



13 de marzo de 2012

Visto: la oposición a la calificación registral interpuesta por el Escribano XX, de conformidad al artículo 66 de la Ley No. 16.871, de 28 de setiembre de 1997, tramitada en el expediente No. 2011/11/18/000.

Resultando:

I) Que con fecha 24 de mayo de 2011, se solicitó en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Maldonado, la inscripción de un contrato de promesa de compraventa referente al padrón N° 00000/005 de este departamento.

II) Que realizada la calificación, el documento fue inscripto en forma provisoria con el No. 0000/2011, siendo observado por el Registrador, que se acredite la constitución de derecho de sobreelevar o de superficie o el consentimiento de los demás copropietarios para vender.

III) Que el Escribano XX dedujo oposición, por escrito presentado ante el Registro nombrado, el 1° de julio último, en el que expresa:

a) En el espacio común de la unidad 001, de propiedad del Sr. AA, éste edificó cuatro nuevas unidades, a saber, 003, 004, 005 y 006

b) a esos efectos, se levantó plano de fraccionamiento horizontal, el cual fue debidamente inscripto, habiéndose habilitado por la Intendencia Municipal de Maldonado.

c) Para efectuar dichas construcciones se requirió el consentimiento para edificar a la restante copropietaria, Sra. BB (propietaria de la unidad 002), autorización que no se configuró en forma solemne (escritura constituyendo derecho de sobreelevar).

d) Habiendo nacido las unidades de propiedad horizontal con la respectiva habilitación municipal, las partes, en escritura que autorizó el nombrado Escribano con fecha 21 de abril de 2006, otorgaron modificación del reglamento de copropiedad, inscribiéndose en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Maldonado con el N° 0000 el 26 de mayo siguiente. Por esta modificación, se desafectó el espacio común de la unidad 001, de uso exclusivo del Sr. AA y se reconoció la existencia de las unidades 003, 004, 005 y 006, reconociéndose la propiedad exclusiva de las mismas por el nombrado Sr. AA.

e) En dicha modificación las partes, por unanimidad, desafectaron el espacio común previsto en el plano de fraccionamiento horizontal anterior.

f) El artículo 13 inc. 2° de la Ley 10.751, establece que el propietario de planta baja debe recabar la previa autorización de los restantes propietarios, concedida en la misma forma y condiciones que regula el artículo 12 (el cual requiere mayorías especiales, pero en este caso hubo consentimiento unánime).

g) Considera que ante esa situación, no puede exigirse hoy derecho de sobreelevar mediante un acto expreso otorgado mediante instrumento público, porque esa autorización es previa y además se dio en dos momentos: al edificar y al modificar el reglamento de copropiedad. El artículo 13 de la Ley 10.751 no exige que se establezca a texto expreso el término "sobreelevar", aunque implícitamente lo reconoce.

h) Cita la opinión del Escribano Jorge Machado (Comentario de Consultores 1404 del 15 de junio de 2011 – Derecho de Sobreelevar y las urbanizaciones de PH, breve análisis de los incisos 2 y 3 del artículo 49 de la Ley 17.292), quien opina que lo que quiso el legislador es que no existiera una propiedad horizontal dentro de otra propiedad horizontal, pero incurre en error, en cuanto prohíbe la sobreelevación, ya que el término implica la realización de obras con asiento sobre bienes comunes y estando definida la unidad se produce una contradicción.

i) Cita asimismo la respuesta a una consulta realizada a la Comisión de Derecho Civil de la Asociación de Escribanos del Uruguay (Tomo 79, pág. 284) respecto a si los patios bienes comunes de uso exclusivo pueden ser transformados en bienes propios de las mencionadas unidades, donde se establece que "del propio texto de la ley 10.751, arts. 12 y 13, no surge clara la respuesta, ya que de las hipótesis previstas en dichos artículos no surge la posibilidad de transformar bienes de uso exclusivos en bienes propios". Concluye el impugnante que, al no surgir diáfana la respuesta del texto legal, la unanimidad de los copropietarios sería la exigencia necesaria.





j) Refiere también la opinión del Escribano Pardías (pág. 285 del citado tomo), para quien en los casos de cambios en la titularidad del dominio de la unidad o del condominio sobre los bienes comunes se requeriría la unanimidad, concluyendo que “con la confección de un nuevo plano y reglamento de copropiedad y con la exigencia previa de la unanimidad de los demás copropietarios podrá sobreelevar sobre los referidos patios”.

k) Concluye que en este caso se dan los tres presupuestos:

- 1) Se levantó nuevo plano,
- 2) se autorizó al restante copropietario a edificar y
- 3) se modificó el reglamento de copropiedad por unanimidad, que el Registro inscribió.

III) La Registradora, Esc. Stella Stratta, en su informe manifiesta que:

a) el artículo 2 de la Ley 10.751, establece que cada propietario es dueño exclusivo de su departamento y copropietario de los bienes afectados al uso común. Conforme a esta disposición, se entiende que las construcciones realizadas en un bien común corresponden en principio a todos los propietarios de las unidades que componen el edificio.

b) Dicho régimen legal es a veces modificado mediante la constitución de lo que doctrinariamente se denomina “derecho de sobreelevar”, no regulado expresamente en la ley, pero admitido en base a lo dispuesto por el artículo 13 de la Ley 10.751, en la redacción dada por el artículo 3 de la Ley 14.560. Se pretende constituir un derecho de similares características al de superficie, aunque diferenciable por aspectos que no corresponde detallar aquí.

c) La constitución de este derecho o autorización debe ser previa a la construcción (artículo 13 en la redacción antes citada) y es objeto de inscripción registral, con incidencia directa en el contralor del tracto sucesivo.

d) Por lo tanto, aunque se argumente que no requiere solemnidad, debería –a juicio del Registrador– cumplir con los requisitos registrales de inscripción y por no estar previsto entre los documentos privados admisibles, constar en escritura pública. e) En el caso, considera que si existió una autorización previa, no fue objeto de inscripción, por lo que no es oponible a terceros y en consecuencia, las unidades así construidas pertenecen a ambos condóminos. f) Por lo tanto, a los efectos de prometerlas en venta, será necesario el consentimiento de ambos o la previa enajenación al Sr. AA de la cuota parte indivisa propiedad de la Sra. BB.

V) La Comisión Asesora Registral, por dictamen No. 53/2011, asentado en Acta No. 336, de 27 de setiembre de 2011, aprobada por unanimidad, considera que en la modificación de reglamento de copropiedad referido, está incluido el derecho de sobreelevar, no obstante el mismo debería ser inscripto en el Registro, cometiéndose a la Esc. Mónica Gilardoni –quien fue llamada a integrar la referida comisión, de conformidad al artículo 7 de la Ley 16.871, de 28 de setiembre de 1997– la confección de un informe del tema.

VI) Con fecha 4 de los corrientes, se recibió el informe de la Esc. Mónica Gilardoni, quien expresa:

a) En el caso concreto el tema específicamente controvertido entre el Registrador y el inscribiente, es si existe o no derecho de sobreelevar. Por el derecho de sobreelevar, quien construye devendrá dueño de las obras realizadas en un edificio de propiedad horizontal sobre bienes comunes.

b) Se ha inscripto en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Maldonado, una modificación de reglamento de copropiedad, otorgado por la unanimidad de copropietarios, por el cual se desafectan bienes comunes de uso exclusivo y se crean nuevas unidades de propiedad horizontal (fs. 4 vuelto – numeral IV) del documento).

c) En la misma cláusula, se reconoce que las nuevas unidades son de propiedad del Sr. AA. Este reconocimiento, permite concluir el derecho de sobreelevar existente en la construcción de las nuevas unidades y la propiedad del Sr. AA del bien prometido en venta. d) De acuerdo a lo expuesto y al reconocimiento expreso y en forma unánime de los copropietarios del edificio, con la inscripción que se deberá hacer del derecho de sobreelevar contenido en la modificación del reglamento de copropiedad en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Maldonado, se deberá tener por cumplido el tracto sucesivo por el Registrador.

VII) Se requirió informe de los Escribanos Federico Albín y Daniel Ramos. Con fecha 26 de diciembre de 2011, el Esc. Albín informa:

a) el punto a resolver en el caso es, básicamente, de quién es la propiedad de la unidad prometida en enajenación, a efectos de determinar si faltan consentimientos;

b) doctrinariamente se han sostenido dos posiciones en torno a la naturaleza jurídica del derecho de sobreelevar, la que considera que se trata de un derecho personal, en cuyo caso quien construye debe pedir la transferencia del dominio al resto de los copropietarios y quienes entienden que se trata de un





derecho real, que reserva o autorización mediante, permitirá a quien construya se haga dueño de lo edificado;

c) no existen términos sacramentales para su constitución o reserva, pero debe quedar suficientemente establecido el efecto pretendido;

d) dicha autorización puede darse fuera del negocio jurídico reglamento de copropiedad, que es lo que entiende sucedió en el caso, ya que según resulta de los hechos relacionados en el expediente, la autorización se realizó al comenzar el trámite municipal, lo cual es idóneo para lograr los efectos referidos;

e) al no existir reserva del derecho en el Reglamento de Copropiedad original, el propietario que quiere construir debe obtener autorización de los demás copropietarios, por la mayoría calificada prevista en los artículos 12 y 13 de la Ley 10751, en la redacción dada por la Ley 14560, requiriendo unanimidad cuando se afecten derechos adquiridos de otros condóminos. En el presente caso, al obtenerse la autorización del restante copropietario, se cumplió con la exigencia de unanimidad.

f) Concluye que no corresponde cumplir con ulteriores exigencias y transformar en definitiva la inscripción provisoria. Con fecha 30 de diciembre de 2011, se recibió el informe del Esc. Daniel S. Ramos, quien expresa:

a) Comparte la posición doctrinaria sustentada por Cafaro, Molla y Machado, en el sentido de que el derecho de sobreelevar es un derecho real, ya que no existe en el derecho uruguayo una norma similar al artículo 2052 del Código Civil Argentino que expresamente establece el numerus clausus, es decir que los derechos reales solo pueden ser creados por ley.

b) Las soluciones posibles para constituir un derecho real de sobreelevar son:

1) que todos los copropietarios construyan nuevas unidades sobre los bienes comunes y las mismas queden en condominio por accesión;

2) que los copropietarios autoricen a un tercero, requiriéndose en tal caso un título y modo distinto al de los copropietarios originales;

3) por reserva del derecho de sobreelevar, a favor del propietario original del edificio o a favor de cada uno de los copropietarios de bienes individuales para que construyan en los bienes comunes cuyo uso les corresponde, o en bienes comunes de uso común. En estos casos, los títulos y modos de adquisición serán los del terreno del edificio o los de cada unidad de propiedad horizontal, debiendo plasmarse la reserva en el Reglamento de Copropiedad.

c) En el caso a estudio, nos encontramos dentro de la hipótesis desarrollada en el numeral 3 precedente, en cuando de la modificación del Reglamento surge claramente la voluntad de todos los copropietarios de conceder tal derecho, ya que se desafectarán bienes comunes de uso exclusivo y crean nuevas unidades que pasan a ser del Sr. AA y respecto de la unidad 002 pasan a ser de propiedad de los otros copropietarios.

d) Todo el proceso previo de permiso técnico, autorización de los copropietarios, realización de las obras, habilitación de propiedad horizontal, nuevo plano de mensura, cotejo e inscripción del mismo, son requisitos previos que finalmente se ven plasmados en la escritura de Modificación de Reglamento, determinando la eficacia del derecho de sobreelevar. En todo caso, la voluntad recogida en el estatuto, tiene efecto declarativo, ya que a su entender, el artículo 13 de la Ley 10751 no exige la solemnidad de escritura pública.

e) Finalmente, entiende que la inscripción N° 0000, de 26 de abril de 2006, solo recoge la modificación en cuanto a las nuevas unidades que se incorporan en el edificio, no surgiendo tampoco de la minuta, la voluntad de inscribir el derecho de sobreelevar, por lo tanto, concluye también en la necesidad de inscribir dicho derecho a efectos de habilitar el control del tracto sucesivo.

Considerando: I) Que esta Dirección General se afilia a lo dictaminado por la Comisión Asesora Registral con la ampliación de fundamentos realizada por los Escribanos Mónica Gilardoni, Federico Albín y Daniel Ramos.

Atento: A lo precedentemente expuesto, a lo dispuesto en los artículos 12 y 13 de la Ley 10.751, de 25 de junio de 1946 y los artículos 3° nal. 5 y 64 a 66 de la Ley 16.871, de 28 de setiembre de 1997 y a los dictámenes prenombrados.

La Directora general de registros,

Resuelve :

1°) **No hacer lugar** a la oposición deducida por el Escribano XX, respecto a la calificación del documento ingresado en el Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Maldonado, con el número 0000, de fecha 24 de mayo de 2011. Para el levantamiento de la observación, deberá acreditarse el cumplimiento del tracto sucesivo, mediante la inscripción del derecho de sobreelevar contenido en la modificación del reglamento de copropiedad de fecha 21 de abril de 2006 autorizado por el nombrado escribano.





2º) **Notifíquese** al interesado y al Registro de la Propiedad Sección Inmobiliaria de Maldonado.

3º) **Comuníquese** a la Comisión Asesora Registral y publíquese sin expresión de nombres y datos individualizantes, en el sitio web e intranet de la Dirección General de Registros, así como a los usuarios inscriptos en el Servicio de Novedades.

4º) **Cumplido**, archívese.-

(Fdo.) Esc. Claudia Palacio Cora - Directora General de Registros.-

Estudio Notarial Machado

