

XV CONGRESO NACIONAL DE DERECHO REGISTRAL

PONENCIA

1. El espacio aéreo pertenece al dueño del suelo.
2. Los derechos reales solo pueden recaer sobre "cosas actuales"
3. El derecho de sobreelevar recae sobre "cosas futuras"; en consecuencia el derecho de sobreelevar o edificar no es un derecho real, sino un derecho personal.
4. La contratación referida al derecho de sobreelevar constituye un acto lícito en razón de no encontrarse prohibida.
5. El derecho de sobreelevar, pese a su calidad de personal puede ser objeto de publicidad registral.

De lege lata:

- 6-a) En el sistema normativo argentino actual no es posible dar publicidad registral al derecho de sobreelevar. (Ahumada)
- 6-b) En la actualidad esa publicidad puede darse, especialmente por vía de la inclusión de la reserva de sobreelevación en el Reglamento de Copropiedad (Moisset de Espanés)

De lege ferenda:

7. En una futura reforma de la Ley de Propiedad Horizontal debe regularse en detalle el derecho de sobreelevar y establecerse su registración (Ahumada - Moisset de Espanés).

DESARROLLO

El artículo 2518 del Código civil sienta el principio general de que el espacio aéreo y todo lo adherido al mismo de manera permanente pertenece en propiedad al dueño del suelo; el dispositivo privilegia el derecho del propietario del suelo y le niega derechos de propiedad a quienes realicen mejoras en cosas ajenas. Esta presunción es *juris et de jure*, admitiéndose excepcionalmente que pierda su calidad de tal en los casos que su aplicación fuese exageradamente disvaliosa.

Los derechos reales sólo pueden recaer sobre cosas en el sentido del artículo 2311 del Código Civil, por lo tanto las cosas requieren "actualidad", constituyendo la materialidad elemento indispensable para adquirir el derecho por tradición (artículos 577 y concordantes del Código Civil) y acceder a su ejercicio por vía posesoria. Por su parte, los derechos personales no necesitan de la actualidad de la cosa y pueden recaer sobre cosas futuras (art. 1327, Código Civil), siendo su ejercicio extra posesorio.

En materia de derechos personales rige el principio del *numero apertus*, con las limitaciones del orden público, la moral y las buenas costumbres. En la órbita negocial encontramos la clasificación en contratos nominados e innominados, estando comprendido entre estos últimos el derecho de sobreelevar.

Con relación al punto 6-a el Profesor Escribano Daniel Ahumada expresa:

De acuerdo al artículo 2505 del Código Civil y artículo 2 de la ley 17801, en los registros inmobiliarios solo se registran documentos portantes de derechos reales y sus afectaciones judiciales. Los derechos personales excepcionalmente gozan de

publicidad registral, y para poder acceder a ella la anotación debe encontrarse ordenada por ley nacional, por cuanto según la Constitución Nacional el régimen de propiedad sólo puede ser regulado por leyes dictadas por el Congreso Nacional.

El derecho de sobreelevar tampoco puede acceder al Registro a través de la denominada "publicidad noticia", en razón que esta posibilidad no tiene recepción expresa en la ley registral, es de naturaleza jurídica contradictoria, y no puede referirse a derechos personales.

Con relación al punto 6b el profesor Moisset de Espanés expresa:

Ya en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Registral, realizado en Córdoba en octubre de 1976, en el discurso de clausura sostuve:

"... parece necesario insistir que los "derechos registrables" no se limitan a las relaciones jurídicas "reales", como se ha sostenido en un primer momento, sino que se extienden a muchas otras situaciones jurídicas, como las vinculadas con derechos personales que se hacen efectivos mediante embargos, o -más aun- a derechos eventuales, como sucede en la ya mencionada hipótesis de la "reserva de prioridad".

En la vida del comercio jurídico la mayor parte de las veces el cambio de titularidad de derechos reales se realiza por vía de un contrato que, en el primer momento sólo engendra derechos personales..." (ver nuestro libro "Publicidad registral", Capítulo I, Parte II).

Con posterioridad, y refiriéndonos específicamente al derecho de sobreelevar en nuestra obra titulada "Cartas y polémicas", expresamos " que los posibles pactos de reserva de la sobreelevación sólo dan nacimiento a derechos personales" (ver obra citada N° 181, p. 113), pero agregábamos a continuación:

" ... el derecho personal que surge de esa convención tiene vocación de derecho real, y es susceptible de generar un cambio en la situación de derecho real del inmueble,

pues al concretarse provocará incluso una modificación del reglamento y de los porcentuales de valor y contribución de expensas; estas circunstancias pueden hacer necesario su reflejo registral, para que el mencionado derecho pueda hacerse valer contra terceros, en especial los nuevos adquirentes de las unidades, que podrían sostener que la convención suscriptar por su causante a título particular no les es oponible, por no tener publicidad adecuada" (ver obra y página citadas).

Sosteníamos entonces que si la reserva se había incluido en el reglamento o en la escritura de adquisición de las unidades los nuevos adquirentes no podrían alegar ignorancia de la cláusula.

Estas ideas, que expusimos en carta del 17 de enero de 1981, dirigida a la escribana Ángela Bonetto de Cima, y a la abogada Ana María Bortolatto, fueron tomadas en consideración por los notarios Dr. Gabriel Ventura y Ethel Alecha de Vidal en la ponencia vinculada con la sobreelevación, presentada a la Comisión 2 del Congreso Nacional de Derecho Registral efectuado en Posadas en 1986, publicada en el Semanario Jurídico de Comercio y Justicia, Córdoba, el 9 de abril de 1987, trabajo en el que se insistía sobre el carácter de derecho personal que tiene la reserva de sobreelevación, y en la necesidad de que se le diera adecuada publicidad registral, sea por estar incorporada al Reglamento de Copropiedad, pero también en los casos en que dicha reserva era pactada con posterioridad por todos los copropietarios, casos en los cuales debía admitirse su ingreso al Registro. La mencionada ponencia puede actualmente ser consultada en la página web de la Academia Nacional de Derecho de Córdoba: www.acaderc.org.ar

Estos son los fundamentos de nuestra posición, en los que no me extiendo porque su consulta está al alcance de quien desee hacerlo.

Con relación al punto 7 (de lege ferenda)

El derecho a sobreelevar es una figura de generalizada

utilización en el tráfico inmobiliario y puede considerarse como una modalidad consolidada, tal como sucede en otros países en los cuales se encuentra regulada legalmente (España, Italia, etc.).

Es aconsejable regular esta figura en una futura modificación de la ley de propiedad horizontal, debiendo considerarse especialmente en la normativa:

- (1) La determinación de la superficie edificable y su destino;
- (2) La incidencia de la nueva edificación en el régimen general del edificio, tanto en el porcentual de copropiedad como en el pago de expensas comunes;
- (3) El establecimiento de las personas que otorgarán la escritura pública de modificación del reglamento de copropiedad y administración, autorizándose al administrador a realizar el acto.
- (4) Las modalidades para su registración inmobiliaria: lugar para practicar el asiento y su contenido.
- (5) La recepción registral de las cesiones del derecho de sobreedificar, y de las medidas cautelares que lo afecten.

Luis MOISSET DE ESPANÉS

Daniel E. AHUMADA