

# DERECHO DE SOBREELEVACIÓN Y PROPIEDAD HORIZONTAL

NELSON G. A. COSSARI Y DANIEL G. LUNA

*La Ley, 2009-C, 1090*

**SUMARIO: I. Introducción. - II. Terminología y concepto. - III. Naturaleza Jurídica. - IV. Constitución. - V. Registración. - VI. Conclusiones.**

## **I. Introducción**

La importancia del derecho de sobreelevación es cada vez mayor. En las modernas ciudades se ha acentuado la necesidad de espacio y el encarecimiento constante de los terrenos, e incluso un perfil edilicio que cierto criterio urbanístico considera deseable para grandes concentraciones urbanas, hacen que la posibilidad de seguir edificando por sobre o por debajo de las actuales construcciones adquiera un relevante valor económico. Como bien dice Roca Sastre "el crecimiento constante de la población en muchas ciudades importantes impone actualmente la necesidad de aprovechar hasta el grado máximo conveniente el área superior e inferior de los edificios ya existentes mediante aumentar el número de plantas, sea a base de elevarlos a mayor altura, sea a base de edificar en el subsuelo"(1). Ya en anteriores trabajos nos habíamos ocupado de este tópico (2). Hoy volvemos a visitar esta cuestión dado que su trascendencia se ha consolidado y acentuado en el derecho moderno.

## **II. Terminología y concepto**

El derecho de sobreelevación es nombrado en otros países como derecho de vuelo y en función de su contenido también se lo conoce como derecho de levante, o sobreedificación; y si la facultad de construir se refiere específicamente al subsuelo como derecho de subedificación o

(1) ROCA SASTRE, Ramón, Derecho Hipotecario, T. III, p. 586.

(2) Vide COSSARI, Nelson G. A. y LUVERA, Miguel A.; "Propiedad horizontal: techo edificable y tráfico inmobiliario" en ED, 212-665.

subconstrucción. Es también conocida la locución sobreelevación (3), que parece ser la preferida por las costumbres jurídicas argentinas.

Puede conceptualizarse el derecho de sobreelevación como el derecho de construir uno o más pisos por encima o por debajo de las construcciones ya existentes de un inmueble edificado, total o parcialmente ajeno, con la finalidad de hacer propio lo construido bajo el régimen de propiedad horizontal.

Desarrollaremos un poco este concepto:

a) Los titulares del derecho de sobreelevación pueden ser: el propietario original del inmueble que se reserva el derecho de construir nuevos pisos al momento de afectarlo al régimen de la propiedad horizontal; los integrantes del Consorcio (4) para construir por administración; el titular de una unidad funcional o bien un tercero totalmente extraño (5). Si admitimos que el Consorcio —como persona jurídica independiente de sus miembros— puede ser titular de unidades funcionales (6) puede concluirse que el mismo también podría ser titular de este derecho si tales facultades no exceden los límites del principio de especialidad (art. 35 CC) (7).

b) Las nuevas construcciones casi invariablemente serán por sobre el edificio ya erigido. Por problemas de carácter técnico —no jurídico— es más difícil que pueda darse la subedificación. Es interesante destacar que Peña Bernaldo de Quirós llama la atención sobre que la planta a construir podría no estar proyectada ni hacia arriba ni hacia abajo, sino en sitio distinto del mismo solar en que está el edificio (8).

(3) GALVAN GALLEGOS, Angela, "Imposibilidad de la reserva por el promotor del derecho de vuelo sobre un edificio en régimen de propiedad horizontal" en *Actualidad Civil*, T. 1999, N° 4, p. 1559.

(4) En su carácter de condóminos de las cosas comunes (art. 2 ley 13.512 —Adla, VIII-254—).

(5) SARUBO Oscar, ABELLA Adriana y NAVAS, Raúl (h.); "El derecho a sobreelevar en la propiedad horizontal", en *Curso de Derecho Notarial* p. 287.

(6) ALTERINI, Jorge Horacio y VAZQUEZ, Gabriela A. "Reafirmación de la personalidad del consorcio y su capacidad para adquirir bienes" en *LA LEY*, 2007-C, 1076; COSSARI, Nelson y LÚVERA, Miguel "El Consorcio de Propietarios: su aptitud para ser titular de unidades funcionales" en *LA LEY*, 2005-A, 973.

(7) El XV Congreso Nacional de Derecho Registral receptó esta postura que llevamos al mismo: "El Consorcio de Copropietarios puede ser titular del derecho de sobreelevar" (Tema I conclusión 1.D).

(8) PEÑA BERNALDO De QUIROS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. Tomo I, Madrid, Ed. Centro de Estudios Registrales, 1999, Tercera Edición, p. 721 nota 24. En nuestro derecho se expresan de similar modo Alecha de Vidal y Ventura, quienes afirman que la nueva edificación puede situarse "por el costado de la construcción primitiva" ALECHA DE VIDAL, Ethel y VENTURA, Gabriel,

c) El derecho de sobreelevar es para realizar una construcción sobre un inmueble ajeno. Ya sea totalmente, como en los casos en que el titular del derecho subjetivo es el antiguo dueño del predio ahora dividido en propiedad horizontal, o un tercero extraño (9); o parcialmente, como cuando el titular del derecho de sobreelevar sea un consorcista, dado que en este último supuesto se es condómino del terreno y como tal titular en condominio del espacio aéreo y del subsuelo (arg. art. 2518 CC). No tiene ningún sentido este derecho sobre un inmueble propio dado que a tenor del art. 2518 CC la "propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares"(10). Opera entonces para este derecho la misma máxima que siempre desde el derecho romano se predica para las servidumbres y es extensible a todos los derechos reales sobre cosa ajena: *nulli res sua servit*. Es decir, la servidumbre no puede recaer sobre un bien propio. Recuerda Castán Tobeñas que es imposible una servidumbre sobre cosa propia, pues las cosas sirven a su dueño por derecho de propiedad y no por derecho de servidumbre (11), y así el espacio y el subsuelo le corresponden al dueño del suelo por igual motivo.

d) La finalidad es hacer propio lo construido bajo el régimen de propiedad horizontal, que es el único que en nuestro derecho positivo permite la división en planos horizontales de un inmueble. Todo ello sin perjuicio que parte de lo nuevo a construir deba necesariamente incorporarse como partes comunes por su naturaleza o bien por así haber sido pactado en ocasión de concederse el derecho de sobreelevar. Decimos que el objeto que motiva la constitución de este derecho es hacer propio lo construido. En efecto el derecho a sobreelevar y por tanto a construir es sólo un instrumento para llegar a la titularidad de la unidad.

### III. Naturaleza Jurídica

Para considerar la posibilidad bien de *lege lata*, bien de *lege ferenda* de calificar a este derecho subjetivo patrimonial como derecho personal o real, es interesante examinar la legislación española en este punto sin

"Algunas consideraciones sobre el derecho de sobreelevación", en [www.acaderc.org.ar/doctrina](http://www.acaderc.org.ar/doctrina).

(9) En sentido jurídico dado que bien pudo tener una estrecha relación negocial con la obra como el constructor originario o promotor de la misma.

(10) En el mismo sentido para el derecho español SOTO BISQUERT, Antonio; "El derecho de vuelo", Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 485, p. 930. Contra: BALLESTEROS ALONSO, Manuel, "Derecho de vuelo: El derecho de sobre y subedificación", en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 612, p. 2068.

(11) CASTAN TOBEÑAS, José: Derecho Civil Español Común y Foral, Madrid, 1973, Ed. REUS, undécima edición, Tomo II, Derechos de cosas, volumen Segundo, p. 98.

olvidar que la misma acepta el principio de *numerus apertus* en cuanto a los derechos reales.

*A. Posibilidad de configurar el derecho de sobreelevación como derecho real*

El derecho de sobreelevar fue contemplado en el Reglamento Hipotecario Español en su artículo 16 apartado 2, que establece que es inscribible “el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero...”. Advierten Diez Picazo y Gullón que esta norma fue introducida por el decreto de fecha 17 de marzo de 1959 y que el mismo, si bien tenía tipicidad social por su frecuente uso recurriéndose a la reserva y enajenaciones de este derecho, no estaba receptado por la legislación (12).

No hay dudas en España de la posibilidad de otorgar la facultad de sobreelevar como derecho real. Con todo existen algunas diferencias entre los autores en cuanto a su caracterización (13). Para algunos se trata de un derecho sobre cosa propia (14). Para otros se trata de un derecho real sobre cosa ajena (el inmueble sobre el que se constituye) (15). Ubicándolo acertadamente dentro de los derechos reales sobre cosa ajena de goce están quienes lo tratan —con criterio que nos parece opinable— en forma indiferenciada con el derecho de superficie (16) y los que, en cambio, lo separan (17).

(12) DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario y Registral, Tecnos, Madrid, 1998, sexta edición, p. 490.

(13) Véase sin embargo la aislada sentencia del Tribunal Supremo de mayo de 1999 (RJ 1999/2886) que consideró que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario se opone al Código Civil y a la Ley de propiedad Horizontal, en su concreta confrontación con los artículos 369 CC y 3 y 11 de la Ley de Propiedad Horizontal, y la crítica de ALBALADEJO, Manuel, “Inadmisibilidad legal del derecho de elevación del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario” (Comentario a la Sentencia de 10 de mayo de 1999), en Revista de Derecho Privado, 2000, mayo, p. 413. Dicho decisorio no sentó jurisprudencia. Dentro de ese año el mismo Tribunal en sentencias del 9 de junio (RJ 1999/4733) y 15 de noviembre (RJ 1999/7532), no siguió lo anteriormente resuelto.

(14) SOTO BISQUERT; op. cit. p. 930.

(15) BALLESTEROS ALONSO, op. cit. p. 2057 (si bien este autor lo ubica erradamente entre los derechos reales de adquisición, op. cit. p. 2058).

(16) Vide así ROCA SASTRE “Merece atención especial el denominado derecho de mayor elevación o de sobreedificación... que, en rigor, es un verdadero derecho de superficie sujeto al régimen específico de éste, a menos que se le someta al régimen de propiedad de casas por pisos o locales, en cuyo caso se tratará de un caso de propiedad separada, pero sujeta a este régimen especial” (ROCA SASTRE, Ramón María; “Ensayo sobre el derecho de superficie” en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, n° 392, p. 36).

(17) BALLESTEROS ALONSO, op. cit. p. 2057; ALONSO PEREZ María Teresa, “La sobreedificación y la subedificación en la propiedad horizontal (Estudio de Derecho comparado hispano-francés)” Anuario de derecho civil, Vol. 58, N° 2, 2005, p. 692.

De estas doctrinas es pertinente analizar con detenimiento algunas de ellas dado que su adopción podría repercutir en nuestro derecho.

*1. Consecuencias que se derivan de considerar al derecho de sobreelevar como sobre cosa propia (el espacio).*

Como dijimos hay quienes consideran al derecho de sobreelevación como un derecho sobre cosa propia. En tal sentido dice Soto Bisquert "Si se observa el auténtico contenido económico del negocio constitutivo del derecho de vuelo con mirada desprovista de condicionamientos derivados de las tradicionales concepciones del derecho de propiedad inmobiliaria, se llega fácilmente a la conclusión de que la creación del derecho real de vuelo supone la transmisión o la reserva del espacio aéreo, susceptible de aprovechamiento, que existe sobre un inmueble y que tal creación supone, como es lógico, atribuir a su titular los medios necesarios para que ese espacio aéreo sea susceptible de utilización efectiva mediante la realización de las oportunas construcciones en su caso y el aprovechamiento para ello de los elementos del inmueble, ya comunes o comunes desde ese momento, y que sean indispensables para su apoyo y para acceder al espacio aéreo adquirido. En definitiva que el derecho real de vuelo no es más, ni tampoco menos, que la propiedad del vuelo del inmueble perteneciente a distinto titular de éste. No veo posibilidad de distinguir, como hace Roca, las dos fases del derecho de construir y propiedad de lo edificado. ¿Por qué el mero hecho de poner unos ladrillos determina que el derecho de construir se convierta en un derecho de propiedad? Creo más lógico entender que el derecho de propiedad existe desde el primer momento, propiedad, del espacio aéreo, y que lleva normalmente consigo la facultad de construir, pero como tal facultad del dominio y no como derecho sustantivo. Por ello, tampoco creo que sea un derecho real potencial que legitima una cosa futura, como entiende La Rica. No hay cosa futura, puesto que se adquiere ya el espacio aéreo... No hay, en consecuencia, derecho potencial, sino actual"(18).

Deben examinarse las derivaciones de esos postulados. No se olvide que también en nuestro país algunos autores han postulado la posibilidad de que el espacio sea en sí mismo objeto de derechos reales (19). La doctrina que equipara el derecho de sobreelevación a un verdadero derecho de domi-

(18) SOTO BISQUERT, op. cit. p. 930.

(19) Para la doctrina nacional vide en tal sentido PUJOL DE ZIZZIAS, Irene y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, "Objeto del derecho real de superficie: del derecho de construir o forestar y de la propiedad superficiaria", ponencia en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Libro de Ponencias, p. 183, postura que repiten en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil sosteniendo que "la cosa propia —objeto del derecho real de superficie forestal receptado por la ley 25.509 (Adla, LXII-A, 18)— está constituida por la superficie, sobresuelo, o vuelo que se encuentra sobre un inmueble ajeno, exista en ella forestación o no. La cosa ajena está constituida por el inmueble sobre el que se asienta dicha superficie".

nio podría llevar, en una posición que no compartimos, a admitir el mismo como derecho real aun en defecto de norma alguna, dado que en definitiva no sería más que una cosa y como tal puede ser objeto de derecho de dominio. Y aquí puede plantearse un interesante paralelo con una cuestión tratada a propósito del derecho real de superficie. Como hemos vertido en otros trabajos (20), teniendo en cuenta que el artículo 12 de la ley 25.509 (Adla, LXII-A, 18) modificó el artículo 2614 CC suprimiendo la prohibición expresa del derecho de superficie, cabría preguntarse si es posible por vía interpretativa admitir todo derecho de superficie, incluso el urbano, sobre todo ante lo previsto en el artículo 2519 CC (21), cuestión que puede hacerse extensiva al derecho de sobreelevación. La doctrina entendió que la presunción de propiedad establecida en ese artículo, en el sentido que el dueño del suelo es también propietario de lo plantado o construido, es *iuris et de iure*, dado que, si no, estaríamos ante un derecho de superficie prohibido por el mencionado artículo 2614 CC (22). Capón Filas insinuó que sin la señalada prohibición, podría haber quedado un resquicio que llevara a soluciones como la de la doctrina francesa en torno al art. 553 del Código francés (23) en cuanto al derecho de superficie edificada. Esa grieta se abrió luego de la reforma al artículo 2614 CC, y Calegari de Grosso admite la posibilidad de la misma entre otras razones considerando "que el art. 2503 CCiv. tiene carácter enunciativo, ya que pueden crearse otros derechos reales mediante ley especial, y que el art. 2614 ha sido reformado, suprimiendo el derecho de superficie de las prohibiciones en él contenidas", por lo que propugna "desandar el camino seguido hasta ahora y comenzar a interpretar el art. 2519 de nuestro Código Civil de manera similar a la que siguieron a partir del art. 553 del Código de Napoleón en otros países"(24). Nosotros consideramos que el *numerus clausus* y la tipicidad son insalvables en nuestro ordenamiento, por lo que igualmente nos manifestamos contrarios a la posibilidad de acoger la superficie en nuestro derecho por vía interpretativa y al margen de la ley 25.509 (25). Lo mismo sostiene Mariani de Vidal en el sentido que el principio de tipicidad emanado del *numerus clausus* impide recurrir a la analogía para llenar la

(20) COSSARI, Nelson G.A.; "Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de reformas", *El Derecho*, T 204 p. 887.

(21) Artículo 2519 del Código Civil: Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera sea el monto de los trabajos.

(22) ALTERINI, Jorge, en Código Civil Anotado en LLAMBIAS Jorge Joaquín, ALTERINI Jorge, T. IV-A Buenos Aires, Ed. Abeledo-Perrot, 1981 p. 18.

(23) CAPON FILAS, Mario, "El Derecho de Superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil", en LA LEY, 1986-A, 876.

(24) CALEGARI DE GROSSO, Lydia E., "El derecho real de superficie forestal. Un microsistema dentro de la legislación forestal", en *Jurisprudencia Argentina* T. 2003-III p. 1178.

(25) COSSARI, op. cit. p. 887.

falta de regulación del pretendido derecho (26). Pero si el derecho de vuelo es —siguiendo con la hipótesis que no compartimos— un verdadero dominio, las normas que lo regulan ya existen y podría sin más el espacio ser objeto del derecho real. Sin embargo puede replicarse a ello que fluye de todo nuestro sistema de derechos reales que tal derecho no puede ser admitido y además que el art. 2617 CC que veda la división horizontal de los inmuebles se encuentra vigente. En efecto el art. 18 de la ley 13.512 (Adla, VIII-254) dice que “A los efectos de la presente ley, quedan derogados los arts. 2617... así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley”. Es decir, derogado sólo a los efectos de la ley de propiedad horizontal y en cuanto se oponga a la misma. La aclaración es importante por cuanto fuera de lo estatuido en el régimen de la ley de propiedad horizontal el artículo 2617 CC se encuentra vigente y el propietario de un inmueble no puede dividirlo entre distintos dueños en forma horizontal sin recurrir al régimen de la ley 13.512.

Hemos dicho que este análisis lo hicimos por vía de hipótesis sin compartir la posibilidad de que pueda considerarse el espacio como cosa. Y no lo aceptamos, dado que la doctrina clásica conserva en esto todo su predicamento: “el espacio, no es cosa desde el punto de vista físico... y parece difícil que pueda serlo desde el punto de vista jurídico... El espacio no sería, pues, cosa, ni siquiera en el sentido jurídico, sino un mero concepto de relación”(27).

## 2. *¿Derecho autónomo o subsumido en el de superficie?*

Hemos adelantado que algunos autores subsumen el derecho de sobreelevación en el derecho de superficie (28). Así se ha dicho que la superficie podría considerarse el género y la sobreelevación la especie (29). También hay legislaciones como la portuguesa que adoptan tal temperamento (30).

Creemos pertinente profundizar este tema dado que existen varias diferencias entre el derecho de superficie y el derecho de sobreelevación

(26) MARIANI de VIDAL, “Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509” en LA LEY, 2002-F, 1415.

(27) GATTI, Edmundo, *Teoría General de los Derechos Reales*, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 1975, p. 199.

(28) ROCA SASTRE; “Ensayo...” op. cit. p. 36.

(29) MOISSET DE ESPANES, Luis “Estudios de Derecho Civil. Cartas y Polémicas”, Buenos Aires, Ed. Zavalia, 1982, p. 112.

(30) Art. 1526 del Código 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. El artículo transcripto se encuentra dentro del título que se ocupa del derecho de superficie.

—aun estando ambos íntimamente ligados— que pueden justificar una distinta regulación (31). Así:

a) La superficie es temporal, el superficiario se hace propietario de lo construido pero *ad tempos*, mientras que el titular del derecho de sobre-elevación concluye en un derecho de dominio —en propiedad horizontal diremos nosotros— definitivo (32).

b) El derecho de sobre-elevación sólo tiene sentido en cuanto se instalará sobre una propiedad horizontal ya constituida o a constituirse. Ni bien se pretenda engarzar la nueva construcción sobre un dominio común, el derecho a sobre-elevar se confunde con la pretensión de constituir un derecho de superficie y si nuestro derecho admitiera la superficie edificada, la finalidad buscada por ese derecho de sobre-elevar quedaría subsumida en el *ius aedificandi* propio de aquel derecho. Sólo si el objeto de la sobre-elevación es dar de alta nuevas unidades en propiedad horizontal el derecho de vuelo adquiere autonomía.

c) Una vez trocado el derecho de sobre-elevación en propiedad horizontal definitiva no tendría sentido admitir legislativamente —tal como lo hace para plantaciones la ley de superficie forestal— la posibilidad de reconstrucción, dado que deberían jugar allí las normas específicas de la propiedad horizontal (art. 12 ley 13.512).

Por ello creemos que aunque muy cercanos uno de otro, el específico matiz que toma el derecho de sobre-elevación —en caso que se lo admitiera como derecho real— hace conveniente una regulación separada y en función del objetivo de arribar a la propiedad horizontal.

En tal sentido el Código Civil de Cataluña regula por una parte al derecho real de superficie (art. 564-1 a 564-6) y por la otra el derecho de vuelo (art. 567-1 a 567-6).

Parece pues claro que si alguna vez nuestra legislación receptara este derecho de sobre-elevación como derecho real, al que ciertamente puede augurársele más recepción sociológica que al derecho de superficie construida, debería legislarse como derecho real de disfrute sobre cosa ajena, con una legislación muy clara en cuanto a la pérdida en plazos razonables —pero preferentemente breves— por el no uso, y teniendo en cuenta que naturalmente desembocará en la propiedad de unidades funcionales bajo el sistema de la ley 13.512. Es una posibilidad atractiva,

(31) El derecho de superficie y el de sobre-elevación estarán más lejanos o más cercanos dependiendo de la legislación positiva no pudiéndose descartar a priori que la concreta regulación normativa pudiera llevar a éste a ser sólo una especie de aquel.

(32) DIEZ PICAZO y GULLON, op. cit. p. 490.



pero que debe analizarse muy cuidadosamente dado que podría terminar gravando el dominio con múltiples derechos reales lo que es contrario a un sistema moderno, como el que diseñó Vélez Sarsfield, que evita la proliferación de los mismos por ser contraria a los mejores principios económicos.

*B. El derecho de sobreelevación es un derecho personal*

No hay dudas en nuestro derecho del carácter de derecho personal que tiene la facultad de sobreelevar (33).

Los artículos 2518 y 2521 CC y el sistema de *numerus clausus* erigido por el codificador llevan a concluir que el derecho de sobreedificar no puede ser un derecho real. Si Vélez excluyó la superficie y la propiedad horizontal del rol de los derechos reales, e incluso prohibió una (art. 2614 CC) y la otra (art. 2617 CC), es lógico que no se hubiera representado siquiera la posibilidad de permitir un derecho real de sobreelevación. Nos encontramos por ende ante un derecho personal y todo intento de configurarlo como derecho real “valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer” (art. 2502 CC). Adelantamos a que no hay obstáculo para que valga como tal.

Como ha expresado la doctrina “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”(34). En igual sentido Moisset de Espanés ha dicho que “los posibles pactos de reserva de la sobreelevación sólo dan nacimiento a derechos personales”(35).

Dentro del régimen de propiedad horizontal los consorcistas, como facultad inherente del derecho real que ostentan sobre el terreno, son los titulares del espacio aéreo y del subsuelo y los que tienen como tales —y en conjunto— la facultad de sobreelevar por ser sus copropietarios. La

(33) El XV Congreso Nacional de Derecho Registral ratificó esta postura (Tema I conclusión 1. A).

(34) MOREIRA, Laureano; su trabajo presentado en la XXV, Jornada Notarial Bonaerense (Mar del Plata).

(35) MOISSET DE ESPANES, op. cit. p. 113.

jurisprudencia tiene resuelto 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”(36).

Este derecho de los consorcistas es en su calidad de condóminos y la necesidad de unanimidad para conceder este derecho o ejercerlo por sí mismos puede encontrarse en el artículo 7 de la ley 13.512 y los arts. 2680 y 2681 CC.

#### IV. Constitución

Cuando el propietario original se reserva el derecho para sí o para otra persona (la cual puede ser ulteriormente un consorcista o no), la unanimidad se asegurará mediante la concurrencia de todos los consorcistas a la firma del primer reglamento, o mediante la adhesión de los comuneros al reglamento previamente redactado e inscripto por el propietario del inmueble. Es sabido que, en la inmensa mayoría de los casos, es el único propietario de un inmueble con las características físicas necesarias para la división de la propiedad horizontal el que afecta el inmueble al sistema de propiedad horizontal (art. 1 del decreto reglamentario 18.734/49 —Adla, IX-A, 818—). En este supuesto, y en todos aquellos en que no ha existido verdadera posibilidad de discutir las cláusulas, estamos ante un contrato por adhesión. Así se ha resuelto que cuando se trata de la adhesión a un instrumento ya redactado por la parte vendedora ello configura un contrato de adhesión (37).

En otro sitio ya hemos examinado la validez de tales cláusulas (38). Basta decir aquí que, como en todo contrato de adhesión, habrá que examinar con sumo cuidado si no se abusó del consorcista adherente.

Toda concesión posterior del derecho de edificar debe ser resuelta por la unanimidad de todos los consorcistas. El artículo 7 de la ley 13.512 así lo manda al disponer que “Toda obra nueva que afecte el inmueble común no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios”(39). Por otra parte la concesión del derecho de sobreelevación forzosamente desembocará en el cambio de porcentajes y el número de unidades con

(36) Cámara Nacional Especial Civil y Com., sala V, abril 3-987.—“Consortio de Propietarios República de la India 3025/29/31 c. Hurovich, Lázaro” LA LEY, 1988-A, 258.

(37) Cámara Nacional Civil, Sala H, 28 de mayo de 1996. “Consortio de Prop. Capitán Gral. Ramón Freire 2691/93 c. Investors S. A.,” en LA LEY, 1997-D, 864.

(38) COSSARI y LUVERA, “Propiedad...” op. cit. p. 665.

(39) El XV Congreso Nacional de Derecho Registral recepitó este criterio (Tema I conclusión 1. B).

las implicancias que ello tiene en cuanto a la copropiedad de los bienes comunes, el cómputo de los votos en las asambleas, la contribución a los gastos comunes, etc.; y en suma, en la modificación de cláusulas estatutarias del reglamento que requieren unanimidad para su reforma, por ello nos parece que lo acertado sería que tal concesión se haga ya constar en el reglamento, originariamente o mediante su reforma (40).

Las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil resolvieron en el despacho de la comisión n° 4 en su punto III lo siguiente:

Pactos de sobreelevación:

a) Implicando la sobreelevación una modificación del reglamento se considerará publicitada con su inscripción registral (Alterini, Andorno, Araoz, Silvestre, Cura Grassi, Constantino, Racciatti, Calegari, Petrick, Vila, Radkievich, Smayevsky, Vázquez de Llorente, Ruda Bart, Tranchini).

b) Recomendar a los registros de la propiedad la inscripción de los pactos de sobreelevación que no fueron realizados en oportunidad de la constitución del régimen de propiedad horizontal (Musto, Bortolato).

La posición "b" de las conclusiones transcriptas está aceptando la posibilidad de que el derecho de sobreelevación sea pactado por los consorcistas —unánimemente— con un tercero sea o no consorcista en un instrumento diverso al reglamento. Admiten la posibilidad de que el derecho de sobreelevar conste en un instrumento autónomo: Moisset de Espanés (41), Alecha de Vidal, y Ventura, sosteniendo —estos últimos— la necesidad que cuando tal instrumento sea privado cuente con las firmas certificadas para su acceso al Registro (42).

## V. Registración

Cuando la cláusula ab initio o a posteriori se encuentra en el reglamento de copropiedad, la publicidad registral de la misma se encuentra

(40) El XV Congreso Nacional de Derecho Registral aceptó la posición que propugnamos en el texto, y estableció que "se recomienda la instrumentación del derecho de sobreelevar en la escritura de afectación a Reglamento de Copropiedad y Administración o en la de su modificación" (Tema I conclusión 1. B). Sin embargo no descartó su constitución por instrumento separado dado que aclaró que debe instrumentarse por escritura pública invocando los artículos 1184 inciso 1 y 10 CC (Tema I, conclusión 1.B), cuando si se trata siempre de reforma de reglamento debió haberse argumentado con el art. 9 primer párrafo, última parte de la ley 13.512.

(41) MOISSET DE ESPANES, op. cit. p. 113.

(42) ALECHA DE VIDAL, y VENTURA Gabriel, op. cit. en [www.acaderc.org.ar/](http://www.acaderc.org.ar/) doctrina. Contra: XV Congreso Nacional de Derecho Registral, en la conclusión aludida en la última parte de la nota anterior.

asegurada, dado que el reglamento y sus reformas deben inscribirse en el registro de la propiedad (art. 9 de la ley 13.512).

Como ya hemos opinado (43), la inclusión en reglamento conlleva efectos en cuanto 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. 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. Dada la naturaleza contractual del reglamento al enajenar el propietario su unidad funcional no sólo está transmitiendo su derecho sobre su piso o departamento y la parte proporcional que le corresponde en las cosas comunes, sino que además cede su posición contractual en el reglamento de copropiedad operándose “la transferencia integral de la situación jurídica generada por el contrato”(44).

Cuando el pacto de sobreelevación se realiza fuera del reglamento se discute acerca de la posibilidad de su inscribibilidad en el registro. Por la negativa se expide Gabás (45). En cambio Moisset de Espanés entiende que las implicancias que traen las cláusulas de sobreelevar “pueden hacer necesario su reflejo registral, para que el mencionado derecho pueda hacerse valer contra terceros”(46).

Se ha dicho también que aun tratándose de un derecho personal éste tiene registralmente efectos reales (47).

La publicidad registral tendría seguramente efectos en cuanto a la buena fe de los terceros, pero no le otorgaría a este derecho personal de sobreelevar las características propias del derecho real en cuanto a su inmediatez, derecho de preferencia y persecución. E indudablemente allí estará la debilidad de este derecho de sobreelevación configurado como derecho personal, salvo que la ley expresamente le otorgue algunas características propias de los derechos de cosas. Su inclusión en el reglamento en cambio soluciona muchas de las cuestiones que pueden ocurrir.

(43) COSSARI y LUVERA, “Propiedad...” op. cit. p. 665.

(44) Fundamentos del Proyecto de Código Civil de 1998, apartado 252.

(45) GABAS, Aníbal Alberto; Derecho Práctico de Propiedad Horizontal p. 300.

(46) MOISSET DE ESPANES, op. cit. p. 113.

(47) SARUBO, ABELLA y NAVAS; op. cit. pg. 293. Por su parte Moisset de Espanés afirma que el derecho de sobreelevación, que es personal, tiene vocación de derecho real (MOISSET DE ESPANES op. cit. p. 113).

El XV Congreso Nacional de Derecho Registral, consideró que estamos ante un derecho personal con trascendencia real (48), y recomendó su publicidad específica independiente de la publicidad del reglamento de copropiedad y administración y las modificaciones del mismo, como un específico asiento de "derecho de sobreelevar"(49) (Tema I, conclusiones 1 C.1 y C.4).

## VI. Conclusiones

A la luz de lo expuesto puede concluirse sobre este derecho que:

1. Puede ser titular del derecho de sobreelevación: el propietario original del inmueble que se reserva el derecho de construir nuevos pisos al momento de afectarlo al régimen de la propiedad horizontal; los integrantes del Consorcio para construir por administración; el titular de una unidad funcional o bien un tercero totalmente extraño. Y el Consorcio, si es respetado el principio de especialidad (art. 35 CC).

2. En nuestro derecho positivo el derecho de sobreelevar es un derecho personal.

3. La constitución del derecho de sobreelevar (en el caso del art. 1 del decreto reglamentario 18.734/49) puede ser efectuada por el propietario único del inmueble mediante la respectiva reserva formulada en el reglamento de copropiedad y administración. Si fuera más de un propietario (condominio), se requerirá su unanimidad (art. 2680 CC), como también se la requiere para afectar el inmueble al estado de propiedad horizontal. Dicha reserva puede responder a pactos preexistentes con los

(48) La calificación que las conclusiones del XV Congreso de Derecho Registral hicieron de la sobreelevación como derecho personal "con trascendencia real", además de seguir la doctrina que reseñamos, entendemos que fueron efectuadas asimismo para desalentar la no toma de razón por algunos registros inmobiliarios que pese a lo expresamente mandado por el art. 9 de la ley 13.512 sobre la modificación del reglamento ("Dicho reglamento sólo podrá modificarse por resolución de los propietarios... Esta modificación deberá también consignarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad") se arrogan un inexistente derecho a calificar las modificaciones entre aquellas con trascendencia real y aquellas que supuestamente no la tienen negándole el acceso al registro a estas últimas conculcando el texto expreso de la ley.

(49) La conclusión del XV Congreso de Derecho Registral está dando cabida a aquella tendencia que admite la constitución sobreviniente del derecho de sobreelevar fuera del reglamento, y así requiriere la publicidad independiente de la del reglamento. También pretende un reflejo más completo y transparente en el Registro. Pero si admitimos como de buena técnica la inclusión en el reglamento de toda concesión del derecho de sobreedificar y la inscripción registral de toda modificación del reglamento de propiedad y administración, el estudio de títulos siempre revelará la existencia y alcances del derecho de vuelo pactado. No nos oponemos —sin embargo— a que se lo haga constar expresamente.

promotores o los inversores del edificio. Los consorcistas que adquieran en base a este reglamento predispuesto estarán celebrando un contrato por adhesión.

4. Cuando son los consorcistas los que otorgan el reglamento (art. 9 ley 13.512) la unanimidad se asegurará mediante la concurrencia de todos ellos a la firma del primer reglamento. Puede existir también aquí contrato de adhesión cuando el reglamento está predispuesto por un tercero en forma ostensible o no. Toda concesión posterior del derecho de edificar debe ser resuelta por la unanimidad de todos los consorcistas.

5. Resulta acertado que dicha concesión se haga constar en el reglamento, sea originariamente, sea por vía de reforma, adquiriendo de tal modo publicidad registral. Cuando el pacto de sobreelevación se realiza fuera del reglamento resulta conveniente su reflejo registral, para que el mencionado derecho pueda hacerse valer contra terceros. Esta última inscripción tendrá consecuencias en cuanto a la buena fe de los terceros, sin por ello otorgar a este derecho personal de sobreelevar las características propias del derecho real en cuanto a su inmediatez, derecho de preferencia y persecución.

6. Resulta sumamente oportuno y conveniente que nuestra legislación sancione normas que regulen expresamente el derecho de sobreelevación estableciendo su forma de constitución, plazos de ejercicio y demás circunstancias necesarias para dar seguridad jurídica a las partes y a los terceros interesados (50). En tal regulación si —soslayando el reparo a la proliferación de derechos reales y su consiguiente impacto sobre el sistema jurídico del Código Civil— se optare por incorporar el derecho de sobreelevación como derecho real al ordenamiento normativo argentino, corresponde configurarlo como derecho real sobre cosa ajena de goce. En caso que también se incorporase el derecho de superficie edificada, debería darse a cada uno de esos derechos una normativa propia que recepte las diferencias existentes entre uno y otro.

(50) El XV Congreso Nacional de Derecho Registral ratificó esta postura (Tema I conclusión de lege ferenda).