

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

*ACERCA DEL ESTADO DE PREHORIZONTALIDAD Y NECESARIA REFORMA
DEL RÉGIMEN LEGAL VIGENTE(*) (460)*

ALBERTO H. HUEYO y ELÍAS EMILIO ROFFO

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

SUMARIO

I. Situación de desprotección del titular de una promesa de venta de unidad a construir por el régimen de la ley 13512. II. La ley 13512 y la modificación a ella introducida por el decreto reglamentario. Su inconstitucionalidad. III. El cubo de aire y nuestros derechos reales. IV. El cubo de aire y el derecho real de superficie. V. Conclusiones. VI. Ponencia.

I. SITUACIÓN DE DESPROTECCIÓN DEL TITULAR DE UNA PROMESA DE VENTA DE UNIDAD A CONSTRUIR POR EL RÉGIMEN DE LA LEY 13512

Es criterio uniforme de la doctrina en general, que las relaciones entre la parte vendedora y la parte compradora a partir de la firma de la promesa de venta de la unidad futura se encuadra dentro del área de los derechos personales, que otorgan al adquirente un derecho a la cosa y no sobre la cosa, como sucede en el campo de los derechos; reales.

En el Código Civil el titular de un derecho a una cosa futura pasa a adquirir un derecho real sobre la misma cuando habiéndose materializado ésta, adquiere su dominio por alguno de los medios enumerados por su artículo 2524.

Esta situación tiene variantes fundamentales; en el derecho de Propiedad Horizontal, el cual requiere para la adquisición del dominio de una unidad de carácter privativo, no solamente su existencia material, sino también su previa afectación al régimen de la ley 13512.

Para clarificar lo previamente señalado es conveniente citar a Francisco I. J. Fontbona(1)(461), quien expresa: "dentro del sistema de la ley 13512, una división horizontal sólo es posible, luego de construido el edificio y habilitado por la autoridad competente, y aprobada también por la misma, la división en sectores de propiedad exclusiva", agregando: "la unidad privativa, en el sistema de la ley, solamente tiene nacimiento si pertenece a un edificio construido, luego de realizado el acto jurídico declarativo y configurativo del reglamento, e inscripto en la forma comentada".

De o antedicho resulta que no es necesario únicamente que la cosa exista, como en el derecho común, sino que dicha cosa sea configurada por la división del inmueble que la comprende por el régimen de la ley 13512, ya que antes de dicha afectación la cosa no tiene individualidad, sino que forma parte de un conjunto que la engloba o sea de la totalidad del edificio, pudiendo únicamente venderse partes indivisas del mismo y no una unidad determinada, lo que sólo será posible una vez que la misma nazca por afectación a dicha ley. Agrega Fontbona(2)(462) que "dentro de la ley y su decreto reglamentario, la propiedad exclusiva horizontal (unidad, departamento, piso, etc.) sólo tiene nacimiento luego de construido el edificio, habilitado y aprobada la división por la autoridad

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

administrativa competente e implantado por expresa declaración, el pertinente Reglamento de Copropiedad y Administración por escritura pública, e inscripto el citado documento en el Registro de la Propiedad jurisdiccional".

Desde la sanción de la ley 13512, ha sido preocupación de la doctrina y de la legislación nacional al obtener una normativa que proteja al adquirente de una unidad futura, en el período que transcurre entre la firma de la respectiva promesa de venta (boleto de compraventa) y el otorgamiento de la correspondiente escritura traslativa de dominio. Dicha preocupación dio como resultado la sanción de numerosas leyes y decretos que contemplaron la situación de ese adquirente, cuya única garantía era el boleto de compraventa suscripto, sancionándose entre las primeras la ley 14005 referida a la venta de inmuebles fraccionados en lotes, que también se intentó aplicar a la venta de departamentos o pisos; la ley 4564 sancionada el 14 de mayo de 1937 por la provincia de Buenos Aires, a fin de reglamentar la venta de inmuebles a plazos; el decreto N° 2977 del 6 de marzo de 1959 estableciendo normas a que deberían ajustarse las operaciones sometidas al régimen de la Ley de Propiedad Horizontal, el decreto - ley N° 9032 del 10 de octubre de 1963 similar al anterior, y finalmente ante la falta de solución que dicha legislación produjo, fue sancionada la ley 19724, llamada de Prehorizontalidad, que al no satisfacer las expectativas en ella depositadas, originó el proyecto del Ministerio de Justicia de la Nación - - actualmente en estudio en la Comisión de Asuntos Legislativos - que parcialmente receptó la experiencia negativa de la legislación sancionada sobre el tema, las ponencias resultantes de los congresos y jornadas celebrados como así también algunas de las propuestas formuladas en los anteproyectos, en especial el de los doctores Gatti y Alterini.

Tanto las leyes citadas como el anteproyecto relacionado, tuvieron como objetivo proteger al adquirente de unidades futuras inscribiendo la promesa de venta en un Registro Inmobiliario a fin de trabar la libre disponibilidad del bien en cuestión, pero ninguna de ellas tuvo en cuenta la necesidad de obtener su bloqueo registral a fin de proteger al adquirente de posibles actuaciones dolosas de su enajenante.

De lo dicho resulta que la enajenación de unidades a construir queda encuadrada dentro de lo que el artículo 1327 del Código Civil denomina "venta de cosa futura", la cual se materializa o concluye con la existencia de la misma durante dicho período y las relaciones contractuales se desarrollan en el campo de los derechos personales. Aceptando que la cosa futura puede ser objeto de una compraventa y que el derecho real sólo aparezca una vez que existente la misma sea transferida, o adquirida por uno de los medios o modos establecidos por la ley, consideramos la posibilidad de hipotecar un bien futuro, para lo cual haremos referencia al artículo 3131 del Código Civil que establece que "el acto constitutivo de la hipoteca debe contener: ...3) la situación de la finca y sus linderos, y si fuera rural, el distrito a que pertenece, y si fuere

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

urbana, la ciudad o villa y la calle en que se encuentre...", lo que significa que se busca la determinación del bien que se afecta al gravamen; dichos requisitos preanuncian la necesidad de la especificidad de la cosa hipotecada, lo que es ratificado por el codificador en su nota al artículo relacionado cuando señala: "... Será por demás ordenar que no pueden hipotecarse propiedades futuras..." Las consideraciones relacionadas establecen la imposibilidad de afectar a hipoteca, derecho real, unidades a construir, no considerando en este lugar necesario hacer la distinción entre lo que significa cosa futura y propiedad futura, efectuada por autores que tratan el tema.

La ley 13512, específicamente en sus artículos 49 y 14, establece la imposibilidad de hipotecar unidades en construcción o a construir, requiriendo previamente su existencia material y la afectación al régimen de propiedad horizontal, lo que permitiría gravarlas en forma individual.

Es interesante hacer una referencia a la ley uruguaya, cuyo articulado fue fundamento de nuestro régimen horizontal y citar al efecto a Pascual Quagliata(3)(463), quien señala que sólo aparentemente el artículo 29 de la ley 10751, que regla la Propiedad Horizontal en dicho país, autorizaría los préstamos sobre edificios y unidades destinadas a ser afectadas al régimen, ya que la prohibición de hipotecar bienes futuros, establecida por el artículo 2332 del Código Civil uruguayo, lo impediría. Lo antedicho motivó que el citado autor buscara otros caminos para llegar al mismo fin, consistentes en partir del derecho de superficie que fue base para el Derecho de Propiedad Horizontal de dicha legislación, estableciendo que el espacio aéreo que accede a un fundo en el sentido vertical, tomado en su conjunto o dividido por planos horizontales, era un bien inmueble por su naturaleza, susceptible de enajenarse o gravarse.

Esta construcción no es original de dicho autor sino que tiene como antecedente la obra del juriconsulto francés Juillot(4)(464) quien fue el que elaboró la figura del "cubo de aire" o "espacio geométrico". A fin de entender qué es lo que este autor denomina "cubo de aire", consideramos conveniente transcribir partes pertinentes de su obra, sobre todo aquella que establece que "según los términos del artículo 552 del Código Civil, la propiedad del terreno se extiende en toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo y no haciendo distinción el artículo; la propiedad del espacio aéreo es de la misma naturaleza que la propiedad de la profundidad: es pues inmueble por naturaleza, igual al subsuelo", agregando: "lo que significa «propiedad del espacio aéreo» es el espacio geométrico y no el aire que se mueve en él y que está comprendido en las res omnium comunes". Asimismo señala: "seguimos aceptando que se puede comprar un cubo de aire delimitado sobre plano, que el mismo puede venderse o hipotecarse como cosa principal con o sin el terreno o parte del terreno subyacente como accesorio". Esta construcción busca delimitar en el espacio la superficie cúbica que ocupará la unidad a construir, determinando la altura en que se encuentra este cubo, las medidas de su frente y fondo y su altura, lo que considera el objeto principal, siendo el terreno lo accesorio.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Esta posición es totalmente contradictoria a la establecida por la ley de fondo que determina que el suelo es lo principal y todo aquello que se construya sobre el mismo es accesorio a él. El precitado Julliot basa esta teoría en que el transcurso de los tiempos y el desarrollo de la técnica permitirán construir edificios de tal magnitud y de tal altura, que harán pasar al suelo de lo principal a ser accesorio del mismo.

Por su parte Quagliata(5)(465)señala dos posibilidades en la contratación inmobiliaria partiendo del compromiso de venta a realizar entre el dueño del terreno, sobre el cual se construirá un edificio a dividir por el régimen de Propiedad Horizontal y los aspirantes a propietarios de las unidades a construirse, señalando que si el compromiso tiene por objeto el departamento o piso, al no construirse el edificio, en el mejor de los casos, la promesa será nula por falta de objeto; en cambio, si el compromiso tiene por objeto el espacio donde ha de construirse el departamento o piso, el comprador adquiere un derecho a toda enajenación o gravamen del espacio que le ha sido prometido en venta; en caso de incumplimiento el comprador puede solicitar la traslación del dominio que trae aparejada su participación en la propiedad de los bienes comunes.

Este análisis, que parte de considerar la promesa de venta de cosa futura, la aplica para los contratos de compraventa e hipoteca de la misma, por ser sus fundamentos similares. Esta postura ha sido receptada, fundamentalmente en nuestro medio, por Carlos M. Suares(6)(466)quien en trabajo presentado a la IX Jornada Notarial Argentina, celebrada en el año 1962 en la provincia de San Luis, señala que la ley 13512 no ha contemplado, pero tampoco ha prohibido la posibilidad de afectar al régimen, unidades en construcción, pero sí lo ha hecho el decreto reglamentario 18734 / 49 al establecer en su artículo 1° la posibilidad de inscribir Reglamentos de Copropiedad y Administración de un edificio a construir, fundamentando la posibilidad de transferir unidades a construir en lo establecido por el artículo 4° de dicho decreto en su anterior redacción. En dicho trabajo se establece(7)(467): "el espacio, ya sea apoyado sobre el terreno aéreo, evidentemente existe, no solamente en los planos sino también en la realidad. En el supuesto de aceptada ésta tesis y que pudiera transferir por escritura pública el espacio de aire que de acuerdo a los planos se encuentra sobre un determinado terreno a cierta altura, ¿no tengo acaso el derecho a oponerme a que un tercero construya otro departamento que ocupe el cubo de aire sobre el cual tengo derechos de propiedad?", señalando a continuación expresamente que considera que el cubo de aire es algo que existe físicamente como existe el aire y la electricidad aunque no se los vea. En definitiva, dicho trabajo propone para un mejor desarrollo de la Propiedad Horizontal en nuestro país y una mayor seguridad en los derechos de los futuros adquirentes, la transferencia y gravamen hipotecario de unidades a construir o en construcción, lo que fue parcialmente aceptado, según así surge del inciso 39 de la ponencia dictada en dicho Congreso, siendo de importancia señalar lo establecido

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

en el inciso 49 de la misma, de la cual resulta que, ante la inseguridad de la aceptación de dicho criterio y su inclusión en las reglamentaciones locales, se aconseja promover la modificación de la ley 13512. La posición relacionada, en la que se enroló Edgardo Scotti, motivó la sanción del decreto 2489 / 63 que reglamenta la ley 13512 en el ámbito de la provincia de Buenos Aires y posibilitó en su artículo 6° la transferencia de unidades a construir o en construcción en condiciones determinadas

Lo precedentemente expuesto nos hace concluir que tanto los autores extranjeros como los nacionales que han aceptado la figura del "cubo de aire", están contestes en que la enajenación de unidad de carácter privativo a construir, constituye "venta de cosa futura" y buscan con aquella figura constituir un bien presente que les permita afectarlo de inmediato al régimen de la Propiedad Horizontal, posibilitando así su inmediata disposición.

**II. LA LEY 13512 Y LA MODIFICACIÓN A ELLA INTRODUCIDA POR EL
DECRETO REGLAMENTARIO. SU INCONSTITUCIONALIDAD**

De la ley 13512 de Propiedad Horizontal surge que el objeto de los derechos reglados por la misma está constituido por "los distintos pisos de un edificio o distintos 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", tal como lo expresa textualmente la primera parte del artículo primero es decir, se refiere al edificio construido -, lo que es reafirmado por la interpretación de todos los subsiguientes.

Nos parece necesario hacer una breve referencia al artículo segundo, en su redacción primitiva, al ser elevado como proyecto a las Cámaras, el cual expresaba: "Respecto de los edificios a construirse, podrá constituirse en derecho de condominio sobre el terreno baldío o edificio actual, determinando en el acto constitutivo las bases para atribuir la propiedad de los pisos o departamentos del futuro edificio", con respecto al cual Fontbona(8)(468)nos dice: "hasta el momento no hemos hallado la razón de su exclusión. En los dictámenes de las comisiones de ambas Cámaras, ni en los debates parlamentarios se hace alusión al artículo suprimido", entendiéndose que "es evidente que el Poder Ejecutivo como colegislador tuvo presente una situación que no es estado horizontal, pero también es evidente que lo propuesto por dicho Poder Ejecutivo encuadra dentro de los derechos reales tradicionales", lo que debió ser "factor decisivo en el análisis de comisiones" para su exclusión.

La posibilidad de afectar edificios a construirse aparece con la sanción del decreto reglamentario N° 18734 del año 1949 cuyo artículo 1° dice: "Sin perjuicio de la obligación de redactar e inscribir un Reglamento de Copropiedad y Administración impuesta al consorcio de propietarios por el art. 9° de la ley 13512, dicho reglamento podrá también ser redactado

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e inscripto en los Registros Públicos por toda persona, física o ideal, que se disponga a dividir horizontalmente en propiedad - conforme al régimen de la ley 13512 - un edificio existente o a construir y que acredite ser titular del dominio del inmueble con respecto al cual solicite la inscripción del referido reglamento". De esta forma vemos que aporta un elemento no contemplado por la ley que reglamenta el edificio a construirse, y teniendo este artículo carácter reglamentario nacional, es receptado por todas las provincias.

Es práctica habitual en nuestra legislación que al reglamentarse una ley se modifique el sentido de la misma o se introduzcan nuevos elementos como en el caso que tratamos; creemos que es una tendencia que debe ser desterrada, por más buena intención que tenga el legislador (Poder Ejecutivo), el cual debe limitarse precisamente a reglamentar evitando así planteamiento de inconstitucionalidad en casos concretos.

El artículo 4° del decreto reglamentario en el orden nacional, decía: "Para inscribir por primera vez un título de dominio o cualquier otro derecho real sobre un piso o departamento, deberá acompañarse un plano del edificio al que pertenece, firmado por persona habilitada, en el que aquéllos aparezcan señalados y designados numéricamente", lo que dio sustento a fundamentar en su texto la posibilidad de venta sobre planos y llevó a Carlos María Suares(9)(469)a expresar: "Esto consagra indudablemente la venta sobre planos, ya que la exigencia radica en acompañar un plano del edificio a que pertenece, sin establecer que éste debe estar construido y terminado". Es de destacar que dicho artículo 4° fue reemplazado al sancionarse el decreto 23049 / 56 y en su redacción actual expresa: "Para la inscripción del reglamento de copropiedad y administración deberá presentarse ante el Registro de la Propiedad..." consignando a continuación especificaciones técnicas con respecto a dicha inscripción, no pudiendo inferirse de su interpretación la posibilidad de venta sobre planos.

De todos los decretos reglamentarios, el que más avanza sobre la ley 13512 es el 2489 / 63 de la provincia de Buenos Aires en el cual, no solamente se permite afectar a propiedad horizontal edificios a construir, sino que también en su artículo 6° introduce una modalidad, no prevista en la legislación vigente, al decir: "Podrán ser inscriptos en el Registro de la Propiedad instrumentos que formalicen los actos referidos en el artículo 1° 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, pinturas, solados, cielos rasos, revestimientos y otros detalles complementarios y estéticos que no perturben la seguridad, solidez y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

funcionamiento del edificio. Las unidades de dominio exclusivo de un edificio a construir o en construcciones que no reúnan las condiciones citadas anteriormente no gozarán de los beneficios del presente artículo...".

Lo antedicho nos releva de mayores comentarios, pero queremos recalcar que, aunque consideramos que las modificaciones introducidas por los decretos reglamentarios a la ley, persiguen la solución de problemas que el tráfico inmobiliario ha introducido no es ajustado a derecho buscar su solución a través de la sanción de reglamentaciones que invaden territorio del legislador y modifican la intención por él perseguida. En tal sentido es muy útil referirse al trabajo realizado por José María R. Oltelle, de reciente publicación en L. L. (del 2 / 10 / 78), cuya lectura aconsejamos, transcribiendo las partes que consideramos más definitorias sobre la posición que esgrimimos: "En cuanto a la jerarquía del reglamento, dentro del ordenamiento jurídico de las normas, es la siguiente: Constitución, ley y reglamento.

"Por ello, el reglamento no puede invadir una zona que haya sido materia de legislación.

"Los límites de la potestad reglamentaria serán examinados en dos dimensiones: los límites generales y límites específicos a la clase de reglamento de que se trata.

"Como límites generales, hay dos clases: ... 1) Ningún reglamento puede derogar ni modificar una ley formal, ni los reglamentos dictados por órganos de mayor jerarquía...

"En lo que hace a los límites relativos, y tratándose en nuestro caso de un reglamento de ejecución son los siguientes: 1) No puede alterarse el espíritu de la ley (art. 86, inc. 2°) ...

"Consideramos que el decreto reglamentario ha violentado estos límites por los siguientes fundamentos:

"a) Porque la naturaleza del derecho real impone la existencia de dos elementos: sujeto y cosa. En este sentido, el reglamento ha violentado el esquema otorgado por el Código Civil para los derechos reales.

"b) La ley de propiedad horizontal en su art. 1° en forma específica, y en el resto del articulado en forma implícita, se refiere siempre al edificio finalizado...

"c) Porque la delegación conferida por la ley, para el ejercicio de la potestad reglamentaria (art. 19) la limita a los requisitos de inscripción en el Registro de la Propiedad, de los títulos que a la misma se refiere, forma de identificar los pisos o departamentos, planos que es necesario acompañar, etc. De la simple lectura, surge que en modo alguno se ha delegado la facultad para referirse a la clase de edificio, y menos aún, al caso de edificio a construir. Todo ello sin perjuicio de dejar señalado que inclusive si la ley de propiedad horizontal hubiera hipotéticamente delegado tal facultad, esa delegación habría sido también inconstitucional conforme al claro texto del art. 67, inc. 11 de la Constitución Nacional".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

III. EL CUBO DE AIRE Y NUESTROS DERECHOS REALES

Procederemos a analizar en detalle el cubo de aire con la finalidad de demostrar que, pese a las loables intenciones de quienes lo propugnan, no tiene asidero ni en nuestra ley de fondo ni en la de Propiedad Horizontal. Aceptan los autores que prohijan esa figura que el espacio aéreo que se desarrolla en líneas perpendiculares sobre el suelo no es susceptible de ser objeto de un derecho real por no tener límite alguno, en cambio son contestes que si dicho espacio fuera delimitado (por ejemplo, a partir de cierta altura; por medio de un plano de obra, etc.) adquiriría individualidad y podría ser objeto de un derecho real. En síntesis, afirman que para poder transmitir el dominio de una porción de espacio es necesario que el mismo esté delimitado, dando lugar a lo que denominan "cubo de aire", que es considerado por ellos bien inmueble susceptible de ser objeto de un derecho real.

Para considerar este criterio es útil recordar qué cosas pueden ser objeto de los derechos reales que enumera el artículo 2503 de nuestro Código Civil y el resultante de la ley 13512 de Propiedad Horizontal, para lo cual previamente determinaremos qué se entiende por derecho real. Vélez Sársfield no lo define, pero en la nota al Título IV, "De los Derechos Reales" hace suyas las palabras de Demolombe, al decir: "...diremos con Demolombe, que derecho real es el que crea entre las personas y las cosas una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentren en ella sino dos elementos, la persona que es el sujeto activo del derecho y la cosa que es el objeto". Asimismo al final de la referida nota cita a Ortolan, Mayrr y Mackeldey cuyos respectivos conceptos nos demuestran claramente el criterio de nuestro codificador sobre la materia. Maynz expresa: "...En los derechos reales... nuestro derecho se aplica directamente a la cosa...". Mackeldey lo define diciendo: "Derecho real es el que nos pertenece inmediatamente sobre una cosa sometida por razón del mismo a nuestro poder legal y a nuestra voluntad, bien sea bajo todos conceptos o bajo algunos solamente". Por su parte Ortolan, transcrito por el codificador de la nota al artículo 497 del Código Civil, señala: "...Derecho real es aquel en que ninguna persona es individualmente sujeto pasivo del derecho. O en términos más sencillos... Un derecho real es aquel que da la facultad de sacar de una cosa cualquiera un beneficio mayor o menor".

Entre nuestros autores, Guillermo L. Allende(10)(470)dice: "El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi". Como el objeto de nuestros desvelos es la transferencia de dominio de unidades

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a construir, es conveniente citar el artículo 2506 del Código Civil que establece: "El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona".

La transcripción de las definiciones sobre la naturaleza del derecho real efectuada precedentemente, como la cita del artículo 2506 del Código Civil ha tenido como meta demostrar que el objeto de los derechos reales está constituido por "la cosa" sometida a la voluntad de su titular o sujeto activo, pero esta fácil conclusión nos lleva a preguntarnos qué se entiende como tal, en nuestro derecho positivo. Gayo, citado por Guillermo L. Allende(11)(471), dice: "Se dividen también las cosas en corporales e incorpóreas. Son corporales las cosas tangibles, como un fundo, un cuadro, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas. Incorpóreas son las intangibles, como las que constituyen un derecho, a saber: la herencia, el usufructo o las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído". Luis Alberto Peña Guzmán(12)(472)señala que "Para el derecho romano el patrimonio se componía de: cosas corporales + cosas incorpóreas res o cosa". Este criterio no fue aceptado por Vélez Sársfield, lo que quedó perfectamente demostrado en el texto original del artículo 2311 que decía: "Se llaman cosas en este Código, los objetos corporales susceptibles de tener un valor". En la posición adoptada por nuestro codificador tuvo fundamental influencia la opinión de Freitas quien en la nota al artículo 317 de su proyecto de Código Civil, señala que sólo deben entenderse por cosas los objetos materiales, todo lo que así y más detalladamente resulta de la nota a nuestro artículo 2311. Este concepto de cosa como objeto material tiene algunas excepciones. por ejemplo en el usufructo, pero las mismas son explicable, no tratándolas en este trabajo por ser objeto del mismo el derecho real de dominio.

De lo relacionado resulta que el objeto de los derechos reales para nuestro codificador estaba constituido por objetos corporales susceptibles de tener un valor económico. El término corpóreo entraña una materialidad que nadie puede sostener tenga el "cubo de aire", por lo que de acuerdo a las normas vigentes hasta la sanción de la ley 17711 no podría ser objeto de un derecho real de dominio ni de ningún otro de los derechos enumerados por el artículo 2503 del Código Civil. La sanción de la precitada ley pudo dar pie a que los sustentadores del cubo de aire o espacio geométrico consideraran amparada la figura en la preceptiva del artículo 2311, en su nueva redacción, que sustituyó el término corporal por el de material e incluyó en su segundo párrafo a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de expropiación.

Es sumamente interesante analizar cuáles fueron los antecedentes que motivaron la modificación del artículo en cuestión, para poder así entender su contenido. No estando previsto en el derecho penal la naturaleza de la energía eléctrica, se planteó. En su momento, la dificultad de encuadrar su sustracción dentro de las figuras delictivas existentes, lo que dio lugar a un leading case en el caso "Ghiglino y otros s / robo", en el cual la Cámara Criminal y Correccional, en su sentencia

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dictada el 29 de septiembre de 1933, revocó el fallo dictado en primera instancia, sustentando el criterio de que la energía debía ser considerada como una cosa mueble, en su acepción jurídica más amplia, esto es, como cosa susceptible de transportarse de un sitio a otro fácilmente desplazable y de posible aprovechamiento, y su sustracción considerada como robo simple. Este criterio no fue aceptado en forma inmediata en jurisdicción civil, ya que por ejemplo en el caso "Tow Martin y otros c/Galería General Güemes S.A." la Cámara Civil primera de la Capital Federal, en fallo dictado el 2 de junio de 1934 determinó que la electricidad en sí misma podría ser un bien pero no una cosa por carecer de materialidad. Finalmente la Suprema Corte de Buenos Aires en autos "Compañía de Electricidad del Sud Argentino S.A. c / Compañía de Tranvías de Mar del Plata s / cobro de pesos", en sentencia dictada el 8 de septiembre de 1953 falló en el sentido de considerar a la energía jurídicamente como una cosa. Estos fallos y fundamentalmente las conclusiones a que arribó la sección de Derecho Civil del Instituto Argentino de Estudios Legislativos al considerar el Proyecto de Código Civil de la Comisión Reformadora, preparado en el año 1936, cuya ponencia textualmente decía: "Las disposiciones aplicables a las cosas lo son igualmente a la energía eléctrica y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación", fueron la base tenida en cuenta por el legislador al reformar el artículo prerrelacionado. Peña Guzmán(13)(473)establece que el nuevo texto del artículo 2311 "no declara que la energía sea una cosa material, como la ley italiana, sino que se decide por adoptar el sistema que llamamos ecléctico entre el que niega a la energía tal carácter y aquel que la considera cosa mueble. Por otra parte, el artículo permite incluir también otras clases de energía, como la atómica... Por fin se incluye también las fuerzas naturales, como las resultantes de las corrientes y saltos de agua, diques, etc., siempre que fueren susceptibles de apropiación".

Lo antedicho, sobre cuya extensión nos disculpamos, demuestra palmariamente que tampoco el "cubo de aire" tendría cabida en la nueva redacción del artículo 2311 del Código Civil y consecuentemente no podría ser objeto de ninguno de los derechos reales enumerados por el artículo 2508 del citado Código.

Lo concluido nos hace dirigir nuestra atención a uno de los derechos reales que se han incorporado al numerus clausus del Código Civil; nos referimos al creado por ley de Propiedad Horizontal. Este nuevo derecho que ha sido considerado ya sea como una especie del condominio, como yuxtaposición del dominio y el condominio o como un derecho autónomo de los existentes a su creación, tiene su objeto perfectamente determinado en sus artículos 1° y 2°, el que está constituido por los pisos o departamentos de un edificio ~r las partes que sobre el terreno y restantes cosas de uso común del edificio correspondan a aquéllos. Todas las disposiciones de dicha ley se refieren al edificio que constituye su objeto como cosa inmaterial existente, no resultando consiguientemente de manera alguna la posibilidad de incluir en su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

articulado la figura inmaterial del cubo de aire.

IV. EL CUBO DE AIRE Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

La imposibilidad de incluir el cubo de aire como objeto de los derechos reales creados por nuestra legislación, ha motivado que quienes aceptan su existencia lo hayan encuadrado como objeto del derecho real de superficie. Como es bien sabido, este derecho no tuvo cabida en nuestro derecho positivo, pues Vélez Sársfield consideró que su aceptación "desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos". Nuestro codificador en la nota al artículo 2503, nos dice: "El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno".

La transcripción efectuada nos clarifica el contenido del derecho en cuestión, del que resulta la posibilidad de coexistencia de dos titulares de un derecho de propiedad sobre un mismo inmueble, dividido a tal efecto en dos planos, uno constituido por el suelo cuya propiedad conlleva la de su profundidad, el otro por la superficie sobre ese suelo, a la cual corresponde la propiedad del espacio aéreo que sobre ella se desarrolla. Muchos autores han querido fundamentar el derecho de propiedad horizontal recurriendo al derecho de superficie, pudiendo citar entre otros a Lucci Galugi, Borsari y Doménico Simoncelli, pero las diferencias resultantes de ambos derechos ha dado pie a que sus teorías no fueran aceptadas prácticamente en ninguna legislación.

Pierre Poirier(14)(474)señala: "El derecho de superficie (en origen jure in re aliena) conduce a la noción de propiedad por pisos, con la diferencia de que el superficiario no tiene ningún derecho sobre el fundo mientras que el propietario del departamento posee también una parte del suelo. El derecho del superficiario tiene la característica de un derecho real, limitado en el espacio y en el tiempo, pero sólo constituye un cuasi dominio:> si se lo compara con el condominio del propietario del departamento. Esta limitación en el tiempo es característica del derecho que nos ocupa, ya que habitualmente se concede por un término que al vencer traslada al superficiante la propiedad de las construcciones y / o edificaciones realizadas sobre la superficie, previo pago de los gastos respectivos". Peña Guzmán(15)(475)señala que algunos autores consideran que el derecho de propiedad horizontal debe interpretarse como un derecho de superficie y dice: "Pero esa tesis es objetada por Argañarás, quien expresa que además de no tener dicha institución cabida en nuestra legislación civil por haber sido excluida, por otra parte,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

tal derecho implica la existencia de dos propietarios independientes, el dueño del suelo y el o los copropietarios del edificio que se levanta sobre el mismo, lo que no sucede en las relaciones que configuran a la propiedad horizontal".

Por su parte Quagliata(16)(476) dice: "El derecho de superficie condicionado y limitado en su origen se afirma en la doctrina moderna, como un derecho real autónomo, pero se caracteriza por la coexistencia de dos derechos: el del propietario del suelo que mantiene inalterado su dominio, y el del superficiario que extiende su derecho a la superficie sobre el suelo y a las cosas contruidas y plantadas, pero sin ningún derecho al suelo". Finalmente, para no extendernos más en la cita transcribimos la opinión de Racciatti(17)(477) quien, al señalar que la propiedad por pisos o por departamentos es una figura sui géneris, agrega: "Puede asegurarse, pues, de acuerdo con esta concepción que en el instituto no se opera desmembración alguna del derecho de propiedad, y con mayor razón en nuestra legislación donde el dueño de cada unidad exclusiva es también propietario de una parte ideal indivisa del terreno donde se asienta la construcción. En el derecho de superficie, en cambio, la desmembración del derecho real de dominio es condición esencial de su existencia, ya que el dueño del terreno sólo conserva el dominio real de éste, cediendo el dominio útil al propietario de la construcción levantada sobre el suelo". Las palabras de Racciatti demuestran palmariamente que el derecho de superficie no es compatible con la propiedad horizontal y reafirma la posición sustentada por aquellos que afirman que en este derecho coexisten entrelazadas las nociones de dominio y condominio originando un instituto M géneris.

Lo antedicho nos lleva a preguntarnos si pese a no aplicarse a la propiedad horizontal, el derecho de superficie puede servir de sustento a la teoría "del cubo de aire". Es interesante recordar que los autores que apoyan dicha figura aunque de partida parecen tratar al cubo de aire como una cosa colgada del cielo, en definitiva lo relacionan con el suelo al expresar que la venta del mismo se efectúa conjuntamente con una parte indivisa sobre el terreno y demás cosas comunes que sobre él se construyan. En el sentido indicado, Suares(18)(478) expresa: "En esta forma el que compra un cubo de aire y el porcentual que le corresponde en el terreno y de las cosas comunes que se construirán, podrá exigir sin necesidad de esperar a la construcción efectiva que se le inscriba en el Registro de la Propiedad", agregando: "Y en el peor de los casos, si el edificio no se construye, por lo menos podrá valerse del articulado de la ley 13512 para exigir a los restantes copropietarios el aporte que a cada uno corresponde y la construcción del edificio. sin perjuicio de los derechos que pueda ejercer sobre la parte indivisa del terreno". No aceptar este criterio produciría el total aislamiento del referido "cubo de aire" y de la posterior construcción que lo ocurre que quedarían suspendidas en el espacio, no pudiendo explicarse ni física ni jurídicamente tal postura, menos en el derecho de propiedad en el que el dominio de cada unidad requiere indispensablemente el condominio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

sobre las partes comunes, que la sustentan (terreno, cimientos, muros maestros, etc.) y le permiten acceder a la vía pública (pasillos, escaleras, ascensores, hall de acceso, etc.). La distinción entre ambos derechos surge claramente de las palabras de Poirier(19)(479), quien al tratar el derecho de sobreelevar dice: "Hemos dicho, al exponer los principios generales, que en tal caso el adquirente será sólo un superficiario, si no se le cede una fracción de terreno al mismo tiempo que el derecho de sobreelevar". De lo antedicho resulta que tampoco este derecho puede servir de sustento al cubo de aire, el cual es aceptado por sus sostenedores como una figura vinculada al suelo sobre el cual se construirá el futuro edificio.

V. CONCLUSIONES

El objetivo del presente trabajo ha sido el análisis de la situación en que se encuentran los adquirentes de unidades futuras, a ser transferidas por el régimen de la ley 13512, en el período que transcurre entre la suscripción del respectivo boleto de compraventa y el otorgamiento de la escritura traslativa de dominio.

Nuestro tráfico inmobiliario ha tenido desde la sanción de la ley de Propiedad horizontal un normal desarrollo, sólo alterado por el desempeño incorrecto de ciertas firmas inmobiliarias, que por distintos motivos han dispuesto dolosamente de unidades comprometidas en venta. Dicha situación, que no podemos considerar generalizada, ha dado lugar a la sanción de una abundante legislación que buscó contemplar los derechos de la parte adquirente en el período prehorizontal, sin lograrlo.

Paralelamente se ha intentado imponer una figura que permitiría conferir al futuro adquirente un derecho real sobre la unidad a él prometida en venta; nos referimos al denominado "cubo de aire" o "espacio geométrico". Dicha figura, basada en el derecho de superficie, ha sido considerada por sus autores como un bien inmueble susceptible de ser objeto de un derecho real, lo que permitiría el inmediato otorgamiento de la respectiva escritura traslativa de dominio.

Creemos haber podido demostrar en el desarrollo del presente trabajo, que tal concepción no tiene sustento ni en nuestro derecho positivo ni en el derecho de superficie, en virtud de que en este último el dominio se desmembra en dos planos, lo que no sucede en el sistema de propiedad horizontal ni en el de prehorizontalidad, ya que el comprador de una unidad futura persigue no sólo la adquisición del dominio de ésta sino también la del condominio de las partes comunes del edificio y el terreno (suelo) sobre el cual se asentará.

Lo antedicho nos lleva a negar la existencia del cubo de aire y la factibilidad de solucionar los problemas derivados del período prehorizontal recurriendo al derecho de superficie, propiciando la sanción de una nueva ley que regule dicho período, teniendo especialmente en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuenta la experiencia negativa resultante de la ley 19724 y la necesidad de obtener la garantía de las promesas de venta de unidades futuras, mediante la implantación de medidas que aparten al propietario del edificio de la propiedad de las unidades comprometidas en venta, haciendo necesario el concurso de la voluntad de sus adquirentes para disponer de ellas, en forma diferente a la prevista.

VI. PONENCIA

Ante la ineficacia de la legislación vigente y la inaplicabilidad de soluciones propuestas para obtener la protección de los derechos de los adquirentes de unidades a construir, PROPICIAMOS:

1) La derogación de la ley 19724 y su reemplazo por una nueva normativa que, receptando la experiencia negativa de aquélla, contemple con amplitud la gama de facetas que constituyen el período prehorizontal;

2) Garantizar la efectividad de la inscripción de las respectivas promesas de venta, previendo especialmente:

a) el apartamiento del inmueble destinado a ser construido del patrimonio de su propietario, creando un patrimonio de afectación que sólo responda ante las situaciones conflictivas resultantes del proceso constructivo;

b) la implantación de un procedimiento de "cierre o bloqueo registral";

c) la exigencia de requerir informes sobre la libre disposición de las unidades que componen el edificio, toda vez que se quiera disponer de los mismos.

3) El rechazo de la figura del "cubo de aire" como solución a la problemática prehorizontal, por no ajustarse a nuestro derecho positivo ni al derecho de superficie, en el que busca fundamento.