

DERECHO DE SOBREELEVAR. DERECHO DE SUPERFICIE.
CONSTRUCCIONES. PODER. PROPIEDAD HORIZONTAL.
MANDATO IRREVOCABLE. IRREVOCABILIDAD

Resumen

El derecho de sobreelevar es una facultad inherente al dominio de un inmueble en propiedad horizontal. El referido derecho puede ser enajenado total o parcialmente, en cuyo caso no es de aplicación el artículo 358 de la ley 17.930 porque esta norma rige para operaciones sobre cuotas indivisas de bienes raíces en régimen de propiedad común.

La facultad de segregar parte del terreno bien común nada tiene que ver ni con el derecho de sobreelevar ni con la posibilidad de realizar nuevas construcciones en el terreno bien común. La reserva de poderes en el reglamento de copropiedad permite la actuación exclusiva del reservante. La mencionada reserva no puede ser revocada por la asamblea de copropietarios.

Informe: Civil

Consulta

I. RELACIÓN DE HECHOS

1. Por escritura de fecha 16.11.1992, en mi calidad de único propietario del inmueble padrón rural matriz de Montevideo número ...1, a efectos de su incorporación al régimen de propiedad horizontal de la ley 10.751, según las normas del decreto-ley 14.261, otorgué un reglamento de copropiedad, el que fuera debidamente inscripto en la hoy sección Inmobiliaria del Registro de la Propiedad, siendo el área del padrón la de 30.400 metros.

2. Se transcribe textualmente lo consignado en la cláusula segunda *in fine* de dicho reglamento:

Bienes de propiedad común. Son bienes comunes los que determina el artículo tercero de la ley diez mil setecientos cincuenta y uno, y toda otra parte del edificio que por su naturaleza, destino o colocación no pueda ser objeto del dominio exclusivo del propietario de alguna unidad. El terreno G, de una superficie de siete mil sesenta y siete metros, tiene la calidad de bien común no esencial, por lo que el compareciente efectúa las reservas de dominio que se establecen en cláusula siguiente.

3. Asimismo, en él se consignaron las siguientes cláusulas, segunda y tercera, las que se transcriben textualmente:

Segundo. *Reservas de dominio.* El compareciente, LACG, por su calidad de propietario incorporador al régimen de propiedad horizontal, se reserva, para sí y sus causahabientes a título universal o particular, con

respecto al bien común no esencial terreno G, los siguientes derechos: a) el de sobreelevar, por lo que podrá construir y realizar obras por su cuenta y riesgo en el mismo, las que le pertenecerán y serán de su dominio exclusivo. b) el de desafectarlo parcialmente del régimen de propiedad horizontal y enajenarlo libremente como cualquier bien en régimen de propiedad común, una vez que permitan las disposiciones legales y municipales pertinentes la subdivisión del terreno descrito en el apartado primero de la cláusula primera precedente, en dos padrones independientes. c) el de usar y gozar en forma exclusiva del mismo, por sí o por terceros, hasta tanto se realice la desafectación parcial a que se refiere el apartado anterior.

Tercero. Que como consecuencia de las reservas de dominio efectuadas en la cláusula anterior, que tienen su fundamento de plena validez y eficacia en la autonomía de la voluntad que rige por regla general en forma irrestricta en el derecho de las obligaciones, el propietario incorporador compareciente (y sus causahabientes a título universal o particular): I) tendrá la titularidad del dominio exclusivo del área a segregar, así como su uso y goce exclusivo hasta tanto se obtenga dicha segregación; II) concentrará con respecto al bien común no esencial terreno G el poder de disposición y administración, que por regla general correspondería a todos los propietarios actuando conjuntamente. Y en virtud de dicha concentración del poder de disposición y administración, el reservante podrá unilateralmente administrarlo, así como solicitar y obtener de la autoridad municipal la subdivisión del terreno, mediante la suscripción del plano respectivo y de todos los documentos públicos y privados que fueren menester al efecto; desafectar el área a segregar, modificando este reglamento de copropiedad, y enajenar el bien desafectado. No obstante la facultad de actuar unilateralmente conferida precedentemente al reservante a los efectos preindicados, el mismo queda autorizado en forma irrevocable —mediante apoderamiento especial— para ejercer la representación de todos los propietarios de las unidades del edificio en todos aquellos actos jurídicos que fuere necesario otorgar para: a) la obtención de la subdivisión del terreno, desafectación parcial del área a segregar y enajenación de la misma dentro del régimen común; b) ejercer el derecho de sobreelevar reservado, así como para asegurar y permitir el libre uso y goce en forma exclusiva del terreno G, hasta tanto se obtenga dicha desafectación parcial. III) podrá transmitir los derechos reservados, conjunta o separadamente con la enajenación de las unidades de que se compone el edificio, o enajenar dichas unidades conservando los derechos reservados, sin necesidad de haber construido en el terreno G ni haberle desafectado.

4. El bien común no esencial «terreno G», éxito de la reserva, se encuentra individualizado y delimitado en el plano de mensura y fraccionamiento horizontal mencionado en dicha escritura (se adjunta archivo de imagen de la parte del plano precitado que ilustra gráficamente dicho bien común no esencial).

5. El edificio de propiedad horizontal se compone de dos unidades, las que han sido por mí enajenadas antes de ahora (la unidad 001, el 29.12.1992; la unidad 002, el 30.4.2015). En dichas enajenaciones, los compradores declararon conocer y aceptar expresamente, en todos sus términos, las

reservas de dominio efectuadas por el vendedor con respecto al bien común no esencial «terreno G» en las cláusulas segunda y tercera del reglamento de copropiedad precitado.

6. Mediante el derecho de sobreelevar que me reservé, se modificó el régimen legal de propiedad horizontal consistente en que cada propietario es copropietario de los bienes afectados al uso común (ley 10.751, art. 2.º), así como la consecuencia de dicho régimen legal de que las construcciones efectuadas en un bien común corresponden, en principio, a todos los propietarios de las unidades que componen el edificio.

7. El derecho de sobreelevar no se encuentra regulado expresamente por la ley y ha sido reconocido unánimemente por la doctrina en base al principio legal de la autonomía de la voluntad y en lo dispuesto por el artículo 13 de la ley 10.751, en la redacción dada por el artículo 3.º de la ley 14.560. Y no obstante la falta de regulación legal, ha sido reconocido implícitamente en las normas legales dictadas en el año 2001 en materia de urbanizaciones de propiedad horizontal, por cuanto se prohíbe sobreelevar en ellas mismas (ley 17.292, art. 49, inc. 2.º), prohibición que significa, sin lugar a dudas, el reconocimiento de la vigencia del derecho de sobreelevar en el estado de propiedad horizontal.

8. Con respecto al derecho de sobreelevar que me reservé, se ha expresado:²⁰⁸

El *derecho de sobreelevar* es la facultad que tiene un sujeto de realizar obras en un edificio en régimen de propiedad horizontal, las que tendrán asientos necesariamente sobre bienes comunes y consistirán en la ampliación de unidades preexistentes y/o en la creación de nuevas unidades. Quien construye devendrá dueño de lo construido y al efecto pasará a integrar la copropiedad, si no la integraba, o aumentará sus cuotas de dominio en la misma si ya era copropietario.

9. En virtud de que he enajenado las dos unidades que componen el edificio, conservo actualmente solo la titularidad del derecho de sobreelevar, por lo que este consultante o la persona que me suceda en tal derecho, en virtud de una cesión a su favor, una vez que se construya, podrá optar por incorporar lo construido como nueva unidad propia al régimen de propiedad horizontal vigente, ejerciendo los derechos reservados. Esta opción fue consignada expresamente, entre otros, por el Esc. Roque MOLLA, quien expresó:²⁰⁹

208 MACHADO GIACHERO, Jorge, y GONZÁLEZ BILCHE, Alicia. *Teoría y práctica de la propiedad horizontal*, 2.ª ed. ampliada. Montevideo: Asociación de Escribanos del Uruguay, 2004, p. 83.

209 ASOCIACIÓN DE ESCRIBANOS DEL URUGUAY, COMISIÓN DE DERECHO CIVIL (informante: Roque MOLLA). «Derecho de superficie. Reglamento de copropiedad. Propiedad horizontal». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 89, n.º 1-12 (ene.-dic. 2003), p. 396.

El titular del derecho se integra, si es un tercero, a la copropiedad o nunca dejó de pertenecer a esta, en caso de reserva del constructor-propietario del suelo. El título será, en caso de reserva del propietario del terreno, el mismo por el cual accedió al dominio del suelo. Para el caso de ser persona distinta, el título será la cesión del derecho con las formalidades requeridas, y su participación en la copropiedad se producirá una vez construido el edificio.

10. Me propongo enajenar una novena parte indivisa del derecho de sobreelevar de que soy titular, de acuerdo a las reservas de dominio efectuadas en el reglamento de copropiedad relacionado; es intención del adquirente construir una vivienda y, posteriormente, incorporar lo construido como nueva unidad al estado de propiedad horizontal vigente.

11. El artículo 358 de la ley 17.930, de 2005, dispone:

Será totalmente nula toda enajenación, promesa de compraventa, inscrita o no, cesión y, en general, toda operación sobre cuotas indivisas de bienes inmuebles ubicados en las zonas suburbanas o rurales, con destino a la formación de centros poblados o de núcleos de viviendas, realizadas infringiendo normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra.

Y ante dicha nulidad legal, surge la duda de: a) si la proyectada operación se encuentra alcanzada por dicha nulidad por tratarse de una cesión de una novena parte indivisa del derecho de sobreelevar, de naturaleza jurídica inmueble, sobre un bien inmueble ubicado en zona rural (la ley establece «en general, toda operación sobre cuotas indivisas de bienes inmuebles») y de un derecho que el adquirente ejercerá mediante la construcción de una vivienda; b) si la operación se realizará «infringiendo normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra».

12. De una rápida confrontación, comparación entre las operaciones previstas en el artículo 358 de referencia y la operación proyectada que motiva esta consulta, resulta que pueden considerarse a primera vista, *prima facie*, las operaciones asimilables y aplicarse por dicho motivo, por vía de integración analógica, dicho artículo 358 mediante la nulidad y sanciones pecuniarias de referencia. Es precisamente esa circunstancia la que motiva, además, esta consulta.

II. CONSULTAS Y OPINIONES FUNDADAS DEL CONSULTANTE

Primera consulta

Se consulta si la proyectada cesión de una novena parte indivisa del derecho de sobreelevar sobre un bien inmueble ubicado en zona rural, derecho que el adquirente ejercerá mediante la construcción de una vivienda, se trata de una operación mediante la cual se infringen normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra, y que, por lo

tanto, se encuentra alcanzada por la nulidad y las sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 358 de la ley 17.930.

Opinión fundada del consultante

Estimo que la cesión proyectada no se encuentra alcanzada por la nulidad y las sanciones pecuniarias establecidas en el artículo 358 de la ley 17.930, de 2005, en mérito a lo siguiente.

a. Dicha norma establece la nulidad de «toda operación sobre cuotas indivisas de bienes inmuebles ubicados en las zonas suburbanas o rurales», por lo que corresponde precisar el concepto de *bien inmueble*, de acuerdo con la ley civil. Nuestro Código Civil, en el artículo 460, efectúa una primera división de «bienes o cosas» en *corporales e incorporales*; en el artículo 461 establece que «los bienes corporales se dividen en *muebles e inmuebles*», y en el 471, que «los bienes incorporales son derechos *reales o personales*». Es derecho real (art. 472) «el que tenemos en una cosa o contra una cosa sin relación a determinada persona»; son derechos personales (art. 473) «los que solo pueden reclamarse de ciertas personas que, por un hecho suyo o la sola disposición de la ley, han contraído las obligaciones correlativas». Y los derechos (art. 474) «se reputan bienes muebles o inmuebles, según la naturaleza de la cosa que es su objeto».

b. Aplicando las definiciones legales precitadas, el derecho de sobreelevar de que soy titular es, pues, incontestablemente, un bien incorporal de carácter inmueble por recaer sobre y ser su objeto un inmueble.

c. Ya que los bienes inmuebles pueden ser corporales o incorporales, corresponde, pues, analizar a qué clase de inmuebles se refiere la ley 17.930. Del inciso primero del artículo 358 de dicha norma legal no surgen elementos que nos indiquen si dicho concepto se refiere a bienes inmuebles corporales o bienes inmuebles incorporales. El análisis debe realizarse teniendo en cuenta el contexto de la norma y no solo su inciso primero. Más adelante, al sancionar con nulidad y multa el otorgamiento de la operación, la misma norma precisa lo que debe entenderse por *inmueble* al establecer: «Sin perjuicio de la expresada nulidad, dichas operaciones serán sancionadas por una multa equivalente al valor venal de cada solar que hubiere sido irregularmente negociado». Se emplea allí la palabra *solar*, que es sinónimo de *terreno, parcela, propiedad, superficie, campo*, conceptos todos que corresponden a bienes inmuebles corporales. La calidad corporal de los bienes inmuebles objeto de las operaciones comprendidas en el artículo 358 de referencia es, asimismo, referida en su parte final cuando establece «infringiendo normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra». Por segunda vez se refiere a un bien inmueble corporal al emplear el concepto *tierra*, sinónimo de *suelo, solar*. Es, pues, por demás claro e indiscutible que las operaciones a que se refiere la ley son las que recaen sobre cuotas indivisas de bienes inmuebles corporales, por lo que la cesión proyectada no se encontrará afectada de

nulidad ni de sanciones pecuniarias por tal circunstancia (por tratarse de un bien inmueble incorporal).

d. Los presupuestos de hechos previstos en la norma legal —que la operación se realice con destino a la formación de núcleos de viviendas y que sea realizada infringiendo normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra— no se configuran en la operación proyectada en lo que respecta al destino de la operación, por cuanto, en el caso planteado, ya existe en el padrón matriz un núcleo de viviendas, en virtud de que el edificio propiedad horizontal se compone de dos viviendas y la incorporación de una o más viviendas al edificio, mediante el ejercicio del derecho de sobreelevar, es una actuación habilitada, permitida por las normas de derecho privado, totalmente legal, mediante la cual no se infringen, no se violan normas nacionales o departamentales que regulen la subdivisión de la tierra. Es presupuesto de hecho exigido por la norma legal sancionatoria analizada que exista una violación de normas que regulan la subdivisión de la tierra, y en la operación proyectada no se subdivide tierra alguna, sino que existirá una eventual incorporación de una o más unidades al edificio de propiedad horizontal ya constituido y vigente con anterioridad, incluso, al dictado de dicha norma sancionatoria. Y para el caso de que «el destino a la formación de núcleos de viviendas» exigido por la norma sancionadora y el destino «construcción de una vivienda» en la operación proyectada se consideraran casos asimilables, que ameritarían la aplicación de las sanciones legales, por vía de integración analógica, este consultante opina que no es ajustado a derecho ampliar los presupuestos de hechos previstos legalmente en la conducta sancionada por dicha vía en virtud de los fundamentos que se expondrán, en la opinión fundada que se efectuará seguidamente respecto de la segunda consulta objeto de la presente.

Segunda consulta

En virtud de la similitud *prima facie* de las operaciones previstas en el artículo 358 de la ley 17.930 y de la operación proyectada, se consulta si esta última, por vía de integración analógica, se encuentra afectada por la nulidad y sanciones pecuniarias previstas en dicha norma legal.

Opinión fundada del consultante

Este consultante opina que la operación proyectada no se encuentra afectada por vía de integración analógica por la nulidad y sanciones pecuniarias previstas en dicha norma legal por lo que se dirá.

a. Al disponer el inciso segundo del artículo 10 de nuestra Constitución que «ningún habitante de la República será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe», consagra el principio de legalidad que rige en el derecho civil, además de todas las otras ramas del

derecho, y se reafirma el carácter instrumental y no sustancial del Estado al servicio de cada uno y todos los seres humanos (concepción personalista). Se dispone la protección en el goce de esos derechos anteriores al Estado, protección que solo «puede ser limitada por razones de “interés general” y mediante ley (Enrique SAYAGUÉS LASO, en *Tratado de derecho administrativo*, tomo I, 6.^a edición, Fundación de Cultura Universitaria, 1988, p. 447)». Se ha expresado la diferencia existente entre el campo público y el privado: en el primero, rige lo reglado y el principio de especialidad; en el segundo, los particulares se mueven bajo el principio de libertad y deciden cómo manejarse, mientras no vulneren una norma jurídica prohibitiva. En consecuencia, en nuestro derecho privado, salvo disposición expresa de la ley, el principio básico es el de autonomía privada y, por tanto, el de libertad. El artículo 358 de referencia limita la libertad al tener un doble carácter sancionatorio: por un lado, sanciona la operación mediante su nulidad; por el otro, sanciona a «la persona física o jurídica promotora de la negociación y en el o en los profesionales intervinientes».

b. En materia civil no es ajustado a derecho limitar la libertad mediante la aplicación de una disposición legal por vía de integración analógica. Y dicha limitación no ajustada a derecho sucedería si se entiende pertinente la aplicación a la operación proyectada del artículo 358 de referencia, por vía de analogía. En materia punitiva, en base a lo dispuesto en el artículo 10 de nuestra Constitución y como derivación de lo allí prescripto, se han desarrollado principios generales de derecho, los que son también plenamente aplicables en materia civil, al ser estos corolario, es decir, consecuencia lógica de la norma constitucional del artículo 10; además, porque, no obstante componerse el derecho de diversas materias —entre otras, procesal, penal, civil, tributaria y administrativa—, no se trata de compartimientos estancos, sino que se comunican entre sí y comparten principios generales que le son comunes.

c. Entre esos principios generales de derecho se encuentra el de *tipicidad*, que sin lugar a dudas rige en materia civil cuando se trata de normas sancionatorias, como lo es el artículo 358 de referencia. Con respecto a dicho principio de tipicidad, se han expresado doctrinariamente en materia administrativa conceptos que son totalmente válidos y trasladables en materia civil. En la *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n.º 36 (2019), se lee:

1. En la página 70:

1. Concepto. El principio de tipicidad postula la necesidad de que las conductas punibles estén expresamente previstas en una norma previa a la ocurrencia de la infracción que a su vez también prevea la sanción aplicable. Así, el principio de tipicidad ha sido definido como «la exigencia de la predeterminación normativa (*lex previa, lex scripta*) de las conductas ilícitas y sus sanciones correspondientes que permitan predecir, con suficiente grado de certeza (*lex certa*), las consecuencias de las acciones y omisiones de los administrados». En efecto, el principio de tipicidad supone la verificación

conjunta de tres elementos: *a*) la existencia de una ley que expresamente prevea la infracción y la sanción (*lex scripta*); *b*) la exigencia de que dicha ley sea anterior en el tiempo a la infracción (*lex praevia*), y *c*) la necesidad de que dicha ley tenga un grado de precisión suficiente y razonable en torno a cuál es la conducta punible y su correspondiente sanción (*lex certa*). Tal como puede advertirse, las tres exigencias (*lex scripta*, *praevia* y *certa*) tienen como fundamento la seguridad jurídica. Esto es, que el administrado sepa ciertamente qué conductas constituyen infracciones con anterioridad a su actuar y que pueda, asimismo, prever cuál será la sanción aplicable. En este sentido, se ha señalado: «El mandato de tipificación coincide con la vieja exigencia de la *lex certa* y con lo que habitualmente suele llamarse “principio de determinación (precisa)” y, más recientemente todavía, “principio de taxatividad”, cuyos confesados objetivos estriban en proteger la seguridad (certeza) jurídica y la reducción de la discrecionalidad o arbitrio en la aplicación del Derecho». En el mismo sentido, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo ha entendido que el principio de tipicidad de las sanciones «es necesario para dotar de seguridad jurídica a los particulares, en resguardo del derecho que tienen los mismos de conocer qué conductas son punibles y cuáles no, así como el contenido específico de las mismas» (sentencia del Tribunal de lo Contencioso Administrativo n.º 702/012, de 25 de octubre de 2012).

2. En la página 71:

2. La tipicidad es un principio general de derecho. En cuanto a su rango normativo, debe señalarse que el principio de tipicidad es un principio general de derecho y, más específicamente, es un principio general del derecho punitivo que tiene su origen en el derecho penal y se ha extendido al derecho administrativo, en la medida en que, cada vez con más frecuencia, la ley ha atribuido poderes sancionatorios de gran entidad a las diferentes administraciones. En este sentido, existe acuerdo en cuanto a que la tipicidad es un principio sustantivo del derecho administrativo sancionador [...]. En el mismo sentido, y en referencia a los principios de tipicidad e ilegalidad, se ha pronunciado el Tribunal de lo Contencioso Administrativo al sostener que «se trata de principios de raigambre constitucional, que son inherentes a todo procedimiento sancionador más allá de la posición doctrinaria a la que se afilie» (sentencia n.º 538/015 del Tribunal de lo Contencioso Administrativo de 28 de julio de 2015).

3. En la página 77:

5. Prohibición de la analogía. Una vez analizado el concepto mismo del principio de tipicidad, su alcance y su vinculación con el principio de legalidad, corresponde cuestionarse si en caso de falta de previsión explícita de una infracción de su correspondiente sanción pueden aplicarse por analogía tipos infraccionales previstos para casos similares o sanciones de entidades similar a las impuestas en casos asimilables [...]. En este sentido, existe consenso bastante generalizado a nivel de doctrina y jurisprudencia en cuanto a la prohibición de la analogía para la aplicación de tipos infraccionales y sanciones administrativas [...]. Es que «la exigencia constitucional de la determinación precisa de las infracciones y de las sanciones se eva-

porizaría si se permitiera a la Administración la aplicación analógica de la normativa sancionadora en perjuicio del inculpado. Es que el derecho represivo —en cualquiera de sus ramas— constituye un sistema riguroso y cerrado, formado por ilicitudes discontinuas, que no tolera —por la naturaleza de los objetos jurídicos de que trata— ningún tipo de integración, extensión o analogía tendiente a completar los elementos esenciales de las figuras creadas por la ley. Cabe tener presente que, por aplicación del mencionado principio, no se admite que las autoridades administrativas extiendan normas sancionatorias a comportamientos no previstos por ella y que puedan ser calificados como infracciones en la medida en que suponen la creación de un nuevo tipo de infracción o sanción. Asimismo, tampoco es admisible que se complete el texto legal mediante una analogía *in malam partem* cuando la laguna se refiere a los procedimientos sancionatorios. La correlación entre sanción y bien jurídico es la que permite fundar la prohibición de que —so pretexto de interpretación— se amplíen los tipos legales a la protección de bienes jurídicos distintos de los que el legislador ha querido proteger».

4. En la página 79:

Al respecto, el Tribunal de lo Contencioso Administrativo sostuvo: «Es evidente que se aplicó una sanción sin que existiera previamente la transgresión a la norma, asistiendo al espectáculo de falta de tipicidad y vulneración del principio de legalidad. El principio de tipicidad establece que la conducta debe ser adecuada al tipo: “Adecuación típica, por su parte, es el resultado de un proceso de comparación entre la descripción legal de conducta contenida en el tipo [...] con la conducta desarrollada en concreto [...]. Si la conducta de la realidad coincide con la abstractamente descrita [...], entonces puede afirmarse la adecuación típica de la conducta, de la cual resulta la tipicidad de esta” (*El derecho penal desde la Constitución*. Gastón CHÁVEZ HONTOU, pp. 160-161, C. C. 2015), y luego de atravesar el tamiz de la tipicidad se analizará si, efectivamente, es antijurídica».

5. Y en la página 82:

6. Conclusiones. De lo señalado precedentemente pueden extraerse las siguientes conclusiones. *a)* Tanto la doctrina nacional como extranjera reconocen al principio de tipicidad como aquel que demanda la existencia de una ley escrita, previa y cierta que tipifique la infracción y su correspondiente sanción para poder ejercer la potestad sancionatoria de la Administración. Asimismo, dicho principio también es reconocido por la jurisprudencia contenciosa administrativa de nuestro país, que entiende que los actos que violentan dicha norma se encuentran viciados de nulidad absoluta. *b)* Existe consenso en doctrina y jurisprudencia en cuanto a que la tipicidad es un principio general de derecho y, más específicamente, un principio general del derecho positivo cuyo origen se encuentra en el derecho penal, pero que resulta plenamente aplicable al derecho sancionador. *c)* El principio de tipicidad y el de legalidad o reserva de la ley se encuentran íntimamente relacionados, siendo el primero una derivación necesaria del segundo. En efecto, mientras que el principio de legalidad cumple con la exigencia de que para sancionar exista una ley escrita y previa a la infracción, el principio

de tipicidad adiciona la exigencia de que dicha conducta, para que sea posible de sanción, esté escrita con racional nivel de detalle de tal forma que el administrado puede reconocer fácilmente cuál es la conducta punible y cuál es su eventual sanción.

Informe de la Comisión de Derecho Civil

Se consulta si la cesión de una novena parte indivisa del derecho de sobreelevar está alcanzada por lo dispuesto por el artículo 358 de la ley 17.930.

I. EL DERECHO DE SOBREELEVAR EN PROPIEDAD HORIZONTAL

En trabajo nuestro expresamos acerca de la naturaleza real del derecho de sobreelevar a que refiere el artículo 13, inciso 2.º de la ley 10.751:²¹⁰

El derecho de sobreelevar es real porque es una facultad del dominio. El titular de la cosa puede edificar, y por el principio de accesión, lo construido le pertenece. Se diferencia del derecho de superficie, figura afín, que ha motivado su confusión con el derecho en examen.

En el derecho de superficie apreciamos dos propiedades distintas: la del suelo y la de las construcciones. El dueño del suelo constituye a favor de un tercero un derecho de acuerdo al cual las construcciones pertenecerán a este. Por supuesto, deberá cumplirse con las solemnidades que indique el ordenamiento y la registración pertinente a los efectos legales.

La situación es distinta en el caso de sobreelevación. El titular del derecho se integra, si es un tercero, a la copropiedad, o nunca dejó de pertenecer a esta en caso de reserva del constructor-propietario del suelo.

El título será, en caso de reserva del propietario del terreno, el mismo por el cual accedió al dominio del suelo. Para el caso de ser persona distinta, el título será la cesión del derecho, con las formalidades referidas, y su participación en la copropiedad se producirá una vez construido el edificio.

La calificación de *derecho real* respeta el principio de *numerus clausus* de los derechos reales, porque integra el concepto de *propiedad* en estado horizontal.

Por lo expuesto, el derecho de sobreelevar es una manifestación del dominio en propiedad horizontal, no en propiedad común.

La disociación jurídica del inmueble en propiedad común procederá a mérito de la existencia de una propiedad superficiaria emergente del derecho de superficie conferido por el titular del dominio del inmueble.

El derecho de sobreelevar mencionado puede ser enajenado total o parcialmente.

210 MOLLA, Roque. «Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX (dic. 1989), pp. 121 y ss.

II. LA MATERIA REGULADA POR EL ARTÍCULO 358 DE LA LEY 17.930

El artículo 358 de la ley 17.930, de 2005, dispone:

Será totalmente nula toda enajenación, promesa de compraventa, inscrita o no, cesión y, en general, toda operación sobre cuotas indivisas de bienes inmuebles ubicados en las zonas suburbanas o rurales, con destino a la formación de centros poblados o de núcleos de viviendas, realizadas infringiendo normas nacionales o departamentales que regulan la subdivisión de la tierra.

La norma transcrita refiere a la enajenación de cuotas de dominio de inmuebles corporales en régimen de propiedad común. Ello es así por cuanto solamente los bienes raíces en régimen de propiedad común pueden ser destinados a la formación de centros poblados o de núcleos de viviendas mediante la subdivisión de la tierra.

III. CONCLUSIÓN

La enajenación parcial del derecho de sobreelevar no está alcanzada por el artículo 358 de la ley 17.930 referido.

Esc. Roque Molla
Informante

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Roque Molla, Juan Pablo Villar, Carlos Groisman, Adriana Goldberg, Diego Séré, Juan Pablo Alonso, Karen Bonner, Beatriz Vázquez de León, Mariana Capel, María del Pilar Ramírez, Laura Parnás, Gustavo Echavarría, Florencia Manfredi, Laura Martínez Baldizoni, Margarita Puertollano, María Laura Conde, Sabrina Buono, Nicolás García Rodríguez, M.^a del Rosario Marchese, Rossana Ivanier, Silvia Vázquez Sepúlveda, Verónica Peláez, Sonia Castellano, Lourdes Mainé, Daniella Cianciarulo y Ana Laura Bertolotti, aprueba el informe que antecede, elaborado por el Esc. Roque Molla.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Solicitud de ampliación de informe

I. RELACIÓN DE HECHOS

1. En virtud del carácter ampliatorio de la presente, se dan por reproducidos aquí los hechos relacionados en la consulta objeto de ampliación.

2. En la consulta técnica objeto de ampliación expresé que me proponía enajenar una novena parte indivisa del derecho de sobreelevar de que soy titular, de acuerdo con las reservas de dominio efectuadas en el reglamento de copropiedad, siendo intención del adquirente el construir una vivienda y, posteriormente, incorporar lo construido como nueva unidad al estado de propiedad horizontal vigente.

3. En el momento de redactar la consulta ya evacuada no consideré interrogantes que surgirían en la preparación de la instrumentación de la operación proyectada, las que sí advertí en el reanálisis que motiva la presente.

4. Al ser el objeto de la operación proyectada una novena parte indivisa del derecho de sobreelevar y mantener este consultante la titularidad de las restantes ocho novenas partes indivisas, es imprescindible, necesario un respaldo gráfico para la operación, para que una vez que el adquirente construya e incorpore lo construido como nueva unidad al estado de propiedad horizontal, mantenga este consultante, con el respaldo gráfico pertinente, la titularidad respecto de las restantes ocho novenas partes indivisas del derecho de sobreelevar que no fueron objeto de cesión.

5. El derecho de sobreelevar de que soy titular es respecto del terreno G, bien común no esencial de una superficie de siete mil sesenta y siete metros, y a efectos de la instrumentación viable de la operación proyectada y el mantenimiento de mi titularidad respecto de las 8/9 partes indivisas, se requiere, pues, que al otorgarse la cesión derechos se individualice y delimite la parte del terreno (de una superficie de 785 metros, 2222 milímetros) en el que concretará el derecho de sobreelevar mediante la subdivisión del terreno G en el plano de mensura y fraccionamiento horizontal.

II. CONSULTAS TÉCNICAS Y OPINIONES FUNDADAS DEL CONSULTANTE

Primera consulta técnica

Se consulta si este propietario incorporador, ejerciendo las reservas de dominio efectuadas en el reglamento de copropiedad, está facultado para modificar unilateralmente, por sí, el plano de mensura y fraccionamiento horizontal del edificio y subdividir el terreno G en dos o más terrenos, así como otorgar la pertinente modificación del reglamento de copropiedad.

Opinión fundada del consultante

Este consultante opina que se encuentra facultado para otorgar unilateralmente, por sí, dichas modificaciones en mérito a lo siguiente.

a. En la cláusula segunda del reglamento de copropiedad se estableció que, como consecuencia de las reservas de dominio efectuadas, el propietario incorporador «tendrá la titularidad del dominio exclusivo del área a segregarse», enumerándose a continuación un conjunto de facultades entre las que incluye administrar unilateralmente y «solicitar y obtener de la autoridad municipal la subdivisión del terreno, mediante la suscripción del plano respectivo y de todos los documentos públicos y privados que fueren menester al efecto; desafectar el área a segregarse, modificando este reglamento de copropiedad, y enajenar el bien desafectado». Dicha enumeración estatutaria se refiere exclusivamente a la segregación y desafectación del terreno G del estado de propiedad horizontal y a la actuación ante la autoridad municipal a efectos de su subdivisión, y nada se establece —este consultante lo estima innecesario, al ser corolario del derecho de sobreelevar— respecto de la facultad del reservante, luego de realizada la construcción, de optar por la incorporación de la unidad al estado de propiedad horizontal, mediante los actos jurídicos —subdivisión del terreno en el plano de mensura y fraccionamiento horizontal, y modificación pertinente de reglamento de copropiedad—; que podrá otorgarlos de manera unilateral, prescindiendo de la conformidad de todos los propietarios de las unidades del edificio, por la aceptación de estos —expresa, en este caso— de la reserva del derecho de sobreelevar en el acto de adquisición de las unidades a este consultante. Interpretar lo contrario y requerir la conformidad de todos los propietarios de unidades en el edificio sería una contradicción, un contrasentido, en virtud de que esta ya está manifestada —mediante aceptación expresa, en el caso en consulta— en el acto de las primeras enajenaciones de las unidades. Además, requerir dicha conformidad constituiría una importante limitación al ejercicio del derecho reservado, en caso de negativa de aquellos.

b. No obstante no haberse establecido en el reglamento la facultad del reservante del derecho de sobreelevar, de subdividir el terreno G en dos o más terrenos, mediante la modificación unilateral del plano de mensura y fraccionamiento horizontal, y del reglamento de copropiedad, estimo que dicha facultad es procedente, en virtud de que es inherente al poder de disposición, total o parcial del bien, emergente del dominio reservado.

c. Es también innecesaria la existencia de previsión estatutaria respecto de dicha facultad, ya que esta es corolario, o sea, consecuencia lógica del derecho de sobreelevar reservado, el que es, como se consignó, «una manifestación del dominio en propiedad horizontal».

d. Las estipulaciones contenidas en la cláusula segunda del reglamento de copropiedad de marras, al decir de prestigioso doctrino, «tienen su fundamento de plena validez y eficacia en la autonomía de la voluntad que rige, por regla general, en forma irrestricta en el derecho de las

obligaciones», y comprenden la reserva de varios derechos, además del derecho de sobreelevar (extremo indicado claramente por la denominación de dicha cláusula expresada en plural, esto es «reservas de dominio»). Y la numeración de facultades realizada en la cláusula tercera respecto del derecho reservado de segregación y desafectación del régimen de propiedad horizontal del terreno G no son más que el desarrollo —a modo de ejemplo— de facultades inherentes al dominio, ejerciendo, actuando dicho derecho de segregación y desafectación. La ausencia de enumeración expresa de facultades respecto del derecho de sobreelevar no constituye, no significa, se reitera, en opinión de este consultante, limitación al ejercicio del derecho de sobreelevar reservado, impidiéndole otorgar unilateralmente, por sí, las modificaciones objeto de consulta, en la hipótesis de ejercicio del derecho reservado respecto de superficie menor a la del terreno G. La interpretación contextual (C. Civil, art. 1299) y armónica de las reservas de dominio establecidas coadyuva y determina la legitimación de este consultante de otorgar unilateralmente, por sí, dicha documentación; interpretar lo contrario lleva al contrasentido de que este consultante estaría legitimado, en el caso de ejercer el derecho de segregación y desafectación, para subdividir por sí en el régimen de propiedad común el terreno G, y no estaría legitimado para subdividirlo en el campo de actuación del derecho de sobreelevar en el régimen de propiedad horizontal. Sin lugar a dudas, es un contrasentido, ya que en ambos casos el objeto del acto es el mismo, y la legitimación de actuar, disponer una superficie menor a la del objeto de reserva es un corolario, o sea, consecuencia lógica de las reservas de dominio efectuadas.

Segunda consulta técnica

No obstante estimar este consultante la procedencia de su facultad de actuar unilateralmente, por sí, relacionada en su opinión fundada a la primera consulta técnica, considera que es conveniente, previa individualización de todos los actuales propietarios mediante el certificado del Registro de la Propiedad Inmueble, y en mérito al apoderamiento especial e irrevocable que fuera conferido, prestar en representación de todos los actuales propietarios de las unidades del edificio la conformidad a la subdivisión del terreno G en el plano de mensura y fraccionamiento horizontal y en el reglamento de copropiedad. Ante dicha conveniencia, y la circunstancia de que no se menciona expresamente la facultad de subdividir el terreno G, se consulta si el apoderamiento especial conferido tiene facultades bastantes al respecto.

Opinión fundada del consultante

No obstante no mencionarse expresamente la facultad de subdivisión, este consultante opina que el apoderamiento contiene facultades bastantes,

ya que la numeración de facultades ha sido realizada a modo de ejemplo, no taxativa; dicha conclusión surge de la interpretación contextual y armónica de las estipulaciones. Es por demás definitorio, en tal sentido, la redacción de la cláusula tercera:

No obstante la facultad de actuar unilateralmente conferida precedentemente al reservante a los efectos preindicados, el mismo queda autorizado en forma irrevocable —mediante apoderamiento especial— para ejercer la representación de todos los propietarios de las unidades del edificio en todos aquellos actos jurídicos que fuere necesario otorgar para: [...]; b) ejercer el derecho de sobreelevar reservado.

Es innegable que el acto jurídico de prestar la conformidad para la subdivisión del terreno G es un acto que coadyuva, facilita el ejercicio del derecho de sobreelevar reservado y que, por lo tanto, este consultante tiene facultades bastantes al respecto.

Tercera consulta técnica

Ante la conveniencia referida en la segunda consulta técnica, y ante la circunstancia de que en nuestra legislación no existe respecto de la irrevocabilidad norma prohibitiva expresa ni que la autorice, se consulta sobre la validez de la irrevocabilidad del apoderamiento especial conferido en el estatuto de la copropiedad.

Opinión fundada del consultante

Se ha expresado:²¹¹

¿Qué pasa con la irrevocabilidad del poder? O, si quieren, de otra manera: ¿hay poderes irrevocables? Sí, los hay. ¿Cuáles son las situaciones de poderes irrevocables? Son aquellas situaciones que, como decía LABAND, no tienen un apoyo en una relación base-mandato. Son aquellos poderes que están vinculados a relaciones jurídicas que, por su propia naturaleza jurídica, le impiden a uno de los integrantes de la relación salirse de la misma [...]. Acá simplemente se trata de que el sujeto, antes de contratar, está amparado por el principio cardinal de derecho privado, o sea, por su autonomía privada; pero, justamente, cuando contrata, desarrolla su autonomía privada y dispone justamente de ella en la forma que quiera, dentro de los carriles que le manda el ordenamiento. Una de ellas es disponer.

Este consultante, aplicando los precitados agudos, fundados y certeros conceptos a la interrogante planteada arriba, opina que el apoderamiento especial conferido es irrevocable, por cuanto «no tiene un apoyo en una

211 MOLLA, Roque. «Irrevocabilidad del poder y del mandato». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 75, n.º 7-12 (jul.-dic. 1989), p. 286.

relación base-mandato», y su adhesión al apoderamiento se configuró, incluso respecto de los actuales propietarios de las unidades, aunque no las hubiesen adquirido de este compareciente, en virtud de la publicidad y la consiguiente oponibilidad que brinda la inscripción del reglamento de copropiedad. Las eventuales transmisiones sucesivas de las unidades, posteriores a las primeras enajenaciones, constituyen actos de adhesión para los adquirentes, no existiendo posibilidad alguna de negativa o cambio de las cláusulas por parte de aquellos y debiéndose someter, en consecuencia, a las reservas. La propia naturaleza jurídica de las situaciones en que se encuentran los propietarios de las unidades del edificio le impide a cada uno salirse de la relación jurídica en que ingresaron libremente en el acto de la adquisición de sus unidades. Se ha consignado por MIRANDA:²¹²

El reglamento alcanza, con sus resultados, desde luego, a aquel o aquellos que lo estipularon, a sus sucesores a cualquier título, inmediatos o mediatos (sucesores de los sucesores), y a los terceros que por cualquier causa caigan en los supuestos reglamentados (acreedores hipotecarios, embargantes, promisarios, usufructuarios, usuarios, ocupantes, arrendatarios, etc.).

Y agrega:²¹³

Este, reducido a escritura pública e inscripto, tendrá fuerza obligatoria, incluso para los sucesores a cualquier título de los otorgantes (art. 16, inc. 2.º). Antes de ser reducido a escritura pública, tiene efectos entre los otorgantes. Vertido en escritura pública e inscripto, cobra un singular vigor, que lo hace aplicable aun con relación a los sucesores de los otorgantes. Tales requisitos lo revisten de la autenticidad y publicidad necesarias para proteger el derecho de los terceros. Estos requisitos no son para la validez, sino para la eficacia del acto. No van dirigidos a su integración; tampoco a la prueba de su existencia, sino a sus efectos.

Informe ampliatorio de la Comisión de Derecho Civil

I. RESPUESTA A LA PRIMERA CONSULTA: EL DERECHO DE SOBREELEVAR Y LA FACULTAD DE SEGREGAR PARTE DEL TERRENO

El propietario incorporador del inmueble a propiedad horizontal se reservó en el reglamento de copropiedad el derecho de sobreelevar en propiedad horizontal y la facultad de segregar parte del terreno bien común. Esto es, se asiste a dos situaciones distintas que tienen un diferente tratamiento jurídico.

212 MIRANDA, Fernando. «Propiedad horizontal: el reglamento de copropiedad». En *Revista de la Asociación de Escribanos del Uruguay*, tomo 50, n.º 4-6 (abr.-jun. 1964), p. 122.

213 MIRANDA, Fernando. «Propiedad horizontal...» cit., p. 125.

1. El derecho de sobreelevar en propiedad horizontal consiste, en sentido estricto, en la posibilidad de construir nuevas plantas en un edificio existente. No obstante, la misma denominación se emplea para el caso de reserva, por parte del titular del dominio, del derecho de realizar construcciones en el terreno bien común, ya sea para integrarlas al edificio o para constituir uno o más edificios independientes. En todos los casos, se estará en presencia de una misma propiedad horizontal.

Se trata, en todas las situaciones, de una facultad inherente al dominio, como hemos expresado.²¹⁴

Las disposiciones de la ley 10.751, modificativas y concordantes no son de orden público en lo pertinente al derecho de sobreelevar o de realizar nuevas construcciones. Por ello, es posible que el propietario originario del inmueble pueda reservarse las facultades mencionadas, así como transmitir las a terceros en forma independiente a la de una unidad de propiedad horizontal.

2. La facultad de segregar parte del terreno bien común nada tiene que ver ni con el derecho de sobreelevar ni con la posibilidad de realizar nuevas construcciones en el terreno bien común.

En este caso, el propietario originario se reserva la facultad de dividir el terreno bien común, en un todo de acuerdo con la normativa nacional y departamental, a efectos de generar un padrón independiente que, desafectación mediante, dejará de integrar la propiedad horizontal y podrá ser enajenado en régimen de propiedad común.

Deberá procederse a la modificación del reglamento de copropiedad e inscribirla en el Registro de la Propiedad.

De pretenderse enajenar parte del terreno resultante de la segregación operada, deberá cumplirse con lo dispuesto por el artículo 358 de la ley 17.930.

II. RESPUESTA A LA SEGUNDA CONSULTA

La reserva de poderes realizada por el propietario originario —contenida en el reglamento de copropiedad— para sobreelevar en propiedad horizontal o segregar parte del terreno permite al reservante actuar en forma solitaria, esto es, con independencia del resto de los demás propietarios.

Por supuesto, deberá actuar en un todo de acuerdo con las exigencias establecidas por la Ley de Propiedad Horizontal, en el caso de sobreelevación o realización de nuevas construcciones, y de las normas sobre fraccionamiento de tierras, en el caso de pretender segregar parte del terreno bien común.

214 MOLLA, Roque. «Manifestaciones actuales relativas al derecho de dominio. La multipropiedad o tiempo compartido. El derecho de sobreelevar en propiedad horizontal». En *Anuario de Derecho Civil Uruguayo*, tomo XIX, pp. 118 y ss.

III. RESPUESTA A LA TERCERA CONSULTA

El titular del dominio tiene el poder de disposición de la cosa. De ahí que puede hacerlo en la forma que desee, dentro del marco que le asigna la ley a la autonomía privada.

La reserva de poderes realizada por el propietario en el reglamento de copropiedad es lícita, por no contrariar el orden público.

La mencionada reserva de poderes nada tiene que ver con el negocio de apoderamiento que aloje en un contrato de mandato, sino una manifestación del ejercicio del derecho de propiedad por su titular.

Se asiste a una situación ajena a la posibilidad de cesación de la eficacia de los poderes reservados por personas distintas del sujeto reservante. Como refiere el consultante, el tema lo hemos desarrollado en el trabajo «Irrevocabilidad del poder y del mandato» citado, al que nos remitimos.

De otra parte, luce relevante la cita de MIRANDA realizada por el consultante relativa a la calidad de negocio normativo del reglamento de copropiedad, cuyas disposiciones tienen fuerza obligatoria para todos los integrantes de la propiedad horizontal:

El reglamento alcanza, con sus resultados, *desde luego, a aquel o aquellos que lo estipularon, a sus sucesores a cualquier título*, inmediatos o mediatos (sucesores de los sucesores), y a los terceros que por cualquier causa caigan en los supuestos reglamentados (acreedores hipotecarios, embargantes, promisarios, usufructuarios, usuarios, ocupantes, arrendatarios, etc.) [destacado nuestro].

Por lo expuesto, la asamblea de propietarios de un inmueble de propiedad horizontal no puede dejar sin efecto la mencionada reserva de poderes establecida en el reglamento de Copropiedad.

Esc. Roque Molla
Redactor

La Comisión de Derecho Civil, integrada por los Escs. Juan Pablo Villar, Marcela Aldana, Carlos Groisman, Karen Bonner, M.^a del Pilar Ramírez, Roque Molla, Adriana Silva, Margarita Puertollano, Nicolás García Rodríguez, M.^a del Rosario Marchese, Sabrina Buono, Laura Parnás, Mónica Jover, Adriana Goldberg, Alejandra Portillo, Marynés Van Cranembrouck, Florencia Manfredi, Regina Felder, Daniella Cianciarulo, M.^a Beatriz Vázquez, Silvia B. Vázquez, María Ritacco y Mariana Capel, aprueba el informe que antecede.

Escs. Roque Molla y Juan Pablo Villar
Coordinadores

Informe y ampliación aprobados por la Comisión Directiva Nacional de la AEU el 14.12.2020, expedientes 2393 y 2420/2020.