

37 JORNADA NOTARIAL BONAERENSE

Junín, 2 al 5 de noviembre de 2011

ASPECTOS Y CIRCUNSTANCIAS EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Tema 3: Propiedad Horizontal

Categoría: Trabajo en Equipo

Autores: MASSA, Cecilia Nélica
PIERRI, Paola Julieta

SUMARIO

- ✚ Ponencias.
- ✚ Introducción.
- ✚ Personalidad Jurídica del Consorcio de Copropietarios.
- ✚ Expensas Comunes: Tratamiento e Importancia.
- ✚ Administrador del Consorcio. Designación y Remoción del Administrador.
- ✚ Unidades a Construir o en Construcción.
- ✚ Decreto 947/2004.
- ✚ Derecho de Sobreelevar.
- ✚ Disposición Técnico Registral 14/2010
- ✚ ARBA: Circular 2/2011
- ✚ Conclusión. Bibliografía Consultada.

PONENCIAS

- El consorcio tiene personalidad jurídica con capacidad limitada dentro de los márgenes de su funcionamiento. Pese a que esto se fundamenta en el art. 33 del CC y es la opinión de la doctrina y jurisprudencia, entendemos beneficioso que la norma lo contemple expresamente al igual que la posibilidad de que el consorcio sea titular de inmuebles dentro de los fines específicos que justifican su existencia.
- El administrador es el representante del consorcio, actuando en su nombre como persona jurídica diferente de los propietarios de cada unidad funcional.
- El adquirente de una unidad funcional que posea deuda por expensas responderá exclusivamente con la unidad funcional y no con el resto de su patrimonio. Como esta deuda sigue a “la cosa”, se liberará de ella si transfiere dicho inmueble.
- El Reglamento de Copropiedad y Administración debe contener la proporción en que los propietarios de las unidades funcionales participan de las partes comunes (porcentual de dominio), contribuyen a los gastos (porcentual de expensas) y soportan la carga tributaria (porcentual fiscal). Al determinar estos porcentuales es conveniente tener presente los efectos que cada uno de ellos genera.
- Los Decretos 2489/63 y 947/04 han solucionado situaciones de hecho que excedían el marco normativo en urbanizaciones organizadas bajo el régimen de la Ley 13.512. A pesar de considerar innegable la operatividad del régimen de la ley y las ventajas de los decretos, se propicia la modificación de la ley de fondo que contemple integralmente las nuevas formas de emprendimientos inmobiliarios y urbanizaciones
- El derecho a sobreelevar es un derecho personal, que faculta a construir una o más plantas en el espacio aéreo de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal y adquirir el dominio sobre lo edificado.
- El espacio aéreo es una parte común dentro del régimen de propiedad horizontal, por lo tanto la cesión o autorización debe ser hecha por la unanimidad de los propietarios de las unidades o la reserva por el propietario de todo el edificio.
- La cesión del derecho a sobreelevar debe ser hecha por escritura pública, requiere el asentimiento conyugal y la conformidad del acreedor hipotecario o embargante.
- A pesar de ser un derecho personal, el derecho de sobreelevar es un acto de disposición con trascendencia real, y por ello es conveniente su inscripción registral.
- El dominio de las nuevas unidades funcionales se obtiene mediante la adjudicación a favor del titular de la autorización, efectuada en base al derecho de sobreelevación a título de construcción, siendo necesario para ello realizar la modificación del reglamento de copropiedad y administración.

INTRODUCCIÓN

Antes de comenzar con el desarrollo del presente, vemos conveniente expresar nuestra intención de analizar junto con el régimen de la Ley 13.512 de Propiedad Horizontal, diversos aspectos que consideramos necesarios para poder hacer frente a la celeridad y a los complejos cambios que la sociedad atraviesa, y junto con los que fluyen las demandas del mercado actual, y que lo vemos reflejado a diario en nuestras notarías a través de los requirentes.

Trataremos de incorporar, entre otras, determinadas formas de instrumentación con relación a ciertas circunstancias que se dan, intentando analizar diversas respuestas que creemos adecuadas en cuanto a la forma de proceder al momento de plasmar necesidades e intereses de los copropietarios.

Abarcaremos desde lo referente a los consorcios y los administradores de los mismos, las facultades que éstos tienen y la forma de controlar por los notarios la documentación habilitante en cuanto a la personería que representan, pasando por el análisis del decreto que establece la comercialización de futuras unidades funcionales junto con los requisitos para que esto sea válido. Focalizaremos en el contenido del decreto 947/2004 en lo referente a la forma de reflejar el estado constructivo y las nuevas circunstancias de las unidades en los distintos emprendimientos urbanísticos. Por último, pero no por eso menos importante, veremos la forma de ejercer el derecho de sobreelevar y el tratamiento que la ley establece al respecto.

PERSONALIDAD JURÍDICA DEL CONSORCIO DE COPROPIETARIOS

Actualmente puede afirmarse que es mayoritaria la opinión que considera que el consorcio de copropietarios es un sujeto de derechos, una persona jurídica distinta de sus miembros (los copropietarios). Sin embargo aún existen otras opiniones que le niegan personalidad o la admiten con limitaciones.

Quienes siguen a Llambías sostienen que “lo que se puede tener en más o menos es la capacidad, pero no la personalidad que hace a la misma existencia del sujeto”, la limitación se puede dar a nivel de la capacidad, pero no de la personalidad. Entienden que el consorcio es sujeto de derecho con personería y capacidad de derecho limitada para realizar todos aquellos actos que se relacionan con el manejo

de las cosas comunes, facultades necesarias para el cumplimiento, uso y defensa de los intereses comunes frente a terceros y los consorcistas.

Esta última postura es la que consideramos adecuada, y no dudamos que el consorcio de propietarios es un sujeto de derecho encontrando su fundamento en el artículo 33 del Código Civil reformado por la 17.711, ya que ahora la asignación del carácter de persona jurídica no necesita la autorización del Estado.

Tanto la doctrina como algunos pronunciamientos judiciales entienden que el nacimiento de la personería jurídica del consorcio se genera con la redacción e inscripción del reglamento de copropiedad y administración que constituye el “acta de nacimiento del ente”, y a partir de ese momento trasciende como entidad jurídica diferenciada de sus integrantes frente a terceros.

Se crea una disciplina especial derogatoria del derecho común, al que quedan sometidos los miembros del grupo, para que de esta manera los vínculos que se establezcan sean imputados a la estructura creada y no en cabeza de cada individuo.

La personalidad jurídica del consorcio se ve reflejada en su organización: la existencia de un órgano máximo, la asamblea, que es la reunión de los propietarios que resuelven sobre los asuntos que hacen a los intereses de los mismos. Podemos decir que es el órgano deliberativo, que actúa junto con el administrador, que es el órgano ejecutivo y representativo.

El consorcio, como toda persona jurídica, tiene un fin específico, preciso y determinado: cuidar que el edificio cumpla con el destino para el que ha sido creado y ejecutar los actos tendientes a ello, velando por la atención de los intereses de los copropietarios.¹ Tiene por finalidad velar por el bien común del edificio, para lo cual los consorcistas pueden resolver la realización de mejoras en las partes comunes. Esta organización está llamada a permanecer en el tiempo, mientras la propiedad horizontal subsista, cumpliendo con el carácter de estabilidad, que hace a la persona jurídica. Por ello el consorcio tiene capacidad suficiente para realizar todos aquellos actos que concuerden con los fines de su creación.

El consorcio tiene capacidad para adquirir derechos y contraer obligaciones, puede reclamar el cobro de expensas y fondo de reserva, así como los créditos por rentas que tenga derecho a percibir. Contra obligaciones frente a terceros al contratar

¹ Casati, Estefanía. Ponencias. El consorcio de propietarios: persona jurídica con una finalidad dinámica. XIII Congreso Nacional de Derecho Registral. Tema 1-A. Mendoza: Universidad Notarial Argentina y Colegio Notarial de Mendoza. Pag. 12.

trabajos y aportes a cajas previsionales, sindicatos, o frente a los consorcistas relativas a las reparaciones necesarias y urgentes.

La capacidad jurídica del consorcio genera consecuentemente responsabilidad tanto contractual como extracontractual. Además de capacidad como elemento atributivo de la personalidad, el consorcio tiene patrimonio, nombre y domicilio.

El consorcio tiene un patrimonio distinto del de cada uno de los copropietarios y está conformado por las expensas, el fondo de reserva, los intereses que devenguen las cuentas bancarias existentes a nombre del consorcio, los intereses punitivos por demora en el pago de las expensas, créditos por expensas, créditos respecto de terceros.

No hay discusión acerca de que las partes y cosas comunes del edificio y las enumeradas en el artículo 2 la ley 13.512 no integran el patrimonio del consorcio, existiendo sobre ellos un condominio común.

La doctrina no es coincidente al intentar determinar si las rentas provenientes de espacios comunes o de publicidad efectuada en las paredes divisorias o los créditos por medianería integran el patrimonio del consorcio.

Entendemos que si las partes comunes no integran el patrimonio del consorcio, tampoco lo integran las rentas que de ellas provengan, salvo que se decida en forma unánime de que esas sumas pasen a integrar el activo del consorcio.

La posibilidad de que el consorcio de copropietarios resulte adquirente de un bien en subasta es una cuestión debatida.

La doctrina plenaria dictada por los tribunales civiles nacionales en los autos “Servicios Eficientes S.A. c. Yabra, Roberto I. s/Ejecución hipotecaria” se pronunció diciendo que el consorcio de propietarios se encuentra habilitado para reclamar el saldo impago de la deuda que no alcance a ser cubierto con los fondos resultantes del remate al adquirente en dicho acto.²

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires admitió la inscripción del consorcio de copropietarios como titular de dominio de una unidad funcional cuando ello fue consecuencia de una orden judicial.³

Los autores Federico Causse y Christian Pettis, al analizar este tema opinan que no existe norma alguna que impida la adquisición de una unidad en una subasta, expresando que no debe verse en ese acto una extralimitación con relación al objeto

² Causse, Federico. J. y Christian R. Pettis. Adquisición por el consorcio de Propietarios de una unidad funcional en la Subasta Judicial. En: Subasta Judicial de Inmuebles, La Ley, 2005. Pag. 485.

³ Obra citada en 2, Pag. 485.

del consorcio, cual es la administración de la cosa común conforme a las prescripciones que a tal fin prevé el reglamento de copropiedad y la ley 13.512, es una solución, un medio para resolver una grave situación y, en definitiva, un acto que hace a la propia conservación, subsistencia y funcionamiento de la entidad.

Continúan el análisis del tema diciendo que la unidad funcional que adquiera el consorcio no puede revestir el carácter de común sino que tiene que ser privativa, y así debe figurar en el reglamento de copropiedad y administración, pues las cosas comunes no forman parte del patrimonio de aquella entidad.

La decisión de adquirir en subasta como el destino que debe darse al bien adquirido deberá ser decidido por los propietarios en asamblea, debiendo contar con la unanimidad de los copropietarios por tratarse de actos que tienen por efecto afectar el interés patrimonial de aquellos.

Si bien la problemática de la subasta de bienes con cuantiosas deudas por expensas marcó la necesidad de considerar al consorcio de propietarios como adquirente de una unidad funcional, los autores referidos opinan que nada impide que la cuestión tenga interés en supuestos de ventas voluntarias.

La facultad de “administración de lo común” de los consorcios debe entenderse comprensiva de la posibilidad que el consorcio adquiera bienes a su nombre, realizando un acto provechoso con miras a la conservación del patrimonio.

El principio de especialidad del artículo 35 del Código Civil debe interpretarse con prudencial amplitud, entendiendo que, además de los actos jurídicos correspondientes al objeto de la entidad, también puede realizar actos que sean requeridos para una mejor consecución de sus fines.

El consorcio tiene una capacidad que no debe limitarse a adquirir una unidad por compensación en subasta judicial por deuda de expensas, debe entenderse que tiene facultades para comprar una unidad del edificio que se encuentre a la venta, como así también otros inmuebles linderos al mismo.

Admitir la capacidad del consorcio para ser titular de inmuebles es un progreso del régimen de la propiedad horizontal ya que otorga ventajas prácticas de utilidad para los integrantes del sistema.

El consorcio de copropietarios, como ya señalamos, tiene capacidad para contratar con terceros obras o reparaciones a efectuarse en las partes comunes, en caso de incumplimiento de las reparaciones a su cargo se le podrá reclamar el cumplimiento de lo contratado y por los daños causados por el retardo. El

incumplimiento de las funciones del consorcio, en la medida que ocasione daños a los copropietarios, genera en cabeza del consorcio responsabilidad.

Al ser demandado el consorcio, y en caso de ser vencido, la condena se hará efectiva sobre los bienes que lo componen.

En caso de insolvencia del consorcio o insuficiencia de su activo, se sostiene que los consorcistas son subsidiariamente responsables, como si se tratara de una fianza. Igualmente, cualquiera sea la posición que se adopte, responsabilidad directa o subsidiaria de los consorcistas, la conclusión final es la misma, previa excusión del patrimonio consorcial, se ejecutarán los bienes del patrimonio de los consorcistas.

En los trámites administrativos y en las intervenciones judiciales la comunidad de propietarios adquiere un nombre que se integra con la denominación “Consortio de Propietarios” y el aditamento de la calle y el número donde está ubicado el edificio respectivo.

El domicilio del consorcio es naturalmente el lugar donde se asienta el inmueble afectado a propiedad horizontal.

EXPENSAS COMUNES: Tratamiento e Importancia.

Tenemos que tener en cuenta que, “la propiedad horizontal es un derecho real sobre cosa propia que conjuga para su titular...un derecho exclusivo sobre ciertas partes de un inmueble edificado y un derecho común sobre otras, que acceden a las primeras a fin de permitir su disfrute”.⁴

Dichas cosas comunes de las que gozan los copropietarios generan gastos de utilización, funcionamiento, conservación, reparación y/o administrativos, los que deben ser solventados por los copropietarios. Esos gastos son los que conocemos como “expensas comunes”, ya que deben ser afrontadas por todos y cada uno de los copropietarios.

Dichas expensas se clasifican en **ordinarias**, cuando se refieren a erogaciones que se repiten periódicamente, y **extraordinarias**, las que abarcan los gastos que surgen en forma imprevista o fuera de lo corriente.

Según el artículo 9 inciso c de la Ley 13.512 de propiedad horizontal, el reglamento de copropiedad y administración que se redacte al constituirse el consorcio de propietarios, debe contener obligatoriamente “la forma y proporción de

⁴ Mariani de Vidal, Marina. Algunas cuestiones relativas a las expensas comunes en la propiedad horizontal. Revista Notarial 960, 2008. Pag. 679.

la contribución de los propietarios a los gastos o expensas comunes”.

Esta cláusula es de las denominadas “estatutarias”, ya que está involucrando de forma directa el patrimonio propio de cada consorcista, y por lo tanto, solo se puede proceder a su modificación, si se cuenta con el voto unánime favorable de todos ellos.

La forma en que cada propietario afronte el pago de las expensas comunes será la estipulada en el reglamento de copropiedad y administración del edificio. Cabe destacar que el porcentual de dominio que se refleja en el reglamento puede ser igual o distinto del porcentual fiscal y el de expensas. Si nada se ha pactado, se responderá en proporción al valor de la unidad funcional.

Podemos decir, económicamente hablando, que las expensas actúan como sostén, base o soporte sobre el que se apoya el sistema de propiedad horizontal. Y es por esto que la ley les da un tratamiento particular para asegurar su percepción. Como la Ley 13.512 nada dispone, hay que estarse a las normas de las leyes locales. Ahora bien, si estas normas no dieran a las expensas la posibilidad de ser tratadas por vía ejecutiva, toma especial relevancia lo estipulado en el Reglamento: consagración de vía rápida para el cobro y determinación de los requisitos que debe contener el título a ejecutar.

Por lo general se entiende que “se considerará título ejecutivo la certificación de deuda emanada del administrador, con constancia de la deuda líquida y exigible y el plazo para su pago”.⁵

Demás está decir, que los propietarios de las distintas unidades funcionales deben someterse a dichas disposiciones, y quedan obligados a ellas como a la ley misma (artículo 1197 del Código Civil), desde el momento en que adhieren voluntariamente al reglamento.

El artículo 1 de la Ley 13.512 dispone: “La obligación que tienen los propietarios de contribuir al pago de expensas y primas de seguro total del edificio, sigue siempre al dominio de sus respectivos pisos o departamentos en la extensión del artículo 3266 del Código Civil...”.

Por lo tanto, en caso que el dominio de una unidad funcional pase a manos de un tercero y dicha unidad acarree con un saldo por expensas que no ha sido cancelado por los propietarios anteriores, el nuevo adquirente pasa a ser responsable frente al consorcio por esas expensas, independientemente de cualquier

⁵ Obra citada en 4. Pág. 683

pacto que sobre el punto haya celebrado con el transmitente, pues será inoponible al consorcio.

El artículo 3266 del Código Civil, al hablar de las obligaciones que comprenden al que transmite una cosa, expresa que “el sucesor particular no está obligado con su persona o bienes, por las obligaciones de su autor...sino con la cosa transmitida”. De esto se deriva que el nuevo adquirente de una unidad funcional por esa deuda responderá solo con la unidad funcional y no con los demás bienes de su patrimonio, y quedará liberado de ella si decide transmitir el inmueble porque la deuda solo podía reclamársele en su calidad de propietario.

Cabe aclarar que el artículo 8 de la Ley 13.512, cuando establece que “...Ningún copropietario podrá liberarse de contribuir a las expensas comunes por renuncia del uso y goce de los bienes o servicios comunes, ni por abandono del piso o departamento que le pertenece”, se refiere a las deudas por expensas generadas mientras el transmitente era titular del bien.

Con relación al certificado de deudas por expensas, el artículo 5 del decreto reglamentario de la ley de propiedad horizontal establece: “A requerimiento de cualquier escribano que deba autorizar una escritura pública de transferencia de dominio sobre pisos o departamentos, el consorcio de propietarios por intermedio de la persona autorizada, certificará sobre la existencia de deuda por expensas comunes que afecten al piso o departamento que haya de ser transferido”.

Como primera medida tenemos que dejar aclarado que el certificado será “de deuda” y no “de libre deuda”, como por lo general es conocido, debido a que la unidad puede ser transferida con deuda.

Un punto importante es el de los reclamos administrativos o judiciales que pudieran involucrar al consorcio y que se hallaran en trámite al momento de expedirse el certificado, sea que este actúe como demandado o como actor, porque aun en este caso es posible que se produzcan consecuencias patrimoniales.

Si el informe es solicitado expresamente al administrador, éste debe proporcionarlo. Pero si el interesado solo peticiona que se certifique la deuda por expensas de la unidad: ¿el administrador deberá además informar estos reclamos administrativos y judiciales que se encuentran en curso?

Ni la Ley 13.512, ni el decreto reglamentario, imponen esto de forma expresa, pero podemos deducir que se deben informar razonando que la pendencia de dichos reclamos importan riesgos de evicción.

Con respecto a la deuda que el administrador no informa, ya sea porque el informe no es contestado o porque en el mismo se ha omitido alguna deuda puntual, más allá de la responsabilidad que le cabe por la falta de información, y de acuerdo con el artículo 17, la deuda por expensas sigue siempre al dominio de la unidad. Si se trata de transmisión forzosa derivada de una subasta judicial, de no encontrarse con dichas liquidaciones en el plazo de diez días hábiles desde la recepción de la solicitud, se podrá subastar el bien como si estuviere libre de deudas (artículo 56, Ley 24.441).

Nos preguntamos: ¿Debe el escribano solicitar el informe de deudas al consorcio? Si bien no existe norma alguna que obligue al escribano a requerir de los administradores de edificios el certificado de deudas por expensas comunes, tampoco está obligado a retener dinero al vendedor ni a hacer constar en la escritura si ha solicitado el informe, su resultado y si ha retenido suma alguna para cancelarla en caso de existir.

Ahora bien, entendemos que es de buena práctica no solo solicitar el certificado de expensas sino también de juicios que se hubieran iniciado así como de los reclamos administrativos existentes.

El Proyecto de Unificación de 1998 establece en su artículo 2011 que el certificado tiene una vigencia de 10 días hábiles, y que si en él consta deuda líquida y exigible, su monto debe ser retenido por el autorizante del acto a los fines de su extinción.

El fondo de reserva se integra con los aportes que a ese fin realizan los copropietarios, generalmente al pagar las expensas comunes y junto con ellas, y es como una especie de ahorro para ser utilizado cuando circunstancias especiales o imprevistas así lo exijan o cuando se estén realizando obras de reparación, mantenimiento o para cualquier otro fin que se decida. No está contemplado en la Ley 13.512 ni en su decreto reglamentario. Pero por lo general los reglamentos de copropiedad tienen disposiciones al respecto, determinando la forma de integrarlo y la contribución que a tal fin deben realizar los propietarios, destino de los fondos, etc.

Si el consorcio es el titular del fondo de reserva, al concretarse el ingreso de las contribuciones a este, ellas dejan de pertenecerle al titular de la unidad que las aportó y pasan a formar parte del fondo de reserva, que es propiedad del consorcio. Por lo tanto, al ser enajenada alguna unidad, el enajenante no puede reclamar del consorcio suma alguna en concepto de restitución de aportes al fondo de reserva.

Con relación al tratamiento de la deuda de expensas en el caso de enajenación forzada existen diversas posturas:

-Una de ellas se inclina por entender que la subasta judicial tiene el carácter y alcance de un acto de atribución de derechos autónomos a favor del adquirente, con prescindencia de los del transmitente, de modo que adquiere libre de cargas, las que se trasladan al precio que se hubiere obtenido en aquella. Por lo tanto, la disposición del artículo 17 sólo se aplicaría en el caso de enajenaciones voluntarias. Se considera que la solución contraria traba la circulación de los bienes, pues el crédito del consorcio desalentaría a los futuros adquirentes.

-Otra postura sostiene que el adquirente cargaría con la deuda si el juez hubiera resuelto al decretar la subasta, que el adquirente quedaría obligado a responder por las deudas relativas al bien que estuvieran pendientes, y así se hubiera publicado en los edictos, ya que entonces esta obligación pasaría a ser una condición de la venta en subasta. De todas formas, más allá de la publicación el adquirente no puede alegar ignorancia al respecto, porque de existir deudas están a su disposición en el cuerpo del expediente judicial.

-La tercer postura, que compartimos, plantea que el adquirente esta obligado a afrontar las deudas por expensas, imposición que surge del artículo 17, al utilizar el vocablo “siempre”, que sería, en todos los casos, sin excepciones. Se extiende a transmisiones entre vivos o por causa de muerte, y entre las primeras, tanto la compra venta voluntaria como las que son fruto de acciones judiciales. La obligación por expensas siempre funciona como carga real que recae en cabeza del adquirente del derecho real de propiedad horizontal.

ADMINISTRADOR DEL CONSORCIO.

Como primer punto, no es lo mismo considerar al administrador como representante del consorcio que como representante de los propietarios de cada una de las unidades funcionales.

Si no fuera representante del consorcio, cada vez que contrate con terceros estaría obligando a cada uno de los copropietarios de manera directa e individual. Pero si los terceros contratan con el consorcio como ente independiente de sus integrantes, los terceros no podrían ir contra éstos sin previo paso condenando al consorcio. Además, podemos destacar los inconvenientes que la consideración del administrador como representante individual de los consorcistas traería a los

acreedores. Cada dependiente vinculado con el edificio, proveedores y acreedores tendrían que accionar a todos y cada uno de los propietarios, siendo desde el vamos un trámite engorroso al tener que, por ejemplo, dirigir las notificaciones de demandas a cada uno por separado. Caso contrario, se deberían dirigir pura y exclusivamente al consorcio, quien actúa como persona jurídica distinta de sus integrantes.

Por otro lado, "...si se entiende que el consorcio carece de personalidad, se puede concluir que el administrador carece de facultades para representar al consorcio en juicio... las facultades de representación quedarían restringidas a la órbita administrativa". Pero "...si se acepta la personalidad del consorcio, es dable admitir que el administrador tiene facultades judiciales-siempre en el marco de la defensa de los intereses del ente- aunque ello no este previsto en el reglamento o resulte de una decisión de la asamblea".⁶

La ley identifica al representante de los propietarios como mandatario legal y exclusivo de los consortes (artículo 11, Ley 13.512). Además el artículo 9, inciso a) establece como uno de los puntos obligatorios a la hora de redactar el reglamento de copropiedad y administración, la designación de un representante, el que puede ser uno de los propietarios o un extraño a ellos. Y en el artículo 9 inciso b), dice que debe quedar establecida la forma en que será remunerado por su labor.

El administrador tiene a su cargo la tarea de atender a los intereses comunes siempre que no se necesite la convocatoria a asamblea o que ya hayan sido resueltos por esta. Esto se da cuando actúa administrando cosas de aprovechamiento común, provee a la recaudación y empleo de los fondos necesarios, elige al personal, asegura al edificio contra incendio, entre otras.

Con respecto a las facultades judiciales, el artículo 11 establece "el representante de los propietarios actuara en todas las gestiones ante las autoridades administrativas de cualquier clase, como mandatario legal y exclusivo de aquellos". Nada aclara con relación a la actuación ante las autoridades judiciales. Pero consideramos que el administrador goza de esas facultades sin necesidad de ser facultado expresamente en el reglamento o que todos los consorcistas le otorguen un poder judicial. Por ejemplo, en el artículo 9 se lo autoriza a despedir al personal de servicio, otorgándole, a nuestro modo de ver, implícitamente esas facultades. De esta forma, se puede decir que tiene legitimación activa y pasiva para intervenir en todos

⁶ Tranchini Marcela H El administrador en la propiedad horizontal representante del consorcio. Revista Notarial n° 907. Pág. 316.

los juicios que hagan a cuestiones relacionadas con la subsistencia, conservación y funcionamiento del consorcio.

“La relación entre el consorcio y el administrador...no es de mandante a mandatario sino que se trata de una relación entre la estructura total (consorcio) y una parte funcional de ella, el órgano de administración; en consecuencia no se requiere un acto de apoderamiento”.⁷

Cuando es necesaria la intervención notarial, al existir distintas posturas al respecto, y más allá de nuestra opinión, hay que ser muy cautos en cuanto a la documentación a exigir en estas circunstancias:

- Aconsejamos otorgarle facultades judiciales al administrador al momento de la redacción del reglamento para que actúe en nombre del consorcio.
- En los casos en que deban apoderar a un letrado:
 - Si el reglamento contiene las facultades judiciales, sería suficiente como documentación habilitante presentarlo junto con sus modificaciones y la escritura que acredite su designación como administrador.
 - Si el reglamento no contiene facultades judiciales, y para evitar excepciones de falta de personería, es conveniente exigir el acta por la que se resuelve otorgar poder y autorizar a tales fines al administrador.

Designación y remoción del administrador:

El artículo 9 establece que el reglamento debe prever la forma de su remoción, debiendo nombrarse en su caso al reemplazante por escritura pública. Como ya dijimos anteriormente, no es el representante de los propietarios sino del consorcio, con lo cual no pueden estos individualmente revocar el nombramiento. Corresponde su remoción a la asamblea.

Hay quienes consideran que como se lo designa por reglamento, estos actos implican modificación del mismo. La mayoría de la doctrina entiende que ni la remoción ni la nueva designación implican reforma del reglamento, pues no se trata de una norma reglamentaria sino de un hecho administrativo. Cuando la ley dice que su designación debe incluirse en el reglamento es para asegurar desde el primer momento la representación del consorcio. Además al establecer el artículo 9 que la designación debe hacerse en escritura pública y guarda silencio sobre la inscripción de ésta en el registro, se demuestra que la norma se aparta de las exigencias a efectos de la modificación del reglamento. La exigencia de escritura pública para la

⁷ Obra citada en 6. Pág. 324

designación, entendemos que es a los efectos de obtenga fecha cierta no siendo necesaria una escritura pública en sentido estricto, y bastando con la protocolización del acta de asamblea donde fue nombrado.

Cabe agregar que con relación a los copropietarios, la jurisprudencia ha considerado que no se requiere la escritura pública, siendo suficiente la protocolización del acta de asamblea, ya que los copropietarios no pueden alegar que desconocen la existencia del consorcio, ni la realización de la asamblea, ni la designación del administrador. Pero, con relación a los terceros, la simple protocolización del acta de asamblea que decidió el nombramiento del administrador no cumple con el requisito exigido por el artículo 9 inciso b), dejando abierta la vía para la admisión de excepciones por falta de personería. Esto se da, como sabemos, porque el presentar un documento privado ante un escribano para solicitarle que lo protocolice, no lo convierte en público, sino que le otorga fecha cierta (artículo 1034 del Código Civil). Solo se convertiría en público si la protocolización es por orden judicial. (artículos 984 y 1003 del Código Civil).

UNIDADES A CONSTRUIR O EN CONSTRUCCIÓN.

Como mencionamos anteriormente, la Ley Nacional 13.512 regula la normativa aplicable a la figura de la propiedad horizontal estableciendo en su artículo primero: “Los distintos pisos de un edificio o distintos departamentos de un mismo piso o departamentos de un edificio de una sola planta, que sean independientes y que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común podrán pertenecer a propietarios distintos, de acuerdo a las disposiciones de esta ley. Cada piso o departamento puede pertenecer en condominio a más de una persona.”

En su artículo segundo dice: “Cada propietario será dueño exclusivo de su piso o departamento y copropietario sobre el terreno y sobre todas las cosas de uso común del edificio, o indispensables para mantener su seguridad. Se consideran comunes por dicha razón:

- a) Los cimientos, muros maestros, techos, patios solares, pórticos, galerías y vestíbulos comunes, escaleras, puertas de entrada, jardines;
- b) Los locales e instalaciones de servicios centrales, como calefacción, agua caliente o fría, refrigeración, etc.;
- c) Los locales para alojamiento del portero y portería;
- d) Los tabiques o muros divisorios de los distintos departamentos;

e) Los ascensores, montacargas, incineradores de residuos y en general todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común.

Esta enumeración no tiene carácter taxativo.

Los sótanos y azoteas revestirán el carácter de comunes, salvo convención en contrario.”

En la Provincia de Buenos Aires se dictó un decreto reglamentario 2489/63 donde se detallan los requisitos que deben contener los documentos para la inscripción de la constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales comprendidos en el régimen de la mencionada Ley. Este decreto tiene disposiciones que resolvieron problemas de desarrollo de la figura de la propiedad horizontal.

A través de este decreto se pudo afectar al régimen de la ley a los edificios “a construir o en construcción”, incorporando así al comercio a edificios bajo condiciones que se determinan en su artículo sexto: “Podrán ser inscriptos en el registro de la propiedad instrumentos que formalicen los actos referidos en el artículo primero del presente decreto si las partes exclusivas y comunes de edificios en construcción o a construir reúnen, según los casos, 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 partes comunes necesarios e indispensables para el buen funcionamiento del mismo, pudiendo carecer de los revoques finos, pintura, solados, cielorrasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y funcionamiento del edificio. Las unidades de dominio exclusivo de un edificio a construir o en construcción, que no reúnan las condiciones citadas anteriormente, no gozarán de los beneficios del presente artículo...”.

La innovación del decreto consistió en permitir la comercialización de futuras unidades funcionales, siendo una evidente ventaja para el desenvolvimiento del mercado inmobiliario traducido en la posibilidad de la contratación sobre estos bienes.

A partir de este decreto para afectar a propiedad horizontal no es necesario que el inmueble esté construido pero si aprobado por la autoridad competente cómo será esa construcción. El reglamento debe indicar el período provisorio hasta tanto

se construyan las unidades, y el definitivo una vez que se construyan, indicando que unidades ya están construidas y cuáles no.

Esa etapa de transición se modifica a medida que se habilitan las unidades, previa ratificación del plano de división, dándonos la solución el artículo séptimo: “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”.

Para poder contar con esta escritura al dar por finalizada la obra, no deben las medidas lineales y/o de superficie diferir de las tolerancias en vigencia, de lo contrario, deberán proceder a modificar el reglamento de copropiedad y administración. La situación se produce en todos los casos, ya que al dar por finalizadas las obras, se modifican inexorablemente los porcentuales produciendo por lo tanto la modificación del reglamento, siendo menester para ello, que firmen la escritura la totalidad de los copropietarios, cosa que sabemos se torna casi imposible en muchos casos.

La solución para evitar esto consiste en indicar al profesional que formalizará el plano de división en propiedad horizontal, que establezca de antemano las proporciones definitivas para las dos etapas: para el edificio en construcción o a construir y el edificio construido. De este modo será posible la concreción de la escritura de obra nueva que será otorgada solamente por el titular de dominio de la unidad funcional incorporada.

La incorporación de las unidades nuevas autorizadas requiere la modificación del reglamento o su ratificación cuando las unidades lo integran en calidad de unidades proyectadas o en construcción, con la consecuente modificación de los valores proporcionales de las unidades que permitan la asignación de valor proporcional a las nuevas unidades.

“Al registrarse el reglamento de copropiedad y administración con unidades a construir o en construcción, los asientos registrales consignarán tal circunstancia y respecto de estas unidades funcionales el registro de la Propiedad Inmueble sólo admitirá el registro de medidas precautorias dispuestas por autoridad competente. Es aconsejable en este supuesto prever el porcentual de dominio definitivo de las

unidades funcionales, y así una vez terminada la construcción y “obtenida la habilitación de las unidades se hará constar la circunstancia en acta notarial de la que se tomará razón en los asientos correspondientes.”⁸ Para ellos no deben existir diferencias entre el plano proyectado de obra y la construcción realizada, ni alterarse los porcentuales de dominio⁹.¹⁰

El plano de subdivisión horizontal que contenga unidades construidas y unidades a construir o en construcción, será aprobado por la Dirección Provincial de Catastro Territorial como definitivo respecto de las primeras, y en calidad de proyecto con relación a las demás.

El plano así aprobado y posteriormente registrado, habilita el otorgamiento del reglamento de copropiedad y administración, en el que deberá quedar reflejada tanto la existencia de unidades de dominio exclusivo construidas, como las que están meramente proyectadas.

La terminación de las unidades previstas originariamente como “a construir o en construcción”, provocará la necesaria actualización del estado constructivo en el plano de subdivisión y, en su caso, la modificación del reglamento de copropiedad y administración que se hubiere otorgado. Para el cumplimiento de estas exigencias será necesario contar con la voluntad de todos los propietarios de unidades terminadas de dominio exclusivo, porque se trata de modificaciones esenciales para las que se requiere unanimidad lo que, en los grandes emprendimientos inmobiliarios que comprenden un número muy importante de unidades se convierte en una gestión de difícil cumplimiento. La solución que se ha encontrado consiste en el otorgamiento de un poder especial que se les confiere a determinadas personas para que suscriban los documentos necesarios, lleven a cabo todos los trámites administrativos y otorguen la escritura modificatoria del reglamento vigente, poder que normalmente forma parte de este último.

Esta cuestión, sumada a los costos que demanda lograr las modificaciones exigidas, son inconvenientes que el nuevo decreto 947/2004 permitió superar con relación a los clubes de campo y barrios cerrados.

El decreto 2489/63 admite la inscripción de títulos que tengan por objeto la constitución, transferencia, modificación o extinción de derechos reales sobre

⁸ Decreto 2080/80, to 446/99, art. 114 Reglamento de la ley de Registro de la Propiedad Inmueble de la Capital Federal.

⁹ Art. 7 del Decreto 2489/63 reglamentario de la Ley 13.512.

¹⁰ Abella, Adriana A. Academia Nacional del Notariado. LIX Seminario “Laureano Arturo Moreira” Junio de 2010.

unidades a construir o en construcción. Esta posibilidad constituyó una de las herramientas más importantes para el desarrollo de las construcciones que se afectarían al régimen horizontal en toda la Provincia de Buenos Aires, pero debemos convenir que, por tratarse de cosas que no se ajustan a la especialidad objetiva reclamada por la ley de propiedad horizontal, cualquier vínculo que se pretenda establecer entre una persona y las unidades no terminadas, pasa y queda en el campo de los derechos personales siempre que, como tales, pudieran valer. La inscripción de los títulos que tengan por objeto los ya señalados, no modifica la calidad de personal atribuible a ese derecho.

DECRETO 947/2004

El decreto 2489/63 sufrió modificaciones para recoger necesidades generadas por urbanizaciones privadas, dando lugar a la sanción del decreto 947/2004 que incorpora los artículos sexto bis y sexto ter, y modifica el artículo trece.

Está dirigido especialmente a las urbanizaciones que adoptaron o adopten en el futuro la forma de clubes de campo o de barrios cerrados, subdivididos bajo el régimen de la Ley 13.512 de propiedad horizontal, sin perjuicio de que se admita su aplicación a otro tipo de inmuebles afectados a él, toda vez que ello sea legalmente posible.¹¹

El primer artículo del decreto establece un mecanismo que permitirá actualizar el estado constructivo de aquellas unidades cuya edificación haya concluido, con respecto a las urbanizaciones cuya subdivisión comprende unidades no construidas o en proceso de construcción.

El segundo artículo incorporado contiene una disposición que califica como necesariamente comunes las partes del terreno de estos emprendimientos que estén destinadas a vías de comunicación y a las instalaciones de uso común.

La modificación que se le introduce al artículo 13, extiende el alcance de la regulación sancionada a todas las unidades sometidas al régimen de la Ley 13.512, aun a aquellas que este decreto no individualiza, a cuyos efectos faculta a los organismos competentes a dictar las disposiciones complementarias que permitan transferir, constituir, modificar o extinguir derechos reales sobre las mismas.

¹¹ Causse, Jorge Raúl; Rodríguez Alvarez, José L. Urbanizaciones privadas: decreto 947/2004. Revista notarial no. 949, 110, sep-dic 2004. Pág. 655.

Para los autores Causse y Alvarez es necesario anticipar que, en el desarrollo de la exposición, algunos de los aspectos que conciernen a las disposiciones del decreto 2489/63 son examinados desde una doble vertiente: en su aplicación práctica por los organismos competentes, y en su confrontación con las disposiciones de la ley 13.512. El propósito que nos ha impulsado a este tratamiento es el de no soslayar que, aun cuando la calificación administrativa de ciertas situaciones jurídicas resulte inconciliable con el ordenamiento legal aplicable, los hechos han demostrado que, operativamente, todo ha funcionado sin reproche alguno por parte de los administrados ni se ha cuestionado, salvo por la doctrina especializada, la constitucionalidad que de suyo afecta las disposiciones de aquel decreto.¹²

El nuevo procedimiento establecido en el decreto 947/2004 permite actualizar el estado constructivo de las unidades en forma más sencilla y económica sin dejar de lado la certeza y seguridad jurídica.

El artículo sexto bis, referido a la modificación del estado constructivo de las unidades a construir o en construcción expresa:

“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 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 la 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.

¹² Obra citada en 11. Pág. 656.

Los titulares de las unidades funcionales “a construir o en construcción” podrán, sin perjuicio de lo establecido en el artículo séptimo del decreto 2489/63, 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 primero 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”.

A fin de que se comprenda cómo funciona operativamente esta actualización individual desde la constitución del estado parcelario que prevé la ley 10.707 (de Catastro Territorial para la Provincia de Buenos Aires), corresponde indicar que dicha constitución consiste en la registración por el organismo competente (Dirección de Catastro), de una tarea de carácter equivalente a la mensura en el sentido de ser un acto que tiene por objeto reconocer, medir y graficar un espacio territorial en relación con un derecho de propiedad, con requisitos equivalentes a los exigidos para la confección de planos de mensura en sus distintas modalidades.¹³

Por ello, la adecuación del estado constructivo y las eventuales modificaciones que afecten el proyecto original de una unidad funcional, pueden ser realizados en forma individual en la medida que no se afecte la configuración geométrica de la parcela -sustento material del edificio- o se modifiquen las partes comunes, por la constitución del estado parcelario aplicado a la unidad que puntualmente se pretenda actualizar.¹⁴

Esta actualización catastral viabiliza la aplicación del art. 7º del decreto 2489/63 (al que más adelante nos referiremos), en lo referente a la utilización de la escritura de obra nueva, simplificando significativamente el trámite de actualización de la documentación inherente a la publicidad de los derechos sobre estas unidades funcionales; así como la de los instrumentos que posibilitan la constitución o transferencia de los mismos y su posterior inscripción en el registro de la propiedad.¹⁵

La concreción de la tarea de constitución de estado parcelario, efectuada sobre la unidad funcional concluida, con la incorporación de la información a que hemos hecho referencia, implica modificar catastralmente el estado de construcción de ésta lo que habilita, precisamente, la posibilidad de solicitar al registro de la

¹³ Obra citada en 11. Pág 666.

¹⁴ Obra citada en 11. Pág. 667.

¹⁵ Obra citada en 11. Pág. 667.

propiedad la adecuación del estado constructivo, ya sea mediante escritura pública otorgada en forma autónoma o en ocasión de constituir o modificar derechos reales. A esto se refiere el último párrafo de este art. 6º bis que mencionamos seguidamente.¹⁶

El artículo sexto ter, referido a la calificación de sectores como necesariamente comunes dispone: “A partir de la entrada en vigencia de este decreto, en los emprendimientos urbanísticos denominados clubes de campo y barrios cerrados, cuya subdivisión se gestione con arreglo a lo dispuesto por la ley de propiedad horizontal N° 13.512, serán calificadas como necesariamente comunes las partes del terreno destinadas a vías de comunicación y las instalaciones de uso común”.

La aplicación de esta norma reviste singular importancia para el desarrollo de los clubes de campo y de los barrios cerrados que se sometan al régimen horizontal, porque habilita a considerar como cosa propia al terreno de las unidades funcionales de dominio exclusivo, apartándose del principio general establecido en el art. 2º de la Ley 13.512, rémora que debe ser definitivamente superada para que el derecho real autónomo de propiedad horizontal sobre las unidades comprendidas en estos emprendimientos, adquiera la silueta de la propiedad regulada en el art. 2518 del Código Civil.¹⁷

El artículo trece del decreto 2489/63 establece que será de aplicación “...a todas las unidades sometidas al régimen de la Ley 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.

El Decreto 947/04 logró un verdadero avance para que la actualización catastral del estado constructivo de las distintas unidades funcionales se pueda ver reflejada también en el registro de la propiedad inmueble en cuanto a su publicidad en los actos de constitución o transferencias de derechos reales.¹⁸

Es importante puntualizar la necesaria intervención notarial tanto al certificar la firma inserta en el instrumento que autoriza al agrimensor a efectuar los trámites para la actualización, como al momento de la transcripción de las nuevas circunstancias

¹⁶ Obra citada en 11. Pág. 668.

¹⁷ Obra citada en 11. Pág. 668.

¹⁸ Berute, Elisa Graciela y otras. Con o sin ley – Formas modernas de la Propiedad Inmobiliaria. XXXVI Jornada Notarial Bonaerense. Necochea 2009. Pág 9.

del estado del inmueble en el acto escriturario. Esta es la base fundamental para solicitar la rogación de la modificación del estado constructivo en el registro de la propiedad inmueble. Dicha actualización podrá realizarse en la misma escritura conjuntamente con la transferencia traslativa de dominio del inmueble o en una escritura independiente a ese único efecto.¹⁹

Esta tarea es la más sencilla ya que sólo se deben redactar las circunstancias de hecho: detallar las superficies construidas, cubiertas o descubiertas de la unidad funcional y describir el inmueble conforme sus antecedentes. Aún cuando será catastro quien dispondrá de las medidas tendientes a publicitar la modificación del estado constructivo de las unidades, sostenemos que los notarios somos los que debemos solicitar la rogación de la *“Unidad Construida”*, a pedido de los requirentes que otorgan el acto notarial. El cumplimiento del decreto 947/04 que realizamos al autorizar las escrituras, no difiere de las actualizaciones de medidas, linderos y designaciones que hacemos con el correspondiente estado parcelario. Este procedimiento representa una solución para que la realidad física esté reflejada en catastro y en el registro de la propiedad, sin necesidad de engorrosos y onerosos planos de ratificación y modificaciones del reglamento de copropiedad respectivo, para cada una de las unidades funcionales.²⁰

DERECHO DE SOBREELEVAR

El derecho de sobreelevar ha sido descrito y conceptualizado como la “facultad de construir una o más plantas en el espacio aéreo de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal y adquirir el dominio de lo edificado”.²¹

Una de las formas de adquirir el dominio de inmuebles es la accesión, extendiéndose este régimen no sólo en la superficie determinada del inmueble sino también en el subsuelo y en el espacio aéreo del mismo, según surge del artículo 2518 del Código Civil. Por lo cual, toda edificación que se realice en él accede al inmueble y pasa a formar parte del dominio que tiene el propietario sobre el mismo. En cuanto al edificio en su totalidad, el principio de accesión tiene aplicación al nacimiento de la propiedad horizontal, cuando el propietario del terreno construye el edificio, que es de su propiedad. Luego de sometido a propiedad horizontal, y de que

¹⁹ Obra citada en 18. Pág. 9.

²⁰ Obra citada en 18. Pág. 10.

²¹ Carbajal, Diego Luciano. Propiedad Horizontal. Personalidad del consorcio, incidencia respecto del derecho de sobreelevar. XV Congreso Nacional de Derecho Registral. Pág. 5.

se realicen las sucesivas enajenaciones de las unidades, es el propietario de cada unidad quien tiene el derecho sobre la misma y los bienes comunes que le acceden. Para que lo edificado en un inmueble sometido a propiedad horizontal pertenezca a una persona en particular y no al conjunto de copropietarios, es necesario ser titular del derecho sobre lo edificado, y esto se logra adquiriendo primero el derecho de sobreelevar.²²

Los reglamentos de copropiedad y administración regulan temas como el uso de los bienes comunes, pudiendo ser adjudicados en uso exclusivo de algunas unidades funcionales.

Un inmueble sometido a propiedad horizontal el espacio aéreo, y consecuentemente el derecho de sobreelevar, pertenece a la totalidad de los dueños de las unidades funcionales, teniendo ellos por unanimidad la facultad de resolver la forma en que se ejerce ese derecho, pudiendo acordarse ejercerlo en común, que el ejercicio de este derecho se le conceda al titular de una de las unidades funcionales, ya sea en el reglamento originario o en una modificación posterior del mismo. Este derecho también puede ser concedido a un tercero que puede haber sido titular originario del inmueble o de alguna unidad funcional, y luego ya no lo sea y conserve el derecho sobre el espacio aéreo.

El derecho de sobreelevar corresponde a los distintos propietarios de los pisos o departamentos como condóminos de los espacios comunes y no al consorcio de propietarios –como persona distinta de aquellos– que no es titular de las cosas comunes.

La autorización para sobreelevar no concede un derecho real sino un mero derecho personal por la carencia de objeto material actual. Dentro del régimen de propiedad horizontal las unidades a construir sólo podrán ser objeto autónomo de derechos reales en la medida que efectivamente se construyan, se las de de alta por medio de un plano de mensura y se modifique el reglamento de copropiedad y administración para incorporarlas.²³

Se considera un derecho personal, ya que al concederse la facultad de construir o sobreedificar la cosa -unidad a construir- no existe como tal, sino que lo

²² Posteraro Sánchez, Leandro N.; Yacopino, María Celeste. Derecho a sobreelevar. Revista notarial no. 944, 109, ene. abr.03. Pág. 46.

²³ Cossari Nelson G.A. Luverá Miguel A Propiedad Horizontal: Techo edificable y tráfico inmobiliario ED 212-665. Pág. 3.

único que existe es la facultad de construir, la cual, de no materializarse hará imposible el nacimiento del derecho real.²⁴

En otros países, como por ejemplo España, se lo considera un derecho real sobre cosa ajena, por el cual su titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas, adquiriendo una vez ejercitado la propiedad de lo construido. Esto ocurre porque en dicho país y otros, como México y Puerto Rico, existe el derecho de superficie, y un sistema de número abierto de derechos reales.²⁵

A pesar de ser considerado un derecho personal, cuando se pacta el derecho de sobreelevar se ha discutido la posibilidad o no de su inscripción en el registro de la propiedad. Algunos autores sostienen que este derecho personal tiene registralmente efectos reales. Otros exponen que al participar de la idea de que se trata de un derecho personal y no real, no se inscribe, dado que en principio no corresponde la inscripción al no haber cosa, ni dominio, ni derecho real alguno no entrando en las previsiones del artículo segundo de la ley 17.801.

A pesar de lo dispuesto en el artículo segundo de la ley 17.801, los registros de la propiedad inmueble de la Ciudad de Buenos Aires y el de Provincia de Buenos Aires aceptan su inscripción (DTR 14/2010) porque entienden al derecho de sobreelevar como un derecho personal con trascendencia real.

El derecho de sobreelevar se aplica una vez que se otorgó el reglamento de copropiedad y administración, y pertenece al propietario del edificio que lo sometió a propiedad horizontal. Al transmitirse las unidades funcionales pasa a los propietarios de las mismas por ser copropietarios de las partes comunes entre las que se encuentra el espacio aéreo.

Podemos decir que el derecho de sobreelevar puede atribuirse: a) al propietario original del inmueble como reserva para construir nuevos pisos, b) a los integrantes del consorcio para construir por administración, c) como facultad accesoria del titular del último piso o cualquier propietario de alguna unidad funcional, d) a un tercero que no sea propietario de ninguna unidad.

Al analizar las formas de adquirir el derecho de sobreelevar podemos diferenciar entre la reserva y la cesión. Hay reserva cuando la realiza para sí el o los propietarios del edificio al someterlo al régimen de propiedad horizontal. Si el derecho lo adquiere un tercero al momento de otorgarse el reglamento de copropiedad o con posterioridad por “autorización” de los copropietarios, sería cesión. Tanto el o los que

²⁴ Obra citada en 22. Pág. 48.

²⁵ Obra citada en 22. Pág. 48.

se lo reservaron, como el cesionario del derecho de sobreelevar pueden cederlo total o parcialmente siempre no se hubiese prohibido.

La circunstancia de la reserva o cesión del derecho de sobreelevar al momento de otorgarse el reglamento de copropiedad quedará reflejada en el mismo, y en caso de ser reservado o cedido después se debe modificar el referido reglamento, ya que el mismo forma parte del título de propiedad de cada unidad funcional y tiene carácter de contrato de adhesión.

Al enajenar el propietario de cualquier forma su unidad funcional no sólo está transmitiendo su derecho sobre su unidad privativa y la parte proporcional que le corresponde en las comunes sino que además cede su posición contractual en el reglamento de copropiedad, por tanto el nuevo propietario se encontrará obligado por todo lo que conste documentado en el reglamento.

Si la cesión es realizada por los copropietarios requiere la formalidad de escritura pública otorgada por unanimidad de los copropietarios. Deben solicitarse certificados registrales de dominio e inhibición, es necesario el asentimiento conyugal en caso de corresponder y la conformidad del acreedor hipotecario en caso de existir hipoteca.

La cesión del derecho de sobreelevar, si bien tiene por objeto derechos personales, es un acto de disposición con trascendencia real, razón por la cual deberá otorgarse asentimiento conyugal de corresponder. El carácter dispositivo está configurado por tratarse de la renuncia a un futuro derecho real, e implica la disminución del valor de la unidad privativa del cedente. Por los mismos motivos será necesario solicitar certificados de anotaciones personales por los cedentes. La cesión del derecho de sobreelevar, por su trascendencia real sobre inmuebles, es además un acto formal debiendo darse cumplimiento al artículo 1184 inciso primero del Código Civil.²⁶

No basta con finalizar la construcción para ser propietario de lo edificado. Concluida la construcción es necesaria la modificación de reglamento de copropiedad y administración para darle de alta a las nuevas unidades funcionales construidas incorporándolas al régimen.

La modificación de reglamento referida debe ser otorgada por escritura pública por la unanimidad de los propietarios de las unidades ya existentes

La unanimidad en la modificación del reglamento puede surgir de la reserva hecha por el constructor o por el propietario del edificio al otorgar el reglamento de

²⁶ Obra citada en 21. Pág. 6.

copropiedad, o de la autorización posterior por todos los propietarios, otorgando el poder especial irrevocable para modificar el reglamento.²⁷

Es necesario solicitar certificados registrales por todas las unidades ya existentes y de inhibiciones por los titulares dominiales de las mismas, y contar con el consentimiento o conformidad del acreedor hipotecario en los casos en que algunas unidades estén afectadas a ese derecho real y la conformidad del acreedor embargante si existe. También se requiere cumplir con el artículo 1277 por cuanto la renuncia al derecho de accesión de lo construido constituye un acto de disposición. A los fines prácticos es mejor obtener el asentimiento conyugal al practicarse el acto de cesión o autorización del derecho de sobreelevar, quedando este condicionado a la existencia de la obra nueva.

Para la creación del derecho real es necesario contar con título y modo, y la inscripción en el registro inmobiliario para la oponibilidad a terceros, por lo tanto, una vez terminada la unidad privativa los copropietarios deberán otorgar tradición traslativa de dominio a favor de quien tenía el derecho personal de sobreelevar. La tradición presupone el título suficiente que es el acto jurídico causal apto para transferir el dominio y revestido de las formas suficientes, siendo en este caso la reserva o cesión realizada.

Debemos aclarar que la adquisición del dominio de las nuevas unidades a nombre de quien era titular del derecho de sobreelevar se efectúa a título de contrato de sobreelevación o de contrato de construcción, y no por el mero hecho de terminar la construcción. El acto jurídico no es traslativo de propiedad sino declarativo.²⁸

Recién en este momento podemos hablar de la existencia de un derecho real de dominio sobre lo edificado, respecto del cual el contrato de sobreedificación servirá de título, requiriéndose el modo para completar los elementos del derecho real, a lo que debe sumarse la modificación del plano y reglamento incorporando la nueva unidad.²⁹

La importancia económica y las dificultades que genera la regulación librada a la sola voluntad de los particulares hacen necesaria normas específicas que regulen del derecho de sobreelevar.

La carencia de normas implica que deban preverse en los contratos respectivos las cláusulas por las que se registrará el derecho de sobreelevar, siendo aconsejable que en los instrumentos respectivos se contemplen:

²⁷ Obra citada en 22. Pág. 57.

²⁸ Obra citada en 22. Pág. 58.

²⁹ Obra citada en 21. Pág. 6.

- a) La autorización concreta y expresa de obra nueva,
- b) Quien afrontará los costos que demande la modificación del Reglamento de copropiedad,
- c) El porcentaje que se asignará a las nuevas unidades sobre los bienes comunes, y las modificaciones de los porcentajes de las unidades existentes,
- d) La renuncia de la titularidad de las obras nuevas a favor del autorizado, la que se consolidará al modificarse el Reglamento.
- e) El otorgamiento de los mandatos para todos los actos necesarios para de llevar adelante el proyecto, adjudicar las unidades y reformar el Reglamento, siendo aconsejable la irrevocabilidad de los poderes.
- f) La posibilidad o no de cesión del derecho de sobreelevar,
- g) Establecer las características de las obras y el tiempo en el cual debe ejecutarse la obra, determinando plazo para su comienzo y terminación,
- h) La responsabilidad del concesionario por los daños que las obras ocasionen y la obligación de contratar seguros.

En respuesta a una consulta sobre la reserva del derecho de sobreelevar efectuada a la Asesoría Notarial Personalizada del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, el Notario Jorge R. Causse, luego de dar una definición, expresó que “además de todas las estipulaciones que se considere necesario incorporar como derechos y obligaciones a cargo del autorizado, en lo que concierne a la generación de superficies comunes como consecuencia de la sobreelevación, se sugiere la adopción de la cláusula que se consigna en el próximo apartado c.), sin perjuicio de las otras que se indican por considerarlas vinculadas al tema en consulta:

- a.) Que el titular de la autorización para sobreelevar podrá cederla a otro copropietario o a un tercero, asumiendo el cesionario todas las obligaciones y responsabilidades del cedente.
- b.) Que la adjudicación de las nuevas unidades al titular de la autorización se efectuará a título de construcción realizada en base al derecho de sobreelevación, estando a cargo del adjudicatario todos los impuestos, tasas, contribuciones, gastos y honorarios derivados de la tradición del dominio.
- c.) Que se entenderá que el autorizado renuncia en beneficio del conjunto de los copropietarios del edificio a todo derecho que pudiera corresponder sobre las nuevas obras comunes que construya, y que todos los propietarios de unidades renuncian en

beneficio del autorizado, a la propiedad de las demás obras que pudiera corresponderles en virtud de la accesión.

d.) Que se le otorga al titular de la autorización para sobreelevar, un poder especial para efectuar en nombre y representación de todos y cada uno de los propietarios de unidades, todas las gestiones necesarias para la modificación de los planos de obra y de mensura y subdivisión, la pertinente modificación del reglamento de copropiedad y administración, la habilitación de las nuevas unidades y su adjudicación en propiedad horizontal, con facultades suficientes para firmar documentos públicos y privados, solicitar la provisión de servicios públicos, asignar y modificar proporciones y superficies propias y comunes, y para realizar todos los actos y gestiones que fueren necesarios o convenientes para ello; al que se le podrá conferir una irrevocabilidad de... años a contar de la fecha de la presente escritura con arreglo a lo establecido en el art. 1977 del CC.

e.) Que al transferirse la propiedad de las unidades que componen el edificio, por cualquier causa y forma, se entenderá que el adquirente adhiere sin limitaciones ni condicionamientos a la presente cláusula, y que de manera automática confiere poder especial (e irrevocable) en los mismos términos y al mismo apoderado para realizar los actos precedentes.

f.) Que la presente cláusula deberá ser transcrita en todas las escrituras de adquisición y de constitución de derechos reales sobre las unidades que integran el edificio.”³⁰

DISPOSICIÓN TÉCNICO REGISTRAL 14/2010

Dada la numerosa normativa vigente encargada de regular la registración del derecho real de propiedad horizontal y ante la necesidad de unificar criterios al respecto, el 15 de septiembre de 2010 se dictó la Disposición Técnico Registral 14/2010. La misma, entre otras cosas, establece requisitos calificables para la registración en cuanto al contenido y con relación a las formalidades requeridas al momento de la afectación al régimen de propiedad horizontal. Así, por ejemplo:

- El artículo 3 establece que no será causal de oponibilidad a la registración la no solicitud de certificado de anotaciones personales al momento del

³⁰ Causse, Jorge Raúl. Propiedad horizontal. Reserva del derecho de sobreelevar. La distribución de superficies comunes surgidas como consecuencia de la sobreelevación. Estipulaciones sugeridas. Cuaderno de apuntes notariales Nro. 51. Marzo 2009. Pág 20.

otorgamiento de la escritura de afectación al régimen de propiedad horizontal por los titulares del inmueble, salvo, por supuesto, que en simultáneo se proceda a la venta de alguna de las unidades funcionales resultantes del mismo. Lo establecido nos hace pensar si tiene sentido solicitar certificado de dominio sino es necesario el de anotaciones personales, consideramos que sería suficiente contar con un informe de dominio para solo conocer el estado registral del inmueble.

- En el artículo 15 en cuanto a las minutas rogatorias describe como uno de los requisitos que las mismas deberán contener, en su inciso g), la designación y aceptación del administrador, punto que, como ya comentamos, creemos no hace a la registración, dado que al renovarse por el motivo que sea, la designación del nuevo administrador no necesita registración. Entendemos que este requisito se exige como forma de asegurar desde el nacimiento del Reglamento la existencia de un administrador designado, pero no es necesario que este identificado en la minuta ni consecuentemente en el registro de la propiedad.
- El artículo 19 explica que deberán rogarse por minutas separadas la afectación al Reglamento de Copropiedad y Administración y el tracto abreviado, en el que se modifica la titularidad del inmueble. Entendemos que la motivación de este artículo es básicamente fiscal.
- El artículo 28, refiriéndose a las escrituras de modificación de reglamento de copropiedad, determina que la calificación registral, en cuanto a las mayorías necesarias, se limitará a las que establece la ley, el reglamento y será conforme a la naturaleza de las cláusulas en cuestión, y que no se tomará razón de las modificaciones en lo referente a aspectos constitutivos de la propiedad horizontal si no fueron otorgados por todos los integrantes del consorcio. Creemos que este artículo excede las facultades de calificación registral de las formas extrínsecas establecidas en el artículo 8 de la ley 17.801. El registrador no debería calificar las mayorías ya que desconoce si en el reglamento se establecieron mayorías elevadas de las determinadas por la ley, y esta es tarea y responsabilidad del autorizante del documento.
- El artículo 35 reconoce que el consorcio de copropietarios es susceptible de ser titular dominial de inmuebles enajenados a su favor siempre que lo sea en cumplimiento de intereses comunes, debiendo esto ser calificado por el notario o juez actuante y dejando constancia al momento de la registración. Vemos

reflejado en este artículo la labor doctrinaria y jurisprudencial de muchos años, estableciendo claramente los alcances de la personalidad jurídica del consorcio con relación a la titularidad de bienes.

- El artículo 37 al referirse al derecho de sobreelevar dice que será objeto de registración en el rubro destinado a la descripción del inmueble con una mención de su reserva. Y el artículo 38 establece que no serán objeto de inscripción las relaciones jurídicas derivadas del comercio del derecho a sobreelevar hasta la configuración jurídica definitiva de la cosa inmueble. Este artículo confirma lo elaborado por la doctrina con respecto a la naturaleza personal con trascendencia real del derecho de sobreelevar y del momento en el cual nace un derecho real.

ARBA: CIRCULAR 2/2011

La circular número 2 de la Gerencia General de Información y Desarrollo Territorial de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires de abril de 2011 expresa que:

“La registración del estado parcelario implica la actualización de la realidad física de un inmueble, con relación al derecho de propiedad o posesión ejercida, efectuada a través de un acto de relevamiento catastral.

...para los casos en donde existen construcciones que no se encuentran reflejadas en el plano de propiedad horizontal, o cuando se informe sobre la existencia de una demolición parcial ... corresponde emitir el certificado catastral consignando en una nota la circunstancia indicada, de modo tal de reflejar la situación de hecho y publicitar la realidad registrada en oportunidad de haberse constituido el estado parcelario.

La nota que deberá colocarse es la siguiente: “Se deja constancia que del relevamiento realizado surgen situaciones de hecho que no constan registradas según plano de P.H ...-...-...- Asimismo se deja asentado que la situación existente no convalida ni subsana los defectos que pudieran introducirse al régimen. Esta nota deberá constar en la escritura que se formalice”.

Esta circular permitiría la transmisión de dominio de unidades funcionales con construcciones o demoliciones no reflejadas en el respectivo plano de propiedad horizontal y consecuentemente sin realizar la respectiva modificación del reglamento de copropiedad y administración. Creemos que esta circunstancia presenta una

ventaja práctica pero que podría llegar a generar inconvenientes ya que de alguna manera se estarían transmitiendo unidades funcionales con modificaciones que tal vez no presenten ningún problema al momento de reflejarse en el nuevo plano de propiedad horizontal, pero también puede darse que las ampliaciones no estén permitidas por las normativas municipales, excedan los límites establecidos o afecten los derechos de los titulares de las otras unidades funcionales del edificio.

Por los motivos antes descriptos consideramos que la posibilidad de transmitir el dominio de una unidad funcional con un certificado catastral del que surjan construcciones o demoliciones no reflejadas en el plano de propiedad horizontal debe ser utilizada con precaución, asesorando a las partes y especialmente a la adquirente sobre la situación del inmueble no reflejada en el plano ni en el título, y dejando constancia en la escritura de tal circunstancia.

La circular analizada tiende a lograr la aplicación de un sistema similar al del decreto 947/2004 a los inmuebles sometidos a la Ley 13.512 que no sean clubes de campo ni barrios cerrados.

No dudamos que un sistema de estas características, sobre el cual se está trabajando desde el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires en conjunto con los restantes organismos involucrados, sería muy práctico, pero es necesario lograr la sanción de un sistema que permita incorporar las modificaciones de la realidad física de las unidades funcionales, pero garantizando la aprobación e incorporación definitiva tanto catastral, dominial y registral, sin que se vean perjudicados los derechos de los otros copropietarios.

CONCLUSIÓN

En la actualidad, la realidad social, cultural y habitacional se han modificado muchísimo desde la creación del régimen de propiedad horizontal.

Debemos afirmar, que luego de más de 60 años de su sanción, es innegable la operatividad del régimen creado por la Ley 13.512 sin haber recibido reforma alguna, siendo también real que la labor de la doctrina y la jurisprudencia la han ido complementando.

Creemos que sería de gran utilidad una reforma de la ley, ciertas modificaciones, que sin cambiar su esencia, faciliten la aplicación a cuestiones prácticas que se presentan y que aún no cuentan con un respaldo normativo.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Abella, Adriana A., Academia Nacional del Notariado. LIX Seminario “Laureano Arturo Moreira” Junio de 2010.
- Alterini Jorge H. Responsabilidad de los consorcistas por deudas del Consorcio ED 56-729.
- Calegari de Grosso, Lydia E. Responsabilidad del consorcio por los daños ocasionados en una unidad funcional. LLPatagonia 2006, 301.
- Carbajal, Diego Luciano. Propiedad Horizontal. Personalidad del consorcio, incidencia respecto del derecho de sobreelevar. XV Congreso Nacional de Derecho Registral. Santa Fe, 20 al 22 de abril de 2009.
- Carvalho, Rodolfo; Podrez Yaniz, Sabina; Cruchaga, Laura; Garello, Leticia. XXXIII Jornada Notarial Bonaerense. Mar del Plata, 13 al 15 de noviembre de 2003. Propiedad horizontal. Tema III.
- Casati, Estefanía. Ponencias. El consorcio de propietarios: persona jurídica con una finalidad dinámica. XIII Congreso Nacional de Derecho Registral. Tema 1-A. Mendoza: Universidad Notarial Argentina y Colegio Notarial de Mendoza.
- Causse, Federico. J. y Christian R. Pettis. Adquisición por el consorcio de Propietarios de una unidad funcional en la Subasta Judicial. En: Subasta Judicial de Inmuebles, La Ley, 2005. Apéndice, p.475- 490.
- Causse, Jorge Raúl. Propiedad horizontal. Reserva del derecho de sobreelevar. La distribución de superficies comunes surgidas como consecuencia de la sobreelevación. Estipulaciones sugeridas. Cuaderno de apuntes notariales Nro. 51, 5, mar 2009, p. 21-22.
- Causse, Jorge Raúl. Legitimación del administrador del consorcio para el otorgamiento de actos jurídicos XLVII Seminario Laureano Moreira Mayo 2004.
- Causse, Jorge Raúl; Rodríguez Alvarez, José L. Urbanizaciones privadas: decreto 947/2004. Revista notarial no. 949, 110, sep-dic 2004, p. 655-671.
- Cossari Nelson G.A. Luverá Miguel A Propiedad Horizontal: Techo edificable y tráfico inmobiliario ED 212-665.

- Crego, Paula; Salerno, Jorge Eduardo; Vaquero, Ricardo Rubén. XXXIII Jornada Notarial Bonaerense. Mar del Plata, 13 al 15 de noviembre de 2003. Naturaleza jurídica de la propiedad horizontal. Tema III.
- Fernández Rouyet, Romelio D. El derecho de sobreelevar en la propiedad horizontal. 33 Jornada Notarial Bonaerense, Mar del Plata, 13 al 15 de noviembre de 2003.
- Gattari, Carlos Nicolás. Práctica Notarial 11. Ediciones Depalma. Buenos Aires 1994.
- Gurfinkel de Wendy, Lilian N. Propiedad horizontal. Responsabilidad del consorcio. Revista de derecho privado y comunitario no 2, 2002, p. 275-302.
- Highton, Elena I. El administrador en la propiedad horizontal. Revista de derecho privado y comunitario no. 2, 2002, p. 169-230.
- Humphreys, Ethel-Tanzi, Silvia Y. Responsabilidad del Consorcio por daños producidos a una unidad funcional. La Ley 2004-D, 491.
- Laje, E., La personalidad del consorcio de propietarios creado por la ley 13.512", LA LEY, 99-430.
- Lamber, Rubén Augusto, La Escritura Pública. Tomo IV. Fundación Editora Notarial 2006.
- Mariani de Vidal, Marina. Algunas cuestiones relativas a las expensas comunes en la propiedad horizontal. Revista Notarial 960, 2008. p. 679-696.
- Orelle, José María, Academia Nacional del Notariado. Seminario "Laureano Arturo Moreira" Septiembre de 1994.
- Pose, Carlos. Sobre la responsabilidad patrimonial de los consorcistas ante las deudas laborales del consorcio. La Ley 2008-D, 76.
- Posteraro Sánchez, Leandro N.; Yacopino, María Celeste. Derecho a sobreelevar. Revista notarial no. 944, 109, ene. abr.03, pp. 45-63.
- Racciatti, Hernán. La ley 13.512, en su cincuentenario. En: Brebbia, Roberto H. Estudios de derecho privado moderno. Homenaje al Dr. Ángel B. Chavarri. p. 275-295.
- Ritto, Graciela B. La Responsabilidad Civil del Consorcio de Propietarios. Un fallo que reafirma su Personalidad Jurídica. LA LEY 2007-D, 283. Comenta fallo Modarelli.

- Sarubo, Oscar. Escritura de obra nueva. Revista notarial no. 939, mayo-ago 2001, p. 595.
- Tranchini Marcela H El administrador en la propiedad horizontal representante del consorcio. Revista Notarial n°907.
- Tranchini, Marcela H. La forma de designación del administrador en propiedad horizontal. Revista notarial no. 958, 114, ene abr 2008, p. 73-88.
- Tranchini, Marcela H. Propiedad horizontal. : Incorporación de mejoras y la escritura de obra nueva. Cuaderno de apuntes notariales no. 29, 3, may 2007, p. 18-19.
- Vaccarelli, Horacio M. Problemática de la sobreedificación en Propiedad Horizontal. Revista Notarial n° 9 4 1, p. 189-194.
- Vaccarelli, Horacio M., Academia Nacional del Notariado. XLII Seminario “Laureano Arturo Moreira” Noviembre de 2001.