

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

LA SOBREDIFICACIÓN EN LA PROPIEDAD HORIZONTAL(*) (898)

LAUREANO ARTURO MOREIRA

SUMARIO

1. El tema en estudio. 2. Los artículos 7° y 8° de la ley 13512. 3. Sobreelevación y accesión. 4. A quién pertenece el derecho a sobreelevar. 5. Ejercicio por los propietarios. 6. Cesión del derecho a sobreelevar. 7. Esencia jurídica. 8. El contrato de sobreelevación. 9. La incorporación de las nuevas unidades. 10. Aplicación de la ley 19724 para la comercialización de unidades que se construyen en base a una autorización para sobreelevar. 11. Conclusiones.

1 . El tema en estudio:

La insuficiencia de unidades de vivienda y el creciente aumento de la población urbana exigen una utilización más intensa del suelo y de las construcciones.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por ello se han hecho frecuentes las construcciones en altos, o en patios y jardines, que permiten la habilitación de nuevos sectores de viviendas, o de unidades con otros destinos, lo que habrá de provocar la división del inmueble por el régimen de la Propiedad Horizontal.

Asimismo hay edificios ya divididos por el sistema de la ley 13512 en los que se encara la construcción de nuevos pisos para ampliar el número de unidades(1)(899).

La sobreelevación o sobreedificación origina algunos problemas que deben ser conocidos por quienes intervienen en esta actividad(2)(900).

Señala Kischinewsky - Broquisse(3)(901) que para el propietario del edificio a sobreelevar la venta de este derecho y el de las partes comunes correspondientes a los nuevos pisos constituirá una fuente de beneficio que no siempre se obtendrá por un pago en dinero. Podrá por ejemplo hacerse pagar en trabajos que consoliden y modernicen su edificio, que amplíen los servicios de que dispone, como la instalación de ascensores, montacargas, calefacción central, u otras mejoras.

Cuando el inmueble a sobreelevar se encuentra dividido por el sistema de la Propiedad Horizontal, la sobreedificación presenta problemas adicionales: la necesidad de asignar a las unidades en proyecto una participación en la copropiedad del terreno y las demás cosas comunes a la época de la finalización de la nueva construcción, que supone una disminución de las proporciones porcentuales de las unidades anteriores, y por tanto una disminución de su valor. La construcción de nuevos pisos implicará una mayor exigencia a los muros y cimientos que podrá acelerar su envejecimiento, aunque no se comprometa su seguridad. También tendrá como consecuencia una utilización más intensa de las cosas comunes, ya que serán usadas por un número mayor de personas: los ascensores, escaleras, accesos, servicios centrales, etc., tendrán una vida útil menos prolongada, y habrán de requerir gastos de mantenimiento y de reparación más elevados y frecuentes.

Además la utilización de los sectores comunes por un mayor número de personas puede disminuir la tranquilidad del edificio, etcétera.

2. Los artículos 7° y 8° de la ley 13512:

El art. 7° de la ley 13512 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 o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la cosa, como excavaciones, sótanos, etc. Toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios.

A su vez, en el art. 8° de la misma ley se determina que los copropietarios están obligados, en proporción al valor de sus departamentos, a contribuir al pago de las expensas debidas a innovaciones dispuestas en las partes y bienes comunes del edificio "por resolución de los propietarios, en mira de obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta".

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

En este caso la resolución puede ser tomada por la mayoría absoluta de los copropietarios, con la salvedad del derecho de la minoría ("a juicio de cualquiera de ellos", dice la ley) de reclamar judicialmente si las innovaciones fueren "de costo excesivo, o contrarias al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio"(4)(902).

Esta aparente contradicción de los textos legales es superada por doctrina señalando que el ámbito de aplicación del caso previsto en el artículo 7° (que requiere unanimidad) está referido a obras nuevas que se realizan en interés particular de alguno de los copropietarios. En el caso del artículo 8° (que requiere el voto de la mayoría), su ámbito es el de las innovaciones que se realizan sobre partes o sectores comunes en beneficio de todos los copropietarios(5)(903).

Cuando alguno de los copropietarios realiza obras (construcciones en altos, en patios, jardines, balcones, excavaciones, subsuelos, etc.) sin contar con la conformidad unánime de los restantes copropietarios puede demandarse la demolición de lo construido en violación de la ley, y así lo ha resuelto la jurisprudencia en varios casos(6)(904).

Sin embargo, no se ha hecho aplicación automática y absoluta del requisito de la unanimidad, ya que en varios casos de construcciones realizadas sin esa autorización unánime, nuestros tribunales han interpretado la norma del artículo 7° con criterio elástico, entendiendo que no estando interesado el orden público, no está dotada de una inflexibilidad tan rigurosa que impida la valoración de los motivos que aconsejan el mantenimiento de la obra realizada sin el consentimiento de los restantes copropietarios cuando no ocasiona perjuicios a la comunidad, cuando ella ha consentido de hecho durante cierto tiempo la obra nueva, o cuando la demanda por demolición implica un ejercicio abusivo de los derechos(7)(905).

3. Sobreelevación y Accesión:

En nuestro Código Civil todo lo que se construye sobre el suelo pertenece al propietario de éste, aunque haya sido construido por otro, sin perjuicio del crédito que pueda corresponder al constructor.

Conforme al art. 2520 la propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos.

Se aplica la presunción legal de que todas las construcciones existentes en la superficie interior de un terreno han sido hechas por el propietario del suelo, y que le pertenecen, dejando a salvo la indemnización que corresponda a quien construye en terreno ajeno(8)(906).

Todo lo construido, sembrado o edificado en un inmueble tiene carácter accesorio de éste, y pertenece al dueño del suelo(9)(907).

Según el art. 2521 la propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo, ni la propiedad de obras realizadas bajo el suelo, no crean la presunción de la propiedad del terreno. En el Código de Vélez (art. 2518) la propiedad del

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suelo se extiende a toda la profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio.

Este concepto ilimitado y absoluto del derecho de propiedad era propio de una época en la que los medios técnicos no permitían otro aprovechamiento del espacio aéreo que no fuera por medio de construcciones(10)(908), de manera que en los hechos esta concepción romanista se encontraba limitada a lo que resultare aprovechable del espacio aéreo conforme a los medios técnicos disponibles.

Nuestros tribunales elaboraron una jurisprudencia que relativizaba el carácter absoluto de la extensión del derecho de propiedad que contiene el art. 2518 citado; y la Reforma introducida al Código Civil en 1968 estableció en el nuevo texto del art. 2514 que el derecho de propiedad no debe ser abusivo, esquema a cuya luz debe ser hoy interpretado el mencionado art. 2518(11)(909).

4. A quién pertenece el derecho de sobreelevar:

Como se ha visto, pertenece al propietario del inmueble, ya que integra las facultades emergentes del derecho real de dominio. Si el terreno pertenece a varios condóminos o a varios coherederos, el derecho a sobreelevar pertenece a la totalidad de ellos (art. 2681, Cód. Civil).

Si se trata de un inmueble sometido al régimen de la Propiedad Horizontal, este derecho pertenece a la totalidad de los propietarios de unidades del edificio, que deberán resolver su ejercicio o su cesión por unanimidad. Pero no corresponde al consorcio de copropietarios, que tiene capacidad jurídica para la administración del edificio, pero no es propietario de los sectores comunes. No integra pues el patrimonio del consorcio, sino el de la totalidad de los copropietarios.

Cabe recordar que el art. 7° de la ley 13512 prohíbe al propietario del último piso la elevación o la realización de construcciones, y al de la planta baja o subsuelo la realización de obras o de excavaciones, sin la autorización de todos los propietarios de unidades.

Ahora bien, la autorización para sobreelevar deberá establecer si la obra nueva una vez construida será atribuida en forma privativa a alguno de los condóminos como parte de su unidad existente, o como nueva unidad; si será atribuida al conjunto de todos los copropietarios como bien común del edificio, o como nueva unidad privativa en condominio ordinario entre todos los copropietarios; o como nueva unidad(12)(910).

5. Ejercicio por los propietarios:

a) En el caso de propietario único del inmueble por el sistema de dominio

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

regido por el Código Civil, puede ejercer este derecho, al igual que las restantes facultades que integran su derecho real de dominio, por propia decisión.

b) En el caso de terreno sujeto a condominio o indivisión hereditaria regidos por el Código Civil, también puede ser ejercido por acuerdo unánime de los condóminos o coherederos, que habrán de convenir todo lo vinculado con la nueva construcción, los aportes a realizar, contratos de obra a celebrar, etcétera.

c) Cuando se trata de un edificio sometido al régimen de la Propiedad Horizontal en el que sus propietarios encaren por sí la realización de obras nuevas, pueden advertirse dos situaciones diferentes:

I) Si la construcción consiste en la realización de obras que amplían los sectores de propiedad común, la obra nueva será también de propiedad común a todos los copropietarios.

Esta resolución debe ser tomada por la mayoría de los copropietarios. Todos ellos deberán abonar las expensas debidas a innovaciones dispuestas en las partes comunes en miras a obtener su mejoramiento o de uso y goce más cómodo o de mayor renta, según lo dispone el art. 8° de la ley 13512, el que también establece que cuando las innovaciones ordenadas por los propietarios fueren, a juicio de cualquiera de ellos, de costo excesivo, o contrario al reglamento o a la ley, o perjudiciales para la seguridad, solidez, salubridad, destino o aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio, pueden ser objeto de reclamación formulada ante la autoridad judicial, y resuelta por el trámite correspondiente al interdicto de obra nueva. Pero la resolución de la mayoría no será por eso suspendida sin una expresa orden de dicha autoridad.

La decisión en este caso deberá ser tomada en asamblea por la mayoría absoluta de los copropietarios. Pero si se quieren tomar decisiones reglamentarias de la utilización de los nuevos sectores de propiedad común que impliquen una modificación del reglamento de copropiedad y administración, éstas deberán ser aprobadas en asamblea por una mayoría no menor de los dos tercios de los propietarios.

II) Si se trata en cambio de nuevas unidades privativas cuya construcción habrá de ser realizada por los copropietarios, la decisión deberá ser tomada por la totalidad de ellos. La unanimidad es exigida porque se trata de una obra que afecta al inmueble común (art. 7°, in fine), y porque supone una modificación del acuerdo constitutivo por el que se sometió el inmueble al sistema de la Propiedad Horizontal; y además porque implica una disminución de los porcentuales de las unidades existentes, para asignar una proporción a las nuevas unidades sobre las cosas comunes.

La posterior modificación del reglamento de copropiedad, a realizarse a la finalización de la obra, también deberá ser otorgada por la totalidad de los copropietarios.

En este caso, muy poco frecuente, deben preverse las dificultades que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

originen en la recaudación de los fondos necesarios, la celebración de los contratos de obra, la supervisión de su realización, la adjudicación de las nuevas unidades o su comercialización.

6. Cesión del derecho a sobreelevar:

El propietario o los propietarios de un inmueble pueden autorizar a construir o sobreelevar sobre el mismo, pero entendida esta facultad como un derecho personal o creditorio. 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 la Propiedad Horizontal, de la misma forma que puede prometer la transferencia del dominio de una unidad a construir mediante la suscripción de un boleto de compraventa de cosa futura o de un boleto que instrumente un contrato de obra. Ni la autorización para sobreelevar, ni la realización de las 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 13512. Todo ello sin perjuicio del derecho creditorio que corresponde a quien ha construido en base a tal autorización. Nuestra legislación no permite el derecho de superficie ni el desmembramiento del dominio más que en el supuesto de los derechos reales establecidos por la ley, conforme al esquema del número cerrado(13)(911).

Por lo tanto, las obras nuevas integran el patrimonio del propietario del suelo y pueden ser embargadas y subastadas junto con éste, a iniciativa de sus acreedores.

Pero el derecho a sobreelevar conlleva la facultad de reclamar la transferencia del dominio horizontal de la obra nueva a su terminación luego de realizados los trámites necesarios para la aprobación de los planos de mensura, y del otorgamiento o la modificación del reglamento de copropiedad.

Los propietarios del terreno lo son también de las construcciones realizadas, por aplicación del esquema de la accesión. Pero no pueden quedarse con ellas, a menos que el contrato de sobreelevación lo autorice. En principio deben cumplir con la obligación, regida por el derecho creditorio, de transferir el dominio horizontal de la obra nueva al concesionario o autorizado de la sobreelevación, lo que implica una promesa de renuncia al ejercicio del derecho de accesión.

7. Esencia jurídica:

La sobreelevación o sobreedificación consiste en construir sobre o debajo

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de otra construcción. Se refiere también a las construcciones que se realizan en otros sectores del inmueble, como los patios, jardines, balcones; las que se adosan lateralmente a la construcción existente, sin apoyos por su parte baja; y a las excavaciones y construcciones en subsuelos(14)(912). Todos estos casos se rigen por las mismas disposiciones, a pesar de que el artículo 7º de la ley 13512 se refiere solamente a la posibilidad de elevar nuevos pisos o realizar construcciones por el propietario del último piso, y a la de hacer obras por el propietario de la planta baja o subsuelo, que perjudiquen la solidez de la casa como excavaciones, sótanos, etcétera. Como se ha visto, estas construcciones se encuentran prohibidas, a menos que se realicen con el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos.

Para determinar cuál es la esencia jurídica del derecho a sobreelevar deben considerarse separadamente las distintas situaciones en que es ejercido, ya que su fundamento legal es diferente en cada una de ellas. No hay pues una respuesta única para esta cuestión(15)(913).

a) Cuando la construcción o sobreelevación es realizada por el propietario o los copropietarios de un inmueble, ellos tienen la facultad de edificar y la propiedad de las nuevas construcciones como consecuencia de su derecho real de dominio o condominio, y en virtud del principio de la accesión.

b) Cuando la sobreelevación es realizada por la totalidad de los copropietarios de un edificio sometido al régimen de Propiedad Horizontal, se trata también del ejercicio de un derecho real por todos sus titulares(16)(914).

La facultad de sobreelevar corresponde a la totalidad de los copropietarios, en forma unánime, pero no al llamado consorcio de copropietarios, ya que el terreno y las demás cosas y bienes comunes del edificio pertenecen a los propietarios de las unidades que lo componen: su patrimonio está formado por las sumas recaudadas para la administración, reparación y mantenimiento, los fondos de reserva, y los créditos y accesorios por las cuotas impagas, los intereses y accesorios que se deriven de la inversión de esos fondos, y los créditos que por otros conceptos puedan corresponderle(17)(915).

Ello es válido tanto para la sobreelevación tendiente a la construcción de nuevos sectores de copropiedad común, como para la que tiene por finalidad la construcción de nuevas unidades funcionales o accesorias.

Según Kischinewsky - Broquisse el derecho de sobreelevar es un derecho incorporal que forma parte del goce del derecho de propiedad(18)(916). Cuando se refiere a un edificio dividido horizontalmente, y conforme el artículo 3º de la ley francesa del 10 de julio de 1965, el derecho a sobreelevar es considerado como un derecho accesorio de las partes comunes en caso de silencio o contradicción de títulos(19)(917).

c) Cuando la sobreedificación es realizada por alguno de los copropietarios de un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal, se trate o no del propietario del último piso, según enseña Alterini, "la naturaleza jurídica de esa facultad debe compaginarse con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que reconocemos al vuelo del edificio, que pertenece en condominio a los consorcistas. Como en la hipótesis el autorizado es uno de los consortes y como tal condómino del vuelo, el derecho de sobreelevar implica el ejercicio de un acto material por el condómino, que no puede concretarse sin el asentimiento unánime (art. 2680 y 2681 Cód. Civil y 79 ley 13512)"(20)(918).

Ahora bien: el derecho a sobreelevar conferido a uno de los copropietarios por el reglamento de copropiedad puede estar referido a la creación de nuevas unidades, o bien a la ampliación de la unidad existente.

En el primer caso, si bien se trata de la realización de un acto material por uno de los copropietarios con la conformidad de los restantes, la propiedad de la obra nueva, en virtud del principio de accesión, será atribuida a la totalidad de los copropietarios hasta que, previa modificación del reglamento que incorpore la nueva unidad, ellos la adjudiquen en propiedad horizontal al copropietario que la construyó.

En el supuesto de la autorización para ampliar una unidad existente conferido por el reglamento de copropiedad, es posible discriminar dos casos: 1) cuando se trata de un derecho accesorio de las partes comunes, implica una autorización para efectuar la construcción y una promesa de modificación del reglamento reconociendo la nueva superficie de la unidad con redistribución de los valores porcentuales en el condominio, para permitir un mayor porcentual a la unidad como consecuencia de su mayor valor.

2) La sobreelevación, en mi criterio, también puede ser considerada por el reglamento como un accesorio de una unidad privativa, particularmente si en la distribución de los valores porcentuales se refleja de antemano esta circunstancia. Por ejemplo, la facultad de erigir nuevas habitaciones en sótanos y azoteas, que conforme al artículo 2, in fine, de la ley 13512 pueden ser calificados de propiedad exclusiva.

La legislación francesa considera al derecho a sobreelevar como un derecho accesorio de las partes comunes en caso de silencio o contradicción de los títulos, y la doctrina admite que cuando pertenece a un copropietario se lo considere un derecho accesorio de las partes privativas o eventualmente un derecho privativo en la copropiedad(21)(919).

En el derecho español Luis Zanón Masdeu ha sostenido que si bien "el vuelo es común a todos los condueños del edificio, no tiene la consideración de necesariamente común", y por tanto transmisible a terceros(22)(920).

Las ventajas que ofrece este esquema son evidentes, ya que permitirá disminuir el riesgo del edificante al realizar la construcción sobre una cosa propia, su unidad funcional, y devenir propietario de la obra por vía de accesión, sin necesidad de modificar el reglamento de copropiedad.

Pero el tema es opinable, ya que ofrece puntos para una difícil discusión si en el reglamento no se ha previsto con claridad la superficie autorizada a realizar, las características de la obra, y la circunstancia de que la construcción a realizar ya ha sido considerada en la asignación de los valores porcentuales. Sobre todo si se tiene en cuenta que la nueva construcción será soportada por la estructura del edificio y deberá recibir

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

los servicios correspondientes.

Sin embargo, como tema que invita a la polémica, sostengo en nuestro derecho la posibilidad de que el reglamento de copropiedad (no solamente un acuerdo unánime) atribuye a una unidad el derecho a sobreelevar como accesorio del dominio horizontal sobre ella, con facultad de acrecerla con el dominio de lo construido, aunque ello implique la privatización del vuelo.

d) Cuando la sobreelevación es realizada por un tercero (que carece de la titularidad de unidades en el edificio) se trata de un derecho personal o creditorio(23)(921) emergente de un contrato, de un acuerdo unilateral unánime, o del reglamento de copropiedad, que lo autoriza a construir, en terreno o sobre construcciones de propiedad ajena (o sea, del conjunto de los copropietarios del edificio), con la facultad de reclamar la realización de los actos jurídicos necesarios para que se le transfiera el dominio horizontal de lo edificado. Para el autorizado o concesionario del derecho a sobreelevar, no es un derecho sobre la cosa, un derecho real, sino un derecho a que se le entregue en propiedad la cosa que ha construido. Para los copropietarios que conceden el derecho a sobreelevar se trata de una promesa de renuncia al ejercicio del derecho de accesión sobre la obra nueva, que tendrá efectividad a su finalización. Ahora bien, se ha sostenido la invalidez de la reserva formulada en el reglamento de copropiedad por el propietario o los propietarios que someten al sistema de la ley 13512, y proceden a enajenar todas sus unidades, manteniendo para sí el derecho a sobreedificar así como el uso de algunas partes del edificio(24)(922).

No creo que este criterio tenga asidero en nuestra legislación, aunque el ejercicio de esa reserva puede llegar a configurar un caso de abuso de derecho (art. 1071 del Código Civil reformado por la ley 17711), y como tal enervado por los titulares de unidades del edificio, si prueban el abuso particularmente cuando no ha habido contraprestación, ni esa circunstancia ha tenido reflejo en el valor de comercialización de las unidades. Será, pues, una situación de hecho sujeta a la apreciación Judicial.

Pero de todos modos, se trata de una facultad que reconoce una limitación temporal, ya que como derecho personal que es, prescribe a los diez años si no es ejercido con ese plazo (art. 4023, Código Civil, 17711 y 17940), criterio que coincide con el plazo máximo permitido para el contrato de locación por el artículo 1505 del Código Civil: "El contrato de locación no puede hacerse por mayor tiempo que el de diez años. El que se hiciere por mayor tiempo quedará concluido a los diez años".

A la vez, como derecho personal o creditorio, no se extingue con la muerte del beneficiario o autorizado, sino que se transmite a sus sucesores, y además puede ser cedido por actos entre vivos (art. 1444 del Código Civil)(25)(923).

Por otra parte, José María R. Orelle sostiene que el derecho que algunos reglamentos de copropiedad asignan sobre unidades "en construcción" y unidades "proyectadas" (o a construir), es un derecho personal que califica como un caso de sobreelevación. Opina que a pesar de algunas disposiciones reglamentarias provinciales, las unidades meramente proyectadas o en construcción (que no reúnen los mínimos requisitos que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

técnicamente las configuren como unidad) no pueden ser objeto del derecho de propiedad horizontal, ni pueden ser objeto de un derecho real, puesto que no han llegado a alcanzar la calificación de cosa en el sentido del art. 2311 del Código Civil(26)(924).

8. El contrato de sobreedificación

Hemos analizado precedentemente la esencia jurídica del derecho a sobreelevar.

Ahora estudiaremos el contrato por el que se autoriza, se cede o se concede la facultad de construir sobre inmueble ajeno.

En la generalidad de los casos, el propietario o los propietarios del terreno autorizan al concesionario la realización de las obras sobre la base de que si bien la construcción se realizará sobre inmueble de propiedad de los autorizantes, la voluntad de las partes consiste en que al finalizar la obra se asigne la propiedad de lo construido al autorizado.

Se diferencia de la locación de obra, en cuanto en ésta el locador o empresario se compromete a realizar una edificación por encargo del locatario de la obra, que es el dueño y se obliga a pagar el precio. En la sobreelevación el autorizado realiza a obra para sí, no cobra precio al autorizante, sino que puede obligarse a compensarle con una parte de lo construido o de otra forma. Si bien la autorización para utilizar el inmueble puede aparecer como reemplazo del pago del precio, no debe perderse de vista el aspecto principal del negocio, que supone la realización de la obra por el autorizado para sí, aunque dentro de un marco legal que hace necesario por vía de la accesión, que la propiedad de las obras legalmente sea asignada al propietario del terreno, pero con obligación de transferirla al autorizado a la finalización de la obra.

Se trata de un contrato atípico o innominado en el que las obligaciones que asumen los contratantes se rigen por las disposiciones de las figuras afines. Muchas veces la complejidad de los negocios dificulta o impide que los contratantes celebren sus acuerdos en el marco de las figuras contractuales que tienen un régimen legal establecido. Las necesidades de la realidad suelen desbordar a las posibilidades que ofrecen los esquemas legales. Es así como aparecen figuras contractuales atípicas, que a veces reúnen en un solo contrato elementos que pertenecen a diferentes tipos contractuales. El intérprete deberá analizar la esencia de las obligaciones que asumen las partes, el carácter principal o accesorio de las prestaciones que se acuerdan, la finalidad económica buscada por cada parte, la legitimidad de sus respectivos intereses, y luego encontrar la afinidad de los elementos principales del negocio atípico, con los elementos de otras figuras contractuales típicas(27)(925).

La ley 13512 si bien requiere la autorización unánime de los propietarios para conceder el derecho a sobreedificar, no contiene ninguna disposición sobre el contenido de la autorización.

Es así como se pueden ver con relativa frecuencia autorizaciones genéricas

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

carentes de limitaciones en cuanto a la cantidad de unidades o superficie que pueda ser construida, al tiempo en que pueda ejercerse ese derecho, a la duración de la obra, y a los numerosos aspectos vinculados con la sobreedificación.

La ley francesa del 10 de julio de 1965, que consagra su capítulo III a las mejoras, adiciones de locales privativos y ejercicio del derecho de sobreelevación, establece en su artículo 37 la caducidad de toda convención por la cual un propietario o un tercero se reserva el ejercicio de uno de los derechos accesorios a las partes comunes que se mencionan en su artículo 3° (distintos casos de sobreedificación), si ese derecho no es ejercido en los diez años que siguen a la convención. Sin perjuicio de ello, faculta al sindicato (consorcio) para oponerse al ejercicio de ese derecho, indemnizando a su titular en el caso que justifique que la reserva del derecho comportó una contrapartida a su cargo. Y establece que toda convención reserva de uno de los derechos mencionados, debe indicar bajo pena de nulidad, la importancia y la consistencia de los locales a construir, y las modificaciones que su ejecución importe en los derechos y cargas de los copropietarios(28)(926).

La ley española del 21 de julio de 1960, sobre propiedad horizontal, establece en su artículo 11 que ". . .el acuerdo que se adopte fijará la naturaleza de la modificación, las alteraciones que origine en la descripción de la finca y de los pisos o ocales, la variación de cuotas y el titular o titulares de los nuevos locales o pisos"(29)(927).

Ahora bien, con el objeto de recomendar el adecuado encuadre legal de las cláusulas de los reglamentos de copropiedad, o de los convenios que autorizan a sobreedificar(30)(928), haremos una revista de su contenido, remarcando la necesidad de adecuar su texto a las necesidades de cada edificio.

Las cláusulas más importantes cuando se trata de un edificio sometido o que se proyecta someter al régimen de la propiedad horizontal, son las siguientes(31)(929):

- a) La autorización para sobreelevar, sobreedificar, construir por debajo, por encima o al costado de las construcciones existentes, y la cesión o concesión de los derechos necesarios para ello.
- b) Carácter revocable o irrevocable de la autorización.
- c) Plazo para la iniciación y para la finalización de las obras.
- d) Caducidad o no de la autorización, por vencimiento del plazo, y en su caso las compensaciones al concesionario por las obras realizadas.
- e) Sanciones para el caso de incumplimiento de cualquiera de las partes: pacto comisorio, cláusulas penales, intereses punitivos, etcétera.
- f) Prohibición o autorización para ceder el derecho a sobreelevar.
- g) Características, ubicación, medidas, y demás circunstancias de las nuevas unidades cuya construcción se autoriza, con remisión a los planos proyecto de obra, que se aprueban en el convenio.
- h) Especificaciones técnicas referidas a los materiales a emplear.
- i) Promesa de renuncia de los concedentes a la propiedad de las construcciones a la finalización de las obras, con obligación de transferir su

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dominio horizontal al cesionario, concesionario o autorizado.

j) Proporción o porcentual que se asignará a las nuevas unidades sobre el terreno y las demás cosas y bienes comunes del edificio, y en su caso la modificación de los valores porcentuales de las unidades existentes, que serán aplicables a partir de la finalización de la obra y de la modificación del reglamento de copropiedad.

k) Determinación de las escaleras, ascensores, techos, muros y demás sectores comunes que deberá construir el cesionario; y si ellos habrán de ser compensados o no, por los copropietarios, las bases para su liquidación y pago.

l) Autorización o prohibición al concesionario para desistir a su derecho o para suspender la ejecución de las obras.

m) Quién deberá abonar los gastos derivados de la confección y aprobación de los planos de obra y de mensura; de la autorización administrativa de la obra; de los documentos necesarios para otorgar o modificar el reglamento de copropiedad y administración, y demás gastos que resulten necesarios.

n) Quién deberá abonar los impuestos, tasas y contribuciones que se originen por la obra.

ñ) La contraprestación que tendrá a su cargo el autorizado a sobreelevar, sea en dinero o en parte de las unidades nuevas o en la realización de obras en beneficio, del inmueble, etc., con determinación de la época y del lugar del cumplimiento.

o) Unificación de la representación de los copropietarios del edificio en el administrador del consorcio, o en uno o más apoderados.

p) Obligación para el concesionario de reparar todos los perjuicios que ocasione la obra en los sectores de propiedad común o privativa del edificio.

q) Responsabilidad por los daños que ocasione la obra en las cosas y personas de terceros, sea dentro del edificio, en los inmuebles vecinos, o en la vía pública.

r) Obligatoriedad para el cesionario de contratar un seguro para cubrir tales riesgos, con mención de su monto y de su plazo.

s) Obligación del concesionario de afrontar todos los gastos que sean necesarios para realizar la construcción autorizada.

t) Autorización al concesionario para la entrada de materiales y del personal necesario en el edificio, y para el depósito de materiales en determinados sectores comunes.

u) Participación que pueda corresponder al cesionario por el valor de los materiales empleados, en caso de derrumbe del edificio, sobre el valor de los materiales de la demolición y sobre las indemnizaciones provenientes de los seguros.

v) En el mismo caso, si le corresponde alguna participación sobre el valor obtenido en la enajenación del terreno.

w) La actuación de árbitros, de amigables componedores, o de los jueces competentes para los casos de conflicto, con la constitución de domicilios especiales.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

x) El otorgamiento de poderes especiales irrevocables y vigentes post mortem por los titulares del dominio de la totalidad de las unidades del edificio en los términos de los arts. 1977, 1980 y 1982 del Código Civil, para la suscripción de los planos de obra y de mensura horizontal, de las escrituras de modificación del reglamento de copropiedad y administración, y de adjudicación de las nuevas unidades al concesionario, y de todos los documentos necesarios a tal fin.

y) La conveniencia de que el contrato de sobreelevación se otorgue en escritura pública en la que también se modifique el reglamento de copropiedad y administración, incluyendo cláusulas referidas a la sobreelevación autorizada, y en la que también obre el poder irrevocable mencionado, con la mención de que toda transferencia de las unidades existentes implica adhesión a todo su contenido y ratificación de los poderes otorgados.

z) Inscripción de la autorización para sobreelevar en el Registro de la Propiedad. Cuando la autorización para sobreedificar surge de una modificación al reglamento de copropiedad y administración, debe ser inscripta en el registro inmobiliario, como lo dispone el artículo 9º de la ley 13512 (conforme art. 1º, inc. c, ley 17801).

Algunos registros no toman razón de las modificaciones que no alteren derechos reales sobre los sectores de propiedad común o de propiedad exclusiva, o sea de las cláusulas reglamentarias que se refieren a las relaciones personales entre los titulares de las unidades. Entre las modificaciones que no inscriben se encuentra la autorización para sobreelevar(32)(930).

Este criterio es contrario al texto y al sistema de la ley, en el que la inscripción de las modificaciones al reglamento de copropiedad es un requisito que hace a su publicidad y oponibilidad, ya que la reforma no inscripta no puede ser opuesta a terceros(33)(931).

Opino que también debiera imponerse la toma de razón de las autorizaciones para sobreedificar que pudieran contener los reglamentos de copropiedad, con la finalidad de prevenir a los interesados en la adquisición de las unidades que integran el edificio, y a los demás terceros, sobre la existencia de esta importante limitación a la propiedad común, sin que la registración altere su condición de derecho creditorio.

9. La incorporación de las nuevas unidades

Una vez finalizada la obra autorizada, habrá de procederse a la modificación del plano de mensura y división en propiedad horizontal del edificio, y a la modificación del reglamento de copropiedad y administración, con incorporación de las nuevas unidades, documentos que habrán de ser otorgados por la totalidad de los copropietarios, o sus apoderados.

En ellos se procederá a modificar los valores porcentuales asignados a las unidades que integran el edificio, para permitir la asignación de la correspondiente proporción de las nuevas unidades, fijándose también el

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

destino autorizado de las mismas.

A continuación, la totalidad de los copropietarios, o sus representantes, habrán de transferir la propiedad horizontal de las nuevas unidades, al autorizado a sobreelevar.

Esta transferencia no tiene por qué ser instrumentada necesariamente como compraventa.

La tradición debe ser efectuada con mención de los antecedentes contractuales de la operación: la construcción efectuada por el concesionario en base a una autorización para sobreelevar. Ese será el título causal del adquirente. El costo de las nuevas unidades, de particular importancia en los aspectos tributarios de la operación, estará formado por la parte proporcional de la compensación o contraprestación abonada conforme al contrato que autoriza la sobreelevación, si la hubiera, y la suma invertida en la construcción de la respectiva unidad.

La asignación a las nuevas unidades de un valor proporcional, corrientemente porcentual, que refleja su participación sobre el terreno y los bienes comunes del edificio, provoca una disminución del valor proporcional de las restantes unidades, y puede tener origen en una autorización realizada a título gratuito o a título oneroso.

No se trata, en este caso, de la transferencia de cuotas partes indivisas sobre el terreno (venta, permuta, donación, etc.). ya que "los derechos de cada propietario en los bienes comunes son inseparables del dominio, uso y goce del respectivo departamento o piso. En la transferencia, gravamen o embargo de un departamento o piso se entenderán comprendidos esos derechos, y no podrán efectuarse esos actos con relación a los mismos, separadamente del piso o departamento a que accedan" (art. 3º, ley 13512).

Por ello, no se trata de compraventa, donación o enajenación por cualquier otro título, de parte indivisa del inmueble, sino de la compensación de la participación asignada a la nueva unidad sobre el terreno y las partes comunes (o en su caso, de la liberalidad que se concede al autorizado).

Esa compensación puede consistir en el pago de una suma de dinero, en la realización de obras de beneficio común (ascensor, calefacción, terrazas, etc.), en la obligación de pagar los gastos de funcionamiento del edificio durante cierto tiempo, en el mayor valor que pueda tomar el edificio como consecuencia de las obras realizadas (fachada, pintura, decoración, etcétera).

Esta problemática ha sido poco estudiada por la doctrina, de manera que los criterios sustentados y las soluciones propuestas pueden ser consideradas como opinables y como una propuesta para la investigación y la polémica.

10. Aplicación de la ley 19724 para la comercialización de unidades que se construyen en base a una autorización para sobreelevar

Otro aspecto que deberá ser tenido particularmente en cuenta es el que se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

vincula con la comercialización de las unidades futuras que realice el concesionario del derecho a sobreelevar.

Para la firma de los boletos de compraventa deberá cumplir con las disposiciones de la ley 19724 de prehorizontalidad: especialmente deberá procederse a la afectación del edificio y a la registración de los boletos(34)(932) .

Pero la ley citada exige que la escritura de afectación sea otorgada por el propietario del inmueble, o sea, en el caso que comentamos, por la totalidad de los copropietarios del edificio, quienes también habrán de suscribir los boletos respectivos (arts. 1º, 11, 12 y 13 de la ley 19724).

Entiendo que la afectación al régimen prehorizontal establecido por la ley 19724 sólo habrá de comprender, en este caso, la parte del edificio afectada a la construcción de nuevas unidades regidas por la ley 13512 y ya escrituradas a sus adquirentes.

Es conveniente reflexionar sobre algunos aspectos relacionados con la aplicación de la ley 19724, ya que se ha sostenido que "resulta racionalmente incompatible la coexistencia de los regímenes de prehorizontalidad y de horizontalidad", criterio que también se apoya en la disposición del inciso d) del artículo 1º de la ley 20276. que exceptúa de la ley 19724 a los edificios ya afectados a la ley 13512," y los que lo sean en lo sucesivo sin haberse comercializado previamente una o más de sus unidades"(35)(933). Cuando se suscriben documentos que implican actos de comercialización de unidades a construir o en construcción, aunque el edificio ya se encuentre dividido por el sistema de la ley 13512 de propiedad horizontal, se debe cumplir igualmente con las disposiciones de la ley 19724 (ver su artículo 1º: "todo propietario de edificio construido o en construcción, o de terreno ...").

De la misma manera que la afectación al régimen prehorizontal de la ley 19724 no caduca con el otorgamiento del reglamento de copropiedad, y el sometimiento del edificio al sistema de la ley 13512, ya que el relativo amparo que pretende ofrecer a los compradores de unidades, es incompatible con el levantamiento de las (insuficientes) protecciones legales, antes de procederse a la tradición de las unidades a quienes tienen registrados sus boletos de compraventa. Por otra parte, el texto de la ley 19724 supone su vigencia aun después de la división horizontal del edificio, al imponer la cancelación parcial de los créditos hipotecarios "al escriturarse cada unidad" (art. 23).

Alertamos, pues, sobre los desvaliosos resultados a que puede llevar una conceptualización simplista que no evalúe la intrincada realidad sobre la que operan estas disposiciones legales.

11. Conclusiones

1. Según doctrina predominante, el artículo 7º de la ley 13512 requiere el acuerdo unánime de los titulares de unidades para la realización de obras nuevas en interés particular de alguno de ellos, o de terceros.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

2. El artículo 8° de la ley 13512 requiere el voto de la mayoría para las innovaciones que se realicen sobre partes comunes en beneficio de todos los copropietarios.
3. Puede demandarse la demolición de obras nuevas realizadas por alguno de los copropietarios sin contar con el acuerdo unánime citado.
4. Sin perjuicio de ello, la jurisprudencia no hizo lugar a la demanda de demolición de esas obras, cuando no existía perjuicio para los demás copropietarios, cuando ellos consintieron en los hechos la situación durante cierto tiempo, o cuando implicaba un ejercicio abusivo del derecho.
5. En los edificios sometidos al régimen de la propiedad horizontal, como consecuencia del principio de la accesión, la propiedad de las obras nuevas corresponde al conjunto de los titulares de unidades (no al consorcio de copropietarios).
6. El derecho a sobreelevar, que integra el derecho real de propiedad horizontal de todos los titulares de unidades, es una facultad accesorias de los bienes comunes, sujeta a indivisión, que puede ser cedida a alguno de ellos, o a terceros.
7. El derecho a sobreelevar integra el derecho de goce del titular del dominio, de los condóminos, o del conjunto de copropietarios en los edificios sometidos al sistema de la propiedad horizontal, cuando ellos encaran la construcción de obras nuevas.
8. Cuando ceden ese derecho (a uno de los condóminos, o propietario de unidad, o tercero), implica una promesa de renuncia al ejercicio del derecho de accesión sobre la obra nueva.
9. Para el tercero autorizado a sobreelevar, esta facultad no constituye un derecho real, sino un derecho creditorio y personal que 10 autoriza, a construir sobre terreno o construcciones ajenas, y a reclamar que se le transfiera la propiedad horizontal de la obra que ha construido.
10. Como consecuencia de su condición de derecho creditorio, prescribe si no es ejercido en el plazo de diez años, se transmite a los herederos del beneficiario, y puede ser cedido entre vivos, salvo convención contraria.
11. Es recomendable que al reformarse la ley 13512 se introduzcan disposiciones que reglamenten detalladamente el derecho a sobreelevar y su cesión, y determinen el contenido mínimo de la autorización (plazos, responsabilidades y obligaciones del autorizado, etcétera).
12. También es conveniente que, independientemente de la reforma legislativa, al redactar los reglamentos de copropiedad, sus modificaciones, o los acuerdos que instrumenten el derecho a sobreelevar se determinen dichos aspectos con precisión.
13. El acuerdo de sobreedificación es un contrato atípico que se rige, en cuanto no esté solucionado en su texto, por las figuras jurídicas más afines a sus distintas cláusulas.
14. La incorporación de las unidades nuevas construidas en base a la autorización para sobreelevar, requiere la modificación del reglamento de copropiedad, o su ratificación cuando ellas lo integran en calidad de unidades proyectadas o en construcción, con la consiguiente modificación de los valores proporcionales de las unidades, que permitan la asignación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de valor proporcional a las nuevas unidades.

15. El título causal del propietario de la nueva unidad incorporada al edificio, lo constituye la construcción realizada en base a un derecho a sobreelevar.

16. La adquisición de la propiedad horizontal de la nueva unidad requiere: que se encuentre en posesión de ella (arts. 577, 2609 y concordantes), por título suficiente para transferir el dominio (art. 2602: ver punto anterior), la firma del instrumento público de enajenación (arts. 2609 y 1184), y la inscripción en el registro inmobiliario para su oponibilidad a terceros (art. 2505 y ley 17801), previa modificación del reglamento de copropiedad.

17. Para la comercialización de unidades durante la construcción, deben cumplirse las disposiciones de la ley 19724, aunque el edificio se encuentre dividido por el sistema de la ley 13512.

-