

# Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario \*

Por **Nelson G. A. Cossari** y **Miguel A. Luverá**

## Sumario

I. Las nuevas realidades urbanas. – II. La comercialidad del techo edificable. – III. La sobreedificación y la propiedad horizontal. – IV. Validez de la reserva de sobreelevar formulada por el predisponente del Reglamento. – V. Naturaleza jurídica de la autorización de sobreelevación. – VI. Posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad. – VII. Conveniencia de la regulación legal de la concesión del derecho de sobreedificación. – VIII. Cláusulas sugeridas. – IX. Conclusiones.

## I. Las nuevas realidades urbanas

La regulación de la propiedad horizontal y el derecho urbanístico han puesto en la mesa de negociación el aprovechamiento edificatorio como objeto de negociación que tiende a desenlazarse del terreno sobre el cual se erige el vuelo. Hoy el llamado “techo edificable”, la posibilidad de seguir levantando nuevos pisos, tiene un valor en el mercado <sup>1</sup>. Se propugna por algunos, incluso, como veremos, abordar el tema desde un llamado “cubismo inmobiliario” otorgando derechos reales sobre el vuelo o sobre el subsuelo. Todo ello requiere un detenido análisis.

Como es sabido, la propiedad romanística clásica en las palabras atribuidas

---

\*Publicado en *El Derecho* del 7/4/2005.

(1) Lo mismo puede predicarse respecto del subsuelo.

a Cino de Pistoia se extiende por arriba, hasta el cielo, y por abajo hasta el centro de la tierra. Esta enunciación, que Castán Tobeñas califica como hiperbólica, en realidad tiene límites impuestos por la misma naturaleza de las cosas o por razones económicas, y las legislaciones modernas así lo consagraron <sup>2</sup>.

En tal sentido y acudiendo a nuestra legislación vemos como el art. 2518 del Cód. Civil establece que la propiedad del suelo se extiende en toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares.

Tal norma completada, entre otras, por el art. 2519, cuya presunción se ha entendido que es *iuris et de iure* <sup>3</sup>, el art. 2520 que consagra el principio de accesión, el art. 2521, y los arts. 2614 –que en su redacción original vedaba el derecho de superficie– <sup>4</sup> y el 2617 –que prohibía la propiedad horizontal– consagraban la extensión del derecho de dominio del propietario de un inmueble a todo el espacio aéreo y el subsuelo <sup>5</sup>, y a la vez impedían la enajenación de porciones por sobre o por debajo del suelo desprendidas del mismo.

La ley 13512 [ED, 39-910] que introduce el derecho de propiedad horizontal en nuestro orden jurídico y derogó el art. 2617 del Cód. Civil, a los fines de la ley, permite la comercialización de unidades independientes fraccionando el espacio existente sobre el suelo o por debajo de él.

Sin embargo, la concepción clásica en buena medida se mantiene: para poder ser objeto de propiedad horizontal la unidad exclusiva debe existir y estar ya construida. El propietario de la unidad es a su vez condómino del terreno, donde se erige el edificio, junto con los propietarios de los otros módulos independientes (conf. art. 2º, ley 13512).

(2) Castán Tobeñas, José, *Derecho Civil Español Común y Foral*, 14ª ed., Madrid, Reus, 1992, t. 2º –Derecho de Cosas– vol. 1º, pág. 175.

(3) Ver por todos Alterini, Jorge en Llambías, Jorge y Alterini, Jorge, *Código Civil Anotado*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1981, t. IV-A, pág. 315.

(4) La ley 25509 [EDLA, 1998-B-55] que crea el derecho real de superficie forestal dio una nueva redacción al art. 2614. Actualmente el mismo no comprende dentro de su prohibición al derecho de superficie. Sin embargo, la presunción del art. 2519 debe seguir siendo entendida como *iuris et de iure* –con la excepción de que existiera sobre el fundo un derecho real de superficie forestal constituido conforme a esa ley– atento que un eventual derecho de superficie al margen de la ley 25509 contrariaría el principio de tipicidad establecido en el Código Civil.

(5) Como se ha dicho, la doctrina y los códigos modernos pusieron rápido coto a esta pretensión de extender ilimitadamente, hasta las profundidades de la tierra y a las esferas celestes, el derecho de propiedad sobre una simple porción de la faz de la tierra. Piénsese, por ejemplo, en las normas de derecho aeronáutico y las de minería. Como una síntesis de la concepción más moderna, aplicable desde ya a nuestro orden jurídico vigente, reproducimos la norma prevista en el proyecto de Código Civil de 1998: “Art. 1886.– Extensión. El dominio de una cosa comprende los objetos que formen un todo con ella o sean sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo en la medida en que su aprovechamiento sea posible, salvo lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, salvo lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie. Se presume que las construcciones, siembras y plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario”. La norma proyectada es un compendio de la buena doctrina.

## II. La comercialidad del techo edificable

Aun erigido el edificio en propiedad horizontal puede ocurrir, por diversos motivos, que no se haya agotado la posibilidad de construir.

En efecto, el “techo edificable” puede aún no haberse acabado y las normas urbanísticas permitir nuevos pisos o unidades por lo que el espacio existente por sobre el edificio, o incluso por debajo de él, conserva un valor económico.

Puede ser que el empresario pretenda erigir y enajenar unos pisos para luego de comercializados éstos, en otro momento por razones financieras o comerciales, construir nuevas unidades.

Se ha afirmado acertadamente que “la confluencia de ambos eventos (regulación de la propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios por un lado, y normativa urbanística por el otro) ha hecho que, en el contexto de la actual realidad, la contratación inmobiliaria se concierte en función de la edificabilidad o ‘aprovechamiento edificatorio’ resultante de la planificación urbanística, en términos de ‘techo edificable’, que es lo que se evalúa como objeto y causa del contrato, y no la mera cabida superficial del suelo pues, por más que ésta incida en la determinación de tal edificabilidad, la proporción es distinta en los diversos supuestos, según lo que en cada sector planificado se permita en altura”<sup>6</sup>.

## III. La sobreedificación y la propiedad horizontal

Dentro del sistema de propiedad horizontal se dan distintos supuestos donde los derechos a seguir edificando conservan un valor apreciable que lo tornan en objeto de negocios jurídicos.

La previsión de la sobreelevación puede encontrarse desde el comienzo de la existencia de la propiedad horizontal, al sancionarse el primer Reglamento de copropiedad, o convenirse con posterioridad.

Tal facultad 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 de unidades funcionales, d) como concesión a un tercero<sup>7</sup>.

Aquí nos interesa analizar los supuestos a y d, donde quienes adquieren el derecho a construir son ajenos al Consorcio, sin perjuicio de la aplicabilidad de lo expuesto a los otros supuestos.

Cuando la facultad de sobreelevar se conviene a la sanción del primer Reglamento rige el art. 9º de ley de propiedad horizontal y necesariamente se requerirá el consentimiento de todos los comuneros.

Lo mismo ocurre si quiere concederse dicho derecho con posterioridad. No hay duda de que los consorcistas –como condóminos– son titulares del espacio aéreo y del subsuelo. Ello dado que son los condueños del terreno y por

(6) Mezquita Cacho, José Luis, “El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2002, nº 672 (julio - agosto), pág. 1443.

(7) Sarubo, Oscar; Abella, Adriana y Navas, Raúl (h.), “El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal”, en *Curso de Derecho Notarial*, pág. 287.

tanto su derecho se proyecta, conforme al art. 2518 a estos espacios, con la excepción de las unidades privativas que encuentra en su camino a las que debe necesariamente sortear y respetar por obra de la constitución del derecho real de propiedad horizontal, pero por encima o por debajo de ellas la proyección de la propiedad del suelo retoma toda su virtualidad. Rigen por tanto el art. 2680 y conchs. del Cód. Civil en materia de condominio por lo que se requerirá el consentimiento unánime de todos los comuneros para disponer de tales derechos.

Más específicamente, la ley de propiedad horizontal establece que el propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos y pisos; y más genéricamente, que toda obra nueva que afecta el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios (art. 7°).

La regla es pues la unanimidad.

Conviene resaltar aquí que el derecho 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 aquéllos– que no es titular de las cosas comunes.

En tal sentido la jurisprudencia tiene dicho que:

“El derecho de sobreelevar pertenece al propietario del inmueble, ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio. Si se trata de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, tal derecho pertenece a la totalidad de los propietarios de unidades del edificio, que deberá resolver su ejercicio o su cesión por unanimidad, pero no corresponde al Consorcio de copropietarios que tiene capacidad jurídica para la administración del edificio, mas no es propietario de los sectores comunes”<sup>8</sup>.

#### IV. Validez de la reserva de sobreelevar formulada por el predisponente del Reglamento

Cuando el derecho a sobreelevar aparece reservado, *ab initio*, a favor de un tercero, ya sea totalmente extraño o se trate del constructor o el financista del edificio, o el dueño originario del terreno en un Reglamento predispuesto se ha discutido la validez de dicha reserva.

Como es sabido, casi con la sola disidencia de Borda<sup>9</sup>, la doctrina y jurisprudencia coinciden en que “el Reglamento de copropiedad constituye un contrato formal, multilateral, conmutativo, consensual, en el cual impera soberanamente la voluntad de las partes, conforme lo dispone el art. 1197 del Cód. Civil, en la medida en que los derechos que se obliguen a respetar recíprocamente y las obligaciones que se impongan no sean incompatibles con el régimen especial al que se someten las partes”<sup>10</sup>.

(8) CNEspecial Civ. y Com., Sala V, 34-87, “Consorcio de Propietarios República de la India 3025/29/31 c. Hurovich, Lázaro”, LL, 1988-A-258.

(9) Borda, Guillermo, *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, t. I, pág. 629.

(10) C6°CC Córdoba, 7-4-98 “Callegher, Jorge A. y otros”, LL, 1998-E-784 (40.867S).

A estas características puede sumársele el ser un contrato de adhesión cuando el mismo no es redactado por los copropietarios sino por un tercero, y es al incorporarse que cada integrante del Consorcio presta su conformidad al estatuto <sup>11</sup>.

Gabás afirma que la regla de oro será que “cuando el derecho a sobreedificar no surja de una asamblea unánime de copropietarios o de un Reglamento de copropiedad redactado y aprobado por idéntica mayoría, sino que proviene de un Reglamento de naturaleza preconstituida, o sea, redactado por el vendedor o constructor, dicha cláusula será de ningún valor si la misma no es expresamente reproducida en el boleto de compraventa y en la respectiva escritura traslativa de dominio” <sup>12</sup>.

Se comparta o no la opinión del mencionado autor, sopesando tanto lo dispuesto en el art. 14 de la ley de prehorizontalidad, como la buena fe y diligencia que convoca al adquirente a leer cuidadosamente el proyecto de Reglamento al que presta su conformidad, de estar ante una cláusula que concede una ventaja injustificada, sin contraprestación alguna, la misma podrá ser atacada judicialmente con éxito. Moreira es de esta opinión sosteniendo que la cláusula será nula cuando medie abuso de derecho en su ejercicio, particularmente cuando no ha habido contraprestación, ni esa circunstancia ha sido reflejada en el valor de comercialización de las unidades <sup>13</sup>.

El juzgador deberá preguntarse sobre si la reserva del derecho a sobreelevar para el constructor o un tercero ha incidido en que se fijara un menor valor a las unidades, o si éstos asumieron realizar otras obras en beneficio común, si las mismas otorgan mayor valor al edificio, o si existe cualquier otra circunstancia que obre como una justa compensación a favor de los condóminos que han concedido el derecho.

## V. Naturaleza jurídica de la autorización de sobreelevar

Estas autorizaciones para sobreelevar, ya sean originarias o dispuestas con posterioridad, no conceden derechos reales sino meros derechos personales. En efecto, la carencia de objeto material actual permite constituir sólo un derecho personal.

Dentro del régimen de propiedad horizontal las unidades a construir sólo podrán ser objeto autónomo de derechos reales en la medida en que efectivamente se construyan, se las dé de alta por medio de un plano de mensura y se modifique el Reglamento de copropiedad y administración para incorporarlas <sup>14</sup>.

(11) Kiper, Claudio, su voto en “Consorcio de Prop. Capitán Gral. Ramón Freire 2691/93 c. Investors S. A.”, CNCiv., Sala H, 28-5-96 en LL, 1997-D-864 (39.749S).

(12) Gabás, Aníbal Alberto, *Derecho Práctico de Propiedad Horizontal*, LEA, pág. 258.

(13) Moreira, Laureano, su trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata).

(14) Sarubo, Abella y Navas, *El derecho...*, cit., pág. 286. Ver en especial respecto de las urbanizaciones privadas en provincia de Buenos Aires el criterio del reciente decreto 947/04. Sabidas son las objeciones que estas legislaciones provinciales convocan en cuanto a su constitu-

Afirma Laureano Moreira que “no se trata de la cesión ni de la constitución de un derecho real ni de una facultad inherente a un derecho real. El propietario puede autorizar la construcción y prometer al concesionario que a su finalización hará tradición traslativa del dominio de la obra nueva, sometida al régimen de propiedad horizontal (...) ni la autorización para sobreelevar, ni la realización de obras convenidas asignan la propiedad de éstas al concesionario de la sobreelevación o constructor: la propiedad de las obras pertenecerá al dueño del suelo, como un accesorio de su dominio en el sistema regido por el Código Civil o como un accesorio del terreno común en el sistema regido por la ley 13.512. Todo ello sin perjuicio del derecho creditorio que corresponde a quien ha construido en base a tal autorización”<sup>15</sup>.

En el plano doctrinario se ha postulado la llamada propiedad cúbica o cubismo inmobiliario que al decir de José Luis Mezquita Cacho, se refiere al objetivo de “rebajar el presupuesto material que se ha exigido tradicionalmente en el área inmobiliaria, para que a ciertos derechos subjetivos, se les reconozca, a diferencia de los clasificados como derechos personales o de crédito u obligación, la calidad de reales y publicables para su oponibilidad a terceros; y a dicho efecto, liberar a su referente objetivo: el predio o finca, de su limitada concepción planimétrica y bidimensional, para hacer posible su fraccionabilidad volumétrica en sentido positivo o negativo (vuelo y subsuelo), a efectos de negocios y relaciones jurídicas, con independencia de los que se entablen sobre el plano facial de su suelo”<sup>16</sup>.

En realidad se trata de tomar en consideración todo el volumen edificable por arriba y por debajo del suelo y permitir la inscripción de derechos sobre espacios delimitados por planos verticales y horizontales aunque el mismo aún no se encuentre comprendido entre paredes materialmente ya construidas<sup>17</sup>.

En España se ha afirmado que el derecho de vuelo es un derecho real sobre cosa ajena, por el que el titular adquiere la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. En tal sentido se señala que existe una conexión entre el derecho de vuelo y la propiedad horizontal dado que, conforme al art. 16.2 del Reglamento hipotecario, el derecho de vuelo necesariamente desembocará en propiedad horizontal y que ha sido la práctica notarial al amparo del *numerus apertus* del sistema de derechos reales español el que ha introducido el derecho de vuelo<sup>18</sup>. La diferencia con el derecho de superficie estriba en que

cionalidad. Para un estudio pormenorizado del problema remitimos a Andorno, Luis; Luna, Daniel y Frickx, Norberto, *Clubes de Campo-Countries*, Ediciones Jurídicas Cuyo, 2002.

(15) Moreira, Laureano, trabajo citado.

(16) Mezquita, Cacho, *El vuelo...*, cit. págs. 1433/34.

(17) Este volumen, así considerado, se trataría sí de un verdadero cubo de aire, expresión a la que recurren algunos autores para referirse a los derechos sobre las unidades privativas de propiedad horizontal, y que otros consideran una simple alusión efectista que destiñe el contenido de la propiedad horizontal (*vide* “Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998”, ap. 284).

(18) Navarro Viñuales, José María, “El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana”, en *Cuadernos Notariales* nº 16, Fundación Matritense del Notariado, págs. 18 y sigs.

éste es temporal, el superficiario se hace propietario de lo construido pero *ad tempos*, mientras que el titular del derecho de vuelo concluye en un derecho de dominio definitivo <sup>19</sup>.

En nuestro derecho, el principio de número cerrado, consagrado por el art. 2502 del Cód. Civ., veda toda posibilidad *de lege lata*.

*De lege ferenda* reconocemos que la hipótesis resulta atrayente, pero en esta materia debe obrarse con sumo cuidado. La admisión de derechos reales sobre cosas aún no construidas, que quizás nunca tengan existencia, debe hacerse con sumo cuidado a fin de evitar terminar gravando el dominio con múltiples derechos reales, lo que es contrario a un sistema moderno, como el que diseñó Vélez Sársfield, que evita la proliferación de los mismos por ser esto contrario a los mejores principios económicos. A todo evento habrá que sopesar con mucha prudencia su inclusión.

La solución más conveniente estribaría en configurar estas necesidades dentro del proyectado derecho real de superficie edificada. Así, por ejemplo, el art. 1983 del Proyecto de unificación de 1998 permite constituir el derecho de superficie por los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal, y el art. 1989, por su parte, indica que: “La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal”. Esto daría carácter real al derecho a sobreedificar al amparo del derecho a edificar como vertiente del derecho de superficie.

El único agregado requerido será la necesidad de prever que, terminada la construcción, ésta pueda transformarse, en lo que respecta a las unidades funcionales construidas, en dominio exclusivo en propiedad horizontal, incorporándose las cosas comunes al condominio de todos los consorcistas, cesando la temporalidad propia del derecho de superficie <sup>20</sup>.

## VI. Posibilidad de inscripción en el Registro de la Propiedad

Cuando los condóminos pactan luego de la sanción del primer Reglamento la concesión del derecho de sobreelevar se ha discutido acerca de la posibilidad o no de su inscripción en el Registro de la Propiedad.

Algunos autores sostienen que este derecho personal tiene registralmente efectos reales <sup>21</sup>.

Por su parte, Gabás expone 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 co-

(19) Díez Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, LEA, t. III, pág. 490.

(20) Es interesante en este sentido lo dispuesto por el art. 1526 del Cód. Civil portugués: *O direito de construir sobre edifício alheio está sujeito às disposições deste título e às limitações impostas à constituição da propriedade horizontal; levantado o edifício, são aplicáveis as regras da propriedade horizontal, passando o construtor a ser condômino das partes referidas no artigo 1421.*

(21) Sarubo, Abella y Navas, *El derecho...*, cit., pág. 293.

rresponde la inscripción al no haber cosa, ni dominio, ni derecho real alguno no entrando en las previsiones del art. 2º de la ley 17801 [ED, 26-922] <sup>22</sup>.

En la provincia de Santa Fe la ley registral 6435 al referirse a cuáles son los documentos registrales, en su art. 4º dispone: “En el Registro se inscribirán o incorporarán según corresponda los siguientes actos:... inc. 10: Los contratos de sobre propiedad horizontal y todo otro acto o contrato sobre inmuebles que autoricen las leyes”, disposición de amplio espectro, pero que debe entenderse referida específicamente al Reglamento de copropiedad y sus modificaciones.

En cuanto al decreto 2080/80 de Capital Federal, éste prevé un Capítulo Dos titulado “Registro de la Propiedad Horizontal” que comprende los arts. 109 al 117, y en los arts. 113 y 114 se refiere a las unidades a construir de la siguiente manera:

Art. 113: “Si en Reglamento de copropiedad y administración se incluyeren unidades por construir o en construcción, los asientos registrales consignarán tal circunstancia. Respecto de ellas sólo se admitirá el registro de medidas precautorias dispuestas por autoridad competente, haciéndose saber a los jueces que dichas unidades no pueden ser objeto de actos que transmitan derechos reales hasta que fueren habilitados”.

Art. 114: “Obtenida la habilitación de las unidades a que se refiere el artículo anterior, se hará constar tal circunstancia en acta notarial de la que se tomará razón en los asientos correspondientes”.

Al respecto también se han expedido las Reuniones Nacionales de Directores de Registros de la Propiedad.

Así la IV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad celebrada en Córdoba estableció “son inscribibles en el Registro de la Propiedad Inmueble las cláusulas especiales contenidas en los Reglamentos de copropiedad y administración que autoricen a condueños sobreelevar o sobreedificar los inmuebles afectados al régimen de la ley especial”. Si bien se refiere a condueños no habría dificultad de extender esta directiva a terceros.

La XXII Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad realizada en Neuquén, al referirse al tema 4, despacho n° 4, denominado “Ley 13.512. Reserva en el Reglamento de copropiedad del derecho de sobreelevar. Cesión del mismo a favor de terceros. Calificación”, declaró que atento a las posibilidades que ofrece el régimen de la propiedad horizontal, y considerando que existen casos en los cuales se reservan con motivo de la redacción del Reglamento de copropiedad y administración el “derecho de construir” o “sobreelevar”, e igualmente casos en donde también se lo establece *a posteriori*, mediante el acto formal de ampliación o reforma de Reglamento, y dado que aún no hay “cosa” en propiedad horizontal, la que únicamente nace cuando han sido definitivamente construidas la o las unidades proyectadas, los “negocios” que en ese lapso realicen los titulares de esos derechos se desenvuelven en

(22) Gabás, *Derecho...*, cit., pág. 300.

el campo de los derechos personales, los que en principio no serían inscribibles sin perjuicio de la validez y alcances que ellos poseen.

No obstante, dados los derechos en juego, la Reunión Nacional citada dispuso que: Son legítimas las “reservas de construir”, “derechos de sobreelevar”, o como le denominen las partes (o el fundador), tanto al momento de celebrar el acto de redacción y firma del Reglamento de copropiedad y administración, con la afectación respectiva, como con posterioridad al mismo mediante el acto formal de ampliación o reforma del Reglamento.

En Santa Fe las mencionadas reservas se hacen constar en el rubro destinado dentro del folio real a las restricciones y/o gravámenes. Ahora bien, se ha dispuesto que las cesiones que sus titulares realicen no sean registrables.

La incorporación de las unidades, una vez construidas, se efectuará por los mecanismos habituales existentes en cada jurisdicción, determinándose así el nacimiento de la “cosa inmueble” en sede registral. Se procederá de la misma forma y según prevé el derecho de fondo en cuanto a la titularidad del dominio que a cada unidad corresponda (arts. 1137, 1197, 1184, 3262 y 3270 y concs., Cód. Civil, art. 9º, ley 13512).

Puede observarse, sin embargo, que no se trata realmente de una propia restricción o gravamen sino de un mero derecho personal.

Sin embargo, la autorización para sobreelevar, por implicancia, puede siempre conocerse por la inscripción en el Registro del Reglamento de propiedad ya sea cuando se encuentra *ab initio* en el mismo o cuando surge luego de la modificación al Reglamento de copropiedad y administración, dado que la inscripción del Reglamento y sus reformas está mandada expresamente por el art. 9º de la ley 13512.

En cuanto conste en el Reglamento tendrá interesantes efectos sobre la oponibilidad a terceros, ya sea que a la cláusula se le otorgue expresa publicidad registral, o que el adquirente no pueda ignorarla por la ineludible consulta que debe hacer del Reglamento inscripto como parte del estudio del título de la unidad que adquiere. Que en efecto, siendo el derecho a sobreelevar de naturaleza personal, el mismo en principio no puede ser opuesto a terceros ni invocados por éstos (arts. 1195 y 1199, Cód. Civil). Es el conocido principio del efecto relativo de los contratos. Si bien el mismo tiene varias atenuaciones, siendo la más atinente a nuestra materia la de los arts. 3267 y 3268, éstos no alcanzan al derecho a sobreelevar. Anotando el art. 1195 del Cód. Civil, Atilio Alterini explica que con relación al sucesor particular, los contratos le son oponibles sólo cuando se da un supuesto de necesaria conexidad entre la cosa transmitida y el contrato. Ejemplifica tomando como base la nota al art. 3268, que el comprador de un terreno no tiene acción contra el empresario para hacerle cumplir la obligación de una construcción en el terreno que el empresario hubiera contratado con el deudor, ni tendría acción el empresario contra el comprador para lograr el cumplimiento por éste de las obligaciones

a cargo del vendedor <sup>23</sup>. Pero si el derecho a sobreelevar se encuentra en el Reglamento original, o ha sido incorporado mediante una reforma del mismo, los sucesores particulares estarán obligados. Tal afirmación se basa en la especial naturaleza de la propiedad horizontal, la que a los elementos propios de los derechos reales de dominio y condominio suma la existencia de un Reglamento de copropiedad que dentro de los límites establecidos por la propia ley 13512 otorga suma plasticidad al sistema.

Dada la naturaleza contractual del Reglamento, al enajenar el propietario de cualquier forma su propiedad 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, es decir, “la transferencia integral de la situación jurídica generada por el contrato” <sup>24</sup>.

Por tanto, el nuevo propietario se encontrará obligado por todo lo que conste documentado en el Reglamento.

Bien se ha dicho que el Reglamento de copropiedad forma parte del título de dominio de los copropietarios <sup>25</sup> y que es obligatorio para los copropietarios aunque no lo hubieran firmado, por el solo hecho de ser titulares del dominio <sup>26</sup>. El mismo delimita las obligaciones y derechos de los comuneros y cuando éstos enajenen sus unidades, cederán también su lugar contractual en el Consorcio quedando el nuevo adquirente obligado por todas las cláusulas estatutarias y reglamentarias previstas en este instrumento.

Debe recordarse que el adquirente sólo estará obligado por las modificaciones del Reglamento inscriptas en el Registro de la Propiedad <sup>27</sup>, habiéndose resuelto, en general, que: aunque en la escritura de adquisición se hubiere hecho constar que el adquirente conocía y aceptaba el Reglamento, ello sólo puede entenderse respecto del Reglamento inscripto en el Registro de Propiedad y no de las cláusulas de éste modificadas y no inscriptas <sup>28</sup>. Se trata de una solución pertinente dado que lo único que puede conocer el adquirente es el Reglamento inscripto, no pudiendo llegar ni por estudio de títulos, ni por su diligencia al conocimiento de las cláusulas no modificadas.

## VII. Conveniencia de la regulación legal de la concesión del derecho de sobreedificación

Sería deseable que la ley positiva regulara las condiciones en que debe preverse la concesión del derecho de sobreedificación. Creemos que su importancia económica y las dificultades que ha dado en numerosas ocasiones su regu-

(23) Alterini, Atilio A., en Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Atilio; *Código Civil Anotado*, t. III-A-132.

(24) *Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998*, ap. 252.

(25) CNCiv., Sala E, 11-8-93, “Consorcio Agüero 927/35 c. Riesco S. A.”; JA, 1994-IV-524.

(26) CNCiv., Sala E, 11-12-81, “Consorcio Bulnes 44 c. Erralde, Aniceto E.”; JA, 1982-IV-623.

(27) CNCiv., Sala C, 30-11-00, “Consorcio Defensa 649/673 c. Propietario de la U.F. n. 1 de Defensa 649”; JA, 2001-II-689.

(28) CNEsp., Sala IV, JA, 1981-II-785.

lación librada a la sola voluntad de los particulares hacen necesaria su recepción legal.

Al respecto el anteproyecto catalán de ley de situaciones de comunidad, que dentro del futuro Código Civil de Cataluña, en ciernes, lleva la numeración provisoria de art. 553-34 dispone:

“1. Es válida la reserva establecida en el título constitutivo por el propietario del edificio, para sí mismo, o a favor de un tercero, ajeno o no a la comunidad, del derecho de sobreelevar o subedificar, o del de edificar dentro del mismo solar.

2. El titular del derecho reservado está facultado para otorgar las sucesivas declaraciones de obra nueva de las edificaciones que realice. El ejercicio sucesivo del derecho creando nuevas plantas, comporta la redistribución de todas las cuotas de participación. La nueva designación de cuotas se realizará por el mencionado titular sin el consentimiento de la Junta.

3. Son condiciones esenciales para la validez de la reserva:

a. La especificación del número de plantas y elementos privativos a construir, que no podrán sobrepasar lo permitido por las normas urbanísticas vigentes al constituirse la reserva;

b. La expresión de los criterios concretos a aplicar en la determinación de nuevas cuotas de participación, de modo que se garantice la debida proporcionalidad entre las cuotas de los elementos privativos incorporados y las redistribuidas de los restantes.

4. En todo caso la reserva se extingue a los treinta años, esté o no finalizada la construcción en este término”.

Complementa esta norma el art. 553-33 al establecer que en cualquier modificación del título constitutivo se han de observar los mismos requisitos que para su constitución pero que la modificación del título no requerirá el consentimiento de la Junta de propietarios cuando venga motivada por la sobre-elevación o subedificación y así se haya pactado en la constitución del régimen.

## VIII. Cláusulas sugeridas

La carencia de normas positivas en nuestro derecho regulando imperativa o supletoriamente la autorización a sobreelevar implica que deban preverse en los contratos respectivos las cláusulas por las que se registrá el mismo. En tal sentido la doctrina ha aconsejado que en los instrumentos respectivos se contemplen, entre otras, las siguientes <sup>29</sup>:

a) Autorización concreta y expresa de obra nueva.

b) Determinación de que el autorizado cubrirá todos los gastos, costos, honorarios profesionales, planos, trámites administrativos, impuestos, etcétera

(29) Al respecto puede verse: Sarubo, Abella y Navas, *El derecho...*, cit, pág. 293; Moreira, trabajo cit.; Fontbona, Francisco, “La sobre-elevación de edificios de propiedad horizontal”, en *Revista del Notariado* nº 701, págs. 1305 y sigs.

que demande la transformación y la modificación del Reglamento de copropiedad <sup>30</sup>.

c) Relación concreta respecto de la situación dominial de los bienes comunes que se amplían o modifican.

d) Porcentaje que se asignará a las nuevas unidades sobre los bienes comunes, y las modificaciones de los porcentajes de las unidades existentes con respecto al todo una vez concluida la obra.

e) Renuncia de la titularidad de las obras nuevas a favor del autorizado, la que se consolidará al modificarse el Reglamento.

f) Otorgamiento de los mandatos para todos los actos necesarios en pos de llevar adelante el proyecto, incluyendo las facultades a fin de adjudicar las unidades y reformar el Reglamento. Se aconseja la irrevocabilidad de los poderes.

g) La posibilidad o no de cesión del derecho de sobre elevar <sup>31</sup>.

h) Establecer la manera en que deberán efectuarse las obras, las que deberán ajustarse a las reglas del arte y a las normas urbanísticas y administrativas.

i) El tiempo en el cual debe ejecutarse la obra <sup>32</sup>. Se deberá fijar un plazo para su comienzo y terminación y las consecuencias de su incumplimiento: así como las compensaciones a abonar en ese caso por las obras realizadas parcialmente.

j) Contribución del concesionario al pago de impuestos, tasas o contribuciones fiscales, en cuanto a que las nuevas edificaciones tengan influencia sobre las partes comunes.

k) Que el concesionario será el único responsable por los daños que ocasione la construcción a las cosas comunes, consorcistas, obreros, terceros, etcétera <sup>33</sup>.

l) La obligación de contratar seguros integrales que cubran de todo daño directo o reflejo al Consorcio y a sus integrantes.

## IX. Conclusiones

a) En el actual desarrollo urbanístico el derecho de sobreelevar o subedificar tiene un valor económico que lo hace objeto frecuente de negocios jurídicos.

b) El derecho pertenece a los miembros de la propiedad horizontal, como condóminos, necesitándose la unanimidad de los mismos, sea para conceder-

(30) Mezquita Cacho, *El vuelo...*, cit., pág. 1475, critica la proyectada ley catalana en cuanto no contrapesa la carta blanca dada al titular del derecho para redistribuir las cuotas de participación, con la atribución a su cargo de todos los costos que ello comporte.

(31) Téngase en cuenta que siendo el derecho a sobreelevar un derecho personal puede cederse conforme al art. 1444 del Cód. Civil, salvo prohibición.

(32) Moreira, trabajo cit., entiende que como derecho creditorio siempre se extinguirá a los diez años, si no es ejercido. Sin embargo, la previsión no es ociosa atento las interrupciones de la prescripción que pueden producirse por inicio y paralización de los trabajos o cuando los mismos se alongan *sine die* en el tiempo.

(33) Cláusula obviamente no oponible a extraños ajenos a la autorización de sobreelevación.

lo a un consorcista o a un tercero. Ya sea *ab initio* por inclusión el primer Reglamento o por reforma posterior.

c) El tercero al que se le concede el derecho de sobre elevación o subedificar ostenta, en el derecho positivo actual, un mero derecho personal.

d) La inclusión de la autorización en el Reglamento inscripto, o su posterior modificación debidamente inscripta, logra que la misma sea oponible a los sucesores particulares en tanto y en cuanto quien enajena su unidad también cede su posición contractual en el Reglamento.

e) Deben preverse en los documentos pertinentes los poderes necesarios para que el concesionario de la facultad de sobre elevar pueda proceder a la modificación de los planos, el Reglamento, y proceder a la inscripción de los mismos. Asimismo es prudente dejar constancia de los antecedentes del caso que acrediten *prima facie* la falta de abusividad de los derechos otorgados.

f) Es deseable que una futura reforma de la ley de propiedad horizontal regule específicamente este derecho, estableciendo naturaleza, límites, condiciones de ejercicio y oponibilidad a terceros.