

SOBREDIFICACIÓN EN EL RÉGIMEN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

SESIÓN PÚBLICA DEL 6 DE AGOSTO DE 2001

Sra. Coordinadora (Acquarone).— Una vez más la Academia Nacional del Notariado tiene el gusto de hacer participar al público en general de los temas que se abordan en sus sesiones.

La idea es hacerlos partícipes de los estudios de algunos de sus miembros para que podamos hacer una discusión pública y polemizar entre nosotros, con el pensamiento que siempre tenemos. Es probable que de acá nadie se lleve una solución sino que nos llevemos más interrogantes, para que cada uno, en su propio recorrido, les dé las respuestas jurídicas que considere adecuadas.

Hoy tenemos el gusto de que esté entre nosotros el doctor Horacio Vaccarelli, quien es profesor adjunto de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, así como de la Pontificia Universidad Católica Argentina. También, es profesor de posgrado de la Universidad Notarial Argentina, de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y de la Universidad Católica Argentina. Es miembro del Instituto de Derecho Registral, tanto de la Universidad Notarial Argentina como del Colegio Público de Abogados. Es miembro, asimismo, del Ateneo de la Academia Nacional del Notariado y de la Comisión de Consultas del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires.

Éstas son algunas de las múltiples actividades del doctor Vaccarelli, porque ha tenido una vida muy activa dentro de lo académico, y realmente nos ha complacido participar junto con él en numerosos encuentros de juristas.

No tengo ninguna duda de que hoy nos va a esclarecer una vez más sobre un tema que realmente sigue planteándonos grandes interrogantes.

El tema de hoy es la sobreedificación en la propiedad horizontal, o como bien se anunció, el alta de las unidades en construcción.

Tiene la palabra el doctor Vaccarelli.

Sr. Vaccarelli.— Siempre digo que los currículos hay que mencionarlos después de que uno terminó de hablar, no antes, porque tampoco es bueno tener demasiadas expectativas.

Quiero agradecer a la Academia Nacional del Notariado por haberme invitado a estar con ustedes, para hacer algunas reflexiones sobre un tema que nos preocupa. Realmente lo que se ha tratado hasta ahora lo ha hecho gente que conoce muy bien este tópico en particular, así que en realidad hemos aprendido con los que ya han escrito sobre la cuestión.

En este sentido, quiero recordar fundamentalmente a un gran maestro que tuve, el escribano Francisco Fontbona, quien me honró con su amistad. Hace treinta y cinco años, cuando yo recién comenzaba a saber qué era un Registro, él ya sabía casi todo, por no decir todo. Y en este tema, precisamente, fue un pionero; sus enseñanzas son bien actuales y su pensamiento nos guía prácticamente a todos.

El tema de la sobreelevación o de la sobreedificación en el régimen de la propiedad horizontal nos obliga a analizar brevemente algunas normas vinculadas con el derecho de dominio del Código Civil, el dominio romanístico, tradicional, para ver cuáles son las diferencias con el “peculiar régimen jurídico de la propiedad horizontal”, al decir de Alterini, y ver de qué modo puede introducirse este tema de la sobreedificación en un régimen absolutamente cerrado como la propiedad horizontal o, al menos, en un régimen muy acotado en cuanto a las facultades del *ius utendi*, *fruendi* y *abutendi*, sobre las cosas propias y aun sobre las comunes.

El régimen de dominio del Código de Vélez —el régimen de dominio romanístico— se nos aparece legislado, como se legisló en la época en que Vélez acometió esta tarea, analizando el dominio a través de la utilidad que presta este derecho real. De ahí que en la propia definición de dominio, Vélez se esfuerza en caracterizarlo a través de las utilidades que otorga este derecho, es decir, la *maxima potestas* que otorga este derecho real.

En la conformación del objeto del derecho real, si bien el Codificador no se detuvo demasiado, no estableció normas relativas a la determinación del inmueble —quizás porque en su época no revestía un gran valor económico (en la nota al art. 3203 del Código así lo sostiene)— pero sí en esa materia de dominio de inmuebles se preocupó por fijar los límites al dominio, estableciendo, en principio, que el derecho de dominio concede a su titular todas las facultades, no sólo en su superficie sino en el subsuelo y en el espacio aéreo, a través de líneas perpendiculares a los límites del fundo, siguiendo el aforismo según el cual este dominio se extiende desde los cielos hasta los infiernos, acotado por las leyes que reglamenten su ejercicio (conf. art. 2518 C. C.)

Hay normas que reglamentaron y limitaron este ejercicio. Por ejemplo, el régimen de tesoros en el Código Civil; el Código Aeronáutico vino a poner se-

rios límites a este espacio aéreo; el Código de Minería también estableció serias restricciones.

Pero en el régimen de la accesión, el Código Civil, art. 2571, consolida esta supremacía que tiene el dominio en materia de inmuebles, en cuanto establece que todo aquello que acrezca a este inmueble, que se adhiera al inmueble en forma natural o artificial, será propiedad del titular del fundo. A su respecto, establece dos presunciones: que todo lo edificado en el inmueble pertenece al propietario y que, además, él lo ha construido (art. 2519). La primera presunción es *juris et de jure* y la segunda es *juris tantum*, es decir que el Codificador le permite discutir quién ha hecho la construcción pero no quién es su propietario.

En este régimen de la accesión, junto con el de la construcción –del artículo 2587 en adelante–, Vélez fija algunas normas que serán interesantes para analizar el tema que hoy nos convoca.

En materia de construcción, Vélez establece que aquel que construya con materiales propios en terreno ajeno, siendo de buena fe, genera una construcción que ha de pertenecer en principio al propietario del terreno. Esto es propio del régimen de la accesión. Claro que, siendo de buena fe, quien construye en terreno ajeno con materiales propios podrá requerir del propietario, si éste quiere quedarse con lo construido, una justa indemnización. Siendo de mala fe, también ha de pertenecer lo construido al propietario del fundo, pero ya solamente quien construyó tendrá derecho a la restitución del mayor valor que la cosa hubiere tenido. Por último, si tanto el que construye como el propietario del terreno son de mala fe, Vélez da la solución que estableció en el régimen de la construcción por el tercero de buena fe.

Como ustedes ven, todo aquello que acrezca al inmueble será siempre de su propietario.

Cuando se gesta el régimen de nuestra propiedad horizontal, esta suma potestad que se tiene en materia del dominio tradicional queda muy acotada en la propia ley, a pesar de que Vélez dice que en la propiedad privativa el dominio es exclusivo. Se discute realmente esta exclusividad, en especial en el régimen de la mejora, si el propietario puede realizar innovaciones en la cosa propia. El doctor Alterini, en un estudio sobre las facultades que tiene el consorcista de realizar mejoras respecto de las cosas propias, llega a la conclusión de que no está en mejor situación que el usufructuario. De más está decir que si esto ocurre en las cosas propias, en las comunes será muy poco lo que esté facultado a realizar.

Alterini, en un trabajo en colaboración con el doctor Gatti, cuando define la propiedad horizontal dice que “es un derecho real ejercido sobre un inmueble edificado, integrado por cosas propias y comunes, concediéndole al titular el derecho de uso, goce y disposición jurídica, con las limitaciones que impone este peculiar régimen jurídico”.

Es un derecho que se ejerce con un inmueble ya edificado. La ley impone la existencia del edificio, lo que va a marcar la gran diferencia con el régimen de la prehorizontalidad. Este edificio está compuesto por unidades propias y

comunes; es decir que las unidades propias o privativas, junto con las partes comunes, forman un todo indivisible, a tal punto que el derecho que se tiene sobre las cosas comunes, que constituyen un condominio de indivisión forzosa, va indisolublemente unido a la suerte que corra el acto dispositivo respecto de las partes privativas. Estas cosas comunes no podrán tener vida dispositiva propia pues siguen la suerte de la principal, que es la unidad privativa.

Respecto de las cosas comunes, el autor de la ley determina que el terreno es la cosa común por excelencia, terreno que en el derecho de dominio romanístico se nos aparece como lo principal. Aquí el terreno aparece como una cosa común, sumamente importante pero común. Dice la ley que estas cosas comunes pueden estar destinadas al uso común o ser indispensables para la seguridad del edificio. Establece estas dos connotaciones con respecto a las cosas o partes comunes; hace una enunciación de las partes comunes y concluye manifestando que los sótanos y azoteas son cosas comunes, salvo pacto en contrario. De allí que los sótanos y azoteas puedan ser dominio privativo o unidad privativa. Ya nos vamos acercando a estas cosas respecto de las cuales uno podrá ejercer el derecho a la sobreedificación.

Constituido el sistema a través del reglamento de copropiedad, el propietario afectante, en ese reglamento, podrá: ejercer una reserva –la de sobreelevar o sobreedificar–, reserva que puede estar plasmada ya en la determinación de las unidades a construir, perfectamente individualizadas, con la conformación de la proporción que le habrá de corresponder respecto del total del edificio; obtener de la autoridad de aplicación la aprobación del plano de mensura y división en propiedad horizontal con la fijación de las unidades construidas y de las unidades a construir; escribir así su reglamento; disponer totalmente de las unidades funcionales y ejercer luego este derecho de reserva a edificar las unidades que ha preestablecido dentro del sistema. Claro que el sistema va a funcionar con las unidades habilitadas porque, obviamente, sin cosa no hay derecho real; su habilitación vendrá en el futuro, cuando se encuentre ya edificado.

Pero puede ocurrir también que, construido el edificio y sin haber dejado ningún tipo de reserva en orden a la edificación de nuevas unidades, a posteriori los copropietarios del sistema decidan realizar obras nuevas, construcciones, tanto en el subsuelo como en el vuelo del edificio.

Éstos son los dos supuestos que, prima facie, se me ocurre que pueden hacernos analizar este régimen de la sobreelevación o sobreedificación que nos convoca.

El tema no está específicamente legislado; aparece como una construcción doctrinaria a través de lo que establecen los artículos 7° y 8° de la ley de propiedad horizontal. El artículo 7° fija una norma que –podríamos decir– tiene su correlato en el artículo 2680 del Código Civil en materia de condominio, cuando determina que el propietario del último piso no puede elevar los pisos ni hacer construcciones sin el consentimiento de todos los copropietarios, prohibición que también alcanza al propietario de la planta baja, al decir que no puede realizar construcciones que atenten contra la seguridad del edificio, tales como excavaciones, sótanos, etcétera.

Aquí la ley no hace más que seguir el principio general en materia de condominio, como establece el artículo 2680 cuando sostiene que ningún copropietario puede realizar sobre la cosa común actos materiales o jurídicos que impliquen el ejercicio de su derecho actual sin tener el consentimiento de todos los condóminos. El artículo 2681 dice exactamente lo mismo en relación con las innovaciones respecto de la cosa.

El artículo 8° de la ley de propiedad horizontal establece una norma que, para parte de la doctrina, está en contraposición con el artículo 7°, habida cuenta de que, refiriéndose también al copropietario, dice que éste está obligado a soportar las expensas derivadas de las innovaciones que sobre la cosa común hubiese decidido la mayoría de los copropietarios para su mejoramiento, es decir, para el mejoramiento de la cosa común, para un uso o goce más cómodo o para dotar a las cosas comunes de renta. La ley determina, en estos casos, que la decisión ha de corresponder a la mayoría de los copropietarios y, por supuesto, obliga a los otros a contribuir con las expensas al mantenimiento de estos emprendimientos, sin perjuicio del derecho a esbozar las quejas por aquellos que sostienen que esa decisión no se ajusta a derecho, fundamentalmente porque podría ser de costo excesivo o bien porque podría colocar en serio riesgo la solidez del edificio, etcétera.

El artículo 7° exige el consentimiento unánime para estas obras nuevas, mientras que en el artículo 8° el legislador se contentó con la mayoría. Parte de la doctrina nacional sostiene que esto implica un verdadero choque o desajuste normativo; algunos consideran que es total y otros que es parcial. Racciatti quiso aportar un principio de solución a estos enfrentamientos de la doctrina al sostener que el artículo 7° exigía la unanimidad, toda vez que el beneficio de esta obra nueva es exclusivo de uno o varios de los condóminos, pero no satisface el interés general, mientras que el artículo 8°, por el contrario, se aparta de la unanimidad porque las innovaciones tienen como destinatarios a todos los copropietarios; satisfacen el interés general.

Es decir que mientras en el caso del artículo 7° no estamos ante una innovación u obra de carácter necesario, sí podemos estar ante un acontecimiento de carácter necesario en el supuesto del artículo 8°. De ahí, pues, que respecto del artículo 7°, cuando hace referencia a las construcciones en la sobreelevación, en el vuelo, o cuando se refiere a las obras realizadas en el subsuelo, relativas a excavaciones o sótanos, la doctrina parte diciendo que este derecho a sobreelevar tiene, por lo menos, un reconocimiento de limitaciones que la ley exige para llevar a cabo esas obras nuevas.

Parte de la doctrina nacional —el doctor Alterini, por ejemplo— no hace distinción entre innovación y obra nueva. Para este autor, todo implica una mejora: mejora-innovación o mejora-obra nueva. El hecho de que beneficie a todos, a alguno o a algunos de los copropietarios no cambia la naturaleza de la mejora. De ahí que, según Alterini, mejora es toda reparación; la reparación puede ser una mejora porque ella puede dotar al edificio incluso de un mayor valor. Tanto la reparación como la obra nueva o la reconstrucción son mejoras. Y, a su criterio, no habría razón para apartarse del artículo 2680, exigien-

do en todos los casos la unanimidad, sea que beneficie a uno o a varios copropietarios o que beneficie al total de los copropietarios del sistema.

Pues bien, retomando la cuestión de la reserva que se formula en el reglamento de copropiedad por la decisión que tomen todos los copropietarios de realizar una obra nueva, *per se* o a través de una concesión a terceros, o a través de la concesión a alguno o a algunos de los copropietarios, vamos a ir analizando cómo debe ser llevado a cabo esto, cuál es el acto causal, cuál es el título suficiente, cuáles son los requisitos para que esta obra nueva pueda ejecutarse. Vamos a analizar, también, el régimen de su publicidad registral.

Como premisa diremos que la obra que conlleve estas construcciones tiene que ser realizada, para que sean tales, sobre cosas comunes; tiene que comprometer cosas comunes. Si compromete cosas particulares o privativas lo veremos luego pero, en principio, la doctrina se desarrolla a través de la obra nueva realizada en cosas comunes, porque esto es lo que establece el artículo 7° de la ley.

Para poder celebrar un acuerdo entre todos los copropietarios, por sí o a través de una concesión a uno o varios copropietarios o a un tercero, primero tenemos que partir de la idea de que este derecho tiene su fundamento en la autonomía de la voluntad. La nueva obra –por supuesto– tiene que ser factible desde el punto de vista técnico, porque mal podría esta autonomía de la voluntad decidir la construcción de una obra que pusiese en serio riesgo el edificio. Tiene que estar avalada o autorizada por las autoridades competentes, y la vinculación jurídica a través de la cual se va a llevar a cabo el acuerdo será un contrato atípico, que la doctrina denomina “contrato de construcción”.

Es un contrato atípico porque tiene marcadas diferencias, por ejemplo, con la locación de obra y con la compraventa. Acá existe una cosa común y están involucrados los copropietarios. Aclaro que el consorcio nada tiene que ver aquí; la decisión es de los copropietarios y no del consorcio. El consorcio, como personalidad jurídica, no tiene capacidad para intervenir como tal porque no es propietario de las cosas comunes. Esto excede el ámbito de su administración. Son los copropietarios quienes deben tomar la decisión; como concedentes celebran este contrato, este acuerdo bilateral, con un tercero o con un copropietario, a través del cual se determina la obra a realizar respecto de una cosa común, que puede estar en el vuelo o en el subsuelo o en cualquier parte del terreno que forme la línea poligonal que delimita su parcela, pero afectado al sistema de propiedad horizontal. Para ello tenemos que establecer dónde radica la legitimidad de este acto de disposición que pueden ejercitar los condóminos.

Decíamos que existe un condominio de indivisión forzosa respecto de las cosas comunes, condominio que debe existir como tal hasta la extinción del sistema. Si alguien pudiera pedir en cualquier momento la división del condominio, el sistema –obviamente– no podría continuar. De ahí que el artículo 18 de la ley viene a derogar el artículo 2693 del Código Civil, que establece que el pacto de indivisión no puede ser superior a cinco años, sin perjuicio de sus renovaciones.

Es por ello, entonces, que este condominio de indivisión forzosa –respecto del cual rigen las normas de accesión a las que me referí al comienzo de nuestra charla– significa que todo aquello que acreciere a estas cosas comunes pertenecerá a los copropietarios de las cosas comunes. Por lo tanto, para que este acuerdo pueda llevarse a cabo realmente debemos decir que lo único de lo que van a poder disponer estos copropietarios respecto de las cosas comunes será del derecho de accesión. Es decir, el hecho de que lo que se incorpore a las cosas comunes siga siendo cosas comunes integrantes del condominio es lo que ellos van a abdicar.

Ellos renunciarán al derecho de accesión sobre esta nueva construcción, pero van a abdicar en forma condicional. Esta abdicación estará condicionada al cumplimiento, por parte del concesionario, de todas y cada una de las obligaciones que van a determinar en este contrato de construcción. Fundamentalmente, tendrá que llevar a cabo esta obra de acuerdo con las exigencias que resultarán del convenio en cuanto a su superficie; lugar en que va a efectuarse; porcentajes o porcentuales que habrán de corresponder a las obras nuevas; el plazo en el cual deberá realizarse; si esta concesión es revocable o irrevocable; si habrá alguna contraprestación a cargo del concesionario –por ejemplo, una suma de dinero– que implique alguna mejora en otras cosas comunes en beneficio del consorcio; puede ser que durante determinado tiempo asuma el pago de todas las expensas ordinarias del consorcio, es decir, una prestación que esté a su cargo y que beneficie a la comunidad. Eso dependerá de lo que se pacte en este acuerdo.

Deberá establecerse, también, la renuncia por parte del concesionario a todo derecho sobre la superficie a construir que se afecte como cosa común, así como renuncian los concedentes a todo derecho respecto de las partes privativas.

Tendrá que determinarse que el concesionario toma a su exclusiva costa y costo la construcción de la obra, los actos previos a la construcción, los actos posteriores a la finalización de la obra, como por ejemplo, la modificación del reglamento de copropiedad, las altas de estas unidades, el régimen laboral con sus empleados, el régimen de los seguros que estarán a su cargo; en fin, todo lo que constituya las obligaciones, tanto del concesionario como del concedente, estará plasmado en ese contrato.

Dicho contrato, como bien lo califica el doctor Orelle en su trabajo, es bilateral, formal y consensual. En cuanto al carácter formal, atento que implica obligaciones respecto del inmueble, estará comprendido dentro del inciso 1º) del artículo 1184 del Código Civil. Debe hacerse por escritura pública, lo que permitirá, a su vez, la oponibilidad a terceros, de modo que no padezca del efecto de inoponibilidad de los instrumentos privados.

En cuanto la obra concluya –hasta aquí, obviamente, la obra acreció la cosa común– nacerá la obligación de los concedentes de llevar a cabo los actos relativos a la escritura de enajenación a que hace referencia el artículo 2609 del Código Civil. El contrato de construcción será el título suficiente para la tradición y entrega de la cosa, de conformidad con el artículo 577 del Código Ci-

vil, unido –por supuesto– a la escritura pública pertinente, y así se trasladará el dominio a favor del constructor.

Si esta obra nueva, por el contrario, hubiese sido reservada por el propietario que afectó el sistema a propiedad horizontal, parte minoritaria de la doctrina entiende que esto es un derecho reservado que constituiría un verdadero abuso del derecho por parte del propietario del inmueble; es decir, por el solo hecho de ejercer la reserva de un bien que está en su patrimonio, constituiría un derecho reservado intolerable frente al artículo 1071 del Código Civil. Ésta era la opinión del escribano Fontbona.

En general, la doctrina no sigue esta idea, sin perjuicio de que podría ocurrir que la reserva constituyese un supuesto de abuso del derecho. En realidad, dependerá de la apreciación en cada caso, pero no podemos decir que *prima facie* la reserva *per se* constituya un ejercicio irregular del derecho. Es su dominio, es su decisión, y aquel que contrate y adquiera una unidad privativa estará aceptando estas condiciones que resultan del propio reglamento de copropiedad.

El tema que nos preocupa es saber cuál es el régimen de atribución del dominio de la obra nueva, tratándose del concesionario, copropietario o de un tercero. Quizás pueda pensarse, y con razón –en esto no hay verdades absolutas–, que en la medida en que el copropietario o el tercero construyan la obra, van internalizando su derecho de dominio sobre su resultado, su *opus*, la construcción que se han obligado a realizar y en las condiciones pactadas en el contrato; por lo tanto, una vez concluida la obra, la renuncia que han hecho los copropietarios a la accesión, más la construcción en sí misma, constituirían *per se* el título suficiente para adquirir el dominio.

Si analizamos el tema a través de la construcción que hiciera un copropietario y pensáramos cómo se plasmaba antes en casi todos los títulos –ya no tanto–, en que se modificaba el reglamento y adquiría el dominio por parte del constructor, se hablaba de la adjudicación: los copropietarios adjudicaban a este copropietario la obra, como si estuviésemos en presencia de una partición parcial del condominio, solamente en cuanto a estas unidades construidas.

En Francia, Girard considera que una cosa común, por la naturaleza que las cosas comunes tienen en la propiedad horizontal, no es susceptible de ningún acto particionario ni acción de partición. Si estuviéramos en presencia de un condominio de indivisión forzosa, este acto de adjudicación implicaría una partición parcial, con lo cual entiendo que estaríamos chocando contra el carácter de este condominio, que es manifiestamente indivisible.

Podríamos decir que cuando los copropietarios se desprenden de la alícuota que corresponde a la proporción que su unidad privativa tiene respecto del total, ellos no están disponiendo de la cosa sino de su derecho, del porcentual que se refiere a la alícuota que tienen del condominio. Esto era sostenido por Lafaille, quien decía que cuando un condómino enajena dispone de su cuota ideal, no ejerce ningún acto material sobre la cosa en sí misma, ni ningún acto de disposición jurídica que atente contra el derecho de los demás condóminos. Si en este acto partitivo lo que los demás condóminos hacen como acto

de adjudicación es desprenderse de la alícuota que les corresponde sobre la cosa común referida a su unidad privativa, sin que ello indique partición, esto podría ser considerado título suficiente, es decir, el desprendimiento de las alícuotas en relación con las que ha de corresponder para constituir la nueva unidad.

Esto y decir que si la construcción en sí misma implica el desprendimiento del interés jurídico de todos los copropietarios que tienen el condominio sobre la cosa común es un derecho inherente al dominio, es como afirmar que este condominio puede ser objeto de partición.

En fin, quizás si un condómino adquiriera y los demás se desprendieran solamente de la alícuota que hace a su porcentual, podría ser que éstos hubiesen hecho un acto de adjudicación y no un acto de transmisión del dominio. La doctrina no sostiene este criterio. La doctrina no diferencia el supuesto en que resulte constructor el condómino o que resulte constructor un tercero.

En el caso del tercero parece más claro. Si el tercero, a medida que va construyendo, va adquiriendo su derecho real, esto no sería más que un derecho de superficie. Como dice algún autor, sería “un vergonzante derecho de superficie”. El derecho de superficie está prohibido por el artículo 2674 del Código Civil. De ahí que efectivamente la cosa va acreciendo por accesión a la cosa común, pero como hubo una renuncia anticipada a la cosa futura que, por supuesto, por ser anticipada y sobre una cosa futura está sujeta a una condición, construida la obra se hace exigible por parte del tercero que se le transmita el dominio de esa obra construida y, obviamente, éste no será un acto declarativo sino transmisivo del dominio.

Deberá tenerse especialmente en cuenta en este contrato que la modificación del reglamento, que será necesario efectuar a los fines de incorporar al sistema nuevas unidades, obviamente tendrá que ser mediante escritura otorgada por todos los copropietarios. Acá no estamos hablando del consorcio, hablamos de los copropietarios. La escritura tiene que ser otorgada por todos.

Es más, la doctrina está conteste en que debe darse cumplimiento a la normativa del artículo 1277 del Código Civil y, obviamente, en el mismo acto de modificación del reglamento podrá trasladarse el dominio sin necesidad de la previa inscripción de la modificación, de conformidad con lo que establece el artículo 2° del decreto 18734/49, que comienza afirmando que no se puede enajenar ninguna unidad en tanto no se haya inscripto previamente; dice el texto: “...salvo que se lo presente en forma conjunta a su inscripción”. O sea que podríamos hacer de esto una especie de tracto abreviado muy peculiar, dentro de la ley de propiedad horizontal, a través de su decreto reglamentario y, en el mismo acto de modificación del reglamento, proceder a la transmisión del dominio a favor del constructor.

Generalmente se habla de acta de alta de la unidad. En realidad, esto de “acta de alta de unidad” no es más que la incorporación del inmueble al sistema, y de acta tiene poco; en realidad se trata de un acto negocial. Que se redacte como un acta es otra cuestión, pero esto tiene un contenido negocial. Obviamente, formará parte de la modificación del reglamento porque es la incorpo-

ración de la unidad. Es lo que llamamos “alta”, y no debemos confundirla con una transmisión del dominio. El acto de transmisión del dominio no es el alta a través del acta. El alta es la incorporación de la unidad nueva al sistema de propiedad horizontal; es la escritura de modificación del reglamento. La atribución del derecho al edificante se realiza a través del acto de enajenación al que hace referencia el artículo 2609 del Código Civil, mediante esta escritura pública de modificación del reglamento.

Generalmente, para esto se conceden poderes irrevocables y siempre hemos estado transitando el camino de un derecho personal. O sea que este derecho que tiene el concedente o el tercero es un derecho de crédito, un derecho personal, habida cuenta de que dijimos que la prohibición del derecho de superficie nos impide hablar de un derecho real. O sea que es un derecho a la cosa, un *ius ad rem*; no es un derecho sobre la cosa, un *ius in rem*. Reitero que este derecho se hace exigible por parte del constructor o del concesionario cuando concluye la obra, cuando da cumplimiento íntegro a las obligaciones que ha asumido.

¿Puede ser inscripta esta reserva que hizo el afectante o esta decisión de sobreelevar o de sobreedificar que han hecho los copropietarios? Si siguiéramos inescrupulosamente los principios liminares de la publicidad jurídica registral, tendríamos que decir que no, y en eso coincido con el doctor Orelle, quien –creo– fue uno de los primeros que se animó a decir que no. La mayoría de la doctrina dice que sí, a tal punto que el propio decreto reglamentario de la ley de la Capital Federal y de la provincia de Buenos Aires establecen que puede ser inscripta. Se toma razón de este pacto o de esta reserva cuando todavía estamos transitando el camino a través de una vinculación jurídica creditoria.

Los derechos personales acceden al Registro de la Propiedad cuando hay una ley que así lo autoriza, dice el artículo 3° de la ley del Registro. Sin ley que atribuya esa facultad, no puede incorporarse al Registro ningún derecho personal o creditorio. ¿Por qué? Porque los Registros de la Propiedad han nacido para incorporar situaciones jurídicas con trascendencia real y no situaciones jurídicas creditorias. Pero parecería que aquí, entre el derecho creditorio y el derecho real, apareciera una figura distinta, un derecho creditorio con relevancia real. Y esta relevancia real, este tinte de real, es lo que exige su publicidad.

Los Registros así lo han tomado, así lo han registrado. Insistía mucho Fontbona en que había que registrarlo. Los doctores Villaro y Ruiz de Erenchun elaboraron un trabajo muy importante en el que, a pesar de ser un derecho creditorio, proponían su publicidad registral. El artículo 113 del decreto lo acepta, pero dice que esto realmente es publicidad-noticia. El Registro deja nota de que hay una reserva de sobreelevar o sobreedificar o deja constancia de que existen unidades a construir. Lo dramático es cuando observamos por ahí un folio real electrónico de una unidad no construida. Esto no se ajusta a derecho, según mi opinión. O cuando requerimos la inscripción de las cesiones de derecho a sobreelevar, que también es otra potestad que tiene que surgir de este contrato de edificación. Si bien todos los derechos personales pueden ser

cedidos, el derecho de construcción es cedido en la medida en que el concedente lo autorice. Porque, si bien no es una obligación *intuitu personae*, la calidad personal del concesionario tiene que ser tenida en cuenta, sin perjuicio de que podamos estar edificando algo que nunca se concluirá y que, en vez de haber beneficiado al consorcio, lo ha constituido en algo absolutamente deleznable.

Lo malo es que pretendamos inscribir las cesiones de estos derechos a sobreelevar. Es más, se ha pretendido oponer este derecho personal a la masa del concurso en la quiebra del tercero cedente.

Yo creo que si la reserva se formuló en el reglamento, de poco sirve la publicidad registral, porque aquí la publicidad será una publicidad instrumental. Porque el que adquiere deberá asumir una buena fe diligente, por supuesto que analizando o haciendo analizar el contenido de ese reglamento, de donde surgirán estos derechos reservados.

Si aparece este contrato asumido por todos los copropietarios, creo que no queda nadie fuera del plato; todos son conscientes de que han hecho esta cesión, han celebrado este contrato y, obviamente, toda vez que se transmita un derecho real sobre alguna de las unidades que componen el sistema será de buena técnica transcribir en la escritura este convenio de cesión. Con lo cual también, aunque con posterioridad a la constitución del reglamento, en una etapa intermedia, en la escritura de transmisión del dominio, va a aparecer este contrato constituido.

Creo que esto no debe llevarse al Registro. Más aún, el decreto dice que no se tomará razón de ningún documento que tenga por objeto transmitir derechos vinculados al contrato de edificación, pero establece que será materia de medidas cautelares. Por supuesto que lo son, porque no solamente se embargan las cosas, también se embargan los derechos. Pero si este derecho no está en el Registro, no será éste el lugar donde embargarlo, porque embargar esto en el Registro puede traer más trastornos que beneficios. Es algo así como embargar el crédito hipotecario; no puedo embargarlo por la simple razón de que el crédito no está en el Registro, sino sólo la hipoteca; si quiero embargar el crédito hipotecario tengo que hacerlo a través de las normas de cesión de créditos. Tendré que notificar al deudor cedido que no le pague al acreedor sino en el expediente tal. Llevar al Registro estos derechos creditorios puede generar serios trastornos. La publicidad registral no cura todos los males; a veces, ella genera males.

Sobre la simbiosis que pueda existir entre la propiedad horizontal, el derecho a sobreelevar y la prehorizontalidad, digamos que esto también es factible. Desde hace más de veinte años el Registro de Capital tuvo que intervenir en algunos casos y se determinó que deben coexistir pacíficamente –porque así lo exige la ley– el régimen de propiedad horizontal con el de prehorizontalidad. De ahí que si el constructor, al sobreedificar, desea enajenar las unidades objeto de esta construcción, cuando esté en su patrimonio, en las condiciones que establece la ley 19724, deberá afectar al régimen de prehorizontali-

dad sobre la base de la propiedad horizontal. Sobre esto hay doctrina y jurisprudencia y no existen mayores inconvenientes.

Con esto concluyo mi exposición y agradezco la atención dispensada.
(*Aplausos.*)