 13512, puesto que tales construcciones modifican sus porcentuales de dominio al usar un elemento común.

De lo señalado se desprende que los sujetos que pueden ser beneficiados con una reserva de derecho de sobreelevar o bien una autorización para sobreelevar, son los siguientes:

a) **Copropietario**: El derecho de sobreelevar pertenece al propietario del inmueble por integrar las facultades emergentes del derecho real de dominio. En este caso, un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal, tal derecho corresponde a la totalidad de copropietarios. Por tanto, para proceder al ejercicio de la facultad o ceder la misma, se requiere la unanimidad de voluntades de los copropietarios. (Conf. Fallo CNESp. Civ. y Com. Sala V, 03/04/1987. LL 1988-II-26)

b) **Constructor, vendedor o dueño.**

Pueden darse dos hipótesis:

- 1) Que no enajene la totalidad de las unidades, por lo cual es copropietario, aplicándose la previsión para cualquier copropietario.
- 2) Cuando enajena todas las unidades, siendo un tercero respecto del consorcio. Se conjugan dos circunstancias: La validez del sobreelevar y la posibilidad que brinda al constructor el art. 1 del Decreto reglamentario al establecer: *“Sin perjuicio de la obligación de redactar e inscribir un Reglamento de Copropiedad y Administración , impuesta al consorcio de propietarios por el art. 9º de la ley 13512, 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 13512- 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.”* Se transforma así la norma de la unanimidad en un verdadero contrato de adhesión, con cláusulas predispuestas entre lo que cabe la reserva del derecho de sobreelevación por cláusula expresa dentro del reglamento. Asimismo, nada obstaría a que con posterioridad, los copropietarios en Asamblea y votos unánimes le

cedan este derecho al constructor, vendedor o dueños primigenios.

c) Tercero ajeno al consorcio.

En este caso el derecho de sobreedificar puede ser cedido por quién tenía la reserva a su favor vía reglamentaria o por decisión consorcial.

En síntesis, dado su carácter de derecho personal el mismo puede ser adquirido por actos entre vivos o bien mortis causa.

Dependiendo de quién o quiénes vayan o sean titular de ese derecho, vamos a hablar de distintas figuras jurídicas a aplicar para dar nacimiento a este derecho.

a) RESERVA DEL DERECHO.

La reserva sólo puede ser efectuada por el o los propietarios del edificio en general al otorgar el reglamento de copropiedad.

La misma puede ser realizada en dos momentos o circunstancias:

1.- Al momento del otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración: Reserva establecida para el / los titulares de dominio del edificio en general. Si el reglamento expresa que es una reserva en favor de un tercero, se entiende que es una cesión del derecho a sobreelevar del cual eran titulares primigenios.

2.- Luego de otorgado el reglamento y antes de la transmisión de alguna unidad: Pueden efectuarla los titulares a su favor, previa modificación del reglamento de copropiedad que habrá de inscribirse en el registro de la propiedad, por ser el reglamento parte del título de cada unidad funcional y, como veremos, un contrato de adhesión.

b) CESIÓN DEL DERECHO.

También se distinguen aquí dos momentos para efectuarla:

1.- Al momento de otorgar el reglamento de copropiedad administración. Puede ser cedido a favor del propietario de una unidad (por ejemplo el último piso) o de varias unidades o a uno o varios terceros determinados o a determinarse.

2.- Luego de otorgado el reglamento y administración: Se requiere la aceptación de la cesión por unanimidad.

El fundamento de lo expuesto surge de lo reglado en el art. 7 de la ley 13512
“Toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los copropietarios”

c) **TRANSMISIÓN MORTIS CAUSA.**

Siendo un derecho de carácter personal, el mismo puede ser parte del acervo hereditario del causante, por aplicación de lo establecido en los arts. 1195 y 1199 del Código Civil por los cuales los derechos y obligaciones que emanan de los contratos se extienden a los herederos y sucesores universales, salvo que fueren de carácter personalísimo o que resultare lo contrario del propio acuerdo de sobreelevación.

Plazo de ejercicio.

Al ser un derecho de carácter personal es necesario que se establezca un plazo dentro del cual debe ser ejercido y, vencido, fenezca.

Dentro de nuestra legislación no existe un plazo legal para ejercer la facultad de sobreelevar.

Se hace necesario entonces que por razones de seguridad jurídica se fije sea en el reglamento de copropietarios o bien, legislativamente un plazo para el ejercicio.

Y la limitación temporal es una forma de proteger a los copropietarios y a los futuros accidentes de tener que soportar sine die una limitación dominial como lo es la reserva del derecho de sobreelevación por parte de los constructores o vendedores o propietario original del edificio.

De no existir las limitaciones temporales, podría darse el caso de que el beneficiario del derecho pretendiera edificar en un momento en que fuese inconveniente dada la vetustez del edificio.

Proponemos que el plazo para el ejercicio del derecho sea de diez años, plazo general previsto por el codificador para la prescripción de los derechos de carácter personal, salvo que en la reserva o cesión del derecho de sobreelevar se

estableciere uno menor o que la obra se hallase inacabada con lo cual debería extenderse hasta el final técnico de la misma.

Reservas efectuadas en favor del constructor o del propietario del suelo.

Como vimos, el constructor o el propietario del edificio pueden establecer reservas al momento de redactar el Reglamento de copropiedad sin el concurso de voluntades de los futuros consorcistas y es habitual que a su vez se otorguen poderes irrevocables en miras a la preservación de sus derechos y asegurarse el control o ganancias respecto de las nuevas unidades a construir, que en muchos casos, al ser posteriores a la suscripción del compromiso de compraventa, pueden contener disposiciones que pueden resultar abusivas

Por esta misma razón, para el caso que aquél respecto del cual se hubiese efectuado la reserva o se hubiese cedido el derecho con posterioridad, para el caso que demandare al Consorcio en miras a hacer efectiva la construcción ya pasado el plazo de diez años, sea el titular del derecho o sus herederos, es posible la oposición de la defensa de prescripción de la acción para el ejercicio de su derecho en los términos del art. 3949 del Código Civil.

En cuanto a las cláusulas de reserva a favor del constructor o del propietario del edificio cuando otorgan el reglamento de copropiedad, es una cláusula más de las que han de incluirse en el mismo, pero, al convertirse posteriormente en contratos de adhesión, se hace necesario el análisis jurídico a la luz de lo normado en el art. 1071 del Código Civil. (Argumento conf. Sent. Suprema Corte de Buenos Aires, 7/2/1998. Repetto, Osvaldo M. y otra v. Maipú inmobiliaria)

Respecto de los poderes irrevocables conferidos a favor de los titulares del derecho de sobreelevar, se hace necesario que los mismos encuadren en las previsiones del art. 1977 del Código Civil.

Para que exista poder especial irrevocable es necesario que se cumplan con los tres requisitos establecidos:

- a) Negocio determinado o sea referencia del contrato causal o sustancial.
- b) Plazo determinado o determinable.

c) Interés legítimo.

Es necesario recordar que este tipo de mandato ha sido establecido para mantener la representación frente a las causas subjetivas de revocación, voluntad contraria del mandante o fallecimiento de éste, en interés de todos o alguno de los sujetos intervinientes en un contrato que fija las pautas para reconocer este derecho de sobreelevación, cuya inejecución ocasionaría perjuicio a las partes contratantes o a terceros. Así la S.C.B.A. en Ac. 40341 S 27/06/1989 “ Cadaza, Leoncio c/ Bouza de Scalapetto Dina y otros s/ nulidad de escrituración”, ha sostenido “ *las condiciones que el art. 1977 del Código Civil requiere a fin de que el mandato pueda ser irrevocable, esto es que sea para negocios determinados, especiales, limitados en el tiempo y en razón de un interés legítimo de los contratantes o de un tercero, deben cumplir **simultánea y tempestivamente** a la época de su celebración, debiendo surgir ello son dificultad de interpretación de su propio contenido.*

Por lo tanto, es perfectamente revocable aquél mandato conferido para sobreelevar cuando no se reúnan los tres requisitos establecidos, en especial, cuando no se especifica el plazo del vigencia del mandato en aquellos reglamentos en que el propio constructor o dueño del edificio previo a la enajenación se reservan la administración y/o el derecho de sobreelevación.

VI.- Extinción del derecho de sobreelevar.

El derecho de sobreelevar puede extinguirse:

- a) Por caducidad: Habiendo transcurrido el plazo por el cual se estableció la reserva o se realizó la cesión del derecho sin que la edificación se hubiese realizado o ampliado el plazo para finiquitarla.
- b) Por imposibilidad de cumplimiento: Puede provenir de :
 - 1.- Destrucción total o parcial mayor a los dos tercios del edificio (art. 12 13512) y cualquiera de los copropietarios solicita la venta del terreno y los materiales, salvo que los copropietarios por mayoría calificada de dos tercios decidieran la reconstrucción, con lo cual no se extingue.
 - 2.- Desafectación al régimen de propiedad horizontal. Recordemos que este

derecho sólo se ejerce dentro del marco de la propiedad horizontal.

c) Por prescripción: no ejercicio durante el plazo de diez años.

d) Imperio de la ley: en aquellos casos que por modificación del planeamiento urbano no se permite la elevación de nuevas plantas o por cualquier otra razón de orden público, siendo una de las manifestaciones del hecho del príncipe conforme el art. 513 del Código Civil.

e) Por su ejercicio: Cumplido el cometido para el cual se constituyó el derecho de sobreelevar, este fenece, naciendo el derecho de dominio sobre la cosa construida. La extinción del derecho se produce de manera tácita con la inscripción en el Registro de la Propiedad de la modificación del reglamento que incorpora las nuevas unidades producto del ejercicio de la facultad de sobreelevar.

VII.- Cláusulas recomendables

Si bien no existe normativa al respecto, es de buena práctica la incorporación de cláusulas tendientes a clarificar el contenido, alcance y extensión del derecho conferido en miras a la protección de los intereses de las partes contratantes y de los terceros involucrados o que pudieren ser afectados por el ejercicio del derecho.

Doctrinariamente, se recomienda:

- 1.- Afirmar si se trata de una reserva o derecho a sobreelevar.
- 2.- Indicar que el titular del derecho es quien tomará a su cargo todos los gastos de construcción, los daños que pudieren generarse con la misma y asunción de responsabilidades derivadas del derecho civil, laboral y administrativo que pudiere general el proyecto.
- 3.- Renuncia expresa de los copropietarios a la titularidad de las obras nuevas, salvo el caso en que el Consorcio sea quien ejercite per se la facultad de sobreelevar.
- 4.- Otorgamiento de los poderes necesarios de carácter irrevocable y con plazo determinado para la realización de los trámites administrativos y registrales que fueran menester, incluidos modificación de planos de PH y reglamento de copropiedad y administración.
- 5.- Establecer la superficie a edificar y las consecuencias para el caso que se

- sobrepase la mismas (destrucción o atribución de propiedad al consorcio)
- 6.- Características de la edificación, considerando el edificio donde se asienta.
 - 7.- Proporciones para el pago de expensas, impuestos y cargas del consorcio.
 - 8.- Plazo para la realización de la obra y penalidades por retardo o incumplimiento.
 - 9.- Prórrogas o no.
 - 10.- Indemnizaciones y/o pago de precio.

BIBLIOGRAFÍA

Obras jurídicas.

- **CALEGARI de GROSSO, Lydia E.:** “El derecho real de superficie forestal”. Ed. Lexis Nexis, 1era. Edición, Buenos Aires. 2006
- **CASTÁN TOBEÑAS, José:** “Derecho Civil español, común y foral”. Tomo I. Introducción y parte general. Volumen Segundo: Teoría de la relación jurídica. La persona y los derechos de la personalidad. Las cosas. Los hechos jurídicos. Ed. Reus S.A. Madrid. 14ta. Edición revisada por José Luis de los Mozos, 1984.
- **CORNEJO, Américo Atilio:** “ Derecho Registral”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1era. Edición 1994
- DIEZ PICAZO, Luis; GULLÓN, Antonio:** Sistema de Derecho Civil. Volumen II.La relación obligatoria. Ed. Tecnos, Madrid, 7º edición, 1995.
- **GABÁS, Alberto:** Manual Teórico Práctico de Propiedad Horizontal. Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2º edición, 1997.
- **GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Ignacio:** “La venta de “aire”, del “espacio aéreo”, el derecho de superficie. Los derechos reales suprimidos”. En “ Temas de derechos reales”, capítulo X. Ed. Plus Ultra. 1era. Edición, Buenos Aires. 1986.
- **HIGHTON, Elena.** Tratado de Derechos Reales.- Volumen 4.- Ediciones Jurídicas Ariel, Buenos Aires, 2006.
- **LACRUZ BERDEJO, José Luis:** “ Manual de Derecho Civil”. Ed. Librería Bosch, Barcelona, 2º edición, 1984

Artículos de doctrina

- **MACHADO, Jorge:** “ Derecho de sobreelevar y las urbanizaciones de PH. Breve análisis de los incisos 2º y 3º del art. 49 de la ley 17292, en www.estudionotarialmachado.com

Legislación.

- Código Civil Argentino. Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2010.
- Código Civil Colombiano. Ley de Propiedad Horizontal. Ed. Unión, Bogotá, 2009.
- Código Civil Español. Reglamento Hipotecario. Ley de Propiedad Horizontal. Ed. Thomson Civitas, Madrid, 2005.
- Código Civil Uruguayo. Ley de Propiedad Horizontal. Euros Editores. Montevideo, 2002.

- COMPILACIÓN DEL DERECHO CIVIL FORAL DE NAVARRA

LEY 1/1973, de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra en www.unavarra.es

-CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA art. 567 1 a 6, Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código civil de Cataluña, relativo a derechos reales, en www.boe.es

Fallos

- Tribunal Supremo, Sala I de lo Civil, sentencia 1115/2007, de 23 de octubre, ponente Don Antonio Gullón Ballesteros. Caso Arenales de Las Palmas S.L., en www.poderjudicial.es, fondo de jurisprudencia del CGPJ.