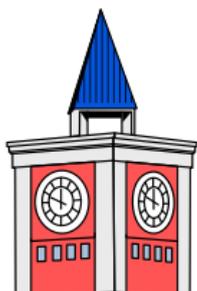


COMISIÓN N° 6 DERECHOS REALES

PONENCIAS



XXIX Jornadas Nacionales de
Derecho Civil
Buenos Aires, Argentina | 2024



UNIVERSIDAD
AUSTRAL

ÍNDICE

Inscripción registral del título constitutivo del derecho de superficie Por Liliana Abreut de Begher	1
Constitución y transmisibilidad del derecho de superficie. Propiedad horizontal temporaria dentro de la superficie Por Liliana Abreut de Begher	8
El derecho de superficie y la autonomía de la voluntad Por María T. Acquarone	17
Alcances de la acción de construir y de la construcción como su efecto Por Francisco J. Alterini	26
Aspectos del plazo del derecho de superficie Por Francisco J. Alterini e Ignacio E. Alterini	38
Los derechos reales de garantía frente al derecho real de superficie sobre inmueble ajeno Por María Eugenia Alterini e Ignacio de Garay Lanús	43
La función social del derecho de superficie y su estímulo económico para la promoción del acceso a la vivienda propia Por Martín Darío Benítez	49
El derecho de superficie y los derechos reales administrativos a la luz del código civil y comercial Por Roberto Boqué	61
Subsistencia de la afectación al régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la extinción del derecho real de superficie Por Pablo Enrique Bressan y Juan Ignacio Bressan Gutiérrez	69
La indemnización en especie como herramienta clave para la revitalización del derecho real de superficie Por Pablo Enrique Bressan y Juan Ignacio Bressan Gutiérrez	73
Los desafíos del derecho real de superficie Por Jorge Raúl Causee	77
Algunas cuestiones controvertidas en materia de derecho real de superficie Por Nelson G. A. Cossari y Leandro R. N. Cossari	90

Superficie	
Por Domingo C. Cura Grassi y Serafín Mathieu Alurralde	101
El superficiario como legitimado para la constitución de derechos reales y personales	
Por Juan Carlos Dallaglio y Luis Osvaldo Daguerre	106
La adquisición del derecho de superficie y la prescripción	
Por Carlos Alberto De Rosa y María Eugenia Torres Lastra	116
Breves reflexiones acerca del derecho real de superficie	
Por Carlos Alberto De Rosa y María Eugenia Torres Lastra	122
Superficie: crisis habitacional y protección de la vivienda en el ordenamiento nacional	
Por Miryam Adriana Farina	124
La norma en subsidio de la segunda parte del art. 2126 del Código Civil y Comercial	
Por Hilda Elena Fernández	136
Las ventajas que ofrece el derecho real de superficie a los países en vías de desarrollo. Consideraciones a partir de la experiencia de la industria hotelera cubana	
Por Neylia B. Figueroa Abboud	142
Consideraciones sobre el derecho real de superficie	
Por María Florencia Franchini	145
Breves consideraciones a propósito del derecho de superficie	
Por Gabriel Aníbal Fuster	158
Plazos, prorrogas y otras vicisitudes en el derecho de superficie	
Por María Adriana Garay	166
Derecho real de superficie	
Por Facundo A. García Aguado	173
El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios. Explorando oportunidades en sus tres dimensiones: superficie, subsuelo y espacio aéreo	
Por María Celeste Ghione y Joaquín Andrés Rotundo	180

El plazo en la superficie Por Juan José Guardiola y Marcelo Eduardo Urbaneja	196
La extinción de la superficie y los derechos reales constituidos por el superficiario Por Juan José Guardiola y Marcelo E. Urbaneja	202
Cláusulas de inenajenabilidad en la superficie Por Juan José Guardiola y Marcelo Eduardo Urbaneja	206
El plazo del derecho de superficie Por Mariana Hefling	209
La posibilidad de usucapir en el derecho real de superficie Por Ethel Humphreys, Juan Pablo Mele y Fabián C. Casas	213
Algunas precisiones respecto del derecho de superficie en el CCCN, con especial referencia a la prescripción adquisitiva larga y su transmisibilidad Por Verónica Kozak y Sandra Silvana Gutiérrez	217
Adquisición del derecho real de superficie por usucapión Por Ana Cristina Krekcza	230
El derecho real de superficie: interpretación y sugerencias Por Emiliano Carlos Lamanna Guiñazú, Carlos Alberto Fossaceca y Pilar Moreyra	233
Propiedad horizontal superficiaria e hipoteca superficiaria Por Mario R. Leal y Franco M. Paoloni	242
El derecho real de superficie como herramienta de seguridad jurídica de los conjuntos inmobiliarios durante su iter constitutivo Por Martha Linares de Urrutigoity	252
¿Puede constituirse el derecho real de superficie por testamento? Por María Nazareth Lombardi	272
El derecho de superficie y la problemática habitacional: a propósito de la ley 6.639 CABA Por Fernando Márquez y Martín L. Gallo Tagle	277

Acerca del objeto del derecho de superficie Por Belén Masci	290
Derecho de superficie. Un derecho innovador Por Victoria S. Masri	298
El Derecho de Superficie y la Carga de Constituir el Estado Parcelario Por Fabián Navarro de Zavalía	315
Conjunto de menciones detalladas para el buen ejercicio profesional en la contratación y constitución del derecho real de superficie Por José M. R. Orelle	327
Legitimidad para afectar a vivienda del titular de un derecho real de superficie Por Ana María Palomanes	342
Transmisión del derecho real de superficie Por Marcelo A. Pepe	355
El derecho real de superficie: una vía posible de acceso a la vivienda. La ley 6639 CABA Por Matilde Pérez y Manuel Guinle Bloise	362
Aplicación a la propiedad horizontal Por Alicia Puerta de Chacón	372
Derecho de superficie Por Irene Pujol Zizzias	394
Incompatibilidades entre derechos reales: propiedad horizontal y superficie Por Jorge C. Resqui Pizarro	407
Propuesta de modificación del artículo 2122 del CCyC Por Mariana Rey	425
Derecho real de superficie: consideraciones acerca de los plazos Por Carolina Vanesa Rosas	434
Adquisición del Derecho Real de Superficie por prescripción adquisitiva Por Daiana Siciliano	438

Aplicación del derecho real de superficie en los desarrollos inmobiliarios con unidades funcionales a construir Por María Laura Szymanski	447
Registración de la superficie Por Marcela H. Tranchini	455
Superficie para construir y propiedad horizontal Por Marcela H. Tranchini	462
Análisis normativo Derecho Real de Superficie Por Victoria Urtubi	470
Beneficios económicos y Conflictos normativos del Derecho de Superficie en el Desarrollo Inmobiliario Por Candela J. Zaiko y Casiano Highton	486
El derecho real de superficie y la usucapión larga Por Mario Arturo Zelaya	495
Necesaria vigorización del derecho real de superficie Por Marina C. Zuvilivia, Mariela C. Foronda y María José Alfonso	501

INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Por Liliana Abreut de Begher¹

I. CONCLUSIONES

De lege data:

1. El derecho de superficie puede ser constituido sobre todo el terreno o parte material del mismo (conf.art.1883, 2115 CCCN). Se le aplica la teoría de título y modo suficiente (art.1892 CCCN).
2. La inscripción registral del derecho real de superficie es necesaria para su oponibilidad a terceros interesados. Se crearán submatriculas para su inscripción.
3. Previo a la inscripción del derecho real deben cumplimentarse los recaudos de la ley Catastral, acompañándose plano del profesional habilitado para su confección cuando se constituye sobre una parte material (subparcela superficiaria).

De lega ferenda:

4. Resulta necesario la modificación de la ley Nacional de Catastro conforme las implicancias registrales del nuevo Código Civil y Comercial.

¹Juez Nacional de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal; Abogada egresada de la UBA; Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad del Museo Social Argentino; Investigadora de UBACYT; Titular por Concurso de la Cátedra de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora de la UCA en la Maestría de Derecho Privado Patrimonial; Maestría de Especialización de la Magistratura de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional; autora de libros y artículos sobre los derechos reales, y disertante en diferentes foros nacionales; integrante del equipo de juristas que colaboró en la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012.

II. FUNDAMENTOS

1. DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE TODO O PARTE MATERIAL DEL TERRENO.

El derecho real de superficie consagrado bajo la ley 25.509 era únicamente para forestar o plantar; en cambio bajo la nueva legislación se amplió considerablemente su contenido pudiendo ser para construir, forestar o plantar (conf. art. 2115, *CCCN*). Es un derecho que en las últimas décadas resurgió en las legislaciones del mundo.²

En este derecho real debemos distinguir dos planos diferenciados:

- a) El derecho de edificar, plantar o forestar.
- b) La propiedad superficiaria.

El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho real sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

El derecho real de superficie puede presentarse en sus dos modalidades; en ambas el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

El derecho real de superficie puede ser constituido sobre todo el terreno o una parte material determinada del mismo (conf. arts. 1883 y 2115, *CCCN*).

La posibilidad de constitución de este derecho sobre una parte determinada, o sobre la totalidad del predio, no encuentra limitación alguna

² Abreut de Begher, Liliana en "Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", Infojus, ver www.infojus.gov.ar, Id SAIJ: DACF150402 donde dije que "Actualmente el derecho real de superficie se encuentra consagrado en muchos países, como Francia, España, Alemania, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Cuba, Perú, los Códigos de Quebec de 1991, de Holanda de 1992, el Código de Brasil, la Ley Catalana 22/2001 de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbres y Adquisición Voluntaria y Preferente, del 31 de diciembre de 2001, luego se recepitó en el Código Civil Catalán por ley 5/2006 del 10 de mayo de 2006."

salvo lo que se disponga en el acto constitutivo, orientado a un mejor aprovechamiento económico de la cosa.

También puede ser constituido sobre el terreno o rasante, el subsuelo, o el espacio aéreo o vuelo. Inclusive lo construido puede ser afectado a propiedad horizontal, salvo pacto en contrario (conf. art. 2120, parte 2ª, CCCN).

De acuerdo a lo anteriormente explicado, es posible que existan varios derechos reales de superficie sobre el mismo inmueble. Por ejemplo, un derecho real de superficie sobre el subsuelo, y otro sobre una parte del terreno o rasante. También pueden existir varios derechos de superficie sobre distintas porciones del inmueble de ser posible su división material, lo cual tendrá reflejo catastral y registral.

2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE. SUPERFICIE TOTAL O PARCIAL. SUBMATRÍCULAS.

La inscripción registral del derecho de superficie es para su oponibilidad a terceros interesados (art.1892 CCC)

La inscripción del derecho de superficie se practicará en la matrícula donde conste inscripto el dominio o el condominio en el rubro referido a gravámenes y restricciones, donde debe figurar la constitución del derecho real, el plazo convenido en el título o condición resolutoria, los datos personales del superficiario, con los datos de la escritura de afectación.

Entendemos necesaria la creación de una submatrícula, indicativa de una superficie total o superficie parcial sobre el inmueble.

En el caso de que un consorcio por unanimidad decida por asamblea la constitución de un derecho de superficie sobre partes comunes, su inscripción se realizará en idénticas condiciones, siendo su titular el consorcio, como persona de derecho privado (conf.art.148 inc. h CCCN).

En esas submatrículas, se establecerá el objeto, indicando la extensión del derecho de superficie, su determinación conforme el plano respectivo y la titularidad del superficiario. Puede hacerse constar la restricción para que el superficiario no pueda afectar a propiedad horizontal las construcciones (conf. art. 2120, párr. 2º, CCCN; ver Disposición Técnico Registral nº 3/15 del Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal).

3. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO REAL EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DEBE REALIZARSE DE CONFORMIDAD CON LA LEY CATASTRAL.

En la provincia de Buenos Aires existe normativa específica sobre la materia. En la faz práctica, para que se pueda constituir el derecho real de superficie se tendrá que tener en cuenta dos normativas, una propia de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires (ARBA), del sector Catastro, la resolución 9 del año 2018 (res. 9/2018) y otra registral, la Disposición Técnico Registral número 5 del año 2018 (DTR 5/2018).

ARBA, mediante la res. 9/2018, regula la parcela superficiaria, el estado parcelario superficiario y la expedición de un certificado catastral a los efectos de la constitución del derecho real de superficie. Exige la confección de un plano a los fines de delimitar el polígono donde se emplazará el derecho de superficie. El mismo no requerirá intervención de ningún organismo municipal, provincial o nacional, lo cual lo distingue del resto de los planos, pues es más sencilla su aprobación.

El Registro de la Propiedad Inmueble de Capital Federal conforme la DISPOSICIÓN TÉCNICO REGISTRAL N° 22 / 2016 del 17/11/2016 dejó sin efecto el art.1 de la Disposición Técnico Registral N° 15 del 12 de Agosto de 2016 y dispuso que “Si el derecho real de superficie fuere constituido sólo sobre una parte determinada del inmueble, su extensión, medidas y demás especificaciones que resulten necesarias para su íntegra individualización deberán surgir de plano confeccionado por un profesional con título habilitante con incumbencia en mensura, que el autorizante deberá tener a la vista. Las medidas, áreas y demás constancias del plano y los datos del profesional que lo confeccionó deberán constar en el título constitutivo y en la solicitud de inscripción. Por no ser objeto de cotejo no se deberá adjuntar el plano al documento traído a registración, ni tampoco se exigirá que haya sido registrado o aprobado por el organismo catastral del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires.”

Dentro del ámbito de la Ciudad de Buenos Aires se publicó en el Boletín Oficial del 29/12/2016 una norma correspondiente a la SUBSECRETARÍA DE REGISTROS, INTERPRETACION Y CATASTRO, Resolución N° 546/SSREGIC/16, por la cual se dispuso la creación de la figura de "Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie", mediante el cual se declararán las superficies normadas (art.1). Se indicó que cuando se pretenda constituir "Derecho Real de

Superficie" (conf. art. 2114 al 2128 CCC) el propietario de la o las superficies involucradas deberá presentar para su registro el "Plano de Mensura Particular y de Derecho Real de Superficie", creado conforme el art. 1º (art.2).

Así se puede observar que la individualización del bien por plano es necesario, y se torna indispensable cuando el derecho de superficie es parcial, por lo que deberá realizarlo el profesional especializado en mensura, o sea, un agrimensor, que es el profesional encargado de hacer el relevamiento parcelario para su inscripción en el Registro Nacional de Catastro, lo que permitirá luego la expedición del Certificado Catastral, necesario para la confección de la escritura pública de constitución del derecho de superficie por el escribano, para luego ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble, a los efectos de su oponibilidad a terceros (conf. art. 1893, CCC).

El plano es un documento cartográfico, confeccionado por un agrimensor matriculado, que se realiza a los efectos de conocer el estado parcelario. En las jurisdicciones comentadas no se exige aprobación de planos a nivel provincial o municipal, sino únicamente su registración en el Registro Nacional de Catastro.

La constitución de la superficie total no impacta en los datos del título ni del plano de mensura del inmueble, pues no cambia el objeto de origen. No modifica el estado geométrico del inmueble. Diferente es la situación en el supuesto de una superficie constituida sólo sobre una parte determinada del inmueble, en la que su extensión, medidas y demás especificaciones son necesarias para su íntegra individualización las que deberán surgir de plano confeccionado por el agrimensor.

A partir del plano de superficie (vgr. Mensura de superficie, MS), se creará una nueva parcela, que no alterará de modo alguno la anterior, pues son independientes. Como sucede en las anexionen de inmuebles, seguramente se le agregará al número asignado a la parcela, alguna distinción, por ejemplo, una letra —parcela 8 a—, en esencia, la creación de una submatrícula.

La obligación de la confección de un plano de mensura a los efectos de determinar la parcela superficiaria, se presenta como obligatoria cuando la superficie comprenda una parte determinada de la finca (también llamada superficie parcial).

En el supuesto de tratarse de la constitución de un derecho de superficie para construir, y no encontrarse vedado la afectación a propiedad horizontal de lo construido, consideramos que en ese caso deberán transitarse todos los pasos administrativos necesarios para la constitución de ese derecho como si se tratara de una propiedad horizontal perpetua.

Es importante marcar que la ley nacional de Catastro se encuentra totalmente desactualizada por no haber receptado las modificaciones a los derechos reales que hizo el nuevo Código Civil y Comercial, por lo que se presenta como necesaria su actualización y armonización.

Reza la ley 26.209 en su art.12 que “En los actos por los que se constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, se deberá tener a la vista la certificación catastral habilitante respectiva y relacionar su contenido con el cuerpo de la escritura o documento legal correspondiente. No se requerirá la certificación catastral para la cancelación de derechos reales, y constitución de bien de familia, usufructo, uso y habitación, e inscripción de embargos y otras medidas cautelares.”. Completa esa obligación el art. 13 que indica que “A los efectos de las inscripciones de los actos citados en el artículo 12 de la presente ley en el Registro de la Propiedad Inmueble, se acompañará a la documentación correspondiente el certificado catastral, sin cuya presentación no procederá la inscripción definitiva.”

La ley nada dice cuando los gravámenes reales son constituidos sobre una parte material de los inmuebles (vgr. usufructo, uso o habitación parcial), y menos aun cuando se constituye un derecho real de superficie, ya sea sobre todo o parte material del inmueble.

Recordemos que las certificaciones catastrales, efectuadas previo relevamiento parcelario por un agrimensor, son documentos que acreditan los datos físicos, jurídicos y económicos de los bienes inmuebles que constan en el Catastro Inmobiliario, y no solo dan seguridad jurídica a los interesados sino que permiten al Estado conocer esa situación con fines tributarios.³

³Diez, Lilia Noemí, “El Catastro y su conexión con el Registro de la Propiedad Inmueble”, Revista del Notariado n° 865, Buenos Aires, pág.20, dice que “El Catastro constituye un inmejorable inventario de la riqueza inmueble del país. Es un registro de identificación física, jurídica y económica de inmuebles y, como tal, además de un soporte

Por las razones expuestas propongo la modificación de la ley nacional de Catastro, de modo que su actualización permita la armonización con el Código Civil y Comercial en los casos que se presente la constitución de este derecho real sobre parte material del inmueble. Ello se hace extensiva al resto de los derechos reales sobre cosa ajena constituidos sobre parte material del inmueble (art.1883, 1888 y 1893 CCC).

indispensable del sistema tributario local, provincial y nacional, es un banco de datos imprescindible para la elaboración de diversas políticas económicas y sociales, tales como las de desarrollo regional, agropecuaria, planificación urbanística, perfeccionamiento de redes viales, entre otras, y va mucho más allá de una concepción exclusivamente fiscal”.

CONSTITUCIÓN Y TRANSMISIBILIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE. PROPIEDAD HORIZONTAL TEMPORARIA DENTRO DE LA SUPERFICIE

Por Liliana Abreut de Begher¹

I. CONCLUSIONES

De lege data:

1. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito, redactado por escritura pública e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble (art.1893, 1017 CCCN). No puede constituirse por disposición de última voluntad.
2. Es un derecho real transmisible por acto entre vivos y mortis causae. La cláusula de inenajenabilidad del art. 1972 CCCN resulta aplicable al derecho de superficie. Es un derecho embargable y ejecutable, por lo que puede subastarse.
3. No hay plazo mínimo legal de duración del derecho. El plazo máximo legal de duración del derecho de superficie es de 50 años para forestar y 70 para construir. No puede prorrogarse más allá de ese plazo (art.2017 CCCN).
4. Se encuentran legitimados para constituir este derecho los titulares de dominio, condominio (por unanimidad, art.1990 CCCN), y los titulares de propiedad horizontal (por unanimidad, art. 2052 CCCN).
5. El superficiario puede constituir derechos reales de disfrute y garantía, y también derechos personales.

¹Juez Nacional de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal; Abogada egresada de la UBA; Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad del Museo Social Argentino; Investigadora de UBACYT; Titular por Concurso de la Cátedra de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA; Profesora de la UCA en la Maestría de Derecho Privado Patrimonial; Maestría de Especialización de la Magistratura de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional; autora de libros y artículos sobre los derechos reales, y disertante en diferentes foros nacionales; integrante del equipo de juristas que colaboró en la redacción del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de 2012.

6. Lo construido por el superficiario puede ser afectado a propiedad horizontal salvo pacto en contrario (art.2120 CCCN). Se constituirá en esos casos un derecho real de propiedad horizontal temporario, sujeto al plazo de duración del derecho de superficie.

7. El superficiario responde por daños y perjuicios frente a terceros ocasionados durante la forestación y la construcción, como, asimismo por los daños ocasionados después de la forestación y construcción.

II. FUNDAMENTOS

1. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO

El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito. Si es oneroso se le aplicarán las normas de la compraventa (conf. art. 1124, inc. *a*, CCCN); en cambio, sí es a título gratuito serán los preceptos que gobiernan la donación (conf. art. 1543, CCCN).

No es válida la promesa de donación de superficie, dado que la donación debe ser redactada siempre por escritura pública bajo pena de nulidad (conf. art. 1552, CCCN).

El contrato debe ser redactado por escritura pública (conf. art. 1017, CCCN) e inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble para su oponibilidad a terceros (conf. art. 1893, CCCN).

Este derecho puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte (conf. arts. 398 y 1906, CCCN). Es un derecho real transmisible y temporario (conf. art. 2119, CCCN). Al ser este derecho transmisible *mortis causa*, entendemos que no habría inconveniente que se disponga de él por testamento.

No puede adquirirse por usucapión larga; sin embargo, la prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título (art.2119 CCCN).

Al ser un derecho transmisible es por lo tanto susceptible de embargos por parte de los acreedores del superficiario, pudiéndose subastar, y el adquirente en subasta será el sucesor particular de su derecho, con todos las obligaciones y derechos que recaían sobre el superficiario ejecutado. Ergo, es un derecho que puede adquirirse en

subasta judicial (conf. art. 1017, *CCCN*); también puede ser adquirido por partición judicial (conf. art. 2371, *CCCN*).

Este derecho no puede constituirse por testamento conforme la redacción actual de la norma contenida en el art.2119 *CCCN*, aspecto que coincide con la mayoría de las legislaciones de otros países². Podría modificarse la legislación para aceptar su constitución por testamento, pero entendemos que ello resulta altamente inconveniente por los problemas que podrían suscitarse si el testador no dejó claramente dispuestas las condiciones de su constitución, desarrollo y extinción de este derecho, como las obligaciones a cargo de los superficiantes y el superficiario.

² En España se sigue la misma línea que prevé que únicamente puede constituirse por contrato gratuito u oneroso. Ver Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Art.53 sobre Contenido, constitución y régimen, ap.3 que establece que “El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.”

En Brasil el Código Civil regula el instituto en los arts.1.369 a 1.377, y lo establece como un derecho temporario con plazo determinado para plantar o construir, que puede transferirse a terceros por acto entre vivos o mortis causa, nada indica que pueda constituirse por testamento.

En Italia, se reconoce el derecho de superficie para construir en el Código Civil de 1942, art.952 y sgtes.; regula este derecho por tiempo determinado y refiere que se constituye por contrato. “Art. 952. (Costituzione del diritto di superficie). Il proprietario puo' costituire il diritto di fare e mantenere al disopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprieta'. Del pari puo' alienare la proprieta' della costruzione gia' esistente, separatamente dalla proprieta' del suolo.” “Art. 953. (Costituzione a tempo determinato). Se la costituzione del diritto e' stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione.”.

El Código civil de Quebec (1991) vigente desde 1994, legisla el derecho de superficie en el libro sobre el derecho de los bienes art.1011 y sgtes. permitiendo su constitución para plantar y construir, e indica que se constituye por acuerdo. En una postura contraria, el Código Civil de Perú si bien reconoce este derecho, estableciéndolo como temporario por 99 años, y transmisible por acto entre vivos y mortis causa, indica en el art.1031 que “El derecho de superficie puede constituirse **por acto entre vivos o por testamento**. Este derecho es trasmisible, salvo prohibición expresa.”

Bajo la actual legislación razonamos que tomando en consideración que la propiedad superficiaria se rige por los principios generales de los derechos reales, y que existe un reenvío expreso a las normas del dominio (conf. art. 2128, *CCCN*), de ello se deriva que podría admitirse la aplicación de la limitación del art. 1972 del *CCCN* a este derecho. Por lo tanto, no sería posible cercenar el derecho del superficiario disponiendo que no puede transmitir su derecho real de superficie a persona alguna, siendo válida la cláusula si es se refiere a persona determinada en el supuesto de actos a título oneroso, y con la limitación de plazo para los actos a título gratuito.

El superficiario puede transmitir el derecho de superficie (conf. art. 2119, *CCCN*); y puede constituir derechos reales de disfrute: sea usufructo (conf. art. 2131, *CCCN*); uso (conf. art. 2155, *CCCN*); habitación (conf. art. 2159, *CCCN*) y servidumbre (conf. art. 2168, *CCCN*); los que se extinguirán junto al derecho de superficie (conf. art. 2125, *CCCN*).

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal excepto que exista un pacto en contrario que debe ser incluido en el título constitutivo. Por lo tanto, en principio, puede enajenar las unidades funcionales durante el plazo de vigencia del derecho real de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario; y podrán gravarse esas unidades funcionales con derechos reales de disfrute y garantía, como también con derechos personales.

El superficiario también puede constituir derechos reales de garantía tanto sobre la propiedad superficiaria como sobre el derecho de plantar, forestar o edificar. La hipoteca está expresamente prevista en el art. 2206 del *CCCN* y la anticresis en el art. 2213 del *CCCN*.

El superficiario también puede constituir sobre la cosa derechos personales, lo cual se deduce del art. 2125, párr. 1º del *CCCN* que indica que a la extinción de la superficie se extinguen los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Como titular del derecho real de superficie, puede ejercer las acciones posesorias (art.2041 y 2042 *CCC*) y las acciones reales (art.2247 y cc *CCC*), como la defensa extrajudicial (at.2240).

El superficiario es poseedor del inmueble, y si se producen daños durante la construcción o forestación, o una vez ya terminadas esas actividades, responderá frente a terceros por las consecuencias dañosas que

se puedan derivar de esa actividad conforme lo establecen los arts. 1757 y 1758 del CCCN.

Se observa que la constitución de este derecho real tiene trascendencia social, en tanto permite el acceso a la tierra y a la vivienda a quienes no pueden pagar por el precio del terreno, pudiéndose implementar sobre inmuebles ociosos del dominio privado del Estado (sea Nacional, Provincial o Municipal).³ Un ejemplo de ello es la ley 6639/ 23 de la Ciudad de Buenos Aires que prevé la utilización de este instituto en predios del dominio privado del Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires (ver en especial art.3,9, y 12).

2. PLAZO DE DURACIÓN. SIN PLAZO MÍNIMO LEGAL Y SOLO PLAZO MÁXIMO LEGAL.

La fijación de un plazo máximo prolongado siempre lo fue en atención a las peculiares características de este derecho, esgrimidas como razón valedera para que las inversiones del superficiario se amorticen y rindan sus frutos.

Algunos, refiriéndose a la derogada ley 25.509 sobre superficie forestal (art.6), dijeron que era exiguo el plazo de 50 años, y proponía que el mismo fuera de setenta años, teniendo en cuenta el tiempo de crecimiento de las especies cuya explotación resulta productiva y la ecuación costo-beneficio⁴.

De acuerdo al derecho comparado, el plazo de duración del derecho de superficie varía según los países de que se trate. El plazo máximo admitido va desde los veinte años estipulados en Japón, hasta los cien años

³ Varsirospigliosi, Enrique y Barba, Vincenzo, "Importancia del derecho de superficie. Tradición y nuevos retos desde la regulación legal en Italia y su práctica en Perú", Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1506-1523, quienes dijeron que "Uno de los grandes problemas en las ciudades y metrópolis es la falta de tierra para edificar. Las existentes son extremadamente caras y muchos de sus titulares no quieren desprenderse de ellas. A la par, se suma el hecho que el Estado es titular de muchas y extensas propiedades de las que debe obtener un beneficio económico y no dejarlas inertes, sin uso y libradas en el olvido. Es ante este panorama que se presenta la superficie, como un derecho real eficiente."

⁴ Gurfinkel de Wendy, *Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie*, JA, 2001-I-973.

de la legislación de suiza de 1965, pasando por los treinta, cincuenta, setenta, setenta y cinco, ochenta y noventa y nueve años⁵.

En cuanto al plazo mínimo legal, la ley 25.509 de superficie forestal no lo establecía, tal como se propiciaba en las Jornadas de Corrientes de 1985, que lo fijaba en quince años, en atención a los fines específicos de la ley, de manera de asegurar una verdadera y exitosa explotación forestal racional, fuente de riqueza.

El Código Civil y Comercial de la Nación tampoco lo hace, sin perjuicio de establecer los máximos legales. El plazo máximo de duración de este derecho no puede exceder los setenta años cuando se refiere a construcciones, y cincuenta años cuando se trata de forestaciones o plantaciones (conf. art. 2117, *CCCN*).

Es un derecho real temporario; es decir, que cumplido determinado plazo se extingue, pues como casi todos los derechos reales desmembrados del dominio, tienen un límite en el tiempo. Ambos plazos deberán contarse a partir de la adquisición del derecho de superficie.

Se interpreta que el superficiario tiene el derecho real desde que tiene el derecho de poseer, o sea, que a partir del momento que el superficiario tiene título suficiente y modo suficiente —tradición—, por lo que debe contarse desde ese momento el plazo máximo de duración de este derecho.

Coincido con Puerta de Chacón quien sostiene que el plazo establecido debe computarse desde la fecha del título inscripto, aunque la entrega de la posesión fuese posterior; porque la publicidad posesoria se torna dificultosa en el caso de la superficie, dada la concurrencia de distintos derechos reales que se ejercen por la posesión sobre el mismo inmueble⁶. Allí se aplicaría la presunción que se posee desde la fecha del título (conf. art. 1914, *CCCN*).

⁵ Mariani de Vidal, *Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509, LL*, 2002-F-1415.

⁶ Puerta de Chacón, *Nueva versión del derecho real de superficie, JA*, 200-II-836. En contra: Papaño - Kiper - Dillon - Causse, *Derechos reales*, 2004, t. II, p. 283, quienes sostienen que debería tenerse en cuenta la fecha del día de la tradición que puede ocurrir antes o después de suscripto el título

Los plazos convenidos contractualmente pueden ser prorrogados, pero no pueden exceder el límite legal. Mariani de Vidal —postura con la que concordamos— sostiene que la renovación no puede exceder el máximo legal porque si no ello se convertiría en una cláusula de estilo en el contrato originario con lo que el derecho pasaría a extenderse por el término de 100 años o aun llegaría a ser perpetuo⁷.

La redacción del art. 2117 del *CCCN* en su parte final avala esta postura cuando dice que: “*El plazo máximo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos*”.

La destrucción de la propiedad superficiaria puede llevar también a la extinción de este derecho, en el caso que no se reconstruya en el plazo de 6 años, o no se reforesta en el término de 3 años (art.2122 CCC). La falta de uso puede durante 10 años de la superficie construida, o de 5 años de la forestada, también conlleva a la extinción del derecho.

Si la extinción del derecho opera antes del cumplimiento del plazo del derecho (sea el pactado por las partes o el máximo legal) los derechos reales constituidos sobre la propiedad superficiaria continúan vigentes en cabeza del superficiario hasta la expiración del plazo de vigencia del mismo, conforme lo establece el art. 2125 CCC.

3. LEGITIMACIÓN

Se encuentran facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal (conf. art. 2118, *CCCN*).

En el caso de los condóminos, la constitución de este derecho deberá ser por unanimidad, en tanto se necesitará el consentimiento de todos los comuneros (conf. art. 1990, *CCCN*).

Un aspecto novedoso es la constitución de la superficie dentro de la propiedad horizontal, para lo cual también es necesaria la unanimidad (conf. art. 2052, *CCCN*).

⁷Mariani de Vidal, *Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509, LL, 2002-F-1415.*

Consideramos que para que se pueda constituir el derecho de superficie por un consorcio sobre una parte material de edificio, deberá ser ello aprobado en Asamblea por todos los consorcistas –unanimidad- en tanto se trata de un acto de disposición material y jurídica sobre un sector común⁸.

4. PROPIEDAD HORIZONTAL TEMPORARIA DENTRO DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

El superficiario que construyó en el régimen de la propiedad horizontal no es un nuevo consorcista, y como tal copropietario de las cosas comunes del edificio. Podrá ser una unidad funcional lo construido, pero será de carácter común.

El superficiario es tan solo un ocupante del edificio en carácter de propietario superficiario de lo construido –vgr. poseedor- que tiene el uso y goce de las partes comunes, como modo de asegurar el disfrute, la habitabilidad y funcionalidad de lo edificado. No participará de las asambleas, ni pagará expensas comunes, y una vez finalizado el plazo del derecho real de superficie, se transformará lo construido en parte común, salvo que por unanimidad se decida lo contrario.

El superficiario puede afectar lo construido al régimen de la propiedad horizontal, siempre y cuando ello no se encuentre prohibido en el acto constitutivo del derecho (conf. art. 2120, parte 2ª, CCCN). Esa propiedad horizontal constituida por el superficiario será un derecho real temporario, y no perpetuo, sujeto a las condiciones y plazo del derecho de superficie.

En estos casos deberá habilitarse una submatrícula para el derecho de superficie, y recién a partir del momento que lo construido se afecte a propiedad horizontal, se deberán abrir otras nuevas submatrículas para las unidades funcionales de ese consorcio. Los titulares de ese derecho de propiedad horizontal temporario pueden gravar su unidad funcional con derechos reales, y también constituir derechos personales.

⁸ Gabás, *Derecho de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal*, LL, ejemplar del 13/12/13, p. 1 y siguientes

El derecho real de superficie para construir —*ius edificandi*— no debe confundirse con el derecho de sobreconstrucción que puede reservarse en el reglamento de propiedad a favor de un consorcista dentro del régimen de la propiedad horizontal, porque su naturaleza jurídica es totalmente diferente. El derecho de sobreelevación o sobreconstrucción es un derecho personal que puede convenirse o reservarse para uno o varios consorcistas, y hasta para un tercero, para construir sobre todo o parte del espacio aéreo existente por encima de la última planta superior de un edificio o sobrantes del terreno⁹.

El derecho de superficie se rige por los principios del dominio revocable, y es una excepción temporaria al principio de accesión (art.1945 3er.pár. CCC). El derecho de sobreelevación constituye una excepción definitiva al principio de accesión.

⁹ Gabás, *Derecho de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal*, LL, ejemplar del 13/12/13, p. 2.

EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Por María T. Acquarone¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho de superficie es de gran utilidad para la construcción de parques eólicos y se utiliza frecuentemente con este destino.

2. La autonomía de la voluntad es de fundamental importancia en delinear el contenido del derecho de superficie para establecer los derechos y obligaciones de las partes, la extensión de las facultades de ambos y en especial cuando su destino es muy específico y está destinado a la generación de energía eléctrica.

3. La sola constitución del derecho de superficie sobre el vuelo de un inmueble no permite asegurar el completo ejercicio del derecho del superficiario y que éste no sea en detrimento del propietario del suelo. En consecuencia se deben pactar todos los derechos y obligaciones de las partes para delinear la utilización del vuelo lo que nos lleva al análisis de las normas imperativas que rigen este derecho.

II. FUNDAMENTOS

1. EL ORDEN PÚBLICO Y LOS DERECHOS REALES

Dice Alterini²: “la importancia política económica y social de los derechos reales determina que su régimen este presidido por la noción del orden público” . De lo que se trata es saber hasta qué punto la organización de los derechos reales está regida por normas imperativas que resguardan el

¹ Profesora adjunta regular por concurso en la cátedra de Contratos Civiles y Comerciales (Universidad de Buenos Aires). Titular de la cátedra Derecho Notarial Registral e Inmobiliario (Universidad de Buenos Aires). Titular consulta (Universidad de Buenos Aires). Directora del Curso de Actualización en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (Universidad de Buenos Aires). Profesora en diversas carreras de posgrado (Universidad Notarial Argentina). Miembro de número de la Academia Nacional del Notariado.

² ALTERINI, Jorge Horacio, Ignacio Ezequiel, Maria Eugenia “Tratado de los Derechos Reales” Edicion La Ley 2018 tomo I pag 83

orden público y cuanto se puede delinear un derecho real mediante la autonomía de la voluntad. Citando a Lafaille, expone que la distribución y explotación de los bienes económicos que, tratándose de inmuebles, se han trasladado al orden político y social determinando a menudo la formación de clases y hasta el régimen gubernativos de los pueblos o la calidad de las instituciones³.

La doctrina está conteste en este concepto que ya lo expresara Vélez Sarsfield en la nota al Código Civil en el art 2828 que expresa que ...“la naturaleza de los derechos reales en general está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas y no depende de la voluntad de los particulares” y también coincide en que los derechos personales en cambio dependen mucho más de la autonomía de la voluntad. El orden público en uno y otro caso tienen distintos roles ya que en los primeros substancialmente regula la creación y estructura mientras que en el segundo obra de vallado a las excesivas autorregulaciones en detrimento de los particulares

Comparto la postura que distingue en dos planos normativos en esta materia. Por una parte las normas que determinan cuales son los derechos reales y como son, llamadas también normas estatutarias y por otra parte las normas reglamentarias que en cierta forma y en algunos casos delimitan de tal manera el derecho real que cambian su perfil de acuerdo a las circunstancias.

Con relación a la configuración del derecho real es rector el art 1884 del Código Civil y Comercial que nos rige, que expresa que es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, adoptando el sistema de numero cerrado (*numerus clausus*) en oposición al de numero abierto (*numerus apertus*). En esta cuestión sigue el criterio del Código Civil derogado.

2. EL NUMERO CERRADO EN MATERIA DE DERECHOS REALES

Esta tajante definición, que como veremos se encuentra atenuada, tiene repercusiones adversas que alegan la vetustez de esta clasificación⁴

³ LAFAILLE Jorge J. citado en ALTERINI, Jorge Horacio, Ignacio Ezequiel, Maria Eugenia “Tratado de los Derechos Reales” Edición La Ley 2018 tomo I pag 83

⁴ Cita de Carrasco Perera, Angel, en ALTERINI, Jorge Horacio y ot., La ley, Buenos Aires, 2018, tomo I, §84 p. 94.

pero también grandes defensores entre los que se encuentran Peralta Mariscal⁵ que realiza una enumeración de las ventajas de un sistema de número determinado de derechos reales creados por la ley entre los que enumera, la protección de los terceros, la facilitación de operaciones económicas, la distribución y aprovechamiento equilibrado de los bienes, la tutela del débil jurídico, la competencia razonable para los operadores jurídicos y la confluencia con el interés general.

De alguna forma el número cerrado de derechos reales lleva a su determinación en concreto, delineando la tipicidad de los mismos que serían los caracteres sin los cuales no se puede identificar un determinado derecho enumerado por la ley⁶. Así la ley determina contenidos especiales que los caracterizan. Pero en muchas ocasiones esta estructuración resulta flexible y permita su configuración a través de la autonomía de la voluntad sin que ello haga perder esos lineamientos básicos. Esto ocurre con la propiedad fiduciaria cuya caracterización surge del contrato de fideicomiso por el cual se produjo la transmisión, o la voluntad del testador en el caso del fideicomiso testamentario. Otro ejemplo de esta impronta de la autonomía de la voluntad también la tenemos en materia de servidumbres, ya que el código solo enumera algunas que podríamos decir que su regulación tienen normas supletorias, pero las que no enumera sin embargo pueden ser creadas por la voluntad de las partes siendo en este caso atípicas. En el derecho de superficie que nos ocupa en esta ponencia, es fundamental la regulación de su ejercicio a través del contrato que va a regir entre las partes y de acuerdo a ello va a ser ejercido de una u otra manera.

Esta cuestión de delinear el contenido del derecho real a través de la regulación contractual lleva a otro tema que es interesante analizar, que es su oponibilidad. Distinguir en la constitución del derecho cuales son las cuestiones que tendrán vocación registral y cuales tendrán publicidad cartular estableciendo para ello la obligatoriedad de conformar el título constitutivo con el contrato que le dio origen y lo delinea.

3. DERECHO REAL DE SUPERFICIE

⁵ PERALTA MARISCAL, Leopoldo, *Sistemas de derechos reales. Numerus apertus y numerus clausus*, Rubinzal Culzoni Santa Fe 2015, pp.475 y ss.

⁶ KIPER, Claudio, *Tratado de los derechos reales*, Rubinzal Culzoni, Santa fe, 2016, tomo I, p. 37.

El derecho real de superficie ha sido legislado en el Código Civil y Comercial de la Nación en el Libro IV Título VII art 2114 a 2128. Constituye una novedad ya que el Código Civil derogado lo condenaba en el art 2614 y en la nota al art 2503⁷. Vélez Sarsfield aludía a que el excesivo desmembramiento de la tierra iba a ser en detrimento de su valor económico y que sería además fuente permanente de conflictos⁸.

Las circunstancias económicas del país evolucionaron y siguen en esa dirección, hacia una utilización de la tierra más productiva, con el consiguiente abaratamiento de la misma. Esta prohibición traía ciertas consecuencias por la necesidad en ciertas ocasiones de la utilización del suelo o el subsuelo de un inmueble para lo cual se utilizaba la figura de la servidumbre para establecer la utilización del suelo o el subsuelo de determinado inmueble. Actualmente tenemos un instrumento más que se agrega, para estructurar mejor algunos negocios.

El art 2114 define al derecho como un “Derecho real temporario que se constituye sobre un inmueble ajeno que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición jurídica del derecho de plantar, forestar o construir o sobre los plantados, forestados o construidos en el terreno, el suelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este título y las leyes especiales”

La doctrina polemiza sobre si nuestro derecho distingue dos planos, por una parte el derecho de construir, plantar, edificar y por otra parte la propiedad superficiaria, o por el contrario que se trata de una concepción unívoca ya que el derecho de construir, plantar o edificar conlleva la propiedad superficiaria⁹. En nuestro código el art 2115 reglamenta las modalidades y expresa que “El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, el suelo y subsuelo del inmueble ajeno haciendo propio lo plantado, forestado o construido también puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades

⁷ Nota al art 2503 “...El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos...”

⁸ In extenso en esta materia LATINO, Jorge A., *Derecho inmobiliario*, Editorial Di Lalla Buenos Aires, 2018 p. 411 y ss.

⁹ PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, LINARES DE URRUTIGOTY, Martha.

el derecho de superficie coexiste con la propiedad separada del titular del derecho”. Se critica de esta definición que atiende más al hecho de considerar a la superficie como una relación personal que otorga facultades de disposición del derecho de plantar forestar o construir que a la relación estricta entre su titular y la cosa sobre la que recae que no es más que el espacio aéreo de un terreno que a su titular le es ajeno, pero sobre cuya extensión posee las más amplias facultades de uso y goce¹⁰. Por nuestra parte creemos que en el caso que analizamos es muy importante el contenido contractual de la constitución que va a regular las relaciones entre el propietario y el superficiario sin que esto afecte los elementos esenciales que hacen al derecho.

4. LA IMPORTANCIA DE LA REGULACIÓN DEL EJERCICIO Y LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

La energía eólica hace referencia a aquellas tecnologías y aplicaciones en que se aprovecha la energía cinética del viento, convirtiéndola a energía mecánica o eléctrica¹¹. Existen dos tipos principales de máquinas que aprovechan la energía contenida en el viento: los molinos, que se utilizan fundamentalmente para bombeo mecánico de agua (algo muy común en el campo), y los aerogeneradores, equipos especialmente diseñados para producir electricidad.

Las provincias de Santa Cruz, Chubut, Río Negro y Buenos Aires concentran el mayor potencial eólico argentino. Argentina cuenta con 57 parques eólicos en pleno funcionamiento. Según la potencia instalada, entre los más importantes figuran la Central Eólica Gastre, con 1.350 MW; Puerto Madryn I, con 220 MW y el Parque del Bicentenario, con 122 MW. Hasta 2014, el país contaba con 271 MW de potencia eólica. En la Argentina, la

¹⁰ CORIOLI, Luciano, FASANO, Tomas A., PRIOTTI, Ruben A. “En estudios de derecho Privado” Derecho Real de superficie su régimen de inoponibilidad, editorial Ad Hoc, 2018 p. 19.

¹¹ LATINO, Jorge A., “Escritura de constitución de derechos real de superficie vinculado a la construcción”, *Técnica Notarial. Doctrina nuevas tecnologías*, Buenos Aires, Hammurabi, 2021, pp. 253-259; en *Derecho Inmobiliario*, ACQUARONE, María (Directora), Editorial Di Lalla, 2018 p. 427. *El desarrollo de energías renovables se empezó a potenciar a partir del Protocolo de Kioto y del Acuerdo de Paris buscando reducir las consecuencias del cambio climático.*

energía eólica representa alrededor del 8% del total de generación eléctrica y según los expertos su potencial podría ser aún mayor¹².

La situación que plantean los negocios a los cuales se está aplicando para su concreción la constitución del derecho de superficie sobre determinados predios que se consideran aptos para el desarrollo de los mismos, no tienen en la normativa actual ninguna norma supletoria ya que se trata de contratos innominados o atípicos.

Se trata de contratos en los cuales una parte, permite que sobre el suelo del predio, se coloquen molinos productores de energía eólica. Es bastante frecuente que los inmuebles estén explotados con agricultura o ganadería o ambos por lo cual si bien el derecho de superficie se constituye sobre toda la fracción de campo, la utilización para la instalación de los molinos, requiera un porcentaje de los mismos. Por otra parte este porcentual no se realiza sobre un lugar específico sino puede ser en cualquier sitio dentro del mismo, e inclusive pueden variar de sitio¹³.

Asimismo estos contratos sin duda encuentran su mejor interpretación como contratos conexos, ya que se trata de una cantidad de contratos que constituyen una red y que tienen una finalidad común supracontractual. El Código Civil y Comercial regula la conexidad contractual en el art. 1073 siguiendo la corriente que ya había desarrollado la jurisprudencia en la que se responsabilizaba a un sujeto que no había intervenido directamente en la contratación pero en virtud de su “conexidad” adquiriría cierta responsabilidad. Esta red de contratos que tienen una conexión ha requerido especial atención en el derecho extranjero y, particularmente, ha sido objeto de análisis en Italia, donde se puede afirmar que la categoría se halla consolidada. Para la mayoría de los juristas italianos hay conexidad cuando las partes, con el fin de alcanzar un determinado resultado económico, concluyen dos o más contratos distintos, que presentan entre sí un nexo jurídico que se manifiesta en las vicisitudes que afectan a cada uno de los convenios celebrados sobre los otros. Esto es denominado *il collegamento negoziale*. Ana Lopez Frías sostiene que la jurisprudencia italiana ha tenido una influencia importante en el desarrollo de interpretación

¹² <https://epre.gov.ar/web.energia-eolica-situacionglobal>

¹³ ACQUARONE, María T., “La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial : su aplicación en los negocios jurídicos”, Anuario de la Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, 2016, N° 3, p. 54.

de la conexidad contractual elaborando una doctrina que aplican en las diversas situaciones y que sostiene que: “Las partes en el ejercicio de su autonomía contractual pueden dar vida con un solo acto a contratos diversos y distintos que, aun conservando la individualidad de cada tipo negocial y aun permaneciendo sometidos a su propia disciplina, sin embargo, están coligados entre sí funcionalmente y con relación de dependencia recíproca, de modo que las vicisitudes de uno repercuten sobre los otros condicionando su validez y ejecución”¹⁴

Sostiene Mosset Iturraspe¹⁵ que los procesos de producción se han vuelto sumamente complejos con empresas que aportan la producción de las diversas partes que forman. Por ejemplo, un auto, a lo que se suma la especialización y la división del trabajo que se realiza muchas veces fuera del país, lo que conduce a nuevas necesidades y vinculaciones entre distintas empresas que aparecen como eslabones de una unidad.

Este contrato que se celebra entre el dueño del suelo y el superficiario ciertamente va a ser un eslabón en la producción de energía eléctrica y requiere que se inserte en esa cadena destinada a la producción y distribución de energía eléctrica.

Por eso es de fundamental importancia el pacto que celebren las partes que delinera los derechos y obligaciones de ambas partes. Constituirá sin duda un contrato normativo ya que será el reglamento sobre la utilización del suelo lo que perfile el derecho de superficie. Generalmente se prevé un primer periodo durante el cual se analiza la factibilidad de acuerdo a la situación geográfica del emprendimiento, y a partir de su resultado, se fija definitivamente el periodo en el cual se va a utilizar la superficie.

Es usual la cláusula que expresa los plazos y las condiciones en las que se ejercerán los derechos.

Ej. “Períodos. El desarrollo del Proyecto estará dividido en los siguientes periodos: (a) **Período de Factibilidad**. Será el período, de hasta un máximo de diez (10) años, a contar desde la suscripción de la Minuta, y hasta la notificación de un Aviso de Obra (conforme se define a continuación) (en adelante, el “Período de Factibilidad”), el Superficiario

¹⁴ LOPEZ FRIAS, Ana “Los contratos conexos” Estudio de supuestos concretos y ensayo de una construcción doctrinal, Bosch, Barcelona, 1997.

¹⁵ MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Contratos conexos grupos y redes de contratos”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 1999.

podrá llevar a cabo en el Inmueble solamente aquellas tareas necesarias para las mensuras y demás mediciones para el análisis de pre-factibilidad y factibilidad del Proyecto (incluyendo la medición del recurso solar a través de la instalación de equipamiento a tal fin). Durante el Período de Factibilidad, el Superficiario no podrá realizar construcción ni obra alguna (salvo la instalación del equipo de medición y sus equipos complementarios), en el Inmueble hasta que notifique el correspondiente aviso de obra (conforme se define a continuación) (b) **Período de Construcción**. Con una antelación mínima de treinta (30) días a contar desde la fecha estimada del comienzo efectivo de la construcción del Proyecto, el Superficiario deberá notificar tal circunstancia por escrito al Propietario y entregarle, a título meramente informativo, un cronograma básico de la construcción y un layout del Proyecto (en adelante, el “Aviso de Obra”). El Superficiario podrá notificar un Aviso de Obra en cualquier momento desde la suscripción de la Minuta, dentro de los diez (10) años contados desde la suscripción de la Minuta. Transcurridos dichos diez (10) años sin que el Superficiario hubiere notificado un Aviso de Obra, el Superficiario tendrá la facultad unilateral de extender el Período de Factibilidad por un (1) año adicional mediante comunicación fehaciente al Propietario. Se tendrá por finalizado el Período de Construcción con la notificación de la obtención de la habilitación comercial del Proyecto, emitida por la/s autoridad/es y/u organismos competentes en la materia (en adelante, la “Habilitación”). Se denominará “Período de Construcción” al periodo existente entre la fecha indicada en el Aviso de Obra y la Habilitación. (c) Período de Operación Comercial. Se denominará “Período de Operación Comercial” a aquel comprendido entre la fecha de la Habilitación y la terminación de la Superficie.- (4) Derechos relativos a la construcción y explotación del Proyecto. Las Partes acuerdan expresamente que los criterios para la construcción, etapas de la misma, desarrollo y explotación, determinación de la potencia a instalar, equipamiento, interconexión, obra civil, caminos, movimiento de suelos y cualquier otro aspecto de la construcción y operación del Proyecto, será de exclusivo resorte del Superficiario y de la autorización que otorgaren las autoridades competentes, sin necesidad de autorización adicional por parte del Propietario. Nada de lo previsto o declarado a favor del Propietario, así como ninguno de los derechos del Superficiario, será interpretado como fundamento para requerir que el Superficiario lleve a cabo la construcción, emplazamiento u operación de cualquier instalación de energía en el Inmueble o en otro lugar, o continúe la operación de cualquier otro proyecto

que sea ubicado en el Inmueble o genere o venda cualquier cantidad mínima o máxima de energía eléctrica desde el Inmueble”.

En el derecho de superficie, y en otros de otros derechos reales , la voluntad de las partes en la constitución del derecho y en su ejercicio, juega un rol fundamental que delinea las características de los mismos. Todo ello sin perjuicio de estructurarlos con los caracteres esenciales que los perfilan en sus categorías.

ALCANCES DE LA ACCIÓN DE CONSTRUIR Y DE LA CONSTRUCCIÓN COMO SU EFECTO

Por Francisco J. Alterini¹

I. CONCLUSIONES

1. Los vocablos “construir” y su paralelo de “construcción” no deben interpretarse restrictivamente. En el ámbito de la superficie, debe entenderse por construcción a cualquier obra que implique la adhesión física de una cosa mueble al suelo con carácter perdurable, sea directamente (*accesión de primer grado*) o indirectamente (*accesión de segundo grado*), esto es, a través de objetos que formen un todo con él (arg. arts. 225, 226, 1945, 2116 “todo el inmueble o sobre una parte determinada”).

2. La superficie es un derecho real inmobiliario (arg. arts. 2114, 2115, 2116, 2120 segundo párrafo y especialmente art. 2128), por lo que no puede recaer sobre las cosas muebles adheridas físicamente al inmueble sin carácter perdurable, pues estas mantienen su naturaleza primigenia.

3. La superficie, en cuanto derecho de construir, puede recaer sobre una parte material del suelo –o lo que forme un todo con él–; la propiedad superficiaria puede referirse a la totalidad de la construcción, o bien a una parte material de ella.

4. Que la superficie pueda enderezarse a lo que sea “útil para su aprovechamiento” (art. 2116) no desmiente la necesidad de una construcción, plantación o forestación principal –actual o futura– a la cual esa porción material quede afectada a su beneficio.

¹ Doctor en Derecho (Universidad Austral). Abogado (Universidad Católica Argentina). Profesor adjunto de Derecho Privado I, Derecho Privado II, Obligaciones, Derecho de Daños y Derechos Reales (Universidad Austral). Coordinador Académico del Departamento de Derecho Civil y de la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral).

II. FUNDAMENTOS

1. ¿QUÉ ES UNA CONSTRUCCIÓN?

a) *Ausencia de definición*

El Código no brinda una definición de “construcción”. No obstante, del análisis de sus disposiciones podremos extraer el espíritu que las inspiró para procurar determinar el alcance de la superficie constructiva.

Lógicamente, una construcción requiere el empleo de “materiales” (art. 1962, Código Civil y Comercial); se trata de los “elementos adecuados” a los que apunta el *Diccionario de la Real Academia Española*, como veremos más adelante (2ª acepción del vocablo “construir”).

Por ello, ante todo, construir implica la utilización de cosas muebles (materiales) para emplazarlas en un inmueble.

b) *Diccionario de la Real Academia Española*

La rectora de la lengua se ocupa del vocablo construir y en su primera acepción dice: “Hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública”.

Veamos los vocablos en juego: 1) planta; 2) obra; 3) arquitectura; 4) ingeniería; y 5) monumento. Una *planta* en el escenario de la construcción significa “cada uno de los pisos o altos de un edificio” (8ª acepción); o bien, en el significado específico dentro de la arquitectura, la “figura que forman sobre el terreno los cimientos de un edificio o la sección horizontal de las paredes en cada uno de los diferentes pisos” (11ª acepción). El vocablo *obra* es de significación generosa; es que no solo apunta a lo edilicio, sino a cualquier “cosa hecha o producida por un agente” (1ª acepción). La *arquitectura*, por un lado, significa el “arte de proyectar y construir edificios” (1ª acepción), mientras que por el otro apunta al “conjunto de construcciones y edificios” (3ª acepción). En cambio, la *ingeniería* es un “conjunto de conocimientos orientados a la invención y utilización de técnicas para el aprovechamiento de los recursos naturales o para la actividad industrial”. El *monumento* es una “construcción que posee valor artístico, arqueológico, histórico, etc.” (2ª acepción).

La segunda acepción de “construir” va más allá, con alcances excesivamente generosos para el ámbito en que nos movemos: “hacer algo utilizando los elementos adecuados”, o sea que coincide en lo sustancial con

el significado primigenio de la “obra”, pero apuntando a que los elementos utilizados deben ser “adecuados”, o sea, apropiados, ajustados para un fin.

La “construcción”, como el efecto de la acción de construir, encuentra como sinónimos a la edificación, edificio o casa y hasta la cimentación o la urbanización. En general, apunta a la “obra construida o edificada” (3ª acepción).

Un edificio² es una “construcción estable, hecha con materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos” (1ª acepción). Si la construcción es para habitar, coincide con la definición que el propio *Diccionario* da de “casa”, es decir, de “edificio para habitar”. Nótese también –en sentido amplísimo– que cuando construir aparece como sinónimo de “urbanizar”, significaría “acondicionar una porción de terreno y prepararlo para su uso urbano, abriendo calles y dotándolas de luz, pavimento y demás servicios”.

Las definiciones que se transcribieron si bien en ocasiones pueden hasta implicar envíos circulares, son lo suficientemente elásticas para demostrar que el plano lingüístico no limita excesivamente los alcances de los vocablos “construir” y “construcción” que se utilizan en el mundo jurídico.

No obstante, deben realizarse algunas precisiones, puesto que no toda construcción es apta para el derecho real de superficie.

c) Significa una adhesión física, con carácter perdurable

Creo que un análisis sistemático del Código Civil y Comercial muestra que la construcción a la que se menta en los arts. 2114 y ss. debe reunir determinadas características.

Uno de los efectos más característicos de la constitución de un derecho real de superficie es la “suspensión” del principio de accesión. La disposición señera es el art. 1945, la cual en su primera parte regla que el “dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios”; en su tercer párrafo determina que “todas las

² El Escriche tiene una noción amplia de lo que significa edificio: “Todo obra ó fábrica de casa, palacio, templo ú otra cosa, ya se halle construida de piedra ó ladrillo, ya de tierra, madera, ó cualquier otro material”; a esa ejemplificación luego suma la “torre”, la “cabaña” y hasta al “molino” (ESCRICHE, Joaquín, *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*, Librería e imprenta de Ch. Bouret, Paris, 1912, pp. 589 y ss.).

construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, *excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie*".

En el plano constructivo, el art. 1945 debe leerse en consonancia con lo dispuesto por el art. 226: "*Inmuebles por accesión*. Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario".

La adhesión física que se produce por el empleo de "materiales" o "elementos adecuados" para emplazarlos en un inmueble debe ser de carácter "perdurable", por ello —dice Llambías— que "no son inmuebles las construcciones provisionales, como casillas, tinglados, pabellones o galpones que se arman para ocasiones determinadas"³. Concordantemente, conservan la naturaleza de muebles las construcciones asentadas en la superficie del suelo con un carácter provisorio o adheridas a él de una manera temporaria.

En tales casos, los materiales utilizados no serían "adecuados" para alcanzar la "perdurabilidad" de la adhesión.

El Código Civil y Comercial, siguiendo al Proyecto de 1998, no dice que la adhesión física deba ser perpetua, sino que se contenta con destacar su carácter de perdurable, o sea, que se prolongue largamente en el tiempo, pero no inexorablemente para siempre.

De allí que —en este sentido— una instalación provisorio (art. 1977) no es una construcción a la que la superficie apunte en su estructura.

La superficie es un indiscutible derecho real inmobiliario (arg. arts. 2114, 2115, 2116, 2120 segundo párrafo y especialmente art. 2128) y ciertamente las cosas muebles adheridas físicamente pero sin carácter perdurable mantienen su naturaleza primigenia.

³ LLAMBÍAS, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Parte general*, 16ª edición, Perrot, Buenos Aires, 1995, tomo II, §1321, p. 223.

d) *Quid de la “independencia” de la construcción*

Desde el derecho alemán se dice que por “edificación” debe entenderse a aquella construcción que *represente un todo independiente*, como edificios, puentes, diques, muros, monumentos, bodegas, mientras que no lo serían las “partes” de un edificio o de otras obras, por ejemplo determinado piso de una casa; tampoco una máquina instalada en un inmueble sería una construcción, por lo que el proveedor de la máquina no podría reservarse su propiedad a través de la constitución de una superficie, sin perjuicio de que existen discusiones en este punto⁴.

Téngase presente que la exclusión de las “partes” de una construcción es expresa en la legislación alemana; aunque no en la argentina. Por otro lado, la idea de que la construcción debe conformar un “todo independiente” para estar abarcada por el derecho de superficie es inexacta.

Para Jorge H. Alterini: “Cuando dos elementos son ineludibles para configurar un objeto del conocimiento e incluso inseparables, mal se puede admitir que uno pueda tener mayor jerarquía que el otro. Lo mismo ocurre en la superficie, se trata de un único plexo jurídico: lo construido con su necesario soporte y, consiguientemente, ni el suelo ni la superficie pueden considerarse principales. Estamos frente a una unidad jurídica con entidad propia en la cual pierde sentido la noción de lo principal y de lo accesorio”⁵.

En este sentido, exigir que la construcción sea algo plenamente “independiente” puede resultar excesivo. La construcción no conforma un todo independiente, puesto que no vive aislada de su emplazamiento: sea directamente el suelo, sea otra construcción sobre la que se apoya.

⁴ WOLFF, Martín, *Derecho de cosas*, 8ª edición, traducción de la 32ª edición alemana por Blas Pérez González y José Alguer, 2ª edición al cuidado de José Puig Brutau, Bosch, Barcelona, 1951, volumen 2 – Gravámenes, p. 3 y su nota 8.

⁵ ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, *Revista del Notariado, Órgano del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Número del Centenario*, Buenos Aires, 1997, p. 16,

e) *Precisión del concepto jurídico de construcción en el ámbito de la superficie*

Para Salvat cuando el Código Civil histórico refería a “edificaciones” (art. 2588), debía entenderse como “construcciones nuevas hechas sobre un terreno (...) o construcciones nuevas que se agregan a las ya existentes, en cuyos casos, por lo mismo que hay creación de una cosa nueva, puede haber materia para la aplicación de la teoría de la accesión (...). Estas disposiciones no se aplican, por el contrario, en la hipótesis de simples mejoras, las cuales no dan lugar a la formación de una cosa nueva a la cual pudiera aplicarse la accesión”⁶; idea que en lo sustancial había sido sostenida por Ibarguren⁷.

En otras palabras, no cualquier “mejora” implicaría una edificación, sino solo aquella que implique la configuración de una “nueva cosa” que se adhiere al inmueble, se trate de una obra de “arquitectura” o bien de “ingeniería”. Seguir este criterio podría poner en crisis que en el contenido de la superficie se pudiese albergar al emplazamiento de ciertas “casas prefabricadas”, las cuales en el Derecho italiano serían consideradas inmuebles luego de su incorporación al suelo⁸.

No obstante, debe ponderarse que el Código Civil y Comercial –tanto en la regulación de la superficie, como de la extensión del dominio– apuntó al vocablo “construcción”.

En España, Díez Picazo realiza las siguientes aclaraciones: “...no cabe duda de que bajo el nombre de edificación, construcción u obra, el Código se está refiriendo a toda actividad por virtud de la cual se incorpora al suelo, de forma fija y permanente, una nueva instalación, que puede ser lo que en sentido vulgar conocemos por edificio como construcción de fábrica hecha para habitación o usos análogos con materiales sólidos y

⁶ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil Argentino. Derechos reales*, 4ª edición, actualizada por Sofanor Novillo Corvalán, TEA, Buenos Aires, 1952, tomo II, §872, p. 209.

⁷ IBARGUREN, Federico, *Apuntes de derecho civil*, Libro III, Centro Estudiantes de Derecho, R. Herrando & Cía. Impresores, Buenos Aires, 1915/1916, p. 243. Véase también MAZEAUD, Henri, MAZEAUD, Léon, MAZEAUD, Jean, *Lecciones de derecho civil*, EJE, Buenos Aires, 1969, Parte segunda, Volumen IV, §1595 y ss., pp. 308 y ss., quienes identifican las construcciones con ciertas “obras nuevas”.

⁸ GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Código Civil anotado*, Zavallía, Buenos Aires, 1972, Libro III, tomo I, pp. 23-24.

duraderos, pero que puede ser también cualquier otra instalación, aunque su finalidad no sea aquélla. Lo importante es que se incorpore al suelo y se integre con él. El concepto de edificación se equipara así a lo que el art. 334 llama construcciones de todo género *adheridas* al suelo (v.gr. un puente, una presa, una piscina, etc.) (...). Dentro del concepto amplio (...) puede incluirse (...) la ampliación de una edificación ya existente (...). Por todo ello, se puede utilizar la idea unitaria de ‘construcción’ porque es más extensa y engloba mejor todas las hipótesis...”⁹.

Las construcciones en el sentido que aquí consideramos pueden apuntar a edificaciones en estricto sentido¹⁰, a casas, a calles, plazas, caminos, canales o puentes (arg. arts. 2158, 2161, 235) y hasta podrían ser defensivas (art. 1975). Podría tratarse de obras accesorias o complementarias como galerías, canales, caños, acueductos o pozos; a norias o molinos para la extracción de agua; a tinajas o canteros construidos sobre el suelo¹¹. Díez Picazo considera que los caminos “no son más que partes del suelo o de la tierra” y no los considera ni “construcciones” ni “edificios”¹².

En el Derecho italiano se imaginan casos de propiedad superficiaria en las “capillas de los cementerios, los quioscos y los puestos de venta, la propiedad de los palcos en los teatros, las vías de ferrocarriles o tranvías, siempre que estén sobre suelo ajeno”, todos supuestos que ingresarían en el concepto de “construcciones”¹³. El moderno Código de Puerto Rico de 2020

⁹ DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, Tecnos, Madrid, Volumen segundo, 1978, §154, pp. 211-212.

¹⁰ En ocasiones el Código Civil y Comercial parece apuntar a los edificios o edificaciones como especies de construcciones (arts. 2010, 2012, 2037, 2038, 2049, 2055, 2067, 2068), aunque a veces identifica ambos conceptos (arts. 2582, inc. b]). Aún más, el art. 2267 parece distinguir los “edificios” de los “muros” y otras “obras permanentes”. Aun cuando tengan su regulación específica, los muros son construcciones (arg. arts. 2006, 2007, 2009, 2011, 2014, 2017, 2028) que forman un todo con sus cimientos (2014, 2015, 2017, 2019).

¹¹ SALVAT, Raymundo M., *Tratado de derecho civil Argentino. Parte general*, 9ª edición, actualizada por Victor N. Romero del Prado, TEA, Buenos Aires, 1951, tomo II, §1403, p. 60

¹² DÍEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial. Las relaciones jurídico-reales. El registro de la propiedad. La posesión*, Tecnos, Madrid, Volumen segundo, 1978, §135, p. 191.

¹³ BARBERO, Domenico, *Sistema del derecho privado*, EJE, Buenos Aires, 1967, tomo II, §516 y 518, pp. 304-306.

establece una enumeración enunciativa de distintas construcciones posibles, entre las cuales señala a la edificación, a las antenas, placas fotovoltaicas, molinos de viento, pizarras electrónicas, etcétera (art. 971).

f) *¿El concepto de construcción perdurable es equiparable al de inmueble por accesión?*

Toda construcción con adhesión física perdurable es un inmueble por accesión; pero, ¿todo inmueble por accesión es una construcción?¹⁴.

Se dice que serían inmuebles por accesión “...las ‘instalaciones eléctricas’, ‘cañerías de gas’ y ‘aguas corrientes’; artefactos de baños (bañera, lavabo) y ‘estatuas’, siempre que estén adheridas al inmueble; ‘extractores de aire, calderas para la calefacción, radiadores...’”¹⁵. Garrido y Andorno incluyen como inmuebles por accesión a los edificios, a los pozos de petróleo y a los alambrados, y con cita de Spota, los equipos de aire acondicionado, las persianas, las puertas, los muros, las bases de columnas, pilotajes, pilares, arcos, vigas continuas de fundación, como también de cosas adheridas a otras adherentes al suelo –como lo proponía el art. 2332 del Código Civil de Vélez Sarsfield–, incluso por “encajamiento”, como lo que ocurre con el ascensor, su motor, contrapeso y su cabina. Asimismo, mencionan a los cortinados, artefactos de iluminación, las butacas de una sala de espectáculos públicos, como partes integrantes del edificio mismo¹⁶.

Suponiendo que exista una adhesión física con carácter perdurable, muchos de los ejemplos transcritos parecerían ser “partes” de una construcción, aunque no alcancen a ser construcciones en sí mismas, pues

¹⁴ Para la Constitución Nacional los canales son construcciones (arts. 75, inc. 18 y 125). Para el Código de Minería los oleoductos implican una “construcción” (art. 3), como también los “campamentos, edificios, caminos y obras auxiliares” (art. 217, inc. b)]. En el Código aeronáutico se distinguen las “construcciones” de las “plantaciones”, “estructuras” e “instalaciones de cualquier naturaleza” (arts. 31 y 33). La ley 23.968 declara el derecho del Estado a “construir” –o autorizar a hacerlo– “todo tipo de instalaciones y estructuras” en los espacios marítimos.

¹⁵ PRAYONES, Eduardo R., DASSEN, Julio y Laquis, Manuel A., *Tratado de derecho hipotecario*, 3a edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1961, §43, pp. 141-142, en nota 1.

¹⁶ GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis, *Código Civil anotado*, Zavallía, Buenos Aires, 1972, Libro III, tomo I, pp. 23-24.

como se sostuvo contribuirían a “formar la unidad definida como ‘edificio’”¹⁷.

Leon Mazeaud ya hace muchos años advirtió¹⁸ que para que pueda hablarse de “construcciones” en el sentido de la accesión, es menester una efectiva “incorporación material al inmueble”, que la instalación se convierta en “parte integrante” del inmueble a través de una “unión indivisible” que conforme una “verdadera amalgama”.

O lo que es lo mismo: la cosa mueble debe pasar a ser una “parte material” del inmueble mismo.

Distinguió entre: a) “construcciones propiamente dichas”, o sea, las edificaciones en el sentido estricto y corriente; b) “obras de ingeniería”, como diques laterales de protección, presas, canales, galerías subterráneas, puentes, pozos, hornos, túneles. Ambos serían inmuebles por accesión —siguiendo nuestra terminología—; c) las “tuberías” (agua, gas, electricidad), que solo serían inmuebles por accesión en caso de estar efectivamente incorporadas (y no simplemente colocadas, manteniendo su individualidad); d) el “material industrial”, como las turbinas, alternadores, transformadores, maquinarias, etcétera), que a pesar de estar fijado y adherido al suelo no serían regularmente inmuebles por accesión por falta de incorporación. Ejemplifica con las máquinas que periódicamente son retiradas del inmueble para mantenimiento.

Puede servir como guía al intérprete lo dispuesto por la Ley de Catastro Inmobiliario de España del año 2004, la cual en su art. 7 define a las construcciones, aunque en ocasiones lo hace con tintes algo excesivos. Rescatamos los siguientes ejemplos: a) edificios —independientemente de su destinación—; b) “instalaciones industriales, comerciales, deportivas, de recreo, agrícolas, ganaderas, forestales, y piscícolas de agua dulce”, como los “diques, tanques, cargaderos, muelles, pantalanes e invernaderos”; c)

¹⁷ RIVERA, Julio C., *Instituciones de derecho civil. Parte general*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1993, tomo II, p. 360: “Así, los marcos de las ventanas, las puertas, los vidrios, los artefactos sanitarios o de calefacción, equipos de acondicionamiento de aire, etcétera...”.

¹⁸ MAZEAUD, Leon, “La accesión inmobiliaria artificial: sus límites” en ALTERINI, Jorge H. (Director) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Derecho Notarial Registral e Inmobiliario*, tomo VI, La Ley, Buenos Aires, 2012, pp. 519 y ss.; y en La Ley, t. 70-843.

ciertas obras de urbanización y de mejora, estacionamientos y espacios anejos o accesorios a edificios e instalaciones, etcétera.

Alude a las “explanaciones” como dentro del concepto de construcción, lo que sería compatible si ello implicara la efectiva incorporación de materiales que generen la mentada adhesión física perdurable, como ocurre con las estructuras que se utilizan para los terraplenes.

Bianca —en materia de accesión— acude a un concepto presuntamente más amplio, que es el de la “incorporación” de cualquier cosa mueble en un inmueble de cualquier forma de conjunción material estable¹⁹; al ocuparse del objeto de la superficie y de las construcciones, parecería que tendría un concepto amplio de ella, pues cita la opinión de Pugliese, para quien la construcción es aquella cosa a cuya individuación contribuyó la obra del hombre y que ha sido unida artificialmente al suelo, para luego ejemplificar con cita de Balbi con los muros delimitadores, monumentos, fuentes, etcétera²⁰; hasta considera que dentro del concepto de propiedad superficiaria —junto con la doctrina mayoritaria— podía englobarse a la titularidad de un palco teatral²¹.

g) Irrelevancia del destino

En términos conceptuales, no es definitorio de la “construcción” su destinación. Tanto el uso general como el significado jurídico engloban a situaciones tales como el emplazamiento de edificaciones para alojamiento, habitación u hospedaje; para la empresa, el comercio, el turismo, la industria o el trabajo; ello sin perjuicio de la posibilidad de destinaciones mixtas.

De allí que sea indistinto que la construcción se destine al desarrollo de una universidad, una escuela, un hospital, viviendas, oficinas; también es indiferente que la estructura se destine a exhibir carteles publicitarios, a sustentar placas para el aprovechamiento de la energía solar o hasta molinos

¹⁹ BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile, V-La proprietà*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, §172, p. 348.

²⁰ BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile, V-La proprietà*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, §275, p. 553.

²¹ BIANCA, C. Massimo, *Diritto Civile, V-La proprietà*, Dott. A. Giuffrè Editore, Milano, 1999, §275, pp. 555-556.

de viento para la generación de energía eólica –a la manera del Código de Puerto Rico– o hasta implicar pozos para la extracción de recursos naturales.

2. LA CONSTRUCCIÓN PUEDE ACCEDER DIRECTA O INDIRECTAMENTE

En el Código Civil de Vélez Sarsfield se había reglado que “las cosas que están adheridas a las cosas adherentes al suelo, como a los predios rústicos o urbanos, son accesorias a los predios” (art. 2332).

En el Código Civil y Comercial esta idea no está expresada, pero es obvia. Si bien en el art. 226 solo se apunta como inmuebles por accesión a las cosas muebles inmovilizadas por su adhesión física al suelo, debemos resaltar que esa adhesión al suelo puede ser “directa” –así, si está enclavada– o “indirecta”, por adherirse a una cosa que a su vez se adhiere al suelo.

Ello explica la posibilidad de que la superficie se constituya para apoyarse sobre “construcciones ya existentes” (art. 2116).

El art. 2116 del Código Civil y Comercial se ocupa del “Emplazamiento” y regla: “El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes...”.

Nuestra lectura de la norma es la siguiente: el derecho de superficie puede emplazarse sobre la totalidad o parte material de un inmueble, incluso sobre “construcciones ya existentes...”, “con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo”²².

La norma general del art. 1883 del Código Civil y Comercial es lo suficientemente clara para que la superficie –en sus dos “fases”– pueda recaer incluso sobre una parte material de un inmueble.

En otras palabras: la superficie, en cuanto derecho de construir, puede recaer sobre una parte material del suelo —o lo que forme un todo con él— o sobre una construcción ya existente; la propiedad superficiaria puede referirse a la totalidad de la construcción, o bien a una parte material de ella.

²² ALTERINI, Jorge H.; ALTERINI, Ignacio E.; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, §1601, p. 573.

3. LA SUPERFICIE PUEDE EXTENDERSE A TODO LO QUE SEA ÚTIL PARA SU APROVECHAMIENTO

a) *No significa que “haga propio” aquello a lo que se extiende*

El derecho real de superficie puede extenderse –si así se lo prevé expresa o tácitamente²³– a porciones materiales del inmueble, ya no con fines constructivos (de plantación o forestación), sino más bien con pretensiones de servir al uso y goce del superficiario (art. 2116, segundo párrafo, Código Civil y Comercial)²⁴; por ejemplo, jardines o campos deportivos²⁵.

El Código Civil y Comercial no reguló a la superficie como una simple división volumétrica de la titularidad de un inmueble, sino como una “suspensión” de la accesión en determinados supuestos; de allí que debemos marcar que esta extensión que prevé el artículo no convierte al superficiario en el “dueño” de la porción material a la que se extiende.

Distinta es la manifestación superficiaria regulada por la ley 21.499 de expropiaciones, que permite directamente expropiar el “subsuelo con independencia de la propiedad del suelo” (art. 6°).

b) *La superficie siempre requiere una construcción (o una plantación, forestación)*

Por lo demás, la mención del art. 2116 de que la parte material a la que se extiende la superficie “debe ser útil para su aprovechamiento” nos mueve a pensar en que la porción material respectiva está “afectada” al mejor uso y goce de la construcción, actual o futura; ya porque sea indispensable para ello, ya porque simplemente hace más cómodo su ejercicio.

²³ Incluso, no debe pasarse por alto que la constitución de un derecho real de superficie “sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas” (art. 2045, Código Civil y Comercial).

²⁴ “La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, *pero debe ser útil para su aprovechamiento*”.

²⁵ ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, Revista del Notariado, Órgano del Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Número del Centenario, Buenos Aires, 1997, p. 17.

ASPECTOS DEL PLAZO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Por Francisco J. Alterini¹ e Ignacio E. Alterini²

I. CONCLUSIONES

1. Debe entenderse —por regla— que el plazo del derecho real de superficie inicia su cómputo en la fecha del título suficiente (arg. art. 1914, Código Civil y Comercial).

2. Es posible la renovación del plazo por un lapso que no exceda del máximo legal contado desde la celebración del acto de renovación, pues lo que la ley quiere impedir es que el principio de accesión se suspenda por un tiempo superior al previsto por el legislador ante un único acto de voluntad.

3. Si en el título de la superficie no se fija un plazo de duración, o este es superior al máximo legal, se considera celebrada por este tiempo, en virtud del saneamiento de la adecuación temporal que encuentra fundamento en el principio de conservación.

II. FUNDAMENTOS

1. INICIO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO

El art. 2117 del Código Civil y Comercial regla que el plazo de duración respectivo debe ser contado “desde la adquisición del derecho de superficie”.

Para Kiper: “Cabe interpretar que para fijar el inicio debe tenerse en cuenta el día en que se le traslada al adquirente la posesión del inmueble de

¹ Doctor en Derecho (Universidad Austral). Abogado (Universidad Católica Argentina). Profesor adjunto de Derecho Privado I, Derecho Privado II, Obligaciones, Derecho de Daños y Derechos Reales (Universidad Austral). Coordinador Académico del Departamento de Derecho Civil y de la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral).

² Doctor en Derecho (Universidad Austral). Abogado y Magíster (Universidad Católica Argentina). Profesor Titular de Derecho Privado I, Derecho de las Obligaciones, Derecho de Daños y Derechos Reales de la Universidad Austral. Director del Departamento de Derecho Civil y de la Maestría en Derecho Civil de la Universidad Austral. Miembro del Instituto de Derecho Civil de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires. Presidente de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

que se trate (establecido como condición para adquirir el derecho), si ocurre después de firmado el instrumento de constitución del derecho. El derecho real se adquiere cuando concurren el título y el modo”³.

En cambio, Cossari opina: “...que entre las partes el plazo debe computarse desde que se reúnen el título y el modo, dado que es en ese momento en que se constituye el derecho real. Con respecto a los terceros, es razonable tomar la fecha del título inscripto, dada la incertidumbre que implicaría para ellos tratar de establecer la fecha cierta en que la tradición se sumó al título. Tal directiva solo cedería ante pruebas indudables que el tercero conoció o debió conocer que la entrega del inmueble —a los fines de la superficie— se hizo en un momento diverso”⁴.

Pensamos que es indudable que la precisión acerca de la fecha del inicio del cómputo del plazo de la superficie y para todos los involucrados sería mucho mayor si se atendiera directamente a la fecha del título. Esta conclusión se robustece con el art. 1914 del Código Civil y Comercial, que presume que el inicio de la posesión —no la configuración de ella— se corresponde con la fecha del título.

³ KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, tomo II, p. 28.

⁴ COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 3° edición, Buenos Aires, La Ley, 2019, tomo X (Director del tomo: Nelson G. A. Cossari), p. 202. Comp. Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2016-A, 1117.

2. *QUID DE LA RENOVACIÓN*

El art. 2117 del Código Civil y Comercial señala que “el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos”.

Para Mariani de Vidal y Abella: “...nunca el derecho real podrá tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario; en otras palabras, que *el plazo originario más la renovación* no podrán exceder en total el término –de setenta o cincuenta años, según los casos– fijado por la norma. Ello porque debe respetarse el espíritu de la ley, que a nuestro entender es el de evitar una derogación del principio de accesión por lapsos muy dilatados y acotar la multiplicidad de derechos reales sobre el inmueble...”⁵.

Con distinto criterio, pensamos que pactada una renovación, el nuevo plazo convenido se computará desde la fecha del acto de renovación. Creemos que no hay objeciones legales a que la suma del nuevo plazo estipulado y el que ya hubiese transcurrido supere el máximo legal.

Esa fue la solución que se reflejó en el Proyecto de 1998, cuyo art. 2018 adoptó una preceptiva explícita sobre el tópico: “Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración”, o sea, desde la celebración de la renovación.

La exigencia de la “forma expresa” responde a la intención de evitar que se traicione la idea de la temporalidad limitada de la superficie mediante renovaciones automáticas en las cuales no se necesita la manifestación de una nueva voluntad de sujetarse a la superficie, cuya necesidad dentro de nuestro criterio es la que resguarda frente a desmembramientos prolongados no queridos por el titular desmembrado.

Repárese en que quienes sostienen una tesis distinta a la defendemos no descartan que al día siguiente de la extinción de la superficie por vencimiento del plazo pactado se pueda constituir otro derecho real de

⁵ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2016-A, 1117. Conf. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos Reales*, 2º edición, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, tomo II, pp. 918-919. Comp. KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, tomo II, p. 27.

superficie para el mismo beneficiario o uno distinto por todo el plazo máximo legal permitido para la respectiva exteriorización del derecho superficiario. El día anterior al vencimiento del plazo máximo legal es imposible la renovación, pero al día siguiente nada obsta a la nueva constitución por el mismo plazo. Es una exigencia que puede tener como derivación inesperada y seguramente no querida que se frustre la eficacia de la superficie en un mundo negocial que necesita de ella para su mayor dinamismo.

Lo que la ley quiere impedir es que la suspensión del principio de accesión que produce la superficie no se prolongue por un período mayor al máximo legal por un solo acto de la voluntad, por lo cual las renovaciones por lapsos que no excedan el tiempo permitido por la ley desde su concertación no romperían la armonía del sistema⁶.

3. VIRTUALIDAD DE LA ADECUACIÓN TEMPORAL

La trasgresión del plazo máximo legal no invalida el título suficiente de la superficie, sino que el defecto recibe saneamiento legal a través de su limitación temporal automática. Se trata de un supuesto particular de aplicación del saneamiento por “adecuación temporal”⁷.

Se percibe con claridad la presencia del principio general de conservación, como sustento de la expresión saneatoria en función de la cual no se nulifica el acto, sino que se adecua el plazo.

El criterio que auspiciamos es coherente con el art. 2000 en el ámbito del condominio: “*Convenio de suspensión de la partición*. Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez años. Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo”; también con el art. 1668 que establece que “el fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese

⁶ ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, M^a Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. ALTERINI, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, §1613, pp. 583-585.

⁷ Véase ALTERINI, Jorge H., CORNA, Pablo M., ANGELANI, Elsa B., y VÁZQUEZ, Gabriela A, *Teoría general de las ineficacias*, La Ley, Buenos Aires, 2000, pp. 68-71.

de la incapacidad o de la restricción a su capacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto...”.

Por otra parte, si en el contrato de superficie no se hubiera acordado plazo alguno, pensamos que debería entenderse que se constituyó por el plazo máximo de cincuenta o setenta años, según el caso.

Esa conclusión armoniza con la que predica el Código Civil y Comercial en el art. 2000 para el condominio y en el art. 2330 para las indivisiones impuestas por el testador, y también con las soluciones que prevé para el usufructo y la servidumbre.

El usufructo sin plazo en favor de persona humana se presume constituido por la vida del usufructuario (art. 2152, inc. a]), y el constituido en favor de persona jurídica, “si no se pactó la duración, se extingue a los cincuenta años desde la constitución del usufructo” (art. 2152, inc. b]); las servidumbres reales se presumen perpetuas si no hay convención sobre el plazo y las servidumbres personales siempre se extinguen con la existencia de la persona y en el caso de la persona jurídica en el plazo máximo de cincuenta años (arts. 2165 y 2182 inc. c]). Se capta sin esfuerzos que, en ausencia de plazo, la ley civil infiere que los derechos reales de disfrute se establecieron por el plazo máximo legal permitido.

LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA FRENTE AL DERECHO REAL DE SUPERFICIE SOBRE INMUEBLE AJENO

Por María Eugenia Alterini¹ e Ignacio de Garay Lanús²

I. CONCLUSIONES

1. Cuando no existe propiedad superficiaria, las facultades del titular del derecho de superficie se circunscriben al uso, goce y disposición jurídica del inmueble ajeno (art. 2114, Código Civil y Comercial).

2. Aun cuando no existan plantaciones, forestaciones o construcciones, el superficiario está legitimado para constituir los derechos reales de hipoteca y anticresis (art. 2120, Código Civil y Comercial).

3. La especialidad en cuanto al objeto del derecho real de garantía asume características singulares cuando recae sobre el derecho de superficie, pues lo que debe individualizarse es el derecho real en sí mismo y no únicamente el inmueble sobre el que recae (art. 2188, Código Civil y Comercial).

4. Cuando el derecho real de garantía recae sobre el derecho de superficie, queda satisfecha la especialidad en cuanto al objeto si se especifica el título del derecho de superficie (fuente), la persona del superficiario (titular), el inmueble sobre el que recae la superficie (objeto), la extensión de las facultades que confiere (contenido) y la duración de la superficie (extinción) (arg. art. 1884, Código Civil y Comercial).

5. La subrogación real permite que los derechos reales de garantía constituidos sobre el derecho de superficie se trasladen *ipso iure* a la plantación, forestación o construcción que se efectivice en el futuro

¹ Abogada (Universidad Católica Argentina). Doctoranda en Ciencias jurídicas (Universidad Católica Argentina). Profesora a cargo de Derechos Reales (Universidad Católica Argentina) y de Derecho Civil y Comercial IV - Derechos Reales (Universidad Nacional de la Matanza). Miembro del Consejo Directivo de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

² Abogado (Universidad Católica Argentina). Magíster en Derecho Civil Patrimonial (Universidad Católica Argentina). Profesor a cargo de Derechos reales (Universidad Católica Argentina) y adjunto de Derecho Civil y Comercial IV — Derechos Reales (Universidad Nacional de la Matanza).

como consecuencia de la actuación de su contenido (art. 2194, Código Civil y Comercial).

II. FUNDAMENTOS

1. CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE INMUEBLE AJENO

a) Uso, goce y disposición jurídica

La superficie en el plano del derecho de plantar, forestar o construir otorga a su titular las facultades de usar, gozar y también la disposición jurídica.

El uso y goce del superficiario se concreta justamente en satisfacer alguna de aquellas finalidades.

Dentro de la disposición jurídica, el superficiario está facultado a constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de plantar, forestar o construir (arts. 2120, 2206 y 2213, Código Civil y Comercial).

Al ser la superficie inherente al objeto sobre la que recae, la disposición jurídica del derecho implícitamente también gravita sobre aquél.

b) Imposibilidad de disposición material de un derecho

El superficiario no tiene facultad para actuar materialmente sobre su derecho de plantar, forestar o construir, a pesar de la literalidad del art. 2114 del Código Civil y Comercial, ya que no puede disponerse materialmente de algo inmaterial.

2. LEGITIMACIÓN PARA CONSTITUIR DERECHOS REALES DE GARANTÍA

El Código Civil y Comercial expresamente admite, aun antes de que exista propiedad superficiaria, la posibilidad de constituir gravámenes reales sobre el derecho del superficiario de plantar, forestar o construir (art. 2120). Pues, excepcionalmente cuando la ley así lo autoriza de modo explícito, los derechos pueden ser objeto de los derechos reales (arts. 1883, 2188, Código Civil y Comercial).

a) Hipoteca

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2003 concluyeron por amplia mayoría que “La superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca”³.

Entendemos que, de conformidad con las previsiones de los arts. 2120 y 2206 del Código Civil y Comercial, no puede discutirse que es factible constituir hipoteca sobre el derecho de plantar, forestar o construir, limitada en principio al plazo de duración convencional o legal del derecho de superficie (arg. art. 2125, Código Civil y Comercial).

b) Anticresis

También consideramos admisible que la anticresis pueda recaer sobre el derecho del superficiario cuando no existen plantaciones o forestaciones, ni construcciones.

Del art. 2213 del Código Civil y Comercial, referido a quiénes están legitimados para constituir anticresis, surge la siguiente idea central: todos ellos cuentan con derechos sobre la utilidad que potencialmente podría obtenerse del objeto, ya sobre objeto propio, ya sobre objeto ajeno.

Ahora bien, algunos titulares de derechos reales que comprenden utilidades con relación al objeto, están impedidos para constituir este derecho real de garantía, pues son silenciados por la ley, ya sea porque se lo prohíbe expresamente o resulta incompatible con la naturaleza de la anticresis. Esto claramente no sucede con el titular superficiario en el plano del derecho de plantar, forestar o construir por cuanto los arts. 2120 y 2213 son elocuentes en sentido contrario.

Siendo la anticresis un derecho real que se ejerce por la posesión, resulta aplicable la teoría del título y modo suficientes para su adquisición en forma derivada por actos entre vivos (cfr. arts. 750, 1892 y 2212, Código Civil y Comercial).

El derecho real de anticresis presupone necesariamente la entrega de la posesión por parte del superficiario a los fines de la obtención de frutos para imputarlos a la cancelación de la deuda (art. 2212, Código Civil y Comercial).

³ Véase *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Sistematización de sus conclusiones (1927-2022)*, Universidad Austral–La Ley, Buenos Aires, 2024, §204, p. 278.

No existe óbice para que el acreedor anticresista ostente la posesión del inmueble sobre el que el superficiario ejerce su derecho de plantar, forestar o construir. Tampoco para que el titular de la anticresis oriente su actividad a procurar la producción de utilidades de las que oportunamente pueda cobrarse, asegurando de esa forma el superficiario el cumplimiento de la obligación principal: el crédito garantizado.

Las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2022, resolvieron por unanimidad que “pueden ser objeto del derecho real de anticresis las cosas inmuebles, las cosas muebles registrables (art. 2212), las partes materiales de cosas registrables y también los derechos registrables en los casos en los que la ley lo admite (art. 1883). En todos los casos, el objeto (cosa –o su parte material– o derecho registrable) debe estar perfectamente individualizado. Es la cosa o el derecho registrable y no los frutos que estos producen, el objeto del derecho real”⁴.

No es ocioso destacar que la constitución de anticresis sobre el derecho del superficiario, aún antes de que existan plantaciones, forestaciones o construcciones es posible porque existen dos andariveles en el objeto: aquel sobre el cual recae la garantía, o sea el derecho real gravado, y el objeto específico de este último, el inmueble en cuestión.

En definitiva, el titular superficiario le hará tradición del inmueble al acreedor anticresista para hacer efectiva alguna de las finalidades que se tuvieron en cuenta a la hora de su constitución y será el titular de la anticresis quien, en consecuencia, podrá usar y gozar del objeto sobre el que recae su derecho –el derecho de plantar, forestar o construir–, imputando las utilidades que recibiese al pago de la deuda garantizada (arts. 2215 y 2216, Código Civil y Comercial) y en su caso, podrá realizar el objeto sobre el que recae su garantía y percibir los créditos sobre su producido.

Para aventar cualquier dubitación, se insiste en que al ser la superficie inherente al objeto sobre el que recae –un inmueble ajeno–, la disposición jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, implícitamente también gravita sobre aquél.

⁴ Véase *Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Sistematización de sus conclusiones (1927-2022)*, Universidad Austral–La Ley, Buenos Aires, 2024, §318, p. 586.

3. ESPECIALIDAD EN CUANTO AL OBJETO DEL DERECHO REAL DE GARANTÍA

a) *Actualidad del objeto*

El hecho de que no exista aún una plantación, forestación o construcción, no obsta a que se satisfaga el requisito de la actualidad, puesto que existe un objeto actual sobre el cual recaerá el derecho real de garantía: el derecho de plantar, forestar o construir.

Además, como veremos, la plantación, forestación o construcción futura podrá ser el nuevo objeto a través de la subrogación real.

b) *Individualización del objeto*

En virtud de la directiva del art. 2188 del Código Civil y Comercial en materia de derechos reales de garantía, la especialidad en cuanto al objeto debe satisfacerse aun cuando se trate de gravámenes reales que se constituyen sobre el derecho de plantar, forestar o construir del superficiario.

En consecuencia, es necesario que en el contrato constitutivo del gravamen real se realice una adecuada individualización. A tal efecto, creemos que debe enfatizarse en la estructura del derecho real que nos informa el art. 1884 del Código Civil y Comercial: elementos (titular y objeto), contenido (facultades) y mutaciones jurídico reales (adquisición, modificación y extinción).

Con esa mirada, cuando el derecho real de garantía recae sobre el derecho de superficie, queda satisfecha la especialidad en cuanto al objeto si se especifica el título del derecho de superficie (fuente), la persona del superficiario (titular), el inmueble sobre el que recae la superficie (objeto)⁵, la extensión de las facultades que confiere (contenido) y la duración de la superficie (extinción) (arg. art. 1884, Código Civil y Comercial).

De esa forma—dada las peculiaridades propias del objeto sobre el que recaerá el derecho real de garantía—, se da cumplimiento efectivo a la

⁵ En materia de hipoteca, existe una norma especial que gravita sobre la especialidad en cuanto al objeto. Se trata del art. 2209 que creemos aplicable a cualquier designación objetiva que involucre a un inmueble. El precepto dispone: “*Determinación del objeto*. El inmueble que grava la hipoteca debe estar determinado por su ubicación, medidas perimetrales, superficie, colindancias, datos de registración, nomenclatura catastral, y cuantas especificaciones sean necesarias para su debida individualización”.

exigencia de la actualidad y adecuada individualización que norma el art. 2188 del Código Civil y Comercial.

Entendemos que la falta de observancia de algunas de las especificaciones necesarias a los efectos de acatar la especialidad objetiva, no compromete la constitución del gravamen real, siempre y cuando pueda suplirse de conformidad a la totalidad de las precisiones de su título constitutivo (art. 2190, Código Civil y Comercial).

4. IMPLICANCIAS DE LA SUBROGACIÓN REAL

a) *Funcionamiento automático*

La subrogación real opera de pleno derecho (art. 2194, Código Civil y Comercial). De allí que no sea necesario que conste en el acto constitutivo, aunque pueda juzgarse como conveniente en virtud de la certeza a la que es deseable aspirar en las mutaciones jurídico reales.

b) *Efectivización de la plantación, forestación o construcción*

Por imperio de la subrogación real una vez que se ejercite el contenido del derecho de superficie –es decir, se plante, foreste o construya– los derechos reales de garantía que se hayan constituido sobre este derecho, se trasladan de *ipso iure* al objeto que sustituye al gravado, es decir, a la propiedad superficiaria.

Es así pues, porque la superficie presenta dos planos; en el primero se asiste a un derecho real sobre objeto ajeno: el derecho real de plantar, forestar o construir, y en el segundo a un derecho real sobre objeto propio: el derecho sobre lo plantado, forestado o construido (propiedad superficiaria).

Coincidimos en que “el funcionamiento correcto de este derecho real presupone a la subrogación real, en el sentido de que por hipótesis un objeto inicialmente ajeno es posteriormente reemplazado por un objeto propio, pero siempre se mantiene la titularidad superficiaria con el consecuente ajuste en su contenido⁶”.

⁶ ALTERINI, Francisco J., *Teoría general de la subrogación real*, La Ley, Buenos Aires, 2022, pp. 609-610.

LA FUNCIÓN SOCIAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU ESTÍMULO ECONÓMICO PARA LA PROMOCIÓN DEL ACCESO A LA VIVIENDA PROPIA

Por Martín Darío Benitez¹

I. CONCLUSIONES

1. Es ponderable la incorporación de la superficie edilicia al catálogo de derechos reales permitidos en el Código Civil y Comercial

2. La superficie edilicia, en maridaje con la posibilidad de su afectación a propiedad horizontal, configura un escenario propicio y eficaz para permitir que las familias argentinas accedan a la vivienda propia.

3. La limitación temporal de 70 años para la superficie edilicia constituye un rasgo positivo cuando el superficiario somete a propiedad horizontal su derecho, ya que el precio de venta de las unidades que la conforman, se reduce considerablemente, favoreciendo su adquisición por sectores vulnerables de la economía.

4. El Estado Nacional, a través de dos de sus tres Poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, pueden recurrir la superficie edilicia en tanto constituye un mecanismo válido para brindar una solución concreta a la crisis habitacional que afecta a vastos sectores de la sociedad.

5. El marco normativo vigente, compuesto por los arts. 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional, las normas pertinentes del Código Civil y Comercial de la Nación y de la ley 27.328, entre otras, sienta las bases propicias para que se concreta la implementación del derecho real de superficie edilicia, adoptando su rol como función social de la

¹ Abogado (UBA), Doctor en Ciencias Jurídicas (Universidad de Morón). Director del Instituto de Contratos y Derecho de las Obligaciones, Director Adjunto del Instituto de Derechos Reales y de Propiedad Intelectual y Co-Director de la "Revista de Derecho Privado" del Colegio de Abogados de Morón. Profesor Titular de "Obligaciones" (UNMA). Profesor Adjunto de "Elementos de los Derechos Reales" (UBA). Profesor Adjunto de "Derecho Empresario I" (UNLaM). Ex Profesor Adjunto de "Derecho Civil y Comercial IV (UNLaM), Profesor Adjunto de Derechos Reales" (UM). Investigador acreditado de la Universidad Nacional de La Matanza.

propiedad, con la finalidad de revertir la crítica situación habitacional imperante en el país.

II. FUNDAMENTOS

1. ANTECEDENTES EN EL DERECHO ARGENTINO

a) Su censura en el Código Civil derogado

Como es sabido, reaccionario contra la admisión legal desmesurada de derechos reales por los potenciales efectos negativos que se materializarían en el plano económico, Dalmacio Vélez Sarfield restringió fuertemente su creación en el Código Civil derogado. En la nota al art. 2502, el maestro cordobés plasmó su sentir subrayando que “la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de la sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades, se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma”.

Consecuente con su pensamiento, en el art. 2503 de su obra máxima, Vélez consagró solo siete derechos reales, en donde, claro está, excluyó a la superficie y, en particular, en el art. 2611 dispuso que “los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna”.

En la reglamentación del dominio, el codificador siguió el criterio romanista, basado en el principio de accesión, según el cual “la propiedad se extiende hacia cielo y el infierno”, aspecto que quedaba claro en la primera oración del art. 2518, al prescribir que “la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares”.

De modo congruente con la preceptiva transcripta supra, los arts. 2519, 2520, 2522 y 2523 seguían el mismo postulado, vedando, de este

modo, al propietario la posibilidad de crear titularidades autónomas, con matices semejantes al dominio, sobre partes materiales de la cosa.

b) La creación del derecho real de superficie forestal en virtud de la ley 25.509

Si bien, y como era de esperar, con el paso del tiempo, y producto de los cambios sociales, religiosos, económicos y tecnológicos, entre otros, la obra velezana acumuló diversas reformas, no fue hasta el advenimiento del siglo XXI en el que el derecho real de superficie adquirió carta de ciudadanía legal, pero únicamente en una de sus manifestaciones, que fue la “forestal”. Ello se produjo a instancias de la ley 25.509, sancionada el 11 de noviembre de 2001, y publicada en el Boletín Oficial el 17 de diciembre de 2001, y cuyo art. 1º decía: “Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley”. A su vez, el art. 2º aclaraba que “El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

De lo antes dicho y de la lectura del resto de su articulado, puede apreciarse que la ley restringía el objeto de este derecho real a inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura y, si bien estos términos no son sinónimos, su íntima vinculación es evidente, ya que, para la Real Academia Española (RAE), *forestar* significa “poblar un terreno con plantas forestales” y *silvicultura* atañe a “cultivo de los bosques o montes”. Se suma a ello que el propio art. 1º de la ley 25.509 dejaba en claro que nuevo el derecho real de superficie forestal debía establecerse “de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados”, es decir la ley 25.080.

En definitiva, la sanción de la ley 25.509 significó la creación del derecho real de superficie forestal, quedando prohibido todo otro supuesto ajeno al mentado en la norma, por imperio de clausura del “número cerrado” previsto en el antiguo art. 2502 del Código velezano (actual art. 1894, Cód. Civ. y Com.).

c) La superficie edilicia y el reclamo de la doctrina autoral

El primer esbozo, en el que se abordó intensamente la temática, nos remite a las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes, cuya Comisión n° 4 había sentado, entre otras, las siguientes conclusiones de *lege ferenda*:

- Resulta conveniente regular el derecho real de superficie.
- El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial.
- Pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones.

Asimismo, a nivel legislativo, los últimos proyectos de unificación civil y comercial incorporaban a la superficie como derecho real, contemplando en todos los casos la superficie edilicia, como una de sus modalidades. Por ejemplo, en el Proyecto del año 1993, elaborado por la Comisión Federal de la Cámara de Diputados, solamente se preveía esta especie, quedando excluida la forestal (arts. 3153 a 3158), mientras que en el Proyecto de 1998 se reglaba la superficie en sus dos facetas, la forestal y la edilicia (arts. 2018 a 2028).

Como hemos visto, y al no materializarse los intentes legislativos reseñados, la ley 25.509 fue la que dio a luz por primera vez la superficie, pero únicamente en su versión forestal y, no obstante haber sido recibida con beneplácito, la doctrina autoral la consideró insuficiente, reclamando su extensión a la superficie edilicia. En este sentido se expresaron Silvia Massiccioni y Fabiana Sansón, para quienes la ley 25.509 se circunscribía a regular el derecho real de superficie forestal en consonancia con la ley 25.080, siendo deseable que en el futuro se extendiese la aplicación a otros supuestos, así por ejemplo, a la denominada superficie edificada².

En la misma sintonía, Martha Linares de Urrutigoity e Irene Pujol de Zizzias propiciaban ampliar el ámbito de aplicación de la superficie a

2 MASSICCIONI, Silvia Maela y SANSON, Fabiana Andrea, “Ley 25.509 y su estrecha vinculación con la ley de inversiones para bosques cultivados 25.080”, <http://www.saij.gob.ar/silvia-maela-massiccioni-ley-25509-su-estrecha-vinculacion-ley-inversiones-para-bosques-cultivados-25080-dasc050047-2005/123456789-0abc-defg7400-50csanirtcod>. Fecha de consulta: 04/08/2024.

cualquier otra finalidad lícita, que permita satisfacer una necesidad socioeconómica propendiendo a que los inmuebles cumplan su función social, desde la iniciativa privada³. Por nuestra parte, pensamos que la posición de estas autoras es particularmente interesante, ya que hacen foco en la función social de la propiedad a partir de la iniciativa privada, postura que es sumamente provechosa porque vincula la finalidad de lucro, propia del inversionista privado, con las necesidades de la vida en comunidad.

2. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE, EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

a) *La superficie en sus modalidades para forestar, plantar y construir*

El art. 1º de la ley 26.994 declaró aprobado el nuevo Código Civil y Comercial, con vigencia desde el primero de agosto de 2015, procediendo el art. 3º inc. a de la misma ley a derogar la ley 25.509.

En este sentido, el actual cuerpo unificado hace tema de los Derechos Reales en el Libro IV, en donde, entre los arts. 2114 y 2128, se crea y reglamenta el derecho real de superficie.

Al tratar del derecho en estudio, el art. 2114 dice: "Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales".

Aunque el art. 2114 es específico en cuanto a que el superficiario detenta las facultades de plantar, forestar o construir, o de usar, gozar y disponer material y jurídicamente sobre lo plantado, forestado o construido, el art. 2115 profundiza la cuestión y expresa lo siguiente: "Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo

3 LINARES DE URRUTIGOITY, Martha e PUJOL DE ZIZIAS, Irene, "Objeto del derecho real de superficie", Revista del Notariado, vol. 867, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2017

plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.

Los diversos autores que se ocuparon del tema destacaron positivamente la incorporación del derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial y, en particular, la facultad acordada al superficiario de construir y de hacer suyo lo construido, así como de que la superficie puede constituirse sobre construcciones existentes.

b) Virtudes de la superficie edilicia

La concepción velezana basada en el riguroso principio *superficies solo cedit* ha ido, con el transcurso del tiempo, perdiendo peso a instancia de las nuevas y modernas tendencias en materia de emprendimientos inmobiliarios, en donde la imaginación y el talento creativo de los inversionistas traspasa ciertos esquemas clásicos de la ciencia jurídica. De este modo, frente a los cambios sociales, económicos y culturales, el Derecho no puede quedar al margen porque, en definitiva, la realidad es un hecho inocultable e inevitable.

Una manifestación concreta de lo que venimos diciendo se observa en el área de los “conjuntos inmobiliarios”, cuyos orígenes nos remonta al año 1938, cuando por primera vez un “club de campo denominado “La Martona S.A. fue inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, aunque justo es reconocer que su proliferación data de fines de la década del 70 del siglo pasado. Sobre estos emprendimientos, el Congreso Nacional ha guardado silencio durante casi cuarenta años, sin embargo, su inocultable impacto social llevó a que las Provincias legislaran sobre la temática; así lo hizo la Provincia de Buenos Aires con el decreto-ley 8912/77, Córdoba, con la ordenanza 8606/91 y Mendoza, con la ley 4341, entre otros.

Demás está decir que aunque estas leyes provinciales claramente transgreden el art. 75 inc. 12 de nuestra ley suprema, en tanto las legislaturas locales se arrogaron atribuciones delegadas al Congreso Nacional, es factible observar su efectiva aplicación en las respectivas jurisdicciones.

Lo que queremos significar con estas expresiones es que cuando una realidad se impone, cualquiera sea ella, la ausencia de regulación legal no es óbice para que repercuta en el área que le es propia, social, económica, etc.

En el caso específico de la superficie edilicia, consideramos que el codificador de 2015 ha sido sumamente previsor, adelantándose a mutaciones que todavía no han tenido un desarrollo fértil en la campo de la inversión inmobiliaria y, al legislar sobre este derecho en el Código Civil y Comercial, pone al servicio de la comunidad una herramienta jurídica muy útil, sentando las bases para el estímulo de la cooperación pública-privada en desarrollos constructivos vinculados a edificios subdivididos en unidades habitacionales, los que, dada la temporalidad de este derecho, y teniendo en cuenta su duración máxima de 70 años (art. 2117, Cód. Civ. y Com.), reduce sensiblemente el precio de venta de los departamentos, facilitando el acceso a la vivienda propia.

c) La facultad de constituir el derecho real de propiedad horizontal

En sintonía con lo expuesto en el punto b, el segundo párrafo del art. 2119 prescribe que “el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

En tales condiciones, la expresa habilitación legal del art. 2119 brinda un soporte adecuado para que se pueda avanzar con la construcción de edificios con miras a su afectación a propiedad horizontal. Y es así que, en el marco de este régimen, es posible comercializar y enajenar las unidades funcionales con destino a vivienda a bajo costo.

Se suma a ello que, en el marco de la prehorizontalidad (arts. 2070 y 2071), al ser factible la comercialización de las unidades futuras, esta alternativa beneficia aún más su adquisición, debido a que habitualmente se ofertan con la opción de pago en cuotas a tasa cero de interés o con determinadas bonificaciones si el pago es de contado y todo ello, mediante financiación directa del desarrollista, sin necesidad de la intervención de entidades bancarias o financieras, las que, a menudo, debido a los gastos, tributos y comisiones originados en la concesión del crédito, más la tasa de interés compensatorio prevista, encarecen sensiblemente estos préstamos.

d) La facultad de constituir hipoteca sobre el derecho de construir

Otro acierto de la actual legislación es la facultad otorgada al superficiario de gravar con derecho real de hipoteca tanto el derecho a construir como el de la propiedad superficiaria.

De este modo, el propietario y el constructor cuentan con la posibilidad de acceder a créditos hipotecarios para el desarrollo de la obra.

3. LA SUPERFICIE EDILICIA COMO HERRAMIENTA JURÍDICA POTENCIADORA DEL ACCESO A LA VIVIENDA PROPIA

a) Las desventuras del acceso a la casa propia

Ernesto Solanilla explica que, con causa en la inmigración italiana, española y de otros países europeos, nuestra sociedad ha heredado el anhelo del acceso a la casa propia y que, ese deseo de prosperidad se transmitió a hijos y nietos⁴. Es decir que, a diferencia de otras sociedades, para la nuestra, el “techo propio” constituye un tópico trascendente en el proyecto de vida de cada habitante, de allí que resultan necesarias políticas públicas activas para materializar esta demanda social.

La historia reciente, en nuestro país, indica lo complejo de implementar este tipo de medidas para que, de modo concurrente, complementario y/o coordinado con la iniciativa privada, potencien líneas de créditos adecuadas para adquirir el primer inmueble.

Si bien el “fondo fiduciario público” denominado “Programa Crédito Argentino del Bicentenario para la Vivienda Única Familiar” (PROCREAR), creado a instancias del decreto 902/2012, representa un hito importante en la problemática, la falta de ejecución sostenida exhibe su insuficiencia como plan federal, siendo necesarias la adopción de otras acciones que aseguren el cumplimiento efectivo del mandato constitucional que emana del art. 14 bis. De la Constitución Nacional.

Lo hasta aquí expresado denota las desventuras que padecen las familias argentinas para alcanzar el status de propietarias sobre el inmueble que detentan ya que, con excepción del PROCREAR, no se verifican, ni en el ámbito público ni en el privado, programas generales adecuados para

4 SOLANILLA Ernesto Máximo, Problemática del boleto de compraventa, Lecciones y Ensayos, fascículo nro. 59, <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/59/problematika-del-boleto-de-compraventa.pdf>.

incentivar al sector inmobiliario, aspecto que se ve recrudecido por los altos niveles inflacionarios que Argentina padece.

Además, oportunamente, hemos subrayado que esta circunstancia se agudiza si segmentamos el tópico por género; así las cosas, según los archivos del Registro Nacional de la Agricultura Familiar (RENAF), el 18% de la tierra agropecuaria está en posesión de las mujeres mientras que el 82% corresponde al universo masculino⁴. En el mismo sentido, otro elemento de relevancia es el relacionado a los alquileres, en donde el colectivo femenino se encuentra ante grandes barreras que limitan sensiblemente el acceso a la finca propia, lo que se traduce en una mayor demanda de arrendamientos⁵.

Siguiendo el lineamiento propuesto en el párrafo precedente, en septiembre de 2022, la Dirección de la Encuesta Permanente de Hogares, dependiente del INDEC, emitió un informe que da cuenta de que el 21,6 % de los hogares son alquilados. Así las cosas, interpretando esos datos, Magalí Zirulnikoff sostiene que, de ese porcentaje, la mayoría son mujeres⁶, aunque aclara que la última vez que se midió fue en el 2010, cuando la CEPAL (Comisión Económica Para América Latina y el Caribe) desglosó el dato por género y la mayoría, en todos los grupos por edad, resultaron mujeres⁷.

b) Gravitación del derecho real de superficie edilicia

La superficie edilicia, en maridaje con la posibilidad de su afectación a propiedad horizontal, viene a configurar un escenario propicio y eficaz para permitir que las familias argentinas alcancen la “casa propia”.

En este horizonte, un aspecto de este instituto que, inicialmente, puede sugerir una desventaja, termina conformando una nota positiva, y es el relativo al elemento “tiempo”. Ello es así, pues, al apartarse del carácter

5 BENITEZ, Martín Darío, “Usucapión especial de inmuebles para mujeres en situación de vulnerabilidad con motivo de la extinción del matrimonio o la convivencia”, registrada en la Dirección Nacional de Derechos de Autor en el Legajo N°: RL-2023-126242948-APNDNDA·MJ, <https://camoron.org.ar/nuevas-normas/doctrina-cam/tesis-doctoral-usucapion-especial-de-inmuebles-para-mujeres-en-situacion-de-vulnerabilidad-dr-martin-benitez/>

6 Magalí Zirulnikoff es Técnica Superior en Administración Pública y es integrante fundadora de la agrupación Comunidad Federal Inquilina No Propietaria.

7 Ver Marie Clarie, Mujeres y propiedad: todo acerca de la brecha inmobiliaria, <https://marieclaire.perfil.com/noticias/sociedad/creditovienda-mujeres.phtml>. Fecha de consulta: 16/04/2023

de perpetuidad que campea en el dominio (art. 1942), siendo el plazo máximo legal permitido el de 70 años (art. 2117), forzoso es concluir que, en la comercialización de las unidades funcionales, el precio ofertado será sensiblemente menor al vinculado a derechos reales perdurables, pues la limitación temporal conduce a que los interesados estén dispuestos a ofrecer precio más bajos en orden a que la adquisición se perfecciona sobre un derecho real temporal, cuyo bien deberá ser restituido al cabo de un plazo máximo de 70 años.

En consecuencia, el “plazo”, en la superficie, constituye una ventaja gravitante, ya que, teniendo en cuenta que se extiende por 70 años, permite salir del encorsetamiento de los derechos reales clásicos, añadiéndose a ello que, como naturalmente se trata de un derecho que puede ser adquirido desde la mayoría de edad, su ejercicio se extenderá, en un gran número de casos, durante toda la vida biológica de su adquirente.

c) La intervención del Estado, las acciones positivas del art. 75 incs. 19 y 23 de la Constitución Nacional y la Ley 27.328.

Desde hace muchos años, existe un arduo y acalorado debate político, relacionado con el rol que debe cumplir el Estado en el mercado de bienes y servicios, observándose un movimiento pendular en las opiniones de los actores sociales, políticos y económicos, las que van desde aquellos que propugnan su completa contracción hasta los que proclaman una masiva intervención pública.

En nuestra opinión, creemos que ambos posicionamientos adolecen de matices, lo que impide vislumbrar cual debería ser el adecuado desempeño que el Estado debe jugar, como sujeto activo, en las relaciones económicas.

Por cierto, no tenemos dudas de que no solo es necesaria, sino obligatoria, la intervención estatal en el desarrollo del bienestar social, ya que así lo prescribe nuestra Constitución Nacional, por lo menos, de manera específica, en dos de sus cláusulas; hablamos del art. 75 incs. 19 y 23, los cuales, en sus partes respectivas, rezan que corresponde al Congreso Nacional “proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación de empleo, a la formación profesional de los trabajadores, a la defensa del valor de la moneda, a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento” y “legislar y promover

medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

Así las cosas, el mandato que fluye de las normas constitucionales transcritas reclama del Estado un desempeño activo en pos de materializar los derechos plasmados en la Carta Magna, y al tratarse del Congreso Nacional, las medidas positivas se canalizan bajo la forma de leyes.

Es decir que, como primera conclusión, podemos afirmar que, más allá de las posturas antagónicas que se expresan en cuanto al papel del Estado en la economía social, su intervención debe ser, por lo menos, lo suficientemente eficaz y adecuada para llenar de contenido tangible las normas constitucionales, debiendo desecharse aquellas tesis en las que se esgrime que una de las modalidades para cumplir con el art. 75 incs. 19 u 23 es sustraerse de todo accionar activo.

De este modo, aplicando las premisas referenciadas al objetivo propuesto en estas líneas, es posible aseverar que el Estado Nacional, a través de dos de sus tres Poderes, el Ejecutivo y el Legislativo, pueden encontrar en la superficie edilicia un mecanismo válido para brindar una solución concreta a la crisis habitacional que azota a nuestra sociedad.

Tal propuesta puede lograrse utilizando los inmuebles ociosos de propiedad del Estado Nacional para someterlos al régimen de la superficie edilicia y, a partir de esta configuración, llevar adelante la construcción de edificios divididos en unidades de vivienda, siendo ofrecidos en el mercado a bajo costo, estableciendo condiciones para su adquisición, tales como que el interesado carezca de inmuebles propios o de recursos suficientes para proveérselos.

Esta visión, y tal como lo dijéramos supra, fue la concebida en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde la Comisión n° 4, dictaminó, de *lege ferenda*, que el derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles del Estado, lo que podrán ser objeto de reglamentación especial.

En este orden de ideas, la ley 27.328, titulada “Contratos de Participación Público – Privada”, recoge el guante de las sugerencias que venía realizando la academia, y en orden a dar cumplimiento con el objetivo de la ley, proclamado en el art. 1ª, según el cual “los contratos de participación público-privada son aquellos celebrados entre los órganos y

entes que integran el sector público nacional con el alcance previsto en el artículo 8° de la ley 24.156 y sus modificatorias (en carácter de contratante), y sujetos privados o públicos en los términos que se establece en la presente ley (en carácter de contratistas) con el objeto de desarrollar proyectos en los campos de (...) vivienda”, en su art. 9° inc. g, se dispone que “en su caso, los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato, (...) podrán consistir, entre otros (...) en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público”.

En definitiva, el marco normativo descripto sienta las bases propicias para que se efectivice la implementación del derecho real de superficie edilicia con la finalidad de comenzar a desandar el camino que contribuya a revertir la crítica situación habitacional que padecen millones de argentinos, configurando una verdadera medida reparadora.

**EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LOS DERECHOS REALES
ADMINISTRATIVOS A LA LUZ DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Por Roberto Boqué¹

I. CONCLUSIÓN

La constitución del derecho de superficie sobre cosas del dominio público, constituye un derecho real administrativo, y por lo tanto es perfectamente viable en nuestro ordenamiento jurídico, siendo a tal fin aplicable subsidiariamente lo dispuesto en el CCyC en materia de derecho de superficie; en tal hipótesis el derecho subjetivo que se adquiere, es un derecho menos pleno o imperfecto ya que el mismo está acotado temporalmente y además sujeto al cumplimiento de los fines públicos que motivaron su constitución.

II. FUNDAMENTOS

1. A partir de la incorporación en el CCyC del derecho real de superficie, la posibilidad de constituir derechos de superficie sobre bienes pertenecientes al dominio público ha generado cuanto menos dos posturas aparentemente contrapuestas. Por un lado, están los que sostienen que ello es viable, aun con ciertos reparos²; por el otro se interpreta que es una cuestión propia del derecho administrativo no prevista en el CCyC³.

2. En nuestra opinión ambos criterios son compatibles en tanto se efectuó una interpretación que procure integrar el derecho privado con el derecho público, lo que creemos se materializa a través de los llamados derechos reales administrativos⁴, cuestión sobre cual venimos bregando

¹ Profesor Adjunto, Facultad de Derecho, UBA.

² DE LA RIVA I.M., "Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?", LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016

³ COSSARI N, COSSARI L, BITAR J., Código Civil y Comercial de la Nación, Dirección Bueres A., 4B, Hammurabi, Bs.As. 2017, p. 317.

⁴ BOQUÉ, R., "El dominio fiduciario y los derechos reales administrativos. ¿Trasmisión fiduciaria de las cosas del dominio público?, Rev.DA Nro 61 (2007), p. 649 y

desde hace tiempo en procura , como diría Cossio, de la “plenitud del ordenamiento jurídico”⁵.

3. No se debe perder de vista que el espíritu del legislador fue precisamente tal integración, ello independientemente de lo que efectivamente quedó plasmado en el articulado del Código. En efecto, la llamada “Constitucionalización del derecho privado” en palabras de Lorenzetti, se basa en la “*comunicabilidad de principios entre lo público y lo privado en casi todos los temas centrales*”⁶. La nueva regulación contenida en el CCyC, pretende poner en jaque la distinción entre derecho público y privado poniendo de resalto la visión unitaria del derecho⁷. Es que en definitiva “*las regulaciones del CCyC son supletorias a las regulaciones específicas del derecho administrativo en casos de indeterminación o ausencia de las mismas*”⁸.

4. En virtud de esta tendencia, cada vez se observa con más asiduidad la utilización en el derecho administrativo de herramientas propias del derecho privado, como podría ser la trasmisión fiduciaria del dominio público⁹, o como en este supuesto la constitución del derecho real de superficie sobre inmuebles del dominio público¹⁰, lo que supone una conjunción entre el derecho público y el derecho privado, que es lo que ocurre justamente con los llamados derechos reales administrativos.

ss.; “Dominio Público y Derecho de Retención (La tenencia como relación jurídica real de carácter administrativo)”, Semanario Jurídico 1998-B, p. 168; “Las Relaciones Reales Administrativas”, en : “Dominio Público”, Reina Tartiére G., Coordinador, Heliesta, Bs.As. 2009, p. 276 y ss.

⁵ COSSIO, C. , “La Plenitud del Ordenamiento Jurídico y la Interpretación Judicial de la ley”. Editorial Losada, Bs.As. 1939.

⁶ LORENZETTI, Ricardo, Nota de Presentación del Código Civil y Comercial.

⁷ BUTELER. A. “La distinción entre el derecho público y privado en el Código Civil y Comercial de la Nación. El Código Civil y Comercial de la Nación y el impacto en el Derecho Administrativo. Ramón D. Pizarro - Alfonso Buteler –Directores. 1a ed.- Ciudad Autónoma de Buenos Aires: La Ley, 2018. Libro digital.

⁸ DROMI, R., METERTEHIKIAN E., “Reflexiones de derecho público al proyecto de Código Civil y Comercial”. Ciudad Argentina-Hispania Libros-Ediciones Rap, Bs.As., Madrid, México, 2012.

⁹ BOQUÉ R. “El dominio fiduciario y los derechos reales administrativos. ¿Trasmisión fiduciaria de las cosas del dominio público?, Rev.DA Nro 61 (2007), p. 649 y ss.

¹⁰ Es lo que prevé por ejemplo la ley 27.328 (art. 9 inc. g).

5. Los derechos reales, como derechos subjetivos, son una figura propia del derecho privado, de allí que cualquier intento de aproximarnos a un concepto de derecho real administrativo, requiere inevitablemente vincularlo con aquél, a tal extremo que Gozález Pérez los define como "*aquellos derechos reales cuyo objeto son cosas de dominio público*"¹¹, vale decir entonces que lo que hace que estos derechos puedan ser nominados como administrativos es el hecho de que los mismos tienen por objeto a cosas que pertenecen al dominio público. De allí que en la construcción del concepto de derecho real administrativo concurren tanto elementos propios del derecho administrativo como del derecho civil, con la particularidad que en ambos casos el orden público es un elemento común.

6. Las finalidades públicas que son propias del derecho administrativo hacen que sus normas sean esencialmente de orden público, la presencia del interés público es sin duda determinante, al extremo que todos los derechos y las relaciones que nacen dentro de la órbita del Derecho Administrativo están alcanzados por estas finalidades públicas, de forma tal que los fines propios de cada uno de esos derechos está sujeto a un proceso de permanente adaptación en procura de no apartarse del interés general, aquí también la autonomía de la voluntad, al igual que los derechos reales regulados en el CCyC, está acotada en miras del bien común¹². Lo que por cierto no significa que los derechos reales se transformen en derechos de naturaleza administrativa, pero lo cierto es que la frontera entre el Derecho Público y el Derecho Privado se acorta en lo que a los derechos reales se refiere.

7. Por esta razón cualquier intento de formular una aproximación a una teoría general de los llamados derechos reales administrativos, debe hacerse teniendo en cuenta este aspecto, ya que ello nos permitirá llegado el caso recurrir al derecho de fondo, ya sea en forma subsidiaria o a través de la analogía.

8. Desde ya que no desconocemos las dificultades que implican en nuestro ordenamiento jurídico la construcción de una teoría que dé cabida a los llamados "derechos reales administrativos", ello en función del sistema de número cerrado o "numerus clausus adoptado por nuestro Codificador en

¹¹GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Los Derechos Reales Administrativos", Civitas, Madrid 1989, 29.

¹²ESCOLA, "El Interés Público", Depalma, Bs.As., 1989.

el art. 1884, este suele ser el argumento que se invoca a la hora de negar la existencia de tales derechos en nuestro ordenamiento¹³.

En rigor creemos que el principio de número cerrado no es un obstáculo, ya que los derechos reales administrativos, son derechos reales, pero derechos reales administrativos, a los que obviamente dicha norma no se refiere, es que los modos en que los bienes públicos se pueden aprovechar no se limita a un número concreto de opciones ni a la lista de posibilidades del art. 1884 del CCyC¹⁴.

9. A esta altura, pareciera superada la discusión, tanto en el derecho comparado como en el derecho nacional, sobre la existencia de los llamados derechos reales administrativos¹⁵, la realidad del tráfico negocial es lo suficientemente rica para mostrarnos tal realidad.

10. En el caso puntual del derecho de superficie sobre bienes del dominio público, se pueden mencionar como antecedentes del mismo, por un lado la posibilidad de expropiar el subsuelo independientemente de la propiedad del suelo, lo que incluso fue reconocido por la Corte en un antiguo fallo en donde dijo : *“Puede expropiarse el subsuelo, para construir un túnel en prolongación de una vía férrea concedida por ley del congreso, sin ser necesaria la expropiación de todo el terreno hasta la superficie. (No se opone a ello el art. 2617, Cod. Civ., aplicable solo a los edificios, y que debe interpretarse restrictivamente por ser una limitación al ejercicio de un derecho. Además el art. 2521 del mismo Código, demuestra que no hay*

¹³ GUIRIDLIAN LAROSA J., “Contratación Pública y Desarrollo de Infraestructuras”, Lexis-Nexis, Abeledo Perrot, Bs.As 2004, p. 80.

¹⁴ DE REINA TARTIÉRE, G., “Sistema de Derechos Reales”, Parte General, Ad.Hoc, Bs.As 2005, p. 82. (Incluso este autor alude a la posibilidad de constituir sobre bienes de dominio público, derecho de superficie, el que a la postre sería un derecho real administrativo).

¹⁵ GONZÁLEZ PÉREZ, J., “Los Derechos Reales Administrativos”, Civitas, Madrid 1989, p. 29; VILLEGAS BASABILVASO, aut y ob cit; Diez MM, “Derecho Administrativo” T IV, Plus Ultra, Bs.As 1969; MORILLO-VELARDE PÉREZ JI, “Dominio Público, Trivium, Madrid 1992; GARRIDO FALLA, F, “ Tratado de Derecho Administrativo”, v. II, Tecnos, Madrid 1992; MARIEHOFF,M.S,”Tratado del Dominio Público”, TEA, Bs.As. 1960; DIEZ M.M., “Dominio Público” Valerio Abledo , Bs.As. 1940; etc.

incompatibilidad alguna en que el subsuelo y la parte superior, puedan utilizarse separadamente por diversos propietarios)”¹⁶.

Esto luego fue plasmado en distintas leyes de expropiación, así la propia ley de expropiaciones 21.499, prevé en su artículo 6° la posibilidad de expropiar el subsuelo independientemente de la propiedad del suelo, lo que en rigor ya había ocurrido con la construcción de la Red de Subterráneos de la Ciudad de Buenos, a comienzos del siglo pasado¹⁷.

Otro caso más reciente es el contemplado por la ley 27.328 (art. 9 inc. g) que regula los contratos de participación público-privada (PPP) y que prevé la posibilidad de constituir derecho de superficie sobre inmuebles de dominio público afectados a un determinado proyecto de infraestructura¹⁸.

11. No caben dudas que el art. 2118 del CCyC no se refiere de manera expresa al derecho de superficie sobre bienes del dominio público¹⁹, razón por la cual se interpreta que “los inmuebles de dominio público quedarían excluidos, aun cuando pudiera existir alguna normativa de derecho administrativo que reglara esta institución”²⁰.

Pero de igual manera no es menos cierto que para un importante sector de la doctrina, al cual adherimos, el titular del dominio público es el Estado y que existe un verdadero derecho de propiedad que eventualmente

¹⁶ CSJN: Fallos: 29:323

¹⁷ MAIORANO, JL, “La Expropiación”, Cooperadora de Derecho y Ciencias Sociales, Bs.As. 1978, p. 52; ROCA, I., “Expropiaciones, Ocupaciones y Retrocesiones”, Plus Ultra, Bs.As. 1980, p. 18; VILLEGAS A. W., “La ley general de Expropiaciones N° 21.499 con relación a su precedente”, Revista Argentina de Derecho Administrativo, Plus Ultra, Bs.As 1977-N° 15-16, p. 23; CASAS JA-ROMERO VILLANUEVA HJ, “Expropiación-Ley 21.499”, Astrea, Bs.As. 2005, p. 43.

¹⁸DE LA RIVA, IM., “Lo público y lo privado en el derecho de las infraestructuras / - 1a Ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : La Ley, 2018. Libro digital.

¹⁹ COSSARI, N G y COSSARI LN, Código Civil y Comercial Comentado Tratado Exegético, Alterini, J. Director General, 3ra ed. La ley, Bs.As. 2019, p. 205.

²⁰ GURFINKEL DE WENDY, L., “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. V., Directores: Rivera-Medina, La Ley, Bs.As. 2014, p. 695.

lo legitimaría en los términos de la citada norma para poder constituir el derecho de superficie²¹.

No desconocemos que autorizadas voces sostienen que no existiría tal derecho de propiedad a favor del Estado, sino más bien un derecho a favor del pueblo, o un dominio eminente o un acto de soberanía, valer decir que no habría propiamente un derecho de propiedad. Dentro de la primera interpretación se encuentran Villegas Basabilvaso²², Ovejero²³, Martínez²⁴, Peña Guzmán²⁵, Salvat²⁶, Diez²⁷; en cambio se enrolan en la segunda postura, Marienhoff²⁸, Borda²⁹, Bielsa³⁰, Lafaille³¹, Novillo Corvalán³². Nuestra Corte pareciera inclinarse por la primera postura cuando expresa, “el argumento de que sobre los bienes de dominio público no puede haber

²¹ DE LA RIVA, I.M., "Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?", LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016.

²² VILLEGAS BASABILVASO, Benjamín, “Derecho Administrativo”, T. IV, TEA, Buenos Aires 1952, p. 128 y ss.

²³ OVEJERO, Daniel, “La Posesión”, Compañía Impresora Argentina, Buenos Aires, 1942, p. 134/135

²⁴ MARTINEZ ZENON, “La posesión”, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe 1939, p. 114.

²⁵ PEÑA GUZMÁN, Luis A., “Derechos Reales”, T.I, TEA, Bs. AS. 1975, p.114

²⁶ “En nuestro derecho, pensamos, por el contrario, que el Estado tiene sobre las cosas del dominio público un verdadero derecho de propiedad” ... (SALVAT, Raymundo M., “Tratado de Derecho Civil Argentino”, “Derechos Reales”, T. I., TEA, Buenos Aires 1951, p. 176)

²⁷ DIEZ MANUEL, M., “Dominio Público”, Valerio Abeledo, Buenos Aires 1940, p. 328.

²⁸ MARIENHOFF, Miguel, S, “Tratado del dominio público”, TEA, Buenos Aires, p. 305

²⁹ BORDA, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales”, T. I, Perrot, Buenos Aires 1975, p. 51.

³⁰ No habría propiedad, el Estado tiene un superior poder de policía. (BIELSA, Rafael, “Principios de Derecho Administrativo”, Imprenta de la Universidad Nacional de Litoral, Buenos Aires 1942, p.556)

³¹ LAFAILLE, Héctor, R, “Derecho Civil, T.III, Tratado de los Derechos Reales, Vol. I”, EDIAR, Buenos Aires 1943, p 370

³² NOVILLO CORVALAN, Sofanor, en SALVAT, R., “Tratado de Derecho Civil Argentino”, p. 184; para quién “Lo que el Estado ejerce es un derecho de administración, en virtud de su soberanía”.

una posesión útil, sólo vale para los administrados o particulares, pero en modo alguno para el Estado”³³. Vale la pena recordar que la Corte se expidió en un supuesto en donde se cuestionaba que el Estado pudiera interponer una acción reivindicatoria a los fines de recuperar una cosa del dominio público.

12. Salvado lo anterior, y aceptando que la superficie sobre bienes del dominio público es un derecho real administrativo, no debería ser un obstáculo para ello lo previsto en el art. 237 del CCyC en la medida que su constitución no importa un acto de enajenación, ya que como expresa De La Riva, conforme al art. 2121, el constituyente continúa *“como titular de la nuda propiedad del inmueble. Por lo demás, el carácter temporario del derecho real bajo análisis, expresamente establecido por el régimen que lo instaure confirma esta apreciación. Va de suyo que la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público deberá cuidar de no afectar el destino de uso público al cual se encuentre consagrado el bien demanial sobre el cual recaigan”*³⁴.

En este caso al no existir un acto de disposición o enajenación quedaría a resguardo el extremo previsto en el art. 237 del CCyC, pues como recuerda Balbín: *“El sentido de la inalienabilidad de los bienes es proteger su afectación y destino en términos de utilidad, uso o comodidad común”*³⁵, que es precisamente lo que ocurría en este supuesto.

Entonces en palabras de Gaspar Ariño podríamos hablar en este caso, de propiedades afectadas al uso público, en las que, según afirma el profesor español, *se separa propiedad y uso, y aparece un nuevo tipo de propiedad vinculada por su destino, por su uso y no por su titularidad*³⁶.

13. Si el uso y goce de una cosa que pertenece al dominio público puede ser otorgada a particulares bajo la forma de alguno de los derechos reales administrativos conocidos y aceptados, (Concesiones de

³³ CSJN, C. 154.XXXIII. ORIGINARIO, “Córdoba, Provincia de c/ Zontella, Juan Carlos s/Reivindicación”, 10/10/2000.

³⁴ DE LA RIVA, Ignacio M. Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras? LA LEY 10/03/2016, 10/03/2016, 1 - LA LEY2016-B, 723

³⁵ BALBÍN, C. , “Impacto del Código Civil y Comercial en el derecho administrativo”, Astrea, Bs.As. 2016, p. 186.

³⁶ ARIÑO ORTIZ, G., “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en “El Nuevo Servicio Público”, Marcial Pons, Madrid 1997, p. 31

Uso, Concesiones de Obra o Servicios Públicos, etc.), ¿qué impide constituir derecho de superficie sobre la misma cosa a los fines de satisfacer ciertas y determinadas finalidades públicas?

14. En resumidas cuentas, la superficie sobre bienes del dominio público constituye sin duda un derecho real administrativo, y nada obsta la aplicación de las normas del Código Civil y Comercial, máxime que como bien recuerda Linares, frente a un caso administrativo no previsto específicamente por la legislación administrativa, corresponde aplicar las normas del Código Civil en forma subsidiaria, salvo en la parte que sean incompatibles con el substracto del caso. De esto se desprende que, para este autor, sólo se podría aplicar por analogía normas de derecho administrativo cuando no existieran normas de derecho común aplicables subsidiariamente³⁷.

Ahora bien, si tenemos en cuenta que no existen normas de derecho administrativo para aplicar analógicamente, el camino para aplicar el derecho civil queda totalmente allanado, lo que por otra parte no debería llamarnos la atención por cuanto el concepto mismo de dominio público está contenido en el Código Civil y no en la legislación administrativa. Aquí el CCyC en su carácter de derecho común debería hacer las veces de fuente subsidiaria.

15. Además ello permitiría incorporar al tráfico negocial a las cosas del dominio público de una manera dinámica, sacándolas de la situación de inmovilización que las caracteriza, aprovechándose de esta forma la versatilidad del derecho de superficie, esto permitiría el aprovechamiento pleno del dominio público, lo que por supuesto podría llegar a facilitar la realización de grandes emprendimientos públicos³⁸, ya sea obras o servicios públicos, por cuanto los inversores privados tendrían un derecho real administrativo, superficie, el que como tal es menos pleno o imperfecto, pero derecho real al fin, lo que podría llegado el caso ser considerado con un activo subyacente para dar pie a la obtención de financiamiento, incluso a través de fideicomisos de garantía.

³⁷ LINARES, J.F. “Caso Administrativo no previsto”, Astrea, Bs. As. 1976 y ob. Cit. p. 124.

³⁸ FANELLI EVANS, G.E, “La necesidad de recrear confianza y los derechos reales administrativos”, LL-2003-C.

**SUBSISTENCIA DE LA AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD
HORIZONTAL CON POSTERIORIDAD A LA EXTINCIÓN DEL
DERECHO REAL DE SUPERFICIE**

Pablo Enrique Bressan¹ y Juan Ignacio Bressan Gutiérrez²

I. CONCLUSIÓN

1. *De lege lata*: La afectación al régimen de propiedad horizontal otorgada por el superficiario puede subsistir con posterioridad a la extinción del derecho real de superficie si ha sido expresamente convenida.

II. FUNDAMENTOS

1. ANTECEDENTES NORMATIVOS

La interpretación literal del art. 2125 CCCN relativa a los efectos de la extinción del derecho real de superficie concluye en la revocación absoluta de los derechos reales y personales constituidos por el superficiario.

El mismo tipo de interpretación respecto del art. 2128 CCCN permitiría concluir que el pacto en contrario admitido en el efecto retroactivo del dominio revocable (normativa aplicable por remisión, arts. 1967, 2128 CCCN) sería incompatible con el estatuto del derecho real de superficie (arts. 2125, 2128 y conc. CCCN).

La afectación al régimen de propiedad horizontal y el dictado del reglamento de propiedad horizontal generan un estado jurídico “de propiedad horizontal”, consistente en la admisión de reproducción de

¹ Escribano y Abogado. Profesor adjunto por concurso de Derechos Reales I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo

² Escribano y Abogado. Magíster en Derecho Civil de la Universidad Austral. Profesor adscripto Derechos Reales, Registrales e Intelectuales I y II de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael.

inmuebles, desde un inmueble matriz, a través de la generación de volúmenes espaciales y jurídicos en diversos horizontes (art. 2038 y conc. CCCN).

El “estado de propiedad horizontal” no implica por sí misma la generación del derecho real de propiedad horizontal ni de otros derechos reales o personales, sino la “reategorización” del inmueble fuera del régimen de accesión, dejándolo apto para la “división jurídica del edificio (sic art. 2038 CCCN).

2. LA DESAFECTACIÓN DEL “ESTADO DE PROPIEDAD HORIZONTAL” REQUIERE DECLARACIÓN DE VOLUNTAD EXPRESA DEL “PROPIETARIO DEL SUELO” O DEL SUPERFICIARIO

La afectación a PH por el superficiario (propiedad horizontal superficiaria) es una facultad que puede ser vedada por el propietario del suelo (art. 2210 CCCN). Esta restricción requiere manifestación expresa en este sentido.

La norma citada es reglamentaria en virtud de que el legislador ha resuelto librar un margen a la autonomía de la voluntad no sólo para el surgimiento de eventuales derechos reales de propiedad horizontal superficiaria, sino para permitir al superficiario el cambio de régimen jurídico del inmueble. Este cambio de régimen es presupuesto necesario para el futuro nacimiento de derechos reales de propiedad horizontal superficiaria, pero no implica necesariamente el nacimiento de estos últimos. Sirve en este sentido de “plataforma” de lanzamiento (primera fase), pero no de surgimiento de derechos reales de propiedad horizontal en concreto (segunda fase).

Este cambio de régimen que admite el propietario del suelo al superficiario se vincula entonces con una realidad física independiente de ambos, que es la construcción en propiedad horizontal.

Dada esta realidad física, la revocación de los derechos reales y personales (fase dos) dispuesta para la extinción de la superficie no implica necesariamente la revocación de la plataforma (fase uno). Esta consecuencia eventual requiere una declaración expresa de la voluntad de desafectación por parte del propietario del suelo o, si hubiera sido convenido, del superficiario. En estos términos, podría pactarse la subsistencia de la afectación, en cuyo caso se vedaría al superficiario su atribución de desafectación.

3. LA SUBSISTENCIA DEL RÉGIMEN DE AFECTACIÓN A PROPIEDAD HORIZONTAL CONSTITUIDA ORIGINARIAMENTE POR EL SUPERFICIARIO A LA EXTINCIÓN DE SU DERECHO HA RECIBIDO APOYO EN IMPORTANTES EVENTOS JURÍDICOS

Diversos eventos jurídicos recientes de importancia han profundizado en el tema en cuestión. Podemos resumir las siguientes conclusiones:

Como regla general, la extinción del derecho real de superficie por cumplimiento del plazo deja sin efecto la afectación al régimen de propiedad horizontal otorgada por el superficiario (arts. 2125 primer párrafo, 2128 y 1967 CCCN). Se exceptúa el pacto en contrario (conc. despacho aprobado por unanimidad en las XVIII Congreso Nacional De Derecho Registral).

Una de las conclusiones vertidas en el subtema 3 de la 32º Jornada Notarial Argentina de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires fue: “...se sugiere que el sometimiento a propiedad horizontal que formalice el mismo, se haga: 1) conjuntamente con el propietario del suelo y 2) que en el acto constitutivo del derecho real de superficie se convenga la no retroactividad del mismo, a fin de lograr la subsistencia de la afectación al expirar el plazo en los términos de los arts. 1967 y 1969 C.C.C.”

4. LAS INCONVENIENCIAS SEÑALADAS POR LA DOCTRINA TIENEN SENCILLA SOLUCIÓN

Una de las particularidades de la propiedad horizontal superficiaria consiste en que el terreno no reviste el carácter de cosa necesariamente común, contrario a lo dispuesto por el art. 2041 CCCN en tanto “el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo” (conf. Art. 2015 CCCN).

Cierta doctrina ha señalado como obstáculo a la subsistencia de la afectación al régimen de la propiedad horizontal el punto relativo a la propiedad del suelo (común en la PH, del propietario del inmueble en la PH superficiaria).

Esta discordancia es de relevancia práctica menor en tanto podrá considerarse como modificada su naturaleza por el solo hecho de la extinción de la superficie.

Dicha modificación no requeriría reformas del reglamento de PH y podría ser incluida en una eventual escritura de modificación de afectación

y reglamento, la que solo sería estrictamente necesaria si se modificara el sector del inmueble afectado.

5. UNA NUEVA AFECTACIÓN A PH IMPLICARÍA NUEVOS GASTOS

La extinción de la propiedad horizontal y un nuevo otorgamiento por el propietario del inmueble traería aparejados nuevos gastos a desembolsar principalmente por el titular del inmueble, ya que además de la necesidad de contar con un nuevo plano de mensura de PH, sería necesario contar con la consecuente nueva escritura de afectación al sistema y el correspondiente dictado de reglamento.

Además de los costos antes descriptos, esto se traducirá asimismo en una pérdida de tiempo evitable.

Se considera que en la medida de que no existan cambios en el sector del inmueble afectado no se necesitaría nuevo plano y nueva escritura de afectación y reglamento.

6. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD Y UNA SOLUCIÓN PRÁCTICA DEBEN PREVALECER SOBRE POSICIONES DOGMÁTICAS

La subsistencia de la afectación a PH posterior a la extinción de la superficie será un pacto expresamente convenido por las partes, que lo habrán consentido a efectos de satisfacer sus propios intereses, por lo que deberán ser respetados.

El margen concedido a la autonomía de la voluntad no contradice lo dispuesto por el art. 2125 del CCCN, en tanto el propietario del suelo readquirirá la cosa: a) en este caso, con lo construido por el superficiario (edificio); b) libre de todo derecho real o personal constituido por este último; c) podrá continuar con el régimen jurídico natural al tipo de construcción realizado.

LA INDEMNIZACIÓN EN ESPECIE COMO HERRAMIENTA CLAVE PARA LA REVITALIZACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Pablo Enrique Bressan¹ y Juan Ignacio Bressan Gutiérrez²

I. CONCLUSIÓN

1. *De lege lata*: El pacto de indemnización -o compensación- en especie constituye la clave para lograr la revitalización del derecho real de superficie.

II. FUNDAMENTOS

1. AMPLIO JUEGO CONCEDIDO A LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

El artículo 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación es una norma reglamentaria y no estatutaria del derecho real de superficie.

Se confiere tal incidencia a la autonomía de la voluntad que este derecho a indemnización o compensación es optativo, es decir, existe salvo que se pacte en contrario.

El margen de autonomía alcanzaría inclusive a admitir que la indemnización se deba a una persona distinta que el titular del inmueble original, siempre que se pacte³.

¹ Escribano y Abogado. Profesor adjunto por concurso de Derechos Reales I y II de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Cuyo

² Escribano y Abogado. Magíster en Derecho Civil de la Universidad Austral. Profesor adscripto Derechos Reales, Registrales e Intelectuales I y II de la Universidad de Mendoza, sede San Rafael.

³ALTERINI, Jorge H. – ALTERINI, Ignacio E. - ALTERINI, Ma. Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, con la colaboración especial de Francisco J. Alterini, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, p. 605.

2. SE PRETENDE EVITAR UN ENRIQUECIMIENTO INJUSTIFICADO DEL TITULAR DEL INMUEBLE

El legislador ha previsto una indemnización en miras a evitar un enriquecimiento sin causa del propietario del inmueble.

Si bien se debate en doctrina y en la legislación comparada sobre la procedencia o no de la obligación del pago compensatorio, el contexto socioeconómico y cultural de la República Argentina requiere la admisión de dicho pacto.

3. ESTABLECER UNA SUMA DE DINERO EN EL ACTO CONSTITUTIVO –O POSTERIORMENTE– O LA SOLUCIÓN EN SUBSIDIO DEL ARTÍCULO 2126 PUEDE DERIVAR EN SITUACIONES INJUSTAS

a) La fijación de una suma cierta de dinero al inicio o con posterioridad -pero en tiempo lejano a la extinción de la superficie- puede devenir en irrisoria o desproporcionada

Los plazos máximos admitidos por la ley pueden admitir que la vigencia de la superficie sea extensa, por lo que fijar la indemnización en dinero en el acto constitutivo –elemento que debe ponderar el superficiario en oportunidad de contratar– o con posterioridad, pero en tiempo distante a la extinción, expone al quantum a factores que exceden a las partes, como la inflación y depreciación monetaria, generando una posible desnaturalización de la convención compensatoria originaria.

b) La solución en subsidio prevista por el art. 2126 del CCCN carece de razonabilidad en la mayoría de los casos

La lógica económica del superficiario debiera conducirlo a desarrollar sus facultades mucho tiempo antes de los dos años finales. Sería muy extraño el caso donde el objeto de la superficie se concrete al final de su duración.

El último párrafo del art. 2126 debe ser modificado por carecer de razonabilidad. Su texto actual desalienta la utilización del derecho real de superficie.

4. LA INDEMNIZACIÓN O COMPENSACIÓN EN ESPECIE CONSTITUYE UNA ALTERNATIVA MÁS JUSTA E INTERESANTE PARA AMBOS CONTRATANTES

El establecimiento de un pacto de indemnización o compensación en especie presenta ventajas desde dos perspectivas: a) en primer lugar, será una alternativa más justa para las partes, en virtud de que el valor de la indemnización no se verá expuesto a avatares ajenos a ellos, como la inflación o la depreciación monetaria por el mero transcurso del tiempo. b) La indemnización en especie puede generar interés en ciertos sujetos que, en atención a sus cualidades (por ej. desarrollistas inmobiliarios), revistan el rol de superficiario, en especial cuando se plantea la superficie como un vehículo para el desarrollo.

Grafiquémoslo con un ejemplo: un sujeto titular de derecho real de dominio posee un inmueble baldío con una ubicación comercialmente interesante. No quiere desprenderse de su dominio, pero al mismo tiempo no cuenta ni con los fondos ni con el conocimiento para desarrollar un emprendimiento inmobiliario.

Con el debido asesoramiento, decide conceder derecho real de superficie en favor de una constructora, estableciéndose en el título suficiente la obligación de construir un edificio, bajo ciertas condiciones constructivas y con un plazo de obra razonable para que, posteriormente, cumplida la obligación principal, se extinga este derecho real y se reanude la plenitud de su derecho, readquiriendo el titular del inmueble el fundo con parte de las mejoras introducidas. Las restantes mejoras resultan en propiedad del superficiario en virtud del pacto compensatorio en especie.

El pacto de indemnización en especie reviste interés para ambas partes en virtud de los siguientes fundamentos:

- A) Desde la perspectiva del superficiario, éste finalizaría su gestión con la adquisición de parte del objeto que él mismo edificó, plantó o forestó, que él mismo administró y que conoce con profundidad.
- B) Esta modalidad compensatoria lo motivará a cumplimentar con la mayor diligencia y calidad posible el cometido fijado en el título, en tanto él se convertirá eventualmente en destinatario final de parte de lo construido, plantado o forestado.
- C) Desde la perspectiva del propietario, recibirá parte de su objeto con mejoras que no podía afrontar o desarrollar, incrementando el valor de su patrimonio, sin desprenderse de su dominio en forma absoluta.

- D) La temporalidad de la superficie se relativiza con este modo de contratación. Al vencimiento de la superficie, el titular del inmueble habrá readquirido su derecho libre de todo derecho real o personal constituido por el superficiario, pero con la obligación a posteriori de abonar en especie lo convenido con el superficiario.
- E) Dado que ambos usarán y gozarán de todo o parte material de lo construido, plantado o forestado, les servirá como garantía de cumplimiento de las obligaciones correspondientes a ambas partes.
- F) Si se opta por una indemnización en especie, se logran beneficios similares a los provistos por otros institutos de gran práctica en el mercado, como el fideicomiso inmobiliario, con la ventaja que en la superficie el “gestor” (superficiario) habrá gestionado bienes que en la práctica resultarán en parte en interés propio.
- G) Debe promoverse el pacto indemnizatorio en especie como pieza clave para revitalizar el derecho real de superficie.

LOS DESAFÍOS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Jorge Raúl Causse¹

I. CONCLUSIONES

1. Al constituirse el derecho real de superficie para construir, el suelo o rasante, el vuelo y el subsuelo actúan como dimensiones autónomas del inmueble que resulta afectado.

2. La regulación vigente del derecho real de superficie (arts. 2114 al 2128 inclusive del Código Civil y Comercial de la Nación, ley 26.994/2014), admite que se lo constituya, entre otros objetivos, para: construir i.) Molinos generadores de energía eléctrica de fuente eólica con sus accesorios; ii.) Centrales o plantas solares fotovoltaicas destinadas a la generación de energía eléctrica.

3. La perpetuidad no es consustancial con el derecho real de superficie. La fijación de los plazos debe quedar librado a la autonomía de la voluntad.

II. INTRODUCCIÓN

Desde nuestras primeras consideraciones sobre el derecho real de superficie² enfatizamos su relevancia. Más tarde, nos decidimos por insinuar algunas de sus posibles aplicaciones prácticas, ofreciendo modelos y esquemas para constituir el derecho real de superficie a los efectos de construir molinos generadores de energía eléctrica de fuente eólica con sus accesorios, y con el objetivo de construir centrales o plantas solares

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (U.C.E.S.); Miembro de número en calidad de Académico Emérito de la Academia Nacional del Notariado. Labor docente cumplida en las Facultades de Derecho de las Universidades de Morón, Buenos Aires, Belgrano y J. F. Kennedy en las asignaturas Derechos Reales Derechos Reales u Privilegios.; Docente invitado por la Universidad Interamericana de Puerto Rico y Docente en Cursos de Verano dictados en la Universidad de Salamanca. Salamanca. España. Autor y coautor en obras de Derechos Reales y publicaciones en órganos de difusión jurídica. Publicista.

² CAUSSE, Jorge R. en Código Civil y Comercial Comentado. 1ª. Edición. Infojus. Buenos Aires. 2015, Tomo V, Libro Cuarto. Título VII, p. 228.

fotovoltaicas destinadas a la generación de energía eléctrica. A lo anterior agregamos algunas aproximaciones de interés sobre la producción de arándanos, aportando una estructura posible del acto jurídico necesario para constituir derecho de superficie con esa finalidad.³ Por último aventuramos sostener la autonomía de las dimensiones que forman parte del inmueble que se afecta con el derecho real de superficie.

El valioso aporte que produjeron Carlos A. De Rosa y María Eugenia Torres Lastra, el primero Profesor Consulto de Derecho Civil y Director del Departamento de Derecho Civil y la segunda Docente de Derechos Reales, ambos de la Universidad Nacional de Mar del Plata⁴, y en particular su reflexión en el párrafo final junto con la nota al pie (91) nos anima a confirmar que transitábamos una senda correcta.

III. FUNDAMENTOS

Los desafíos los iniciamos encarando nuestra incursión sobre

1. LAS DIMENSIONES DEL INMUEBLE QUE SE AFECTA CON EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE PARA CONSTRUIR

a) Aproximaciones

Expuse en mi tesis doctoral⁵ que su objetivo consistía en establecer, frente al supuesto de constituirse el derecho de superficie para CONSTRUIR que, del soporte físico que le sirve de apoyo –el inmueble, terreno, solar o predio–, se desprenden tres dimensiones: la rasante o suelo, el vuelo y el subsuelo y que, a cada una de ellas, corresponde atribuirles autonomía sin que ello implique la generación de nuevos derechos reales.

³ CAUSSE, Jorge R. Derecho Real de Superficie. 1ª. Edición. Hammurabi. Buenos Aires, agosto de 2019, p. 85 y ss.

⁴ Publicado en La Ley 25/03/2024, Cita TR LA LEY AR/DOC/595/2024, bajo el Título: El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas.

⁵ Presentada para acceder al grado académico de Doctor en Derecho, conferido por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (U.C.E.S.),} El Jurado calificó con 10 la tesis presentada. Su RESUMEN obra en: Ratio Iuris. Revista de Derecho. Vol. 11 Núm. 1, enerojunio 2023, pp. 4-73, ISSN: 2347-0151. ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/vvogwznej>.

De las tres dimensiones, la que mayor conflictividad puede ofrecer –en cuanto admitírsela con la autonomía que predicamos-, es la del vuelo.

En el documento que citamos en la nota 5, apelamos a la relevante postura adoptada por Linares de Urrutigoity y Pujol de Zizzias⁶, glosando buena parte de los argumentos fundantes de su criterio respecto del espacio como objeto de los derechos reales y del de superficie en su versión para forestar.

Las autoras apelaron a la cita de Carlos Maiorca señalando: que la solución afirmativa de la propiedad sobre el espacio está admitida desde el punto de vista del derecho romano, del derecho intermedio, del derecho germánico, del derecho civil italiano y del derecho extranjero... (según el cual, en el contrato constitutivo de superficie se enajena la propiedad del espacio).⁷

Sostuvimos, frente a otras conjeturas y a algún interrogante puntal de las autoras que, de ninguna manera es concebible que el derecho de superficie para forestar se confiera derechamente sobre un espacio aéreo, siquiera pretendiendo asignarle algún tipo de autonomía. Si no hay una plataforma física para sembrar la especie arbórea que se pretende obtener, jamás habrá forestación. Distinto es el supuesto de que se confiera el derecho de superficie para construir porque, en tal caso, luego de terminada la construcción del edificio que ocupe la rasante, hará su aparición el espacio aéreo que circunde lo edificado y que le pertenece al propietario del predio. Este poder de disposición es el que lo legitima para constituir un nuevo derecho de superficie, a lo que nosotros sumamos la conveniencia de que, a ese espacio aéreo, se lo admita como dimensión autónoma junto con la rasante y el subsuelo. Claro está, sólo aplicable cuando las dimensiones a las que propiciamos darle autonomía son elementos desglosados de la cosa inmueble que soporta la constitución del derecho de superficie. Es a partir de esta perspectiva que, para resguardar

⁶ Linares de Urrutigoity, M. D., y Pujol de Zizzias, I. (2002). Objeto del derecho real de superficie forestal. *Revista del Notariado*, 867. <https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&hcp=1>

⁷ Maiorca, C. (1934). *Lo spazio e i limite della proprietà fondiaria* [El espacio y los límites de la propiedad de la tierra]. Instituto Giurídico de la R. Università.

el principio de determinación, comienza a tener protagonismo la actividad técnica de los agrimensores.

¿De qué manera? Determinando el volumen del espacio libre de toda ocupación que se decida utilizar, a través de la planimetría necesaria que servirá de base para generarlo.⁸

El documento cartográfico que se produzca de ningún modo genera una situación jurídica, se trata de un instrumento útil para llevar a cabo los actos legalmente exigibles para constituir el derecho real de superficie con el aludido objetivo. Se tendrán en cuenta, además, las especificaciones técnicas a las que el superficiario deberá ajustar su actividad constructiva; decisivas para el que el propietario le confiera a otro u otros el derecho de superficie que les permita aprovechar el espacio aéreo determinado.

Más tarde corresponderá la intervención de las dependencias catastral y registral inmobiliaria a fin de que se cumplan las respectivas incumbencias publicitarias.

Nos referimos al suelo, al vuelo y al subsuelo, proyectando sus efectos en la órbita del derecho administrativo, sobre los indicadores urbanísticos, respecto de la publicidad inmobiliaria y con relación a la economía. Ya sostuvimos y lo reiteramos, que esta consagración no implica crear nuevos derechos reales, manteniendo el suelo su condición de referencia primordial y necesaria para la operatividad de tales dimensiones.

b) Pormenores

Será suficiente que, dentro de la estructura del Art. 1884 del CCCN,⁹ al tiempo en que se constituya derecho de superficie para

⁸ Se trata de la utilidad que brinda la planimetría para alejarnos de la hoy inconsistente concepción que, derechamente le priva, al espacio aéreo, de ciertos efectos posibles una vez que pudo ser determinado. Para la doctrina pretérita, al no considerar a la planimetría como opción válida a esos efectos, descartaban al espacio aéreo en el campo de los derechos reales. Messineo, F. Manual de derecho civil y comercial (T. III). (Trad. S. Melendo). Ejea. B. A. . 1954, P 424; Biondo Biondi, D. Los Bienes. Olejnik. B. A. 2019. P. 57/8; Borzutzky Arditi. A. El Derecho de Superficie. Andrés Bello. 1972, p. 132. Título: Oportunamente aventuramos un enfoque y solución para el supuesto de ocuparse espacio aéreo de inmueble lindero. CAUSSE, Jorge Raúl. “El derecho de superficie frente a la situación legal de ciertos voladizos” Publicación: El Derecho - Diario, Tomo 302. Fecha: 11-07-2023 Cita Digital: ED-DVLI-343

construir o sobre construcciones ya existentes en el inmueble de que se trate, se le reconozcan como sus dimensiones autónomas las antes referidas: rasante o suelo, vuelo y subsuelo.

Para alcanzar este objetivo, se deberá contar con el respaldo de las normas administrativas que dicten los organismos de aplicación, y que la edificabilidad se ajuste a los metrajes constructivos que admitan las respectivas comunas. Desde luego el derecho de superficie para construir se constituirá por escritura pública, registrándolo oportunamente.

Nos propusimos una lectura inferencial del derecho de superficie en tanto noticia relevante en el universo de los derechos reales.

Así advertimos que el Art. 2114 del CCCN (2014) concibe al derecho de superficie: a.) parapetándolo en la nómina de los derechos reales del artículo 1887 del mismo cuerpo legal y con la calidad de temporario, b.) como el que le otorga a su titular (vale aclarar que se trata de quien accede a este derecho de superficie y no del propietario del predio que se afecta), sobre un inmueble ajeno: las facultades específicas de uso, goce y disposición material y jurídica de un derecho.

El ejercicio de ese derecho podrá consistir en plantar, forestar o construir, sin indicadores sobre cuál debería ser el estado del inmueble – esto es si tiene o debe estar libre de todo tipo de mejoras-, o que se lleve a cabo sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo. Esto último es reproducción textual de lo que dice la norma ya citada.

Estos dos centros de imputación diferenciados se integran, cada uno de ellos, con las estipulaciones sobre el modo del ejercicio individual, ajustado al plazo de duración que se haya establecido. Todo ello bajo los parámetros del Título VII del CCCN (2014) que regula este derecho de superficie y leyes especiales de aplicación.

⁹ NORMATIVA: “ARTÍCULO 1884. Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.

La equívoca técnica empleada para redactar el texto del artículo. 2114 no debe impedir lecturas alternativas.

Desde este posicionamiento afirmamos que ambas actividades se podrán desenvolver en el terreno, el vuelo o el subsuelo del inmueble ajeno involucrado.

La primera situación que la norma concibe se vincula con la actividad del superficiario desarrollada sobre un predio libre de mejoras y/o accesiones de cualquier tipo. Dicha actividad se podrá proyectar hacia el vuelo y/o hacia el subsuelo tratando de alcanzar el objetivo que se estableció en el acto constitutivo del derecho.

En este caso, la ocupación del vuelo y/o del subsuelo es una resonancia inmediata de lo actuado por él o por los sujetos a cuyo favor se constituyó el derecho de superficie. Es un efecto natural, obvio, ineludible. La actividad, inexorablemente, habrá de ocupar esos espacios.

Se descarta que ellos gocen de algún tipo de autonomía o que ella se les pueda atribuir.

En la segunda situación se reconoce que ya existen plantaciones forestaciones o construcciones producidas por el propietario del inmueble, quien luego devendrá en constituyente del derecho de superficie sobre ellas a favor de un tercero que pasará a ser su propietario.

c) Precisiones

En el Título VII del Libro Cuarto del CCCN (2014) y abarcando desde el artículo 2114 al 2118 inclusive, se regula al derecho real de superficie, jerarquía legal que le es atribuida en la primera de esas normas confirmando la nominación que se le asigna en el artículo 1887 de ese mismo código.

El primer objeto de este derecho es una cosa inmueble que debe ser ajena y, por su constitución, se le confieren al superficiario las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica para que ejercite los derechos de plantar, forestar o construir.

El segundo objeto está determinado en lo plantado, forestado o construido en el inmueble ajeno, ocupando el terreno, el vuelo o el subsuelo, pudiendo dar origen a un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena según así resulte de lo convenido en el acto constitutivo.

Sucintamente confirmamos los demás contenidos: derecho real temporario; el superficiario puede construir, plantar o forestar y puede hacer propio el resultado de tales actividades; de igual modo puede constituirse este derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones que ya existan atribuyéndole al superficiario su propiedad.; cualquiera sea modalidad que se adopte, el derecho del propietario del predio coexiste con el derecho del superficiario; el espacio físico que se ocupará con el derecho de superficie que se constituya, que puede afectar a todo el inmueble o sólo una parte determinada de él, se proyectará al espacio aéreo o al subsuelo; también puede constituirse sobre construcciones que ya existan, aun sometidas al régimen de la propiedad horizontal;. en el caso que se ocupe sólo una parte del inmueble para cualquiera de los objetivos previstos, ésta debe ser útil para su aprovechamiento; si el objetivo es construir, el plazo que se establezca en el título constitutivo no podrá exceder de los setenta (70) años y si lo fuera plantar o forestar el máximo será de cincuenta (50) años, estos plazos se cuentan desde la fecha de adquisición de este derecho y son susceptibles de prórroga siempre que no se exceda del plazo máximo permitido; la legitimación para constituir el derecho de superficie se les confiere a los titulares de los derechos de dominio, condominio y propiedad horizontal.; al derecho de superficie se lo puede contratar a título oneroso o gratuito; puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte; no se lo puede adquirir por usucapión; la prescripción breve sólo es admisible para el saneamiento del justo título; al superficiario se le confiere la facultad de constituir derechos de garantía, tanto sobre su derecho de construir, plantar o forestar como sobre la propiedad superficiaria, en cualquiera de estos casos el plazo no podrá exceder el de duración del derecho de superficie; el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno del propietario, salvo pacto en contrario; dentro del plazo del derecho de superficie puede transmitir o gravar como inmuebles independientes los sectores privativos que construya, sin requerir el consentimiento del propietario. Se agregan las disposiciones sobre las situaciones y causales de extinción y la aplicación supletoria de las normas sobre limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo.

Reiteramos. Dado el supuesto de constituirse el derecho de superficie para construir, el espacio libre por sobre lo edificado le pertenece al constituyente del derecho, esto es: al propietario del inmueble. La disponibilidad útil de ese espacio libre por y para el propietario, está sujeta al hecho de que las construcciones a realizar por el superficiario, además de

sujetarse a las especificaciones técnicas que consten en el documento constitutivo del derecho, terminen en un cerramiento hermético. Si así no ocurre o se emplean elementos de relativa consistencia, se tornaría impracticable aprovechar ese espacio aéreo o vuelo de lo edificado. Nada obsta utilizar el subsuelo para constituir el derecho de superficie para construir.

Descartamos que, desde la preceptiva legal, el vuelo haya sido concebido prescindiendo de la existencia de un apoyo material que permita su efectivo empleo. La titularidad del vuelo en cabeza del propietario constituyente ocurre también en el caso de que el derecho de superficie se haya conferido sobre construcciones existentes en el inmueble sobre el que recae. La disponibilidad efectivamente cierta del vuelo en los casos indicados, le confiere a su titular la facultad de constituir sobre él el derecho real de superficie para construir. Esto así independientemente de que también lo verifique respecto del subsuelo del inmueble que le sirve de soporte material.

La necesidad de la planimetría guarda relación con la que se reclama en el Art. 2116 del CCCN (2014) con cita de la ley 26.209 en el orden local.

El acto constitutivo del derecho de superficie sobre el vuelo o el subsuelo se deberá otorgar por escritura pública (Art. 1017, inc. a.) CCCN (2014) y su inscripción en el registro inmobiliario provoca su oponibilidad a terceros interesados. La cuestión registral deberá considerar el tratamiento específico dado a la registración del derecho de superficie, nomenclador de los datos indispensables a tales efectos y el carácter atribuible a la inscripción de los espacios autónomos del inmueble involucrado. A propósito, es dable señalar que aquella registración determina la generación de distintos folios complementarios para publicitar las situaciones y relaciones jurídicas que sean consecuencia del ejercicio de las facultades que son propias del superficiario. Todos estos folios derivan del que contiene la matrícula del inmueble del propietario constituyente.

d) Reflexiones finales

La aceptación de nuestra propuesta conlleva incentivar los procesos de inversión financiera, aumentar considerablemente todos los factores que intervienen en la construcción, entre ellos el de la actividad laboral y profesional involucradas. Un efecto natural es el incremento de los espacios construidos para diversos destinos, contribuyendo a remediar, en

su medida, el déficit habitacional e incrementar la participación de todos los operadores del derecho.

2. ESQUEMA DEL ACTO JURÍDICO PARA CONSTITUIR DERECHO DE SUPERFICIE CON LA FINALIDAD DE CONSTRUIR MOLINOS ENERADORES DE ENERGÍA ELÉCTRICA DE FUENTE EÓLICA CON SUS ACCESORIOS

a) Nota previa

La instrumentación de este esquema puede quedar sometida a lo dispuesto por el Art. 284 del CCCN., porque la regulación del derecho real de superficie no contiene ninguna disposición en particular sobre la forma que debe adoptar. No obstante, para constituir ese derecho afectando el inmueble de un propietario, es legalmente necesario que el acto se otorgue por escritura pública. Ello así por lo que establece el inc. a.) del Art.1017 del CCCN y la aplicación de lo previsto en su inciso c.).

b) Estipulaciones

a.) Constitución del derecho real de superficie entre los intervinientes: el titular de dominio de la fracción que se afecta y quien adquiere el derecho, calificando específicamente su legitimación. La constitución del derecho puede pactarse a título oneroso o gratuito.

b.) Adquisición legal por el superficiario de los molinos completos y de todos sus accesorios que haya construido o que se encuentren en proceso de construcción.

c.) Individualización del inmueble que se afecta, a través del documento cartográfico que determina la autonomía de su estado parcelario y del pertinente certificado catastral. En el caso que no se afecte la superficie total de la fracción indicar el metraje final a través de una medición por profesional autorizado que deberá estar graficada en un plano particular suscripto por las partes. El emplazamiento se puede producir en unidades construidas o a construir sometidas al régimen de la propiedad horizontal.

d.) Fijación del plazo máximo de 70 años. Si por ley especial ese plazo fuera menor corresponderá atenerse a él, sin perjuicio de verificar si es legalmente posible renovarlo hasta el plazo máximo que se admita o, caso contrario hasta alcanzar el de 70 años.

e.) Estipulación de las características que deben tener los generadores en cuanto a, entre otras, el diámetro del rotor, medida de cada pala del rotor, precisiones sobre la góndola, potencia nominal de la turbina, altura total, plataforma, distancia que debe existir entre cada molino, individualización de todos los accesorios que son necesarios para el funcionamiento, obtención, acumulación y/o distribución de la energía que se obtenga.

f.) Determinación de las facultades del propietario y del superficiario, de sus derechos y obligaciones incluyendo, para este último, la de ceder su derecho con subsistencia de sus obligaciones.

g.) Situaciones que producen la extinción del derecho y sus efectos.

h.) El derecho de superficie se puede constituir sobre construcciones de molinos y todos sus accesorios ya existentes, en cuyo caso se individualizarán con todo detalle los objetos existentes, el plazo, las facultades, derechos y obligaciones de las partes y demás estipulaciones necesarias.

i.) Reglas relativas a la destrucción de la propiedad superficiaria y a las indemnizaciones pactables.

j.) Publicidad registral: procedimiento y alcance.

k.) Aplicación supletoria de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre el derecho real de Superficie.

l.) Otorgamiento, autorización, expedición de copia. Registración inmobiliaria.

3. ESQUEMA DEL ACTO JURÍDICO PARA CONSTITUIR DERECHO E SUPERFICIE CON LA FINALIDAD DE CONSTRUIR CENTRALES O PLANTAS SOLARES FOTOVOLTAICAS DESTINADAS A LA GENERACIÓN DE ENERGÍA ELÉCTRICA, CON SUS ACCESORIOS

a) Notas previas

a.) Se trata de una fuente de energía de origen solar que produce electricidad renovable, que no emite polución de ningún tipo y evita la circulación de gases de efecto invernadero. Dado que se la obtiene directamente de la radiación solar -través de un dispositivo semiconductor

denominado cédula fotovoltaica-, su producción depende directamente de aquella.

b.) La instrumentación de este esquema puede quedar sometida a lo dispuesto por el Art. 284 del CCCN., porque la regulación del derecho real de superficie no contiene ninguna disposición en particular sobre la forma que debe adoptar. No obstante, para constituir ese derecho afectando el inmueble de un propietario, es legalmente necesario que el acto se otorgue por escritura pública. Ello así por lo que establece el inc. a.) del Art.1017 del CCCN y la aplicación de lo previsto en su inciso c.).

b) Estipulaciones

1.) Individualización, identificación y legitimación de los comparecientes (Art. 1002 CCCN, constancias necesarias de las representaciones que se invoquen).

2.) Circunstancias relativas a las respectivas intervenciones de las partes.

3.) Constitución del derecho real de superficie sobre un inmueble determinado –a título oneroso o gratuito- con precisiones sobre sus datos para identificarlo. Si no se afecta con este derecho su superficie total, la magnitud del espacio cierto involucrado deberá resultar del documento cartográfico intervenido por las autoridades competentes.

4.) La fijación del precio se completará con la forma de pago.

5.) Constancias sobre la entrega y recepción material del inmueble de que se trate.

6.) Determinación del plazo por el que se constituye este derecho, fijándose la fecha de inicio y de terminación.

7.) Precisiones respecto al objetivo por el que se constituye el derecho de superficie: Instalación de una planta fotovoltaica (conjunto de gran cantidad de paneles solares productores de cuantiosa magnitud de energía eléctrica que, previo su pasaje por los convertidores necesarios, es introducida en la red de transmisión).

8.) Determinación del tipo de la propiedad superficiaria que puede consistir –entre otros elementos- en: paneles solares (monocristalinos –con empleo de silicio de alta pureza-, policristalinos – utilizado silicio fundido solidificado-, amorfos –con silicio de esa calidad-

o de otro tipo), del controlador de carga solar, de las baterías solares – previendo el tiempo en que deben ser sustituidas- y del o de los inversores solares que se emplearán, su provisión por el superficiario que resultará su propietario.

9.) Facultades y obligaciones de las partes incluyéndose la del superficiario de ceder sus derechos subsistiendo sus obligaciones.

10.) Supuestos que pueden provocar la extinción del derecho constituido y sus efectos.

11.) Consecuencias de la destrucción total o parcial de la propiedad superficiaria y sobre las indemnizaciones pactables.

12.) Aplicación supletoria de las normas del Código Civil y Comercial de la Nación sobre el derecho real de superficie.

13.) Publicidad registral inmobiliaria: procedimiento y alcance.

14.) Otorgamiento, autorización, expedición de copia.

4. LA FIJACIÓN DE LOS PLAZOS AL CONSTITUIRSE EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

La temporalidad continuará formando parte del contenido del derecho real de superficie, con el carácter de postulado que atiende los intereses de las partes, criterio relativamente compartido por doctrina que consideramos útil.¹⁰

La fijación de los plazos debe quedar librado a la autonomía de la voluntad, sin las ataduras de las determinaciones legales.

Se establecerán atendiendo y calificando la totalidad o los más relevantes elementos que intervienen para *concretar* la constitución del derecho real de superficie según el derecho que se le confiere al superficiario (art. 2114 CCCN) y su eventual renovación.

Tales elementos son bien distintos entre sí. Por caso, entre otros, los relativos a las condiciones del predio sobre el que se ejercerá la actividad y/o respecto de las construcciones existentes en cuanto a soportar cargas

¹⁰ DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel: El derecho de edificación sobre fundo ajeno. Aspectos civiles y registrales. Madrid: Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 1996. p. 313/18.

adicionales; proximidad de centros de abastecimiento; inversiones necesarias; rendimientos esperados; tipo de garantías; incidencia de la inflación probable; posición, en el mercado local o del exterior, de lo que se producirá; expectativas de recuperación del derecho de superficie por el propietario que lo ha conferido, etc.

Las variantes que en cada caso se pueden plantear, las vicisitudes por las que puede atravesar cualquiera de las actividades que despliegue el superficiario, las peculiaridades del mercadeo, sumadas a otras singularidades concomitantes, pone de relieve que la fijación del plazo por el que, en cada caso, se confiera el derecho real de superficie, debe ser arbitrado por las partes procediendo libremente. Existen valiosas opiniones emitidas con respecto al plazo, cuya mención encontramos justificada, aunque no compartamos su enfoque.¹¹

Desde estas perspectivas notamos que, a la **PERPETUIDAD**, le faltan condiciones esenciales para atribuirle inherencia al derecho de superficie, razón por la que señalamos que **NO ES CONSUSTANCIAL CON ESTE DERECHO**.

En nuestra apretada síntesis sobre los antecedentes del Derecho de Superficie y su consideración en el derecho comparado, hicimos notar que, en Francia, uno de sus caracteres es la Perpetuidad, salvo convención en contrario¹².

¹¹ URBANEJA, M. en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado. (Dir. López Mesa, Barreira Delfino). Hammurabi. 1ª. Ed. B. A. 2023. Vol. 12. B. p.82.

¹² CAUSSE, Jorge R. Derecho Real de Superficie. 1ª. Edición. Hammurabi. Buenos Aires, agosto de 2019, p. 40.

ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Nelson G.A. Cossari¹ y Leandro R.N. Cossari²³

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Salvo prueba en contrario de que el tercero interesado conoció o debía conocer una fecha distinta del acto de tradición, el punto de arranque del plazo de la superficie está dado por la fecha que se indica en el título (art. 1914, CCCN).

2. El límite a la prórroga de los plazos máximos establecidos en el art. 2117 (último párrafo), se refiere a las renovaciones automáticas del plazo y no a las que las partes puedan pactar libremente y que no excedan del plazo máximo desde el momento de ese nuevo convenio y que no afecten a los derechos de terceros interesados.

3. No es posible la constitución de superficie sobre bienes de dominio público salvo dentro del marco de una ley que lo autorice expresamente (v. gr. ley 27328).

4. El titular del derecho real de propiedad horizontal sobre una unidad funcional, sea que se trate de propiedad horizontal común o propiedad horizontal especial, está legitimado a constituir derecho real de superficie.

De lege ferenda

5. Conforme lo ya resuelto por las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL) de 2019 debe admitirse expresamente la

¹ Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA), Profesor Titular Ordinario Derechos Reales (UCA), Director de la Carrera de Abogacía y posgrados (UCA), Exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA)

² Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Abogado especialista en Magistratura (UCA), Profesor Adjunto Derechos Reales (UCA, UCEL), Profesor Adjunto Ética Profesional y Social (UCA), Docente Derecho Civil IV (UNR)

³ Currículum sintético del autor con indicación del cargo docente y de la institución a la que pertenece. En caso de precisar el aval de un miembro titular, indicarlo aquí.

prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria.

6. A fin de evitar interpretaciones contradictorias debe aclararse el art. 2117 último párrafo en el sentido expuesto en el punto 2 de nuestras conclusiones de *lege lata*.

7. Es conveniente contemplar expresamente la posibilidad de constitución de derecho de superficie por acto de última voluntad.

II. FUNDAMENTOS

1. CUESTIONES ACERCA DEL PLAZO

a) Punto de inicio

El art. 2117 establece que el plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie.

Si bien se ha opinado que tomar la fecha del título como inicio es mucho más preciso⁴, lo cierto es que el art. 2117, establece que el plazo debe ser contado desde la adquisición del derecho de superficie, por ende, desde que concurrió título y modo⁵. En sentido similar se han expedido Mariani de Vidal y Abella, quienes agregan la inscripción registral para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe⁶. Ahora bien, respecto a terceros es postulable a fin de dar certeza que se cuente desde la fecha que indica el título, directiva solo que cedería ante la prueba indudable que el tercero conoció o debía conocer que la entrega del inmueble —a los fines de la superficie— se hizo en un momento diverso⁷. Tal conclusión tiene también

⁴ ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 580.

⁵ En el mismo sentido: KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 28

⁶ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

⁷ COSSARI, Nelson G. A., “Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas”, ED, 204-887.

el apoyo del art. 1914⁸ que presume que la posesión comienza en la fecha del título.⁹

A todo efecto, es siempre recomendable que las partes contratantes –sin superar los plazos máximos- coloquen en el título la fecha exacta de vencimiento del derecho de superficie, siendo además conveniente que ello también cuente con reflejo registral.

b) Renovación

El Código establece que “el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos”.

Nosotros entendemos que tal cláusula se limita en su interpretación a la renovación automática del plazo. No vemos obstáculo a que las partes acuerden su renovación; bien entendida que nunca el derecho real podrá tener un horizonte mayor del legal desde el acuerdo en tal sentido¹⁰. Éstas podrían pactar la renovación del derecho de superficie, aun excediendo el total de los años, y aun antes del vencimiento del plazo, pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor al legal. Con ello queda suficientemente abastecido el propósito de la ley de evitar una derogación del principio de accesión por mayores términos, y siempre teniendo en cuenta que la prórroga no puede perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

⁸ ARTICULO 1914.- Presunción de fecha y extensión. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

⁹ ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 580; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 666

¹⁰ Ya hemos vertido esa opinión en: COSSARI, Nelson G. A. y LUVERÁ, Miguel Ángel, “Derecho real de superficie forestal”, LLLitoral, 2002-690; en igual sentido: ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Derecho Civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, coeditado por La Ley y Ediar, Buenos Aires, Tº VI, núm. 2515, pp. 483 y 484.

Concordantemente, se ha opinado que no existe óbice para convenir una renovación del plazo, que se computará desde la renovación, aunque supere los años máximos fijados en el artículo¹¹.

En sentido contrario se han manifestado Mariani de Vidal y Abella¹², y también De Rosa y Torres Lastra¹³. No queda clara la opinión de Iturbide quien luego de afirmar que “El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos, contados a partir de la constitución originaria e incluida la renovación”, con lo cual parecería adscribirse a la posición de Mariani de Vidal y Abella, luego prosigue escribiendo que de “lo contrario la posibilidad de renovación puede llegar a convertirse en una cláusula de estilo en el contrato originario”, con lo cual parecería que su parecer se limita a una cláusula de prórroga pactada *ab initio* y que depende de la voluntad de una sola de las partes imposibilidad, en tal caso, con la que coincidimos¹⁴. Tampoco parece clara la opinión de Molina Sandoval que parece exigir para posibilitar la renovación que venza el plazo originario, si bien razona acertadamente que el propósito de la norma es “evitar es que el propietario desmembre de una vez y desde el origen su dominio sine die, sin posibilidad de reflexionar acerca de la continuidad de ese estado, que prácticamente lo privaría del dominio en su contenido útil”¹⁵. Nótese que la solución que propugnamos en el texto permite que esta reflexión se haga adecuadamente cada vez que se renueva el plazo, aun cuando ello se haga sin que todavía se encuentre vencido el término original.

¹¹ En el mismo sentido: ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 584, 585; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 668

¹² MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

¹³ DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas” LA LEY 2024-B, 3

¹⁴ ITURBIDE, Gabriela A., “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 3/6/2016, p. 1, AR/DOC/384/2016

¹⁵ MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017.

2. CONSTITUCIÓN DE SUPERFICIE SOBRE BIENES DE DOMINIO PÚBLICO

Al mencionar dominio a secas puede concluirse que puede tratarse del derecho de dominio de particulares, o siendo del Estado, de su dominio privado.

Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil propugnaron *de lege ferenda* que “el derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial”.

Para nosotros, el Código no se ocupa del derecho de superficie sobre bienes del dominio público. Ello dado que la disciplina de estos últimos se rige por el derecho administrativo, entrando ordinariamente dentro del esquema de la concesión.

Ello no obsta a que —cumpliendo con las normas administrativas correspondientes— se constituya un derecho real administrativo a la manera del derecho de superficie regulado por el derecho privado. En tal sentido, el Código de Portugal en su art. 1527 establece una regla que nos parece acertada, legislando que “el derecho de superficie constituido por el Estado o por personas colectivas públicas en terrenos de su dominio público queda sujeto a legislación especial y subsidiariamente, a las disposiciones de este código”.

En diferente sentido De la Riva postula la derecha aplicación del derecho de superficie a los bienes del dominio público del Estado entendiendo además que su constitución no configura un acto de disposición. Este autor sienta dos conclusiones que entendemos importantes la primera que “el derecho de explotación derivado de la concesión de uso de bienes del dominio público constituye un auténtico derecho real administrativo, lo cual supone reconocer que el concesionario titulariza un derecho de naturaleza real (no personal) y como tal oponible *erga omnes* (también frente al Estado concedente), aunque sujeto al mismo tiempo a una serie de prerrogativas públicas (entre ellas, la potestad revocatoria), en razón de su origen administrativo”. Lo cual puede ser cierto si es que se acepta esta categoría dentro del derecho administrativo, y la concesión está regulada a la manera de un derecho real. La segunda que, si se recepta “como válida la tesis mayoritaria, que considera que el dominio público comporta una modalidad pública del derecho de propiedad, cabría entender que el artículo 2118 arriba mencionado habilita a la constitución de derechos reales de

superficie sobre bienes del dominio público”¹⁶ Con esto último disentimos y además no vemos práctico, incluso por implicancias de ética pública, sustraer en esta materia al dominio público de las reglas del derecho de administrativo.

Sin embargo debe tenerse presente, como bien se ha traído a colación¹⁷, que el art. 9 inc. g de la ley 27.328 que regula los “Contratos de Participación Público – Privada” establece “los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato, que podrán consistir, entre otros, (...) en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado, (...) y/o la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado, y cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado nacional”. De la Riva, en el artículo ya citado, escrito con anterioridad a la sanción de la referida ley expresa que “la gran ventaja que proporciona el derecho de superficie respecto de la clásica concesión de uso de bienes públicos reside, precisamente, en el desdoblamiento que permite entre el dominio del inmueble, por un lado, y la titularidad sobre lo construido en él, por otro, dando cabida así a que el superficiario pueda ejercer un auténtico (si bien temporario) derecho real de propiedad sobre esas construcciones, dotado de una autonomía plena que lo libera de los condicionamientos del régimen demanial¹⁸ que gobierna al inmueble subyacente”¹⁹.

De todas maneras, entendemos que la posibilidad de superficie sobre bienes del dominio público se da solo dentro del marco de la específica ley que así lo contempla.

¹⁶ DE LA RIVA, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

¹⁷ DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas” LA LEY2024-B, 3

¹⁸ <https://dpej.rae.es/lema/demanial> Demanial: De titularidad pública, sometido a un régimen especial de utilización y protección

¹⁹ DE LA RIVA, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

3. POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE SUPERFICIE POR PARTE DEL TITULAR DE UNA UNIDAD FUNCIONAL EN PROPIEDAD HORIZONTAL

¿Tiene el titular de una unidad en derecho real de propiedad horizontal la posibilidad de constituir derecho real de superficie sobre la misma? Creemos que se impone la respuesta positiva. No solo surge del art. 2116 que marca que el derecho de superficie puede constituirse “sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal” sino que también menciona expresamente el art. 2118 a “los titulares de los derechos reales de (...) propiedad horizontal” y no puede deducirse que solo esté refiriéndose al conjunto de todos los propietarios de unidades, sino claramente al titular individual de una unidad funcional.

Ahora bien, cabe distinguir entre los dos aspectos del derecho real de superficie.

Veamos entonces si puede constituirse el derecho real de superficie sobre la propiedad separada en forma directa, y si también puede hacerse como derecho a edificar, plantar o forestar; lo que para simplificar llamaremos “derecho a plasmar la propiedad superficiaria”.

a) Propiedad horizontal común

Nos referimos a la regulada en el Título V del Libro Cuarto del Código

1.- Superficie sobre unidad funcional

Aquí ya tenemos construida la unidad en propiedad horizontal. Por ejemplo, un departamento.

Consideramos que es posible constituir superficie dado que, como dijimos, nuestro derecho habilita la superficie directamente sobre un inmueble ya construido, y al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir superficie (art. 2118).²⁰

La superficie gravaría a la unidad funcional en la extensión del art. 2039.

²⁰ En sentido concordante MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017

Mariani de Vidal y Abella han opinado que es posible, pero de “muy difícil aplicación y concreción práctica”²¹.

Algunos autores fijan su objeción en el suelo. Así Pepe y Mendizábal se interrogan: ¿cuál sería el “suelo” de propiedad del *dominus soli*? ¿El de la unidad funcional? ¿El terreno? Por otra parte, ¿qué vínculo tendría el superficiario con relación a las partes comunes del edificio?²²

En forma similar Gabás lo considera de imposible concreción por no extenderse el derecho del dueño de la unidad funcional al terreno²³.

Nosotros no creemos que el tema guarde tanta complejidad como se predica y tampoco que no sea de posible puesta en práctica.

La unidad funcional de la que se desdobló la superficie separada guardará los vínculos propios de ella (arg. art. 2037 último párrafo; art. 2039 último párrafo) y es posible la constitución de superficie a mérito del art. 2118 ya citado y del art. 2045. Esta última norma habilita al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir derechos reales y personales, llevando ínsita las partes comunes, sin que ello signifique de manera alguna que el superficiario tenga más derecho sobre estas que los que tiene el propietario de la unidad funcional, dado que el suelo seguirá perteneciendo en una parte alícuota al titular del derecho real de propiedad horizontal, aunque gravado con superficie.

Creemos que tampoco se confunde con un dominio revocable a secas, como entiende Gabás que ocurriría²⁴, dado que si bien en esencia puede considerarse la propiedad superficiaria como un dominio revocable - en nuestro caso un derecho real de propiedad horizontal revocable-;

²¹ MARIANIDE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T I, p. 375. En el mismo sentido: PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación” *LA LEY* 25/10/2016; FOSSACECA, Carlos A., LAMANNA GUIÑAZU, Emiliano y MOREYRA, Pilar, “El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis” *El Derecho - Diario*, Tomo 306, Cita Digital: ED-V-DLXXXIII-982

²² PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación” *LA LEY* 25/10/2016.

²³ GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", *LA LEY*, 2013-F, 1050

²⁴ GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", *LA LEY*, 2013-F, 1050

conforme el art. 2128 la misma “queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título” con lo cual el régimen será distinto y no se identifican.

¿Tiene sentido recurrir a la superficie en cambio de, por ejemplo, al usufructo?

El derecho que se concede en la superficie tiene a primera vista similitudes con el usufructo, pero su contenido es mucho más vasto dado que, como dijimos, el derecho sobre la propiedad separada podrá ser ejercida en toda su extensión dentro de los límites del derecho de superficie, y –claro está– del reglamento de propiedad horizontal que obligará también al superficiario. Pero además, las facultades que se conceden al superficiario son más amplias, por ejemplo, podría hipotecar la propiedad superficiaria (art. 2120), cosa que no puede hacer el usufructuario²⁵. La superficie se transmitirá a los herederos de su titular (art. 2119), los plazos máximos de constitución (art. 2117) hacen verosímil que excedan la vida del titular si es persona física y tiene cierta edad, y al no pender sobre este derecho real la causal de extinción por muerte (art. 2152 inc. a)], brinda una mayor seguridad²⁶.

2.- Derecho a plasmar la propiedad superficiaria

Dadas las peculiaridades propias de la propiedad horizontal, es poco pensable un derecho de superficie sobre una unidad en la propiedad horizontal clásica en esta variante. Además, si la unidad no se encuentra construida verosímilmente no existe derecho de propiedad horizontal.

Quizás es más fácil imaginar esta posibilidad sobre edificios de una sola planta, acerca de la reconstrucción. Así si esta fuera impuesta por las circunstancias. Por ejemplo, supongamos una unidad que se ha sido objeto de un derrumbe parcial o total y literalmente ha desaparecido sin afectar a las otras unidades. En tal caso parece que nada puede objetarse a su reconstrucción siempre que se respeten los límites del reglamento y planos

²⁵ Dictamen de mayoría de la Comisión n° 5 de Derechos Reales, Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), punto 3, apartado A, de *lege lata*: En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca.

²⁶ Ver al respecto: MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017.

originales en cuanto a volumen edificado y otras circunstancias que puedan afectar al resto de los consorcistas. Podría en este acaso acordarse el derecho a erigir la propiedad superficiaria. Nos estamos refiriendo a un derecho de superficie impuesto luego del evento dado que si el mismo hubiera sido constituido con anterioridad estaríamos dentro de la facultad de reconstrucción del art. 2122.

b) Propiedad horizontal especial

Aquí nos referimos a los conjuntos inmobiliarios contemplados en el Libro Cuarto, Título VI, Capítulo 1, en tanto y en cuanto se encuadren en el art. 2075 segunda parte.

En este supuesto no hace falta distinguir en sus dos vertientes el derecho real de superficie. Basta decir que, al ser una propiedad horizontal especial, conforme reza el art. 2075, no existe inconveniente en conferir el derecho de superficie en sus dos variantes sobre la unidad funcional,²⁷ es decir tener el derecho a plasmar la propiedad superficiaria y hacer propio lo hecho o bien adquirir lo ya existente en superficie.

Podría no ser inusual que el titular otorgue la facultad de construir al superficiario y hacer suyo lo realizado o que enajene en superficie lo edificado separado del suelo.

Más aun aquí puede sin demasiado esfuerzo pensarse en la superficie sobre forestaciones o plantaciones. Así v.gr. se ha puesto el ejemplo de un conjunto inmobiliario sobre un complejo de granjas que gravaren su unidad funcional con superficie agraria, si ello no contraría el destino o las previsiones del reglamento²⁸.

4. CONSTITUCIÓN DE SUPERFICIE POR ACTO DE ÚLTIMA VOLUNTAD

El art. 2119 señala que el derecho de superficie “puede ser transmitido (...) por causa de muerte”. Ante ello Kiper entiende que la

²⁷ En el mismo sentido: MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T I, p. 375

²⁸ ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Tº II, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 586

superficie puede ser constituida por testamento²⁹. Sin embargo, nos parece que la norma apunta solo a la transmisibilidad por sucesión universal y no forzosamente a la constitución por testamento³⁰. No obstante, pensamos que es posible la constitución de superficie por testamento. No tiene sentido que el testador, mientras no afecte la legítima, no pueda testar en favor de alguien un derecho de superficie y de otro el dominio. Propugnamos pues que este modo se acepte por aplicación de los principios generales³¹. Sin embargo es conveniente contemplar expresamente la posibilidad de constitución de derecho de superficie por acto de última voluntad.

²⁹ KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 35.

³⁰ En sentido similar: MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Zavallía, Buenos Aires, 2016, Tº 1, p. 378.

³¹ En el mismo sentido: ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 588, 589; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 674, 675.

SUPERFICIE

Por Domingo C. Cura Grassi¹ y Seraffín Mathieu Alurralde^{2 3}

I. CONCLUSIONES

1. Entendemos que el derecho real objeto de estudio merece ser ponderado en el contexto actual. En un principio, compartíamos el criterio de Vélez Sarsfield al considerar que acumular distintos derechos reales sobre un mismo bien podría ser problemático. Pero en estos tiempos, la superficie surge como una herramienta atractiva para rebrotar las inversiones que en nuestro país se hacen desear desde hace muchos años.

2. En nuestra opinión, en virtud de la gran extensión de territorio estatal en desuso, podría acudir a la superficie para que el sector privado invertir en nuestro suelo, con la seguridad jurídica y económica que brinda ser titular de un derecho real. Sin embargo, por esa misma razón, los recaudos para afrontar esta empresa deben ser rigurosos y estrictos.

3. En ese sentido, estimamos conveniente proveer una mejor y mayor regulación municipal y provincial respecto a la constitución del derecho real superficie sobre bienes de dominio público, en base a las pautas dispuestas en el Código Civil y Comercial.

II. FUNDAMENTOS

1. ANTECEDENTES

Como la mayor parte de los institutos de esta materia, el derecho de superficie tiene su origen en el Derecho Romano.

En un primer momento, rigió plenamente el principio *superficie solo cedit*, según el cual, el dueño del suelo hace suyo todo aquello que quede unido y acrezca al suelo, ya sea en forma natural o artificial. Es decir, cuanto

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP). Profesor de Elementos de Derechos Reales (UBA).

² Abogado (UNLP). Ayudante de segunda de Elementos de Derechos Reales (UBA).

³ Con la colaboración de Delfina Monzón (ayudante alumna de Elementos de Derechos Reales - UBA).

se construía o plantaba en la superficie de un inmueble, lo construido o plantado pertenecía a su propietario por accesión.

Posteriormente, el pretor concedió acciones a aquellas personas que hubieran construido en inmueble ajeno, en base a una relación jurídica; de esta manera nació el derecho de superficie. En principio, el objeto de este nuevo derecho fueron los terrenos públicos sobre los que se celebraron contratos con particulares para edificar. Sin embargo, luego se extendió esta modalidad a tierras privadas. Este instituto se utilizó como una atenuación al principio de accesión inmobiliaria.

En nuestro ordenamiento jurídico, el Código Civil de Vélez, conforme a la política restrictiva sobre multiplicidad de derechos, siguió a la tradición clásica romana y expresamente prohibió la superficie en su artículo 2614. En la nota al artículo 2503, Vélez expuso las razones que lo llevaron a excluir esta figura, fundamentalmente motivado en evitar los conflictos que se podían suscitar entre las partes intervinientes.

Esta postura reacia a su admisión se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni de 1926, el Proyecto de 1936 y en el Anteproyecto Llambías de 1954. No obstante, comenzó a vislumbrarse la necesidad de darle acogida a este derecho en el II Congreso Nacional de Derecho Civil, Córdoba 1937 y las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Corrientes en 1985. Asimismo, el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 y el Proyecto de Código Único de 1987 cobijaron la creación del derecho de superficie. El Proyecto de Unificación de los Códigos Civil y de Comercio de 1998 lo receptó como un derecho real autónomo, tanto para construir como para forestar.

Así las cosas, el 14 de noviembre de 2001 se sancionó la Ley 25.509 que incorporó a la enumeración de los derechos reales el derecho de superficie, únicamente en su faz forestal (art. 2503 inc. 8 CC).

Finalmente, con la unificación del Código Civil y Comercial, se derogó esta ley y se consagró a la superficie como un derecho real autónomo, regulado de forma amplia en los artículos 2114 y ss.

2. DE LEGE LATA

a) A nuestro juicio, la superficie es el derecho real que más ha evolucionado en el sistema de derecho privado. Decimos ello en virtud de que, como reseñamos anteriormente, de estar expresamente prohibido en el Código Civil de Vélez, pasó a ser parcialmente permitido a partir de la

sanción de la Ley 25.509, para terminar siendo ampliamente receptado en el cuerpo normativo vigente.

b) Tiene la particularidad de ser un derecho real de naturaleza mixta, al otorgarle a su titular la facultad de construir, plantar o forestar sobre la totalidad o una parte material de un inmueble (sobre cosa ajena) y la propiedad superficiaria sobre lo construido, plantado o forestado (sobre cosa propia).

c) Como contrapartida, el nudo propietario goza de una nueva modalidad de inversión sin necesidad de desprenderse del inmueble y conservando las facultades de disposición material y jurídica que corresponde a su derecho de dominio; ¿se incluye al público?

d) En cuanto a los legitimados para constituir este derecho real, el código habilita a los títulos de los derechos de dominio, condominio y propiedad horizontal. Nótese que no menciona a los titulares de los conjuntos inmobiliarios, aunque se deduce que éstos estarían habilitados en razón de tratarse de un derecho de propiedad horizontal especial (art. 2075 CCCN).

e) A su vez, pueden coexistir superficies con otros derechos similares, aunque no sobre la misma parte del inmueble.

f). No obstante ser un derecho real, lo es de manera temporaria, con plazos máximos de setenta o cincuenta años según sea para construcciones o plantaciones y forestaciones, respectivamente; términos que se computan desde la adquisición.

g). Igualmente, el titular superficiario, si bien y de acuerdo a las disposiciones del CCCN, puede constituir derechos reales de garantía, esta posibilidad teórica la vemos difícil de llevar a cabo desde el punto de vista práctico, al advertir de manera liminar dificultades referidas al embargo, ejecución, venta, etc. y ante los posibles conflictos entre superficiante, superficiario y terceros acreedores de ambos.

3. *DE LEGE FERENDA*

a) Respecto a la legitimación, no surge de la lectura del artículo 2118 que el Estado, respecto a los bienes de dominio público, pueda constituir este derecho real, pensando ello como manera de paliar el déficit habitacional que impera en nuestro país desde hace muchos años y atraer inversiones del sector privado.

Como mencionamos al comienzo, resulta fundamental precisar que el estado —nacional, provincial o municipal— se encuentra habilitado a constituir este derecho real, sin alterar su inalienabilidad, ya que el nudo propietario conserva la disposición material y jurídica del dominio del suelo. Ello, indefectiblemente, debe ir acompañado de regulaciones claras y concretas de la jurisdicción correspondiente para contar con una implementación práctica.

b) Debiera haberse regulado con mayor precisión en el CCCN los límites de este derecho real atendiendo al interés de los terceros, específicamente con todo aquello que tenga que ver con el espacio aéreo, diferenciándose del derecho a sobreelevar que pueda reservarse todo inversor. En el mismo sentido, con respecto al derecho ambiental, debería regularse este derecho real teniendo en cuenta lo prescripto igualmente por el artículo 43 de la Constitución Nacional.

c) Asimismo, sería conveniente implementar una eficaz “Solución Registral”, habida cuenta que este nuevo derecho real exige nuevos empadronamientos, como así también una eficaz “Política Tributaria”, para evitar una doble imposición entre el titular del suelo y el titular del derecho superficiario y, con ello, predisponer favorablemente a futuros inversores a constituir este derecho real, resultado un nuevo vehículo a los fines, principalmente, de resolver el acuciente tema dado por la falta de vivienda en nuestro país y generar nuevos puestos de trabajo.

d) A los fines de la seguridad jurídica, en lo referido al plazo, ya sea cincuenta o setenta años, no queda claro que sucedería en el supuesto que las partes —posibles inversionistas—, hubiesen establecido un plazo mayor y si esa operación podría mantenerse vigente como derecho personal o sólo y tan sólo renovarse como derecho real.

e) Por otro lado, consideramos inadecuada la pauta establecida de manera subsidiaria en el segundo párrafo del art. 2126 referida a la determinación el monto indemnizatorio, en razón de que se limita a los valores subsistentes incorporados durante los últimos dos años, dejando afuera los años previos en lo que posiblemente se hayan realizado las inversiones de mayor envergadura. De esta manera, resulta conveniente eliminar esta pauta y dejar librado el mecanismo para determinar el monto indemnizatorio a lo que acuerden las partes o, en su defecto, a la decisión de un tercero imparcial.

f) Con respecto a los modos de adquisición, precisamente a la prescripción adquisitiva, mantenemos la postura que al ser un derecho real que se ejerce por la posesión, no existe óbice para que éste pueda ser adquirido por usucapión larga (conf. arts. 1891 y 1897 CCCN).

Con referencia a la corta, corresponde resaltar que es equivocado el efecto de saneamiento del justo título que el art. 2119 *in fine* le atribuye a la prescripción, ya que es sabido que este instituto no le va a otorgar suficiencia al título que padece de un defecto de forma —en la capacidad o legitimación del otorgante—, sino que le va a brindar una vía originaria para cumplir su finalidad, que es la transmisión de un derecho real.

EL SUPERFICIARIO COMO LEGITIMADO PARA LA CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES Y PERSONALES

Por Juan Carlos Dallaglio¹ y Luis Osvaldo Daguerre²

I. CONCLUSIONES

1. El superficiario está legitimado para constituir derechos reales de disfrute únicamente cuando exista propiedad superficiaria.
2. El superficiario puede gravar la superficie con derecho real de hipoteca en cualquiera de las modalidades de la superficie, tanto cuando ostenta el derecho a plantar, forestar o construir o cuando tiene derecho de superficie sobre lo plantado, forestado o construido.
3. El superficiario puede constituir derecho real de anticresis únicamente cuando exista propiedad superficiaria.
4. El superficiario está legitimado para constituir propiedad horizontal sobre lo construido, quedando fuera de la misma el suelo y podrá disponer y gravar las unidades resultantes sin necesidad de conformidad del titular de la tierra.
5. En la afectación a propiedad horizontal puede incluirse al titular de la tierra para que preste su conformidad para que se mantenga la propiedad horizontal una vez extinguido el derecho real de superficie.
6. El superficiario está legitimado para constituir derechos personales.
7. Todos los derechos reales y personales constituidos por el superficiario finalizan por extinción del derecho de superficie por

¹ Notario. Abogado. Profesor adjunto de Derechos Reales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Profesor adjunto de Derecho Notarial y de Derecho Tributario Notarial en la Especialización en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Director del Archivo de Protocolos Notariales del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, primera Circunscripción. Presidente de la Comisión de Estudios Notariales del Colegio de Escribanos de la provincia de Santa Fe, primera circunscripción.

² Notario. Abogado. Profesor titular de Derechos Reales en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Director y Profesor titular de Derecho Privado y de Derecho Registral en la Especialización en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral.

cumplimiento del plazo máximo o la modalidad resolutoria a la que se hubiere sujetado el derecho, salvo que el titular del dominio haya consentido expresamente su continuidad.

8. La propiedad superficiaria que esté destinada a vivienda del superficiario puede ser afectada al régimen de protección regulado por el capítulo 3 del título III del libro primero del Código Civil y Comercial, sin la participación del dueño del suelo.

II. FUNDAMENTOS

1. ANTECEDENTES

El derecho real de superficie es un derecho real que se ejerce sobre un inmueble ajeno, que permite a su titular construir, forestar o plantar en el mismo y adquirir la propiedad de lo construido, plantado o forestado (propiedad superficiaria). Ello es una excepción al principio de accesión plasmado en el art. 1945 del CCyC que establece que las construcciones, siembras y plantaciones existentes en un inmueble son de propiedad del dueño del suelo.

Para entender este derecho real, hay que tener en claro la raíz híbrida de este derecho, que por un lado se ejerce sobre una cosa ajena y luego de realizadas las construcciones, forestaciones o plantaciones, nace sobre ellas un derecho real sobre cosa propia.

Este derecho tiene sus orígenes en Roma, si bien al principio no se configuraba como un derecho real, toda vez que en virtud del principio de “*superficies solo cedit*” el dueño del terreno lo era de todo lo existente en el mismo. En derecho romano clásico, por edicto del Pretor se comenzó a otorgar a quienes tenían contratos de arrendamientos muy largos y construían en el inmueble ajeno, un interdicto especial denominado “*interdictum de superficiebus*” para defensa de las perturbaciones en el disfrute del edificio.³ Posteriormente la superficie se fue perfilando como un gravamen, para culminar en la edad media como un verdadero derecho real, influenciado por el derecho germano.

³ DIEZ-PICAZO, Luis. *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Tomo VI. Editores Aranzadi S.A., Thomson Reuters, Pamplona, 2012, Pág. 325.

Con la revolución francesa y el código Napoleón, que influyeron fuertemente en los denominados códigos decimonónicos, el derecho de superficie prácticamente desapareció de la mayoría de las legislaciones de los países y el dominio recuperó en su plenitud el principio de accesión.

Recién con las guerras mundiales y la crisis producida por ellas, el derecho de superficie fue visto como una solución para diferentes situaciones y así se fue incorporando paulatinamente en los ordenamientos jurídicos, hasta llegar a la actualidad, en donde ha sido regulado en gran cantidad de países.

Cabe agregar que, en el derecho comparado, la superficie posee una profusa regulación lo que ha permitido su utilización en gran cantidad de emprendimientos, que han sido factor de desarrollo no solo urbanístico, sino también económico. Por ello creemos que debemos difundir las bondades de este derecho real, resaltando sobre todo la seguridad jurídica y los beneficios que brinda a las partes.

2. CONCEPTO Y CARACTERES

El derecho real de superficie es un derecho real, principal, que se ejerce por la posesión, temporario, transmisible por acto entre vivos y por causa de muerte, que otorga a su titular facultades de forestar, plantar o construir sobre inmueble ajeno y a hacer suyo lo forestado, plantado o construido.

Observamos la existencia de dos modalidades de constitución de este derecho real. La primera es cuando el titular del derecho podrá forestar, plantar o construir en una parte o todo el inmueble ajeno. En esta modalidad no existe aún propiedad superficiaria. Es una instancia previa a la forestación, plantación o construcción. La segunda modalidad está dada luego de que el superficiario realice las acciones a las que está facultado, forestando, plantando o construyendo. Esta modalidad puede darse al comienzo de la existencia del derecho, constituyéndose la superficie con existencia de propiedad superficiaria, por haber forestado, plantado o construido previamente el titular de dominio y constituir superficie sobre dichos objetos. En este caso, el derecho real de superficie no pasa por la primera modalidad, sino que se constituye directamente sobre el objeto existente; sin perjuicio de la facultad del superficiario de realizar nuevas acciones relativas a las facultades conferidas por el derecho real.

Tiene una duración máxima de cincuenta años cuando el objeto es la forestación o la plantación y de setenta años cuando es para construcción. Debemos interpretar que el plazo se cuenta desde el contrato que lo constituye y no desde que exista propiedad superficiaria.

El objeto del derecho real de superficie es la totalidad o una parte materialmente determinada de un inmueble, pudiendo ser constituido sobre la rasante, el vuelo o el subsuelo.

Se trata de un gravamen sobre el inmueble sobre el que se constituye el derecho, conforme lo establece el artículo 1888 CCyC al decir que la superficie es un derecho real sobre cosa propia cuando exista propiedad superficiaria; lo que significa, por un lado, que mientras no haya propiedad superficiaria el derecho a forestar, plantar o edificar se ejerce sobre cosa ajena⁴ y también que lo que es cosa propia es la propiedad superficiaria, pero ésta está ubicada sobre una cosa ajena⁵; ya que durante la vigencia de este derecho se suspende el principio de accesión, que renacerá en función de la elasticidad del dominio una vez extinta la superficie⁶.

El titular del suelo tendrá un dominio imperfecto mientras dure la superficie.

Están legitimados a constituir superficie el dueño; los condóminos y el titular de propiedad horizontal. En caso de los condóminos, tendrán que concurrir en forma unánime dado que no puede haber superficie sobre partes indivisas y ningún condómino puede, sin la totalidad, constituir derechos reales sobre la cosa o sobre parte material de la misma. Cuando el artículo 2118 CCyC menciona a la propiedad horizontal, debemos incluir al titular de la propiedad horizontal especial para conjuntos inmobiliarios.

3. FACULTADES DEL SUPERFICIARIO

⁴KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2015; página 23.

⁵ KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Tomo II, Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2015; página 24.

⁶ KIPER, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Tomo I, Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2015; página 250

a) Derechos reales de disfrute

El superficiario está legitimado para constituir derechos reales de disfrute tales como el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre.

Cualquiera de estos derechos que constituya, al igual que los demás derechos reales y personales que mencionaremos seguidamente, se extinguirán al finalizar la superficie por las causas expresadas en su título o por el cumplimiento del plazo máximo legal.

Si bien estas facultades no surgen del artículo 2120 CCyC que menciona las facultades del superficiario, éste podrá constituir usufructo conforme lo establecido en el artículo 2131 CCyC, que lo incluye. Por aplicación supletoria de las normas del usufructo que disponen los artículos 2155 CCyC y 2159 CCyC, el superficiario también estará legitimado para constituir derecho real de uso y derecho real de habitación. En cuanto a la servidumbre, el artículo 2168 CCyC es lo suficientemente amplio como para interpretar que está incluido entre los legitimados a constituir servidumbre el superficiario, ya que expresa que los legitimados son los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión.

Para constituir cualquiera de los derechos reales de disfrute deberá existir propiedad superficiaria, por lo que no podrá el superficiario bajo la primera de las modalidades expresadas, es decir con derecho a forestar, plantar o construir, constituir derecho real de usufructo, uso, habitación o servidumbre.

En primer lugar, porque el artículo 1883 CCyC al referirse al objeto de los derechos reales expresa que podrá consistir en un bien taxativamente señalado por la ley; al igual que el artículo 2130 CCyC que respecto al objeto del usufructo también dice en su inciso b, que el objeto del usufructo podrá ser un derecho, sólo en los casos en que la ley lo prevé. Los artículos citados exigen expresa voluntad de la ley para que un derecho real recaiga sobre derechos. No es el caso. No existe tal expresión legal taxativa. Respecto a la servidumbre no hay excepción legal, por lo que la servidumbre no podrá recaer sobre derechos.

Además de los fundamentos legales expresados, no vemos ni la utilidad ni la conveniencia práctica de que se constituya usufructo, uso, habitación o servidumbre sobre el derecho a forestar, plantar o edificar.

En cambio, cuando existe propiedad superficiaria, ésta podrá ser objeto de cualquiera de los mencionados derechos⁷.

b) Derechos reales de garantía

El artículo 2120 CCyC menciona dentro de las facultades de disposición jurídica que tiene el superficiario la de constituir derechos reales de garantía, sin especificar a qué derechos se refiere.

Por la amplitud conceptual del artículo en cuestión y tratándose de inmuebles, debemos interpretar que se refiere a los derechos reales de hipoteca y anticresis.

Sin embargo, por las características de cada uno de estos derechos, solo la hipoteca podrá ser constituida en ambas modalidades de la superficie; es decir, que la superficie podrá ser gravada con hipoteca tanto cuando exista el derecho a forestar, plantar o edificar, como cuando haya propiedad superficiaria⁸.

En cambio, en razón de que la anticresis se ejerce por la posesión y tiene como principal efecto que el acreedor anticresista pueda obtener los frutos de la cosa y con éstos deducirlos de los intereses y el capital adeudado, no vemos posible que la anticresis se constituya cuando aún no haya propiedad superficiaria.

La posibilidad de gravar con derecho real de hipoteca al derecho a forestar, plantar o edificar está expresamente prevista en el artículo 2120 CCyC, siendo además una cuestión eminentemente práctica y ajustada a la normativa del código.

En cuanto a la norma, no implica ninguna situación extraña al sistema jurídico, dado que el artículo 1883 CCyC, ya mencionado, expresamente prevé que un derecho puede ser objeto de los derechos reales cuando taxativamente la ley lo establezca. Así, el artículo 2120 CCyC puntualmente establece que “(...) el titular del derecho de superficie está

⁷ZELAYA, Mario, *Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*. Director: Claudio Kiper. Coordinador: Luis O. Daguerre. Rubinzal Culzoni Editores. Tomo III. Santa Fe. 1ra. Edición. Año 2015; página 196.

⁸IRIARTE, Alejandro L., *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derechos Reales II*. Número 2018 – 2. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. Año 2018; página 310.

facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria (...)"'. Continúa el artículo aclarando lo que es obvio y que es reiterado en el artículo 2125 CCyC, respecto a que el gravamen de garantía estará limitado a la duración de la superficie. Una solución distinta atentaría contra los derechos del titular de dominio y por consecuencia contra la existencia y utilización misma del derecho de superficie.

En cuanto a la conveniencia práctica de la posibilidad de gravar con derecho real de hipoteca el derecho a forestar, plantar o edificar, resulta evidente ya que quien realice un emprendimiento de estas características puede tener que acudir a financiamiento, para lo que será de vital importancia la posibilidad de garantizar el crédito obtenido con el mismo derecho sobre el que hará la inversión.

A los fines de que los acreedores vean factible la aceptación de este tipo de garantías reales, es que el plazo deberá ser lo suficientemente extenso para asegurar al acreedor que si debe ejecutar el derecho de superficie, quien lo adquiera en la subasta tenga el atractivo de poder usar y gozar de la cosa superficiaria o de emprender la forestación, plantación o construcción, en su caso, con un plazo razonablemente prolongado por delante.

Si en el contrato constitutivo de la superficie quedaron pagos pendientes de integración, el adquirente, a quien se lo debió imponer en la subasta de todas las vicisitudes del contrato, deberá afrontarlos.

La cuestión a tener en cuenta cuando la garantía recae sobre el derecho a forestar, plantar o edificar es qué pasa cuando el superficiario, en cumplimiento de sus facultades de disposición material de la cosa, foresta, planta o edifica, lo que implica una mutación del objeto sobre el que recae la garantía.

Esta mutación objetiva no es una novación, sino que se trata de una subrogación real del objeto, subsistiendo la garantía sobre el nuevo objeto, la propiedad superficiaria. Para evitar conflictos será importante que esta situación, que indefectiblemente se planteará, quede aclarada en la escritura por la que se constituya la garantía.

c) Derecho real de propiedad horizontal

La segunda parte del artículo 2120 CCyC establece a favor del superficiario la posibilidad de afectar la propiedad superficiaria al régimen de la propiedad horizontal cuando se trate de superficie para la construcción.

El terreno quedará excepcionalmente separado de la propiedad horizontal, no siendo en este caso parte común, a pesar de lo expresado en el artículo 2042 CCyC. Sin embargo, las partes del contrato de superficie pueden pactar que en el caso de que el superficiario afecte a propiedad horizontal, el dueño integre el acto afectando también el suelo.

El segundo párrafo del artículo 2120 CCyC prevé la existencia de un pacto entre el superficiario y el dueño, mediante el que establezcan que si el superficiario afecta a propiedad horizontal el propietario podrá también afectar el suelo, acordando además la continuidad del derecho real de propiedad horizontal para cuando se extinga el derecho de superficie. En consecuencia, una vez extinto el derecho real de superficie, repuesta la vigencia del principio de accesión y vigente la propiedad horizontal, se consolidará en el dueño del suelo el derecho real de propiedad horizontal y no el dominio.

Durante la vigencia de la superficie y estando el inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal, el superficiario podrá enajenar o gravar las unidades funcionales resultantes; tanto si el propietario participó afectando también el suelo, como si no lo hizo y el suelo quedó separado de la propiedad horizontal. En cualquiera de los casos, todos los derechos reales o personales que el superficiario haya constituido o transmitido sobre las unidades funcionales se terminarán con la extinción de la superficie, quedando la totalidad del edificio sometido a propiedad horizontal, si se pactó la continuidad o extinguiéndose también este derecho si nada se dijo.

Los derechos transmitidos a terceros sobre las unidades funcionales pueden subsistir si así se pactó entre el dueño del suelo y el superficiario.

También puede ser objeto de pacto en el título constitutivo o al momento de la afectación a propiedad horizontal, si participa el dueño, la indemnización que se pacte a favor del superficiario una vez extinto el derecho. En tal caso, si se pactó la subsistencia de la propiedad horizontal, puede convenirse la transferencia de algunas de las unidades funcionales que por la extinción de la superficie pasaron a ser de titularidad del dueño del suelo, a favor del superficiario.

d) Derechos personales

El superficiario puede constituir derechos personales sobre la propiedad superficiaria. Si bien esto no surge expresamente de las facultades conferidas al titular de este derecho real, se desprende de los efectos de la

extinción regulados por el artículo 2125 CCyC al decir que el “(...) el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario”. No puede extinguirse lo que no fue constituido; por lo tanto, queda implícita en este artículo la facultad del superficiario de constituir derechos personales.

Esta posibilidad es razonable, toda vez que, si puede constituir usufructo otorgando las facultades de uso y goce en ejercicio de un derecho real sobre la propiedad superficiaria, nada impide que pueda también otorgar estas mismas facultades de usar y gozar de la propiedad superficiaria, pero ejerciendo un derecho personal, a través de un contrato de locación o comodato, según la onerosidad o gratuidad del mismo.

e) Afectación al régimen de protección de la vivienda

El artículo 245 CCyC expresa que la afectación puede ser solicitada por el titular registral. Esta expresión es amplia y abarca mucho más que el titular de dominio, debiendo interpretarse que la legitimación abarca también a todo otro titular de derecho real que se ejerza por la posesión y que sea registrable, como el usufructuario y el superficiario.

En ambos casos resultará innecesaria la conformidad del nudo propietario o dueño del dominio imperfecto. En primer lugar, porque la norma no lo pide y, además, porque tratándose de un acto de protección decidido por un titular de un derecho real temporario, no afectará al dueño imperfecto, ya que cuando recupere la perfección de su derecho por extinción del derecho real que lo grava, quedará de pleno derecho extinta la protección de la vivienda que tenga al usufructuario o al superficiario como constituyentes.

No debemos confundir este caso con la expresión “(...) si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente” con que el artículo 245 CCyC termina su primer párrafo. Ni el usufructuario ni el superficiario son condóminos del nudo propietario o titular de dominio imperfecto. Son titulares de derechos reales que gravan el dominio.

Tanto el usufructo como la superficie son embargables y ejecutables por los acreedores de sus titulares y éstos no pueden depender para la protección del inmueble que sea su vivienda, de la buena voluntad del titular del dominio imperfecto.

Los Registros inmobiliarios, como autoridades de aplicación de la protección de la vivienda, deben aceptar esta posibilidad e inscribir la afectación al régimen que hagan los usufructuarios y los superficiarios, sin necesidad de la conformidad del nudo propietario o titular del suelo. Una solución contraria vulneraría sus derechos poniendo en riesgo la vivienda de estos sujetos, dejándolos en situación de desamparo.

LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PRESCRIPCIÓN

Por Carlos Alberto De Rosa¹ y María Eugenia Torres Lastra²

I. CONCLUSIONES

1. *De lege ferenda*: Se recomienda la modificación del art. 2119 del Código Civil y Comercial, y su reemplazo por el siguiente texto: “El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito seguido de la tradición, por acto de última voluntad y por prescripción. Puede transmitirse por actos entre vivos y por causa de muerte”.

II. FUNDAMENTOS

Al regular la adquisición del derecho real de superficie, el Código Civil y Comercial dispone en su art. 2119 que: “El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

La redacción de esta norma es técnicamente equívoca, y cuestionable la solución que establece.

1. ADQUISICIONES DERIVADAS

En el Capítulo 2 del Título I del Libro Cuarto dedicado a los Derechos Reales, el Código Civil y Comercial de la Nación regula la “Adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad” de esta categoría.

1 Profesor Consulto de Derecho Civil (Derechos Reales) – Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

2 Docente de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

El art. 1892 trata las adquisiciones derivadas por actos entre vivos, receptando el caracterizado sistema romano que “requiere la concurrencia de título y modo suficientes”.

Ciertamente que el contrato oneroso o gratuito es la fuente principal para la adquisición derivada por actos entre vivos del derecho real de superficie. No obstante, como el título carece por sí solo de virtualidad traslativa, para que el derecho quede constituido en cualquiera de sus dos variantes (derecho de construir, plantar o forestar sobre cosa ajena; y propiedad superficiaria sobre cosa propia), debe cumplimentarse el modo suficiente, que se materializa con la tradición, aspecto omitido por la norma referida.³

La sucesión por causa de muerte, legal o por testamento, es también un modo de adquirir el derecho de superficie (art. 2277).

2. ADQUISICIONES ORIGINARIAS

Después de legislar sobre las adquisiciones legales en los arts. 1894 y 1895 (todas originarias), y de prohibir la constitución de derechos reales por sentencia judicial, salvo disposición legal en contrario (art. 1896); el código vigente regula la prescripción adquisitiva.

3. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Dispone el art. 1897 del CCCN que: “La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”.

La prescripción está vinculada en sus dos expresiones (adquisitiva y extintiva) al valor seguridad jurídica, en la medida que permite atribuir firmeza a situaciones jurídicas inciertas, que terminan por consolidarse o adquirir verdadera estirpe de derecho mediante el transcurso del tiempo. Como lo expresara Hedemann, se trata de la puesta en práctica de “una manifestación atávica del sentir de la Humanidad: *el tiempo todo lo sana*”.⁴

3 Conf. Alterini J. H. - Alterini I. E. - Alterini M. E., Tratado de los Derechos Reales, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo II, pág. 58.

4 Hedemann J. W. “Tratado de Derecho Civil – Vol. II - Derechos reales”, traducida por J. L. Díez Pastor y M. Gonzáles Enriquez, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1955, pág. 195.

Adquiere así renovada actualidad la frase de Gayo, cuando señalaba que la importancia de la prescripción radicaba en permitir: "...que la propiedad de las cosas no quedara en la incertidumbre demasiado tiempo".⁵

Por su parte, Lehmann advertía que: "La prescripción persigue garantizar la seguridad jurídica y proteger a los particulares en razón de la dificultad de la prueba de relaciones jurídicas antiguas".

"La prueba de la propiedad -decía Picard- sería imposible si no existiera la usucapión. El adquirente solo podría ser propietario si su causante, a su vez, lo era también. La prescripción suprime esa dificultad, que fuera insoluble: cierto número de años bastan".

Siguiendo esa misma línea de pensamiento, Josserand destacaba que la prescripción cumple una doble función: "...es medio de prueba y modo de adquirir"; al tiempo que afirmaba que "la primera de estas funciones gana a la segunda en importancia, en moralidad y en legitimidad".⁶

La usucapión tiene pues idoneidad para rescatar a la vida jurídica situaciones irregulares configuradas contrariando la regla del *nemo plus iuris*. Función que ya encontraba sustento normativo en el poco recordado art. 3273 del código derogado, que establecía que: "Se puede adquirir por prescripción la propiedad de un inmueble, aunque el carácter de la posesión de aquél de quien se tiene, no le permitiese adquirirla de esa manera". Texto que el CCCN no reproduce, aunque pensamos que no por ello tales conceptos han perdido vigencia.

La prescripción es un modo originario, porque el derecho del prescribiente le es atribuido por la ley.

a) *Prescripción breve*

Dispone la primera parte del art. 1899 que: "La prescripción adquisitiva de derechos reales con justo título y buena fe se produce sobre inmuebles por la posesión durante diez años."

La llamada prescripción ordinaria o breve no escapa a tales postulados, en la medida que el derecho del adquirente no deriva del

⁵ Gayo, Institutas, traducción A. Di Pietro, Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, pág. 177.

⁶ Valencia Zea A. La posesión. Editorial Temis, Bogotá, 1978, pág. 453.

otorgante del justo título, que bien podría ser un *non domino* (art. 1898). Criterio que el propio Vélez Sársfield sostuvo en su comentario al art. 4010 del Código Civil derogado al explicitar que: “Cuando se exige un justo título no es un acto que emane del verdadero propietario, puesto que es contra él que la ley autoriza la prescripción... Precisamente el vicio resultante de la falta de todo derecho de propiedad en el autor es lo que la prescripción tiene por objeto cubrir”.

El otro supuesto de “justo título”, el emanado de un incapaz, no alcanza para conmovir el carácter originario de la usucapión; porque - haciendo abstracción de la “condición de la persona de quien emana”- lo que la ley rescata no es el justo título, por cierto viciado por la condición de su otorgante; sino diez años de posesión ostensible y continua, adquirida de buena fe y basada en la confianza que inspira la apariencia de un negocio objetivamente suficiente.⁷

Cumplida la prescripción, el justo título no recibe una suerte de baño bautismal que lo sana de sus dolencias. Por caso, el título emanado del *non domino* no resucita para hacer valer su eficacia jurídica. Es la ley la que atribuye a ese poseedor la titularidad del derecho real, que nace del imperio de aquellas normas que son indisponibles para las partes (arts. 12, 1884, 1897, 1898). En síntesis: El derecho del prescribiente no tiene por causa el derecho del otorgante del justo título o de sus antecesores, la adquisición de la propiedad no es pues derivativa, porque no proviene del título viciado en la persona del disponente; es un efecto de la posesión vestida por el tiempo, atribuido por la ley.

En síntesis, resulta técnicamente desacertado afirmar que: “La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”, tal como lo expresa el párrafo final del art. 2019; porque no hay saneamiento de ningún título, hay una nueva adquisición nacida del imperio de la ley⁸.

b) Prescripción larga

7 De Rosa C. A. “Las adquisiciones a non domino y el justo título para la prescripción breve”, La Ley, Tomo 2023-E, 1636.

8 Alterini J. H. - Alterini I. E. - Alterini M. E. Tratado de los Derechos Reales, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, Tomo I, p. 204.

El art. 2565 del Código Civil y Comercial dispone que: “Los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos de los art. 1897 y siguientes”.

La superficie integra la categoría de derechos reales principales, desde que no es accesoria de un crédito en función de garantía (art. 1889).

Por lo demás el art. 1899 expresa que: “Si no existe justo título o buena fe, el plazo es de veinte años. No puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión”.

Al igual que el dominio, la propiedad superficiaria se exterioriza en los hechos a través de la posesión. Su percepción empírica, asociada al comportamiento del titular, pone al intérprete ante la apariencia de un derecho, que el ordenamiento jurídico protege.

Resulta elocuente aquella nota de Vélez Sarsfield al art. 2473, cuando expresaba que: “...La ley, dice Troplong, ve un cierto número de hechos de goce públicos, no interrumpidos y pacíficos; ella los ve continuar durante un año, y de estos actos reiterados y patentes, deduce que el que los ejerce es propietario...”

Con mayor razón, estas reflexiones son aplicables a una posesión de veinte años.

No solo las cosas, muebles e inmuebles, son susceptibles de ser adquiridas por la prescripción; también las partes materiales; siempre que la cosa sea divisible y de su fraccionamiento no resulte antieconómico su uso o aprovechamiento (arts. 228, 1883, 1912). La prohibición del art. 2119 respecto de la usucapión (denominación limitada a la prescripción larga) es contradictoria con lo establecido en los arts. 1889 y 2565, e injustificada.⁹

Resulta absurdo y antifuncional que quien construye en suelo ajeno, o sobre una parte material de una construcción ya existente; y la posee durante más de veinte años de manera ostensible, continua y pacífica, no pueda adquirir la propiedad superficiaria de la misma, y así regularizar su incierta situación jurídica. De otro modo, se mantendrá *sine die* esa fractura

9 Alterini J. H. - Alterini I. E. - Alterini M. E. “Tratado de los Derechos Reales”, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 589. Nosotros entendemos que la denominación usucapión comprende todos los supuestos de prescripción adquisitiva, criterio igualmente sustentado por Díez Picazo L. y Gullón A. “Sistema de Derecho Civil – Volumen III – Derecho de cosas”, Editorial Tecnos, Madrid, 1997, p. 142.

entre la propiedad del suelo y la posesión de las construcciones, y poco menos que fuera del comercio a la totalidad de la cosa, total o parcialmente ocupada por el poseedor.

La ley debe asegurar la paz social, protegiendo las situaciones reales creadas de facto e inspiradas en ideas de estabilidad. Esa es la función de la usucapión, figura a la que, en la ocasión, el legislador le ha dado la espalda, eternizando la incerteza y el conflicto.

BREVES REFLEXIONES ACERCA DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Carlos Alberto De Rosa¹ y María Eugenia Torres Lastra²

I. CONCLUSIONES

1. En el régimen del Código Civil y Comercial de la Nación, el derecho real de superficie tiene dos variantes:
 - a. El derecho de construir, plantar o forestar (derecho real sobre cosa ajena)
 - b. La propiedad superficiaria (derecho real sobre cosa propia).
2. El derecho de construir, plantar o forestar puede ejercerse sobre el suelo, el subsuelo y el espacio aéreo de un inmueble ajeno, en su totalidad o en una parte material.
3. El derecho de construir, plantar o forestar puede emplazarse sobre construcciones, plantaciones o forestaciones ya existentes.
4. El derecho de construir, plantar o forestar puede coexistir con la propiedad superficiaria en un mismo inmueble.
5. El derecho de construir, plantar o forestar se convierte en propiedad superficiaria, cuando el nuevo objeto emplazado por el superficiario constituye un todo homogéneo útil para su aprovechamiento.
6. La propiedad superficiaria del nuevo objeto emanado del trabajo del superficiario en ejercicio de sus facultades de construir, plantar o forestar, constituye un supuesto de adquisición derivada.
7. La constitución de la propiedad superficiaria sobre la nueva realidad fáctico-jurídica resultante del ejercicio por el superficiario del derecho de construir, plantar o forestar, debe cumplir con los requisitos de: título y modo suficientes, determinación catastral, y registración para su publicidad y oponibilidad a terceros interesados.

¹ Profesor Consulto de Derecho Civil (Derechos Reales) - Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

² Docente de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

8. Las partes pueden estipular y reglamentar en el título suficiente el contenido del derecho de superficie y sus modalidades, sin afectar el orden público.

9. Las cláusulas convencionales que constan en el título suficiente registrado, son eficaces frente a terceros interesados.

10. Las obligaciones de hacer asumidas por el superficiario ante al propietario del inmueble, correlativas de las facultades de construir, plantar o forestar, no son derechos reales *in faciendo*; porque forman parte del contenido del derecho de superficie.

11. De *lege ferenda*: Debe consagrarse legalmente el derecho de tanteo, en tanto contribuye al dinamismo de los negocios, al posibilitar la reunión de la superficie con el dominio, consolidándolo y terminando con la desmembración.³

³ Elaborada en base al artículo “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas”, publicado en la Revista La Ley el 25-03-2024, Buenos Aires, Tomo La Ley 2024-B.

SUPERFICIE: CRISIS HABITACIONAL Y PROTECCIÓN DE LA VIVIENDA EN EL ORDENAMIENTO NACIONAL

Por Miryam Adriana Farina¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho real del superficiario, en cualquiera de sus modalidades, coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. La convergencia de ambos derechos reales sobre un mismo inmueble, posibilita la concreción de negocios coparticipativos mediante los cuales, titulares diferentes, obtienen utilidad de un mismo bien, favoreciendo la movilización de la riqueza y el cumplimiento del fin social de la propiedad.

2. Cuando el objeto del negocio consiste en la construcción de inmuebles con destino de vivienda, el instituto revela su potencia como una herramienta eficaz para paliar la crisis habitacional.

3. Toda vez que, en el marco de lo normado por la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, es función del Estado promover el acceso a la vivienda y proteger la vivienda adquirida, proponemos que las Jornadas Nacionales reconozcan que:

De lege data:

4. El derecho de superficie aplicado a la construcción de inmuebles con destino de vivienda, constituye una herramienta eficaz para paliar la crisis habitacional.

¹ FARINA, Miryam A. Abogado. Doctora en Derecho UBA. Post-Doctora en Derecho de la Universidad de Messina, Italia. Diplomado en igualdad y no discriminación UBA. Diplomado en Defensa Internacional de los Derechos Humanos en la Universidad de Zaragoza, España, Diplomado en Derechos Ambiental en la Universidad de Buenos Aires, Diplomada en Derechos Humanos de las Mujeres. Profesor Adjunto por concurso de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Adjunto de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora. Adjunto de la Universidad del Museo Social Argentino. Adjunto de la Universidad de San Isidro. Profesor de Posgrado y Doctorado de Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires. Profesor de Posgrado y Doctorado de la Universidad de Corrientes. Profesor de Post Doctorado de la Universidad de Messina. Italia. Profesora de Doctorado Extranjero de la Universidad Nacional de Mar del Plata.

5. El superficiario está legitimado para afectar la construcción con destino de vivienda, objeto de su derecho, al régimen de protección de la vivienda previsto por los arts. 244 y siguientes del CCCN, en tanto se cumplan los requisitos expresamente regulados en el capítulo 3 del Título III del CCCN.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCION

La superficie es el derecho real temporario de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o en otra modalidad, la de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento.

Se advierte una tendencia creciente en el derecho comparado moderno de adoptar el derecho real de superficie en sus ordenamientos. En algunos países aplicado a construcciones y plantaciones, como es el caso de Brasil, España, Canadá, Bolivia, Perú, Cuba, entre otros, y aplicado únicamente a construcciones, como es el caso de Francia, Alemania, Suiza, Italia, España, Portugal, Japón, Québec, Holanda,

En ambas modalidades el instituto favorece el desarrollo de negocios coparticipativos que permiten la obtención de ventajas económicas de distintos sujetos sobre la misma cosa, favoreciendo tanto el interés individual de las partes, como el fin social de la propiedad. Por una parte, implica un reconocimiento del trabajo humano, en tanto se atribuye la propiedad de la cosa a quien la ha creado con su actividad y por el otro, evidencia una legitimación paulatina de restricciones y desmembraciones al derecho de propiedad que debilitan la rígida concepción liberal del dominio².

Al decir de Jorge Alterini, la posibilidad de que el propietario de un terreno que no quiere o no puede construir, confiera mediante la constitución del derecho de superficie, la alternativa de construir a un tercero que se convertirá en dueño de lo edificado “es un incentivo

² MARIANI DE VIDAL, Marina & ABELLA, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, T. I, Zabalía, Buenos Aires, pp.363,364.

importante para impulsar la actividad de la construcción tan necesaria para paliar la crisis habitacional”³.

La historia reciente demuestra la gravitación del derecho de superficie en la reconstrucción de Alemania de posguerra evidenciando la potencia de un instituto que ya en el Derecho Romano, si bien considerado como un derecho sobre cosa ajena, cumplió una importante función social como una herramienta para superar la crisis habitacional⁴.

Roma aplicaba rígidamente el principio de la accesión a pesar de lo cual, reconoció a los locatarios la facultad de levantar edificios en terrenos públicos o particulares y gozar de ellos contra el pago de una contraprestación, tutelando al edificador con el interdicto de superficie y luego con una acción real. Fue en el derecho Justiniano cuando adquiere el carácter de derecho real⁵.

Entendemos con Vázquez que la concepción humanista sobre la función social de la propiedad afianzada en el siglo XX, favoreció la expansión del instituto como una herramienta para paliar las consecuencias del crecimiento demográfico y la crisis habitacional⁶.

2. ANTECEDENTES NACIONALES

El principio de accesión, propio del derecho romano, en virtud del cual todo lo que se añade y se incorpora al fundo pertenece por accesión al propietario del mismo, fue adoptado por nuestro codificador, que prohibió expresamente el derecho de superficie en el art. 2614 del Código Civil.

Se desprende de la nota al art. 2503, que Vélez no consideraba conveniente separar y conceder a personas distintas la propiedad del suelo y la propiedad del subsuelo o sobre lo plantado, construido o edificado en terreno ajeno.

³ ALTERINI, Jorge, “El derecho real de superficie” disponible en www.colegiodescribanos.org.ar.

⁴ XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Bahía Blanca en el año 2015. Comisión N°11 de Derecho Romano.

⁵ ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial” disponible en www.infojus.gov.ar.

⁶ VÁZQUEZ, Gabriela, *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp.654.

En sintonía con esa postura tampoco fue admitido en el Anteproyecto de Bibiloni y en el Proyecto de reforma del Código Civil de 1936.

En 1937, el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil celebradas en Córdoba, concluyó que “no debe incluirse el derecho de superficie entre los derechos reales” a propósito de una ponencia presentada por el profesor Eduardo R. Elguera, que proponía la incorporación de la figura para fomentar la adquisición de la casa-habitación de aquellas personas que carecían de recursos suficientes para la compra del terreno⁷.

Idéntica fue la postura del Anteproyecto de Código Civil de 1954 de Jorge Joaquín Llambías.

En el año 1984 se produjo un hito en el tratamiento académico del derecho de superficie, a partir de las repercusiones de la ponencia presentada por la delegación argentina en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrada en Madrid del 22 al 6 de octubre de 1984, en la comisión Número dos cuyo tema era “El derecho de superficie y el registro”.

El Dr. Jorge Alterini, designado como Coordinador General de la delegación argentina debió superar el desafío de elaborar una ponencia de un instituto prohibido en nuestro ordenamiento Nacional desde 1871, con la exigencia de diagramar la estructura y adecuarlo a la realidad contemporánea⁸.

La repercusión en el ámbito nacional de la ponencia fue tal, que el Derecho de Superficie que las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la Provincia de Corrientes en 1985, se avocaron a su tratamiento, concluyendo que se considera “conveniente regular el derecho de superficie” para la instrumentación de negocios modernos y para el

⁷VÁZQUEZ, Gabriela, *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 656.

⁸ ALTERINI, Jorge, “El derecho real de superficie” disponible en www.colegiodeescribanos.org.ar.

mejor aprovechamiento de los bienes, pudiendo constituirse sobre inmuebles de dominio privado y de dominio público del estado⁹.

El Proyecto de reforma del Código Civil de 1998 incorpora el derecho de superficie, y tiene gran influencia en la regulación del derecho en el Código Civil y Comercial.

La ley 25509 del año 2001, recepta el derecho de superficie forestal al ordenamiento nacional, aplicable únicamente para la forestación o silvicultura por parte de un tercero en terreno ajeno, enumerándolo como derecho real en el inc. 8 del art.2503 del Código Civil. Como expresa Cossari, constituyó una particularidad del ordenamiento argentino, haber regulado el derecho de superficie sólo como superficie forestal¹⁰.

3. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

El art. 2114 del CCCN define a la superficie como “El derecho real temporario que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo”.

Como expresa Mariani de Vidal, el derecho confiere a su titular la facultad de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo plantado o construido, con independencia de la propiedad del suelo, o bien adquirir una edificación o plantación ya existente, sin que ello implique adquirir la propiedad del suelo¹¹.

Cuando el objeto de la superficie consiste en construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer suyo lo plantado, forestado o construido, el derecho de superficie recae sobre un derecho y se trata de un derecho real sobre cosa ajena. A medida que el titular planta o construye,

⁹ PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio, DILLON, Gregorio & CAUSSE, Jorge, *Derechos Reales*, Astrea, Bs. As. 2004, t. 2. pp.265.

¹⁰ COSSARI, Nelson, *El derecho real de superficie: Las regulaciones legales del siglo XXI en Cataluña, Brasil, Argentina*, Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

¹¹ MARIANI DE VIDAL, Marina, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Ed. Zabalía, Bs.As: 2016, T.1, pp.361.

sin solución de continuidad adquiere la propiedad superficiaria sobre lo plantado, forestado o construido.

Cuando el derecho real se constituye sobre las plantaciones o construcciones existentes al tiempo de la constitución será un derecho real sobre cosa propia, conforme lo expuesto en el art. 1888 del CCCN.

En cualquier caso, el dominio continuará en cabeza del nudo propietario y seguirá siendo para el superficiario “inmueble ajeno” ya que, como expresa el art. 2115 *in fine*, en ambas modalidades “el derecho real de superficie coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.

El superficiario tiene el uso, goce y disposición física y material de las construcciones y plantaciones que le pertenecen, en tanto, el dominio del suelo continúa en cabeza del *dominus*, quien, a partir de la constitución del derecho de superficie, imperfecciona su derecho de dominio, pasando a ser titular de un dominio desmembrado.

Entendemos con Papaño, Kiper, Dillon, Causse, que tan imperfecto es el dominio del propietario cuando constituye a favor de otro el derecho de superficie, como imperfecto es el derecho real sobre cosa propia que adquiere el superficiario, ya sea sobre una plantación o construcción, en tanto su derecho concluirá inexorablemente por alguna de las causales previstas en el art. 2124 del CCCN, como es imperfecto el dominio del propietario cuando constituye a favor de otro el derecho de superficie en cualquiera de sus modalidades¹².

La constitución del derecho de superficie implica la derogación convencional del principio de accesión establecido en el art. 1945 del CCCN en virtud del cual “el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie”.

¹² PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio, DILLON, Gregorio & CAUSSE, Jorge, *Derechos Reales*, Astrea, Bs. As. 2004, t. 2. Pp.284. Contrario la tesis que admite la disociación jurídica de los inmuebles sostenida entre otros por PUERTA DE CHACON, Alicia, “Nueva versión del derecho real de superficie” en J.A. 2001-II-836. Por su parte SABENE, Sebastian, en “Constitución, Transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie” en J.A. 2015-IV-1038, considera que lo que se desmembra no es el derecho sino el objeto por lo que, ninguno de los dos, tienen una propiedad desmembrada.

En nuestro ordenamiento, tratándose de un derecho real temporario, no se produce una ruptura definitiva del principio de accesión, sino sólo la suspensión, que perdura durante el plazo de vigencia convenido en el título de adquisición o el plazo máximo regulado en el art. 2117 del CCCN.

Como señala Vázquez, la superficie puede constituirse tanto sobre inmuebles de dominio privado, regulada en el CCCN, como de dominio público estatal, regulado por la ley 27328 que autoriza la constitución mediante contratos de participación público-privada orientados al desarrollo de “proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica”¹³.

Conforme lo expresa el art. 2116, es posible constituir la superficie sobre todo el inmueble o sobre una parte material determinada. En tal caso, la parcela sobre la que se constituye el derecho deberá ajustarse a la superficie mínima de la unidad económica que determine la reglamentación local¹⁴.

El art. 2116 prevé que el derecho pueda extenderse más allá de la superficie indispensable para llevar a cabo la forestación, plantación o construcción.

Tratándose de un derecho temporal, el plazo debe ser convenido en el título de adquisición no pudiendo exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para forestaciones y plantaciones. La prórroga del plazo convenido no podrá superar los plazos máximos previstos en el art. 2117 del CCCN.

Se encuentran legitimados para constituir el derecho de superficie los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal. El derecho se constituye por contrato oneroso o gratuito y es transmisible tanto por actos entre vivos como mortis causa, extinguiéndose por vencimiento del plazo y las demás causales expuestas en el art. 2124 del CCCN.

¹³ VAZQUEZ, Gabriela, *Derechos Reales*, La Ley, Bs.As: 2020, pp. 663.

¹⁴ KIPER, Claudio, expresa que existen distintos enfoques, por un lado, la realidad física o material sobre la que se constituye el derecho real susceptible de inscripción y la jurídica que es el objeto del derecho real que abre un folio registral y generalmente se encuentra en el tráfico jurídico, pp. 43.

En el marco de lo regulado por el art. 2120. el superficiario se encuentra facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el objeto de la superficie, limitados al plazo de duración de su derecho y, excepto pacto en contrario, puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal. Al respecto, la norma citada, le confiere la facultad de transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario. La particularidad en materia de Propiedad Horizontal es que el suelo, donde se asienta el edificio continúa en cabeza del *dominus*.

4. SUPERFICIE Y CRISIS HABITACIONAL

La Crisis habitacional es un problema complejo a nivel mundial y responde a causas heterogéneas, que se entrelazan y potencian entre sí, afectando el acceso a la vivienda de millones de personas.

El crecimiento demográfico, la creciente localización de la población en las grandes urbes, los bajos niveles de inversión pública, la escasez de recursos de los particulares y la falta de crédito para la compra de inmuebles ensancha la brecha entre la oferta y la demanda, provocando el aumento vertiginoso de los precios de compra y locación de inmuebles con destino de vivienda.

Si bien es compromiso indiscutible de los poderes públicos enfrentar la problemática con un enfoque multifacético, entendemos que el derecho de superficie constituye una herramienta valiosa para promover negocios inmobiliarios destinados a la construcción de inmueble con destino de vivienda, sin que ello implique la enajenación de la tierra por parte del propietario, sea este un particular o el Estado.

Entendemos con Alterini, que más allá de aspectos ideológicos, la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. Aplicada eficientemente por el Estado en terrenos de su propiedad, puede favorecer el acceso a la vivienda de las personas con menores recursos y constituir

un estímulo de la construcción a través de modalidades negociales que apliquen este derecho real¹⁵.

Por su parte, la XV Convención Notarial del Colegio de escribanos celebrada en el mes de noviembre de 1986, expresó que la superficie puede constituir un instrumento de utilidad en el campo económico y social, en virtud de sus múltiples aplicaciones y fundamentalmente como posible incentivo para el desarrollo de la construcción de viviendas¹⁶. En idéntico sentido las conclusiones del XVII Congreso Nacional de Derecho registral celebrad en la provincia de Buenos Aires en el año 2013, reconoce la utilidad del derecho de superficie como herramienta para paliar la crisis habitacional.

Con los antecedentes expuestos, proponemos *de lege ferenda* que las Jornadas Nacionales reconozcan que el derecho de superficie, aplicado a la construcción de inmueble con destino de vivienda, constituye una herramienta eficaz para paliar la crisis habitacional.

5. AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE PROTECCION DE LA VIVIENDA

El derecho a la vivienda, tanto en lo relativo al acceso como a su protección, integra el conjunto de derechos económicos, sociales y culturales reconocidos por el art. 14 bis de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, incorporados al ordenamiento Nacional por la reforma constitucional de 1994, que los recepta expresamente en el art. 75 inc. 22.

El régimen de protección de la vivienda familiar regulados por los arts. 34 a 50 de la Ley 14.394, facultaba al propietario de un inmueble urbano o rural a constituir en bien de familia, el inmueble cuyo valor no exceda las necesidades de sustento y vivienda de su familia.

El régimen tutelaba la vivienda familiar, dejando fuera del ámbito protectorio a la persona que vive sola. Bajo el prisma de los tratados internacionales de derecho humanos, las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Buenos Aires en el año 2005 concluyeron *de*

¹⁵ ALTERINI, Jorge, "Nuevas Formas de Propiedad", en *Revista del Notariado*, n° 811, Octubre, Noviembre, Diciembre 1987, Buenos Aires, p.1647-48.

¹⁶ *Revista del Notariado*, octubre- diciembre de 1986, N°807 pp. 2596-2617.

lege data que: “la protección constitucional de la vivienda beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14394 (artículos 34 a 50) debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y la de los Tratados de derechos humanos con rango constitucional (art. 75, inc. 22)”.

El CCCN recepiendo los nuevos paradigmas del derecho, derogó la ley 14394 y en el Capítulo 3, del título 3, del Libro Primero del CCCN regula el régimen de protección de la vivienda, con independencia del estado familiar del constituyente. Sin perjuicio de otras normas tuitivas de la vivienda familiar presentes en la regulación del matrimonio, uniones convivenciales y sucesiones.

La afectación de la vivienda al régimen protectorio es un acto voluntario, en virtud del cual la persona humana puede afectar al régimen un inmueble de su propiedad, destinado a vivienda, por la totalidad o hasta una parte de su valor.

A partir de la inscripción de la afectación en el Registro de la Propiedad Inmueble, la vivienda es inejecutable por deudas posteriores a su inscripción, con excepción de los supuestos contemplados en el art. 249 del CCCN.

El art. 245 del CCCN dispone que “La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente”.

La norma no contempla expresamente la facultad del superficiario de solicitar la afectación al régimen de protección de la vivienda por lo que, una interpretación restrictiva, nos llevaría a sostener que se encuentran legitimados para solicitar la afectación, únicamente, los titulares registrales de dominio y condominio.

Por nuestra parte consideramos que corresponde realizar una interpretación amplia del art. 245 del CCCN, en virtud de la cual, el titular registral del derecho de superficie de una construcción destinada a vivienda, se encuentra legitimado para solicitar la afectación al régimen

protectorio legal, en tanto se cumplan los requisitos expresamente regulados en el capítulo 3 del Título III del CCCN¹⁷.

Del mismo modo que puede solicitar la afectación el titular de un dominio revocable, o el adquirente de una unidad funcional con destino de vivienda, en una construcción afectada al régimen de propiedad horizontal¹⁸.

Resaltamos que el derecho al acceso a la vivienda y a su protección legal, tiene raigambre constitucional y beneficia a la persona humana en su individualidad, receptando el paradigma protectorio de los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, lo que refuerza el contenido axiológico de la interpretación propuesta.

Con la convicción de que no existe fundamento alguno para impedir al superficiario, que tiene el uso, goce y disposición material y jurídica del derecho sobre una construcción con destino de vivienda, que solicite la afectación al régimen protectorio legal, proponemos que las Jornadas Nacionales recomienden *De lege data*: Que el superficiario está legitimado para afectar la construcción con destino de vivienda, objeto de su derecho, al régimen protectorio previsto por los arts. 244 y siguientes del CCCN, en tanto se cumplan los requisitos expresamente regulados en el capítulo 3 del Título III del CCCN

6. CONSIDERACIONES FINALES

Conocemos la falta de aplicación práctica del Derecho de Superficie en nuestro país, presumiblemente atribuido a su reciente incorporación legislativa y el apego de nuestra población a la concepción clásica del derecho de dominio.

Por ello resaltamos la importancia de su tratamiento por parte de las Jornadas Nacionales y la difusión de sus conclusiones más allá del ámbito académico, con la convicción de que el instituto constituye una herramienta valiosa en la lucha inquebrantable por el acceso a la vivienda

¹⁷ Con idéntico criterio al adoptado por las Jornadas Nacionales celebradas en Bahía Blanca en el año 2015, respeto al usufructuario.

¹⁸ Cf. KIPER, Claudio *Derecho Real de Superficie*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, pp.136/7.

que, en cumplimiento de la manda constitucional y los tratados internacionales de Derechos Humanos, incumbe al Estado, en función de procurar a cada ser, una vida más digna y más humana.

**LA NORMA EN SUBSIDIO DE LA SEGUNDA PARTE
DEL ART. 2126 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL**

Por Hilda Elena Fernández¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata:

1. El Art. 2126 del Código Civil y Comercial no es una norma de Orden Público, ni una indemnización. Se trata de una “compensación” económica, que puede o no ser acordada por las partes, a pagar por el dueño del inmueble al superficiario al extinguirse el derecho de superficie.

2. Debe interpretarse la 2ª parte del Art. 2126, cuando dice que para esa compensación deben “...tomarse los valores subsistentes incorporados por el superficiario...”, refiriéndose al “mayor valor adquirido por el inmueble” al extinguirse el derecho de superficie.

3. Cuando refiere a que deben calcularse con “...los valores incorporados en los últimos dos años...”, una interpretación equitativa es la de no restringirse a esos dos años, sino analizar el negocio económico en su integridad, dependiendo del tipo de construcción o plantación, con los beneficios o sacrificios que puedan haber obtenido o aportado ambas partes durante todo su desarrollo.

4. Al establecer que para fijar la compensación “...debe quedar descontada la amortización.”, es necesaria la participación de profesionales en materia contable que determinen la fórmula correcta de cálculo para que las partes puedan arribar a acuerdos extrajudiciales o de mediación evitando pleitos en sede judicial por las demoras y costos que estos acarrearán.

¹ Abogada y Escribana (UNT). Especialista en Derecho Procesal (UNL). Especialista en Enseñanza de la Educación Superior (UCCuyo). Docente Titular de Derechos Reales de las carreras de abogacía y escribanía del Departamento Académico San Salvador (DASS) -Sede JUJUY- de la Universidad Católica de Santiago del Estero (UCSE). Directora de Abogacía y Escribanía de la UCSE-DASS.

II. FUNDAMENTOS

1. EL ART. 2126 DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL (CCYC)

Extinguido el derecho real de superficie, establece el Art. 2126 del CCyC: *“Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.*

En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”

a) Naturaleza jurídica del monto a pagar

La norma citada hace referencia al pago de un monto de indemnización por parte del titular del derecho de dominio al superficiario, en realidad se trata de una “compensación” económica, toda vez que no requiere acreditar los requisitos propios de una indemnización, como son la antijuridicidad, el factor de atribución y el nexo de causalidad.

En tal sentido, sería preferible hacer referencia a una “compensación” y no a una indemnización.

b) Compensación económica fijada por acuerdo de partes

La 1^{ra} parte del Art. 2126 del CCyC, en el marco de la autonomía de la voluntad, deja a las partes en total libertad para determinar, en el momento de constitución del derecho o posteriormente, el monto a pagar en concepto de compensación, pudiendo acordar también que no se realizará ningún pago por tal concepto², siendo recomendable en este caso que se realice en forma expresa este pacto en contrario.

² Afirma Pepe: *“...la indemnización al superficiario constituye un elemento natural, mas no esencial del derecho real de superficie, pues las partes pueden dejarla de lado...”* PEPE, Marcelo. “Derechos Reales”, Editorial Estudio, Bs. As., 2024, p. 550.

Debe interpretarse que las partes también podrán determinar la modalidad de pago (total, en partes o cuotas, intereses, etc.), la moneda de pago, fijar fórmulas de cálculo según el valor del inmueble, de materiales y mano de obra, etc., teniendo como fundamento evitar el enriquecimiento sin causa del dueño del inmueble.³

2. NORMA EN SUBSIDIO PARA FIJAR LA COMPENSACIÓN ECONÓMICA

La 2^{da} parte del Art. 2126 del CCyC, para el caso en que el dueño y el superficiario no hayan establecido el monto a pagar en concepto de compensación económica, si bien justa⁴, fija pautas para su determinación que resultan de difícil interpretación y hasta puede tener como consecuencia una falta de equidad en su aplicación y son las siguientes:

a) *Se deben tomar: “...los valores subsistentes incorporados por el superficiario...”*

Los valores incorporados al inmueble por el superficiario a través de las construcciones o plantaciones y que permanezcan hasta la extinción del derecho, por el principio “*superficie solo cedit*” pasan a pertenecer al dueño del suelo.

Lo previsto puede ser interpretado de manera similar a lo dispuesto en el Art. 1938 del CCyC respecto al pago que debe abonar el dueño por mejoras útiles incorporadas a su inmueble, monto que tiene como límite hasta el mayor valor adquirido por la cosa.⁵

³ En tal sentido, el Código Civil Portugués dice: “*Art. 1538: ...2. Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa...*” <https://www.codigocivil.pt/pesquisar?frase=1538&buscar.x=0&buscar.y=0>

⁴ Afirma Cossari N.: “...*Se trata de una norma justa que, ante la falta de previsión de las partes, contempla un resarcimiento a favor del titular del derecho de superficie, y que evita un enriquecimiento sin causa por parte del dominus solis...*”. COSSARI, Nelson G.A. en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético. 2^a. Edición actualizada y aumentada. Tomo X. Arts. 2073 a 2276”, Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2016, p. 220/221,

⁵ Aclara Cossari N. en comentario al Art. 1938 CCyC: “...*Si bien el artículo no dice, como el derogado art.2441, mayor valor “existente”, parece obvio que se trata del*

Convendría leer entonces que, cuando el Art. 2126 del CCyC refiere a “...*los valores subsistentes incorporados por el superficiario...*” se refieren al “mayor valor adquirido por el inmueble” como consecuencia de las obras ejecutadas, se trate de construcciones o plantaciones, y que subsistan al tiempo de la extinción del derecho de superficie, sin importar que el inmueble permanezca en poder del superficiario porque, debido a la remisión del Art. 2128 del CCyC a las normas del dominio revocable, por lo dispuesto en el Art. 1968 del CCyC, el superficiario pasa a ser tenedor del inmueble.⁶

b) *Se deben tomar para el cálculo de la compensación los valores: “... incorporados en los dos últimos años...”*

Siguiendo el punto anterior, si lo que corresponde es determinar el “mayor valor adquirido por el inmueble”, se corre el riesgo de que se comentan injusticias si solo se toman los dos últimos años de vigencia del derecho de superficie.

Debe tenerse presente que se trata de un derecho mentado para que tenga larga duración, como máximo 70 años para construcciones y 50 años para plantaciones, valuar solo los últimos dos años simplifica tanto el fin del negocio que pierde equilibrio la equidad entre las partes y una correcta determinación de la medida del enriquecimiento sin causa.

Opinan Alterini Jorge y Alterini Ignacio, en comentario al Art. 2126 del CCyC: “*La pauta subsidiaria para establecer la indemnización es de muy dudosa razonabilidad. Es difícil comprender el porqué de una indemnización que se limite a “los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años”, pues de ese modo quedan fuera de toda compensación los que incorporara en los años previos y es*

valor que la cosa conserva a la fecha de restitución, dado que ése es el mayor valor adquirido por la cosa...”. COSSARI, Nelson G.A. “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético. 2ª. Edición actualizada y aumentada. Tomo IX. Arts. 1882 a 2072”, Thomson Reuters La Ley, Bs. As, 2016, p. 353,

⁶ Art. 1968 CCyC: “*...Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto...*”

fácil imaginar que las inversiones más cuantiosas no se efectúan cuando se vislumbra la terminación del derecho de superficie”⁷

En igual sentido, comentando esta norma, Mariani de Vidal afirma: “...Ello no parece acertado, pues tendrá la indeseable consecuencia de que el superficiario, en el tramo final de su derecho, se desinterese de las obras: cuando peor sea su estado, menos deberá pagar...”⁸

Por su parte Kiper, analizando el Art. 2126 del CCyC, afirma: “...el derecho a la indemnización existe, salvo pacto en contrario. Se trata de evitar el enriquecimiento sin causa, pero esta regla no es de orden público. Tal regla reconoce su antecedente en el artículo 1538 del Código Civil de Portugal...”⁹

La norma en subsidio de la 2ª parte del Art. 2126 del CCyC aplicada en forma lisa y llana genera inseguridad jurídica, en particular al superficiario, una interpretación correcta y equitativa sería no restringirse a los dos años, sino que, dependiendo del tipo de construcción o plantación, pueda tomarse o no, como una referencia más para determinar el monto de la compensación económica que deba abonar el dueño del inmueble.

Corresponde analizar el negocio económico en su integridad, con los beneficios o sacrificios que puedan haber obtenido o aportado ambas partes durante todo su desarrollo, no solo durante los dos últimos dos años, recordemos que el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito, lo que también debe tenerse en cuenta respecto al canon que puede haber estado percibiendo el dueño durante el tiempo de duración del derecho.

c) Y en el monto a calcular debe quedar: “...descontada la amortización.”

⁷⁷ ALTERINI, Jorge H. y ALTERNI Ignacio en “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético. 2ª Edición actualizada y aumentada. Tomo X, Arts. 2073 a 2276”, Thomson Reuters La Ley, Bs. As., 2016, p. 222.

⁸ MARIANI DE VIDAL, Marina y otra. “Derechos reales en el Código Civil y Comercial. Tomo I”, Zavalía, Bs. As., 2016, p. 395

⁹ KIPER, Claudio. “Tratado de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. Tomo II”, Rubinzal Culzoni Editores, Bs. As., 2016, p. 61

Otro punto que integra la determinación de la compensación económica a pagar por el dueño del inmueble, como dice la norma en análisis, es descontar la amortización, tema también complejo para su cálculo.

Define Biondi: “...Podemos definir a las amortizaciones como la expresión contable que refleja la disminución de valor que experimenta un bien de uso por una causa determinada, ya sea física o económica. El concepto enunciado abarca tanto la amortización ordinaria, o previsible, como a la extraordinaria, o imprevisible...” Y agrega, que las causas que producen la depreciación pueden ser: “...Factores de carácter físico. Factores de carácter económico. Factores eventuales o por simple accidente...”¹⁰

Por supuesto y por justicia, resulta correcto descontar valores que por el uso habitual o desgaste tiene el inmueble con el paso del tiempo, pero este ítem también agrega complejidad al cálculo, porque existen diversos métodos (amortización de cuota fija o lineal, porcentaje fijo sobre valores decrecientes o crecientes, por intensidad de funcionamiento, por servicios producidos, por mantenimiento, etc.) para aplicar.

A todo ello se suma la consideración de aspectos como el destino de explotación del inmueble, el desgaste u obsolescencia en las construcciones o producción de las plantaciones, el valor originario que éstas tuvieron para el dueño o su incorporación posterior al inmueble por parte del superficiario, la depreciación económica por inflación, con la discusión del índice de cálculo que corresponderá aplicar (costo de vida, construcción, etc.)

Las partes, dueño y superficiario, requerirán la participación de profesionales en materia contable para la determinación de la compensación económica prevista en subsidio por la 2ª parte del Art. 2126 del CCyC, para que puedan arribar a un acuerdo extrajudicial o en instancias de mediación para evitar pleitos en sede judicial con las demoras y costos que esto conlleva.

¹⁰ BIONDI, Mario. *Contabilidad Financiera. 2ª edición*, Errepar, Bs. As., 2006, p. 504.

**LAS VENTAJAS QUE OFRECE EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE A
LOS PAÍSES EN VÍAS DE DESARROLLO. CONSIDERACIONES A
PARTIR DE LA EXPERIENCIA DE LA INDUSTRIA HOTELERA
CUBANA**

Por Neylia B. Figueroa Abboud¹

I. CONCLUSIONES

1. La regulación histórica del derecho real de superficie en el ordenamiento jurídico cubano ha demostrado un acompañamiento, a la vez que un poder transformador, de la realidad socio-económica de aquel país. Es un caso de estudio que refleja el impacto positivo que puede provocar una regulación acertada de los institutos jurídicos y, en particular, de los derechos reales para la reactivación de aquellos sistemas económicos en crisis.

2. El Código Civil y las leyes de promoción a la inversión extranjera en Cuba, en conjunto con el derecho societario, han perfeccionado una herramienta –especialmente valorada por su flexibilidad– para el crecimiento de la industria hotelera, pese a la ausencia de recursos financieros.

3. La regulación favorable del derecho real de superficie es crucial para maximizar sus potencialidades socio-económicas. Si bien dicho modelo no puede ser replicado de forma mecánica en Argentina, sí pueden trazarse algunos paralelismos, aprovechando la demostrada experiencia de que es posible capitalizar recursos, sin que su titular deba desprenderse definitivamente de ellos y sin comprometer la soberanía nacional.

¹ Abogada y Diplomada en Derecho Privado Patrimonial (Universidad Austral). Docente de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral. Con el aval del Dr. Ignacio Alterini, profesor a cargo de Derechos Reales y Director del Departamento de Derecho Civil de la Facultad de Derecho de la Universidad Austral.

II. FUNDAMENTOS

1. La reciente historia cubana ha estado marcada por una profunda crisis económica. Primero en el tiempo, estuvo el bloqueo comercial, económico y financiero que le impuso Estados Unidos en el año 1960 y que sigue vigente hasta la fecha. En un segundo momento, con la caída del campo socialista y la desintegración de la URSS en el año 1991, el país tuvo que enfrentarse a un proceso de significativas transformaciones sociales y económicas².

Para promover la inversión extranjera, se promulgaron distintas normas. Entre ellas se destaca el Decreto-ley N° 50/1982 que habilitó la posibilidad –inexistente antes– de asociación económica entre entidades cubanas y extranjeras. El sistema adoptado en ese entonces –y que se mantiene vigente– fue la aprobación de la inversión extranjera, caso a caso, por el Consejo de Ministros. Un estudio a cargo de “CEPAL”, valora que bajo este esquema –que algunos podrían considerar ineficiente– el gobierno cubano evitó establecer una cobertura legal rígida en ese tema, a fin de salvaguardar la flexibilidad suficiente para negociar las inversiones de mayor importancia³.

2. La legislación cubana, al igual que la legislación argentina, autoriza el derecho real de superficie como una forma de aporte de capital (art. 18.1, Ley N° 118). El modelo cubano opta por la constitución de empresas mixtas o *joint ventures*, bajo la forma de sociedades anónimas de acciones nominativas (art. 4 Decreto-ley N° 50/1982), para incentivar y canalizar las inversiones extranjeras, reglamentando las relaciones de colaboración entre agentes locales e internacionales, donde los territorios gravados son de titularidad del Estado.

Un ejemplo de lo anterior es la sociedad “Cubanacan S.A.”, una sociedad anónima que representa los intereses del Estado Cubano en las negociaciones con empresas extranjeras y que ha recibido previamente, del Consejo de Ministros, el derecho real de superficie sobre los territorios de interés, a los fines de que pase a integrar sociedades mixtas en conjunto con los inversores extranjeros, aportando el derecho real de superficie antes

² V. CONSUEGRA SANFIEL, Alberto, *The Cuban economic model: for the collapse of the socialist camp to the updating process (1990-2014)*, 2017.

³ Comisión Económica para América Latina y el Caribe, “La inversión extranjera en Cuba. Aspectos Recientes”, México, 1995.

recibido, delegando en estos últimos la edificación, administración y posterior explotación del establecimiento por el plazo de vigencia que estipule el título constitutivo.

Transcurrido el período descrito, las construcciones y demás mejoras efectuadas en el terreno, son adquiridas por el Estado Cubano (art. 225 Cod. Civ. cubano).

3. En nuestro sistema, la superficie –agraria o edificada– es un derecho real temporario, que no puede exceder los 70 años contados desde su adquisición (art. 2127 CCCN), en contraste con el sistema cubano, donde se prevé un plazo de 99 años (art. 222 Cod. Civ. cubano) e incluso se admite la perpetuidad en favor de aquellos superficiarios que como sujetos particulares edifican con destino a vivienda o que construyen departamentos para el turismo.

Lo anterior refleja indudablemente una decisión de política legislativa que busca impedir el desmembramiento perpetuo del derecho de dominio en nuestro sistema, sin perjuicio de que, con una perspectiva económica, quizás podría argüirse en favor de la perpetuidad, invocando la sola conveniencia del concedente y del superficiario y la no obstaculización al racional ejercicio de las facultades propias del derecho real de dominio, y siempre teniendo presente que es posible que se pacte un canon o “indemnización” por el tiempo que el titular dominial debe soportar el gravamen. La cuestión finalmente queda en manos del valor al que el legislador escoge darle preferencia.

Otra diferencia a remarcar es que el art. 2118 CCCN faculta a los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal para constituir el derecho real de superficie, lo que contrasta abiertamente con la normativa cubana, que solo admite como posible concedente al Estado Nacional (art. 218. 1 y 140 Cod. Civ. cubano).

Sin perjuicio de todas las diferencias existentes entre ambos ordenamientos, es posible rescatar una idea central: una regulación favorable del derecho real de superficie, en compañía del derecho societario, abre la puerta para que los países en vías de desarrollo entablen relaciones con posibles inversores extranjeros, sin que para procurar el avance en la infraestructura y lograr la capitalización de recursos, se deba producir un desprendimiento patrimonial definitivo y/o renunciar a importantes porciones del territorio nacional.

CONSIDERACIONES SOBRE EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por María Florencia Franchini¹

I. CONCLUSIONES

1. *Finalidad:* La variedad de destinos del derecho real de superficie (plantar, forestar, construir), al no estar circunscripta a la actividad forestal como en la derogada ley 25.509, le otorga a la figura mayor utilidad socioeconómica, como se señalara en las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 2003.

2. *El principio romano superficie solo cedit:* a) Desde la constitución del derecho real de superficie el principio de accesión se suspende para el propietario pero no para el superficiario, quien en consecuencia adquiere lo que construye, siembra o planta con materiales propios o ajenos, en la misma medida que adquiere la construcción, siembra o plantación realizada por un tercero en el inmueble sujeto a superficie; b) se reafirman las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario en el año 2003 en cuanto a la aplicación del principio de accesión al superficiario.

3. *Legitimación para la constitución:* a) Deben considerarse facultados para constituir el derecho de superficie (art. 2118) a los titulares del derecho real de conjuntos inmobiliarios por tratarse de una propiedad horizontal especial; b) los titulares de unidades funcionales no pueden constituir derecho real de superficie sobre la unidad funcional del sistema de propiedad horizontal por ser el terreno común; c) los titulares de unidades funcionales de conjuntos inmobiliarios pueden constituir derecho real de superficie sobre la unidad funcional por ser el terreno propio.

4. *Adquisición originaria:* a) De acuerdo al art. 2119 *in fine* el derecho real de superficie no puede adquirirse por prescripción larga y sólo puede adquirirse por usucapión breve, por lo que se requiere justo

¹ Profesora titular ordinaria de la cátedra 1 Derecho Civil IV (UNLP); profesora adjunta ordinaria de la cátedra 2 Derecho Civil III (UNLP); categorizada investigadora en la UNLP; profesora de posgrado en la Especialización en Derecho Civil (UNLP), en la Diplomatura de Derecho Privado de la Universidad Notarial Argentina y de la Universidad del Chaco Austral; evaluadora de proyectos de investigación de distintas Facultades de la UNLP; miembro de la Comisión de Grado Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UNLP.

título, buena fe y la posesión durante diez años por tratarse de inmuebles (art. 1898); b) el supuesto incluye las adquisiciones a *non domino* (se reafirma la conclusión 1° de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe 2029); c) no obstante que el art. 2119 expresa que la prescripción breve se admite a los efectos del "saneamiento" del justo título (art. 1902), el justo título no se sana y la adquisición así configurada es originaria y no derivada.

5. *Plazo máximo. Prórroga:* a) Cuando el art. 2117 del Código Civil dispone que el plazo máximo debe ser contado "desde la adquisición del derecho de superficie" debe computarse desde la fecha del título tal como lo dispuesto en el art. 1914 que presume que el inicio de una relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica; b) El Código Civil y Comercial no regula las consecuencias de establecerse un plazo mayor o no establecerse plazo en el acto constitutivo. Para ambos casos el plazo debe ser el máximo, ya que tampoco el art. 2117 dispone un plazo mínimo (que fuera propuesto en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985); c) cuando la última parte del art. 2117 expresa que "el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos" debe interpretarse que el derecho real no puede tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario.

6. *Facultades del propietario del inmueble:* El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario (se ratifica lo expresado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985).

7. *Extinción:* a) El derecho real de superficie se extingue, además de los supuestos previstos en el art. 2124, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario no construye, planta o foresta dentro de los plazos previstos en el art. 2122. Esta causal de extinción se correlaciona con el art. 1907 cuando enuncia, entre otros supuestos, que los derechos reales se extinguen "por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción"; b) El plazo del art. 2122 debe contarse desde la destrucción de lo construido, plantado o forestado y basta que el superficiario inicie las obras dentro del plazo legal, aunque no las haya concluido, para evitar la extinción; c) El plazo del art. 2122 no es de orden público ya que expresa "salvo pacto en contrario" por lo que, si quienes constituyen la superficie, por autonomía de la voluntad, pueden establecer que la propiedad superficiaria se extinga por su

destrucción de lo construido, plantado o forestado, con más razón pueden ampliar o reducir el plazo legal (como lo señalaba el Proyecto de 1998);
d) La extinción del derecho real de superficie por el no uso durante diez años (art. 2124) no se aplica cuando existe propiedad superficiaria por tratarse de un derecho real sobre cosa propia para el que no corresponde tal causal de extinción.

II. FUNDAMENTOS

1. FINALIDAD

La variedad de destinos del derecho real de superficie (plantar, forestar, construir), al no estar circunscripta a la actividad forestal como en la derogada ley 25.509, le otorga a la figura mayor utilidad socioeconómica, como se señalara en las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario 2003.

Fundamento

El derecho real de superficie desvincula el suelo de las mejoras y de cualquier accesorio que sobre él se encuentre². Tanto las mejoras como los accesorios ya no siguen la suerte del terreno, y, por lo tanto, pasan a formar el objeto de un derecho real autónomo.

Se afirma que la superficie estuvo originariamente ligada a la enfiteusis, si bien posteriormente se separa de ella cuando se la aplica a terrenos baldíos, para su edificación, y, posteriormente, a terrenos para su plantación³.

He aquí, las dos caras de un mismo derecho: a) el derecho real de superficie que tenga por objeto construir sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción ya existente separada de la propiedad del suelo y, b) el derecho real de superficie que tenga por objeto forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de

² LAFAILLE, Héctor, "Tratado de los derechos reales", Buenos Aires, 1944, t. II.

³ ALLENDE, Guillermo L., "Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, ps. 115 y 117.

adquirir una forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento.

Ninguno de estos supuestos fue admitido por el Cód. Civil de Vélez Sarsfield, en la medida que el art. 2614 del Cód. Civil establecía: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna". Con tal disposición, no caben dudas de la ubicación del derecho real de superficie entre los derechos reales prohibidos.

Y aún más, el codificador, tras consagrar el sistema del *numerus clausus* en el art. 2502, enumeró expresamente los derechos reales permitidos en el art. 2503 y finalmente, en la nota a este artículo comenta que "no enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar"; "El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades...".

La postura remisa a la admisión del derecho real de superficie se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni (art. 2350), en el Proyecto de 1936 (art. 1449) y en el Anteproyecto Llambías de 1954 (art. 1437), que no lo incluyeron entre los derechos reales.

La conveniencia de la incorporación del derecho real de superficie a la legislación argentina encuentra su principal antecedente en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral que tuvo lugar en Madrid en 1984 en el cual la delegación argentina estuvo presidida por el Dr. Jorge H. Alterini y en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes en 1985, en las que de *lege ferenda* se propuso: "1) Resulta conveniente regular el derecho real de superficie, 2) El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial".

En esa línea argumental, y atento que el sistema normativo debe encaminarse a regular la vida en sociedad, de forma tal que se adecue a las exigencias económicas y sociales del grupo al cual está dirigido, el Proyecto de Cód. Civil de 1998 incorporó (respetando el sistema de número cerrado), el derecho real de superficie (arts. 2018 a 2028) (4), el que fue recibido con la aquiescencia de toda la doctrina, superando los fundamentos del codificador que, tal vez, justificaron su exclusión en el siglo XIX. El derecho real así proyectado podía tener por objeto tanto construcciones como

plantaciones, quedando en la distancia la discusión acerca de la conveniencia o no de acoger el derecho real de superficie en nuestra legislación.

En el año 2001 se sancionó la ley 25.509 que añade la superficie forestal a la lista de derechos reales permitidos y modifica en consecuencia el art. 2614 que quedó redactado de la siguiente manera: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna".

La supresión de la superficie como derecho real prohibido abrió un camino que condujo a su concreción dentro del ordenamiento jurídico.

En tema también fue analizado en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario en 2003, cuyo tema fue Superficie Forestal: De lege ferenda: "I.- Finalidad: Debe incorporarse el derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socioeconómicos. (Unanimidad)". Circunscripta a la legislación entonces vigente, en las mismas Jornadas se concluyó que correspondía "una interpretación amplia del vocablo 'forestal' comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socioeconómica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional (Mayoritario, 27 votos y una disidencia)".

Las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil —en su Comisión 4— se refirieron a la superficie forestal con la denominación de superficie forestal o agraria para denotar ese contenido amplio propugnado.

La ley 26.694 derogó la ley 25.509 e incorporó con criterio amplio el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial evitándose el ceñido concepto de la derogada la ley 25.509 que justificó la conclusión de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil: "Corresponde una interpretación amplia del vocablo 'forestar' comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socioeconómica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional (Mayoritario, 27 votos y una disidencia)".

2. EL PRINCIPIO ROMANO *SUPERFICIE SOLO CEDIT*

2.a.- Desde la constitución del derecho real de superficie el principio de accesión se suspende para el propietario pero no para el superficiario,

quien en consecuencia adquiere lo que construye, siembra o planta con materiales propios o ajenos, en la misma medida que adquiere la construcción, siembra o plantación realizada por un tercero en el inmueble sujeto a superficie .

2.b.- Se reafirman las conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario en el año 2003 en cuanto a la aplicación del principio de accesión al superficiario.

Fundamento

El principio romano superficie solo cedit todo lo que se incorpora a un inmueble se considera que forma parte de él y pertenece al propietario. El art. 1945, a la manera del art. 2518 del derogado Cód. Civil, dispone que el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible (excepto lo dispuesto por normas especiales) y que todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, "excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie".

Específicamente en cuanto al derecho real de superficie, el principio de accesión cede, y puede una persona ser propietaria del suelo y otra distinta, propietaria de las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble.

Esta excepción al principio de accesión que se plantea en el derecho real de superficie implica una suspensión del principio, el que se reanuda cuando se extingue la superficie, momento en el cual "el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado" por el superficiario (art. 2125).

Considero, y así lo he planteado en el seno de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario en el año 2003 en ponencia que presentara (34), que el principio de accesión se suspende para el dueño en el contexto del derecho real de superficie, pero no para el superficiario, quien adquiere lo que construye, siembra o planta con materiales ajenos, en la misma medida que adquiere la construcción, siembra o plantación realizada por un tercero en el inmueble sujeto a superficie. En otras palabras, lo dispuesto en el art. 1962 (construcción, siembra y plantación como modo de adquisición del dominio) se le aplica al superficiario y no al propietario del inmueble, al igual que lo dispuesto en el final del art. 1945 (se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el superficiario, si no se prueba lo contrario).

La postura recibió unánime consenso en dichas Jornadas Nacionales, entre cuyas conclusiones se expresó: "VIII.- El principio de accesión: Los arts. 2518, 2519, 2587, 2588 y ccds. del Cód. Civil también son de aplicación al superficiario de conformidad al régimen estatuido por la ley 25.509. (Unanimidad)". Las conclusiones hacen referencia al derogado Cód. Civil y a la derogada ley 25.509 pues se hallaban vigentes al tiempo de las Jornadas. Considero que, a tenor de la legislación vigente, se llega a la misma conclusión a través de los arts. 1945 y 1962.

3. LEGITIMACIÓN PARA LA CONSTITUCIÓN

3.a.- Deben considerarse facultados para constituir el derecho de superficie (art. 2118) a los titulares del derecho real de conjuntos inmobiliarios por tratarse de una propiedad horizontal especial

3.b.- Los titulares de unidades funcionales no pueden constituir derecho real de superficie sobre la unidad funcional del sistema de propiedad horizontal por ser el terreno común.

3.c.- Los titulares de unidades funcionales de conjuntos inmobiliarios pueden constituir derecho real de superficie sobre la unidad funcional por ser el terreno propio.

Fundamento

Determina el art. 2118 que están facultados para constituir el derecho de superficie "los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal".

La legitimación del titular del derecho real de dominio para constituir superficie es la típica manifestación de la disposición jurídica de la cosa con los alcances previstos en el art. 1941.

Los condóminos, por decisión unánime pueden constituir superficie sobre el inmueble común. Tal como lo dispone el art. 1990, la disposición jurídica solo puede hacerse con "la conformidad de todos los condóminos".

Para el caso de los titulares del derecho real de propiedad horizontal baste recordar que el art. 2116 dispone que el derecho de superficie pueda constituirse sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal, por lo que la legitimación que acuerda el art. 2118 es una consecuencia de ello. La construcción que se emplace sobre el espacio aéreo del edificio significará la obra a que hace referencia el art. 2052 (que debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios) y que será

propiedad del superficiario. La misma situación puede plantearse en la propiedad horizontal especial de los conjuntos inmobiliarios .

4. ADQUISICIÓN ORIGINARIA

4.a.- De acuerdo al art. 2119 in fine el derecho real de superficie no puede adquirirse por prescripción larga y sólo puede adquirirse por usucapión breve, por lo que se requiere justo título, buena fe y la posesión durante diez años por tratarse de inmuebles (art. 1898).

4.b.- El supuesto incluye las adquisiciones a non domino (se reafirma la conclusión 1º de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Santa Fe 2029) .

4.c.- No obstante que el art. 2119 expresa que la prescripción breve se admite a los efectos del "saneamiento" del justo título (art. 1902), el justo título no se sana y la adquisición así configurada es originaria y no derivada.

Fundamento

El Cód. Civ. y Com. define a la prescripción como el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella durante el tiempo fijado por la ley (art. 1897), a la par que la distingue entre prescripción adquisitiva breve (art. 1898) y prescripción adquisitiva larga (art. 1899).

Sin embargo, el art. 2119 in fine dispone que el derecho real de superficie no puede adquirirse por usucapión larga y admite la prescripción breve a los efectos del "saneamiento" del justo título. De esta manera, conforme el art. 1898 se requiere justo título, buena fe y la posesión durante diez años por tratarse de inmuebles. El justo título para la prescripción adquisitiva (art. 1902) es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto, mientras que la buena fe requerida consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a la posesión⁴.

⁴ FRANCHINI, María Florencia El derecho real de superficie en políticas públicas para el acceso a la vivienda (a propósito de la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Publicado en: ADLA2023-9, 158, Cita: TR LALEY AR/DOC/1701/2023

5. PLAZO MÁXIMO. PRÓRROGA

5.a.- *Cuando el art. 2117 del Código Civil dispone que el plazo máximo debe ser contado "desde la adquisición del derecho de superficie" debe computarse desde la fecha del título tal como lo dispuesto en el art. 1914 que presume que el inicio de una relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.*

5.b.- *El Código Civil y Comercial no regula las consecuencias de establecerse un plazo mayor o no establecerse plazo en el acto constitutivo. Para ambos casos el plazo debe ser el máximo, ya que tampoco el art. 2117 dispone un plazo mínimo (que fuera propuesto en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985)*

5.c.- *Cuando la última parte del art. 2117 expresa que "el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos" debe interpretarse que el derecho real no puede tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario.*

Fundamento

De acuerdo con lo establecido en el art. 2117 el plazo convenido en el título de adquisición "no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie" y agrega que el plazo convenido "puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos".

El Código, para la superficie para plantar o forestar recepta el plazo máximo recomendado por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985, y que contemplaron los Proyectos de 1987, de la Comisión Federal de 1993 y de 1998. Para la superficie para edificar establece el término de setenta años.

Ambos plazos marcan el carácter temporario del derecho real.

El artículo dispone que los cincuenta o setenta años se cuentan "desde la adquisición del derecho de superficie". Si la expresión se analiza a la luz del art. 1982, esto ocurrirá tras la conjunción del título suficiente y el modo suficiente. Sin embargo, esto puede generar incertidumbre en los terceros ya que la publicidad posesoria puede suscitar dudas con respecto al derecho real que se está ejerciendo por la posesión. Por tal motivo se abogan

distintas posturas que estiman que el plazo se computa desde la tradición⁵, desde que se reúnen el título y el modo para las partes y desde la fecha del título inscripto para los terceros⁶, desde que se reúnen el título y el modo requiriéndose la inscripción registral para su oponibilidad a terceros de buena fe⁷ y, postura a la que adhiero, desde la fecha del título, para todos, para las partes y para los terceros⁸ ya que es indudable que la precisión acerca de la fecha del inicio del cómputo del plazo de la superficie para todos los involucrados es mucho mayor si se atiende directamente a la fecha del título, tal como lo dispuesto en el art. 1914 que presume que el inicio de una relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

El Código no regula las consecuencias de establecerse un plazo mayor o no establecerse plazo en el acto constitutivo. Estimo que para ambos casos el plazo debe ser el máximo⁹, ya que tampoco el art. 2117 dispone un plazo mínimo¹⁰.

La última parte del art. 2117 expresa que "el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos". Se señala que lo relevante es que en cada acto de renovación no se fije un plazo superior al legal¹¹ es decir que puede convenirse la renovación del plazo en

⁵ PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., "Derechos reales", Astrea, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 283; KIPER, Claudio, "Tratado de Derecho Civil", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, t. II, p. 28.

⁶ COSSARI, Nelson G. A., "Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas", ED, 204887.

⁷ ABELLA, Adriana, MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavalía, 2016, t. I, p. 372.

⁸ ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. en ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Ignacio (coord.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2117.

⁹ FRANCHINI, María Florencia El derecho real de superficie en políticas públicas para el acceso a la vivienda (a propósito de la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Publicado en: ADLA2023-9, 158, Cita: TR LALEY AR/DOC/1701/2023

¹⁰ En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 se propuso de lege ferenda, que la ley fijase un plazo mínimo de 15 años.

¹¹ Por ejemplo "Si A constituyó superficie sobre un inmueble de su dominio a favor de B por setenta años, con fines edilicios, y a los veinte años contados desde la constitución de la superficie, el propietario del terreno y el superficiario deciden la renovación por otros setenta años, el acuerdo es válido y no existe impedimento legal". VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, 2020, p. 666.

forma expresa por un lapso que no exceda el máximo legal contado desde la celebración de la renovación¹². La opinión no es unánime, ya que también se sostiene que de ningún modo el derecho real puede tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario¹³.

6. FACULTADES DEL PROPIETARIO DEL INMUEBLE

El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario (se ratifica lo expresado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985).

Fundamento

Acorde a su dominio desmembrado, el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, "siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario" (art. 2121).

Las facultades materiales no estaban previstas en la ley 25.509 pero sí en el Proyecto de 1998. Ya las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 se habían expresado al respecto: De lege ferenda "6) El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario".

Por su parte, y tal como se señalara, el propietario conserva la disposición jurídica que corresponde a su derecho, por lo que se halla facultado a enajenar el inmueble o constituir otros derechos reales siempre que con ello no turbe los derechos del superficiario.

7. EXTINCIÓN

7.a.- El derecho real de superficie se extingue, además de los supuestos previstos en el art. 2124, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario no construye, planta o foresta dentro de los plazos previstos en el art. 2122. Esta causal de extinción se correlaciona con el art. 1907 cuando enuncia, entre otros supuestos, que los

¹² ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., "Derecho Civil. Tratado de los derechos reales", coeditado por La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., t. VI, ps. 483/484.

¹³ ABELLA, Adriana, MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavalía, 2016, t. I, p. 373.

derechos reales se extinguen "por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción".

7.b.- El plazo del art. 2122 debe contarse desde la destrucción de lo construido, plantado o forestado y basta que el superficiario inicie las obras dentro del plazo legal, aunque no las haya concluido, para evitar la extinción.

7.c.- El plazo del art. 2122 no es de orden público ya que expresa "salvo pacto en contrario" por lo que, si quienes constituyen la superficie, por autonomía de la voluntad, pueden establecer que la propiedad superficiaria se extinga por su destrucción de lo construido, plantado o forestado, con más razón pueden ampliar o reducir el plazo legal (como lo señalaba el Proyecto de 1998).

7.d.- La extinción del derecho real de superficie por el no uso durante diez años (art. 2124) no se aplica cuando existe propiedad superficiaria por tratarse de un derecho real sobre cosa propia para el que no corresponde tal causal de extinción.

Fundamento

Resultan de aplicación aquí el art. 1907 en cuanto expresa que "sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, estos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena" y el art. 2124 que dispone que "el derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar".

En el caso de derecho real de superficie la destrucción de lo plantado o edificado no produce por sí misma la extinción del derecho real ya que por el art. 2122 "la propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar". El artículo encuentra su explicación en la estructura de este derecho real que otorga, en primer lugar, un derecho a plantar, forestar o constituir y, posteriormente, la propiedad sobre el plantado, forestado o construido. La extinción de la propiedad superficiaria hace renacer el derecho a plantar, forestar o constituir, salvo pacto en contrario que podrá estar expresamente establecido en el título.

El plazo, estimo, debe contarse desde la destrucción y bastará que el superficiario inicie las obras dentro del plazo legal, aunque no las haya concluido, para evitar la extinción¹⁴.

El Proyecto de 1998 admitía la misma solución, pero al disponer un plazo para construir o forestar tras la destrucción, aclaraba que ese plazo legal podía ser modificado por las partes al tiempo de constituir el derecho. Al no aclarar nada al respecto, el plazo podía ser aumentado o disminuido.

El Cód. Civ. y Com. no trae la misma facultad. No obstante ello, el plazo del art. 2122 no es de orden público ya que expresa "salvo pacto en contrario" por lo que, si quienes constituyen la superficie, por autonomía de la voluntad, pueden establecer que la propiedad superficiaria se extinga por su destrucción de lo construido, plantado o forestado, con más razón pueden ampliar o reducir el plazo legal¹⁵.

Por último, la extinción de un derecho real por el "no uso" es la manera tradicional de extinción de los derechos de disfrute sobre cosa ajena, de allí que también se extingue por el no uso el usufructo (art. 2152, inc. c), el uso (art. 2155), la habitación (art. 2159) y la servidumbre (art. 2182, inc. b). El Cód. Civ. y Com., para todos estos derechos reales fija un plazo de diez años, mientras que el derecho real de superficie se extingue por el no uso durante diez años, si su finalidad es edilicia, y por el no uso durante cinco años si fue constituida para plantaciones o forestaciones.

El art. 2124 se refiere a la extinción por el no uso durante diez años, para el "derecho" a construir, y de cinco, para el "derecho" a plantar o forestar. No se refiere a la propiedad superficiaria porque si ella existe es porque ya se ejerció el derecho a construir, plantar o forestar, en cuyo caso se trata de un derecho real sobre cosa propia, para el que no corresponde la causal de extinción por el no uso¹⁶.

¹⁴ FRANCHINI, María Florencia El derecho real de superficie en políticas públicas para el acceso a la vivienda (a propósito de la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Publicado en: ADLA2023-9, 158, Cita: TR LALEY AR/DOC/1701/2023.

¹⁵ FRANCHINI, María Florencia El derecho real de superficie en políticas públicas para el acceso a la vivienda (a propósito de la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Publicado en: ADLA2023-9, 158, Cita: TR LALEY AR/DOC/1701/2023.

¹⁶ FRANCHINI, María Florencia El derecho real de superficie en políticas públicas para el acceso a la vivienda (a propósito de la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires), Publicado en: ADLA2023-9, 158, Cita: TR LALEY AR/DOC/1701/2023.

BREVES CONSIDERACIONES A PROPÓSITO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Por Gabriel Aníbal Fuster¹

I. CONCLUSIONES

1. Siendo la superficie un derecho real *principal* (art. 1889 CCCN) que *se ejercita por la posesión* (art. 1891 CCCN) mediante *la realización de actos posesorios* (art. 1928 CCCN) debería concluirse que resulta adquirible por *prescripción adquisitiva* (art. 1897 CCCN). Muy por el contrario, se arriba a la conclusión de que la superficie “*No puede adquirirse por usucapión*”, haciendo **un salto insegurable en el razonamiento** que amerita una reforma del artículo 2119 del CCCN, admitiendo la adquisición por prescripción adquisitiva.

2. Para nosotros el derecho de superficie puede adquirirse tanto por modo derivado (venta, donación etc.), cuanto por modo originario (usucapión). La imposibilidad de adquisición por modo originario, que surge del artículo 2119 del CCCN, obedece a una aprehensión equivocada de esta figura jurídica por la doctrina italiana², fuente directa de nuestra norma jurídica, razón por la que propiciamos la reforma del art. 2119 del CCCN admitiendo la adquisición por usucapión (modo originario) del derecho de superficie.

3. **El error de la doctrina italiana**³ finca en que entienden que la adquisición por usucapión del derecho de superficie es “irrealizable” ya que resulta impensable una posesión del edificio separada de la del

¹ Abogado, notario y docente de Derechos Reales de la asignatura derecho Privado V de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba. Ponencia avalada por el profesor Doctor Gabriel B. Ventura, titular de la Cátedra de Derechos Reales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

² MESSINEO, Francesco “Manual de derecho civil y comercial”, Ejea, Buenos Aires, 1971, Tomo III, (Manual de diritto civile e commerciale, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8º edición, en parte rehecha., Vol. 2. Primera parte. Giuffrè, Milano, 1952). Pág. 421.

³ MESSINEO, Francesco “Manual de derecho civil y comercial”, Ejea, Buenos Aires, 1971, Tomo III, (Manual de diritto civile e commerciale, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8º edición, en parte rehecha., Vol. 2. Primera parte. Giuffrè, Milano, 1952). Pág. 421.

suelo subyacente. En rigor, cree el autor italiano que debería pensarse en una usucapión de la propiedad en construcción *y del suelo sobre la que se asienta la construcción*. El autor italiano no advierte que quien posee lo plantado a título de superficiario no ejercita sobre el suelo un derecho que no sea de superficie. Y, por tanto, es perfectamente viable adquirir por usucapión el derecho de superficie. En efecto, la referida norma jurídica (art. 2119 CCCN) reza: “(...) El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título. (...)” (el subrayado nos pertenece).

4. Sobre **la transmisibilidad del derecho de superficie** la doctrina se encuentra dividida entre quienes la afirman y quienes la niegan. Nosotros nos pronunciamos por la afirmativa ya que entendemos que el derecho de superficie es transmisible, conforme lo prescripto por los artículos 2119 y 2123 del CCCN, y por aplicación supletoria del régimen de derecho de usufructo (art. 2127 CCCN) que también prevé su transmisibilidad (ora voluntaria, ora forzosa). En efecto, para nosotros no hay limitación alguna a la transmisibilidad del derecho de superficie, sea por actos entre vivos (art. 2119 CCCN), como por causa de muerte (art. 2123 CCCN). Y no solo por lo dispuesto por los dos artículos referidos *supra* sino porque el derecho de superficie se rige supletoriamente por el plexo normativo de rigor en materia de usufructo. Por tanto, siendo transmisible el usufructo, ora por vía voluntaria (art. 2142 del CCCN), ora por vía forzosa (art. 2144 del CCCN), entendemos -por aplicación supletoria- que el derecho de superficie también lo es. Por tanto, el derecho de superficie es enajenable (transmisibilidad voluntaria: venta, permuta, donación, etc.) o embargable y subastable (enajenación o transmisibilidad forzosa).

5. En conclusión, tenemos para nosotros que siendo aplicable supletoriamente la normativa regulatoria del usufructo (art. 2127 del CCCN), y siendo el usufructo un derecho transmisible (arts 2142 y 2144 CCCN), consideramos que se impone la postura afirmativa, es decir, **la admisión de la transmisibilidad del derecho de superficie**. Y para más, consideramos que no solo es transmisible voluntariamente, sino que también cabe la ejecución forzosa (subasta) del derecho de superficie. En conclusión, no hay limitación alguna a la transmisibilidad del derecho de superficie, sea por actos entre vivos (art. 2119 CCCN), como por causa

de muerte (art. 2123 CCCN) y también sea voluntariamente, como por ejecución forzosa (subasta judicial).

6. Sobre la **posibilidad de restringir, limitar o -en su caso- prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie** la doctrina se muestra dividida entre quienes niegan esta posibilidad (KIPER, ZELAYA, entre otros) y quienes la admiten (CONSTANZO, DODDA, ALTERINI, Jorge H., ALTERINI, Ignacio E., entre otros). En este marco cabe preguntarse ¿se puede limitar o prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie? En cuanto a la existencia de cláusulas limitativas de la transmisibilidad entendemos que ellas son aceptables, toda vez que no hacen a las cláusulas estatutarias (*numerus clausus*) del derecho real en cuestión, sino solamente a las cláusulas reglamentarias. Abona nuestra postura lo previsto en el art. 2127 del CCCN que reza: “(...) Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo. (...)” (el subrayado nos pertenece).

7. Consideramos que el inmueble afectado al régimen de superficie puede afectarse -a su vez- por el superficiario al **régimen de vivienda** (arts 244/256 CCCN), en particular cuando ha sido destinado a una edificación o construcción para vivienda.

II. FUNDAMENTOS

El Código Civil y Comercial introduce formalmente una nueva figura jurídica, a saber: *el derecho real de superficie*, en el Título 7: Superficie, del Libro Cuarto: Derechos Reales, del artículo 2114 al 2128 inclusive.

Se supera así la regulación del derecho real de superficie forestal previsto por la Ley N° 25.509.

Sabido es que el derecho de superficie tiene dos planos o manifestaciones, a saber: puede recaer sobre el derecho a plantar, forestar o edificar, o también sobre lo edificado, plantado o forestado. Es decir, recae sobre el bien en sentido estricto o sobre la cosa propiamente dicha⁴.

⁴ Vide arts. 15 y 16 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Por otro costado cuadra señalar que el derecho de superficie puede adquirirse por modo derivado, mas no por el modo originario de usucapión. En efecto, así lo prevé el artículo 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación cuando expresamente prescribe que: “(...) No puede adquirirse por usucapión. (...)”.

Ahora bien, ¿por qué en el nuevo Código no se admite la usucapión en materia de derecho de superficie?

Pues en el fondo porque se sigue la postura de la doctrina italiana [MESSINEO ⁽⁵⁾] para quien la adquisición del derecho de superficie por usucapión es “irrealizable” y que sólo es adquirible (el derecho de superficie) a título derivado.

Messineo sostiene que resulta impensable una posesión del edificio separada de la del suelo subyacente. En rigor, cree que debería pensarse en una usucapión de la propiedad en construcción *y del suelo sobre el que se asienta la construcción*.

El autor italiano no advierte que quien posee lo plantado a título de superficiario no ejercita sobre el suelo un derecho que no sea de superficie. Y por tanto es perfectamente viable adquirir por usucapión el derecho de superficie.

Lo cierto es que el elemento determinante y clave será el *animus posesorio* del sujeto y que es muy difícil mas no imposible que alguien afirme ser adquirente por usucapión del derecho de superficie, y no preferir adquirir directamente el dominio por usucapión, porque los actos probatorios son los mismos actos posesorios que prevé el artículo 1928. Sería aplicable entonces nuestro principio según el cual “*el que puede lo más no quiere lo menos*”.

En este sentido la doctrina tiene dicho “(...) Respecto de la prescripción adquisitiva larga, el artículo de referencia (art. 2119 del CCCN) expresamente le deniega procedencia, lo que resulta lógico pues difícilmente quien ha ostentado la posesión de una edificación o plantación, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por el lapso de veinte años, pretenda ser declarado solo dueño de lo emplazado sobre el suelo, excluyendo de su

⁵ MESSINEO, Francesco “Manual de derecho civil y comercial”, Ejea, Buenos Aires, 1971, Tomo III, (Manual de diritto civile e commerciale, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8º edición, en parte rehecha., Vol. 2. Primera parte. Giuffrè, Milano, 1952). Pág. 421.

acción el terreno sobre el cual se asienta. (...)” (el subrayado y lo consignado entre paréntesis nos pertenece)⁶.

Siendo la superficie un derecho real *principal* (art. 1889 CCCN) que *se ejercita por la posesión* (art. 1891 CCCN) mediante *la realización de actos posesorios* (art. 1928 CCCN) debería concluirse que resulta adquirible por *prescripción adquisitiva* (art. 1897 CCCN).

Muy por el contrario, se arriba a la conclusión de que la superficie “*No puede adquirirse por usucapión*”, conforme lo previsto expresamente por el artículo 2119 del CCCN, lo que “quiebra” la ecuación indicada *ut supra*.

En efecto, la referida norma jurídica reza: “(...) El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título. (...)” (el subrayado nos pertenece).

Si bien la transmisibilidad del derecho de superficie no está prevista como tal, ella surge de las previsiones contenidas en los artículos 2119 y 2123 del CCCN.

En efecto, respectivamente rezan: “(...) El derecho de superficie... puede ser transmitido... por causa de muerte. (...)” (el subrayado nos pertenece).

Y también disponen: “(...) La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. (...)” (el subrayado nos pertenece).

Además, siendo aplicable supletoriamente la normativa regulatoria del usufructo (art. 2127 del CCCN), y siendo el usufructo un derecho transmisible (arts 2142 y 2144 CCCN), consideramos que se impone la postura afirmativa, es decir, la admisión de la transmisibilidad del derecho de superficie. Y para más, consideramos que no solo es transmisible voluntariamente, sino que también cabe la ejecución forzosa (subasta) del derecho de superficie.

⁶ Ver Pedro F. Sáenz y Martín Rachid en “Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial” – <https://www.colegio-escribanos.org.ar>.

En conclusión, no hay limitación alguna a la transmisibilidad del derecho de superficie, sea por actos entre vivos (art. 2119 CCCN), como por causa de muerte (art. 2123 CCCN), sea por transmisión voluntaria o forzosa (subasta).

En este marco cabe preguntarse ¿se puede limitar o prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie?

Sobre la posibilidad de restringir o prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie la doctrina se muestra dividida. Por la posición que niega esta posibilidad se encuentran autores como Kiper, Zelaya, entre otros. Mientras que por la positiva están Constanzo, Dodda. Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E., entre otros.

En cuanto a la existencia de cláusulas limitativas de la transmisibilidad entendemos que ellas son aceptables, toda vez que no hacen a las cláusulas estatutarias (*numerus clausus*) del derecho real en cuestión, sino solamente a las cláusulas reglamentarias.

Abona nuestra postura lo previsto en el art. 2127 del CCCN que reza: “(...) Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo. (...)” (el subrayado nos pertenece).

Tradicionalmente se señala que el derecho de superficie reconoce su origen en el Derecho Romano. En efecto, así lo sostiene doctrina especializada [ESPILEZ MURCIANO⁷], quien señala que en la época republicana romana llegaban muchas personas a la ciudad, lo que provocó el aumento de la densidad poblacional y generó un grave problema de escasez de viviendas que fue justamente solucionado por la superficie, al impulsar a los propietarios a negociar con su derecho de accesión transmitiendo ya no el suelo de su propiedad sino el derecho a permitir que alguien edificase o plantase en su finca, facultándolo a usar y disfrutar esa construcción o plantación por un determinado período de tiempo a cambio de un determinado pago. Siglos más tarde con la Revolución Francesa no se admitió la propiedad dividida, lo cual fue captado por el Código de Napoleón que no reconoció el derecho de superficie, produciéndose el resurgimiento

⁷ Ver ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles, en “El derecho de superficie y el titular catastral” - *Revista Catastro* - nº 66 - Octubre 2009, España, pág. 26.

de esta figura recién en el siglo XX como consecuencia de la ruina que provocaron las guerras mundiales.

En el Código de Vélez (hoy derogado) se preveía la postura restrictiva en torno a la existencia de multiplicidad de derechos reales sobre una misma cosa, llegando por ello a prohibir su constitución.

En efecto, así lo hizo el codificador civil Don Dalmacio Vélez Sársfield en el artículo 2614 del Código Civil derogado, en el que establecía:

“(…) Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna. (…)” (el subrayado nos pertenece).

Asimismo, en la nota al artículo 2503 del Código Civil argentino (hoy derogado), Vélez Sarsfield explica con claridad meridiana las razones de su proscripción de la figura.

En efecto, así lo expresa diciendo:

“(…) No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno. (…)” (el subrayado nos pertenece).

“(…) En Roma, según las reglas del Derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella. (…)”

“(…) Mas después el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una

concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo. (...)” (el subrayado nos pertenece)

“(…) El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. L. 1, §§ 6 hasta 9, Dig. "De adq. velamitt. possess.". Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.... (...)” (el subrayado nos pertenece).

Seguidamente, cabe preguntarse si el inmueble afectado al derecho de superficie puede también afectarse al régimen de vivienda (arts. 244/256 CCCN).

A nuestro entender la respuesta es positiva, siempre y cuando la afectación al derecho de superficie trasunte en una edificación o construcción.

PLAZOS, PRORROGAS Y OTRAS VICISITUDES EN EL DERECHO DE SUPERFICIE

Por María Adriana Garay¹

I. CONCLUSIONES

1. El cómputo del plazo del derecho de superficie entre las partes debe darse a partir que se reúne título y modo, configurándose éste, desde que se entrega la posesión del inmueble, en caso de firmarse antes el instrumento de constitución del derecho.

2. Respecto de tercero, dada a la dificultad que representa para ellos establecer el plazo en que se produce la tradición, resulta razonable tener en cuenta la fecha del título inscripto.

3. Consideramos positivo no fijar plazos mínimos de duración del derecho, ya que el fundamento de los mismos, es la protección del sujeto más vulnerable, circunstancia que no se da respecto del superficiario.

4. Si en el título constitutivo se omitió fijar un plazo, debe entenderse que el derecho de superficie se constituyó por el plazo máximo legal.

5. Puede pactarse la renovación entre las partes siempre que no exceda los plazos máximos, los cuales deben computarse desde el acuerdo respectivo y no desde la constitución originaria del derecho.

II. FUNDAMENTOS

El derecho real de superficie receptado en el Código Civil y Comercial de la Nación, es temporario. Así el artículo 2117 dice: “El plazo convenido en el título adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las

¹ Profesora Titular en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, sede Córdoba, Profesora Asociada en Universidad Blas Pascal, Profesora Adjunta por Concurso de Privado V en Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Córdoba.

forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie”.

Se fija así un plazo máximo de duración de 70 o de 50 años, según se trate de construcciones o de forestaciones y plantaciones, respectivamente. La limitación temporal se aplica a cualquiera de sus dos modalidades: cuando el derecho real permite construir, plantar o forestar en suelo ajeno – derecho real sobre cosa ajena-, o cuando el derecho de superficie es concedido sobre una construcción o plantación existente en un inmueble en el carácter de propiedad superficiaria- derecho real sobre cosa propia.

Se descarta así la perpetuidad aunque ya no con la concepción de Vélez Sarsfield en las notas a los artículos 2502² y 2503,³ resultando indudable que el legislador ha estimado inconveniente que se prolongue en forma indefinida la desmembración del dominio, fijando un término para alentar las inversiones y permitir un mejor aprovechamiento del suelo.

No se establece en cambio un plazo mínimo, que las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil fijaron en quince años.

1. DURACION

a) *Cómputo de plazo*

El inicio del cómputo de los plazos de duración de la superficie resultó compleja en la ley 25509 que no se pronunciaba al respecto.

El artículo 2117 regula que los plazos convenidos en el título de constitución deben ser contados desde la adquisición del derecho de superficie.

De la interpretación de este artículo surge que para fijar el plazo debe concurrir título y modo, teniendo en cuenta la fecha en que se entrega la posesión del inmueble, en caso de firmarse antes el instrumento de

² “... la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas...”.

³ “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque este Código no pueden tener lugar....”

constitución del derecho.⁴ Alcanza a esta afirmación lo regulado en el artículo 1914 del Código Civil y Comercial, en cuanto a extensión y fecha, según el cual “... si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título...”

Se entiende como la mayoría de la doctrina, que entre las partes del negocio, el plazo debe computarse desde que se reúne título y modo. Respecto a los terceros, dada a la dificultad que representa para ellos establecer el plazo en que se produce la tradición, resulta razonable tener en cuenta la fecha del título inscripto.⁵

En sentido similar Mariani de Vidal opina que se requiere de la inscripción registral a los fines de la protección a terceros.⁶ Ello resulta coherente con lo dispuesto en el artículo 1893 del Código Civil y Comercial.⁷

b) Omisión de plazo

El artículo 2117 no prevé la omisión de plazo. Interpretamos que si en el título constitutivo se omitió fijar un plazo, debe entenderse que el derecho de superficie se constituyó por el plazo máximo legal. Esta solución es congruente con la dada por este Código a otros derechos reales. Así sucede en el condominio con indivisión forzosa temporaria (art. 2000),⁸ en el usufructo (art. 2152 inc. a) y b)),⁹ cuyas normas también se

⁴ Kiper, Claudio, Tratado de Derechos Reales, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2021, p. 28.

⁵ Cossari, Nelson G.A., en Alterini, Jorge H /dir.)-Alterini Ignacio E.- (coord.), Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético, La Ley, Bs As, 2019, p. 202. Vazquez, Gabriela A., Derechos Reales, La Ley, Bs. As., 2020, p. 666.

⁶ Mariani de Vidal, Marina- Abella, Adriana, Derechos Reales en el Código Civil y Comercial, Tomo 1, Zavalía, Bs As, 2016, p. 372.

⁷ “Artículo 1893. Inoponibilidad. La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente.

⁸ “Los condóminos pueden convenir suspender la partición por un plazo que no exceda de diez años. Si la convención no fija plazo, o tiene un plazo incierto o superior a diez años, se considera celebrada por ese tiempo”.

⁹ “Artículo 2152. Medios especiales de extinción. Son medios especiales de extinción del usufructo: a) la muerte del usufructuario, aunque no se haya cumplido el

aplican al uso y habitación (arts. 2155 y 2159)¹⁰ y en la servidumbre (art 2165).¹¹

c) Plazo que excede el máximo legal

Si las partes, propietario y superficiario, al constituir derecho de superficie hubieran pactado un plazo mayor al permitido, cincuenta o setenta años para plantaciones y forestaciones o construcciones, respectivamente, ante el silencio del artículo 2117, entendemos que el plazo queda reducido al máximo legal. Se trata de adecuar temporalmente el derecho basado en el principio general de conservación del acto.¹² Así, la solución dada, cuando el plazo pactado es superior al legal de interpretar que se debe considerar constituido el derecho por el lapso máximo admitido por la norma, no invalida el contrato.¹³

d) Ausencia de plazos mínimos

El Código Civil Y Comercial de la Nación y la Ley 25.509 derogada, no fijaron plazos mínimos de duración del derecho.

plazo o condición pactados. Si no se pactó la duración del usufructo, se entiende que es vitalicio; b) la extinción de la persona jurídica usufructuaria. Si no se pactó la duración, se extingue a los cincuenta años desde la constitución del usufructo...”

¹⁰ “Artículo 2155. Normas supletorias. Se aplican al uso las normas del Título VIII de este Libro, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente.” Artículo 2159. Normas supletorias. Se aplican a la habitación las normas del Título IX de este Libro, a excepción de las disposiciones particulares establecidas en el presente.

¹¹ “Artículo 2165. ... Servidumbre personal...si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor...”

¹² En tal sentido Vazquez Gabriela, Derechos Reales, La Ley, Bs. As 2020, p. 667; Alterini Jorge H.- Alterini Ignacio E.-Alterini María E., Tratado de los Derechos Reales, La Ley, 2018, p. 582.

¹³ Ello es congruente con el artículo 1668 CCCN referido al fideicomiso que en su segunda parte regula “...si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto ...”. En igual sentido lo disponía el artículo 6 de la derogada ley 25509: “...En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley...”

No obstante ello, encontramos posturas a favor de una regulación en tal sentido. Así las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 propugnaron, de lege ferenda, que se legisle un plazo mínimo no inferior a quince años. Incluso Kiper señala en relación a este lapso propiciado por las Jornadas “... *habría sido conveniente, en atención a los fines específicos de la ley, de manera de asegurar una verdadera y exitosa explotación...*”.¹⁴

Entendemos que no es necesario que se legisle sobre plazos mínimos pues la constitución de un contrato de superficie es una decisión de ambas partes, así para el caso que el superficiario necesitara de plazos breves para la explotación podría implementarlos, sin necesidad de la regulación de un plazo mínimo.

El fundamento de los plazos mínimos de fuente legal apunta a proteger sujetos que puedan encontrarse en una situación de desventaja en la contratación, situación que no comprende al superficiario., sea cual fuere la causa de la adquisición o transmisión.¹⁵

El criterio de no imponer plazo mínimo en la superficie, concuerda con lo regulado en otros derechos reales tales como el usufructo, el uso y la habitación.

2. RENOVACION DEL PLAZO

La última parte del artículo 2117 del Código Civil y Comercial de la Nación contempla la posibilidad de prórroga del derecho de superficie y dice: “*El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos*”.

Al respecto Marina Mariani de Vidal y Abella han dicho: “... *a nuestro juicio nunca el derecho real podrá tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario, en otras palabras, que el*

¹⁴ Kiper, Claudio, Tratado de Derechos Reales, Tomo II, Rubinzal-Culzoni, Bs As, 2021, p. 28.

¹⁵ En igual sentido: Guardiola, Juan J., en Clerc, Carlos M., Derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación, Erreius, Bs As., 2019, p.342.

plazo originario más la renovación no podrán exceder en total el término - de setenta o cincuenta años, según los casos- fijado por la norma...”.¹⁶

En otro sentido los Alterini¹⁷ opinan que pactada la renovación, el nuevo plazo convenido se computará desde la fecha del acto de renovación, no encontrando objeciones legales a que la suma del nuevo plazo estipulado y el que ya hubiese transcurrido, supere el máximo legal.

Esta fue la solución que reflejó el Proyecto del Código Civil de 1998 cuyo artículo 2018 expresaba: “*Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta años contados desde su celebración*”, es decir desde la celebración de la renovación.

A nuestro entender el sentido literal de la norma no impide la renovación, tanto al vencer el plazo del derecho de superficie o aún no vencido el mismo, pero siempre con el reparo que a partir de la renovación no se establezca un plazo mayor al legal. Es entonces desde la renovación y no desde la constitución originaria del derecho de superficie la exigencia de no superar el plazo máximo.

Sostenemos con igual criterio, que es factible que al día siguiente de la extinción de la superficie por vencimiento del plazo – 50 o 70 años según la finalidad- se pueda constituir otro derecho real de superficie entre las mismas partes o distinto superficiario, por el plazo máximo legal permitido.

Un razonamiento contrario y por ende las trabas en la renovación, obstaculizan el fin negocial que puede dársele al derecho de superficie,

¹⁶ Mariani de Vidal, Marina- Abella; Adriana, obra citada, p.372. Fundamentan entre otras razones las autoras citadas, que una renovación que supere los plazos máximos, sería contrario al espíritu de la ley, que es evitar una derogación del principio de accesión por lapsos muy dilatadas y acotar la multiplicidad de derechos reales sobre el inmueble.

¹⁷ Alterini, Jorge H. - Alterini Ignacio E.- Alterini María E., Tratado de los Derechos Reales, La Ley, 2018, p. 584. En igual sentido Cossari Nelson, G.A., en Alterini, Jorge H /dir.)-Alterini Ignacio E.- (coord.), Código Civil y Comercial Comentado, Tratado exegético, La Ley, Bs As, 2019, p. 204, para quien la prórroga no puede perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

más aún cuando en la literalidad del artículo 2117 si bien se exige que la prórroga no puede exceder el plazo máximo, no regula desde cuándo debe ser contado el mismo.

Concluimos pues, *lex data*, que la renovación puede pactarse entre las partes siempre que no exceda los plazos máximos, los cuales deben computarse desde el acuerdo respectivo y no desde la constitución originaria del derecho.

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Facundo A. García Aguado¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. Considerar autorizado para solicitar la afectación de un inmueble al régimen de vivienda, al titular del derecho real de propiedad superficiaria, quien debe reunir el resto de los requisitos establecidos para la afectación.
2. Aceptar a la prescripción veiteañal como forma de adquisición del derecho real sobre la propiedad superficiaria.

De lege ferenda

3. Modificar el art. 245 del CCCN a fin incorporar en forma expresa como legitimado activo para afectar un inmueble al régimen de vivienda, al titular del derecho real de superficie.
4. Modificar el art. 2119 del CCCN a los fines de agregar en forma expresa que el derecho real de propiedad superficiaria sí puede ser adquirido tanto por la prescripción larga como por la prescripción corta y eliminar la prohibición que el derecho real de superficie pueda ser adquirido por usucapión.
5. Modificar el art. 2124 del CCCN a fin que quede redactado de la siguiente manera: “*Extinción* El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante seis años, para el derecho a construir, y de tres, para el derecho a plantar o forestar”.

¹ Abogado UNCUYO, Magister en Políticas Públicas Universidad Austral, Título de Profesor de Grado Universitario de Ciencias Jurídicas Universidad Juan Agustín Maza. Profesor Adscripto de Derechos Reales I y II Facultad de Derecho, Universidad Nacional de Cuyo.

Ponencia avalada por la Dra. Irene Pujol de Zizzias, miembro titular de las presentes Jornadas.

II. FUNDAMENTOS

1. EXTENSIÓN DEL RÉGIMEN DE PROTECCIÓN A LA VIVIENDA

Claro es el artículo 245 de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación cuando al referirse a los legitimados para afectar un inmueble al régimen de vivienda dispone que “La afectación puede ser solicitada por el titular registral; si el inmueble está en condominio, deben solicitarla todos los cotitulares conjuntamente...”.

Gracias al gran proceso de constitucionalización en que se vio inmerso nuestro actual Código Civil y Comercial de la Nación en su última integral reforma, y a su vez siguiendo los lineamientos de la antigua ley 14.394, el mencionado cuerpo legal dejó establecido el régimen para proteger aquellos inmuebles cuyo destino fuera el de vivienda, el cual en cierta medida se puede decir que queda “protegido” frente a determinados acreedores, no pudiendo entre otras, ser hipotecado, gravado, ejecutado, etc., por deudas anteriores a su afectación, salvo determinadas excepciones.

Es de suma importancia dicha incorporación, toda vez que el acceso y protección de la vivienda goza de tutela constitucional (art. 14 bis, párrafo final) y consiste en un derecho humano fundamental reconocido en diversos tratados internacionales, como el Art. 25, ap. 1º de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 14, ap.1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, el art. XXIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, entre otros.

En este sentido no creemos adecuado que se entienda como el “titular registral” del art. 245 únicamente a quien detenta el derecho real de dominio o de condominio, sino que se debe extender a aquellos titulares de derechos reales dentro de los cuales exista un inmueble con destino a vivienda, puesto que de lo contrario la protección del Código sería a medias.

Todo ello queda justificado al detentar el titular un derecho real, en este caso el de superficie, al cual le otorga facultades como uso, goce y disposición tanto jurídica como material sobre lo construido, siendo además en el caso de haber propiedad superficiaria, propietario de lo construido. Claro está que para que proceda la posibilidad de afectar el inmueble deberá cumplir con la condición de la registración de su derecho real a los fines de cumplir con el recaudo de ser el titular registral del mismo.

Por unanimidad en las Cuadragésimas Jornadas Notariales Bonaerenses, celebradas en Necochea en el año 2017 se concluyó que el

superficiario está legitimado para afectar al régimen de protección a la vivienda, la edificación que es el objeto de su propiedad superficiaria y constituye su vivienda familiar.

En este sentido Gabriela A. Vázquez sostiene al respecto “La doctrina entiende que también están legitimados para la afectación al sistema tuitivo los titulares de derechos reales inmobiliarios que se ejercen por la posesión, cuando el inmueble puede cumplir el destino de vivienda: usufructo, uso, habitación, superficie y anticresis o los cotitulares de esos derechos reales si lo deciden por unanimidad.”²

Coincidimos con Alterini cuando sostiene que “Más allá de aspectos ideológicos, hay coincidencia en que la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. La necesita con fines solidaristas, porque a través de la superficie bien manejada se puede facilitar, sobre todo con los terrenos de propiedad del Estado, el acceso a la vivienda por los particulares de menores recursos. Y es un motor del dinamismo del país porque debería constituirse en estímulo de la construcción a través de modalidades de tipo comercial perfectamente compatibles con la superficie”³.

Adhiriendo a dichos fundamentos y entendiéndolos por nuestra parte, como basales del derecho real de superficie, con mucha mayor razón no se entendería que quien constituya éste derecho real a los fines de acceder a la vivienda, no pudiera luego afectarla al régimen del art. 244 de nuestro Código Civil y Comercial.

Por ello consideramos que entendemos debe interpretarse que el titular registral del derecho real de superficie, siempre y cuando cumpla con las demás disposiciones del Código, debe estar legitimado para afectar el inmueble objeto de su derecho al régimen de vivienda previsto por los art. 244 y siguientes del CCCN, y a su vez para mayor abundamiento se debería dejar expresamente estipulado en dicho cuerpo legal, aclarando en consonancia, que dicha protección puede ser solicitada por el titular registral de otros derechos reales más allá del dominio, siempre que se den por acreditados todos los requisitos del régimen de vivienda.

² VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2020, p. 1126

³ ALTERINI, Jorge., "Nuevas formas de propiedad", *Revista del Notariado* N° 811, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 1637,

Sostiene Lorenzetti “La vivienda tiene para el individuo un gran valor, no sólo patrimonial, sino también y esencialmente extrapatrimonial: en el plano material, le da amparo a la integridad física de una persona, pues la protege de los peligros de la naturaleza y jurídicamente es el espacio que garantiza la efectividad de los derechos de la personalidad; en el plano moral, es el centro de la esfera de la intimidad, “el santuario de su vida privada”⁴.

2. LA ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE PROPIEDAD SUPERFICIARIA POR USUCAPIÓN

El art. 2119 al reglamentar la adquisición del derecho real en cuestión dispone “El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

Entendemos que para la correcta interpretación de este artículo en lo concerniente a la prescripción adquisitiva se debe hacer una importante distinción, según se trate del derecho real de superficie propiamente dicho o del derecho real sobre la propiedad superficial.

Justamente comienza la disposición legal en análisis, mencionando al derecho real de superficie, el cuál sostiene que no puede adquirirse por usucapión y que la prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título. Es decir que normativamente ninguna prohibición da el código a que el derecho real de la propiedad superficial pueda ser adquirida tanto por una prescripción veinteañal, como por una prescripción corta.

El Código Civil y Comercial dispone en el art. 1897 que la prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.

En este sentido se deja establecido aquella regla general por la cual se pueden adquirir aquellos todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, no estableciendo en primer lugar dicha norma establecida alguna excepción a fin de excluir de dicho instituto algún derecho real; y a su vez,

⁴ LORENZETTI, 2015:811

como mencionamos ut supra, el artículo 2119 solamente habla de la imposibilidad de adquirir por la prescripción larga al derecho real de superficie, lo cual nos permite inferir que queda plenamente admitido entonces esta forma de adquisición para el derecho real de propiedad superficiaria.

Sostenemos que nuestro ordenamiento jurídico, y en particular el Código Civil y Comercial, debe interpretarse de forma sistémica, para lo cual además de lo dicho recientemente con respecto a los artículos 2119 y 1897, también debe contemplarse el artículo 2565, el cual establece como regla los derechos reales principales se pueden adquirir por la prescripción en los términos del ya mencionado artículo 1897 y siguientes.

Expresa Vázquez que “De no haber sido por la prohibición normativa, la superficie habría podido adquirirse por ese modo, ya que se trata de un derecho real principal que se ejerce por la posesión, encuadrable en lo dispuesto por los arts. 1897 y 2565, Cód. Civ. y Com.”⁵

Uno de los principales argumentos de aquellos que se oponen a la prescripción veinteañal del presente instituto son aquellas que tienen que ver con que no sería lógico o razonable que quien pudiendo prescribir e intentar usucapir el derecho real del dominio lo haga solamente, por ejemplo, por la propiedad superficiaria. No coincidimos en que este pueda ser un argumento que promueva la prohibición de este modo de adquisición, puesto que la libertad es innegociable en nuestro ordenamiento jurídico, claro está, siempre y cuando esto no ocasione un daño a un tercero.

Señala en este sentido el Dr. Cossari “Si puede parecer impensado que alguien posea un inmueble por el plazo de veinte años solo con el ánimo de adquirir el derecho real de superficie y no el de dominio, piénsese en aquel que está detentado el inmueble en la creencia de ser propietario pero carece de justo título y tiene por ejemplo solo un título putativo, o le falta la buena fe requerida para la prescripción decenal porque no realizó un

⁵ VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, 1ª edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley. 2020, p. 672-673.

adecuado estudio de títulos. En estos casos la utilidad de admitir la prescripción veinteñal es incuestionable”⁶.

A favor de la prescripción veinteañal se expresa una importante doctrina nacional. Sostiene Alterini: “No creemos que sea acertado el art. 2119 cuando fija la regla genérica de que la superficie ‘no puede adquirirse por usucapión’, pese a que a renglón seguido sorprende admitiéndola para la prescripción adquisitiva corta. De la correlación de los arts. 1897 y 2565 del Código Civil y Comercial se infiere que son usucapibles todos los derechos reales principales que se ejercen por la posesión(1068). No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie. La aceptación de la usucapión en los restantes derechos reales principales que se ejercen por la posesión, es disonante con su exclusión para la superficie, máxime dado su esencial paralelismo con figuras para las que debe entenderse que se la admite...”⁷.

“No se ve por qué se excluye la usucapión larga de las posibilidades de adquisición del derecho de superficie. Si puede parecer impensado que alguien posea un inmueble por el plazo de veinte años solo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie y no el dominio, piénsese en aquel que está detentando el inmueble en la creencia de ser propietario pero carece de justo título y tiene por ejemplo solo un título putativo, o le falla la buena fe requerida para la prescripción decenal porque no realizó un adecuado estudio de títulos. En estos casos la utilidad de admitir la prescripción veinteñal es incuestionable. Añádase que se produce una injustificada diferencia de trato respecto a los otros derechos reales de goce sobre cosa ajena, todo lo cual lleva a pensar que la solución para la superficie fue escrita a la luz de ciertas opiniones doctrinarias teóricas, pero desentendiéndose del sistema del resto del código en materia de prescripción adquisitiva”⁸.

Finalmente el artículo 2128, referido a las normas aplicables a la propiedad superficiaria sostiene que quedan sujetas a las normas de dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén

⁶ ALTERINI, Jorge H; *Código Civil y Comercial Comentado* ; Tomo IX; Ed. La Ley; pag. 170.-

⁷ ALTERINI, Jorge H. – ALTERINI, Ignacio E. – ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, t. II, p. 589.

⁸ ALTERINI, Jorge H. *Código Civil y Comercial, Tratado Exegético*, T. X, 3ª edición. La Ley.

modificadas por las previstas en este Título, con mayor razón nos llevan a sostener la posibilidad que, la propiedad superficiaria pueda ser adquirida por la prescripción larga, debiendo en este caso una vez adquirido el mismo, hacerlo por el plazo máximo habilitado por el código.

Se entiende que debería propenderse a admitir en forma expresa la usucapión larga para adquirir este derecho y modificar el artículo 2119 a los fines de eliminar la prohibición que hoy establece y las discusiones existentes.

3. UNIFICACIÓN DE PLAZOS

Esta propuesta se hace solo a los fines de lograr una mayor seguridad jurídica, asimilando plazos para la reconstrucción en caso de destrucción de la propiedad fiduciaria con los de la extinción del derecho real de superficie, puesto que son las dos caras de una misma moneda y se entiende lógico su unificación.

No parece para nada justificado que los plazos fijados difieran de los previstos para la extinción por no uso, que son aplicables en principio para plantar, edificar o sembrar originariamente y menos aún que sean inferiores.

Por ello es que se sostiene que el artículo 2124 debe tener los mismos plazos del artículo 2122, es decir ya sea que se destruya la propiedad superficiaria o que no se haga uso del derecho a construir, plantar o forestar; debemos unificar los años ya sea que el superficiario vuelva a construir, forestar o plantar o tanto que no se haga uso de estas facultades, todo ello en 6 años para construir y 3 para plantar o forestar .

Se reducen también los plazos del artículo 2124 llevándolos a los del artículo 2122, y no viceversa, como forma de darle dinamismo a la actividad económica.

**EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS.
EXPLORANDO OPORTUNIDADES EN SUS TRES DIMENSIONES:
SUPERFICIE, SUBSUELO Y ESPACIO AÉREO**

Por María Celeste Ghione¹ y Joaquín Andrés Rotundo²

I. CONCLUSIONES

1. La legitimación para constituir derecho de superficie en partes comunes de la Propiedad Horizontal pertenece a todos los copropietarios, debiendo resolverse por unanimidad.

2. El espíritu del artículo 2125 del CCCN es resguardar los derechos del propietario del suelo, quien no tiene por qué tolerar la existencia de un derecho real sobre su inmueble si no ha dado su consentimiento expreso para ello. A contrario sensu, con la anuencia del propietario superficiante es jurídicamente posible mantener la afectación a propiedad horizontal con posterioridad a la extinción de la superficie.

3. El derecho de superficie resulta adecuado para dar respuesta a la problemática de falta de plazas de estacionamiento para vehículos que se presenta en las grandes urbes, mediante la construcción de las mismas en los subsuelos de inmuebles.

4. En los contratos de fideicomiso inmobiliarios, la posibilidad de que el fiduciante del terreno aporte, no el dominio de su inmueble, sino el derecho real de superficie sobre la rasante del mismo, emerge como una garantía real que protege su patrimonio frente a la incertidumbre relacionada con el cumplimiento del objeto de dicho fideicomiso traducido en la concreción exitosa del proyecto inmobiliario.

5. El derecho de superficie, en su modalidad de derecho a plantar, puede utilizarse para proyectos de certificación para emisión de bonos de

¹ Notaria Titular del Registro N° 90 de Rosario, Santa Fe. Profesora Asistente Regular de Derecho Privado Notarial en la carrera de Notariado de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Rosario de la Pontificia Universidad Católica Argentina. AVAL: Doc. Leandro R. N. Cossari – Miembro Titular.

² Notario Titular del Registro N° 176 de Villa Gobernador Gálvez, Santa Fe. Profesor Asistente Regular de Derecho Privado Notarial en la carrera de Escribanía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Rosario de la Universidad del Centro Educativo Latinoamericano. AVAL: Doc. Leandro R. N. Cossari – Miembro Titular.

carbono. Esta herramienta se encuentra también al alcance de los consorcios de propiedad horizontal, tanto común como especial.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN) -e incluso con anterioridad- y hasta la fecha, es mucho lo que se ha investigado, desarrollado y escrito respecto del derecho real de superficie. Sin embargo, y aún con las bondades que presenta, se trata de un derecho real muy poco utilizado y difundido entre la sociedad. Posiblemente ello obedezca a razones relacionadas con la idiosincrasia de la misma, cuyos integrantes aún hoy se relacionan con las cosas de una forma muy intrínseca, haciendo que sea difícil alejarse de las características de absolutez, perpetuidad y exclusividad de las que goza el dominio. Tal como afirma Alicia Puerta de Chacón:

“Ciertamente la comprensión y aplicación de este derecho requiere un cambio de pensamiento e idiosincrasia del propietario conservador que procura preservar la plenitud de sus facultades sobre el inmueble. No resulta sencillo distinguir la división jurídica de diversos planos del inmueble que en principio pueden no ser tangibles: el suelo o rasante, el sobresuelo, el subsuelo y el vuelo, de manera tal que cada uno de ellos conforme una unidad inmobiliaria autónoma o independiente funcionalmente y cuya propiedad pueda pertenecer a diversas personas en el todo o en partes materiales y/o ideales”³.

No obstante lo expuesto, el proceso de deconstrucción de paradigmas ocurre en los tiempos actuales de forma muy veloz, y el ámbito de los negocios en general, e inmobiliarios en particular, no son la excepción. Piénsese, por ejemplo, en las denominadas criptomonedas, activos intangibles que disrumpieron hace relativamente poco tiempo y con un funcionamiento y riesgos totalmente diferentes a los conocidos. Y, sin embargo, a nadie escapa el éxito que han tenido entre inversores de todas

³ PUERTA DE CHACÓN, Alicia (2019); “Proyecciones de la nueva “superficie” en Revista Notarial N° 988; La Plata; Taller de Producción Gráfica del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires. P. 13

partes del mundo. Así sucedió también con el fideicomiso, a partir de la sanción de la ley 24.441, que se ha posicionado indudablemente como una estructura legal apta para el desarrollo de distintos modelos de negocios en el mercado argentino.

En este orden de ideas, creemos que el instituto del derecho real de superficie, al igual que el ejemplo previamente mencionado del fideicomiso, tiene el potencial de convertirse en un mecanismo estructural o de financiamiento ampliamente utilizado.

Si bien reconocemos experiencias exitosas de utilización del derecho de superficie en proyectos innovadores en otros países, los mismos tienen como denominador común su implementación mediante una colaboración entre el sector público y privado; lo cual nos permite adelantar que esta figura conserva dificultades para ser utilizada enteramente en el ámbito privado.

Nos proponemos con el presente trabajo buscar alternativas concretas para la aplicación del derecho en estudio y, de esta manera, lograr una mayor difusión de la figura. Para ello, haremos un somero análisis de su regulación actual y propondremos tres alternativas para las cuales consideramos que el derecho real de superficie puede representar una herramienta muy útil en la concreción de distintos negocios inmobiliarios.

2. MARCO LEGAL DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN ARGENTINA

Si bien el derecho de superficie fue introducido en el año 2001 con la sanción de la ley 25.509, su ámbito de aplicación era restringido a los proyectos de forestación. Haciéndose eco de los reclamos doctrinarios, el CCCN lo incorporó al catálogo de derechos reales permitidos, dándole una más amplia y mejorada regulación.

La superficie está enumerada en el artículo 1887 del CCCN, y regulada desde el artículo 2114 al 2128 del mismo cuerpo legal. De las disposiciones de estos artículos, nos interesa destacar los fines del presente:

1. La característica principal de la superficie es que suspende de forma temporal el **principio de accesión** por el cual “El dominio de una cosa

inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible [...]”⁴.

2. En el derecho de superficie el superficiario hace suyo lo plantado, edificado o forestado durante todo el tiempo que dure su derecho, por eso excepciona a la extensión del dominio, tal como expresamente lo estipula el artículo 1945 segundo párrafo del CCCN.
3. Las modalidades de ejercicio y plazo de duración de la superficie se sujetan a lo establecido en el **título suficiente** para su constitución, además de las previsiones del código y leyes especiales. Es decir que, dentro de la rigidez con la que se regula a los derechos reales, se abre un pequeño espacio a la autonomía de la voluntad para que las partes (propietario superficiante y superficiario) puedan regular ciertos aspectos del funcionamiento y efectos de la superficie. Así, se presenta la posibilidad de establecer plazos diferentes al máximo legal, condiciones resolutorias, limitaciones de enajenar para el superficiario, características y límites de las construcciones o plantaciones a efectuar, limitaciones al uso y goce, etc.
4. Este derecho se presenta en dos **modalidades** distintas. La primera modalidad consiste en el derecho de superficie propiamente dicho, que otorga al superficiario el derecho de llevar a cabo construcciones, plantaciones o forestaciones en inmueble ajeno y, finalizadas estas actividades, le permite al superficiario hacer suyo lo edificado, plantado o forestado (propiedad superficiaria). En la segunda modalidad, el derecho de superficie recae sobre una construcción o plantación preexistente en inmueble ajeno, y esto le confiere al superficiario la propiedad de lo construido o plantado (propiedad superficiaria). En ambas modalidades coexisten los derechos del propietario del suelo con los derechos del superficiario. Por lo tanto, si bien es un derecho que se constituye sobre un inmueble ajeno, recae sobre cosa propia.
5. En cuanto a su **emplazamiento**, la superficie puede ser establecida sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte materialmente determinada (incluso espacio aéreo o subsuelo).

⁴ Art. 1945 CCCN

6. Se trata de un derecho de carácter temporario. El **plazo máximo** para el derecho de superficie no puede exceder los 70 años para construcciones y 50 años para forestaciones y plantaciones, contados desde la adquisición del derecho. Estos plazos pueden ser prorrogados siempre que no superen los máximos previstos. No existe plazo mínimo.
7. Respecto de la **legitimación**, la facultad de constituir el derecho de superficie recae en los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal. Nos interesa destacar en este punto la legitimación en el caso de la propiedad horizontal (en adelante, PH). Entendemos que dicha legitimación pertenece al titular de la unidad funcional, quien podrá constituir superficie sobre la misma. Respecto de la constitución de derecho real de superficie sobre las partes comunes de la PH, sea ésta común o especial, se ha dicho en opinión que compartimos: “Cuando se trata de construir nuevos pisos sobre una edificación ya existente o sobre el terreno, debe tenerse presente que tanto el suelo como los techos, azoteas y patios solares se encuentran previstas en el Código como cosas necesariamente comunes (art. 2041 incs. a] y c] del Código Civil y Comercial). El requisito de la unanimidad parece imponerse aquí a tenor del artículo 2052 del Código Civil y Comercial).”⁵.
8. La forma de **constitución** es por vía contractual, ya sea a título gratuito u oneroso, y se le aplica la exigencia del título y modo para la adquisición de los derechos reales por acto entre vivos. Vale destacar que, tratándose de un derecho real que recae exclusivamente sobre inmuebles, su constitución deberá formalizarse en escritura pública. En caso de no cumplirse la mencionada formalidad, el instrumento por el que se haya constituido valdrá como promesa de otorgar el acto en escritura pública.
9. El superficiario podrá constituir derechos reales de garantía, tanto sobre su derecho de construir, plantar o forestar, como sobre su propiedad superficiaria, siempre limitados al plazo del derecho de superficie. También puede someter las construcciones al régimen de

⁵ COSSARI, Nelson G. A. - COSSARI, Leandro R. N. (2016); “Glosas a los arts. 2073 a 2276” en “Código Civil y Comercial comentado - tratado exegético”; 2ª ed., tomo X (director general: ALTERINI, Jorge Horacio); Ciudad Autónoma de Buenos Aires; La Ley. Comentario al art. 2118

PH, transmitir y gravar unidades privativas sin el consentimiento del propietario.

10. El derecho de superficie puede **extinguirse** por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, consolidación y no uso durante un período específico.
11. Al extinguirse el derecho de superficie, por cualquier causa, el principio de accesión recupera toda su virtualidad y la propiedad queda unificada en cabeza del dueño del suelo. Este efecto no difiere en el caso de que la extinción se produzca antes del vencimiento del plazo: en efecto, el dueño del suelo hace suyo lo plantado, edificado o forestado, pero deberá respetar los derechos constituidos por el superficiario que le sean oponibles, hasta tanto opere el vencimiento del plazo.
12. Producida la extinción, el propietario debe indemnizar al superficiario, salvo acuerdo contrario. Las pautas para la valuación de la indemnización que establece el CCCN están dirigidas al juez, dado que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, podrían apartarse de tales normas. Así, podrían estipular expresamente la inexistencia de indemnización o fijarla en una suma de dinero determinada u otros bienes.

3. NUESTRAS PROPUESTAS

Nos permitimos formular tres propuestas diferentes de utilización del derecho real de superficie: una sobre el subsuelo de un edificio sometido a PH, otra sobre la totalidad de un terreno de dominio común y, por último, un proyecto de superficie sobre el vuelo de un edificio sometido a PH.

a) Construcción de estacionamientos en subsuelo

En las grandes urbes de nuestro país es un creciente problema la falta de estacionamientos para un parque automotor que aumenta día a día. Esta situación, agravada por la falta de terrenos disponibles, nos lleva a considerar que la única alternativa viable para resolver esta problemática es la edificación de estos estacionamientos en espacios subterráneos.

Tomemos como ejemplo un edificio, afectado al régimen de la PH, el cual - por el motivo que fuera - no dispone de cocheras para sus propietarios. Se presenta así una valiosa oportunidad para un inversor

privado que desee emprender un lucrativo negocio de construir cocheras en el subsuelo del terreno sobre el que está levantado el edificio, para luego obtener ganancias derivadas de su explotación comercial. A esta altura, de más está decir que el derecho de superficie se constituye *per se* en el instrumento jurídico idóneo para llevar a cabo exitosamente este emprendimiento.

Avancemos, entonces, hacia la consideración y análisis de los pasos que deben seguirse para materializar esta propuesta.

Dando por supuesta la factibilidad técnica del proyecto, debemos avanzar con el andamiaje jurídico que lo sustenta. Con el fin de simplificar y agilizar el proceso, sería conveniente que, en ese momento, los propietarios otorguen, mediante escritura pública (art. 363 CCCN), un poder especial e irrevocable, sustentado en el negocio base ya conformado por la oferta y aceptación previas, a favor del administrador del consorcio. Este apoderamiento permitirá al administrador, actuando en representación de los propietarios, proceder a la instrumentación de la escritura pública de constitución del derecho de superficie.

Los sujetos de este derecho de superficie serán, por un lado, la totalidad de los copropietarios, representados por el administrador (propietario o superficiante), y por la otra parte (superficiario) el inversor o desarrollador. La modalidad es la prevista en el primer párrafo del artículo 2115 del CCCN, ya que permitirá al superficiario realizar una construcción en el subsuelo y hacer propio lo construido. El artículo 2116 del CCCN admite expresamente que se pueda constituir este derecho dentro del régimen de PH.

En cuanto al plazo, será necesario realizar un análisis específico que ayude a determinar qué período de tiempo permite al superficiario recuperar su inversión y obtener ganancias.

En lo que respecta a la contraprestación para los propietarios de las unidades funcionales, surgen diversas opciones, como la posibilidad de ofrecerles a los propietarios el uso gratuito o el pago de un precio preferencial del alquiler de ciertos espacios de cochera, así como la opción de que el superficiario pague al consorcio un canon mensual que contribuya al sostenimiento de las expensas.

Enfocándonos ya en la fase extintiva de este contrato de superficie, proponemos que la indemnización para el superficiario consista en la adjudicación de cocheras a su favor, mientras que las restantes serán

adjudicadas a los propietarios de las unidades funcionales. Para concretar esta posibilidad, primero será necesario realizar una modificación del reglamento de PH para incorporar las cocheras construidas por el superficiario como nuevas unidades funcionales. Todo ello debe quedar claramente establecido en el título constitutivo. Nos preguntamos entonces cómo concretar esta indemnización.

Si al extinguirse la superficie por el cumplimiento del plazo, el propietario del suelo hace suyo lo construido, son los propietarios que conforman el consorcio quienes adquieren la propiedad de los estacionamientos construidos en el subsuelo, y son ellos los legitimados para encargar la confección del plano de modificación de PH que incorpore las cocheras como nuevas unidades funcionales, otorgar la correspondiente escritura de modificación de reglamento, transferir el dominio de las unidades que le correspondan al superficiario como indemnización, y adjudicar entre ellos las restantes unidades a título de división de dominio. Por tratarse de una modificación de cláusulas estatutarias, será necesario el acuerdo unánime de los propietarios de las unidades funcionales del edificio, por lo cual debemos contar con la intervención de la totalidad de los mismos. Para evitar la complicada tarea de reunirlos a todos en la ejecución de cada paso del detallado procedimiento, proponemos que sea el administrador del consorcio quien lo haga en su representación, utilizando el mismo poder especial irrevocable que le fue otorgado oportunamente para constituir el derecho de superficie, el cual, dentro de sus facultades, deberá contener la realización de los actos anteriormente indicados.

*b) Aporte de la superficie a un fideicomiso inmobiliario
(construcción sobre la rasante)*

Nos resulta interesante en este caso analizar la combinación del derecho real en estudio con el extensamente difundido fideicomiso inmobiliario. Resulta necesario estudiar meticulosamente la interacción entre el derecho de superficie, la faz contractual del fideicomiso (contrato) y su faz real (dominio fiduciario). Veremos que son muchas las oportunidades que presenta esta interacción, así como algunos interrogantes.

Proponemos el siguiente negocio: una persona titular de un terreno está dispuesta a aportar el mismo a un fideicomiso inmobiliario, a fin de que por medio de éste se construya un edificio bajo el régimen de PH. Al

finalizar la construcción, el aportante del terreno recibirá a cambio de su aporte cierta cantidad de unidades funcionales. Otros fiduciantes aportarán los fondos dinerarios necesarios para la construcción, y recibirán a cambio otras unidades funcionales. El plazo propuesto para este contrato de fideicomiso es de diez años.

Hasta aquí, se trata de un típico fideicomiso inmobiliario. Ahora bien, la persona que revestirá la calidad de fiduciario no es reconocida en el mercado, por lo que el fiduciante que aporta el terreno quisiera contar con mejores garantías respecto de su inmueble y recuperación en caso de incumplimiento. Descartadas otras alternativas por su costo o compleja ejecución, se plantea la posibilidad de que el fiduciante del terreno aporte, no ya el dominio fiduciario de su inmueble, sino el derecho de superficie sobre la rasante del mismo. En consecuencia, lo que el fiduciario adquiere es la superficie fiduciaria del terreno por un plazo determinado, que será mucho menor al máximo legal y que puede o no coincidir con el plazo del contrato de fideicomiso.

Tenemos entonces dos negocios cuyas cláusulas deben ser cuidadosamente redactadas y coordinadas: el **contrato de fideicomiso** y el **contrato de constitución del de superficie** a favor del fiduciario, existiendo una **conexidad** entre ambos contratos en los términos del artículo 1073 del C.CN. En este sentido, los contratos de superficie y fideicomiso que estamos analizando están conjuntamente orientados hacia un objetivo económico compartido: la realización de un proyecto inmobiliario. Estos contratos se entrelazan de manera que uno de ellos es determinante del otro para alcanzar el resultado buscado. Por un lado, el contrato de fideicomiso establece la estructura legal y financiera para la realización del proyecto inmobiliario, mientras que el contrato de constitución de superficie permite la utilización del terreno necesario para llevar a cabo la construcción. Lo dicho trae como consecuencia que en el negocio propuesto se desplace el efecto relativo de los contratos, permitiendo que aquellos que no son parte de un contrato específico, puedan intervenir y tener acciones en el otro contrato que forma parte del sistema.

Retomando el desarrollo del negocio propuesto, el titular del terreno otorgará el contrato de fideicomiso como fiduciante y la escritura de constitución de superficie como constituyente (superficiante). A su turno, el fiduciario suscribirá el contrato de fideicomiso para recibir ese carácter y la escritura de constitución de superficie como superficiario fiduciario. Es

decir, el derecho de superficie para construir el edificio formará parte del patrimonio fideicomitado.

En el **contrato de fideicomiso**, que se otorga previo a la constitución de la superficie, se establecerá -dentro de su objeto- el aporte del derecho de superficie como bien fiduciario por parte del dueño del terreno, la construcción del edificio sobre dicho terreno, la posterior constitución del derecho de PH y, finalmente, la adjudicación de las unidades funcionales a quienes resulten fiduciantes/beneficiarios/fideicomisarios (o sus cesionarios) por el aporte del dinero. Estos últimos recibirán entonces el **dominio perfecto** de una unidad funcional determinada. Por último, también se establecerá en el contrato de fideicomiso que el aportante del terreno recibirá determinadas unidades funcionales. Luego veremos cómo concretar estas adjudicaciones en las condiciones expresadas.

En el **título constitutivo de la superficie** estableceremos un plazo de diez años, es decir, el mismo que el fideicomiso. El plazo es el máximo de tolerancia que admite el aportante del terreno para resultar adjudicatario de las tres unidades funcionales o recuperar la extensión de su dominio sobre el terreno, en su defecto. Es decir, el plazo se está fijando en interés del superficiante y funciona como una suerte de garantía real en los términos apuntados por las XXI Jornadas Nacionales de Derechos Civil:

El concepto de garantía real no es unívoco. En un sentido amplio, se entiende por garantía real aquella que implica la afectación específica, a la satisfacción de un crédito, de cosas, bienes o universalidades determinadas [...] No son estrictamente equiparables los conceptos 'garantía real' y 'derecho real de garantía'. Deben distinguirse los clásicos derechos reales de garantía sobre cosa ajena de otras figuras jurídicas (reales o personales) en las que también existe afectación de bienes, cosas o universalidades y que cumplen una función de garantía (vg. lease back, modalidades resolutorias, dominio fiduciario en función de garantía, etc.).

Además del plazo, en el contrato constitutivo de la superficie fiduciaria, agregaremos como medio extintivo de la superficie una condición resolutoria: la inscripción definitiva del Reglamento de PH en el registro inmobiliario correspondiente. Es decir, la extinción de la superficie estará determinada por el cumplimiento del plazo de diez años o el acaecimiento de la condición resolutoria “inscripción del Reglamento de PH”, lo que ocurra primero.

Incluiremos también en el título constitutivo de la superficie una cláusula de reserva estableciendo la continuación del derecho de PH luego de extinguida la superficie por cualquier motivo, incluso el cumplimiento del plazo. Llegado este punto, es necesario plantear la factibilidad legal de que prevalezca la autonomía de la voluntad por sobre lo dispuesto en el artículo 2125 del CCCN, y que la constitución del derecho de PH -ocurrido durante la vigencia del derecho de superficie- conserve su existencia luego de su extinción. Desde nuestro punto de vista, y aplicando un razonamiento lógico, entendemos que el espíritu de la norma es resguardar los derechos del propietario del suelo, quien no tiene por qué tolerar la existencia de un derecho real sobre su inmueble si no ha dado su consentimiento expreso para ello. Sin embargo, no identificamos violación alguna al orden público si admitimos la posibilidad de que, con la anuencia del propietario superficiante, se mantenga la PH con posterioridad a la extinción de la superficie.

Volviendo a nuestro caso, y en línea con lo expresado, el contrato constitutivo de la superficie fiduciaria establecerá la continuidad de la afectación al régimen de PH aún después de extinguida aquélla. Consideramos necesario que, en oportunidad de otorgarse el Reglamento de PH, también comparezca al acto escriturario el superficiante a los efectos de prestar su conformidad con su contenido. Ello por cuanto el superficiante, al cumplirse la condición resolutoria de la inscripción del mencionado reglamento, va a devenir en titular determinadas unidades funcionales y, por lo tanto, quedará alcanzado por las disposiciones de dicho reglamento. Esta conformidad también hace las veces de recibo respecto de las obligaciones asumidas por el superficiario fiduciario.

¿Cuáles son las ventajas de instrumentar el negocio de esta manera? El aporte del dominio superficiario del terreno a un fideicomiso ofrece grandes garantías para el titular del terreno, ya que no se desprende de su dominio. Entonces, si el fiduciario incumpliera con las obras, el dueño del suelo igualmente recuperará su dominio en toda su extensión al cumplimiento del plazo, sin más. Además, al extinguirse la superficie, el principio de accesión se restablece en toda su plenitud, sin necesidad de transferencia alguna, bastando una escritura-acta que lo relacione. Así, el dueño del suelo hace suyo lo que se haya construido hasta el momento. Podría preverse para este supuesto alguna cláusula de salvoconducto para evitar acciones por enriquecimiento sin causa contra el titular del terreno entabladas por los otros fiduciantes.

Ahora bien, si el fiduciario cumple con las obras, al cumplirse la condición resolutoria (“inscripción del Reglamento de PH”), se extingue de pleno derecho la superficie, manteniéndose el de PH por la cláusula de reserva antes relacionada, y convirtiéndose el superficiante en titular de todas las unidades funcionales resultantes, por el restablecimiento del principio de accesión. A través de una escritura-acta se podrá lograr publicidad registral de esta situación.

Es necesario resolver la cuestión relativa a la transferencia de dominio pleno y perfecto de las unidades funcionales a favor de los demás fiduciantes. Aquí es donde debemos prestar especial atención ya que, como dijimos, la intención es que los fideicomisarios adquieran un dominio perfecto de las unidades funcionales y no uno superficiario y, por lo tanto, temporario.

Una apresurada respuesta podría implicar el establecimiento de una excepción a la regla del restablecimiento del principio de accesión: es decir, determinar en el título constitutivo de la superficie que al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria, solo revertirán al dueño las unidades funcionales preadjudicadas, mientras que las restantes unidades funcionales estarán exceptuadas con la finalidad de ser adjudicadas en dominio pleno y perfecto a favor de los fideicomisarios. Consideramos inadecuada esta alternativa y la descartamos de plano ya que se encuentra en franca contravención al orden público que rige a los derechos reales. Recordemos la tajante disposición del artículo 1884 del CCCN en cuanto a la nulidad de cualquier disposición que modifique la estructura de un derecho real.

Entonces, para dar adecuada solución al interrogante planteado, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

1) El dueño del suelo, superficiante, es también parte del contrato de fideicomiso, del cual le surgen derechos y obligaciones. Entre los derechos que nacen del mismo se encuentra el de resultar dueño perfecto de determinadas unidades funcionales; y entre sus obligaciones se encontrará la de respetar los derechos establecidos en favor de las otras partes, destacándose el derecho de los fideicomisarios de resultar adjudicatarios del dominio perfecto de unidades funcionales. En el contrato de fideicomiso podemos establecer con claridad la obligación del dueño del suelo de transferir el dominio perfecto de las restantes unidades a quienes resulten con derecho a su adjudicación.

2) El fiduciario, según el contrato de fideicomiso, tendrá la obligación de transferir el dominio perfecto de unidades funcionales a los fideicomisarios. Se trata de una obligación de resultado, a la cual dará cabal cumplimiento al adjudicar el dominio perfecto de las unidades en cuestión. Para ello, no necesita revestir la calidad de dueño de las mismas.

Entonces, a fin de que tanto el dueño del suelo como el fiduciario cumplan con las obligaciones asumidas en el contrato de fideicomiso, el primero otorgará un poder especial irrevocable al segundo para que suscriba las escrituras públicas de adjudicación de unidades en cumplimiento del contrato. Este poder especial irrevocable tiene como negocio base el contrato mismo de fideicomiso y puede incluso estar inserto dentro del mismo si es otorgado por escritura pública.

Proponemos esta solución ya que el legitimado para transferir el dominio pleno de las unidades funcionales -una vez extinguida la superficie- es sin dudas el superficiante, porque a él ha revertido el dominio en su plenitud al restablecerse el principio de accesión. Y la causa de esta transmisión está constituida por las obligaciones asumidas en el contrato de fideicomiso por ambos, tanto superficiante como fiduciario.

Como vemos, ambos contratos, el de fideicomiso y el de constitución de superficie, se encuentran íntimamente interconectados, por lo que es recomendable plasmar ambos actos en una misma escritura en donde el primer acto instrumentado sea el contrato de fideicomiso y el segundo, la constitución de superficie por parte del aportante del terreno a favor del fiduciario.

En conclusión, creemos legalmente factible y conveniente la utilización del derecho real de superficie como una suerte de garantía real inserta en el marco de un negocio de fideicomiso, con las salvedades y particularidades apuntadas.

c) Emisión de bonos de carbono o bonos verdes (derecho de superficie sobre el espacio aéreo)

La posibilidad de constituir derecho de superficie sobre el vuelo se presenta como es una herramienta prometedora para la concreción de proyectos con impacto ambiental positivo, que pueden calificar para la emisión de “bonos verdes” o “bonos de carbono”. Estos bonos -establecidos en el Protocolo de Kyoto (1997) como un instrumento para la mitigación del cambio climático- representan la remoción de una tonelada de dióxido de

carbono equivalente de la atmósfera terrestre y son emitidos tras la validación y certificación de organizaciones mundialmente reconocidas.

Los proyectos que aplican para la emisión de bonos de carbono son aquellos que o bien evitan la emisión de determinada cantidad de gases de efecto invernadero, o bien capturan determinada cantidad de los mismos. Una vez realizada la validación por el organismo certificante, el titular del proyecto está en condiciones de emitir bonos verdes certificados y colocarlos en el mercado de valores.

Los créditos son adquiridos por individuos o empresas para la compensación voluntaria de sus emisiones o a empresas o estados obligados bajo esquemas regulatorios. A propósito, muchos países están comenzando a legislar sobre la obligatoriedad de las empresas de medir la huella de carbono y compensarla, siendo una de las vías de compensación la inversión en bonos verdes. Entre los proyectos aptos para emitir estos bonos se incluyen la forestación, energía renovable, eficiencia energética y tratamiento de residuos.

Realizada esta necesaria explicación respecto de los bonos verdes, consideramos que el derecho de superficie puede representar una excelente herramienta y vehículo legal para canalizar proyectos que permitan la emisión de los mismos. En particular, el derecho de superficie constituido sobre el espacio aéreo permitiría aprovechar grandes superficies de techos o azoteas hoy inutilizados. Así, por ejemplo, podemos proyectar el siguiente negocio: la totalidad de los propietarios que conforman el consorcio de un edificio sometido a PH, por unanimidad, constituyen derecho de superficie sobre la azotea del edificio a favor de una determinada persona con la finalidad de plantar. El superficiario destinará toda la superficie de esa azotea a la instalación de lo que se conoce como “techos verdes”, es decir, a la plantación de vegetación de distintas especies, previa obra de impermeabilización e infraestructura adecuada.

Estos techos verdes, entre otros beneficios, capturan dióxido de carbono liberado a la atmósfera. En consecuencia, si se logra una obra de relativa magnitud, el proyecto calificará para la emisión de bonos de carbonos certificados.

En esta misma estructura se puede pactar que el canon se abone al consorcio con bonos a su favor. Nada obsta, por supuesto, que la constitución de la superficie sea gratuita.

El plazo dependerá de la autonomía de la voluntad, pero teniendo en cuenta el propósito, será oportuno extenderlo hasta el máximo legal, es decir, cincuenta años.

Respecto de la indemnización para el superficiario por extinción de la superficie, si bien las partes tienen libertad para pactarla, consideramos conveniente que en el acto constitutivo se difiera su fijación, ya que es de difícil determinación el posible enriquecimiento o no por parte del superficiante. Además, el superficiario recibirá ganancias durante todo el transcurso del plazo de la superficie, provenientes de la colocación de los bonos verdes.

Desde ya que este mismo proyecto de superficie para plantar y emitir bonos de carbono puede también aplicarse sobre la rasante de terrenos aptos. Si bien no desconocemos su mejor proyección en este último caso, nos resultó interesante plantearlo para el espacio aéreo, teniendo en cuenta la gran cantidad de superficie aérea desaprovechada que existe en las grandes ciudades y los pocos espacios verdes con los que cuentan en relación.

4. REFLEXIONES FINALES

Tal como hemos podido ver, el derecho de superficie se presenta como una excelente herramienta para concretar negocios o proyectos de índole diversa, tanto en lo jurídico como en lo económico. La mayor autonomía de la voluntad admitida, su elasticidad, sus costos menores, entre otras características, se presentan como ventajas a ponderar a la hora de crear estructuras jurídicas adecuadas.

La falta de aplicación práctica en nuestro país posiblemente obedezca a motivos culturales, pero también a su falta de difusión fuera del ámbito académico. En este sentido creemos que el notariado debe jugar un rol fundamental, derivado principalmente del deber de asesoramiento que jerarquiza nuestra labor.

Tal como expresamos anteriormente, la sola recepción legal y regulación del instituto no es suficiente por sí sola. Se requerirá -además un cambio sociológico de concepción y mentalidad- de la participación activa de todos los operadores del derecho destinada a solucionar de inmediato los inevitables problemas interpretativos que surgirán de su aplicación práctica. Asimismo, revestirá de vital importancia que esta nueva figura esté acompañada de una normativa fiscal y administrativa adecuada que fomente su utilización para fines ambientales o sociales.

En definitiva, nos resulta necesario lograr dar el salto definitivo desde lo académico a la realidad negocial, en pos de una mayor seguridad jurídica para los particulares que acudan a su implementación.

EL PLAZO EN LA SUPERFICIE

Por Juan José Guardiola¹ y Marcelo Eduardo Urbaneja²

I. CONCLUSIONES

1. El cómputo del plazo comienza, en las adquisiciones derivadas entre vivos, desde que se reúnan título y modo suficientes.
2. El plazo establecido en exceso deberá interpretarse limitado al máximo legal.
3. La exigencia por los registros inmobiliarios de la constancia expresa en el instrumento constitutivo de un plazo determinado exorbita su función calificatoria, habida cuenta que ante el silencio acerca del tópico se aplicará el máximo legal.
4. En el caso de renovaciones del plazo, el máximo legal opera desde cada una de ellas y no desde su constitución originaria.
5. No se justifica diferenciar los plazos de extinción por desuso y por falta de reconstrucción, replantación o reforestación.
6. El desuso no se aplica a la propiedad superficiaria.

1 Profesor Titular Ordinario (Derechos Reales, Intelectuales y Registral, Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires), Extitular de Derecho Reales en la Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad Católica de Salta y Extitular de Derecho Civil I en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y en la Universidad de la Patagonia San Juan Bosco (sede Trelew). Exjuez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín, provincia de Buenos Aires, 2002 a 2024.

² Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Académico de Número de la Academia Nacional del Notariado. Profesor Titular de Derechos Reales, Contratos, Derecho Societario, Títulos Valores y Derecho Empresario (Abogacía, UCA, sede Buenos Aires), y Derecho Privado Notarial, Derecho Registral y Práctica Profesional Notarial (Notariado, UCA, sede Buenos Aires). Profesor Titular en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA, sede Buenos Aires). Profesor en la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral). Director de la Carrera de Notariado (UCA, sede Buenos Aires). Autor de libros y capítulos de libros.

II. FUNDAMENTOS³

1. COMIENZO DEL CÓMPUTO DEL PLAZO

El cómputo comienza desde la constitución, por lo que deberá estarse a las distintas causas. La puntualización es necesaria puesto que en el caso de adquisición por título y modo recién comenzará el mismo desde la reunión de ambos. Esta conclusión parece inexorable ante la letra de la ley, que bien pudo haber prescindido de aclararlo pues hubiera resultado evidente derivación de los principios generales. Por lo tanto, más allá de postulaciones valorativas con las que en general coincidimos, la hermenéutica postulada no luce dudosa⁴. En disidencia se manifiestan quienes sostienen que el cómputo debe comenzar desde el título para los terceros, por la incertidumbre que acarrearía⁵.

No renegamos del margen de incertidumbre que acarrearía para los terceros, pero ello no deviene por sí en argumento suficiente, ni tampoco creemos que el recurso al artículo 1914 sustente la lectura repudiada. La presunción de este artículo trabaja para cualquier supuesto de título y no hay excepción aquí, pero no es *iuris et de iure* y por ello si se demostrara lo contrario podría desbaratarse (se insiste, como en cualquier otro derecho real).

En materia de derechos reales ejercibles por la posesión, el cómputo desde el título sin consideración al modo (para cuando se trate, naturalmente,

³ Se basa en lo publicado por los autores en GUARDIOLA, Juan José, “El derecho real de superficie”, en Clerc, Carlos Mario (Director), *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, segunda edición, 2019, p. 277 a 314 (principalmente, páginas 292 y 293), y URBANEJA, Marcelo Eduardo, artículos 2114 a 2128 (“Superficie”) en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, dirigido por Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 12-B, 2023, páginas 61 a 125 (principalmente, páginas 81 a 83, comentario a artículo 2117).

⁴ Conf. GUARDIOLA, Juan José, “El derecho real de superficie”, en Clerc, Carlos Mario (Director), *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, segunda edición, 2019, p. 293, y COSSARI, Nelson Gustavo Adrián, comentario al artículo 2117, en Alterini, Jorge H. (dir. gral.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. X (Cossari, N. G. A., dir. tomo), Buenos Aires, La Ley, tercera edición, 2019, punto 2.

⁵ ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio Ezequiel; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, nro. 1609; VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, *Derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, § 273, punto 2.

de adquisiciones derivadas entre vivos) requiere expresa consideración legal, como en el caso del dominio revocable (artículo 1965, último párrafo).

Con la tesis que descartamos no hallamos respuesta al caso en que el modo se hubiera cumplido luego del plazo pactado o legal computado desde el título (improbable pero no imposible). Desde la óptica defendida, el derecho real se habrá adquirido en ese momento y también desde allí se computará el plazo.

Con una u otra lectura, la publicidad registral que eventualmente hubiese alcanzado el título suficiente sería inexacta, tanto como podría serlo cualquier otro derecho real ejercible por la posesión en el cual no hubo modo⁶.

En todos los casos orbitará para los terceros el régimen del artículo 1893 y concordantes, a través de los cuales podrán arribar a la inoponibilidad si se cumplieran sus requisitos.

2. EL PLAZO ESTABLECIDO EN EXCESO

No existe previsión normativa para el supuesto (altamente improbable) de una estipulación por lapso superior a los máximos. Coincidimos en que debe conservarse la validez del derecho real pero limitando su duración al máximo correspondiente. Esta lectura, que se corresponde con la decisión normativa que saludablemente acompañó a otros institutos como el fideicomiso (artículo 1668) o las cláusulas de inenajenabilidad (artículo 1972), es perfectamente adecuada a la estructura legal (artículo 1884) en lugar de desembocar en una indeseable invalidez. Es además el criterio que impera en la interpretación del artículo 2152, inciso 'b', en materia de duración del usufructo cuando su titular es una persona jurídica, argumento por demás valioso si se atiende a que las normas de este derecho real resultan de aplicación subsidiaria a una de las variantes de este derecho (artículo 2127).

3. REFLEJO REGISTRAL DEL PLAZO Y SU CUMPLIMIENTO

Frente a la existencia de un máximo legal, los registros inmobiliarios solamente deberían volcar en la matrícula el plazo o condición resolutorias

⁶ URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Publicidad cartular*, Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 113 y siguientes.

pactadas en el título que redujeran ese tope. Así lo hace la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, a través del artículo 3 de la DTR 3/2015, reformado por la DTR 15/2016. En cambio, en la provincia de Buenos Aires, la DTR 5/2018, en su artículo 1, inciso “d”, dispone que en el instrumento de constitución “*deberá estar específicamente determinado el plazo convenido por las partes*”, lo que es notoriamente inconstitucional por vulnerar la permisión del CCyCN, y desacierta tanto como la LV Reunión Nacional de Directores de Registros de la Propiedad Inmueble que en 2018 lo recomendó por unanimidad.

Resulta obvia la futilidad de la registración del cumplimiento de dicho plazo para que sea oponible a terceros interesados de buena fe, pues el hecho de alcanzarse fatalmente obtura cualquier visión contraria⁷. Sí es necesaria, en todo caso, para cumplir el tracto sucesivo, con lo que se obtendría el encadenamiento preconizado por la ley 17.801 (artículo 15).

Si la causa de extinción fuera otra (que necesariamente deberá ser anterior al cumplimiento del plazo máximo o del establecido en la constitución), sí debería registrarse para la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, conforme las reglas generales.

4. RENOVACIÓN Y PLAZO MÁXIMO

La posibilidad de postergar esos lapsos “*siempre que no exceda de los plazos máximos*”, según el artículo 2117, mueve a un interrogante traído desde la ley 25.509 al que lamentablemente el legislador de 2015 no atendió.

Aunque no haya sido en general motivo de atención, quizá por su elementalidad, debe señalarse que esa prórroga sólo puede provenir de un contrato entre superficiario y titular gravado, que deberá otorgarse por escritura pública y contar con las publicidades registral, posesoria y cartular pertinentes para la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. En este sentido cabe conectar la temática con la atinente al inicio del cómputo, abordada en el punto anterior.

Se trata de saber si el tope legal cabe computarlo desde la adquisición primigenia del derecho, independientemente de las eventuales prórrogas, o si cada una de éstas puede estipularse por el plazo máximo computado desde

⁷ URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Publicidad cartular*, Astrea, Buenos Aires, 2021, p. 175 y siguientes.

ese momento. Con la primera lectura, se sabe desde el origen la máxima duración posible de ese derecho real; con la segunda, el plazo final podría ser muy posterior.

Juzgamos que la falta de contundencia arrima fundamentación vigorosa a la primera tesis, sobre todo desde el terreno finalista (que tuerce en su favor la opinión frente a la equivalencia meramente literal), lectura que es ya claramente predominante⁸.

La voz disidente con la ley 25.509 se reitera, con equivalente argumentación, con el CCyCN⁹.

Sí es menester señalar que esa prórroga no podrá afectar a terceros que no hubieran intervenido en el acto, por obvias razones de preferencia (artículos 1886 del CCyCN y 19 y 40 de la Ley 17.801), atento que no existen aquí normas que alteren las reglas generales (como en materia de hipoteca o medidas cautelares: artículo 37 de la Ley 17.801).

5. PLAZOS DE EXTINCIÓN POR DESUSO Y POR FALTA DE RECONSTRUCCIÓN, REPLANTACIÓN O REFORESTACIÓN

El CCyCN diferencia los plazos de extinción de la superficie por falta de reconstrucción, replantación o reforestación (artículo 2122) de los atinentes al desuso (artículo 2124), inclusive distinguiendo en ambos institutos los lapsos para la superficie constructiva y para la agraria. Los autores realizan múltiples inferencias para procurar establecer criterios que disciernan ambas causales extintivas, atento que en la práctica resulta dificultoso calificar todas las situaciones de una u otra manera¹⁰. Ello nos lleva a sugerir una para enervar gran parte de esas dificultades, consistente

⁸ ALTERINI, Jorge Horacio; ALTERINI, Ignacio Ezequiel; ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2018, tomo II, nro. 1613; GUARDIOLA, Juan José, “El derecho real de superficie”, en Clerc, Carlos Mario (Director), *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, segunda edición, 2019, p. 293; VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, *Derechos reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, § 273, punto 5.

⁹ MARIANI DE VIDAL, Marina, y ABELLA, Adriana Nélica, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Zavallía, Buenos Aires, 2016, tomo 2, p. 372.

¹⁰ Ver, por todos, URBANEJA, Marcelo Eduardo, comentario al artículo 2124 en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, dirigido por Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 12-B, 2023, páginas 110 y 111.

en la equiparación de los plazos de ambos institutos (independientemente de cuál sea el plazo único -si el de alguno de esos institutos u otro- y si se conserva o no la distinción entre la superficie constructiva y la agraria).

6. LA EXTINCIÓN POR DESUSO NO SE APLICA A LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Entendemos que la extinción por desuso solamente puede predicarse del derecho de construir o plantar o forestar, pero no de la propiedad superficiaria, pues, dada la falta de distinciones en el artículo 2124 y armonizando con el artículo 2128, seguiría el sendero del dominio revocable (que no se extingue por desuso). Si eso ocurriera, el superficiario no podría seguir construyendo o plantando pero conservaría la propiedad superficiaria sobre lo existente (sea que se produjera por su propia actividad o que hubiera adquirido la construcción o plantación existente).

LA EXTINCIÓN DE LA SUPERFICIE Y LOS DERECHOS REALES CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO

Por Juan José Guardiola¹ y Marcelo E. Urbaneja²

I. CONCLUSIONES

1. No es válido el pacto por el que se establezca la subsistencia de los derechos reales constituidos por el superficiario luego de la extinción de la superficie. El recurso a cualquier instituto como la condición o la dación en pago por la indemnización debida son válidos, pero son postergados por los titulares de situaciones jurídicas procedentes del titular gravado.

2. Es válida la subsistencia de la afectación a propiedad horizontal realizada por el superficiario, si así resulta del pacto con el titular gravado, pues se trata del estado de propiedad horizontal y no del derecho real.

1 Profesor Titular Ordinario (Derechos Reales, Intelectuales y Registral, Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires), Extitular de Derecho Reales en la Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad Católica de Salta y Extitular de Derecho Civil I en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y en la Universidad de la Patagonia San Juan Bosco (sede Trelew). Exjuez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín, provincia de Buenos Aires, 2002 a 2024.

² Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Académico de Número de la Academia Nacional del Notariado. Profesor Titular de Derechos Reales, Contratos, Derecho Societario, Títulos Valores y Derecho Empresario (Abogacía, UCA, sede Buenos Aires), y Derecho Privado Notarial, Derecho Registral y Práctica Profesional Notarial (Notariado, UCA, sede Buenos Aires). Profesor Titular en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA, sede Buenos Aires). Profesor en la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral). Director de la Carrera de Notariado (UCA, sede Buenos Aires). Autor de libros y capítulos de libros.

II. FUNDAMENTOS³

1. DIRECTIVAS LEGALES

Si el superficiario hubiera constituido derechos reales o personales para los que estuviera legitimado, la suerte que correrán a la extinción de la superficie cambiará según cuál fuere la causa de ésta. Para que el sistema logre la comprensión adecuada, cabe apuntar que toda situación jurídica derivada del superficiario se someterá a estas reglas, y no solamente las procedentes de la vía contractual (arg. artículo 2128 y su remisión a las normas del dominio revocable⁴).

Si se tratara del plazo, tanto sea el máximo legal como uno convencional, todas las situaciones jurídicas indicadas se extinguirán de pleno derecho (artículos 2128, 1967 y 1969). No hay norma específica que pueda penetrar esa regla (v. gr., es intrascendente si, habiéndose locado por el superficiario, el plazo del derecho real adviene antes que el pactado en la locación); es, en definitiva, el mismo efecto que en materia de usufructo y uso⁵. La solución se explica por cuanto cualquier tercero sabía que se produciría la extinción, atento lo inexorable del acontecimiento futuro.

Si se tratara de cualquier otra de las causales, la situación jurídica se conservará hasta el advenimiento de ese plazo (convencional o legal), naturalmente si antes no se hubiera extinguido por otra causa (v. gr., un usufructo que se extinguiera o una hipoteca cuyo crédito garantizado feneciera antes que el plazo de la superficie). Más allá de otra impropiedad terminológica del CCyCN, la alusión a “las dos parcelas” es gráfica: permanecerá la situación en cuestión “como si no hubiese habido extinción”.

En definitiva en este último caso no habrá perjuicio para el titular gravado, que en todo caso mejorará su situación: si la superficie hubiera perdurado hasta el cumplimiento del plazo, él hubiera de haberla soportado

³ Basado en algunas ideas publicadas por URBANEJA, Marcelo Eduardo, comentario al artículo 2125 en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, dirigido por Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 12-B, 2023, páginas 113 a 115.

⁴ URBANEJA, Marcelo Eduardo, “Aspectos notariales y registrales del dominio revocable y del dominio fiduciario”, ED, diario del 23/11/2018, páginas 1 a 4.

⁵ Véase URBANEJA, Marcelo Eduardo, comentario al artículo 2153 en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, dirigido por Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 12-B, 2023, página 236.

junto a todas las situaciones derivadas de ella; al haberse extinguido antes, solamente deberá soportar éstas, pero no a la superficie. Así, si este derecho real hubiera estado embargado, usufructuado, hipotecado o locado, el titular gravado deberá soportar esas limitaciones pero podrá realizar a su conveniencia los actos que hasta ese entonces solamente podía realizar el superficiario (construcción, plantación o uso y goce en general).

Los derechos reales de garantía harán valer su privilegio sobre la indemnización, acorde con el principio general del artículo 2194⁶.

2. PERMANENCIA DE LA AFECTACIÓN A PROPIEDAD HORIZONTAL

Dada la impotencia de los pactos para alterar la regla de la extinción de pleno derecho del artículo 2125, recordada más arriba, es prudente añadir algunas reflexiones.

Frente a la extinción de los derechos reales al extinguirse la superficie, no es posible estipular la conservación del derecho real de propiedad horizontal sobre ciertas unidades que se transmitan al antiguo superficiario. Nada se cambiaría si se pretende cobijar esa intención en la indemnización que se le debe (artículo 2126) ni en la dación en pago resuelta al momento de abonar la misma (artículo 942), pues la pauta legal es inmovible con la regla estatutaria del artículo 1884, sin necesidad de reiteraciones innecesarias. Ya desde una órbita finalista, postulo que pretender el recurso a estos institutos para alcanzar el resultado prohibido por la ley equivale a un fraude a la misma (artículo 12) alcanzado por un acto indirecto (artículo 384).

Por esa obviedad es que resulta tan escasa la aclaración doctrinaria. Máxime cuando al precepto en análisis se adiciona el 2128, que remite a las normas del dominio revocable en lo “*compatible*” y que “*no estén modificadas*” por las de este título, lo cual, como no ocurre, remite a los artículos 1967 a 1969.

⁶ Conf. GUARDIOLA, Juan José, “El derecho real de superficie”, en Clerc, Carlos Mario (Director), *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, segunda edición, 2019, p. 311; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Proyecciones de la nueva ‘superficie’. Aspectos estructurales y dinámicos”, *Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires*, número 988, año 2019, p. 43.

Pero a renglón seguido, y por esos mismos principios, se rescata la posibilidad de mantener la afectación a propiedad horizontal, precisamente por tratarse del estado de la misma y no del derecho real⁷. Adhiero a la propuesta por resultar plenamente armonizable con las pautas generales del estado de propiedad horizontal⁸.

Esta conclusión gravita acerca de la posible instrumentación de una transmisión al antiguo superficiario, pues para llevarla a cabo no será menester una nueva afectación, pudiendo utilizarse el reglamento preexistente.

La diferencia entre este otorgamiento y el que se pretendiera sin la extinción de la propiedad horizontal constituida por el superficiario es que en esta última variante quienes tuvieran un derecho sobre el titular gravado (“dueño del terreno” o “propietario del suelo” en lenguaje del CCyCN) no podrían obstaculizar la adquisición de la propiedad horizontal que se transmitiera al antiguo superficiario. Con la primera interpretación, no sujeta a duda por la doctrina en función de los claros principios de la materia, esta pretensa adquisición debe soportar las mermas procedentes de esas situaciones jurídicas, con sujeción a las reglas del artículo 399.

⁷ ALTERINI, Ignacio Ezequiel, y ALTERINI, Francisco José, “Articulación de la inversión inmobiliaria con destino habitacional. Desarrollos bajo las estructuras del dominio, condominio, propiedad horizontal (clásica y especial) y superficie”, capítulo “VI. Superficie de construcción”, en Alterini, Ignacio Ezequiel, y Aicega, María Valentina (Directores), *Derecho de consumo inmobiliario*, La Ley, Buenos Aires, 2021, tomo I, punto, VI.4.b.2.

⁸ URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Propiedad horizontal*, El Derecho, Buenos Aires, segunda edición, 2018, p. 65.

CLÁUSULAS DE INENAJENABILIDAD EN LA SUPERFICIE

Juan José Guardiola¹ y Marcelo Eduardo Urbaneja²

I. CONCLUSIONES

1. En la constitución de la superficie pueden aplicarse las llamadas “cláusulas de inenajenabilidad” en los términos, con el alcance y por el plazo establecido en el artículo 1972 del Código Civil y Comercial de la Nación. Se exceptúa a la prohibición de afectar a propiedad horizontal, que puede durar hasta la extinción de la superficie, cualquiera sea su término.

II. FUNDAMENTOS³

1. LA INENAJENABILIDAD EN EL USUFRUCTO

Cabe interrogarse acerca de la posibilidad de aplicar a la superficie el régimen de las llamadas “cláusulas de inenajenabilidad”, dimanado del artículo 1972 del Código Civil y Comercial de la Nación. La eventual

1 Profesor Titular Ordinario (Derechos Reales, Intelectuales y Registral, Universidad Nacional de Lomas de Zamora y Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires), Extitular de Derecho Reales en la Universidad Católica Argentina, Universidad Austral y Universidad Católica de Salta y Extitular de Derecho Civil I en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora y en la Universidad de la Patagonia San Juan Bosco (sede Trelew). Exjuez de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de Junín, provincia de Buenos Aires, 2002 a 2024.

² Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Académico de Número de la Academia Nacional del Notariado. Profesor Titular de Derechos Reales, Contratos, Derecho Societario, Títulos Valores y Derecho Empresario (Abogacía, UCA, sede Buenos Aires), y Derecho Privado Notarial, Derecho Registral y Práctica Profesional Notarial (Notariado, UCA, sede Buenos Aires). Profesor Titular en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y en la Maestría en Derecho Civil Patrimonial (UCA, sede Buenos Aires). Profesor en la Maestría en Derecho Civil (Universidad Austral). Director de la Carrera de Notariado (UCA, sede Buenos Aires). Autor de libros y capítulos de libros.

³ Algunas ideas se basan en lo publicado por URBANEJA, Marcelo Eduardo, comentario a los artículos 2114 a 2128 (“Superficie”) en *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado*, dirigido por Marcelo López Mesa y Eduardo Barreira Delfino, Hammurabi, Buenos Aires, tomo 12-B, 2023, páginas 61 a 125 (principalmente, páginas 97 y 98, comentario a artículo 2120).

expansión de ese régimen a derechos reales distintos al dominio ocupó a la doctrina con ocasión de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), cuya Comisión 5 determinó por mayoría que en materia de usufructo esa aplicación no resulta posible.

Nos pronunciamos en sentido contrario en ese evento, por argumentos que ahora se reiteran⁴. No dudo que tanto en el Código Civil como en el Código Civil y Comercial de la Nación los “límites al dominio” no se limitan a este derecho real, sino que deben extenderse a todos. Si esta afirmación se suscribiría por cualquier autor sin lugar a dudas para las inmisiones (artículo 1973), las plantas (artículo 1982) o el régimen de vistas y luces (artículos 1978 y 1979), no comprendemos por qué motivo se negaría para estas restricciones que consideramos aquí. Con más razón cuando se preconiza la posibilidad de prohibirle locar al usufructuario⁵, facultad mucho más vinculada a su esencia que la de transmitir el propio usufructo o constituir derechos reales.

2. LA INENAJENABILIDAD EN LA SUPERFICIE

Traemos la temática aquí pues, con las salvedades que a continuación puntualizaremos, el esquema argumentativo se reitera. Seguimos interpretando como entonces, que el régimen de las cláusulas de inenajenabilidad puede aplicarse a cualquier derecho real transmisible, por idénticos argumentos, y por lo tanto puede imponerse al superficiario⁶. Podría arrimarse el fundamento no desdeñable de la aplicación de las normas del dominio revocable a la propiedad superficiaria (artículo 2128), por lo que el artículo 1966 habilitaría la aplicación indudable.

La única diferencia que debe admitirse en superficie viene dada a nuestro modo de ver para la afectación a propiedad horizontal y consiguientes transmisiones de ese derecho real. Como prenotado, cabe apuntar que pese a la semántica al menos confusa del segundo párrafo por la

⁴ URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 294 y siguientes.

⁵ ALTERINI, Jorge Horacio, *La locación y los derechos reales con función equivalente*, Editora Platense, 1970, La Plata, provincia de Buenos Aires, p. 180.

⁶ GUARDIOLA, Juan José, “El derecho real de superficie”, en Clerc, Carlos Mario (Director), *Derechos Reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, Erreius, Buenos Aires, segunda edición, 2019, p. 297.

ubicación de la coma, lo que puede prohibirse es la afectación a propiedad horizontal en sí misma⁷, y no simplemente la separación del terreno, pues no es dable suponer que regla tan cara a la estructura del derecho real se someta a decisión contractual. En suma, o se puede afectar a propiedad horizontal con “separación del terreno”, o no se puede afectar.

Es que, si este artículo indica expresamente que se admite el pacto en contrario (o sea, prohibir la afectación a propiedad horizontal), esa directiva no puede tener otro destino más que admitir la prohibición por toda la duración de la superficie. De lo contrario, la referencia legal no tendría sentido, pues ingresaría al régimen del citado 1972. Las consecuencias de violar esta prohibición serían las mismas que establece genéricamente este último artículo, es decir la invalidez del acto⁸.

Solamente podría disentirse con esta visión si se pensara que el 1972 no resulta aplicable y por lo tanto solamente cabría prohibir la propiedad horizontal y no el resto de los derechos reales, pero incluso así deberían indicar si consideran aplicable la prohibición por todo el lapso de la superficie o con el alcance del 1972.

La interpretación que propiciamos sería equivalente a la posibilidad que luce en materia de prohibiciones de enajenar del fiduciario, que puede superar a la del 1972 (artículo 1688)⁹.

⁷ COSSARI, Nelson Gustavo Adrián, comentario al artículo 2120, en Alterini, Jorge H. (dir. gral.) y Alterini, Ignacio E. (coord.), *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, t. X (Cossari, N. G. A., dir. tomo), Buenos Aires, La Ley, tercera edición, 2019, punto b.3.6.

⁸ URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 116 y siguientes y 228 y siguientes.

⁹ URBANEJA, Marcelo Eduardo, *Práctica notarial de contratos usuales*, Astrea, Buenos Aires, segunda edición, 2017, p. 400 y siguientes.

EL PLAZO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Mariana Hefling¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial argentino no es perpetuo, ni puede serlo. Tiene un plazo máximo y determinado de 70 años para construcciones y de 50 años para plantaciones y forestaciones.

II. FUNDAMENTOS

No escapa este derecho real a su raíz romana. Dicho derecho nace en el derecho público, como una forma de locar terrenos del Estado a particulares, permitiendo que el locatario construya sobre la superficie, ello contra el pago de un canon. Eran contratos a largo plazo o perpetuos.

Se lo podía asimilar más al derecho de locación, pero no era propiamente dicho ya que se autorizaba al superficiario a construir y gozar de dicha construcción.

Ya en la época clásica se permitió constituir derecho de superficie en terrenos privados. Dando acciones al superficiario contra el titular y el locador.

Posteriormente, el *iuspraetorium* morigeró este principio general en beneficio del superficiario. “El pretor consideró (...) equitativo concederle una protección más eficaz: en primer lugar le ofreció en el edictumel interdicto de superficiebus -para ser mantenido en el goce- y, si el arriendo era a perpetuidad o por largo plazo, el pretor prometió darle una acción in

1 Escribana Titular del Registro Notarial 15 de Almirante Brown. Abogada Egresada de La UBA año 2005. Miembro de la comisión de Legislación y Jurisprudencia del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires y Docente de la UNIVERSIDAD NOTARIAL ARGENTINA.

rem útil -para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario- y una excepción contra la reivindicatio de este último.”²

Estábamos frente a un derecho real de cosa ajena. Lo construido pertenecía al *populus* o al *municipium* en el caso de que el terreno fuese público o al titular dominial si era de dominio privado, conforme a la regla clásica de que “superficie solo cedit” (lo que está en la superficie accede al suelo). Pero se le reconoce al superficiario la facultad de usar de la construcción si pagaba el *solarium*, como ya dijimos, en general, por un plazo de tiempo bastante prolongado.

Para ese entonces el derecho de superficie era considerado una desmembración del dominio. Lo que permitía “ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción”³.

Sin embargo, este derecho real fue dejado de lado por el Código de Napoleón y los restantes códigos decimonónicos a los que aquel sirvió de inspiración, ya que ideológicamente intentaban fomentar el dominio pleno no sujeto a restricciones, limitaciones o plazos.

Siguiendo esos lineamientos, en el Código Civil Argentino de 1869, vigente desde 1871, expresamente se prohibió el derecho real de superficie en el art. 2614 del Código Civil⁴. El codificador era plenamente consciente de la existencia y el funcionamiento de este derecho y, expresamente, eligió no receptorlo dentro del *numerus clausus* de derechos reales de dicho cuerpo legal ya que consideraba que “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”⁵.

2Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 23/02/2016, Cita Online: AR/DOC/507/2016

3Nota al art 2503 del Código Civil velezano

4Art. 2614 Código Civil velezano “Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna”.

Sin embargo, doctrinariamente y en el derecho comparado hace años que se hablaba de este derecho y comenzó a bregarse por la doctrina nacional una modificación de este rígido criterio.

En el año 1984 en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid, se detallaron los beneficios socioeconómicos que podía brindar el derecho de superficie, incluso por la misma delegación argentina en donde dicho derecho se encontraba prohibido, se recomendó su inclusión en las legislaciones que no lo receptaban.

Por su parte en nuestro país en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, del año 1985 celebradas en la ciudad de Corrientes también se propició el reconocimiento de este derecho y desde entonces esa posición se reprodujo en las distintas jornadas subsiguientes. Sólo a título de ejemplo, la Comisión n° 7 de la XIII Conferencia Nacional de Abogados realizada en el mes de abril de 2000 en la ciudad de San Salvador de Jujuy y las XXV Jornadas Notariales Argentinas que tuvieron lugar en la ciudad de Mendoza en el mes de septiembre de 2001 aconsejaron de *lege ferenda*, la incorporación del derecho real de superficie a la legislación nacional.

Luego tenemos los proyectos de unificación del Código Civil y Comercial de los años 1987 y 1993, en donde se preveía la figura del derecho de superficie, enfocado principalmente en la construcción. En el año 1998 en el proyecto de unificación también se incorpora, pero ahí ya con fines forestales.

En el año 2001 mediante la sanción de la ley 25509 se receptó el derecho real de superficie forestal. Se incluyó, además, el inciso número 8 al artículo 2503 del Código Civil por el que se incorporaba el derecho real de superficie forestal al listado de derechos reales en nuestra legislación conforme el criterio del *numerus clausus*.

Finalmente, la Ley 26.994 deroga la ley 25.509 y legisla un nuevo régimen de derecho real de superficie.

En el derecho comparado vemos la incorporación de este derecho de superficie relacionado directamente con los procesos de planeamiento urbano. Así por ejemplo en Brasil, se incorpora en el año 2003 como una herramienta para regularización dominial, otorgando el Estado al ocupante de la tierra un derecho real de superficie por el plazo de 20 años, vencido el cual el superficiario puede consolidar el dominio a su favor, si el titular dominial no se opuso.

En Alemania, este derecho fue introducido por una ordenanza del año 1919, y fue aplicado como una solución para la reconstrucción de las ciudades luego de las guerras mundiales. La gran diferencia que presenta el derecho de superficie en Alemania respecto al incorporado en nuestra legislación, es que en dicho país puede ser perpetuo, debido a que fue creado para tierras que eran de propiedad del Estado, por lo que la perpetuidad no generaba conflicto entre partes.

En otros países como en Francia el derecho de superficie se utiliza para la construcción de monumentos.

Hemos aquí un pequeño análisis de la historia y del derecho comparado de este derecho real. Me pareció importante hacer un poco este resumen histórico y ver su aplicación para entender porque sostengo la presente ponencia.

El artículo 2114 inicia diciendo: el derecho real de superficie es un derecho temporario. Como vimos en el derecho comparado existen derechos de superficie perpetuos. Y de haberlo querido así, el codificador lo hubiese podido establecer, como así también la prórroga del plazo indeterminada. Sin embargo, en el artículo 2117 establece: El Plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

Entiendo que no es necesario mayor análisis ya que tanto de la historia, del derecho comparado y de la norma se puede desprender nítidamente la conclusión que del derecho real de superficie tiene un plazo determinado. Y que en caso de querer extender dicho plazo será una nueva afectación.

LA POSIBILIDAD DE USUCAPIR EN EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Ethel Humphreys¹, Juan Pablo Mele² y Fabián C. Casas³

I. CONCLUSIÓN

De lege ferenda

Se propone la supresión de la expresión del artículo 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación: “No puede adquirirse por usucapión”.

¹ Abogada. Doctora en Derecho con Orientación en Derecho Privado. Especialista en Derecho de la Salud, Responsabilidad Médica e Institucional. Diplomada en la Diplomatura en Actualización en Nuevo Código Civil y Comercial. Post-Doctoral en curso. Diplomada en Contratos Administrativos y Programas de Propiedad Participada. Diploma en Derecho Procesal Constitucional y Procesal Administrativo. Profesora Titular de “Derechos Reales I” (UAI), Profesora Adjunta regular por concurso de la materia: “Elementos de Derechos Reales”, de la Facultad de Derecho (UBA) y de “Derecho Económico I”, de la Facultad de Ciencias Económicas (UBA). Profesora de las materias: “La propiedad Horizontal en la Actualidad” y “Protección Jurídica de la Vivienda” (CPO), en la Facultad de Derecho (UBA). Profesora del Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado (Intensivo y Regular, UCES, UNMDP). Profesora de la Especialización en Salud, Responsabilidad Médica e Institucional (UBA). Profesora del Posgrado en Derecho Inmobiliario (UBA). Profesora de la Diplomatura en Derechos Reales (UNCAUS). Ex - Consejera titular representante del estamento docente del Consejo Consultivo del Departamento de Derecho Privado II de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, re-electa por dos períodos. Autora y coautora de libros y artículos relacionados con el área civil - patrimonial. Ponente y Conferencista en diversos eventos.

² Abogado (UNLZ). Especialista en Derecho de Daños (UNLZ). Magíster en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UNA). Doctorando en Derecho con orientación en Derecho Privado -Plan de Tesis aprobado/Tesis en elaboración- (UCES). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UAI). Ex Adjunto de Derechos Reales (UAI). Adjunto de Derechos Reales I (UAI). Autor y coautor de libros y artículos relacionados con el área civil. Ponente y Conferencista en diversos eventos.

³ Abogado. Doctorando en Ciencias Jurídicas (UAI). Adjunto en “Derechos Reales I”. (UAI) . Adjunto en “Interpretación del Derecho” (UAI). Coautor de libros relacionados con el área civil. Moderador y participante de eventos jurídicos.

II. FUNDAMENTOS

El artículo 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación proscribiera expresamente la posibilidad de que en el derecho real de superficie se pueda adquirir el derecho real por prescripción adquisitiva larga. En efecto determina: “No puede adquirirse por usucapión”. Más sí, permite que sea adquirida por prescripción breve. Así lo norma sin formular ningún fundamento que avale esa distinción; y, específicamente, esa prohibición.

De lege ferenda, se propone la eliminación de la expresión contenida en el artículo 2119: “No puede adquirirse por usucapión” (el derecho real de superficie).

El artículo 1987 del código fonal define a la usucapión como el *modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere el derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley.*

Ninguna duda cabe que la superficie es un derecho real que se ejerce por la posesión, así lo determina el artículo 1891 de ese código.

A su vez, el artículo 2114 que define al derecho de superficie lo incluye, con su definición, como a un derecho real que se ejerce por la posesión, siguiendo el lineamiento de la estructura legal del código, permitiendo al superficiario ejercer facultades materiales sobre el objeto de su derecho real.

Por otro lado, el artículo 2127 remite, subsidiariamente, a la aplicación del derecho real de usufructo en lo que al uso y goce atañe; en tanto que, el siguiente (2128), a las normas del dominio revocable, en lo que a la propiedad superficiaria refiere.

Hasta aquí, ninguna razón de ser, encuentra su justificación para enarbolar tamaña prohibición.

Obligado es recordar cuáles son los fundamentos que instruyen el instituto de la usucapión. El primero de ellos, constituye el favorecer y proteger la libre circulación de bienes, que se vería impedida por quien se desinteresa o abandona el bien. El segundo, el favorecer la seguridad jurídica y disminuir la litigiosidad; puesto que el afianzamiento de los derechos es la premisa esencial que hace a la usucapión, funcionando como un valladar a las acciones reivindicatorias. El tercero, estimula el trabajo y el mantenimiento del inmueble que ostenta el poseedor. El último, importa brindar seguridad a quienes establecen relaciones jurídicas con el poseedor.

El juicio de usucapión se cimentaría en un mecanismo dogmático de prueba sobre la titularidad de -en el caso- la propiedad superficiaria. Desde este punto de vista, podemos afirmar que el principal fin es el de probar la titularidad; mas no, el facilitar el obrar de quien actúa como poseedor ilegítimo. De este modo, el derecho impone una verdadera situación de seguridad jurídica respecto del derecho real. Así, por cuanto, cumplidos determinados requisitos exigidos por aquél, el origen de la titularidad, la validez o legalidad de los actos sucesivos de transmisión o la persona de los otorgantes, carecen de valor.

La prescripción adquisitiva tiene un fundamento positivo, que es el estímulo de la utilización de recursos y cosas que el derecho considera objetivamente valiosos. De este modo, se premia a quien emplea los bienes conforme estatuye el plexo normativo.

También, tiene un fundamento negativo, al permitir al usucapiante rechazar toda acción de reivindicación.

Así, se sanciona al titular de un bien que no ejerce su derecho real sobre la cosa.

La prescripción adquisitiva constituye una protección de la posesión. Otorga seguridad jurídica a las relaciones de hecho, transformándolas en situaciones de derecho.

Al volver en nuestra propuesta primigenia, ninguna duda cabe que tal proscripción no tendría asidero en nuestro plexo normativo legal; puesto que el privar de la posibilidad de adquirir el derecho real de superficie por usucapión, no solamente generaría el cercenamiento de las facultades del pretenso superficiario, sino que lo restringe arbitrariamente de las potestades a las que lo facultaría el artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Si se toma en cuenta la contracara del derecho, el titular dominial no vería afectada su titularidad, puesto que la adquisición por prescripción adquisitiva larga del derecho real de superficie no conculca el carácter de elasticidad del dominio. Entendiendo que al extinguirse el derecho real de superficie, vuelven en su cabeza las facultades cedidas originariamente. Por lo tanto, es menos gravoso para el titular dominial esta posibilidad.

La usucapión del derecho real de superficie no solamente no lesiona al derecho del titular dominial, sino que protege su interés que tuvo en miras al constituir la superficie.

No se nos escapa la reglamentación del desuso que impone el artículo 2124 del Código Civil y Comercial de la Nación, que impone la extinción del derecho de superficie diez años antes de operada la usucapión en el caso de inmuebles.

Cierto es que, el desuso aludido tiene su entidad en la utilización de los bienes con fines productivos. Si tomamos en consideración el contenido de los derechos reales, que obsta al provecho o beneficio económico de los bienes; lejos podría entenderse que el desuso reglado en el artículo 2124, podría contrariar ese elemento.

La posesión se materializa a través del ejercicio de actos posesorios, que -empleando el léxico del código fonal, a contrario sensu- importaría un uso del bien en crisis. Lo cierto es que el tercero que intenta ocupar el lugar del superficiario originario, manifiesta su voluntad a través de la realización de actos posesorios; es decir, del uso de la cosa.

Ahora bien, si tomamos en consideración que la exégesis del derecho real de superficie se abona en la productividad de los bienes; el uso por el superficiario originario o por un tercero, zanjaría la razón de un distingo arbitrario que el legislador hubiese querido imponer. Así se sellaría la suerte de la finalidad pretendida por el legislador, al reglar el artículo 2124.

Por lo tanto, entendemos que no opera el desuso, según artículo del 2124, dado que la superficie estaría siendo usada por el tercero usucapiente, pues la norma -en equivalencia con el artículo 2182 del Código fonal- no requiere que quien realiza la utilización sea el superficiario o delegado de este.

En función de lo expuesto, proponemos la supresión de la expresión del artículo 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación: “No puede adquirirse por usucapión”.

**ALGUNAS PRECISIONES RESPECTO DEL DERECHO DE SUPERFICIE
EN EL CCCN, CON ESPECIAL REFERENCIA A LA PRESCRIPCIÓN
ADQUISITIVA LARGA Y SU TRANSMISIBILIDAD**

Por Verónica Kozak¹ y Sandra Silvana Gutierrez²

I. CONCLUSIONES

1. Constitución del derecho real de superficie. Se recomienda la admisión de la **prescripción adquisitiva larga respecto del derecho de superficie**. La técnica que se emplea en los diversos registros – cfr. ley 17.801 y Disposiciones Técnico Registrales (DTRs) según corresponda, indica/n que se procede a la apertura de un nuevo folio (cfr. art. 5 de la ley 25.509). Con ello ninguna duda cabe que se distingue la propiedad del suelo y se confecciona un registro separado para la superficie (50, 70 años, según corresponda, etc.).

2. Deviene insoslayable el acompañamiento del plano de mensura y la citación del Estado para preservar la llamada seguridad “in genere”. Dicho requisito impuesto por ley 14.159 busca determinar con **exactitud la cosa objeto del juicio de usucapión**, pues sin el plano de mensura que se exige acompañar con la demanda el juez no sabría a ciencia cierta cuál es el inmueble cuyo dominio, en el caso derecho de superficie, pretende adquirirse por prescripción. De ello **colegimos que no hay impedimento para la admisión en el CCCN de la prescripción adquisitiva larga en el esquema del CCCN, y habilita una futura reforma (cfr. art. 2565, CCCN)**. Ello debilita el argumento que intenta justificar que el superficiario no debería limitarse (auto restringirse) a **adquirir la superficie** estando en condiciones de **adquirir la totalidad del dominio inmueble. No hemos encontrado argumento alguno que justifique desecharla.**

¹ KOZAK, Verónica, Profesora Adjunta regular, Derechos Reales de la Cátedra de titularidad de la Dra. Abreut de Begher, Liliana E. - Facultad de Derecho (UBA); profesora Invitada Maestría en D. Civil Patrimonial (UCA), autora y coautora de libros, revistas jurídicas y articulista.

² GUTIERREZ, Sandra S, Profesora Adjunta Interina, Derechos Reales de la Cátedra de titularidad de la Dra. Abreut de Begher, Liliana E. - Facultad de Derecho (UBA). Autora y coautora de libros, revistas jurídicas, articulista.

3. Transmisión del derecho real de superficie. El CCCN en el capítulo 2 del Libro Cuarto, dedicado a la adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad de todos y no algunos derechos reales en el art. 1892, establece a) adquisición derivada por actos entre vivos, b) **adquisiciones por causa de muerte**; c) adquisición legal (1894, 392, 45, 2283 y 2315, CCCN) y d) prescripción adquisitiva. En esa línea argumental, entendemos que el art. 2119 del CCCN si bien dispone – que se adquiere por contrato, no dice únicamente por contrato y **con ello deja abierta la posibilidad de admitir el testamento como modo de adquisición derivada por actos de última voluntad del presente derecho de superficie. Si bien el codificador admite la transmisión mortis causae de este derecho sin restricción alguna, podría pensarse la posibilidad de darle al testador que constituye el derecho de superficie teniendo en consideración la idoneidad y/o profesión del superficiario de incluir cláusulas limitativas o restrictivas para el supuesto de transmisión por muerte del superficiario.**

4. No advertimos impedimento en la **legitimación del superficiario para afectar al régimen de vivienda (cfr. arts. 244 a 256, CCCN)**, no se desconoce que el requerimiento de habitar el inmueble responde a una inobjetable lógica, no obstante ello, creemos que resulta admisible en las dos manifestaciones del mismo.

II. FUNDAMENTOS

El Código velezano prohibió el derecho de superficie y consagró el principio de accesión. La práctica de Europa durante el transcurso de la Edad Media lo llevó a plasmar que tanto la superficie, como la enfiteusis y las vinculaciones eran derechos por demás problemáticos, que creaban conflictos de intereses entre las partes. Es que, la multiplicidad de derechos reales sobre una misma cosa es una fuente fecunda de complicaciones y pleitos (cfr. nota al art. 2502, CC).

La visión del siglo XIX del derecho de dominio como absoluto y sin limitaciones ha evolucionado hacia un concepto de mayor compromiso social que dio lugar a reformas legislativas, no sólo en nuestro país. Aunque sin disputar la condición de primer eje de los derechos reales al dominio y en aras a un mejor aprovechamiento, utilización social y económica de la tierra, otras legislaciones del mundo tal el caso de Alemania, Francia,

España, Italia, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Uruguay, Cuba y Perú admitieron el derecho real de superficie.

En nuestro país, la Ley de Bosques (2002) y luego ley 25.509, incorporó en la lista de los derechos reales, al derecho de Superficie Forestal.

El legislador eligió su admisión con una concepción y amplios fines, sea plantar, forestar o construir y en tres planos, a) rasante -nivel del suelo-, b) vuelo – espacio aéreo- y c) subsuelo.

a) Sobreelevación de la superficie edilicia en propiedad horizontal (ordinaria) y en los conjuntos inmobiliarios (Propiedad Horizontal especial) y por unanimidad.

Así en un edificio afectado al régimen de propiedad horizontal (cfr. art. 2037, 2052 y 2118, CCCN) los copropietarios pueden llegar a constituir el derecho de superficie a favor de un tercero y éste utilizar la terraza, azotea, techo del edificio para sobreelevar, construir otros pisos que encuentren su punto de apoyo en los anteriores ya existentes.

También es factible, en relación a los conjuntos inmobiliarios que se constituya este derecho para construcción, forestación y/o plantación.

Desde sus albores **ha cumplido una función social**, para superar el escollo de la **problemática habitacional**, tal como se reconociera en la Conclusión de la Comisión Nro. 11 en las XXV *Jornadas Nacionales de Derecho Civil* (Bahía Blanca, 2015) y en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003).

Es admitido en casi todos los países, Bélgica, España, Holanda, Alemania, Italia, Portugal, Chile, Brasil, Colombia, Uruguay, Perú, Paraguay, Bolivia, Cuba (desde 1988). Y también en fue aceptado en la Generalidad de Cataluña, el ZGB suizo y en Quebec.

A pesar de no haber sido recibido en el esquema velezano, parte de nuestra doctrina enfatizó acerca de su regulación para viabilizar la **instrumentación de negocios modernos y hasta un mejor aprovechamiento (inversión y explotación) de los bienes**. Y por el tipo de inversión y/o objetivos se daría de bruces con plazos mínimos.

En el contexto actual, creemos que puede reportar importantes beneficios si se recurre a este derecho real para levantar edificios de departamentos, de oficinas, supermercados, cocheras (estacionamientos), teatros, galerías comerciales, locales industriales,

hospitales, etc. Inclusive se ha propugnado la creación de este derecho con la finalidad de generar energía eólica.

Es factible su combinación con la propiedad horizontal y también con los conjuntos inmobiliarios (art. 2073 y sgts.).

La ley 25.509 – con antecedentes en la ley 25.080 “de inversiones para bosques cultivados” lo *admitió en su variante de forestación y silvicultura*; ambas debían complementarse y armonizarse con el CC y con la ley de defensa forestal nro. 13723. El CCCN, ha derogado la ley 25.509 y deviene innecesario complementarlo con otra ley especial, excepto que en el futuro ello ocurra.

El derecho de superficie se ha colocado en la lista de los derechos reales permitidos (cfr. art. 1887, inc. g), 2114 y ss. CCCN, 2119), con otras *finalidades superadoras de la forestación y silvicultura*. Es un derecho real sobre cosa propia, cuando estamos frente al supuesto que expresamente contempla el art. 1888, CCCN (*propiedad superficiaria*).

Se trata de un derecho que goza de autonomía, principal y no accesorio, **que admite la configuración de propiedades separadas**, - el titular dominial no desdobra los planos por su propio interés aunque el inmueble sigue siendo el mismo. En ese caso, el derecho se extinguiría por consolidación. Se admite la coexistencia de dos o más superficies, en la medida en que no exista superposición.

Al ser temporáneo y no vitalicio, se deroga convencionalmente el principio de accesión el que “queda suspendido”. El propietario del suelo y constituyente del derecho, por ende, conservará un dominio desmembrado, que se transforma en imperfecto, cuyas facultades podrá recobrar eventualmente como consecuencia de la elasticidad del dominio. De ello se sigue, que se interpreta que hay una *urgencia en una explotación eficiente*.

El CCCN hace expresa remisión a las *normas del usufructo y dominio revocable (arts. 2127 y 2128) que son esencialmente temporarios*. Debe destacarse en el caso la *gradualidad*, para el nacimiento de este derecho real ya que no es necesario ni imprescindible que la construcción, siembra o plantación se encuentren en su fase final.

Ha sido considerado como un derecho hereditario y enajenable -de usar y gozar de la manera más amplia de una construcción realizada sobre el suelo de otro (o por debajo de la finca), por un largo tiempo, a cambio del pago de un canon.

El derecho sobre el vuelo y el subsuelo, lo es, en la medida que su *aprovechamiento resulte posible*; por ende puede ser cedido a un tercero. Es transmisible -por actos entre vivos o mortis causa-, susceptible de ser gravado con otros derechos reales y registrable (se aplica el principio de prioridad temporal).

Ahora bien, como en el esquema del CCCN pueden ser adquiridos por prescripción adquisitiva el dominio (art. 1941, art. 1942), el condominio (art. 1983), la propiedad horizontal ordinaria (art. 2037), los conjuntos inmobiliarios stricto sensu – propiedad horizontal especial (art. 2073), la superficie art 2114 y 2119 – *pero se admite únicamente la breve* (art. 1898 con justo título y buena fe), el usufructo (art 2129), el uso (art 2154), la habitación (art 2158) las servidumbres positivas (art. 2162), el tiempo compartido y los cementerios privados. Se descartan los derechos reales de garantía (cfr. 2185) ya que su única fuente es la convención (hipoteca art.2205, anticresis, art.2212 y prenda art.2219).

1. LA CUESTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LARGA.

Dispone el art. 2119, CCCN, Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. **No puede adquirirse por usucapión.** La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

*Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil - FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS Y SOCIALES DE LA UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. 26 y 27 de septiembre de 2019, CONCLUSIONES DE LA COMISIÓN N° 6, ACONSEJARON - De Lege Ferenda: MAYORÍA: Se recomienda admitir la **prescripción adquisitiva larga** para la adquisición de la propiedad superficiaria. MINORÍA: Admitir la prescripción adquisitiva larga siempre que el prescribiente cuente con un título insuficiente emanado del propietario. PUJOL, SUREDA.*

Es factible que una larga posesión triunfante haga sucumbir el dominio de quien es el verdadero dueño y de verificarse tales recaudos, con

el *acompañamiento del plano de mensura al inicio de la demanda*³, y la citación del Estado a los efectos de verificar el cumplimiento de la llamada seguridad “*in genere*” (cfr. Ley 14.159, art. 24 y su Dec. Reglamentario N° 5756/58), dictado de la medida cautelar/preventiva de anotación de litis, con vigencia durante todo el derrotero de las actuaciones y luego de la estricta valoración de la llamada *prueba compuesta*, mediante el dictado de una

³ 54584/2016 FANETTI, LUIS FRANCISCO c/ COMPLEJO HABITACIONAL NUEVO SUTERH II s/PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA, 07.02.2017, Fdo: BARBIERI PATRICIA BRILLA DE SERRAT ANA MARÍA R. OSVALDO ONOFRE ÁLVAREZ, JUECES DE CAMARA Y VISTOS. CONSIDERANDO: Han sido elevadas las actuaciones para el tratamiento del recurso deducido por la parte actora en forma subsidiaria a fojas 703 y vta. contra el pronunciamiento de fojas 702 y vta. en tanto exige el cumplimiento del recaudo establecido en el artículo 24 inc. b) la ley 14,159 relativa a la incorporación a las actuaciones del plano de mensura del inmueble cuya usucapión se pretende. Resulta aplicable en la especie lo resuelto por este Tribunal en autos “Gottig de Ribeiro María Angélica c/Carullo Mabel Sofia y otros s/prescripción adquisitiva”, Expte. N° 26.963/1990, en los cuales se ha expresado que “...En su artículo 24 dicha norma reza: “En el juicio de adquisición del dominio de inmuebles por la posesión continuada de los mismos (artículo 4015 y concordantes del Código Civil) se observarán las siguientes reglas:

b) Con la demanda se acompañará plano de mensura, suscripto por profesional autorizado y aprobado por la oficina técnica respectiva, si la hubiere en la jurisdicción...”. “En tal sentido, se ha resuelto, aunque no en forma unánime, que dicho incumplimiento, obsta - en principio- al progreso de la acción tendiente a obtener el dominio de un inmueble por usucapión, pues este requisito aunque de carácter formal, hace a la precisa individualización del bien con precisión de sus dimensiones y linderos (CNCiv. esta Sala “D” en anterior composición, “Bentivegna s/ posesión veinteañal”, L. 181.693 del 14-06-73; *id.*, 04-05-84, ED 111-540; *id.* Sala G, 13-12-88, LL 1989-C-527, entre otros)”. “Es decir, la falta del plano de mensura constituye un obstáculo para la eventual admisibilidad de la acción”. “A mayor abundamiento, se ha resuelto que el requisito impuesto por el art. 24 de la ley 14.159 de catastro Nacional Parcelario busca determinar con exactitud la cosa objeto del juicio de usucapión, pues sin el plano de mensura que se exige acompañar con la demanda el juez no sabría a ciencia cierta cuál es el inmueble cuyo dominio pretende adquirirse por prescripción (C. Nac. Civ., sala H, 10/11/98, “Preposito, Ángel c. Municipalidad de Buenos Aires”, LL, 1999D, 420 y DJ 1999354). Y además, que el plano de mensura para la información posesoria y la memoria de la mensura no son más que el cumplimiento de los recaudos formales de admisión de la demanda de usucapión (conf. art. 24, inc. b, ley 14.159) (conf. Cámara de Apelaciones de Trelew, sala A Smith Smith, H. A. c. A., C. 21/08/2008 Publicado en: La Ley Online; Cita online: A/JUR/34001/2008)”. En tal tesitura, y a tenor de lo expuesto, su agregación a estos obrados no puede soslayarse; no siendo admisible la pretensión esgrimida relativa a la desinsaculación de un perito pues de conformidad con el artículo citado, en rigor el plano en cuestión debe ser acompañado al momento de promoverse la demanda.

sentencia declarativa se dejará sin efecto el dominio anterior (art. 98, Reglamento para la Justicia Nacional en lo Civil).

Respecto de la prescripción adquisitiva larga (cfr. arts. 1897, 1899 y sgs.), *si bien expresamente se deniega procedencia con el argumento de que responde a toda lógica que quien ha ostentado la posesión de una edificación o plantación, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por el lapso de veinte años, difícilmente pretenda ser declarado solo dueño de lo emplazado sobre el suelo, excluyendo de su acción el terreno sobre el cual se asienta.*

Si bien se pueden adquirir por prescripción todos los *derechos reales principales*, es factible que el dueño pretenda adquirir el dominio y no se auto restrinja a la superficie, *pero no imposible que ello suceda y ello podría obedecer a cuestiones de índole impositiva.*

Sí se admite, en cambio, la prescripción breve- cfr. art 2119, CCCN como modo de adquisición *como una herramienta para sanear un justo título – debiendo aplicarse en este caso las previsiones del art. 1902–*. Y resulta especialmente útil esta figura en los casos en los que el adquirente superficiario no puede acogerse a la protección acordada por el art. 392, CCCN por haber adquirido de quien no era titular del derecho de dominio, condominio o propiedad horizontal. Es decir, se estaría en presencia de defectos que no eran de su conocimiento o bien no los pudo conocer.

El código dispone que el superficiante propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario (art. 2121, CCCN). Debe detenerse en la cuenta de que estas facultades son las residuales de aquellas que otorgó al superficiario, y por exclusión el dueño del suelo sólo goza del derecho de disposición.

Ahora bien, aquí cobra relevancia la idea de la **tridimensionalidad de este derecho**, es decir, que al paralizarse o suspenderse **el principio de accesión, cada plano (a) rasante, b) vuelo y c) subsuelo) goza de independencia** si así se lo distingue en el contrato, por tanto pueden separarse el subsuelo, de la rasante, del espacio aéreo. Por ende, si la superficie quedara emplazada sobre un solo plano, por ejemplo, el subsuelo, el dueño del suelo ostenta sobre los otros dos planos —rasante y espacio aéreo— plenas facultades de uso, goce y disposición, tanto material como jurídica, ya que no se da el supuesto mencionado de exclusión en el uso y goce por parte del superficiario.

Solo en el caso donde se constituya la superficie sobre los tres planos, abarcando la rasante, subsuelo y espacio aéreo, el superficiante gozará únicamente del derecho de disposición, de acuerdo con el contenido que se fijó en el contrato.

2. CONSTITUCIÓN Y TRANSMISIÓN DE LA SUPERFICIE POR DISPOSICIÓN DE ÚLTIMA VOLUNTAD.

El codificador introdujo como novedad legislativa la posibilidad de que el derecho de superficie *pueda constituirse por disposición de última voluntad*, además de poder hacerlo por contrato oneroso o gratuito, alternativa que no estaba prevista en la derogada Ley 25.509, “Derecho Real de superficie forestal”.

Debemos advertir que bajo el título “adquisición”, el art. 2119, distingue entre el *acto de constitución* y el *acto de trasmisión de este derecho de superficie*, en sus dos modalidades (tanto el derecho a plantar, forestar o construir como la propiedad superficiaria del art. 1888, CCCN).

Debemos tener en claro la diferencia que resalta el artículo 2119 CCCN, entre acto de constitución del derecho de superficie y acto de transmisión. Mientras la constitución se refiere al acto jurídico que da origen al derecho y que de acuerdo a la letra de la norma únicamente deberá ser de naturaleza contractual, en cambio la transmisión de ese derecho de superficie ya constituido puede darse por actos entre vivos como por causa de muerte (conforme también facultades jurídicas del superficiario –art. 2120 CCCN-).

Así, la letra de la norma expresa que el derecho real de superficie se constituye o adquiere por contrato -oneroso o gratuito-, prohibiendo en forma expresa y solamente la adquisición por usucapión larga. O sea, que se permite la adquisición derivada, ya sea por actos entre vivos o de última voluntad, y no por vía de adquisición originaria, como es la prescripción adquisitiva larga. Entendemos de la lectura del artículo que **la única forma que el legislador dice que no puede adquirirse este derecho real, es por usucapión larga y no hace extensiva en forma expresa dicha prohibición a la constitución por disposición de última voluntad**. Por ende, consideramos que no debe ser desechada la posibilidad de que sea constituido el derecho de superficie por disposición de última voluntad.

Compartimos la posición de algunos autores, como la del Dr. Claudio Kiper, para quien *“la superficie puede ser constituida por*

testamento”. **El derecho de superficie puede constituirse por disposición de última voluntad.** Se ha llegado a explicar que al tratarse de una adquisición derivada, no existe prohibición legal alguna para que no pudiera ser constituido el derecho real de superficie a través de una disposición de última voluntad.

Entonces, entendemos que el derecho de superficie además de poder ser constituido *mortis causae* **también se lo puede transmitir de igual forma.** Para esta última conclusión no es necesario forzar la letra de la ley pues resulta expresamente de la normativa del art. 2119, al disponer que puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Si el superficiario fallece, los herederos ocupan su lugar al tratarse de un derecho transmisible. Así, a su deceso el derecho no se extingue porque no es vitalicio, se transmite a sus herederos, de ese modo **el derecho de superficie puede también ser legado.**

Pensamos que quien es titular de un inmueble puede disponer para después de su muerte por vía de testamento, *asemejando* a los modos de constitución previstos para el usufructo *mortis causae* (conf. artículo 2134 CCCN), es decir, que el derecho real de superficie podrá nacer cuando: a) se transmite el derecho de superficie con reserva de la nuda propiedad; b) se transmite la nuda propiedad con reserva del derecho de superficie; o c) se transmite la nuda propiedad a una persona y derecho real de superficie a otra. Así, por ejemplo, el testador podría disponer que todos sus herederos tengan la nuda propiedad y su sobrino *enólogo el derecho de superficie con el fin desarrollar una plantación de viñedos y bodegas bajo esta modalidad, creando su propia marca/etiqueta de vinos. No viendo obstáculo para ello, si esa es la voluntad del testador titular del bien inmueble.*

En cuanto *al acto de transmisión de este derecho real de superficie ya constituido*, no cabe dudas que puede transmitirse tanto por actos entre vivos como por causa de muerte (por las reglase de la sucesión *ab intestato* o por vía testamentaria), tal como expresamente lo señala el art. 2119. Además, se contempla dicha posibilidad en los arts. 2120, cuando habla de la facultad del superficiario de transmitir el derecho de superficie y en el art. 2123, al disponer que la transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

No obstante ello, GUTIERREZ, Sandra difiere en esta postura al sostener que la partes debería contar con la facultad de pactar expresamente la no transmisibilidad de este derecho real de superficie, en todos aquellos supuestos donde el titular dominial y/o testador han tenido

en consideración la idoneidad, profesión y/o condiciones particulares del superficiario al constituir el derecho de superficie, como en el ejemplo del sobrino enólogo con el fin de crear un viñedo y marca. Es decir que, si bien el derecho real de superficie es transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte (conf. arts. 2119, 2120 y 2123 CCCN), pueda convenirse o disponerse la no transmisibilidad en el título suficiente, cuando se ha tenido en miras para su constitución las características especiales del superficiario.

Es así que, la doctrina se muestra dividida⁴ sobre la posibilidad de *restringir o prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie*. Ello debido a la *particularidad de este derecho y la importancia que pueden revestir las condiciones y/o “calidades personales del superficiario”*, como vimos en el ejemplo antes dado (sobrino enólogo).

3. SUPUESTO ESPECÍFICO EN QUE SE HAN TENIDO EN CONSIDERACIÓN LAS CALIDADES PERSONALES DEL SUPERFICIARIO.

Así, entre nosotras también hallamos algunas diferencias en las líneas de pensamiento, en el caso GUTIERREZ, se inclina por admitir la validez de cláusulas que **prohíban el acto de transmisión de este derecho real de superficie, ya sea por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, cuando se ha tenido expresa consideración a las condiciones personales del superficiario para la constitución del derecho**. Es proclive a admitir la validez de cláusulas tendientes a restringir la libre transmisibilidad de este derecho.

a) Constitución por actos entre vivos- conformidad del nudo propietario.

⁴ REVISTA DEL NOTARIADO, Por la posición que se inclina por la negativa, ver: Kiper, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 271; y Zelaya, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 195. A favor de la cláusula limitativa de la facultad de transmitir el derecho de superficie, ver: Costanzo, Mariano y Dodda, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 311; y Alterini, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en Revista del Notariado, N° 850, 1997, pp. 9-22 (incorporado a: Alterini, Jorge H.[dir.] y Alterini, Ignacio E. [coord.], Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1088). Reflexiones sobre el derecho real de superficie... Doctrina 101.

O bien en el caso de constitución por actos entre vivos, exigiendo, por ejemplo, la conformidad del nudo propietario o bien la constitución de garantías suficientes por parte del adquirente, aplicando en este último caso lo dispuesto en el artículo 2142, referente a la transmisión del derecho real de usufructo en virtud de la remisión contenida en el artículo 2127.

b) *Recepción en las legislaciones de Latinoamérica.*

¿Qué sucede en el resto de las legislaciones de Latinoamérica en cuanto a la adquisición por causa de muerte de este derecho de superficie?

Por su parte, el Código Civil de Perú reconoce que el derecho de superficie puede constituirse por *actos entre vivos o por testamento* (conf.art.1031).

El Código Civil de Bolivia, en su art. 203, expresa que el derecho de propiedad del sobrevuelo puede constituirse por *legado o transferencia de una construcción ya hecha que constituirá una propiedad separada del suelo y subsuelo.*

En el año 2003, Brasil incorporó en su nuevo Código Civil, en su Libro III “Derecho de las cosas”, el derecho de superficie (arts. 1369/1377), donde se dispuso que es *transferible a terceros y por muerte del superficiario, a sus herederos.*

El Código de Brasil (art. 1372) autoriza la *transmisión por muerte del superficiario a los herederos.* En igual sentido el Código de Perú, *salvo prohibición expresa* (art. 1031).

Sin embargo, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 2003, a través de un despacho, la doctrina de manera unánime coincidió en que *podría transmitirse mediante actos de última voluntad el derecho de superficie contemplado en la mencionada ley.*

No obstante la letra de la ley y la opinión vertida en las Jornadas antes citadas, aún hoy parte de la doctrina cuestiona la conveniencia de reconocer como *fuentes de nacimiento del derecho real de superficie la transmisión mortis causa (testamento)*, pues ello puede repercutir sobre la legítima de los herederos, la cual no podría verse mermada por la constitución de este derecho real.

Si dentro de los modos de transmisión general de los derechos reales dispuestos en el art. 1906, está prevista la *transmisión por causa de muerte* y en la parte especial se la reconoce y reitera en el art. 2119, *cabe entender como lo*

*hace el legislador que no existe aquí ninguna razón ontológica que puede enervar la transmisión por causa de muerte.*⁵

En el art. 2019 se deben distinguir varios períodos. El primero relativo a la *constitución del derecho*, por vía convencional como lo hacía el art. 5 de la Ley 25.509. Luego el periodo que sigue se refiere a la *transmisión de su derecho por el superficiario*, compatible con la facultad de disposición prevista en el concepto legal, la que puede ocurrir por *actos entre vivos* utilizando cualquiera de los títulos causales a los que se puede apelar, no mediando un pacto limitativo de la facultad de transferir o que el nudo propietario deba prestar su conformidad previa. También se podrá transferir por causa de muerte. En ambos supuestos de transmisión se tendrá en cuenta el plazo máximo fijado legalmente o el que haya sido convenido por las partes.⁶

Es un derecho *transmisible en sus dos modalidades*. Así, a pesar de ser un derecho que se ejerce en fundo ajeno, lo cierto es que permite su transmisión *por actos entre vivos o mortis causae*; lo cual no resulta óbice para que no sea posible su constitución por testamento. Ello lo diferencia claramente de otros casos de dominio desmembrado, ya sea el usufructo, uso, habitación. (conf.1906; 2119; 2134; 2137; 2140; 2160).

En este caso se siguió la misma línea que establecía la ley 25.509. Uno de los proyectos que desembocaron en el texto definitivo de la ley 25.509, correspondiente a los Diputados Solmoirago, Alesandro, Dumón, Gómez de Marelli, Llamosas, Pernasetti, Puerta, Romero y Sodá (3595 D-2000) contemplaba además del contrato, al testamento como fuente de adquisición. En cambio el proyecto de los Diputados Leyba de Martí, Abella y Passo (62 D-2000) preveía como única fuente a los "actos entre vivos". Este último ensamblado con el anterior, da nacimiento al proyecto de ley definitivo, por lo que se interpretó *que la voluntad del legislador fue suprimir adrede la constitución por acto de última voluntad*. La disposición prevista en la ley es de orden público, por hallarse dentro de la esfera de

⁵ Alterini, Jorge , Alterini, Ignacio, Alterini, María Eugenia "Tratado de los Derechos Reales", T II, pág. 588/589, pto 1621, Ed. Thomson Reuters La Ley, 1° ed., 1° reimpresión 2018.

⁶ Causse, Jorge R. "Derecho real de superficie", Ed. Hammurabi, 1era. Ed. Bs. As. 2019, pág. 69/70.

los derechos reales, por lo que al no estar permitida dicha forma de constitución en forma específica, debe entenderse como prohibida.

c) Afectación al régimen de vivienda

No advertimos impedimento en la legitimación del superficiario para afectar al régimen de vivienda (cfr. arts. 244 a 256, CCCN), no se desconoce que el requerimiento de habitar el inmueble responde a una inobjetable lógica, no obstante ello, creemos que resulta admisible en las dos manifestaciones del mismo.

Ello así, porque el inmueble puede ser utilizado en su totalidad o una parte material de él, pudiendo realizarse alguna obra de resguardo (casilla para un cuidador o quien cumpla dichas funciones, y o realice el respectivo monitoreo o plan de manejo forestal, planificación de acciones, plantación y mantenimiento etc.).

ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE POR USUCAPIÓN

Por Ana Cristina Krekcza¹

I. CONCLUSIONES

1. Nada obsta a que la “propiedad superficiaria” pueda ser adquirida por usucapión. Si la posesión se ejerce por un tercero sobre una construcción o plantación ya existente en el inmueble ajeno, técnicamente es posible adquirir la propiedad superficiaria por prescripción adquisitiva larga.

2. El objeto del derecho real de superficie, en el supuesto de la propiedad superficiaria, visto como un derecho real sobre cosa ajena, es susceptible de ser adquirido por prescripción larga, de acuerdo con los principios generales que rigen la adquisición por tal modo.

II. FUNDAMENTOS

El derecho real de superficie en el régimen actual del derecho argentino y su adquisición por usucapión. Partiendo del artículo 1897 CCyCN: “La prescripción para adquirir es el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella, mediante la posesión durante el tiempo fijado por la ley”, nada obsta a que la “propiedad superficiaria” pueda ser adquirida por usucapión. Si la posesión se ejerce por un tercero sobre una construcción o plantación ya existente en el inmueble ajeno, técnicamente es posible adquirir la propiedad superficiaria por prescripción adquisitiva larga.

Desde ya, sabemos que es admitida la prescripción breve para sanear un justo título. Podemos inferir que en el caso que quien no tiene un justo título y tenga un título putativo o le falta la buena fe para la prescripción

¹ Profesora adjunta Derechos Reales I y II en la Universidad Abierta Interamericana, Profesora Adjunta de Derechos Reales, Intelectuales y Registral en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, Ayudante de 2da en Elementos de Derechos Reales en la Universidad de Buenos Aires, Miembro del Instituto de Derecho Civil del CPACF; maestranda y doctoranda UCA.

breve, puede llegar a la adquisición del derecho real de superficie mediante esta modalidad. Si bien actualmente la normativa prohíbe la adquisición de la propiedad superficiaria por prescripción larga, hemos de destacar que una corriente doctrinaria fundamenta adecuadamente y respalda la posición que aquí se propugna. En un prolijo análisis sobre el tópico² se destaca a varios autores. Entre ellos, Alterini quien enuncia que son “usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión, no existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie”, Cossari y Ventura adhieren a esta postura tanto por significar que el art. 4015 está redactado para quedar admitida esa modalidad, por tener una redacción sumamente amplia y resaltando que si la usucapión es un modo general de adquisición de los derechos reales que se ejercen por la posesión continuada, no hay inconveniente de admitir la usucapión tanto la breve -ya contemplada por la ley-, como la larga. A punto tal que, si la propiedad se desdobra y tenemos por un lado la propiedad del suelo y por el otro la propiedad de lo construido o plantado, ésta puede estar en cabeza bien del superficiario o de quien, eventualmente, ejerza la posesión por el tiempo previsto por la ley (y demás requisitos) para adquirir ese derecho real por prescripción larga. Este argumento se basa en la necesidad de aprovechar el suelo para que los bienes no permanezcan inactivos.

Superando el argumento esgrimido por autores que estiman que estaríamos ante un supuesto que no tendría receptividad en la práctica por suponer que quien ocupa un inmueble por el tiempo previsto por la ley para la prescripción larga podría adquirir el dominio directamente³, sostengo que ello no impide que alguien prefiera adquirir un derecho real temporario, cual la superficie, en vez de resultar ser el titular de dominio del inmueble, por razones varias que ampliaré en mi exposición. O bien, el usucapiente, podría convenir con el propietario -que dejó de ejercer la posesión- o sus eventuales sucesores, que ejercerá el derecho real de superficie en vez de prescribir adquisitivamente el inmueble, otorgando así mayor flexibilidad al uso de la

² GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., *Derechos Reales*, Tomo II, Abeledo Perrot, 2015, p. 924-925.

³ KIPER, Claudio, *Tratado de Derechos Reales*, Tercera edición actualizada, Tomo II, Rubinzal-Culzoni editores, 2021, p. 35: “...será raro que se quiera adquirir por prescripción veinteañal un derecho de superficie si con los mismos actos posesorios se puede adquirir el dominio que es perpetuo y más completo”

propiedad, lo cual permite resolver adecuadamente el aprovechamiento patrimonial para el cual este derecho real ha sido creado⁴.

Mayor sustento se aporta para defender esta ponencia que si otros derechos reales temporarios, cual el usufructo, puede ser adquiridos por usucapión por un tercero, para quedar sujeta su duración a la del usufructo, no tendríamos oposición para admitir que el derecho real de superficie pueda también ser adquirido por prescripción larga por un tercero sujeto, en principio, a la duración de este.

Otro argumento a favor de la ponencia aquí tratada es: si tanto el propietario como el superficiario cuentan con las facultades de ejercer acciones posesorias y reales para defender ya sea su relación de poder o ejercicio de su derecho, significa que hay consecuencias ante el resultado negativo de éstas. Una de ellas, puede ser que la posesión sea ejercida por un tercero quien llegue a la adquisición de ese derecho -que se ejerce por la posesión- por usucapión. Abona este criterio tener presente que la propiedad superficiaria es un derecho real con efectos análogos al derecho real de dominio, con lo cual se toman las previsiones del caso para que pueda ser adquirido por prescripción larga.

⁴ Conf. MARIANI DE VIDAL-ABELLA, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo I, Zavallía, p. 370 : "... promoverá la explotación del inmueble que tenga construcciones o plantaciones ya existentes pero que el propietario del suelo no quiera o no pueda llevar a cabo por sí mismo, lo cual también acarreará resultados positivos para la comunidad, a la que no conviene que los bienes permanezcan inactivos".

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE: INTERPRETACIÓN Y SUGERENCIAS

Emiliano Carlos Lamanna Guiñazu¹, Carlos Alberto Fossaceca²
y Pilar Moreyra³

I. CONCLUSIONES

De lege data

1. La superficie edilicia constituye una vía valiosa para solucionar el problema de acceso a la vivienda a tenor que alienta la construcción de inmuebles.
2. El Derecho real de superficie argentino presenta naturaleza dual.
3. La ubicación del derecho de superficie dentro del Título VII del Libro Cuarto resulta ser la adecuada.
4. Es digno de mención la consagración legislativa de la modalidad de la *superficie edilicia*.
5. Vincular la extensión del derecho superficie con la utilidad que obtiene el superficiario evita la duplicación de derechos reales.
6. El plazo máximo de 50 años para la superficie forestal y de 70 años para la edilicia previstos en el artículo 2117 CCC resultan ser adecuados. El plazo debería computarse de lege ferenda desde la constitución del título pues se torna una circunstancia común tanto para el propietario del suelo como para terceros.

¹ Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), Especialista en Derecho de la Alta Tecnología (UCA), y Profesor Titular de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA), en “Derecho de las Obligaciones”, y “Derecho de Daños”. Por las mismas asignaturas es Profesor Titular en la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA), y Webmaster en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA).

² Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), también Especialista en Derecho de Daños (UCA) y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Email: fossaceca@uca.edu.ar

³ Profesora adscripta de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Autora de diversos trabajos de doctrina. Email: moreyrp.cs@gmail.com.

7. Es posible constituir desde el punto de vista doctrinal el mentado derecho real sobre una unidad funcional. Sin embargo, en la práctica, es difícil que acaezca.

8. Es posible constituir el derecho de superficie a través de las disposiciones de un testamento.

9. Debe reputarse nulo de nulidad absoluta el pacto de no transferencia del derecho real de superficie.

10. Es posible constituir un pacto comisorio.

11. Resulta elogioso que el artículo 2120 CCC permita la constitución de derechos reales de garantía en el ámbito de la superficie.

12. No cabe extender la causal de no uso prevista en el artículo 2124 CCC sobre el ejercicio del derecho real de superficie sobre cosa ajena de manera analógica a la hipótesis de propiedad superficiaria.

13. No se torna necesario practicar la tradición una vez extinguido la superficie, salvo el caso de consolidación, para que el dominio adquiera su calidad de perfecto.

De lege ferenda

1. Se aconseja la derogación de la prohibición de prescripción adquisitiva larga del artículo 2119 CCC.

2. Se aconseja la incorporación del derecho de tanteo al derecho real de superficie argentino.

3. Se torna recomendable que las legislaturas locales auspicien el empleo del derecho de superficie para fomentar las construcciones de propiedad horizontal, tal como acaece en la ley 6.639 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

4. El principio de enriquecimiento sin causa debe regir las pautas interpretativas de la indemnización debida al superficiario una vez extinguido su derecho, tal como lo sugiriese el art.2023 del Proyecto de Código Civil de 1998.

5. El artículo 2127 CCC debería modificarse remitiendo a los lineamientos generales de los derechos reales.

6. El artículo 2128 debería disponer directamente que la propiedad superficiaria sea gobernada por la disciplina del dominio resoluble o revocable en la medida que tales preceptos sean compatibles.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El derecho real de superficie podría ser aludido como ‘el dominio por capas’. Vélez Sarsfield lo suprimió en su momento, lo cual se condice con su postura en materia de propiedad horizontal. Sin embargo, el derecho real de superficie, como gran parte de nuestro derecho, tiene origen en la época de los romanos. En Europa se utilizó bajo la idea de lograr reconstruir todo aquello que fue dejado en ruinas luego de las guerras y los bombardeos de la Segunda Guerra Mundial. En ese entonces, se trataba de dueños de casas inexistentes, pero de terrenos sobrevivientes..

En Argentina el derecho real de superficie, como bien se adelantó, no fue incorporado hasta la creación de un nuevo derecho real denominado ‘derecho real de superficie forestal’. Cabe destacar que si bien fue bien receptada la incorporación del derecho real de superficie a la nómina de derechos reales, podría decirse que la doctrina esperaba el ‘derecho real de superficie edilicia’ bajo la idea de que la propiedad horizontal simplemente no era suficiente. De este modo, la Ley N° 25.509 se sanciona en 2001 junto con la Ley N° 26.331 de Bosques de 2007, comenzarían a regular la forestación, es decir, la silvicultura que permitiría plantar arbustos.

Años más tarde el Código Civil y Comercial de la Nación (“**CCCN**”) creó el nuevo derecho real de superficie que abarca diferentes notas que las hacen distintivo, las cuales estudiaremos en esta ponencia:

2. LA SUPERFICIE EDILICIA SE TORNA UN ELEMENTO FAVORABLE PARA ALENTAR EL ACCESO A LAS VIVIENDAS

La razón resulta ser simple: produce el abaratamiento de la construcción.

Desde la perspectiva del dueño del suelo significa la adquisición de la construcción realizada una vez extinguido el derecho real de superficie.

La inversión recae sobre el superficiario, generalmente la empresa constructora. Resulta ser menor que la tradicional dado que no tiene que ocuparse de satisfacer el valor de venta del terreno de acuerdo a las fluctuaciones del mercado.

Igual reflexión debe hacerse con los eventuales adquirentes de las unidades funcionales de la edificación sujeta a superficie: el precio de la compraventa de ellas dependerá del plazo resolutorio del derecho real en cuestión.

Lo aseverado se verifica dado que el derecho de superficie constituye un modo idóneo para proceder a la reconstrucción de ciudades desbastadas: tal como ocurrió con Alemania después de la Segunda Guerra Mundial.

3. NATURALEZA DUAL

Presenta una esencia mixta:

Por un lado, es un derecho real sobre cosa ajena. La edificación, plantación o forestación que se lleve a cabo se realiza sobre un terreno ajeno y se incorpora al patrimonio de su titular.

Por el otro, se trata de un derecho real sobre cosa propia. Tal es lo que se conoce como propiedad superficiaria, una especie similar al dominio resoluble o revocable.

Un ordenamiento jurídico óptimo debe distinguir entre tales aspectos, tal como lo hace el art.1888⁴ del Código Civil y Comercial.

4. EMPLAZAMIENTO LEGISLATIVO

La ubicación del derecho de superficie dentro del Título VII del Libro Cuarto resulta ser la adecuada.

Los títulos previos disciplinan los derechos reales sobre cosa propia o parcialmente propia; los subsiguientes sobre cosa ajena.

También, es digno de mención que goce de su propia regulación obedeciendo a la circunstancia de que se trata de un derecho real autónomo.

⁴ **Artículo 1888 del Código Civil y Comercial:** “Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena. Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado”.

5. INCORPORACIÓN LEGISLATIVA DE LA SUPERFICIE EDILICIA

Consiste en una importante innovación, objeto de encomio. La ley 25.509 se circunscribió a la forestal⁵.

6. EXTENSIÓN DEL DERECHO REAL

Vincular este punto con la utilidad que obtiene el superficiario se torna muy conveniente. Se evita de esta forma duplicar los derechos reales de manera innecesaria.

7. TEMPORALIDAD

El plazo máximo de 50 años para la superficie forestal y de 70 años para la edilia previstos en el artículo 2117 CCC resultan ser adecuados. Permite aprovechar los beneficios que se pueden obtener de este derecho real, respetando la tradición jurídica argentina de rechazar la perpetuidad.

La posibilidad de renovación impide predicar lapsos temporales más amplios. Sin embargo, ella debe ser expresa.

En caso de constituirse un período mayor al permitido, debe considerarse que su duración se limite a 50 o 70 años según sea el caso. Se aplica el mecanismo de saneamiento conocido como adecuación temporal.

No es conveniente fijar plazos mínimos. El dueño del terreno y el superficiario son los mejores jueces en este punto.

El plazo debería computarse de lege ferenda desde la constitución del título pues se torna una circunstancia común tanto para el propietario del suelo como para terceros, salvaguardando para estos últimos la oponibilidad del derecho real si se encuentra debidamente inscripto.

8. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR DIVERSAS SUPERFICIES EN UN MISMO INMUEBLE

Ha sido prudente que el legislador establezca la posibilidad de conformar distintos superficies sobre partes determinados del inmueble. De esta manera se despejan las dudas que puedan suscitarse.

⁵ Se evita el empleo de la terminología “*modalidades*” del art.2115 pues ellas en propiedad versan sobre la condición, plazo y cargo.

También, posibilita que se constituya un derecho de superficie sobre una parte material del bien y otros derechos reales sobre cosa ajena en otras.

9. SUPERFICIE Y UNIDAD FUNCIONAL

Es posible constituir desde el punto de vista doctrinal el mentado derecho real sobre una unidad funcional. Sin embargo, en la práctica, es difícil que acaezca.

10. CONSTITUCIÓN DE LA SUPERFICIE POR TESTAMENTO

Si bien el artículo 2119 hace referencia a la transmisión por el fallecimiento del superficiario, deben aplicarse los principios generales. Los fundamentos contruidos alrededor de la ley 25.509, especialmente su artículo 8, de la tesitura contraria han desaparecido. Igualmente, hubiera resultado más prolijo consignarlo de manera expresa.

11. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LARGA

El artículo 2119 CCC veda la posibilidad de recurrir a este medio originario de adquisición del derecho real. No se concibe razón de importancia para su interdicción si es permitido para los demás derechos reales de disfrute, como el supuesto de usufructo.

Se aconseja de lege ferenda su derogación.

12. PACTO DE NO TRANSMITIR EL DERECHO DE SUPERFICIE

Aunque el Código Civil y Comercial nada establezca al respecto, predicamos que tal prohibición se torna un supuesto de nulidad absoluta. La cesión del mentado derecho real constituye una nota arquetípica de su esencia, más aún si no se ha receptado legislativamente un derecho de tanteo.

13. CONVENIENCIA DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO DE TANTEO

Ello fomentaría que se consolidara el dominio en cabeza de una persona. Se recomienda de *lege ferenda* su incorporación.

14. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR UN PACTO COMISORIO

La tesis afirmativa se impone obedeciendo a la circunstancia que la condición resolutoria resulta ser una causal válida de extinción (art.2124). Comparten similares razones de admisibilidad.

15. FOMENTO DEL EMPLEO DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El primero de ellos permite la construcción de un edificio o adicionar nuevos pisos a los ya erigido.

El segundo de los nombrados posibilita que mayor número de personas accedan a una vivienda propia.

Se torna recomendable que las legislaturas locales auspicien el empleo de sendos derechos reales, tal como acaece en la ley 6.639 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Inclusive, es dable admitir constituir el derecho de superficie sobre el espacio aéreo de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal si todos los consorcistas de manera unánime dan su consentimiento.

16. POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA POR PARTE DEL SUPERFICIARIO

Se torna digno de elogio que el art.2120 permita conformar tales tipos de derechos reales tanto en el derecho de edificar, plantar y forestar como en la propiedad superficiaria. Se logra con ello vías de acceso a la financiación.

Es decir, es dable constituir el derecho real de hipoteca como el de anticresis. El primero desempeñará mejor su rol en cuanto grave el derecho real sobre cosa ajena mientras que el segundo sobre cosa propia.

¿Se extiende la hipoteca de lo edificado, plantado o forestado a la propiedad superficiaria? La respuesta amplia se impone a tenor de la extensión amplia que recoge el art.2192⁶.

⁶ **Artículo 2192 del Código Civil y Comercial:** *“Extensión en cuanto al objeto. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas. Sin embargo, no están comprendidos en la garantía: a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté*

17. INAPLICABILIDAD DE LA CAUSAL DE NO USO A LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

No cabe admitir la aplicación analógica de la citada vía de extinción del art.2124 a este tipo de dominio resoluble o revocable. Se trata de un derecho propio mientras que la situación contemplada por el mentado precepto versa sobre la faz de disfrute y goce.

18. EXTINGUIDO EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE, SALVO EL SUPUESTO DE CONSOLIDACIÓN, NO SE REQUIERE UNA TRADICIÓN POSTERIOR PARA READQUIRIR EL DOMINIO PLENO

La regla consiste en que al finalizar este derecho real mixto su virtualidad opera de pleno derecho. Se torna menester su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que proyecte su oponibilidad hacia terceros.

La solución de subsistencia de la propiedad superficiaria y del dominio del suelo en cuanto a los derechos reales y personales que los afectan en el caso de la consolidación resulta ser equitativa.

19. MODIFICACIÓN DE LA FORMULARIA SUBSIDIARIA DE LA INDEMNIZACIÓN QUE BENEFICIA AL SUPERFICIARIO

El mecanismo de los valores subsistentes a los últimos dos años de vigencia del citado derecho real, que hace suyo el art.2126, se torna muy arbitrario y poco razonable. En muchos casos las grandes inversiones se llevan a cabo al comienzo del surgimiento del derecho real de superficie o en sus primeros años.

Se torna recomendable de *lege ferenda* receptar la aplicación del enriquecimiento sin causa, tal como lo sugiriese el art.2023 del Proyecto de Código Civil de 1998.

20. CONVENIENCIA DE LA REFORMULACIÓN DE LOS ARTS.2127 Y 2128 CCC

autorizada por un vínculo contractual; b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas.

En cuanto al primero, no es apropiado que las normas supletorias del derecho de superficie en cuanto derecho real sobre cosa ajena se rijan por los preceptos que gobiernan las limitaciones del uso y goce del usufructo. No condice con una adecuada técnica legislativa que se aplique sobre un derecho real de mayor extensión los artículos que conforman uno de menor extensión.

De *lege ferenda* se sugiere que se remita el apuntado aspecto a los lineamientos generales de los derechos reales.

En cuanto al segundo, resulta más sencillo disponer que la propiedad superficiaria sea gobernada por la disciplina del dominio resoluble o revocable en la medida que tales preceptos sean compatibles. Su redacción actual se torna bastante confusa.

PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA E HIPOTECA

SUPERFICIARIA

Por Mario R. Leal¹ y Franco M. Paoloni²

I. CONCLUSIONES

1. *De lege lata:* Al extinguirse la propiedad horizontal superficiaria, si el propietario eraticular de dominio y se pactó mantener la afectación al régimen, el inmueble queda en estado de propiedad horizontal, pero el derecho de propiedad horizontal no nace por la imposibilidad de tener solo un propietario. Por otro lado, si el derecho de superficie es constituido por condóminos, y estos optan por mantener la afectación al régimen, el derecho de propiedad horizontal nacerá automáticamente en cabeza de los mismos una vez vencido el plazo del derecho de superficie. En ambos casos, el derecho de propiedad horizontal superficiaria se extingue y lo que potencialmente nacerá es el derecho de propiedad horizontal común, sin las características y limitaciones del primero.

2. *De lege lata:* El adquirente de una unidad funcional afectada al régimen de la propiedad horizontal, una vez extinto el plazo legal o convencional de la superficie, muta su relación de poder de poseedor a tenedor. Es decir, pasará a ser poseedor a nombre del propietario

¹ Mario Rodolfo Leal es abogado, Vocal de la Cámara Federal de Apelaciones de Tucumán y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Tucumán (UNT). Es profesor titular de la Universidad Nacional de Tucumán en la materia Derechos Reales. También es profesor Titular de la Universidad San Pablo T, en la materia Derecho Privado IV (Derecho Reales, Propiedad Intelectual, Marcas y Patentes). Además, dirige el Centro de Estudios de Nuevas Tecnologías y Bioderecho del Siglo XX y el Centro de Estudios de Bioética y Derecho Civil y Comparado en la UNT. Es autor de numerosos artículos y libros sobre derecho civil, biotecnología y propiedad intelectual.

² Franco Martín Paoloni es abogado, Magíster en Derecho Empresario por la Universidad Austral y Doctorando en la misma casa de estudio. Es profesor asociado en la Universidad San Pablo T, en la materia Derecho Privado IV (Derecho Reales, Propiedad Intelectual, Marcas y Patentes). También, es Jefe de Trabajos Prácticos en la Universidad del Norte Santo Tomás de Aquino, en la materia de Derechos Reales. Es docente de la Universidad Nacional de Tucumán, en la materia de Derechos Reales. Es autor de artículos y libros de derecho civil.

constituyente de la superficie sin necesidad de tradición alguna. Esta revocación tiene efecto retroactivo, excepto previsión en sentido contrario, y requiere de la inscripción a efecto de su oponibilidad.

3. *De lege lata:* Se puede excluir convencionalmente la posibilidad del superficiario de constituir derechos de hipoteca.

4. *De lege lata:* El objeto de la hipoteca superficiaria será, en ambos planos, el derecho de superficie en sí mismo. En el caso de la hipoteca sobre el derecho de construir, plantar y forestar, también incluirá el derecho a hacer suyo – por el plazo legal o convencional – lo construido, plantado o sembrado. La hipoteca sobre la propiedad superficiaria incluirá lo que se haya plantado y forestado, incluso después de su constitución, con la limitación del plazo del derecho de superficie.

5. *De lege lata:* La hipoteca superficiaria, vía subrogación real, recaerá de pleno derecho sobre la indemnización que le corresponde, salvo pacto en contrario, al superficiario una vez extinto el derecho de superficie.

De lege ferenda: Se sugiere que el Código Civil y Comercial excluya la posibilidad del superficiario de constituir un derecho de hipoteca sobre el derecho de construir, plantar o forestar; excepto que se prevea lo contrario en el título constitutivo.

II. FUNDAMENTOS

1. EXTINCIÓN DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA. ¿NACIMIENTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL?

El superficiario tiene la facultad de someter la construcción al régimen de propiedad horizontal, transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie. Esta propiedad horizontal se ve limitada al tiempo de duración convencional o legal del derecho de superficie y tiene la particularidad de que el suelo no pertenecerá a los titulares de las unidades funcionales, sino que seguirá en cabeza del propietario que constituyó originalmente el derecho de superficie. Por ello, a esta propiedad horizontal constituida por el

superficiario la han denominado propiedad horizontal superficiaria³ o superficie horizontal⁴.

Ahora bien, un hecho que guarda notable complejidad es la situación del edificio afectado a la propiedad horizontal superficiaria una vez que se extingue el derecho de superficie por vencimiento del plazo⁵.

Esto se debe a que el propietario hará suyo lo construido, forestado o plantado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario⁶, pero surge el interrogante respecto a si la afectación al régimen de propiedad horizontal subsiste o si, en cambio, se extingue de pleno derecho. Compartimos el criterio relativo a que, si el propietario quisiera mantenerla, podría pactarlo con el superficiario desde el inicio, en el acto de la construcción o incluso posteriormente⁷. Pero, aun si no se conviniera nada, la afectación se mantendrá hasta que se otorgue la escritura pública de desafectación y se inscriba en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad frente a terceros.

Por otra parte, si bien la inscripción del reglamento en el registro público es requisito para el nacimiento del derecho real de propiedad horizontal, no basta con el mismo. Así, en caso de que el constituyente del

³ Cfr. COSSARI, Leandro R. N. - COSSARI, Nelson G. A., "Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal", La Ley, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3948/2020.

⁴ Cfr. COSSARI Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X.

⁵ En caso de extinguirse por cualquier otro supuesto, v. gr.: por renuncia expresa, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación o por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar, no se extinguiría el derecho de propiedad horizontal constituido por el superficiario. Ello atento a lo previsto por el Art. 2125 del Código Civil y Comercial, el cual establece que: "(...) Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie (...)".

⁶ El Art. 2125 del Código Civil y Comercial establece: "Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario".

⁷ Cfr. MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., *Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial*, 1º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, p. 211.

derecho de superficie sea un titular de dominio, una vez finalizado el plazo de la superficie, no nacerá el derecho de propiedad horizontal, aun cuando continúe con la afectaciónal régimen.

Esto se debe a que es necesaria la concurrencia de más de un propietario como titular de las unidades funcionales para la existencia del derecho real de propiedad horizontal. Esto último será posible el sistema horizontal, siendo aplicable: el sistema de mayorías y minorías; de sectores privativos y bienes comunes; y de derechos y obligaciones en general⁸. Tal conclusión se infiere del Art. 2044 del Código Civil y Comercial al requerir, para la existencia del consorcio como persona jurídica, de un “conjunto de los propietarios de las unidades funcionales”⁹.

Por lo tanto, aunque el reglamento de propiedad horizontal redactado por escritura pública continúe inscripto en el Registro Inmobiliario respectivo¹⁰, el inmueble se encontrará en “estado de propiedad horizontal”¹¹, pero no habrá derecho de propiedad horizontal hasta que exista más de un propietario. O dicho de otro modo, en este supuesto, se extinguirá la propiedad horizontal superficiaria, el inmueble quedará en estado de propiedad horizontal y recién nacerá la propiedad horizontal tradicional cuando el titular de dominio enajene una de las unidades.

En cambio, si el derecho de superficie es constituido por condóminos y estos deciden mantener la afectación al régimen, la propiedad horizontal nacerá automáticamente en cabeza de los mismos una vez vencido el plazo del derecho de superficie.

⁸ Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X.

⁹ Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X.

¹⁰ Art. 2038 del Código Civil y Comercial: “A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.”

¹¹ Cfr. ZELAYA, Mario, en LORENZETTI, Ricardo Luis (Dir.) – DE LORENZO, Miguel Federico y LORENZETTI, Pablo (Coord.), *Código civil y comercial de la Nación comentado*, 1º edición, Rubinzal-Culzoni., Santa Fe, 2015, pp.459-461. Este autor señala que el estado de propiedad horizontal confiere al inmueble la aptitud jurídica para ser asiento del derecho real de propiedad horizontal.

2. CAMBIO EN LA NATURALEZA DE LA RELACIÓN DE PODER DE LOS ADQUIRIENTES DE UNIDADES FUNCIONALES

El derecho real de superficie contiene dos planos¹², por un lado, el derecho a forestar, plantar y construir (*ius aedificandi*) y, por el otro, el derecho sobre lo forestado, plantado y construido (propiedad superficiaria). Se trata de un derecho real sobre cosa propia, en el caso de la propiedad superficiaria; y en un derecho real sobre cosa ajena, en el caso del derecho a forestar, sembrar o construir¹³.

Ahora bien, a la propiedad superficiaria, ya sea constituida directamente o mediante adquisición de lo construido sembrado y forestado, se le aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles.

Consecuentemente, idénticas reglas aplicarán al derecho de propiedad horizontal constituida por el superficiario, es decir, estaríamos ante un derecho de propiedad horizontal revocable.

Por ello, el adquirente de una unidad funcional afectada al régimen de la propiedad horizontal superficiaria, una vez extinto el plazo legal o convencional de la superficie, cambiará su relación de poder de poseedor a tenedor. Pasará a ser poseedor a nombre del dueño perfecto¹⁴, sin necesidad de tradición, por tratarse de un *constituto posesorio* de configuración automática “por virtualidad de la ley”¹⁵.

¹² Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X. - Jorge Alterini explica que resulta poco feliz el término “modalidades”, escogido por el legislador; puesto que este vocablo hace referencia a la condición, plazo y cargo. Postura a la cual adherimos por considerar necesario evitar la utilización de términos equívocos.

¹³ El Art. 1888 del Código Civil y Comercial establece: “Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena”. De allí que en el caso de del derecho real a forestar, sobrar y construir, al no existir aun propiedad superficiaria, estamos ante un derecho real que recae sobre cosa ajena.

¹⁴ El Art. 1968 del Código Civil y Comercial establece: “Readquisición del dominio perfecto. Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto...”.

¹⁵ Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X.

La revocación tiene efecto retroactivo, excepto previsión en sentido contrario¹⁶, y requiere de su inscripción a efectos de la oponibilidad frente a terceros interesados y de buena fe¹⁷.

3. POSIBILIDAD DE EXCLUIR VOLUNTARIAMENTE LA HIPOTECA

El titular del derecho de superficie tiene la facultad de constituir derechos reales de garantía, tanto sobre la propiedad superficiaria como sobre el derecho a construir, plantar o forestar. También, puede afectar lo construido al régimen de la propiedad horizontal y, a su vez, transmitir y gravar esas unidades funcionales.

Ahora bien, estas facultades deben ser observadas sin perjuicio de las limitaciones que puedan establecerse en el título constitutivo. Es decir, que se puede excluir convencionalmente la posibilidad del superficiario de constituir derechos de hipoteca.

En primer lugar, debido a que no hay indicios que hagan suponer que se tratan de previsiones no disponibles para los contratantes. Por ello, debe entenderse que se encuentran dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad.

En segundo lugar, porque mientras mayor libertad se otorgue a los contratantes a la hora de establecer este derecho real, siempre y cuando no se altere la estructura del mismo, permitirá de forma más eficaz constituirse como una herramienta para el desarrollo inmobiliario del país. Lugar que está llamado a ocupar por su versatilidad para el aprovechamiento del suelo por distintas personas al mismo tiempo. Así, en el plano del derecho a construir, plantar y forestar, el propietario del suelo puede ver aumentada la renta sobre el mismo sin necesidad de un aporte de capital adicional, mientras que el superficiario podrá realizar estos desarrollos sin necesidad del desembolso inicial que supone la compra de un terreno. Nótese incluso el ámbito de aplicación diverso al del fideicomiso inmobiliario, en el que generalmente el aporte del terreno que ocupa el lugar de fiduciante será solo uno de los tantos fideicomisarios al que se transmitirá la propiedad al concluir el

¹⁶ El Art. 1967 del Código Civil y Comercial establece: “La revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley”.

¹⁷ El Art. 1968 del Código Civil y Comercial establece “...si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad”.

fideicomiso. Mientras que en el derecho de superficie el propietario recuperará la totalidad de lo afectado a la superficie.

Por último, debido a que en supuestos particulares, como el de la hipoteca sobre el derecho de forestar, plantar y construir, pueden presentarse grandes dificultades ante la ejecución de la garantía, tema que analizamos en el punto 6.

4. EL OBJETO DE LA HIPOTECA SUPERFICIARIA

Como mencionamos, el derecho de superficie se manifiesta en dos planos: el derecho a construir, plantar y forestar, y la propiedad superficiaria. Por su parte, la hipoteca recae sobre uno o más inmuebles individualizados. Por ello, debe analizarse en cada caso cuál será el objeto de la hipoteca superficiaria.

Respecto de la facultad de construir, plantar o forestar, no caben dudas de que la hipoteca recaerá sobre el derecho mismo de superficie. En primer lugar, porque así lo menciona expresamente la norma¹⁸ y, a su vez, porque claramente en este plano aún no existe una “cosa” sobre la cual pueda recaer la hipoteca. En este caso, la hipoteca superficiaria también abarcará el derecho del superficiario de hacer suyo lo construido, plantado y forestado durante el plazo legal convencional establecido.

Ahora bien, en el caso de la propiedad superficiaria¹⁹, podría sostenerse que la hipoteca tiene por objeto: i) la propiedad superficiaria en sí misma, es decir, sobre el derecho de superficie; o ii) lo construido, plantado o forestado.

Entendemos que, al igual que en el primer supuesto, la hipoteca siempre tendrá por objeto el derecho de superficie y no las cosas sobre las

¹⁸ Art. 2120 del Código Civil y Comercial: “El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie”.

¹⁹ Ya sea en el caso de que la superficie se haya constituido sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes o en el caso en que el superficiario que tiene el derecho a plantar, forestar o construir; haya adquirido la propiedad superficiaria finalizada las mismas.

que recae el mismo. Siendo este uno de los supuestos en que el derecho real se constituirá sobre un bien taxativamente señalado y no sobre una cosa²⁰.

Consecuentemente, en el caso de una hipoteca sobre lo forestado o plantado no resultará necesario un pacto expreso para que se grave las nuevas plantaciones y forestaciones que puedan realizarse, aún luego de haber sido constituida la hipoteca y con la única limitación del plazo del derecho de superficie²¹. Así, v. gr.: una hipoteca que grave una propiedad superficiaria con un plazo de 50 años sobre una plantación de pinos, abarcará las forestaciones que sucesivamente se vayan llevando adelante, aunque sean posteriores a la constitución del gravamen.

5. LA SUBROGACIÓN REAL

El libro IV, título XII, referido a los derechos reales de garantía, en su capítulo I: “disposiciones comunes”, Art. 2194, establece: “La garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real. En caso de extinción parcial del objeto, la garantía subsiste, además, sobre la parte material restante”.

Por lo tanto, otra cuestión que consideramos relevante es la posibilidad de que la hipoteca sobre el derecho de superficie se traslade, vía subrogación real, a la indemnización que, salvo pacto en contrario, le corresponde al superficiario una vez que se extingue su derecho²².

Así, la subrogación acontece cuando un bien sobre el cual recae un derecho de garantía, sale del patrimonio del deudor – o constituyente no deudor – durante la vigencia de la misma; e ingresa en su reemplazo otro bien al cual se extiende la garantía²³.

²⁰ Art. 1883 del Código Civil y Comercial: “El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley”.

²¹ Cfr. DE REINA TARTIÈRE, Gabriel, “La hipoteca y el derecho real de superficie forestal”, La Ley, CitaOnline: 0003/009886, JA.

²² Art. 2126 del Código Civil y Comercial: “Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario”.

²³ Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X

En el caso que se analiza, al extinguirse el derecho de superficie – objeto de la hipoteca –, ingresar coetáneamente un crédito en concepto de indemnización por la finalización del mismo, novemos motivos que impidan que opere el instituto de la subrogación.

Recordemos que el objeto de la hipoteca no será lo construido, plantado o forestado, sino el derecho de superficie en sí mismo. Como consecuencia de ello, si bien las cosas sobre las cuales recae el derecho de superficie no se han extinto, sí lo ha hecho el derecho del superficiario, haciendo imposible que el acreedor de la hipoteca superficiaria pueda perseguirlo.

Consecuentemente, la hipoteca recaerá de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados, sea por indemnización, precio o cualquier otro concepto que permite la subrogación real²⁴; en la especie: sobre la indemnización que le corresponde al superficiario una vez extinto el derecho de superficie.

6. EJECUCIÓN DE LA HIPOTECA SUPERFICIARIA

Al analizar la hipoteca superficiaria, algo que puede generar grandes inconvenientes de orden práctico es su ejecución. En particular, en su plano como derecho a construir, plantar y forestar.

Esto se debe a que quien adquiriera este derecho vía ejecución, también habrá asumido las obligaciones inherentes a al mismo²⁵. Así, v. gr.: si en el título constitutivo de la superficie está prevista la construcción de un edificio con una determinada calidad y dimensión, el tercer adquirente deberá cumplir con la misma. Claro está, ello no liberará al superficiario original respecto del propietario.

Es que la hipoteca recae sobre el derecho de superficie en su totalidad, por lo que al ser ejecutado ante el incumplimiento del crédito garantizado, lo que se subastará incluirá tanto las facultades como las obligaciones convenidas en el título constitutivo. No resultaría lógico

²⁴ Cfr. ALTERINI, Jorge H. (Dir.) - ALTERINI, Ignacio E. (Coord.), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. X.

²⁵ Algo similar ocurre en el caso del adquirente por subasta de una unidad funcional, quien al adquirir el derecho real de propiedad horizontal, también asume las obligaciones inherentes al mismo, como el pago de expensas.

suponer que el propietario viese frustrado sus expectativas por la ejecución de una hipoteca constituida por el superficiario.

Otro inconveniente es que en muchas ocasiones al celebrar el contrato de superficie, principalmente en el plano del derecho a construir, plantar y forestar; el propietario tendrá en cuenta la idoneidad del superficiario para llevar adelante la obra. Por lo que la ejecución de este derecho lo colocará en la particular situación de tener que soportar que una persona distinta a aquella con la que contrató: construya, foreste o plante sobre su suelo. Es por eso que, en muchos casos, resultará conveniente que el propietario restrinja la posibilidad de hipotecar el *ius aedificandi*. No desconocemos que, como contrapartida necesaria, esto dificultará el financiamiento de estas obras.

De allí que, si bien es acertado el haber incluido la posibilidad de gravar al derecho de superficie, lo cierto es que no serán pocos los inconvenientes que pueden derivarse de ello, los cuales idealmente deberán ser tenidos en cuenta al confeccionar el título constitutivo.

Ahora bien, de *lege ferenda* se sugiere que el Código Civil y Comercial excluya la posibilidad del superficiario de constituir un derecho de hipoteca sobre el derecho de construir, plantar o forestar; excepto que se prevea lo contrario en el título constitutivo.

De este modo, en caso de silencio, el superficiario podrá constituir cualquier derecho de garantía sobre la propiedad superficiaria y el derecho anticresis sobre el derecho de construir, plantar o forestar; en cambio, como regla, no podrá constituir derecho de hipoteca sobre el derecho de construir, plantar o forestar excepto que las partes así lo convengan.

Nótese que la intención no es restringir la autonomía de la voluntad de los contratantes, sino que se procura evitar que por una omisión el superficiario tenga una facultad potencialmente conflictiva para el propietario.

**EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO HERRAMIENTA DE
SEGURIDAD JURÍDICA DE LOS CONJUNTOS INMOBILIARIOS
DURANTE SU *ITER* CONSTITUTIVO**

Por Martha Linares de Urrutigoity¹

I. CONCLUSIONES

1. Se propone la utilización del derecho de superficie como un sucedáneo *-mutatis mutandis-* de un régimen de “prehorizontalidad”; ésta puede ser otra utilidad socioeconómica del derecho de superficie.

2. El derecho real de superficie puede ser una herramienta interesante para dinamizar la explotación de inmuebles en su *iter* constitutivo hacia su configuración como Conjuntos Inmobiliarios, dando suficientes seguridades a los adquirentes y a los terceros durante esta etapa transitoria hasta la consolidación de sus derechos bajo el régimen de propiedad horizontal especial; momento a partir el cual ya gozan de las ventajas propias de este otro derecho real.

3. El derecho real de superficie puede aportar a los conjuntos inmobiliarios en etapa de desarrollo *-prePHE-* seguridad jurídica preventiva. Ello, tanto por sus beneficios derivados de su caracterización como derecho real *-constitución y transferencia mediante título y modo* suficientes, control de legalidad, escritura pública, cumplimiento de los principios de legalidad, especialidad, prioridad y publicidad registral- como por la posibilidad de introducir pactos en su regulación que moldeen la figura para la mejor consecución de esta finalidad específica.

4. La regulación contractual del derecho de superficie mediante pactos permitidos dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad que autoriza este derecho real puede crear una ingeniería jurídica apropiada a cada conjunto inmobiliario en gestación, moldeando las facultades de los sujetos involucrados, a efectos de generar las condiciones de seguridad requeridas durante esta etapa transitoria de los conjuntos inmobiliarios, previa a la PHE.

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales (Universidad de Mendoza). Profesora Titular Efectiva *-por concurso-* de Derecho Notarial y Registral (Universidad Nacional de Cuyo) y Profesora Titular Ordinaria de Derecho y Práctica Registral (Universidad de Mendoza).

5. El derecho real de superficie resulta útil y funcional a los conjuntos inmobiliarios durante su etapa de configuración como tales porque puede aportar al mercado inmobiliario controles de legalidad y mecanismos de publicidad asentados en la órbita de los derechos reales (constitución y transferencia por escritura pública, oponibilidad a terceros mediante su emplazamiento registral y acceso al crédito hipotecario) que han demostrado ser superadores de otros sistemas de prehorizontalidad, tanto del actual como del derogado.

6. La utilización del derecho real de superficie durante la etapa de desarrollo de un conjunto inmobiliario puede implicar diversas formas de configuración jurídica de los roles de los actores involucrados: dueño del suelo, superficiario/s, desarrollador, adquirente/s, etc.

7. La potencialidad que tiene el derecho real de superficie para convertirse en un sucedáneo, salvando las diferencias, de un régimen de prehorizontalidad y funcionar como instrumento transitorio de seguridad jurídica para los conjuntos inmobiliarios pre-PHE radica en las siguientes notas características propias de su regulación por el Código Civil y Comercial:

- a. Art. 2114, 1882, 1884, 1886, 1887, 1888, 1892, 1893, 1017: Al ser un derecho real que se ejerce por la posesión tiene oponibilidad erga omnes, constitución por título y modo suficiente, escritura pública, publicidad registral, acciones reales y posesorias.
- b. Arts. 2114 y 2117: carácter temporario del derecho de superficie afín al carácter transitorio de esta etapa de los conjuntos inmobiliarios
- c. Art. 2115: presenta dos modalidades: derecho de construir y forestar y propiedad superficiaria, lo cual lo hace conveniente para su utilización en los CI en vías de desarrollo (no requiere existencia actual del objeto desarrollado)
- d. Art. 2116: Emplazamiento: Puede recaer sobre todo o parte material de un inmueble; lo cual resulta especialmente útil cuando no se ha logrado el parcelamiento catastral que viabilice la afectación a PHE.
- e. Art. 2117: Plazo, plazo máximo y prórroga de plazo: el carácter temporario del derecho de superficie es apropiado a la duración del periodo de desarrollo del CI y suficiente para contener su proceso de urbanización (70 o 50 años para construcciones y plantaciones, respectivamente);

- f. Art. 2018: Legitimación para constituir superficie: los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal, lo cual es factible para el desarrollador inmobiliario.
- g. Art. 2119: Adquisición por contrato oneroso o gratuito y transmisibilidad por actos *inter vivos* y *mortis causa*,
- h. Art. 2120: Facultades del superficiario: legitimación para constituir derechos reales de garantía en sus dos modalidades (derecho de construir o forestar y propiedad superficiaria), afectar a propiedad horizontal especial, transmitir y gravar sin consentimiento del propietario, etc. Art. 2123: la transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario; la renuncia, desuso o abandono no lo liberan.
- i. Art. 2121: Facultades del propietario del suelo: conserva la disposición material y jurídica, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.
- j. Art. 2124, 2125, 2126: Extinción: por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de condición resolutoria, por consolidación y por el no uso (durante 10 o 5 años, para el derecho de construir y la propiedad superficiaria, respectivamente). Propiedad de accesiones acrecen al propietario del suelo libre de derechos reales y personales al momento de la extinción; derecho de indemnización, pacto en contrario, subsistencia de los derechos reales y personales constituidos si se extingue antes del plazo. Todo ello permite una regulación a través de pactos que viabilice el emprendimiento inmobiliario.
- k. Art. 2131, 2155, 2159, y 2168: Legitimación del superficiario para constituir derechos reales de disfrute, usufructo, uso, habitación, servidumbres.
- l. Posibilidad de introducir pactos regulatorios: plazo, titularidad de las accesiones, derecho de indemnización, monto de la indemnización, limitaciones en el uso y goce del titular del suelo y del superficiario, destrucción de la propiedad superficiaria, etc.

8. Las jurisdicciones locales, en ejercicio de su poder de policía sobre el territorio, no deben imponer requisitos catastrales para la constitución de derechos de superficie no exigidos por la legislación de fondo que desnaturalicen este derecho o diluyan su potencialidad para vehicular conjuntos inmobiliarios durante su *iter* constitutivo bajo

estándares de seguridad jurídica preventiva, toda vez que se cumpla con el principio de especialidad propio de los derechos reales y del derecho registral.

II. FUNDAMENTOS

1. EL PROBLEMA

Como bien han señalado Cossari, *la irrupción de la superficie ... provoca un cambio de gran importancia en el sistema de los derechos reales que aún no ha sido mensurado y examinado en todas sus implicancias por la doctrina, y tampoco ha calado aun en su plenitud en la práctica inmobiliaria*².

En esa sintonía, la presente ponencia propone una posible aplicación práctica del *derecho real de superficie* en el mercado inmobiliario, como una herramienta para dar seguridad jurídica a los conjuntos inmobiliarios del tipo “clubes de campo”, “barrios privados”, “barrios cerrados u otros “emprendimientos urbanísticos”, en los términos del art. 2073 CCCN, durante su *iter* constitutivo.

Se intenta aportar una solución a un problema puntual detectado en los conjuntos inmobiliarios *strictu sensu* en su etapa de desarrollo *pre-PHE*: el carecer durante todo el tiempo que demanda su desarrollo de los beneficios que le reporta su sometimiento al derecho real de propiedad horizontal especial (art. 2075 CCCN), en el marco de legalidad y publicidad propia de este derecho real (arts. 1882, 1884, 1892, 1893, 1017 y conc. CCCN). Ello, toda vez que el sistema de prehorizontalidad del Código Civil y Comercial (art. 2070 a 2073) no se ha mostrado satisfactorio para dar solución a los riesgos que implican invertir en el desarrollo de un conjunto inmobiliario que todavía no se configura como tal; problemas que han sido señalados desde hace tiempo y que no pudieron aventar la ni derogada ley 19724 ni el actual régimen de prehorizontalidad.

² COSSARI, Leandro y COSSARI, Nelson, “Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal”, LA LEY 2021-A, 513, TR LALEY AR/DOC/3948/2020.

En efecto, antes de poder someter un inmueble a PHE, el futuro conjunto inmobiliario transita un período importante y prolongado de tiempo -que transcurre mientras se desarrollan las obras de urbanización que permitan la subdivisión material del inmueble- durante el cual esa riqueza inmobiliaria está desprotegida de las tradicionales herramientas de seguridad que le provee el Derecho Inmobiliario argentino, de la mano de los derechos reales, el derecho notarial y el Derecho Registral: derecho real, escritura pública e inscripción registral que generan un sistema de seguridad jurídica preventiva. Por otra parte, el mecanismo de seguridad jurídica reparadora, de la mano de los seguros obligatorios exigidos por el nuevo sistema de prehorizontalidad no ha logrado ser utilizado por el mercado inmobiliario, entre otros factores, por su elevado valor económico que aumenta los costos transaccionales.

Los instrumentos protectorios de seguridad y de resguardo de la riqueza inmobiliaria de nuestro Derecho (derecho real, escritura pública y publicidad registral) no se pueden utilizar en los conjuntos inmobiliarios durante todo su *iter* constitutivo. Ello, por cuanto no han alcanzado el grado de desarrollo material suficiente -de acuerdo a las normas locales de policía urbanística- para ser sometidos al derecho real de propiedad horizontal especial. En otras palabras, los conjuntos inmobiliarios, durante el tiempo que demanda su urbanización padecen el mismo problema que la construcción de edificios en propiedad horizontal y la famosa “venta de cubos de aire” que hemos estudiado, para lo cual se idearon mecanismos paliativos del riesgo, como lo fue la ley de prehorizontalidad 19.724, hoy derogada, que tampoco logró imponerse en la práctica de los negocios inmobiliarios, como igualmente sucede con el actual mecanismo de prehorizontalidad, de la mano del Derecho de Seguros del Código Civil y Comercial (arts. 2070 a 2072 CCCN).

Se observa el siguiente cuadro de situación:

a) Por una parte, en el caso de los CI -a diferencia de la construcción de edificios de PH tradicional o en altura- el terreno, bien inmueble, existe *ab initio* del emprendimiento, para todo el conjunto, aunque carente de las accesiones o mejoras necesarias para hacerlo útil al destino final del conjunto;

b) Si bien las normas de derecho de fondo no imponen requisitos sobre el estado de avance de las obras de urbanización a los efectos de someter el inmueble a PHE, antes bien el art. 2077 aclara que la “unidad funcional” puede hallarse “construida o en proceso de construcción”, las

normas locales de poder de policía del suelo han avanzado en todas las jurisdicciones con exigencias que postergan la posibilidad de afectar un inmueble a PHE hasta tanto se cuente con las obras de urbanización terminadas (al menos habilitadas parcialmente) con las aprobaciones municipales y catastrales requeridas. En efecto, con el afán de asegurar la realización de obras de infraestructura necesarias, muchas veces las legislaciones locales imponen a los desarrolladores de conjuntos inmobiliarios recaudos previos a la afectación a PHE que no hacen más que dilatar el nacimiento de los mismos, sin alcanzar el objetivo de lograr la efectiva realización de tales obras de infraestructura.

c) Todo ello provoca que durante un tiempo muy significativo para el tráfico jurídico inmobiliario, estos bienes inmuebles queden fuera de los cánones tradicionales de protección de la propiedad inmobiliaria y del crédito. No obstante ello, la realidad avanza, los emprendimientos urbanísticos no se detienen, sino que se van configurando al amparo de regímenes jurídicos alternativos al de los derechos reales, muchas veces acudiendo a la figura del fideicomiso, y/u otros derechos personales (boletos de compraventa, reservas, cesiones, contratos de obras, etc.) que carecen de controles de legalidad, oponibilidad y de publicidad suficientes para garantizar el debido respeto a otras normas de orden público y de garantía del crédito: regímenes patrimoniales del matrimonio o uniones convivenciales, derecho sucesorio, patrimonio como prenda común de los acreedores, régimen tributario, etc.

Como resultado del contexto descripto, se observa el siguiente problema: durante el tiempo que dura su etapa de desarrollo o urbanización, es decir mientras se ejecutan las obras civiles y de ingeniería para la provisión de servicios comunes, al no estar aún configurada la "parcela o unidad funcional" como tal, con individualidad catastral (nomenclatura y demás elementos esenciales del estado parcelario), y por ende notarial (escrituraria) y registral (matrícula de folio real) -que constituyen los ejes de la regulación inmobiliaria y de derechos reales en nuestro ordenamiento jurídico, quedan excluidos del tráfico inmobiliario seguro, transitando otros caminos más próximos a la informalidad y a la clandestinidad, carentes de fecha cierta, oponibilidad, etc., por provenir del ámbito de los derechos personales.

Una vez que un desarrollo inmobiliario ha logrado emplazamiento registral, mediante el ingreso al Registro del título de afectación a su régimen legal propio (escritura de afectación o de Reglamento de Propiedad

Horizontal Especial), y -en consecuencia-, viabilizado la registración de los títulos de propiedad a favor de sus destinatarios finales (los adquirentes de unidades dentro del complejo), el control de legalidad y publicidad queda debidamente amparado y garantizado por todo el marco jurídico normativo conformado por las leyes nacionales y locales vigentes en materia inmobiliaria y registral. El problema que enfoca esta ponencia radica **antes** de este importante **hito**. Para este periodo prePHE de los CI es que aquí se propone al derecho de superficie como un sucedáneo transitorio *-mutatis mutandis-* de un régimen de “prehorizontalidad”.

El panorama se ve agravado por la ineficaz protección prevista por el actual sistema de prehorizontalidad de los arts. 2070 a 2072 del CCCN, sustitutivo de la ley 19.524 homónima, que procuran soluciones al mismo problema que aquí se plantea, el que continúa sin resolverse en la práctica.

2. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO VÍA DE SOLUCIÓN

Sabemos que el Código Civil y Comercial incorporó este “nuevo” derecho real al que la doctrina consideraba dentro de los llamados derechos reales “suprimidos” por Vélez Sarsfield, y que Allende aclaraba que en realidad era “prohibido”, pues nunca existió en la legislación argentina, sino en el derecho comparado y en doctrina (conf. art. 2614 del Código de Vélez)³. Este “nuevo” derecho real fue introducido con una regulación amplia, comprensiva de infinidad de finalidades o destinos, tanto del derecho de construir, forestar y plantar como de la propiedad superficiaria (la incorporada por el superficiario y la existente al momento de la adquisición de su derecho), lo cual permite extender su utilidad o beneficios a aportar seguridad jurídica a los conjuntos inmobiliarios durante su *iter* constitutivo.

El art. 1945 CCCN mantuvo el principio de accesión del dominio, en especial en materia inmobiliaria, a pesar del cual éste queda expresamente excepcionado cuando existe derecho de superficie constituido en el inmueble, funcionando este mismo principio ahora en favor del titular superficiario.

³ GABÁS, Alberto A. (2015), “El derecho de superficie en la propiedad horizontal y la propiedad horizontal superficiaria”, 8-sep-2015, Cita: MJ-DOC-7386-AR | MJD7386. Cita a ALLENDE, Antonio (1964), *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Bs. As., Abeledo-Perrot, P. 115.

Siguiendo a Gabás, *la presunción de propiedad entonces se posee mientras no sea desvirtuada por prueba en contra*. La idea que sustentaba a este principio, basada en el aforismo romano *superficie solo cedit*, era que la tierra siempre era de mayor valor que lo incorporado a ella, criterio que hoy ha sido criticado, entre otros por Díez Picazo⁴, al decir que ello representa un anacronismo. En la actualidad, ello no es necesariamente así.

Paradójicamente, en materia de Conjuntos Inmobiliarios en vías de desarrollo, la tierra indivisa es lo único registrable siendo que, comparativamente, tiene un valor inferior a las mejoras; en tanto que las accesiones que se incorporen a él y los contratos que la hacen posible permanecen afuera de la realidad registral, a pesar de que son ellas las que dan valor a la tierra, registrada como inmueble único, generalmente en cabeza del desarrollador, muchas veces un titular dominial fiduciario.

Se ha dicho que derecho de superficie tiene una doble virtualidad: a) la de cumplir una función social, como es la puesta al servicio de la producción de inmuebles improductivos o infrautilizados, sin desprenderse sus titulares de su dominio pleno de manera perpetua, sino de una parte de su dominio útil por un plazo, y afectado a una finalidad productiva específica; y b) dar valor al trabajo como fuente de producción de riqueza, asignando un derecho real a quienes introducen con su industria valor a los inmuebles⁵. **Se advierte además que este nuevo derecho tiene una virtualidad socioeconómica adicional: ser una alternativa jurídicamente posible para satisfacer necesidades vinculadas con el acceso a la vivienda en Conjuntos Inmobiliarios en su etapa constitutiva, aportando con su regulación propia y su sistema de constitución y publicidad las seguridades y controles de legalidad que hoy ellos carecen y la sociedad reclama⁶.**

Desde aquí se propone a la superficie como cobertura desde el ámbito de los derechos reales de los riesgos y conflictos apuntados por la derogada ley prehorizontalidad 19724 y el actual sistema de seguros de caución (arts.

⁴ Citado por GABAS, *op. cit.*

⁵ Vid. KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - PUERTA de CHACÓN, A., *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, 1989, p. 7,

⁶ Cfr. SABENE, Sebastián (Director – 2017), PANIZZA, Leopoldo (Coordinador), ARMELLA, Cristina (prólogo). Autores: SABENE, PANIZZA, CÓDOBA GANDINI, FERNANDEZ COSSINI, LATINO, LINARES DE URRUTIGOITY Y LOSARDO, *Derecho Registral – Una perspectiva multidisciplinaria-*, Bs. As., La Ley, pp. 345 y ss.

2070 a 2072 CCCN)⁷. El derecho de superficie, por ser un derecho de carácter temporal, aparece como indicado para ser utilizado en esta etapa de los desarrollos inmobiliarios, caracterizada por su limitación en el tiempo⁸. Además, podría ser constituido sobre parte materialmente determinada del inmueble global del emprendimiento, pues ello está expresamente previsto en el Código Civil y Comercial: arts. 1.883, 2.116 CCCN⁹.

El derecho de superficie tiene publicidad registral inmobiliaria, con lo cual goza de todos los beneficios que le proporciona su emplazamiento registral: protección de sus titulaciones frente a terceros y frente al propietario del suelo, transferibilidad, hipotecabilidad, embargabilidad, ser objeto de otras medidas cautelares, prioridad, etc.. Además del gran beneficio de hacer propio lo incorporado al suelo (propiedad superficiaria)¹⁰.

⁷ Tomando las palabras y la inspiración de Cossari *la superficie como cobertura "real" del derecho de sobreelevación*. COSSARI, Leandro y COSSARI, Nelson, "Sobre elevación (dentro y fuera de la propiedad horizontal) y Derecho Real de Superficie", ED, Tomo 290, 19-02-2021, ED-I-X-436.

⁸ Ni el Código Civil y Comercial ni las normas provinciales, como es el caso de la Res. ATM de Mendoza 73/2006, exige la existencia de todos los servicios y obras de infraestructura en la puerta de las partes materiales sobre las que recaerían los derechos de superficie, por lo que queda despejado el obstáculo que sí pesa sobre los Conjuntos Inmobiliarios para su afectación como propiedad horizontal especial por las normas locales. Res. ATM Mendoza 69/2016.

⁹ E igualmente aceptado en la Resolución General ATM 73/2016 que reglamenta este derecho en lo concerniente a sus aspectos catastrales en el caso de la Provincia de Mendoza. La Resolución General ATM de Mendoza 73/2016, establece en su art. 7º: *Para el caso en que la constitución del derecho (de superficie) se refiera a una parte de la parcela, deberá determinarse su exacta ubicación, sus medidas perimétricas, angulares y su superficie, también su vinculación al polígono general de la misma, incorporando en el cuerpo del plano, croquis de título con indicación de su remanente*. En este caso, el Departamento Catastro Físico o Delegación de la Dirección General de Catastro procederá al otorgamiento de Nomenclatura Catastral, CUIIC (Código Único de Identificación Catastral) cuando proceda, y número de padrón territorial a la subparcela surgida del proceso, las que deben constar en el plano de mensura que se someterá a visación (art. 8). Asimismo, el art. 10 ordena la verificación de subsistencia de los estados parcelarios cuando se pretende transferir los derechos reales de superficie así constituidos.

¹⁰ La doctrina ha calificado al derecho de superficie como un derecho de carácter "dual" o "bifronte", pudiendo manifestarse como derecho sobre cosa ajena o sobre cosa propia. RACHID, Martín y SAENZ, Pedro F., "Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", RdN 927, junio de 2017. Cita on line: <http://www.revista-notariado.org.ar/2017/06/reflexiones-sobre-el-derecho-real-de-superficie-en-el-codigo-civil-y-comercial/print/#36-facultades-del-superficiario>

El derecho de superficie tiene un objeto de naturaleza inmobiliaria que no requiere *per se* existencia actual, ya que puede constituirse en cualquiera de sus dos modalidades: derecho de construir o plantar (sobre inmueble ajeno) y/o propiedad superficiaria (sobre inmueble propio). En este mismo sentido ya se habían pronunciado las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Rosario en setiembre del 2.003¹¹.

En el objeto del derecho real de superficie hay siempre un inmueble (sea propio o ajeno). Como tiene dicho Clusellas, *independientemente de la clasificación legal de inmuebles por su naturaleza e inmuebles por accesión, receptada en los artículos 225 y 226 CCCN, la suspensión del principio de accesión que jurídicamente implica el derecho real de superficie, solo tiene el efecto de atribuir la propiedad de lo plantado, forestado o construido al superficiario, pero de ninguna manera modifica la naturaleza inmobiliaria de las plantaciones, forestaciones o construcciones. En consecuencia, para el superficiario, el objeto de su derecho real será siempre un inmueble, propio o ajeno, según el plano en el que se ubique su derecho*¹².

La XL Jornada Notarial Bonaerense (Necochea, 2017) concluyó sobre el tema “dominio desmembrado / propiedades distintas”: *En el derecho de superficie coexisten dos derechos reales independientes: el del titular del suelo y el del superficiario; ambos propietarios conservan todas sus facultades materiales y jurídicas (Postura mayoritaria). Se trata de un dominio desmembrado (Postura minoritaria)*.¹³ Esto significa una gran potencialidad para el derecho de superficie, que lo vuelve capaz de respaldar los emprendimientos urbanísticos en su iter de desarrollo, dando seguridad a todos los sujetos involucrados.

¹⁰ Vid. LINARES de URRUTIGOITY, Martha y PUJOL de ZIZZIAS, Irene, “Consideraciones en torno al Derecho Real de Superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio)”, Publicado en Rev. del Notariado N° 864, p. 71; Objeto del Derecho Real de Superficie –con especial referencia al Derecho de Superficie proyectado y a la Superficie Forestal de la Ley 25.509; Publicado en Revista del Notariado N° 867, P. 41.

¹¹ “Objeto: Despacho a): El derecho real de superficie forestal, en sus dos manifestaciones, recae sobre cosa inmueble. Las plantaciones son cosas inmuebles por naturaleza (Art. 2314 del Código Civil) (*Mayoritario, 27 votos*)”.

¹² CLUSELLAS, Eduardo G. (2015), *Código Civil y Comercial*, Buenos Aires, Astrea, Ira. Ed., tomo 7, P. 292.

¹³ <http://www.jnb.org.ar/40/images/despachos40jnb/40JNB-DESPACHO-T1.pdf>

Este tipo de desarrollos inmobiliarios, utilizando el derecho real de superficie en forma transitoria, como vehículo para la conformación definitiva del conjunto bajo el régimen de la propiedad horizontal especial, se presenta como viable desde lo jurídico y requeriría de la diagramación de una ingeniería jurídica especial que regule el momento de la extinción del derecho de superficie y la afectación a PHE, diagramando mediante su regulación contractual, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad permitida por el legislador, indemnizaciones, transferencias de terrenos, extinciones de derechos, pacto en contrario o no a la facultad de someter a PHE, poderes irrevocables, etc.¹⁴.

Lo importante es destacar la idea -innovadora y superadora de la situación actual- que significa la utilización del derecho de superficie para solucionar los problemas advertidos para los CI en su *iter* constitutivo.

Resulta muy interesante la regulación que el Código Civil y Comercial realiza de este nuevo derecho real a los efectos de proporcionar soluciones a los problemas que se estudian. Ello, por cuanto los derechos del titular superficiario son muy similares a los del titular del derecho real de dominio de cualquier inmueble- con sus obvias notas diferenciales que lo tipifican, como su temporalidad- lo cual lo hacen un muy buen sucedáneo cuándo éste no se puede configurar por normativas devenidas del poder de policía local, que muchas veces han avanzado sobre su configuración del derecho de fondo.

En efecto, el derecho de superficie presenta las siguientes características en el Código Civil y Comercial que lo hacen particularmente interesante para prevenir y dar solución a los conflictos de los Conjuntos Inmobiliarios en su *iter* de configuración como tales:

- a) **Facultades del superficiario:** ostenta el uso, goce y disposición material y jurídica de su derecho: puede constituir derechos reales, transmitir y gravar, de manera independiente del suelo y sin necesidad de la conformidad del titular. Asimismo, puede someterla a propiedad horizontal (art. 2120). También, puede el superficiario constituir los derechos reales de disfrute: usufructo, uso, habitación y servidumbre.

¹⁴ Parfraseando a Cossari (op. cit.), “es sumamente importante en este último caso que los títulos prevean los conflictos que puedan ocurrir, de manera que pueda desenvolverse de la manera más práctica y eficaz posible”.

En efecto, el art. 2131 incluye al superficiario entre lo legitimados para constituir derecho real de usufructo. Las remisiones contenidas en el artículo 2155 -referente al derecho real de uso- y en el artículo 2159 -referente al derecho real de habitación- se concluye que puede constituir cualquiera de estos derechos reales de disfrute. También el de servidumbre, ya que el artículo 2168 establece: *están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión.*

- b) Las facultades del superficiario de constituir **derechos reales de garantía, en sus dos modalidades** (art. 2120). En cuanto a cuáles derechos de garantía se pueden constituir, ellos son la hipoteca y la anticresis, cuya legitimación surge de los artículos 2206 y 2213, circunscribiendo obviamente la constitución al plazo de duración del derecho de superficie. Esta nota está en concordancia con los artículos 1883 y 2188 primera parte, que permiten que el objeto de los derechos reales sean, además de las cosas, los bienes en los supuestos taxativamente señalados, como es este caso.
- c) La facultad que tiene el superficiario de afectar al régimen de **propiedad horizontal**, con separación del terreno perteneciente a propietario "excepto pacto en contrario" (art. 2120). Esto es lo que se ha dado en llamar "propiedad horizontal superficiaria"¹⁵. En caso de utilizar la superficie en el *iter* constitutivo de los Conjuntos Inmobiliarios, los superficiarios podrían ser los adquirentes de futuras unidades funcionales, hoy partes materialmente determinadas del inmueble, quienes podrán una vez obtenidas las aprobaciones catastrales pertinentes afectar a propiedad horizontal especial. Cabe aclarar que existe la posibilidad jurídica de que esta afectación pueda pactarse a perpetuidad, con el consentimiento del propietario del suelo, ya que el artículo 2120 permite pactar la no separación del terreno perteneciente al propietario en caso de afectación a propiedad

¹⁵ Como han dicho Nelson y Leandro Cossari (op. cit.), "no es la propiedad horizontal clásica sin más, dado que el terreno pertenece a alguien diverso a los consorcistas, sino una "propiedad horizontal superficiaria" o "superficie en propiedad horizontal" donde el superficiario originario puede transmitir o gravar las unidades funcionales resultantes en forma independiente, pero el derecho transmitido estará forzosamente constreñido por el derecho de superficie. Pero, cabe remarcar que el art. 2020, deja a salvo la posibilidad de pactos al respecto, lo cual puede servir para moldear este instituto para la consecución de los fines que hemos propuesto.

horizontal. En este caso, al producirse la extinción de la superficie, la propiedad horizontal quedaría consolidada en cabeza de los superficiarios.

- d) La posibilidad de **transmisión** de la propiedad superficiaria y de la propiedad del suelo, como inmuebles independientes, sin necesidad de consentimiento de propietario del suelo (art. 2120) ni del titular superficiario;
- e) Amplias facultades materiales de **uso y goce** que tiene el superficiario sobre el derecho de construir y sobre las accesiones, a la vez que la posibilidad de constituir derechos personales, a través de diversos contratos como locación, comodato, obras, etc., inclusive la afectación al régimen de vivienda;
- f) Con respecto a su **emplazamiento**, la posibilidad de constituirse sobre todo el inmueble o sobre “**parte determinada**” (art. 2126); existe la posibilidad de la constitución de varios derechos reales de superficie sobre distintas partes materiales del objeto, y así permitir la coexistencia de una pluralidad de derechos reales de ejercicio simultáneo, donde cada uno de ellos cobrará vida propia y quedará sujeto a vicisitudes de nacimiento, ejercicio y extinción independientes¹⁶.
- g) La gran apertura de posibilidades respecto de su **plazo** de duración (art. 2117). El Código fija el plazo máximo de setenta años para las construcciones y cincuenta para las forestaciones o plantaciones, pudiendo ser prorrogado pero nunca más allá de los plazos legales.
- h) Su **publicidad registral** que la hace un derecho oponible frente a terceros
- i) La **regulación del dominio del propietario del suelo afectado con superficie**, con fuertes limitaciones, conservando todos sus derechos (*ius utendi, ius fruendi y el ius abutendi*), siempre que los ejerza con un límite: sin turbar los derechos del superficiario.
- j) **La extinción del derecho de superficie por consolidación** de la persona del superficiario con la persona del propietario del suelo (art.

¹⁶ LOSARDO, María y LABAQUI, Simón, “El derecho real de superficie en los negocios agropecuarios y la planificación de la empresa familiar”, Ponencia presentada ante la 40 Jornada Notarial Bonaerense, Necochea, 8 al 11 de noviembre de 2017.

2124); esto llevaría en caso de aplicación a los Conjuntos Inmobiliarios a pactar la transferencia de la propiedad del suelo a favor del superficiario, al momento que se estuviera en condiciones a afectar a propiedad horizontal especial; incluso serían viables la previsión de poderes especiales irrevocables a tales efectos.

- k) La facultad del dueño del suelo de **acrecer su derecho sobre las accesiones** introducidas por el superficiario al momento de la extinción de su derecho libre de los gravámenes o cargas constituidos por el superficiario, indemnizando a éste, excepto pacto en contrario (art. 2125). Al decir de Alterini, *la rehabilitación de la accesión que impone el art. 2125 expresa una regla imperativa que no puede ser dejada sin efecto por convenio de partes, ya que se trata de una norma estatutaria y no meramente reglamentaria*¹⁷ (art. 1884 CCCN). Esto implica la necesidad de una ulterior transferencia a los adquirentes de unidades funcionales del conjunto inmobiliario.
- l) La posibilidad de constituirse “parcelas” sobre el derecho de superficie o sobre la propiedad superficiaria, separadas de la “parcela” del suelo (art. 2125), de forma tal que si la superficie se extinguiera de forma anticipada al plazo previsto (por confusión, revocación, renuncia, cumplimiento de condición resolutoria), los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el cumplimiento del plazo del derecho real de servidumbre.
- m) **Transmisibilidad del derecho de superficie por actos entre vivos o por causa de muerte** (art. 2119), en cuyo caso tales transmisiones comprenden las obligaciones del superficiario (art. 2123). Para las transmisiones derivadas inter vivos rigen la teoría del título y modo suficientes mientras que para los mortis causa, los principios del derecho sucesorio.
- n) La **no liberación** de las obligaciones legales ni contractuales del superficiario por **renuncia** de su derecho **ni por su desuso ni por su abandono** (art. 2123).
- o) Su constitución por **título suficiente**, portador de contratos onerosos o gratuitos de superficie (arts. 2114 y 2119) si fuera por actos entre

¹⁷ ALTERINI, Jorge Horacio/Ignacio E y M. Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, T II, La Ley, Bs. As. 2018, p. 602.

vivos. Su constitución por resolución judicial sólo sería posible cuando se tratara de un contrato de superficie, celebrado en vida del causante (art. 16 inc. a) Ley 17.801), en cuyo caso se podrá aplicar la técnica notarial y registral del tracto abreviado.

- p) La posibilidad de adquisición por **prescripción breve de diez años**, con efectos saneatorio de los títulos, mediando justo título y buena fe (si bien en ningún caso mediante usucapión, o prescripción adquisitiva larga de veinte años ya que ella otorga el derecho al dominio con mayor alcance que la superficie) la convierte en una herramienta muy útil a la hora de ir configurando un conjunto inmobiliario en su *iter* constitutivo, mientras se sanean los títulos de los inmuebles sobre los que se desarrolla el emprendimiento, si éstos estuvieran viciados o fueran observables por defecto de titulación suficiente, sin tener que recurrir a otros procedimientos o dilaciones. El art. 2119 aclara que la admisión de prescripción breve lo es a los efectos de sanear el título, que evidentemente al momento de su instrumentación u otorgamiento contenía algún vicio respecto a la legitimación del otorgante. El art. 2119 aclara que esa admisión de prescripción breve es a los efectos de sanear el título, que evidentemente al momento de su instrumentación u otorgamiento contenía algún vicio respecto a la legitimación del otorgante.
- q) **Las facultades que conserva el propietario del suelo** o nudo propietario resultan apropiadas y útiles para los desarrollos inmobiliarios: puede realizar actos de disposición material y jurídica respecto del inmueble, siempre que su ejercicio no afecte el derecho del superficiario. Con esa limitación podría transmitir la nuda propiedad y constituir derechos personales o reales sobre el suelo o nuda propiedad que conserva. Incluso podría gravar el inmueble con hipoteca, pero en este caso el gravamen afectaría y quedaría confinado a la nuda propiedad.
- r) **Extinción por consolidación:** La superficie también se extingue por la reunión, en una misma persona, de las calidades de propietario del suelo y superficiario. Así, esto puede suceder en distintos casos toda vez que se reúnan ambas calidades ya sea en cabeza del superficiario, en cabeza del propietario, o en cabeza de un tercero, todo lo cual puede ser funcional a la configuración de la solución que aquí se propone.
- s) Posibilidad de establecer **pactos** sobre normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de superficiario (art. 2127).

Como han dicho Mariani de Vidal y Abella, *recordamos que el derecho de superficie se rige por las disposiciones del Código, pero, además, por lo convenido en el título constitutivo del derecho, revistiendo éste gran importancia en la configuración del derecho, ya que la ley es bastante amplia en cuanto a las previsiones que dicho título puede contemplar apartándose de las prescripciones legales que, de esta manera y en lo autorizado, resultarían supletorias de la voluntad de las partes (ej. arts. 2114, 2120, 2122, 2126, 2127, 2132)*¹⁸.

- t) Se trata de la regulación de un derecho de carácter **“temporario”** sobre inmuebles, al igual que la transitoriedad que padecen los Conjuntos Inmobiliarios en su *iter* hacia la constitución del derecho de propiedad horizontal especial; por ello las disposiciones que consagra por defecto del pacto entre las partes el Código Civil y Comercial pueden ser útiles para aplicarlas a este otro fenómeno inmobiliario. Hay que tener especialmente en cuenta que el nacimiento del derecho real de superficie se produce con la conjunción del título y el modo suficiente (se trata de un derecho que se ejerce por la posesión). Este momento, es el que da nacimiento al cómputo del plazo, con lo cual determinar el momento del nacimiento del derecho real de superficie es esencial, teniendo en cuenta que se trata de un derecho temporal.
- u) El derecho de superficie **le asigna un rol importante a la autonomía de la voluntad**, además de su papel inicial para el nacimiento del derecho, por contrato oneroso o gratuito (art. 2119). Esta característica hace de este derecho un mecanismo muy versátil para su utilización en Conjuntos Inmobiliarios. Quedan reservados a la libre convención de los particulares aspectos tan relevantes como: *i*) su plazo de duración (respetando el máximo legal, art. 2117); *ii*) su extensión sobre todo o partes de inmuebles divididas tanto en forma vertical como horizontal, sobre la rasante, vuelo o subsuelo (art. 2116); *iii*) las modalidades de su ejercicio como derecho de construir, forestar o plantar, o bien como propiedad superficiaria sobre las accesiones (art. 2115); *iv*) la posibilidad de pactar en contrario acerca de diversos

¹⁸ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, “Derecho Real de Superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY 2016-A, 1117, TR LALEY AR/DOC/507/2016.

supuestos, como la facultad de constituir derecho de propiedad horizontal en forma separada de la propiedad del suelo (art. 2120), o la extinción por destrucción si el superficiario re construye en el plazo indicado (art. 2122), la obligación de indemnizar al superficiario (art. 2126), el monto de la indemnización (art. 2126); posibilidad de pactar normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de superficiario (art. 2127). La aplicación del régimen del dominio revocable que impone el art. 2128 a la propiedad superficiaria no resulta incompatible con su régimen general establecido por los arts. 1967 y 1969 CCCN; antes bien es una aplicación de aquellos principios, según los cuales la revocación del dominio de cosa registrable tiene efecto retroactivo, excepto que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley. Por lo tanto, el título del derecho de superficie bien podría prever la negación de estos efectos retroactivos sin que ello configure un quiebre al orden público que gobierna los derechos reales. Esta previsión podría consolidar los actos de disposición efectuados por el superficiario, entre ellos la afectación a propiedad horizontal especial¹⁹. Por consiguiente, interpretando en forma sistemática los artículos 2125, 2128 y 1967 CCCN, es posible que las partes, en el mismo acto constitutivo o por acto complementario posterior, instrumentados por escritura pública y con adecuada publicidad registral, se pacte la irretroactividad en relación con todos o a algunos actos otorgados por el superficiario, tratándose de una licencia acordada a los particulares para hacer uso de la autonomía de la voluntad en el régimen de este derecho real²⁰.

- v) **La indemnización al superficiario a ser efectuada por el titular del suelo que acrece en sus derechos**, no constituye un obstáculo para la utilización de este derecho en los Conjuntos Inmobiliarios, por cuanto el artículo 2126 prevé la posibilidad del pacto en contrario. Igualmente podría convenirse como precio del derecho de superficie, un valor que no deber ser exclusivamente monetario, podría

¹⁹ “Como consecuencia de la extinción de la superficie, el nudo propietario hace suyo lo construido o plantado libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (art. 2125). Si el propietario quisiera mantener la afectación, acordarán propietario y superficiario lo pertinente al respecto. Ello podrá pactarse desde el inicio, en el acto de constitución, o posteriormente”. (MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, op. cit.).

²⁰ Conf. SABENE (2017), *Op. Cit.*, p. 347.

entregarse **una o más unidades** al desarrollador o la transferencia de la titularidad de lo que fuera la nuda propiedad; estas opciones podrían encuadrar para todo lo relacionado a Conjuntos Inmobiliarios²¹.

- w) El superficiario está facultado para intentar las **acciones posesorias y reales** pertinentes, y gozar de los interdictos -si la legislación procesal que corresponda los permitiera-; toda vez que su derecho se ejerce por la posesión, pudiendo hacer ejercicio de tales acciones ante turbación o despojo realizado por el propietario o terceros.

Se sugiere la utilización de este derecho real mientras el conjunto inmobiliario no está finalizado, sino en etapa de proyecto, “construido o en construcción” (art 2077 CCCN), o urbanizado o en urbanización, como se lo ha interpretado. En este momento el dueño del inmueble no está en condiciones de afectarlo al régimen de propiedad horizontal especial, por no haber nacido como parcelas independientes las unidades funcionales resultantes, al no contar con las aprobaciones de planos catastrales por falta de finalización de las obras de infraestructura mínima que se exigen desde los entes proveedores de servicios públicos y las autoridades catastrales municipales y provinciales. Sin embargo, podría echarse mano al derecho real de superficie, sobre partes determinadas -las futuras unidades funcionales- que ya tienen determinación actual, por ser partes del territorio (son inmueble) y el art. 2125 CCCN las concibe como “parcelas”, previendo la posibilidad de constituir “parcela” de superficie en forma separada de la parcela del suelo.

Este derecho de superficie, así utilizado, daría a sus titulares la facultad de acceder al crédito hipotecario, permitiría la edificación a su nombre y bajo su responsabilidad, facilitaría la constitución de otros derechos reales de disfrute (usufructos, servidumbres, etc.), o afectaciones (vivienda), ya que los superficiarios tienen estas facultades a tenor del art. 2120 CCCN, incluso la disposición material conforme a su título constitutivo y jurídica (gravamen y transferencia incluidos), siempre

²¹ La XXXII Jornada Notarial Argentina (Bs. As., 2016) concluyó: “La indemnización al superficiario (Art. 2126 C.C.C.) es renunciable, no constituyendo dicha renuncia un acto a título gratuito por estar previsto el pacto en contrario. Puede compensarse con la transmisión de parte del terreno o unidades funcionales luego de cumplirse con la readquisición de dominio del dueño perfecto”. <http://www.elnotariado.com/conclusiones-xxxii-jornada-notarial-argentina-5890.html>

sujetos todos sus actos al plazo de duración de la superficie, los que serán conocidos por los terceros en virtud del juego de la publicidad cartular y registral (y por lo tanto estas alternativas no los sorprendería en su buena fe). Incluso podría ser estos superficiarios quienes afecten a propiedad horizontal especial, con separación -o no- del terreno perteneciente al propietario de suelo, según como se pacte en los casos concretos.

Se concluye que el derecho real de superficie aparece como una herramienta interesante para dinamizar la explotación de inmuebles en su *iter* constitutivo hacia su configuración como Conjuntos Inmobiliarios, dando suficientes seguridades a los adquirentes y a los terceros durante esta etapa transitoria hasta la consolidación definitiva de sus derechos bajo el régimen de propiedad horizontal especial.

Es cierto que el desarrollo de la figura en el ámbito privado dependerá, además de la evolución en las costumbres de la sociedad muy atada aún al derecho de dominio tradicional, al tratamiento impositivo que finalmente se le dé a este nuevo derecho. Desde ya se anticipa que dicha normativa debería prever el supuesto de derecho de superficie utilizado como mero vehículo para la viabilización de los conjuntos inmobiliarios en su *iter* constitutivo (en especial su incidencia debería ser neutra en lo que hace a impuestos de sellos, impuesto inmobiliario, impuesto a las ganancias, ganancia mínima presunta, IVA, etc.). En materia habitacional, principalmente, aún resulta culturalmente difícil de concebir la posibilidad de desdoblarse y separar la propiedad de las construcciones de la propiedad del suelo, por más que esto ocurriera en forma transitoria.

Desde el punto de vista jurídico, teniendo en cuenta las precisiones que aquí se hacen, el plexo normativo se muestra idóneo y adecuado para regir la dinámica de los Conjuntos Inmobiliarios en vías de consolidación como propiedad horizontal especial, sin mayores inconvenientes. Los operadores jurídicos podrían asumir el desafío de profundizar en el estudio de esta figura y rescatar las ventajas que puede otorgar a la dinámica productiva de los bienes inmuebles, desprendiéndose de preconceptos fuertemente arraigados luego de casi 150 años de vigencia de una legislación que siempre vio con malos ojos al derecho de superficie. El cambio cultural que se necesita para darle efectiva vida al derecho de superficie en nuestra realidad socio-económica deberá partir de los profesionales del derecho.

Como ha quedado demostrado, en consonancia con la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016): *La concepción del*

*dominio absoluto, perpetuo y pleno, se redirecciona hacia una figura que utilizada con pragmatismo y fluidez contribuye a motorizar procesos de expansión y paliar situaciones de déficit habitacional y social. Su plasticidad permite articularlo con múltiples derechos reales y personales*²².

Para que esta solución sea factible es preciso que las jurisdicciones locales, en ejercicio de su poder de policía sobre el territorio, no impongan requisitos catastrales para la constitución de derechos de superficie no exigidos por la legislación de fondo que desnaturalicen este derecho o diluyan su potencialidad para vehicular conjuntos inmobiliarios durante su *iter* constitutivo bajo estándares de seguridad jurídica preventiva, toda vez que se cumpla con el principio de especialidad propio de los derechos reales y del derecho registral. Igualmente, cabe precaver a los poderes públicos de no abortar ni desalentar la eventual utilización de la superficie como cobertura “real” de la prehorizontalidad mediante cargas tributarias o fiscalistas que la vuelvan una herramienta costosa o complicada.

Para finalizar, se puede sintetizar que el derecho real de superficie puede tornarse una herramienta de gran utilidad al momento de proyectar Conjuntos Inmobiliarios, para lo cual reviste fundamental importancia para el jurista manejar sus características generales, el ámbito propio permitido a la autonomía de la voluntad así como los aspectos catastrales, notariales y registrales que rodean a la figura.

²² <http://www.elnotariado.com/conclusiones-xxxii-jornada-notarial-argentina-5890.html>

¿PUEDE CONSTITUIRSE EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE POR TESTAMENTO?

Por María Nazareth Lombardi¹

I. CONCLUSIONES

De lege data:

1. El Código Civil y Comercial de la Nación no permite constituir el derecho real de superficie por testamento.
2. La posibilidad de adquirir este derecho por disposición de última voluntad sería interpretar la norma de manera amplia.
3. Al tratarse los derechos reales de normas de orden público, no sería posible admitir como modo de constitución el testamento.
4. Al no estar permitida la disposición de última voluntad como forma de constitución del derecho real de superficie, no puede considerarse como admisible, por aplicación del art. 1884 del Código Civil y Comercial².

II. FUNDAMENTOS

1. CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

El artículo 2119 del Código Civil y Comercial establece que el derecho real de superficie se constituye mediante un contrato oneroso o gratuito, y que puede ser transferido por acto entre vivos o por causa de muerte. Por lo tanto, es necesario diferenciar la constitución del derecho de superficie de su transmisión.

El artículo referido, en primer lugar, establece que para la constitución del derecho, siguiendo en parte la línea del artículo 5° de la

¹ Prof. auxiliar de Derechos Reales, Facultad de Derecho, UBA. Con el aval de la Dra. Liliana E. Abreut de Begher, prof. Titular, Facultad de Derecho, UBA.

² Este artículo establece que "...es nula toda configuración de un derecho real no previsto en la ley o modificación de su estructura...".

Ley de Superficie Forestal 25.509 –hoy derogada-, permite su establecimiento de forma convencional, ya sea a título gratuito u oneroso.

En segundo lugar, en cuanto a la transmisión del derecho de superficie se fija que puede realizarse tanto por actos entre vivos - utilizando cualquier título causal, siempre que no exista un pacto que limite totalmente la capacidad de transferir (art. 1572 CCCN)-, como también por causa de muerte. En ambos casos, se debe considerar el plazo máximo fijado por la ley o el acordado por las partes.³

Se rechaza la posibilidad de adquirir el derecho de superficie por el transcurso del tiempo, y se acepta que la usucapión breve sea utilizada para sanear el justo título (art. 2119 CCCN).

La letra del Código establece únicamente la convencionalidad para la constitución del derecho real de superficie, al disponer que “...se constituye por contrato oneroso o gratuito...”. No hace mención a la facultad de constituir el derecho real de superficie mediante testamento.

Dicha omisión vuelve a abrir el debate con respecto a la posibilidad de constituir el derecho por disposición de última voluntad.

2. ANÁLISIS DE LAS FORMAS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

a.- Una primera postura se encuentra a favor de la constitución del derecho real de superficie por testamento, pues considera que, si bien el art. 2119 del Código Civil y Comercial establece que solo se puede adquirir mediante contrato, la doctrina sugirió esta modalidad porque se trataba de una adquisición derivada⁴, criterio que ya fue receptado en otras legislaciones.⁵

³ GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., “Derechos Reales” Tomo II, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires 2016, 2º ed., p. 924.

⁴ PAPAÑO, Ricardo; KIPER, Claudio; DILLON, Gregorio; CAUSSE, Jorge, “Derechos Reales”, Tomo III, p. 287.

⁵ El Código de Perú acepta la constitución del derecho real de superficie por testamento, salvo prohibición expresa (art. 1031).

Esta corriente sostiene que nuestro marco normativo admite la posibilidad de adquirir este derecho real por actos de última voluntad.⁶ La transmisión del derecho real de superficie está permitida por acto entre vivos y mortis causa, ya que los derechos reales son, por principio general, transmisibles.⁷ A diferencia de otros casos de dominio desmembrado, la superficie no es vitalicia, por lo que no debiera existir un obstáculo para su constitución por testamento, en tanto se fija un plazo máximo legal.

Al establecer que el derecho real de superficie puede transmitirse por actos entre vivos o mortis causa, implica que no se extingue por la muerte del superficiario⁸, sin perjuicio que ese hecho funcione como cláusula resolutoria del derecho.

Este razonamiento nos lleva a derivar que si se puede transmitir mortis causa la superficie, también puede constituirse entonces por testamento.

Ya en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 se concluyó que “...no existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad...”⁹

El artículo 2119 menciona que el modo de constituir la superficie es por contrato y omite referirse de forma concreta al testamento como causa fuente. En virtud de ello, esta postura considera que el legislador debió descartarla de manera expresa, tal como lo hizo al rechazar la posibilidad de adquirirla por prescripción adquisitiva larga.

⁶ KIPER, Claudio Marcelo, “Adquisición del derecho de superficie por testamento”. Rubinzal-Culzoni, D133/2023, Buenos Aires, 2023.

⁷ ALTERINI, J. H. “Código Civil y Comercial Comentado” Tratado Exegético. Thomson Reuters La Ley, Buenos Aires, 2015, Tomo X, p.171.

⁸ KIPER, Claudio Marcelo, “Adquisición del derecho de superficie por testamento”. Rubinzal-Culzoni, D133/2023, Buenos Aires, 2023.

⁹ Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en 1985, cuando recomendaron de lege ferenda la incorporación de la superficie como derecho real autónomo, aconsejaron permitir la constitución del derecho por vía testamentaria, considerando que la observación que merecía esta posibilidad -dada por la imposibilidad de que el testador, de este modo, constituya un gravamen periódico- se sorteaba fácilmente ante la viabilidad de la constitución gratuita de superficie.

Se ha dicho que la omisión de la ley no lleva a interpretar que lo no está previsto se encuentre prohibido.¹⁰ En consecuencia, la superficie podría ser constituida por testamento, respetando los acuerdos que hayan pactado las partes en la medida que la ley se los permita.

b.- Una segunda postura contradice los fundamentos analizados anteriormente, y sostiene, de conformidad con legislaciones de otros países¹¹, que no se admite la constitución de este derecho real por medio de actos de última voluntad¹². Si el legislador hubiera querido habilitar esta forma de constitución, debió haberlo dispuesto expresamente, pues la ausencia de previsión legal positiva torna dudoso que el testamento pueda verse como fuente de la superficie.¹³

Al establecer que la transmisión puede ser por actos entre vivos o mortis causa, se interpreta que lo es con relación a un derecho ya existente¹⁴, en lugar de permitir la constitución de uno nuevo a partir de la muerte.

En la especie, sería de dificultosa aplicación en la práctica, ya que el testador debería establecer las cláusulas que regirían el derecho constituido en el testamento de forma clara y precisa, preestableciendo las facultades y obligaciones de las partes, condiciones de su desarrollo y plazo de duración. Téngase presente que es un derecho real cuyo contenido del contrato constitutivo es establecido en gran medida bajo la autonomía de la voluntad de las partes.

¹⁰ PUERTA DE CHACÓN, Alicia; Bressan, Pablo; PUJOL DE ZIZZIAS, Irene; LINARES DE UTIRROGOITY, Marta; CARLUCCI DE SABATINI, Fabiana, “ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, Libro de Ponencias, Tomo I, p. 812.

¹¹ El Real Decreto Legislativo 7/2015 de España aprueba la constitución convencional y el Código de Brasil establece que puede transmitirse por actos entre vivos o mortis causa, sin decir nada sobre la constitución por testamento (arts. 1369/1377).

¹² ABREUT, Liliana E. “Comentarios sobre el derecho real de superficie”. Infojus, SAIJ DACF150402, 2015.

¹³ VÁZQUEZ, Gabriela, “El derecho real de superficie forestal en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003)” Ed, 205-921.

¹⁴ SABENE, Sebastián “Constitución, transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie”, en Jurisprudencia Argentina, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot 2015-IV-1038.

Se entiende que la legislación vigente –conforme lo establecido en el art. 5 de la derogada Ley de Superficie Forestal 25.509 que disponía solo la fuente contractual¹⁵– no permite la constitución por actos de última voluntad, toda vez que, siendo sustancialmente de orden público, no se puede afectar el mismo, por lo que la normativa regulatoria de los derechos reales no puede incurrir en el argumento según el cual “lo que no está prohibido, está permitido”¹⁶.

El carácter de orden público de las normas que regulan los derechos reales y su estructura legal (art. 1884 CCCN), se opone a esta interpretación, por lo que se entiende que fue voluntad del legislador no aceptar la posibilidad de constituir el derecho de superficie por testamento.

¹⁵ AREAN, Beatriz “Derechos Reales”, Buenos Aires, 6° ed. Hammurabi, 2003, Tomo II, p. 699.

¹⁶ CONSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., en Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel (coordinación), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado”. Tomo VII. Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, p. 308.

EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROBLEMÁTICA HABITACIONAL: A PROPÓSITO DE LA LEY 6.639 CABA

Por Fernando Márquez¹ y Martín L. Gallo Tagle²

I. CONCLUSIONES

De lege data:

1. El Régimen de Co-Vivienda prevé la afectación de inmuebles principalmente del dominio privado del Estado local con el derecho real de superficie a favor de una “Organización”, que se encuentra obligada a construir y afectar la edificación con el derecho real de propiedad horizontal o uso a favor de los “Usuarios”.
2. El derecho real de superficie en la ley local n° 6.639 es aplicado como fue originalmente concebido en el Derecho Romano, esto es, en cumplimiento de una función social para paliar la problemática habitacional.
3. El Instituto de la Vivienda de la Ciudad de Buenos Aires tiene un rol preponderante en el funcionamiento del sistema, en su carácter de autoridad de aplicación.
4. El Régimen de Co-Vivienda es un instituto valioso cuya modalidad puede ser replicada a nivel nacional y provincial.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

La reciente sanción de la Ley n° 6.639 por parte de la Legislatura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires regula el llamado “Régimen de Co-Vivienda”, que pretende brindar una nueva alternativa para paliar una de las mayores problemáticas que afrontan casi todos los países y que afecta especialmente a los sectores vulnerables: el déficit habitacional.

¹ Prof. Adjunto, UCES, Derecho.

² Prof. Adjunto, UCEMA, Derecho.

Para ilustrar este punto, los datos definitivos del Censo Nacional de Población, Hogares y Viviendas 2022 revelan que en Argentina hay más de un 30% de la población que no tiene acceso a una vivienda propia, porcentaje que asciende a un 43% en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante CABA). También se registró que en nuestro país hay 5.705 personas en situación de calle y que más del 42% reside en el distrito porteño³.

Advertimos así los crecientes problemas para un sector cada vez más amplio de la sociedad, en un contexto de crisis económica que atraviesa el país desde hace ya muchos años. Según un reciente informe publicado en el Diario “Infobae”, se estima que el pago de un alquiler demanda más de un 50% de los ingresos mensuales⁴, lo que no hace más que evidenciar las dificultades para acceder a una vivienda adecuada.

Frente a este sombrío panorama, la Legislatura porteña sancionó la ley objeto del presente trabajo, que se vale de las normas del derecho civil -específicamente de los derechos reales- y se basa en el modelo extranjero denominado *co-housing* para intentar proporcionar una solución a este problema social. Ello, dentro de los límites reconocidos por la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y bajo la supervisión del Instituto de Vivienda local (en adelante IVC) en su carácter de autoridad de aplicación.

El sistema prevé la afectación de inmuebles del dominio privado del Estado local -entre otros- con el derecho real de superficie a favor de una persona jurídica designada como la “Organización”, conformada exclusivamente por las personas humanas vulnerables llamadas “Usuarios”. El superficiario se obliga a construir y/o refaccionar un edificio, para luego otorgar un derecho real de propiedad horizontal o uso sobre lo construido a favor de los beneficiarios, por un plazo que no excederá el término del derecho real de superficie, es decir, un máximo de setenta años.

El propósito de este trabajo es, con motivo de esta loable iniciativa legislativa, analizar cómo un instituto del derecho real clásico como es el

³ Fuente: https://censo.gob.ar/index.php/datos_definitivos_total_pais/, fecha de consulta: 21/6/2024.

⁴ Fuente: <https://www.infobae.com/economia/2024/02/15/nuevos-problemas-para-alquilar-hay-mas-oferta-pero-se-dispararon-los-costos-y-requisitos-para-acceder-a-una-vivienda/>, fecha de consulta: 21/6/2024.

derecho de superficie sigue teniendo vigencia en la actualidad para venir en ayuda ante esta penosa situación social.

2. DERECHO A LA VIVIENDA DIGNA

La finalidad de la ley no es otra que la de implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda (art. 1).

El régimen legal, en este aspecto, está conformado por la Constitución Nacional, los tratados internacionales incorporados en el artículo 75 inc. 22 CN, las leyes nacionales, la Constitución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la legislación local dictada en consecuencia.

De este conjunto de normas se desprende el reconocimiento del derecho al acceso a una vivienda digna y el deber del Estado en garantizarlo, sobre todo a favor de los sectores especialmente vulnerables (arts. 14 bis, 75 inc. 23 CN).

El Máximo Tribunal ha fijado un criterio rector en cuanto a la caracterización de este derecho, al establecer que no se trata de meras declaraciones sino de normas jurídicas operativas con vocación de efectividad⁵. Las disposiciones constitucionales, si bien se encuentran dirigidas específicamente al legislador federal, deben servir igualmente como pauta orientadora para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia⁶.

En ese sentido, la CSJN se ha expedido acerca de los alcances del derecho a una vivienda digna en la causa "Q. C., S. Y. v. Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/amparo", del 24/4/2012⁷. Este criterio, mantenido en fallos posteriores⁸, resulta muy valioso en dos aspectos fundamentales: describe los requisitos mínimos que debe reunir el derecho a una vivienda adecuada y analiza los recursos destinados por el GCBA para garantizarlo⁹.

⁵ Fallos 345:1481.

⁶ Fallos: 342:459.

⁷ Fallos: 335:452.

⁸ Fallos: 337:256, 338:724, entre otros.

⁹ Un estudio *in extenso* puede encontrarse en: Rey, Sebastián A., "¿Existe un derecho a la vivienda adecuada en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?", Ed. Infojus, *Revista Derechos Humanos*, año II, nro. 2, 2013, p. 13.

En ese orden de ideas, se ha identificado que la vivienda digna abarca no solamente el reconocimiento de la necesidad de existencia del hogar en sí mismo, esto es, la estructura edilicia, sino también el acceso a éste, el derecho a vivir en paz dentro de él, en forma decente y de manera saludable¹⁰. No se trata únicamente de garantizar las condiciones materiales de habitabilidad, sino de proteger legalmente su ocupación.

Podemos admitir, entonces, que no hay una única manera de responder al derecho a la vivienda. Las alternativas que se implementen deben dar una respuesta adecuada, definitiva y acorde a las circunstancias de cada caso en particular¹¹.

En el ámbito específico de CABA, el art. 31 de la Constitución local reconoce el derecho a una vivienda digna y a un hábitat adecuado, obligándose a resolver progresivamente el déficit habitacional, dando prioridad a las personas de los sectores de pobreza crítica y con necesidades especiales de escasos recursos.

De igual manera, la ley local n° 1.251 creó el IVC como continuador jurídico de la antigua Comisión Municipal de la Vivienda. Reviste la calidad de órgano de aplicación de las políticas en esta materia y se constituye como eje fundamental en el desarrollo del Régimen de Co-Vivienda.

En ese contexto, la ley 6.639 demuestra ser una opción válida para hacer operativo el régimen legal citado, conforme los fundamentos que dieron origen a su sanción y al propio articulado que aquí se propone analizar. Esta finalidad no puede ser soslayada, ya que es una pauta valiosa para interpretar los alcances de sus disposiciones y su funcionamiento práctico.

3. EL CO-HOUSING EN EL DERECHO COMPARADO

Nuestro Régimen de Co-Vivienda no es el primero en su especie. Varios han sido los países que han implementado sistemas similares frente

¹⁰ Casasbellas Alconada, Amparo, y Muñoz, Gonzalo, *El Derecho a una Vivienda Digna*, 1° ed., Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2022, pág. 9.

¹¹ Caramelo Díaz, Gustavo, “El derecho a una vivienda adecuada según la Corte Suprema Argentina”, La Ley Online, Cita: TR LALEY AR/DOC/8144/2012.

al mismo problema. Nombraremos sólo algunos de ellos, que fueron los antecedentes tenidos en cuenta por el legislador¹².

a) *Dinamarca*

El sistema que hoy se implementa en nuestra ciudad encuentra sus raíces en el concepto de *co-housing*, figura que surgió a mediados de la década 1960 gracias a la labor de Jan-Gudmand-Hover. El arquitecto danés buscó crear un nuevo modelo de vivienda que le permitiera mantener su residencia privada y, al mismo tiempo, compartir zonas comunes con los demás propietarios para realizar diversas actividades¹³.

El *co-housing* tiene en miras valores y objetivos comunes, como la solidaridad intergeneracional, la búsqueda de autonomía personal, el mutualismo comunitario, el apoyo social en la vida cotidiana, la prevención del aislamiento social y la soledad no deseada¹⁴.

Este instituto ha sido utilizado como base de muchos otros modelos (v.gr.; EE.UU., Canadá, Suecia y Alemania), adaptado a la legislación y las características que la problemática tiene en cada país.

b) *España (Barcelona)*

Entendemos que el sistema catalán resulta ser el antecedente directo de nuestra ley local porque también utiliza el derecho real de superficie como herramienta fundamental para la constitución de las comunidades habitacionales.

El modelo consiste en la cesión por parte del Ayuntamiento o un propietario privado, de una finca o solar en desuso en el que la cooperativa pueda construir. Los socios depositan una entrada y pagan mensualmente

¹² Ver sesión del 11/5/2023.

¹³ Milman, Danny, "The History of Cohousing. Where it all began: Cohousing in Denmark", 1994. Recuperado de: <https://web.archive.org/web/20240512021959/https://cohousing.ca/about-cohousing/history-of-cohousing/>, fecha de consulta: 16/6/2024

¹⁴ Ver Constantinescu, Aurora Cristina, "Cohousing. Modalidad Emergente De Cooperativa De Vivienda", Trabajo Final de Grado, 2021, Facultad Derecho, Universidad de Huelva, España.

una cuota por el uso de su vivienda. Se promueve la vida comunitaria y se incentiva la autogestión de sus participantes¹⁵.

La cesión a la cooperativa del derecho de superficie es por un periodo de setenta y cinco años, ampliable a noventa. Es ésta quien construye o rehabilita y gestiona la vivienda. Finalizado este plazo, la propiedad de lo construido pasa a ser municipal.

Otras ciudades españolas como Madrid o Valencia ya están tomando nota de los beneficios de la *covivienda* catalana. Tal vez fue por eso que el gobierno español dictó el Real Decreto 42/2022, por el que se regula el Bono Alquiler Joven y el Plan Estatal para el acceso a la vivienda 2022-2025. Allí se incluye, entre otras modalidades residenciales, las de tipo *co-housing* como variable para fomentar los planes habitacionales¹⁶.

No es ocioso recordar que, contrariamente a lo que sucede en nuestro país, en España rige en materia de derechos reales el *numerus apertus*. En virtud de ello, la doctrina ibérica acepta la libertad en la constitución de los derechos reales y la modificación de la estructura de los existentes, aunque la cuestión es un poco más compleja¹⁷.

c) Uruguay

El *co-housing* ha sido implementado en el país vecino conforme a las llamadas “cooperativas de vivienda”, reguladas por la Ley n° 18.407 (Capítulo V) y sus modificatorias¹⁸. Se establece la conformación de una persona jurídica para garantizar a sus socios el acceso a una vivienda comunitaria, a través de un aporte como contraprestación.

Este sistema establece dos tipos posibles de constitución: 1) “unidad cooperativa de usuarios” que solo atribuye a los socios el derecho de uso y goce sobre las viviendas sin limitación de tiempo (art. 129); y 2)

¹⁵ Fuente: Ayuntamiento de Barcelona, <https://www.habitatge.barcelona/es/acceso-a-vivienda/covivienda>, fecha de consulta: 23/6/2024.

¹⁶ Boletín Oficial del Estado español, recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2022-802>, fecha de consulta: 23/6/2024.

¹⁷ Ver Alterini, Jorge H. [dir. gral.], *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, 2° ed., versión eBook, La Ley, Buenos Aires, 2016, T. IX, pág. 31.

¹⁸ <https://www.impo.com.uy/bases/leyes/18407-2008>, fecha de consulta: 21/6/2024.

“unidad cooperativa de propietarios”, que otorga a los socios la propiedad exclusiva e individual de la propiedad horizontal sobre las respectivas viviendas, pero con facultades de disponibilidad y uso limitadas (art. 130). Podemos encontrar aquí una similitud muy importante con el régimen que se pretende implementar en CABA.

Sin pretender hacer una comparación detallada entre ambas legislaciones, la norma uruguaya no parece utilizar el derecho real de superficie para cumplir su objetivo.

4. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU FUNCIÓN HABITACIONAL

El derecho real de superficie para la construcción fue incorporado legislativamente en el Código Civil y Comercial de la Nación (art. 2114). De ahí que estamos ante un derecho real novedoso en su acepción actual y que presenta grandes ventajas a la hora de pensar en soluciones de índole habitacional.

Recordemos que los orígenes de esta figura se remontan al Derecho Romano Público, en el que la superficie era utilizada en ciertos arriendos de tierras fiscales, hechos por el Estado o los municipios, a perpetuidad o largo término. Fue recién después que esta práctica se generalizó y fue imitada por los particulares¹⁹.

En la época de la República romana llegaron muchas personas a la ciudad, lo que provocó el aumento de la densidad poblacional y, por ende, un grave problema de escasez de viviendas. Ello encontró solución a través de la superficie²⁰.

Podemos ver entonces que la superficie nace como respuesta a necesidades no tan distintas de las actuales. De este modo, la ley local aplica el derecho real de una manera similar al concebido en su génesis, esto es, como un instituto hábil para combatir los problemas del acceso a la vivienda.

¹⁹ Oderigo, Mario N., *Sinopsis de Derecho Romano*, 6ta. edición, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1982, pág. 215.

²⁰ Latino, Jorge A., “El Derecho real de superficie para construcción como vehículo de inversión nacional y extranjera en el derecho argentino y español”, recuperado de http://www.cfna.org.ar/documentacion/noveles/2017_-_Jorge_Latino.pdf, fecha de consulta: 25/6/2024.

De hecho, en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015), la Comisión 11 (Derecho Romano) declaró: “*El derecho de superficie cumplió en el Derecho Romano una función social, a fin de superar la grave problemática habitacional (...) por ello vemos con satisfacción la incorporación del derecho de Superficie en el nuevo Código Civil y Comercial (...) proponemos su enseñanza teniendo en cuenta sus raíces Romanas*”.

En este punto, podemos destacar que la Ley 6.639, si bien aplica el derecho de superficie con la misma finalidad que se hacía en el Derecho Romano, dispone únicamente la afectación de los bienes del dominio privado del Estado, excluyendo así los del dominio público (cuya naturaleza es esencialmente distinta).

No obstante, nuestro ordenamiento legal a nivel nacional autoriza en algunos casos la constitución de la superficie sobre bienes del dominio público. Un ejemplo lo encontramos en la Ley nacional n° 27.328 sobre Contratos de Participación Público - Privada (art. 9 inc. g). En estos supuestos, la figura puede servir para estimular la construcción de inmuebles estatales que por regla están inmovilizados y fuera del comercio²¹. Estaríamos frente a la constitución de un *derecho real administrativo* que nace de una concesión²², aunque su análisis excede el marco de este trabajo.

En definitiva, es claro que la superficie -en cualquiera de sus formas- se presenta como una variable idónea a la que la Administración puede recurrir para cumplir sus funciones propias. La estructura y dinámica del derecho real se identifica, en términos económicos, como una herramienta apta para facilitar tanto la construcción de edificios, como el acceso a una vivienda a inferiores costos²³.

²¹ Ver sobre el tema: De La Riva, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, La Ley online, Cita: TR LALEY AR/DOC/416/2016

²² Gurfinkel de Wendy, Lilian N., *Derechos Reales*, 2° ed., 1° reimpresión, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2016, T. II, pág. 919

²³ Alterini, Jorge H., Alterini, Ignacio E., y Alterini, María E. [dir.], *Tratado de los Derechos Reales*, 1° ed., La Ley, Buenos Aires, 2018 T° II. Pág. 541

Así, se la ha reconocido como una alternativa para afrontar la crisis inmobiliaria, favoreciendo su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario²⁴. Podemos pensar que se trata de una opción interesante comparada con otras figuras jurídicas del tráfico inmobiliario, como son el arrendamiento o la transmisión del dominio.

En relación a la locación, los beneficios que obtiene el superficiario son ostensibles. Al ser titular de un derecho real, cuenta con prerrogativas que no tiene un locatario (v.gr.; oponibilidad *erga omnes*, facultades de persecución y preferencia, acciones reales para defender su derecho, etc.). Respecto al nudo propietario, la superficie le permite una contratación por un plazo mayor que el previsto para el alquiler (arts. 1197 y 2117 CCC), con una regulación normativa específica para el fin de construcción pretendido.

En lo que se refiere a la transmisión de la propiedad del suelo, el superficiario se involucra en un negocio inmobiliario que será a un precio inferior que si pretendiese comprar el terreno. En cuanto al nudo propietario, nunca enajena su derecho sino que cede temporalmente ciertas facultades, y al vencimiento recupera el bien haciendo suyo todo lo construido.

En síntesis, el provecho que presenta el derecho real de superficie en el marco de una política pública de esta naturaleza es que el propietario del suelo no resigna en ningún momento su titularidad dominial e incluso se ve favorecido porque, una vez extinguida la superficie, todo lo que se haya construido pasa a formar parte de su patrimonio. El interés para el Estado es evidente: soluciona por un período temporario -pero estable- el problema habitacional de los sectores vulnerables y, una vez concluida la superficie, recupera el pleno dominio de su inmueble en mejores condiciones -presumiblemente- del que lo entregó.

Esto se realiza en el marco de una estructura de co-vivienda que fomenta una mayor solidaridad y tolerancia entre las personas que integran el régimen, incluso mayor a las que podemos encontrar en un típico edificio de la ciudad afectado a la propiedad horizontal. No olvidemos que

²⁴ Malizia, Roberto, “Algunos aspectos normativos vinculados al derecho real de superficie”, Rubinzal-Culzoni, Cita: 578/2021

estamos frente a un modelo de vivienda social donde la innovación, la cooperación y el trabajo son pilares fundamentales de su estructura, desde el momento que decidan participar del sistema.

Téngase en cuenta que todos los beneficiarios deben realizar un aporte a la construcción y/o refacción de la obra a cargo de la persona jurídica que integran. A cambio, recibirán una vivienda sobre la que ejercerán un derecho real por un plazo que, si bien no es perpetuo, otorga seguridad y protección a su posesión. Todo ello, bajo la supervisión del IVC.

No podemos soslayar que los derechos reales -al igual que la propiedad en general- en ningún caso pueden conceptualizarse con prescindencia del interés social comprometido y la función social que le da sentido a su uso y goce. Estas circunstancias explican la fuerte presencia de las disposiciones de orden público en esta rama del derecho privado²⁵.

En conclusión, no es el fin último de la ley 6.639 fomentar la inversión privada o dar uso a los bienes del Estado que se encuentren ociosos. Éstas serán consecuencias secundarias beneficiosas de una norma orientada a garantizar una vivienda digna para toda la población.

5. BREVE EXPLICACIÓN DEL SISTEMA

a.- La norma tiene por objeto implementar políticas públicas de acceso a la vivienda (art. 1), para lo cual se prevé la afectación de inmuebles pertenecientes al dominio privado de CABA, el IVC u otros sujetos de derecho público estatales, no estatales y del dominio de personas jurídicas de derecho privado que no posean fines de lucro (art. 3).

Los terrenos pueden encontrarse sin edificar; con edificaciones en obra, interrumpidas o en curso de ejecución; o con edificaciones concluidas que deban ser refuncionalizadas (art. 9). El dueño del “Inmueble de Co-Vivienda” pasará a ser el nudo propietario una vez constituido el derecho real de superficie a favor de la Organización (art. 5.1), conservando la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario (art.

²⁵ Vázquez, Gabriela A., *Derechos Reales*, 1° ed., La Ley, Buenos Aires, 2020, pág. 2.

2121 CCC). La fórmula es lógica porque trata de proteger al superficiario sin limitar innecesariamente al dueño²⁶.

b.- El Instituto de Vivienda es la autoridad de aplicación del régimen y ejerce un amplio poder de policía sobre el inmueble, contando a tal fin con las facultades disciplinarias o sancionatorias que establecerá la reglamentación (arts. 8, 13 y 21).

Entre otras prerrogativas, se encuentra autorizada a otorgar préstamos para financiar la edificación (arts. 18 y 19) y convoca a las Organizaciones a concurso para la selección de proyectos (art. 10). Si el inmueble pertenece a CABA o al IVC, será la encargada de celebrar el Convenio de Co-Vivienda con la Organización escogida para la registración y publicación de la afectación del inmueble con el derecho real de superficie (art. 12). Los proyectos seleccionados cuentan con un régimen de exenciones impositivas y el deber de incluir cocheras (art. 20).

c.- La Organización es la persona jurídica (cooperativa, mutual, asociación civil sin fines de lucro, simple asociación, fundación o fideicomiso) conformada exclusivamente por los Usuarios que será la titular del derecho real de superficie.

Como aspecto central, cabe recordar que el superficiario se encuentra legitimado para afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal (art. 2120 CCC). De esta manera, una vez constituida la superficie, la Organización puede -y debe en el marco de la ley- transmitir las unidades funcionales a favor de los Usuarios, durante el plazo de vigencia del derecho real de superficie²⁷.

En lo que hace a su legitimación para constituir el derecho real de uso, si bien la ley 6.639 le permite al superficiario constituirlo con una remisión un tanto confusa, no quedan dudas que puede hacerlo (arts. 2131 y 2155 CCC).

Entonces bien, la Organización tiene a su cargo, en primer lugar, la construcción y/o refacción del inmueble para luego constituir el derecho

²⁶Kiper, Claudio, *Tratado de derechos reales*, segunda edición actualizada, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, T° II, pags. 47/48.

²⁷ Abreut de Begher, Liliana, *Propiedad Horizontal y Conjuntos Inmobiliarios*, 1° ed., Hammurabi, Buenos Aires, 2024, pág. 100.

real del que se trate propiedad horizontal o uso, según se haya elegido, a favor de los sujetos beneficiarios (arts. 4, 7 y 14). Una vez nacida la superficie, la ley llama al inmueble como “Edificio de Co-Vivienda”, se encuentre construido o no (art. 5.2).

La Organización tiene los derechos que emanan del Código (arts. 2120, 2131 y 2155 CCC) que, en muchos casos, se transforman en obligaciones en el marco del presente régimen (v.gr.; la obligación de construir y afectar lo construido con el derecho real de propiedad horizontal o uso, art. 7.i/vii). También se prevé el dictado de un Reglamento del Usuario de cumplimiento obligatorio para las Organizaciones (art. 17).

El derecho real de la Organización es temporario, motivo por el cual no puede durar más allá del plazo estipulado o hasta el máximo de 70 años (art. 2117 CCC).

Extinguido el derecho real de superficie al vencimiento del plazo, todo lo construido en el fundo se incorpora al patrimonio del nudo propietario, quien recupera inmediatamente la posesión haciendo suyas las edificaciones (art. 2125, 1º párrafo CCC). Se prevé la posibilidad de renovar el Convenio de Co-Vivienda, si resultara posible, otorgando prioridad a los antiguos ocupantes (art. 15.2). La ley establece que ni los Usuarios ni la Organización tendrán derecho a recibir indemnización alguna, entendiéndose que las inversiones que efectuaron han quedado suficientemente compensadas con el disfrute del derecho real del que se trate (art. 16.1 y 16.2).

En cambio, si el derecho de superficie se extingue antes del plazo estipulado, los derechos reales y personales constituidos continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el término de la superficie (art. 2125, 2º párrafo CCC). Si la conclusión anticipada se produce por decisión del IVC, la Organización y/o los Usuarios tendrán derecho al cobro de la indemnización correspondiente. Para cualquier otro caso de conclusión anticipada (v.gr.; expropiación), la norma exime del deber de indemnizar al IVC (art. 16.3).

d.- Los Usuarios son los sujetos beneficiarios del régimen. Se trata de las personas humanas y grupos familiares identificados bajo el concepto de “hogar” que se encuentran en situación de vulnerabilidad y/o afectados por el déficit habitacional y/o los que deseen formar parte de las comunidades sujetas al régimen (art. 2).

No deben tener ingresos superiores a ocho salarios mínimos, vitales y móviles, como así tampoco inmuebles con destino habitacional a su nombre (art. 6.iii).

Para satisfacer su derecho a la vivienda, la Organización superfiaria constituirá en favor de sus miembros el derecho real de propiedad horizontal o uso, según el caso, para lo cual deberán contribuir con una prestación consistente en dinero, aporte de trabajo o mixto (art. 6.i y 6.ii).

La ley denomina a los espacios resultantes sobre los que los Usuarios ejercerán sus respectivos derechos reales como “Unidades”, sujetas al régimen de la propiedad horizontal (arts. 2037 a 2072 CCC) o el uso (arts. 2127, 2142 y 2154 a 2157 CCC), y “Partes Comunes” a los sectores exteriores a las Unidades “*apropiables colectivamente por los sujetos beneficiarios y donde tienen lugar las relaciones de Co-Vivienda*”, aplicándoles los arts. 1912 o 2037 y cctes. del CCC., según el régimen de derechos reales por el que la Organización haya optado (art. 5.3 y 5.4).

La legislación les otorga a las partes del régimen la posibilidad de conferir derechos reales o personales a favor de terceros sobre estos espacios, con ciertas limitaciones (art. 11). A nuestro entender, ello configura una de las cuestiones más controvertidas de la ley en estudio.

Nos permitimos remarcar que el derecho real de propiedad horizontal parece ser el que mejor se adecúa a la finalidad del Régimen de Co-Vivienda. Si se pretende instaurar una comunidad que va a vivir en un edificio con predominante uso y goce de los sectores comunes, este derecho real ya cuenta con una legislación afín que contempla todo lo relativo a la vida en común. De ahí que consideramos que, en principio, la propiedad horizontal ofrece mayor seguridad jurídica a los Usuarios.

ACERCA DEL OBJETO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Por Belén Masci¹

I. CONCLUSIONES

1. El objeto del derecho de superficie no incluye al espacio aéreo.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCION

De un tiempo, en donde los negocios jurídicos de la época de la codificación velezana (1871) eran primitivos; le sucedió otra en donde éstos pasan a caracterizarse por su dinamismo, complejización y diversificación. Prueba de ello lo encontramos en los derechos reales en donde su objeto se amplió; en donde la Ley Nacional trajo nuevos tipos en la nómina cerrada, conforme a las nuevas necesidades; en donde su transmisibilidad entre vivos se preceptúa como regla general; entre otras cuestiones.

En este sentido, se deja de lado el criterio velezano según el cual era inconveniente separar y conceder a una persona distinta la propiedad del suelo de la propiedad sobre el subsuelo o sobre lo plantado, construido o edificado. Ahora, por el contrario, se considera que este derecho real permite el mejor aprovechamiento de los bienes y la expansión económica de los negocios jurídicos modernos. Así fue que este cambio en las necesidades sociales fue reconocido por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes, año 1985, que establecieron que: “*De lege ferenda*: 1) Resulta conveniente regular el derecho real de superficie”.

Con fecha 14 de noviembre del 2001 se sanciona en Argentina la ley 25.509 que reguló la superficie forestal y modificó en consecuencia el art. 2614 que lo prohibía y la nómina del art. 2503 CC.

¹ Abogada y Escribana de la Universidad Nacional de La Plata. Doctora en Ciencias Jurídicas de la Universidad Católica Argentina. Docente de Derechos Reales de la Universidad Nacional del Noroeste de la Provincia de Buenos Aires.

Si bien los debates acerca de este derecho real se dieron desde antes de su incorporación a la ley (como muestran las Jornadas de 1985), desde su vigencia en su modalidad forestal y con el Código Civil y Comercial que la amplía a la construcción, éstos se acentuaron. Así, entre los temas que da lugar al debate se encuentra el de su objeto en la variante como derecho al uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir. Cuestión que se espera que las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil pueda esclarecer con sólidos fundamentos.

2. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

En las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales, del año 2001, la Comisión n° 4 de Derechos Reales tuvo como tema: “El objeto de los derechos reales”. Así fue aquél contexto donde como “disidencia parcial” la Dra. Irene Pujol de Zizzias y el Dr. Domingo Cura Grasi dejaron a salvo su opinión en el sentido de que: “*Las disposiciones referente a las cosas son aplicables al espacio aéreo, pudiéndoselo considerar por lo tanto, objeto propio del derecho real de construir o forestar proyectado*”. Así se planteó en la doctrina nacional “el problema” acerca de que en el derecho de superficie éste puede tener por objeto al “espacio aéreo”.

En este sentido, las profesoras Pujol de Zizzias, Irene y Linares de Urrutigoity, Martha, publicaron en la Revista del Notariado una nota atinente al objeto de la superficie forestal, que había entrado a regir ese año. Así comienzan con la pregunta acerca de si se puede considerar al espacio aéreo como objeto de los derechos reales, para luego de dar su respuesta afirmativa, establecer que el derecho de superficie lo tiene como objeto.

Explican que del art. 2518 CC podría llegar a deducirse que el espacio aéreo es una cosa, pues reza: “...El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo... puede extender en él sus construcciones... y demandar la demolición de las obras del vecino...”. Creen que Vélez consideró al espacio como cosa aunque no lo admitió como objeto (independiente del suelo) de un derecho real autónomo (el derecho de superficie). Además, sostienen que para la mayoría de los filósofos, el espacio existe, es decir es un ser, mientras para algunos es una realidad ideal y para otros es una realidad material perceptible por los sentidos y mensurable.

A partir de dichas premisas, concluyen en que el derecho de construir o forestar recae sobre un objeto "propio": el espacio aéreo que se ubica sobre o bajo el emplazamiento. Sostienen que ello tiene como consecuencia la unificación de los regímenes jurídicos de los dos planos de la superficie².

Dichas ideas fueron expuestas por ellas en su ponencia "Superficie forestal - Ley 25.509" ante las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003), en donde afirmaron que: "La superficie forestal tiene por objeto una cosa propia, ésta es la superficie, sobrevuelo o espacio... y además, y accesoriamente, recae sobre un inmueble ajeno (donde se ubica esa superficie)"³.

En general, la doctrina nacional rechaza dicha postura por considerar que el espacio aéreo no puede ser objeto de los derechos, y por vía de consecuencia, el derecho de superficie no puede entonces tenerlo por objeto.

Gatti explica que el concepto de cosa, como objeto inmediato de los derechos reales debe ser construido desde un punto de vista jurídico y no desde el punto de vista físico, lo que no tiene por qué implicar falta de correspondencia entre ambos, aunque sí, ausencia de identidad. Para que el concepto de cosa, con el alcance que Vélez le dio quede configurado, no bastan los requisitos de la corporalidad o materialidad y de la utilidad: el aire, cuya materialidad es evidente, es de tanta utilidad para el hombre, que, sin él, su vida se extinguiría, y, sin embargo, no es cosa. Es que como lo proyectó Freitas en su "Esbozo", "los objetos materiales que, siendo necesarios o útiles, no fueren susceptibles de una medida de valor, como el aire, la luz, el mar, no se reputan cosas en el sentido de este Código". Por ello, para configurar el concepto jurídico de cosa es necesario que sea "un bien en sentido económico", que sea susceptible de apreciación pecuniaria y, por consiguiente que sea accesible al hombre y apropiable. Así no puede haber dudas que el "aire" es una cosa, pero solo en sentido físico y no en el

² Cfr. Pujol de Zizzias, Irene y Linares de Urrutigoity, Martha, "Objeto del derecho real de superficie, con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509" Revista del Notariado, N° 867, enero-febrero-marzo 2002, pp. 4.

³ Libro de Ponencias. XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Rosario, 2003, El Derecho y Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, tomo I, pp. 828.

jurídico; el espacio y el aire son meros conceptos de relación, al igual que el tiempo, toda conducta humana se da en un lugar y en un momento determinado, el hombre no hace ni puede hacer nada del espacio, pero todo lo hace en el espacio⁴.

Messineo refiriéndose a lo que llama "vacío" o "columna de aire" formada sobre los fundos o sea la falta de construcciones o plantaciones sobre ellos, expresa que el espacio así considerado jurídicamente es más bien la negación del ser; es un no ser, o sea, en todo caso, una no cosa⁵.

La generalidad de la doctrina nacional sostiene lo antes dicho. Premisas que le permite negar que el "vuelo" sea considerado objeto del derecho de superficie.

Así, Cornejo explica que "la edificación dice el proyectado art. 2614, puede hacerse: a) Directamente en el suelo con proyección en el sobresuelo o en el subsuelo. En igual sentido en el Código italiano dispone que la construcción puede hacerse sobre el suelo (art. 952, 1ª parte) o por debajo del suelo ajeno (art. 955). Sobresuelo *superficien* es lo que emerge del suelo, es el objeto del derecho de superficie. Debe tenerse en cuenta que el objeto no es el espacio aéreo ya que éste no es cosa sino un mero concepto de relación"⁶.

3. LA POSTURA QUE SE DEFIENDE

a) *El objeto de los derechos reales*

En el Derecho Romano, –en las *Institutas* de Gayo–, se estableció: "Las cosas son o corporales (*res corporales*) o incorpóras (*res incorporales*). Son corporales aquellas que se pueden tocar (*quae tan gi possunt*), como por ejemplo: un fundo, un esclavo, un vestido, el oro, la plata y otras innumerables cosas. Son incorpóras aquellas que no se

⁴ Cfr. Gatti, E. *Teoría general de los derechos reales*, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 195-199.

⁵ Cfr. Messineo, F., *Manual de derecho civil y comercial*, t. II, cap. 25, núm. 2 bis, p. 260, Ed. Ejea, Buenos Aires, 1971.

⁶ Cornejo, A., "El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial", publicado en: LA LEY 1987-D , 1200; Cita: TR LALEY AR/DOC/21989/2001.

pueden tocar (*qua tangi non possunt*), tales como las que consisten en un derecho, así una herencia, un usufructo, las obligaciones de cualquier modo que se hayan contraído [...]”.⁷

Es decir, el vocablo *res* (cosa) admite un doble enfoque: *res corporal* y *res incorporal*⁸. A partir de ello, gran parte de los juristas refirieron a que el dominio romano podía recaer sólo sobre una “cosa corporal”, especialmente teniendo en cuenta que las cosas corporales podían ser objeto de *traditio* y de una *actio in rem*⁹. Dicha postura ha tenido una influencia poderosa en el pensamiento jurídico y pasó al Derecho posterior, especialmente en el Derecho Francés¹⁰, así muchos de los códigos iberoamericanos adoptaron la postura de que sólo las cosas corporales podían ser objeto de los derechos reales.

Lo cierto, es que desde que los negocios jurídicos se modernizan y complejizan por efecto del capitalismo, en la Edad Media¹¹, pensar en que los derechos reales sólo puedan recaer en las cosas corporales limita a la expansión económica.

Aún así, Dalmacio Vélez Sarsfield estableció como objeto de los derechos reales a las *cosas*, entendidas éstas como los objetos *materiales*

⁷ Gaius, *Institutas*, (traducción, notas e introducción de Alfredo Di Pietro), La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967, 2, 12-14.

⁸ Di Prieto en la nota al 2,12 de las *Institutas* dice: “Esta división concuerda con los principios estoicos que reduciendo todos los sentidos al tacto, definieron al *corpus* como ‘aquello que puede tocarse’ (cf. Séneca, ep. 106). Estos mismos filósofos afirmaron que solo los cuerpos tenían ‘ser’ y que las *res incorporales* no ‘existían’ si no que se entendían (Cf. Cicer., *Topic*, 5), llamando a aquellos ‘cosas’ y a éstos ‘derechos’. La diferencia entre las cosas corporales e incorporales tiene importancia bajo muchos aspectos, así, sólo las *res corporales* pueden ser objeto de *traditio* no así las *res incorporales* también para intentar una *actio in rem* se necesita que el objeto sea corporal”.

⁹ Cf. Di Prieto en la nota al n° 2, 12 de Gaius, *Institutas*, (traducción, notas e introducción de Alfredo Di Pietro), La Plata, Ediciones Librería Jurídica, 1967.

¹⁰ Cf. Allende, Guillermo, *Panorama de Derechos Reales*, Buenos Aires, La ley, 1967, p.155.

¹¹ Cf. Messner, Johannes, *Ética social, política y económica a la luz del derecho natural...* p. 1245.

susceptibles de tener valor económico (art. 2311 del Código Civil)¹². Si bien el Código Civil reconocía que el objeto de algunos de los derechos reales de la nómina cerrada, como el usufructo y prenda, podían ser derechos, en la dogmática del Código el "crédito" no era el objeto de esos derechos, sino que asumía ese lugar el "instrumento" en el que el crédito constaba (arts. 2838 y 3212, Código Civil). La categoría de *cosas por carácter representativo* era empleada para mantener incólume la idea acerca de que el único objeto posible de los derechos reales eran las cosas (arts. 2313, 2317 y 2319, *in fine*, Código Civil). Es decir, que el Código Civil traía una ficción para mantener su formulación dogmática.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha eliminado la categoría de *cosas por su carácter representativo* y ha establecido directamente que el objeto de los derechos reales pueden ser las cosas y los bienes taxativamente señalados por la ley (art. 1883). Si bien no quedan dudas que la ley al decir *bienes* se está refiriendo a ciertos *derechos* de contenido patrimonial, la terminología es equívoca porque el art. 16 concibe a los *bienes* como género y a las *cosas* como una de sus especies¹³.

Aún así hoy nuestro Derecho sufre la carencia de categorías claras aplicables a los variados objetos que podrían asumir los derechos reales. El art. 15 del Código Civil y Comercial de la Nación dice: "Las personas son titulares de los derechos individuales sobre los bienes que integran su patrimonio conforme con lo que se establece en este Código". Mientras que su art. 16 establece que: "Los derechos referidos en el primer párrafo del artículo 15 pueden recaer sobre bienes susceptibles de valor económico. Los bienes materiales se llaman *cosas*. Las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía y a las fuerzas naturales

¹² Quizá se pueda afirmar que el primer codificador se ha apartado del Derecho Romano en cuanto al concepto de *cosa*, que incluye su enfoque tanto de las corporales o incorporales (Gayo, *Institutas*); no así en cuanto a que el dominio, como prototipo de todos los derechos reales, en Roma quizá haya recaído sólo sobre cosas corpóreas. En su nota al artículo 2311 nuestro primer codificador dice: "Freitas pone al art. 317 de su proyecto de código una larga nota demostrando que sólo deben entenderse por 'cosas' los objetos materiales, y que la división en cosas corporales e incorporales, atribuyendo a la palabra 'cosas' cuanto puede ser objeto de derechos, aceptada generalmente, ha confundido todas las ideas, produciendo una perturbación constante en la inteligencia y aplicación de las leyes civiles".

¹³ Cf. Lafaille, Hector-Alterini, Jorge Horacio, *Derecho Civil. Tratado de los Derechos Reales*, tomo I, Buenos Aires, La Ley, Ediar, 2010, p. 19 y ss.

susceptibles de ser puestas al servicio del hombre”. Así con esta última frase, el Derecho ha intentado aplicar al variado conjunto de bienes que constituyen la energía y las fuerzas naturales las normas de los derechos reales, pese a que las dudas no quedan zanjadas. La electricidad, la energía eólica, nuclear, química, electromagnética, ¿Pueden ser objeto de derechos reales? ¿Cuál es la situación del gas natural o el agua? ¿Y la de las ondas? ¿Las órbitas satelitales? ¿Pueden ser objeto de los derechos reales el software y demás bienes de origen informático?

La postura que se adopta es clara: el hombre hoy tiene relaciones directas e inmediatas con todas las cosas, tanto las corporales como las incorporeales. Por lo que continuar limitando, como regla, que el objeto de los derechos reales sean sólo las primeras no se condice ni con la propia significación de *res* de nuestra tradición romana, ni con las exigencias de una economía moderna que encuentra coto en la ley al decir que los derechos puedan ser su objeto “sólo si ley lo establece expresamente”. Si se trata de una *res* con un sentido económico podrá ser objeto de un derecho real.

b) *El caso de la superficie*

Ahora bien, lo antes dicho podría hacer pensar directamente que en la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir tiene entonces por objeto al vuelo, al espacio aéreo. Sin embargo, ello no es así.

En función de la definición legal, en el caso del derecho de superficie, el derecho real tendrá por objeto un *derecho*, cuando debidamente constituido el derecho de superficie, todavía no hay plantaciones, forestaciones o construcciones; o *cosas*, si al constituirse el derecho de superficie ya existen plantaciones, construcciones o forestaciones, o éstas resultan de su realización por el superficiario.

En este derecho real su propia estructura legal está trayendo para el caso del derecho a construir, forestar o plantar que su objeto es un *derecho*. Se trata de uno de los casos de “los bienes taxativamente establecidos por la ley” del art. 1883 del CCyCN.

Resulta que el espacio aéreo, por ser cosa, podría ser objeto de un derecho real, según se vió, pero siempre que tenga un sentido económico y que su emplazamiento tenga independencia del suelo. Esto es precisamente lo que le falta en el caso del derecho de superficie, la construcción,

plantación o forestación en el espacio aéreo que es el vuelo o el subsuelo siempre depende del suelo en donde se instalan las raíces, en el caso de las plantaciones, o columnas vertebrales, en el caso de las construcciones en altura. Lo que convierten al espacio aéreo, en el caso de este derecho real, como un concepto de relación por cuanto toda conducta humana se da en un lugar y en un momento determinado, pues el hombre todo lo hace en el espacio.

Así en la variante como *derecho* de construir, plantar o forestar un inmueble, precisamente el derecho es su objeto, el que tiene lugar en las “tres capas” que conforman (subsuelo, suelo, vuelo) el inmueble. Es decir, el derecho de superficie utiliza al vuelo como lugar en el que se puede emplazar, no como su objeto que es el *derecho*.

Puede decirse que el derecho real de superficie se ejerce, por el plazo de su duración, sobre un objeto *en* el suelo, subsuelo o vuelo. Una vez construido, plantado o forestado, se ejerce mediante la posesión la propiedad superficiaria sobre un objeto propio; mientras que no se haya construido, plantado o forestado se ejerce un derecho, mediante la cuasi posesión, en un inmueble ajeno.

DERECHO DE SUPERFICIE. UN DERECHO INNOVADOR

Por Victoria S. Masri¹

I. CONCLUSIONES

1. La introducción del derecho real de superficie genera un gran desafío no solo a los operadores jurídicos sino también a los desarrolladores inmobiliarios.

2. Logra una disrupción a la hora de pergeñar negocios y dar soluciones adecuadas fomentando el aprovechamiento productivo de los recursos dando viabilidad a acuerdos que resulten beneficiosos para toda la sociedad.

3. Predominantemente, su regulación contempla el principio de la autonomía de la voluntad, permitiendo a los profesionales asesorar y/o a los actores contractuales mediante diversas herramientas, con el fin de dotarlos del traje a medida adecuado a tal fin.

4. Nuestro código establece *plazos máximos* según se refiera a plantaciones y superficie forestal o edificaciones. En caso de duda debiera interpretarse su inicio desde el título y en caso de ausencia de determinación de plazo debiera ser computado como el máximo legal como plazo establecido. Toda vez que el derecho de superficie es temporal, las partes podrán establecer como válido un plazo determinado, por lo que el establecimiento de dichos plazos se encuadrarán en la autonomía contractual. Dentro del plazo máximo legal, las partes podrán prorrogarlo tantas veces que lo consideren necesario. Finalizado el mismo, podrían, suscribir un nuevo contrato de derecho superficie o sobre la propiedad superficiaria existente o bien estar previsto previamente, en el contrato inicial una cláusula que admita que antes del vencimiento del plazo, se pudiera repactar con las condiciones que vieran convenientes para este acto.

5. Entendemos que el derecho de derecho real de superficie, puede recaer sobre bienes de *dominio público y de dominio privado*.

6. La explotación de los recursos naturales tales como la forestación, el cultivo, el desarrollo de energías sustentables, el

¹ Docente UBA adjunta interina. Abogada y Escribana pública. Presidente de la Comisión de Empresa familiar CECF. Mediadora. Consultora de empresa familiar certificada (CEFC). Coach ontológico.

aprovechamiento sobre los bienes ya construidos utilizando el subsuelo o bien el espacio aéreo pueden ser objeto de desarrollo de la actividad superficiaria.

7. El Estado podrá pactar las diversas modalidades de su ejercicio, contemplando su uso de manera *sostenible*, el impacto ambiental teniendo en cuenta los objetivos 2030.

8. En el trabajo se desarrollan diversas variables para lograr su aprovechamiento de los bienes tanto del *dominio público o privado* y la conveniencia de su otorgamiento frente al dominio pleno.

9. Con el fin de financiar la explotación de los bienes se requiere e contando como uno de los métodos de financiamiento el sistema de *tokenizacion* de activos sobre la propiedad superficiaria o bien como un token financiero.

10. El derecho de superficie puede ser utilizado como forma de paliar la falta de financiamiento de *las empresas familiares*, las cuales suelen tener bienes improductivos.

11. El *Cohousing* se vislumbra como un sistema de vivienda dentro de la economía plateada que trasciende la concepción tradicional con una función eminentemente social cuyo destino será determinado por la comunidad que lo origine. Se podría instrumentar sobre la propiedad fiduciaria sujeta a del fallecimiento del superficiario.

12. En el caso de personas con *discapacidad*, y teniendo en cuenta que generalmente no poseen herederos forzosos la a transmisión del derecho de superficie es una herramienta adecuada ya que permite no solo usar y gozar la cosa como el caso del usufructo sino que también gravarlo o enajenarlo, ejercer derecho de habitación y acaecido el fallecimiento de la persona con discapacidad el bien quedaría consolidado en el nudo propietario ya previsto.

13. El *fideicomiso testamentario* es una herramienta que permite garantizar la protección de las personas que poseen discapacidad, Entendemos conveniente estructurarlo mediante la transmisión del derecho de superficie siendo beneficiario la persona con discapacidad, el cual se extinguirá con el fallecimiento de la misma. Se designara *fiduciario* a uno o más de los herederos del fiduciante quien al fallecimiento del beneficiario no asumirá el rol de fideicomisario, prohibido por nuestro legislador sino que volverá al patrimonio del fiduciante disponente y lo recibirán entonces en su calidad de los herederos legitimarios.

14. Asimismo podrá transmitirse el derecho de superficie mediante un fideicomiso testamentario como modo de *protección a los menores* del patrimonio familiar.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En los tiempos de creciente demanda y de déficit habitacional, de nuevas respuestas a los desafíos que nos confrontan el derecho real de superficie se erige como una solución para dar respuestas inclusivas e innovadoras mediante un enfoque colaborativo y creativo. Nosotros como profesionales del derecho tenemos un reto a transitar que es la sabia utilización de este instituto que nos permite dar soluciones a los requerimientos de nuestra sociedad.

La introducción del derecho real de superficie nos genera un gran desafío no solo a los operadores jurídicos sino también a los desarrolladores inmobiliarios Acostumbrados a la noción de dominio pleno y perpetuo, este derecho vino a romper con muchas estructuras que nos traía nuestro querido Código Velezano y logra una disrupción a la hora de pergeñar negocios y darle su instrumentación jurídica adecuada interpelamos a la comunidad que le dote la jerarquía merecida a este nuevo derecho real, al menos en nuestro Código, ya que permitirá dar soluciones adecuadas fomentando el aprovechamiento productivo de los recursos dando viabilidad a acuerdos que resulten beneficiosos para toda la sociedad.

2. ANTECEDENTES HISTÓRICOS

El derecho real de superficie no tuvo suficiente cabida en el régimen del Derecho Civil Romano puesto el “*ius civile*” lo impedía. Las condiciones históricas que dieron origen al derecho de superficie en Roma y a partir del Siglo IV AC, fueron estructuradas por transformaciones de orden político y social que generaron en consecuencia, procesos de rápida urbanización por lo que exigiría a decir de Vitrubio la necesidad de la “*ínsula*” o casa de varias viviendas de alquiler cuyas áreas pertenecían al Estado, colegios de sacerdotes o a grandes terratenientes se las otorgara de manera de una especie de superficie, como único remedio para dar alojamiento al creciente número de habitantes que tenía la ciudad de Roma. En la Edad Media fue

admitida la enfiteusis recayendo también sobre las plantaciones y construcciones.

Posteriormente con la Revolución Francesa y sus ideas liberales, el derecho de superficie pierde vigencia teniendo como modelo el dominio pleno de la tierra con todo lo plantado y adherido al suelo. En nuestras latitudes, nuestro querido código velezano no lo incorpora basándose en la experiencia de la Edad Media aceptando el criterio del dominio pleno y la accesión. Aun más, lo prohíbe expresamente al enumerar a los derechos reales por la conflictividad que podría generar la superposición de derechos.

Luego de las manifestaciones vertidas por grandes juristas, y en algunos proyectos legislativos fue receptado en nuestro país como derecho real con características propias en la ley 25.509 en el año 2001 consagrando únicamente sobre plantaciones y forestaciones, lo que con mucho entusiasmo entre los juristas, se llamó la superficie forestal.

Se consagra finalmente, en el Título VII del Libro Cuarto cuando se sanciona nuestro Código Civil y Comercial que lo define en el artículo 2114 como un derecho real *temporario*, que se constituye sobre un inmueble *ajeno* lo que pone en relieve que se trata de un dominio desmembrado en contraposición a un dominio pleno, otorgando las distintas facultades al titular de *uso goce y disposición material y jurídica* del derecho de plantar, forestar o construir o sobre lo plantado, forestado o construido en el *terreno vuelo o subsuelo*. Introduce la noción de su ejercicio no solamente sobre el suelo, sino también el espacio aéreo y el subsuelo.

Cuando hace mención a las modalidades deja abierta la autonomía de contratación dentro de lo previsto en las leyes pertinentes. Aclara asimismo que puede ser titular de lo plantado forestado o construido si realiza esas construcciones plantaciones o forestaciones sobre la rasante, el vuelo y el subsuelo (derecho de superficie sobre cosa ajena) en tanto cuando dichas plantaciones, forestaciones o edificaciones se realizaran sobre lo que resultare previamente existente es decir sobre cosas propia promueve como resultado la propiedad superficiaria.

3. ALGUNAS CARACTERÍSTICAS

Predominantemente, su regulación contempla el principio de la autonomía de la voluntad, permitiendo a los profesionales asesorar y/o a los actores contractuales mediante diversas herramientas, con el fin de dotarlos del traje a medida adecuado a tal fin.

Asimismo se incorpora la aplicación supletoria a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hubieran pactado en el acto constitutivo, lo que permite generar condiciones diversas sobre el mismo bien aun con la misma persona. En tanto respecto a la propiedad superficiaria nos reenvía a las normas de dominio revocable en tanto sean compatible con el Título VII.

Se trata de un derecho transmisibles en ambos contextos sea por actos entre vivos como *mortis causae* tal como desarrollaremos posteriormente, diferenciándose de otros derechos revocables.

Acertadamente se introdujo la posibilidad de gravar con derechos reales de garantía no solamente la propiedad superficiaria (prevista ya en la superficie forestal) sino también sobre el derecho de superficie. Admite asimismo que la propiedad superficiaria pueda ser objeto de otros derechos reales tales como el usufructo, el uso y la habitación.

4. PLAZO DE DURACIÓN

Nuestro código establece plazos máximos según se refiera a plantaciones y superficie forestal imponiéndole cincuenta años acrecentándolo a setenta años cuando se tratare de edificaciones, diferenciándose así de otros países en donde se prevé un plazo de 99 años tales como Italia o Alemania o bien aquellos que imponen plazos más cortos como Bolivia que supone solo 30 años. Estos plazos impuestos por el legislador son sumamente importantes, comparativamente con plazos más exiguos previstos en el CCC para otros institutos jurídicos, así como los plazos contractuales convencionales, tales como aquellos relativos a los contratos de locación, sin que se considere la imposición de la perpetuidad que desbarataría la idea de dar movilidad de los bienes y el aprovechamiento productivo de los mismos.

Seguramente se debatirá en estas Jornadas acerca del cómputo de dichos plazo ¿Se comenzaría a contarse dicho plazo desde el título o bien desde el modo? Entendemos que sería conveniente dejar pactado en forma expresa con el fin de otorgar seguridad jurídica a los terceros desde cuanto debiera contarse dicho plazo toda vez que el otorgamiento de la tradición puede ser incierta salvo entre las partes. Recordemos que tratándose de un derecho real se requiere el título suficiente, el modo suficiente y posteriormente la inscripción registral en los Registros respectivos de acuerdo a la naturaleza de los bienes y su correspondiente jurisdicción.

En caso de duda debiera interpretarse su inicio desde el título y en caso de ausencia de determinación de plazo debiera ser computado como el máximo legal como plazo establecido. Toda vez que derecho de superficie es temporal, las podrán establecer como válido un periodo determinado, por lo que el establecimiento de dichos plazos se encuadraran en la autonomía contractual.

Uno de los temas conflictivos a debatir surge respecto si podríamos prorrogar esos plazos excediendo el máximo legal. No nos cabe duda que si no excediera el máximo legal, las partes podrán prorrogarlo las veces que los consideren necesario, sin que ello superara el máximo previsto sea 50 o 70 años de acuerdo a la naturaleza del derecho. Nuestra interpretación nos lleva a pensar que el legislador quiso acortar dicho plazo máximo para evitar que se desnaturalice ese derecho confundiéndose con el dominio pleno. No obstante, y tomando la autonomía de la voluntad como una de las características primordiales de este derecho real, nada obstaría que las partes, al finalizar el plazo máximo convenido, suscriban un nuevo contrato de superficie o bien podrían previamente dejarlo previsto en el contrato inicial una cláusula que admita que antes del vencimiento del plazo, las partes de común acuerdo podrían re pactar el derecho real de superficie con las condiciones que vieran convenientes para este acto.

5. ALGUNOS DERECHOS

El derecho real de superficie otorga ciertos derechos al superficiario tales como la construcción sobre el suelo, subsuelo o espacio aéreo convenido que como menciona el código pudiendo recaer sobre la totalidad o parte del mismo. A ello se le adiciona el derecho a su explotación en las modalidades que este disponga, usando y gozando del mismo durante todo el plazo establecido con las excepciones previstas en el mismo CCC. Pero lo que realmente hace atractivo este derecho es la posibilidad de transmitir todo o parte de ese propiedad superficiaria o bien de esos bienes a título de transmisión superficiaria en tanto y en cuanto se cumpla con lo pactado en el contrato inicial. Las modalidades a acordar son variables tanto durante el periodo de su ejercicio como al momento de la extinción.

6. BIENES PÚBLICOS O PRIVADOS

Nuestro legislador en forma innovadora no distingue la titularidad sobre qué tipo de bienes se podrá constituir el derecho real de superficie, si es solo sobre bienes de dominio privado o bien también se incluirían los

bienes de dominio público. Los bienes públicos que se encuentran en el patrimonio del Estado en forma omnicomprendiva sea que se trate Nacional, provincial, municipal o de entidades autárquicas, generalmente no producen la dinámica de generar riqueza pero por otro lado el Estado no tiene voluntad de transmitirlos al dominio privado, manteniéndolos improductivos. Diversas son las posibilidades que otorga el derecho de superficie puesto que podría coadyuvar para dar solución por parte del Estado a los innumerables necesidades insatisfechas de la población, sobre todo, cuando no posee la capacidad económica para solventarlos dichos proyectos. Difundido este derecho, podrán optar por suscribir los contratos sobre la propiedad superficiaria aventajando así a la suscripción de contratos de locación, concesión o cualquier otro autónomo, con las vicisitudes que estos generan durante el tiempo de su establecimiento.

7. EL DESARROLLO DE PROYECTOS INMOBILIARIOS SOBRE LOS TERRENOS PÚBLICOS O PRIVADOS

La explotación de los recursos naturales tales como la forestación, el cultivo, el desarrollo de energías sustentables, el aprovechamiento sobre los bienes ya construidos utilizando el subsuelo o bien el espacio aéreo pueden ser objeto de desarrollo de la actividad superficiaria.

Si bien el Código habla de construcciones no debiéramos circunscribirnos meramente a las edificaciones, sino a todo aquello que pudieren estar adherido al suelo como lo prevén algunas legislaciones modernas otorgando el derecho de superficie para instalaciones eléctricas, antenas, instalaciones eólicas, instalaciones solares, paneles solares, fotovoltaica, que admitirán reducir las emisiones de gas y mitigar el cambio climático. Del mismo modo, el superficiario recibe las ventajas mediante la adquisición de un derecho más robusto que un derecho personal, como un contrato de locación, pudiendo pactar las modalidades de su explotación así como su extinción y a su vez poder otorgar esa propiedad superficiaria como derecho real de garantía en caso que así lo requiriera.

El déficit habitacional posee un papel crucial en la [Agenda 2030](#), para el cumplimiento de los **Objetivos de Desarrollo Sostenible** (ODS) y sus metas, así como para garantizar el cumplimiento de otros derechos humanos. La Agenda 2030 se encuentra organizada en torno a cinco esferas que se denominan “Las 5 P del Desarrollo”: People, Planet, Prosperity, Peace and Partnerships.

En este contexto, los Estados evalúan su acercamiento a los mismos y tienden a dar cumplimiento a dichos objetivos a través del fortalecimiento del derecho al hábitat sostenible mediante la creación de ciudades justas e inclusivas. Para tal fin, deben promover el desarrollo de las mismas como prioritarias en sus políticas públicas.

Los principales factores negativos para dicho logro son el aumento de los ciudadanos que no acceden a una vivienda digna, los cambios demográficos y migratorios, la modificación de la noción de familia, los aumentos de los costos de los terrenos y la construcción como contraposición a los salarios, la falta o el encarecimiento del financiamiento, el aumento de requisitos administrativos y la lentitud de los mismos determinan que este flagelo vaya en aumento. Si a ello le adicionamos la falta de herramientas para recuperar los mercados inmobiliarios, para que estos sean más accesibles a la comunidad, complicara a muchos países llegar a dar cumplimiento a las pautas de la OCDE.

Cuando hablamos de déficit habitacional nos referimos tanto al déficit cuantitativo como el déficit cualitativo. El déficit cuantitativo se verifica en los innumerables situaciones de cohabitación y el ploriferamiento de viviendas improvisadas. Dentro de los déficits cualitativos de vivienda se advierte en: a) materiales pobres en su construcción; b) hacinamiento; c) falta de servicios públicos tales como luz, gas o agua elementos esenciales para una vida digna; d) la falta de documentación de los que ocupan determinado espacio a que los habilite a cualquier título sea como derecho real o personal.

Por todo ello, vemos en este derecho una posibilidad de aprovechamiento total de los bienes a diferencia de lo establecido por Velez que temía la conflictividad que traería aparejada la superposición sobre un mismo bien de diversos derechos. Nos inclinamos, entonces, en considerar que este derecho se puede aplicar tanto sobre dominio público como sobre dominio privado. Teniendo en cuenta las prerrogativas otorgadas por la libertad de pactar las diversas modalidades de su ejercicio, debiera prevalecer la incorporación de requisitos de uso de ese derecho real de superficie de manera sostenible, contemplando el impacto ambiental mediante diversos factores tales como el uso de energías renovables, la reducción de la contaminación y de la huella de carbono, la conservación del suelo y la biodiversidad, integrando a la comunidad en su entorno local.

Volviendo a los objetivos 2030 permitirá como fin la mejora de calidad de vida a través de un entorno de biodiversidad y un uso sostenible.

8. DIVERSAS VARIABLES PARA LOGRAR SU APROVECHAMIENTO

Si bien el Estado pretende otorgar una vivienda digna a sus ciudadanos, también podría tener en cuenta el uso que los mismos le otorguen durante el transcurso de sus vidas. En algunos países, esta situación se ha contemplado generando respuestas positivas para toda la población. No requerirá iguales necesidades una pareja recién constituida, que aquella que alberga una familia numerosa que a su vez al cabo de un tiempo retornan a “el nido vacío” por lo que sus demandas disminuyen, permitiendo así que otras familias entonces numerosas puedan hacer uso de esa propiedad superficiaria, sin desproteger el fin propuesto, es decir otorgamiento de una vivienda digna.

Por otro lado en numerosos casos, el Estado le otorga a asociaciones civiles, ONG o Cooperativas, el dominio pleno de determinado inmueble con el fin de que estas puedan desarrollar su objeto. Empero, con el transcurso del tiempo, las mismas cesan su actuación por diversos motivos, sin liquidarse, manteniendo dentro de sus respectivos, patrimonios esos bienes de manera improductiva habiendo perdido ya el Estado la facultad de su restitución. Contemplando dichas circunstancias, y mediante la suscripción del contrato de derecho de superficie, se podría introducir, entre otras, cláusulas que sean especialmente relativas a la posibilidad de extinción del derecho, recobrando el Estado el dominio pleno de las mismas, en casos tales como el cambio de objeto de la entidad, la falta de uso a los fines por los cuales se otorgó o cualquier otra condición que desnaturalice el fin otorgado.

De igual modo, el Estado podría aprovechar este derecho para fomentar la creación de centros o núcleos poblacionales en áreas que no se hallen densamente pobladas permitiendo asimismo el desarrollo de ese sector focalizando el crecimiento también en los terrenos adyacentes que aumentarían su mayor valor con posterioridad a la inversión del emprendimiento superficiario.

Numerosos son los países que a través de diversos organismos promueven programas en suelo público pero de gestión privada con el fin de generar alianzas para dar cumplimiento a sus proyectos, sin perder en ningún caso la titularidad pública del suelo, lo que permitiría el acceso equitativo a la vivienda promoviendo la justicia social. Tornaría pues un gran cambio respecto de los proyectos nacionales o provinciales que se vienen desarrollando en donde se otorga el dominio pleno a los beneficiarios sea

que lo haya realizado el propio estado, o bien los privados a través de sociedades comerciales o sin fines de lucro. Ello permitirá satisfacer las necesidades básicas a mayor cantidad de ciudadanos.

En los casos de dominio público e inversión privada sería recomendable la combinación de dos institutos como el derecho real de superficie conjuntamente con el contrato de fideicomiso lo que daría mayor seguridad limitando los riesgos empresariales con la correlativa restitución de todo o parte del bien al dominio público al momento de la extinción del derecho de superficie. Diversos escenarios podrían esbozarse tales como:

a) Trasmisión de la *propiedad superficiaria* a un fideicomiso lo que permite a los beneficiarios gozar ese derecho fideicomitado con los límites previstos en las modalidades pactadas.

b) Trasmisión de un bien, sujeto a derecho de superficie a un fideicomiso siendo la fiduciaria, en este caso una entidad privada quien tenga a su cargo la construcción de propiedad superficiaria aun como propiedad horizontal en las condiciones pactadas, con la obligación de entrega de las mismas a los beneficiarios los derechos superficiales fideicomitados siendo designado por último fideicomisario, el Estado, el titular de dominio pleno anterior o a quien se hubiese pactado en el fideicomiso sobre el mismo esquema podría la fiduciaria, a su propio lucro enajenar a determinados beneficiarios o inversores, todas o algunas de las unidades superficiales. Ambas opciones otorgarían mayor seguridad jurídica, transparencia y protección a estos terceros.

Sin embargo en nuestro país tenemos una valla establecida por las divergencias de los plazos entre ambos institutos siendo el plazo máximo de 30 años para el fideicomiso, (con las excepciones previstas en el Código ej. cuando se tratare de personas con discapacidad) frente a los plazos previstos para el derecho de superficie que mencionamos precedentemente. Empero, nada obsta que el proyecto superficial no exceda el plazo máximo del fideicomiso recordando que los plazos previstos por ley aplican solo cuando se tratare de plazos máximos.

El derecho real de superficie, puede constituirse como una propiedad fiduciaria tanto sea sobre el derecho del bien ajeno como cuando se transforma en propiedad superficiaria, pudiendo en ambos casos, hacer uso de esta figura.

En algunos países se desarrollan Fideicomiso de Tierras Comunitarias (CLT por sus siglas en inglés) en la que intervienen

organizaciones sin fines de lucro cuya misión es administrar las viviendas y los espacios comerciales que satisfagan las necesidades de una comunidad en particular.

Si bien se estructuran en esos países generalmente como contratos de arrendamiento por noventa y nueve años, se ha comenzado a generar proyectos por los cuales se otorgaría todo o parte de una propiedad superficiaria lo que complementaría así el esquema propuesto por dichas organizaciones que es la creación de centros poblacionales sostenibles, mediante la gestión y optimización de los recursos.

9. PARA ELLOS NECESITAMOS RECURSOS

Tratándose de un dominio desmembrado, el derecho de superficie genera para el superficiario ciertas preeminencias frente al adquirente de un dominio pleno por cuanto el primero podría destinar el dinero que hubiese desembolsado para la adquisición del dominio pleno del terreno objeto de la superficie incorporándolo al emprendimiento superficiario. El superficiario podrá transmitir a título oneroso o gratuito, todo o parte de su propiedad superficiaria, a terceros quienes la adquirirán en igual carácter. Representara, entonces, una prerrogativa para estos terceros dicha adquisición ya que el precio de dicha unidad estará por debajo del precio de mercado por no tratarse de una adquisición de dominio pleno.

Tanto para la adquisición del derecho de superficie como de la propiedad superficiaria, una manera de financiamiento, más allá de hacerlo con las garantías tradicionales como la hipoteca, es mediante el sistema de tokenización siendo la superficie el activo digitalizable y permitiendo al superficiario fondearse en el mercado secundario con la entrega de tokens que representen la parte del derecho de superficie que se le otorgue. La Cámara Fintech asegura que los security token no deben registrarse por las normas del mercado de capitales, ya que su formato digital no altera la naturaleza del bien subyacente, que simplemente se tokeniza para facilitar su transacción de manera más eficiente, siendo en este caso el derecho de superficie el bien subyacente. El token de activo inmobiliario sería un token titulado NFT que le genera mayor seguridad y no permite la volatilidad de un token fungible. Dichos tokens que representarían una unidad de superficie se registrarían en una plataforma blockchain permitiendo mayor transparencia y seguridad a los que negocien en dicha plataforma, otorgando, si correspondiere los derechos de adjudicación para su uso superficiario.

En consecuencia, ofrecidas a la venta esas unidades, los inversores de tokens podrán:

a) Unirse de acuerdo a la cantidad de tokens adquiridos en las diversas etapas del proyecto, adjudicándose proporcionalmente el derecho de superficie sobre una unidad determinada.

b) Transmitirle al tercero esos tokens con la ganancia marginal correspondiente.

c) Otorgarle al inversor la propiedad fiduciaria para que este a su vez la trasmita a un beneficiario final. En suma el inversor podría recibir todo o parte de una unidad superficiaria o bien una ganancia derivada de la renta.

A propósito de su utilización como garantía, que genere financiamiento podría proyectarse la creación de un fideicomiso de garantía sobre el derecho de superficie que garantice un crowdfunding de capital para llevar a cabo el emprendimiento. Tokenizando el aporte de los terceros, sim que represente un activo representativo sobre un derecho sobre la propiedad superficiaria sino simplemente será un token financiero. Recordemos nuevamente que el derecho de superficie no se circunscribe al sector inmobiliario, de igual forma se utiliza en los programas relativos a energías renovables, en los proyectos del subsuelo o el sector minero o bien en espacios aéreos entre otros.

Para lo cual se podría concluir

a) Otorgamiento de derechos fraccionados es decir sobre la misma propiedad superficiaria se pueden conceder diversos derechos.

b) Intervención de múltiples partes.

c) Aprovechamiento según sus objetivos.

d) Plazos disimiles frente a cada superficiario según su proyecto pudiendo compartir asimismo ente ellas objetivos comunes.

e) Se podría utilizar no solamente en bienes del estado nacional provincial o municipal sino también en dominios privados.

10. EMPRESA FAMILIAR/DERECHO DE SUPERFICIE

En el ámbito de la empresa familiar todos sabemos de su importancia en la economía mundial generando la necesidad de crear nuevas miradas que permitan dar una respuesta acorde a sus necesidades, flexibilizando normas

y creando instrumentos que permitan su desarrollo. En la economía mundial estas representan entre un 70 a 80% del total de las empresas, dando ocupación al 50% de los trabajadores. Estas empresas tienen la necesidad de financiamiento para su desarrollo no obstante no lo logran alcanzarlo en el mercado por las dificultades que generan obtener dichos créditos de entidades bancarias o bursátiles sea por la burocracia del otorgamiento, la demora en los plazos de su otorgamiento o las exigencias propias de cada entidad en las que generalmente requieren avales personales de los miembros de la familia o bien la garantía de otros bienes extra empresariales, por lo que ese financiamiento se obtiene finalmente de préstamos familiares o mediante la garantía de bienes de los propios familiares aun cuando se encuentren estos fuera de la EF.

Por ello, nos enfrentamos como consultores de empresa familiar (CEFC) frente a esta disyuntiva, pues cuando la EF requiere de ese financiamiento para lograr los objetivos que se estuvieron trabajando que le permitan su crecimiento o bien poder atravesar los diversos desafíos económicos en las que atraviesan en este país, se encuentran con la negativa de los actores financieros para acceder a los montos suficientes.

A partir de ello, se generan una serie de dificultades puesto que los préstamos de los familiares a la empresa generalmente no se documentan o aun documentados quedan como créditos subordinados en caso de concurso o quiebra. Por ello, en nuestro afán de dar soluciones podríamos indagar en el patrimonio familiar sobre aquellos bienes que forman parte del mismo, pero que por diversos motivos, sean o no bienes de uso de la empresa, son improductivos para la sociedad. Iguales circunstancias se producen en las empresas no familiares. La diferencia radica en que las EF, aun cuando no tengan un protocolo familiar suscripto, tienen valores familiares e historia subyacentes.

Por lo que a la hora de tomar decisiones, no se quieren desprender del bien en desuso sea por cuanto fuera la casa de los abuelos, el campo donde pasaron toda su infancia sus padres, o el lugar donde su abuelo comenzó la empresa o bien otros motivos familiares que los lleva a no enajenar esas propiedades manteniéndolas improductivas ya que por diversos motivos no están siendo explotadas. Ejemplos sobrados tenemos de dichos bienes. Por lo tanto como alternativas pensamos que la empresa familiar podría ofrecer a un tercero toda o parte de la superficie sobre el mismo manteniendo la propiedad del inmueble y una vez extinguido ese derecho de superficie podrían pactar quedarse con todo o parte de lo

construido para continuar su uso además de la restitución del dominio pleno. Otra variable la advertimos en que las EF suelen tener espacios ociosos dentro de su fábrica, local o campo pero para modernizarse requieren de ciertas maquinarias demasiado costosas para adquirirlas, por lo que podrían generar una asociación con otra empresa a la que se les concedería el derecho de superficie y como contrapartida podrían compartir las maquinarias o bien con el producido de la superficie las EF podrían adquirirlas.

No solo hablaríamos del suelo sino que el aprovechamiento de los subsuelos para la construcción de estacionamientos o el espacio aéreo o vuelo como dice el Código (palabra un poco ajena a nuestro vocabulario jurídico) sería otra opción disponible sin que afecte el uso del suelo.

Son tantas las opciones a generarse como requerimientos tengan las EF y de esa manera se deja intacto el patrimonio familiar dándole productividad a lo improductivo.

Por lo que las EF podrían transmitir a cualquier título todo o parte de su derecho de superficie, compartiéndolo asimismo con otros propietarios superficiarios o usuarios, pudiendo otorgarla como garantía para obtener financiamiento en instituciones bancarios o terceros.

11. COLIVING

Es una figura que tiene amplia difusión a nivel mundial y si bien lo relacionamos normalmente con la edad plateada, refiriéndonos a adultos mayores, se aplica para cualquier grupo etario, sobre todo para los millenials. No se encuentra regulada en nuestro derecho como figura autónoma pero entendemos que a través de diversas figuras jurídicas podría otorgarle carta de ciudadanía.

Estas comunidades de viviendas donde comparten las superficies comunes manteniendo su privacidad con reglas propias de convivencia, han cobrado gran auge en los últimos años. Son diversos los proyectos propuestos bajo la figura del alquiler tradicional o temporario, hay otros que se sustentaron a través de otras figuras como el usufructo o dominio revocable o mediante la constitución de otros derechos personales. No obstante la figura de la propiedad superficiara sería también adecuada para este tipo de emprendimientos. Pensemos en un Coliving de adultos mayores quienes adquieren la propiedad superficiaria sobre una unidad salvaguardando la condición de extinguirla frente al fallecimiento del superficiario, volviendo el titular del bien a adquirir el dominio plena y

teniendo como ventaja para el superficiario frente al usufructo en que el primero es un derecho que podría servir de garantía frente a terceros ya que el superficiario podría gravarlo, y transmitir a título gratuito u oneroso en caso de ser necesario convirtiéndose en un derecho más robusto.

En resumen, el Cohousing se vislumbra como un sistema de vivienda dentro de la economía plateada que trasciende la concepción tradicional de la vivienda con una función eminentemente social cuyo destino será determinado por la comunidad que origine. Como bien señalan distintos miembros del notariado, se trata de una “mixtura de modelos de vivienda comunitaria basados en el concepto de consumo colaborativo” encontrando en el derecho de superficie un gran aliado para su desarrollo.

12. DISCAPACIDAD

Otra de las situaciones en las que el derecho de superficie es ventajoso se da en el caso de las personas que tienen discapacidad. Con el sistema de legitima que lamentablemente tenemos en nuestro país, si bien el CCCN realizó modificaciones dando cierta protección a dichas personas, entendemos que podríamos a través de cierta ingeniería jurídica podría otorgar respuestas más eficaces. El gran problema de las familias que comparten con una persona discapacitada, se basa en la angustia de su cuidado personal cuando quien los cuide fallezca o se vea privado de continuar con su cuidado tales como los padres de un hijo discapacitado que temen que a su fallecimiento no quede lo suficientemente protegido para tener una vida digna como se la dieron hasta ahora. Para lo cual en varias ocasiones, hacen uso de la porción disponible que da el CCCN. Entendemos que esa no es una solución normalmente esas personas no poseen descendientes por lo que al momento del fallecimiento esos bienes pasaran a los herederos no forzosos como los hermanos, sobrinos, tíos a los que se les habría menoscabado la legitima previamente con la deducción de la porción disponible o su correspondiente mejora acarreado a su vez una serie de conflictos familiares.

Por tal motivo, se podría utilizar la figura del derecho de superficie con el fin poder no solo usar y gozar la cosa como el caso del usufructo sino que también gravarlo o enajenarlo, ejercer derecho de habitación y acaecido el fallecimiento de la persona con discapacidad el bien quedaría consolidado en el nudo propietario ya previsto. Algunos podrán decir que se les está afectando la legitima por cuanto recibiría tal vez menos que la parte que le hubiese correspondido. Sin embargo creemos que se les está beneficiando si

es que se otorga ese derecho sobre una porción mayor a la de la titularidad que hubiese recibido como porción legítima.

13. FIDEICOMISO TESTAMENTARIO

El fideicomiso testamentario es una herramienta que permite garantizar la protección de las personas que poseen discapacidad tal como lo había previsto nuestra querida Maritel Brandi quien proponía esta figura con el fin de asegurar la protección de la persona con discapacidad.

Utiliza el juego de los artículos del código 2448 y 2493, planteando que en el caso de la creación de un fideicomiso testamentario donde tiene como objeto la transmisión del derecho de superficie siendo el beneficiario la persona con discapacidad, el cual se extinguirá con el fallecimiento de la misma.

Se designaría fiduciario a alguno de los hermanos de la persona con discapacidad, lo que permitirá no solo darle un apoyo económico sino también afectivo. El tema materia de discusión surge a partir del momento del fallecimiento de la persona con discapacidad, los herederos legitimarios recibirán los bienes del causante por lo que se debate si esto no supondría la superposición de la calidad de fiduciario y fideicomisario en la misma persona que se encuentra prohibida en el Código.

Sin embargo la Escribana Brandi manifiesta que al haberse extinguido el fideicomiso por fallecimiento de la persona con discapacidad esos bienes vuelven al patrimonio del fiduciante disponente, hoy también fallecido ingresando esos bienes dentro del acervo hereditario de este último, debiendo distribuirse dentro de las personas no ya fideicomisarios sino en su calidad de los herederos legitimarios, con lo cual se obviaría la prohibición del código.

Siguiendo con la figura del fideicomiso testamentario, entendemos que la conjunción entre ambas figuras podría colaborar en los casos en el que uno de los progenitores se encuentre en una situación de salud irreversible, con hijos menores de edad o aun por nacer y con el fin de asegurarlos económicamente podría constituir el fideicomiso sobre los derechos de superficie de algunos de los bienes que integren su patrimonio designando al otro progenitor o un tercero como fiduciario, hasta que sus hijos lleguen a la mayoría de edad lo que permitiría que estos reciban íntegro el patrimonio a heredar.

Ciertamente que a partir de todas estas posibilidades de utilización mencionadas precedentemente, solo nos cabe a todos los operadores difundirlo e introducirlo en nuestra comunidad, aprovechando las distintas ventajas que esta figura nos brinda y dotándola de la importancia que la misma nos trae como medio de resolución de los diversos objetivos que en este mundo globalizado e innovador está requiriendo.

La creatividad requiere tener el valor de desprenderse de las certezas” Erich Fromm

EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA CARGA DE CONSTITUIR EL ESTADO PARCELARIO

Por Fabián Navarro de Zavalía¹

I. CONCLUSIONES

1. *De lege ferenda:* No se requiere certificado catastral para los actos de constitución, transmisión o modificación del derecho real de superficie.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Han transcurrido más de ocho años desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (CCCN) y ha sido nula o escasa la registración de títulos de constitución de derecho real de superficie en los registros inmobiliarios del país.

Entre las causas que dificultan la constitución del derecho real de superficie se encuentra la constitución del estado parcelario, requisito previo necesario para la expedición del certificado catastral que habilita la inscripción definitiva de la constitución del derecho de superficie en el Registro Inmobiliario.²

El objetivo de este trabajo es analizar la razonabilidad de esa exigencia legal y proponer la modificación legislativa que allane la constitución del derecho de superficie.

¹ Profesor Asociado de la Cátedra “A” de Derechos Reales de la Universidad Nacional de Tucumán.

² El pto 4. del Anexo II de la Resolución General 198/21 de la Dirección General de Catastro de la Provincia de Tucumán, establece que “a los fines de la emisión del certificado catastral del objeto superficie será condición que su estado catastral se encuentre vigente y la parcela esté constituida.”

2. LA INDIVIDUALIZACIÓN DEL OBJETO DEL DERECHO REAL INMOBILIARIO

Los elementos esenciales de la relación jurídica son el sujeto, el objeto y la causa. El grado de determinación de cada elemento varía según el tipo de relación jurídica, de acuerdo a los fines que el derecho procura tutelar en cada caso.³ En materia de derechos personales es suficiente que el objeto sea determinable, en cambio, en el caso de los derechos reales el objeto debe estar individualizado. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto (art. 1883 del CCCN), lo que supone que, ya sea la totalidad o la parte material, estén individualizadas.

El CCCN establece que los inmuebles por su naturaleza son el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre (art. 225 del CCCN). Los inmuebles son objetos territoriales, una porción de la superficie terrestre. Son hechos físicos que tienen contornos concretos e inconfundibles, que permiten distinguirlos unos de otros en su individualidad.

La individualización del inmueble es necesaria en los actos que tienen por finalidad la transmisión o constitución del derecho real. El art. 305 del CCCN establece que la escritura pública debe contener la individualización de los bienes que constituyen su objeto. Es la aplicación del principio de especialidad referida al objeto.

3. EL CERTIFICADO CATASTRAL HABILITANTE

La individualización del inmueble en los actos o contratos esta librada a la voluntad de las partes, conforme a la autonomía de la voluntad que resulta de los arts. 12, 958 y concordantes del CCCN.

No obstante, el art. 12 de la Ley Nacional 26209 exige que en la escritura o documento legal que contenga actos por los que se constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, se debe relacionar el contenido del certificado catastral habilitante. La relación del certificado en el documento y su presentación al Registro de la Propiedad

³ Moisset de Espanés, Luis; *"Publicidad Registral"*, 3ra. Edición, Ed. Zavalía, Buenos Aires, 2003, p. 136.

Inmueble son necesarias para que el documento se inscriba en forma definitiva.

El certificado catastral es el instrumento público expedido por el Catastro que informa los datos de individualización del inmueble, de acuerdo al estado parcelario determinado (o verificado) mediante los actos de mensura que efectúan los profesionales de la agrimensura. La mensura se vuelca en un documento cartográfico (el plano), cuya función es determinar la parcela, que es la representación del inmueble con relación al título o una posesión ejercida. La representación se realiza mediante una poligonal de límites que constan en el plano, en el que constan también otros elementos esenciales de la parcela (ubicación georeferenciada y las medidas lineales, angulares y de superficie) y los elementos complementarios (los linderos). El estado parcelario se constituye con la registración en Catastro del plano de mensura y demás documentación pertinente.

La exigencia del certificado catastral para el otorgamiento de los actos y la registración de los títulos es el modo como el Estado interviene en los procesos de transmisión, constitución y modificación de los derechos reales inmobiliarios. La intervención catastral limita la autonomía de la voluntad con el objetivo de satisfacer fines de interés público.

4. LA CONSTITUCIÓN DEL ESTADO PARCELARIO, ¿ES UN REQUISITO PARA LA CONSTITUCIÓN O TRANSMISIÓN DEL DERECHO?

Para Origlia, la constitución del estado parcelario forma parte ineludible del proceso de creación de la situación jurídica porque sin estado parcelario vigente dicha situación carecería del objeto necesario para constituirse y producir sus efectos.⁴ El autor confunde el objeto de la relación jurídica con su representación, al punto de considerar que no hay objeto (inmueble) si no hay un estado parcelario vigente.

El estado parcelario se constituye con la registración del plano de mensura confeccionado por el profesional de la agrimensura y mantiene su vigencia por el plazo establecido por la ley, transcurrido el cual, caduca. Producida la caducidad, puede verificarse su subsistencia mediante un acto

⁴ Origlia, Rodolfo Hugo, *“La Función Registral del Catastro en Argentina: Itinerario para una transformación”*, 2ª Edición, Ed. Consejo Federal del Catastro de la República Argentina, San Juan, 2023, Cap. VII.

de verificación, también a cargo de un profesional de la agrimensura (art. 8 de la Ley 26209).

La Ley 26209 no exige la previa constitución del estado parcelario para transmitir o constituir un derecho real, lo que exige es la obtención de la certificación catastral habilitante. Lo que ocurre es que, salvo excepciones, el certificado catastral solo se expide positivamente si el estado parcelario está determinado o verificado y vigente.

El art. 12 de la Ley 26209 establece que “se deberá tener a la vista la certificación catastral habilitante respectiva y relacionar su contenido con el cuerpo de la escritura o documento legal correspondiente”. En la endonorma está implícito el sujeto que debe cumplir. El deber de relacionar el certificado corresponde al funcionario interviniente y el deber de tener a la vista está dirigido tanto al funcionario como a las partes que otorgan el acto.

La consecuencia del incumplimiento está prevista en el art. 13 de la ley, que establece: “A los efectos de las inscripciones de los actos citados en el artículo 12 de la presente ley en el Registro de la Propiedad Inmueble, se acompañará a la documentación correspondiente el certificado catastral, sin cuya presentación no procederá la inscripción definitiva.”

El art. 3º de la Ley 17801 enuncia los requisitos con los que deben contar los documentos para ser inscriptos. El inc. b) del citado artículo establece que los documentos deben tener las formalidades establecidas por las leyes. La relación del contenido del certificado catastral en el documento y su presentación en el Registro de la Propiedad Inmueble son formalidades establecidas por la ley a los efectos de la inscripción del documento.

La ausencia del certificado no obsta la realización del acto ni invalida la transferencia o constitución del derecho real. Si no se relaciona el contenido del certificado catastral en el documento, éste no se inscribirá en forma definitiva en el Registro de la Propiedad Inmueble. Esta es la interpretación que más se ajusta a la ley, por las siguientes razones:

Primero, el art. 305 del CCCN establece que la escritura debe contener la individualización de los bienes que constituyen su objeto. Respecto de los inmuebles, la individualización debe complementarse con la relación del contenido del certificado catastral según lo establece el art. 12 de la Ley 26209. No obstante, la falta de esta formalidad no anula la escritura. El art. 309 del CCCN establece que “son nulas las escrituras que no tengan la designación del tiempo y lugar en que sean hechas, el nombre de los otorgantes, la firma del escribano y de las partes, la firma a ruego de

ellas cuando no saben o no pueden escribir y la firma de los dos testigos del acto cuando su presencia sea requerida. La inobservancia de las otras formalidades no anula las escrituras...”

Segundo, la regulación legal del certificado catastral es distinta de la regulación del certificado registral (certificado de ley). El art. 23 de la Ley 17.801 establece que ningún escribano o funcionario público podrá autorizar documentos de transmisión, constitución, modificación o cesión de derechos reales sobre inmuebles, sin tener a la vista la certificación expedida a tal efecto por dicha oficina en la que se consigne el estado jurídico de los bienes y de las personas según las constancias registradas. El art. 23 de la Ley 17801 establece una prohibición expresa dirigida al escribano o funcionario autorizante. El art. 12 de la Ley 26209, en cambio, no prohíbe que el escribano o funcionario autorice el acto.

Tercero, la facultad de disposición no puede estar impedida, en tanto ello importaría desnaturalizar el derecho real, privándolo de una de las facultades reconocidas legalmente y que hacen a la estructura del derecho. La falta de certificado catastral no afecta la libre disposición del derecho, el transmitente o constituyente del derecho real puede otorgar los actos necesarios para disponer, es decir, otorgar la escritura pública y efectuar la tradición. El obstáculo se presenta recién al momento de inscribir, pues la falta de certificado impedirá la inscripción definitiva del título en el Registro de la Propiedad Inmueble, lo que afectará la oponibilidad del derecho del adquirente.

Concluimos, que el estado parcelario no constituye un requisito necesario para la constitución, transmisión o modificación del derecho real, pero sí constituye un requisito necesario para que el derecho real adquirido o modificado obtenga oponibilidad mediante la publicidad registral.

5. LA CARGA DE CONSTITUIR EL ESTADO PARCELARIO

La constitución del estado parcelario o su verificación constituye una carga para el titular del derecho real que se propone transmitir, constituir o modificar su derecho.

No se trata de una obligación en sentido técnico, por cuanto el deber del titular del derecho real no tiene como correlato la facultad o poder de un acreedor en exigir su cumplimiento coactivo. Se trata de una carga, que son deberes impuestos como necesarios para obtener un beneficio y su inejecución solo produce la pérdida del beneficio, no existe un tercero que

pueda hacerla exigible. La falta del certificado catastral traerá como consecuencia que el documento no se inscriba en forma definitiva en el Registro de la Propiedad Inmueble y el derecho real adquirido no gozará de la oponibilidad frente a los terceros interesados y de buena fe que le confiere la publicidad registral (art. 1893 del CCCN).

No obstante su naturaleza de carga legal, la constitución del estado parcelario puede pactarse como una obligación a cargo de alguna de las partes en el contrato que tiene por objeto la transmisión o constitución del derecho real. Por ejemplo, en la compraventa, el vendedor está obligado a poner a disposición del comprador los instrumentos requeridos por los usos o las particularidades de la venta (entre ellos la mensura), y prestar toda cooperación que le sea exigible para que la transferencia dominial se concrete (art. 1137 del CCC).

Si la transferencia o constitución del derecho real se concreta con título y modo, pero sin que se hubiere constituido el estado parcelario, el adquirente, ahora titular del derecho real, deberá soportar la carga de constituir el estado parcelario para poder lograr la inscripción definitiva de su título y alcanzar la oponibilidad vía publicidad registral de su derecho. No obstante, ello no impedirá que el derecho adquirido sea oponible a los terceros interesados y de buena fe en razón de la denominada publicidad posesoria (art. 1893 del CCCN).

6. RAZONABILIDAD DE LA CARGA

Una carga pública, para que sea legítima, debe cumplir ciertos requisitos: 1) debe tener como fuente actos de autoridad estatal lícitos o legítimos, que resulten de una adecuada ponderación de los diversos intereses involucrados; 2) debe perseguir la satisfacción de un fin de interés general; y 3) debe constituir el medio necesario e ineludible para la consecución del fin de interés general que se pretende satisfacer, de manera que exista una relación de medio a fin entre aquella y el interés general.⁵

La carga de constituir el estado parcelario persigue la satisfacción de un fin de interés general. La registración de los planos permite a los Catastros obtener los datos referidos a los objetos territoriales legales (inmuebles), lo

⁵ Ponce de Leon Solis, Viviana, “*La noción de carga pública y su función en la jurisprudencia del tribunal constitucional chileno*” en *Revista chilena de Derecho*, 2015, Vol. 42, N° 3, p. 843.

que les permite cumplir con sus fines esenciales: a) la determinación de la valuación de las parcelas y las mejoras incorporadas, lo que conforma la base del sistema inmobiliario en los aspectos tributarios; b) la administración del territorio y el desarrollo sustentable.

Los Catastros exigen que en los planos se representen los espacios afectados al dominio público y los límites al dominio impuestos en interés público. Al exigir que los planos cuenten con el visado municipal o comunal, contribuyen al cumplimiento de las normas de urbanismo en relación a las calles, retranqueos, ochavas, las medidas mínimas de los lotes, la determinación de bosques y otras áreas protegidas, entre otros aspectos. Pueden exigir también las constancias de los organismos nacionales, provinciales o municipales sobre aspectos inherentes a la propiedad, tales como, certificado de apto ambiental, de inundabilidad, etc.

La ley 26209 no se refiere expresamente a la seguridad jurídica, sin embargo, no cabe duda que la constitución del estado parcelario contribuye a la seguridad jurídica. Un título puede ser más o menos rico en precisiones para individualizar la cosa, pero, la existencia de un plano de mensura le confiere precisión y exactitud. La técnica moderna permite ubicar con exactitud el inmueble dentro del territorio y medir su perímetro con la mayor precisión. A mejor individualización, mayor seguridad. Contribuye a la seguridad la intervención de profesional de la agrimensura, quien, al demarcar y mensurar el territorio, actúa con independencia y objetividad. Su actuación imparcial contribuye a garantizar los derechos de los terceros. También contribuye a la seguridad jurídica el control de legalidad que realiza el Catastro de la documentación presentada por el profesional de la agrimensura. Corrobora que la parcela que se constituye represente el título o posesión ejercida, evitando que se vulneren los derechos de terceros. En el proceso de registración, el Catastro efectúa una calificación del plano a registrar y puede formular observaciones que, en caso de no subsanarse, obstan a la registración del plano.

Conforme lo expresado, no cabe duda que la carga de constituir el estado parcelario persigue la satisfacción de un fin de interés general. Sin embargo, no creemos que se hayan ponderado adecuadamente los intereses públicos y privados. La carga de constituir el estado parcelario dispuesta legalmente enfrenta a dos bienes jurídicos: por un lado, el derecho de propiedad, y por otro, el interés público relacionado con las políticas territoriales y el desarrollo sustentable. La Ley 26209 ha colocado al interés público por encima del derecho de propiedad.

El cumplimiento de la carga importa un sacrificio para el titular del derecho real, que debe soportar el tiempo y el costo que demanda la ejecución del plano de mensura y su registración. Y si bien la carga no afecta la facultad de disposición, establece una importante limitación para el derecho adquirido, que mientras no se registre, no gozará de la oponibilidad que le confiere la publicidad registral.

El costo de satisfacer el interés general es la pérdida de la oponibilidad del derecho, lo que se traduce en inseguridad jurídica. La Ley 26209, por un lado, propende a la seguridad al exigir la constitución del estado parcelario, y por otro lado, atenta contra la seguridad al privar de la oponibilidad al derecho adquirido por un acto jurídico celebrado sin certificado catastral.

El establecimiento de una carga pública está justificado cuando es razonable, cuando no es arbitrario. Todos los habitantes de la Nación gozan de sus derechos conforme las leyes que reglamenten su ejercicio (art. 14 de la Constitución Nacional). Los derechos y garantías individuales, entre ellos, el derecho de propiedad, no son absolutos, su ejercicio está sometido a las leyes que los reglamenten. A su vez, las reglamentaciones deben ser razonables; las condiciones y limitaciones deben adecuarse al espíritu y letra de las normas constitucionales. Lo razonable es proporcionado al efecto, es armónico, lo equilibrado entre los extremos.

El art. 28 de la Constitución Nacional establece que, so pretexto de reglamentar, la ley no puede alterar los principios, garantías y derechos reconocidos por la misma constitución, no puede destruir lo mismo que ha querido amparar. La reglamentación legislativa de las disposiciones constitucionales debe ser razonable, esto es, justificada por los hechos y las circunstancias que le han dado origen y por la necesidad de salvaguardar el interés público comprometido y proporcionado a los fines que se procura alcanzar, de tal modo de coordinar el interés privado con el público y los derechos individuales con el de la sociedad.⁶

7. NO ES RAZONABLE EXIGIR EL CERTIFICADO CATASTRAL PARA CONSTITUIR O TRANSMITIR EL DERECHO DE SUPERFICIE

⁶ CSJN, "Portillo, Alfredo s/ infr. art. 44 ley 17.531", 18/04/1989, tomo 312, vol. 1, p. 496.

El art. 12 de la Ley Nacional de Catastro establece, como regla general, la exigencia del certificado catastral para los actos que constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles.

El legislador podría haber exigido el certificado catastral para todos los actos de mutación real, sin embargo, no lo exige para todos. El mencionado art. 12 excluye expresamente las siguientes situaciones:

- a) cancelación de derechos reales
- b) constitución de usufructo, uso y habitación
- c) constitución de bien de familia
- d) inscripción de embargos y otras cautelares

No obstante, los casos excluidos son insuficientes. Una adecuada ponderación de los intereses públicos y privados debió tener como resultado la exclusión de otras situaciones jurídicas. A continuación, analizaremos algunas de ellas.

a) Derechos reales de garantía.

No debe exigirse el certificado catastral para la constitución de los derechos reales de garantía. La constitución del estado parcelario atenta contra la celeridad de la constitución de la garantía y agrava las condiciones para el acceso al crédito. La ejecución y registración de los planos de mensura requieren tiempo y se deben afrontar los costos que tales actos irrogan.

Se podría argumentar que la constitución del estado parcelario es conveniente para la seguridad del acreedor, sin embargo, si la seguridad es la razón para exigir el certificado catastral, también debió exigirse dicho certificado para la constitución de los derechos de usufructo, uso y habitación.

En el caso de la hipoteca, la seguridad como justificación debe relativizarse. El inmueble continúa en poder del constituyente y solo ante la eventualidad del incumplimiento de la obligación garantizada, se procederá a la ejecución forzada y la venta del bien en subasta pública.

Por otra parte, aun cuando no existiere la carga legal, nada le impediría al acreedor, para su seguridad, exigir como requisito previo para aceptar la garantía ofrecida, que el propietario del inmueble constituya previamente el estado parcelario, del mismo modo que, de práctica, se exige la realización de un estudio de títulos o la tasación del bien.

b) Derechos reales de goce no excluidos.

Resulta desproporcionado exigir la constitución del estado parcelario para constituir una servidumbre personal, cuando no se exige para la constitución del usufructo, cuyo contenido es mucho más amplio. El usufructo concede a su titular las facultades de usar y gozar del bien ajeno (art. 2129 del CCCN), en cambio, la servidumbre personal se limita a concederle a una persona una determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno (arts. 2162 y 2165 del CCCN).

Tampoco resulta razonable que no se haya exceptuado a la superficie de la exigencia del certificado catastral. Nos preguntamos si esto fue deliberado o una mera omisión del legislador. El derecho real de superficie ya existía en nuestro país desde el año 2001, regulado bajo la modalidad de superficie forestal. La Ley Nacional 25.509 modifica el Código Civil y agrega a la lista de los derechos reales enumerados en el artículo 2503 a la superficie forestal. Es decir, el derecho de superficie ya existía antes de la sanción de la Ley Nacional de Catastro, que data del año 2007. Entonces, el hecho que la constitución del derecho de superficie no esté entre los actos excluidos de la exigencia del certificado catastral no puede ser una mera omisión del legislador.

No parece razonable exigir el certificado catastral para la constitución de la superficie cuando no se exige para la constitución del usufructo. Ambos derechos de goce tienen puntos en común. Tanto el usufructo como la superficie se constituyen sobre un inmueble ajeno y confieren a sus titulares las facultades de usar y gozar del bien, según las modalidades de cada derecho (arts. 2114 y 2129 del CCCN). Ambos derechos se pueden constituir sobre todo el inmueble o una parte determinada (art. 2116 y 2130 del CCCN). Ambos derechos son temporarios y su duración puede ser prolongada. El usufructo es vitalicio cuando se constituye a favor de persona humana, sino no se constituyó por un plazo menor; y dura hasta 50 años si es a favor de persona jurídica. La superficie puede constituirse hasta por un plazo de 70 años tratándose de construcciones y hasta 50 años tratándose de plantaciones y forestaciones.

Podría argumentarse que el derecho de superficie atribuye al superficiario la propiedad de lo plantado, forestado o construido, y que la propiedad superficiaria queda sujeta a las normas del dominio revocable (art. 2128 del CCCN). Su aproximación al dominio podría justificar la constitución del estado parcelario. Y en apoyo a este argumento, se podría

citar el art. 2125 del CCCN, que establece que cuando la superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las *dos parcelas*, como si no hubiere habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. La ley expresamente le da el estatus de parcela al objeto de la superficie.

El argumento precedente sería válido para justificar la exigencia del certificado catastral cuando la constitución del derecho de superficie tiene por objeto plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, de modo que la constitución del derecho atribuiría la propiedad de las mismas al superficiario, pero no en caso contrario.

En general, un criterio más razonable hubiese sido circunscribir la exigencia de constituir el estado parcelario para el otorgamiento de los actos de adquisición, constitución o modificación de un derecho real perpetuo, como puede ser el dominio o la servidumbre real, pero resulta una carga desproporcionada exigir la constitución del estado parcelario para los actos de constitución o transmisión de un derecho real temporario como lo es el derecho de superficie.

Finalmente, debemos expresar que la carga de constituir el estado parcelario no constituye un medio necesario e ineludible para la consecución del fin de interés general que tiene el Estado en velar por las políticas territoriales y el desarrollo sustentable. Los Catastros cuentan con otros medios para cumplir con esos fines. La Ley 26209, en su art. 3º, establece que el poder de policía inmobiliario catastral comprende las siguientes atribuciones: a) practicar de oficio actos de levantamiento parcelario y territorial con fines catastrales; ... g) ejecutar la cartografía catastral de la jurisdicción; confeccionar, conservar y publicar su registro gráfico. En ejercicio de estas facultades, en varias provincias argentinas se efectuaron relevamientos de oficio mediante el empleo de distintas técnicas.

8. CONCLUSIÓN

La exigencia del certificado catastral para el otorgamiento y la registración de los actos es el modo como el Estado interviene en los procesos de transmisión, constitución y modificación de los derechos reales inmobiliarios.

La falta de certificado catastral no afecta la facultad de disposición del titular del derecho real, pero si establece una limitación para el derecho

adquirido, que no gozará de la oponibilidad que le confiere la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La Ley 26209 atenta contra la seguridad jurídica al privar de la oponibilidad al derecho adquirido por un acto jurídico celebrado sin certificado catastral.

El establecimiento de una carga pública está justificado solo cuando es razonable, cuando hay una adecuada composición de los intereses públicos y privados. La carga de constituir el estado parcelario enfrenta a dos bienes jurídicos: por un lado, el derecho propiedad, y por otro, el interés público relacionado con las políticas territoriales y el desarrollo sustentable. Al sacrificar la oponibilidad del derecho real, la ley ha priorizado los intereses públicos por sobre el derecho de propiedad.

La carga pública debe ser proporcionada. No es razonable exigir la constitución del estado parcelario para la celebración de los actos de constitución, transmisión o modificación de los derechos reales temporarios, como lo es el derecho de superficie.

En virtud de lo expresado, proponemos para una futura reforma legislativa que no se exija el certificado catastral para los actos de constitución, transmisión o modificación del derecho real de superficie.

**CONJUNTO DE MENCIONES DETALLADAS PARA EL BUEN
EJERCICIO PROFESIONAL EN LA CONTRATACIÓN Y
CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE**

Por José M. R. Orelle¹

I. CONCLUSIONES

1. Existe una notable asimetría entre los estudios doctrinarios teóricos y los modos de aplicación pragmáticos que si bien conceptualmente son de igual trascendencia, no se evidencia en desmedro de los segundos.

2. Se deben superar las abstracciones técnicas de los elementos jurídicos, y focalizar e incluir los niveles de detalle que debiera contener la expresión de voluntad en cada caso concreto y que operan en todas las etapas de realización de los actos jurídicos.

3. La trascendencia de la captación profundizada de la finalidad de los sujetos se basa en, al menos, los siguientes aspectos: a) constituye un elemento esencial para una óptima realización de actos y negocios jurídicos; b) consiste en la especificación pragmática de los conceptos de voluntad, objeto, causa fuente, causa fin y motivo y aplicación de solemnidades protectoras; c) la vulnerabilidad de los ciudadanos respecto a la complejidad de los actos jurídicos y el modo de aplicarlos en sus decisiones; d) su efecto respecto a la validez, eficacia, oponibilidad y prueba; e) constituye un elemento de gran trascendencia en el extenso campo de la interpretación; f) la realización de actos y negocios no se agota, frente a la inmensidad de situaciones humanas a resolver en la mera mención del objeto, causa fuente, causa fin y motivo de modo escueto. La realidad del modo en que los ciudadanos desarrollan sus actos y negocios demuestra acabadamente que se requiere la descripción de numerosos

¹ Doctor en Derecho (UBA). Profesor Titular Consulto de la Cátedra de Derecho Notarial, Registral Inmobiliario, (UBA). Presidente de la Academia Nacional del Notariado (periodo 2019- 2023). Actividad Docente desarrollada en UBA, Universidad Católica Argentina, Universidad de Belgrano, Universidad Notarial Argentina. Autor de Libros y numerosas monografías. Ex Director del Departamento de Derecho Privado I en UBA durante gestión del Dr. Eugenio Bulygin.

detalles en el contenido específico de cada acto, que permita satisfacer las necesidades que los han llevado a realizarlos.

4. Es impensable que una persona, actuando con diligencia contractual, constituya un derecho de superficie “en blanco” sin determinar cuáles usos y el modo de ejercer cada uno. A modo de ejemplo, en caso de generarse derecho de superficie para construir un Galpón, lo lógico sería detallar que clase de elementos se guardarían allí, su cantidad, las previsiones para conservarlos en condiciones, el mantenimiento, los seguros, el modo de acceder, de guardar en estanterías, la cantidad de personas que pueden trabajar conforme el tipo de actividad, la circulación de un número razonable de personas, vehículos, maquinarias, efectuar las habilitaciones y permisos de autoridades competentes.

5. El fundamento de esa clase de regulaciones detalladas es la medida del interés del concedente del derecho de superficie, respecto al cuidado, mantenimiento en buen estado y medidas de protección para evitar deterioros, destrucciones, pérdida de valor. Se conecta además con la posible adquisición de lo construido una vez extinguido el Derecho de Superficie.

6. Sobre la base de las ideas antecedentes, acerca la siguiente propuesta superadora que se basa en la obtención de excelencia en el ejercicio de profesiones y funciones públicas, y cuya premisa básica es la preparación técnica del profesional y la creación y entrenamiento en un método científico cuyos lineamientos esenciales tienen la siguiente estructura: a) la preparación profesional previa; b) técnica de las entrevistas; c) técnica de comprensión profundizada del profesional para verificar su propia comprensión del caso, sus matices, y su sistematización y ordenamiento jerárquico; d) técnica para la evaluación de las diferentes alternativas aplicables a la solución; e) técnica para explicar a las partes dicha alternativas, ventajas y limitaciones; f) técnica para cerciorarse de los grados razonables de comprensión por parte de los informados, con suficiente evidencia verificable; g) técnica del diálogo necesario para que se obtenga una decisión conjunta de partes y profesional, cada uno en su rol, de la elección de la configuración; h) técnica de la redacción instrumental para que reúna requisitos que garanticen los valores de la acción de instrumentar; i) el impacto de la aplicación de métodos y técnicas profundizadas para la generación de títulos de propiedad inmobiliaria.

7. La superficie se constituye a través de un contrato causal que, sin perjuicio de sus elementos generales, precisa de un procedimiento

técnico científico. Propongo el siguiente conjunto de puntualizaciones pragmáticas: a) partir de la realidad del modo en el cual las personas se expresan y accionan en base a sus aspiraciones y decisiones; b) consignar las finalidades contractuales con un nivel de detalle realista y extenso; c) detallar el tipo de construcción y sus características básicas; d) elegir y describir los usos concedidos y detallar sus aspectos operativos; e) abordar el complejo tema del cálculo técnico del valor de la superficie; f) evaluar cuidadosamente la temática de las garantías, el perfil del contratante, el plan de negocios, el riesgo contractual, la intensidad de impacto personal, patrimonial, familiar y empresarial en caso de incumplimiento; g) aconsejar la onerosidad de la adquisición y la equivalencia prestacional, por el desaliento legislativo hacia las titulaciones gratuitas; h) aconsejar la inclusión de la fórmula o tipo de cálculo referente a la indemnización, describiendo técnica y adecuadamente el modo de su fijación y los factores que se han tenido en cuenta; i) abordar la temática de la extinción del derecho de superficie no solo desde un plano sustantivo teórico, sino también desde el pragmático y ponderar la necesidad de las escrituras-actas para su materialización; j) asesorar acerca de la conveniencia de un apoderamiento irrevocable para prevenir eventuales riesgos sobrevinientes.

II. FUNDAMENTOS

1. CONTRATO CAUSAL

A.- Todo derecho real se genera por un contrato previo.

B.- El contrato causal es aquel que las partes seleccionan para obtener sus finalidades, luego de una evaluación de diferentes alternativas de configuraciones.

C.- El derecho real de superficie es consecuencia de dicho acuerdo previo, y que tiene por finalidad brindarle al contrato la trascendente garantía y oponibilidad propia de los derechos reales.

2. ELEMENTOS GENERALES DEL ACTO DE CONSTITUCIÓN DE DERECHO DE SUPERFICIE:

A.- Los Sujetos.

B.- Las finalidades y motivos y su relación con los conceptos de Causa y Objeto en esta clase de derecho real.

C.- Las declaraciones de voluntad y los recaudos técnicos esenciales.

3. PROCEDIMIENTO TÉCNICO CIENTÍFICO SUPERADOR PARA GENERAR UN EJERCICIO DE EXCELENCIA DE PROFESIONES Y FUNCIONES PÚBLICAS

En función de la importancia del ejercicio de los aspectos pragmáticos del ejercicio del Derecho, fundamentaré en los puntos siguientes mi propuesta académica describiendo un conjunto de puntualizaciones pragmáticas que entiendo debiera contener el contrato causal y la constitución de derecho real objeto del presente estudio.

a) Partir de la realidad del modo en el cual las personas se expresan y accionan en base a sus aspiraciones y decisiones

En la vida comercial cotidiana, ninguno de nosotros nos expresamos con abstracciones. Si vamos a un negocio que vende prendas de vestir no decimos “quiero una camisa” o en un restaurant “quiero una comida” o en un local de venta de automotores “deme un automóvil”. Curiosamente, aquello que tiene tamaña evidencia autosuficiente en los ejemplos, por razones no advertidas ni analizadas, y menos aún investigadas se aplica de

modo constante en el ejercicio del Derecho. Los ejemplos sobran: los textos usuales de actos contratos, son prácticamente todos iguales (locación, comodatos, apoderamientos) lo cual evidencia un divorcio entre la realidad de las infinitas aspiraciones y deseos de los contratantes y el modo de consignar su voluntad. Los textos de la compraventa de inmuebles, de los derechos de garantía, ídem. Y este divorcio no es gratuito, ya que sin razón alguna genera riesgos que afectan en algunos casos a su validez (ejemplo error esencial) otras veces a su eficacia (frustración de la finalidad), o a su oponibilidad (por estar oculta alguna condición esencial para el contratante).

b) La exigencia técnica de consignar las finalidades contractuales de los ciudadanos con un nivel de detalle realista y extenso, que surge de aspiraciones, deseos, objetivos individuales de cada persona

En la realidad cotidiana de realización de actos y contratos, cada sujeto genera un “modelo imaginativo” de su proyecto, y no lo percibe de modo abstracto: “compro” “vendo” “alquilo”. La decisión está plagada de detalles, resultado del modo en el cual las personas, conforme nuestra naturaleza tomamos decisiones. Por ejemplo, “quiero mudarme de barrio comprando una propiedad en el mismo barrio donde está la oficina en la cual trabajo”. O quiero alquilar porque en este momento he decidido hacer un viaje a y prefiero invertir mi dinero en dicho viaje, y postergaré la compra de una propiedad”. Estos detalles son cruciales, y permiten distinguir entre el foco nuclear de la decisión (mudanza, alquiler) y la causa de su decisión, con detalles supletorios tales, como (una casa con tres ambientes) un departamento que quiero arrendar con mucha luminosidad, buena vista y orientación. Y este estilo, además de responder al modo en el cual realmente actuamos, permite captar con claridad al intérprete la decisión completa, evitando reduccionismos erróneos y riesgosos.

Superando y corrigiendo la referida tradición de omitir las finalidades o de expresarlas simplemente aludiendo al objeto de cada contrato, propongo que en cada acto o negocio jurídico se consignen la totalidad de los detalles que integran la aspiración y deseo de cada contratante.

c) Estudios y evaluaciones previas que permitan optimizar la ubicación de las construcciones para facilitar otras posibles concesiones.

Para ilustrar este punto, parto del supuesto que desde que se consagró legislativamente el Derecho de Superficie, se generó (y ha pasado curiosamente inadvertido por la sociedad, los tasadores y juristas) una mutación del concepto de propiedad inmobiliaria, ya que al permitir la concesión de titularidad de diferentes áreas de modo independiente, ha transformado el concepto de un valor unitario, en la posibilidad de valorar diferentes planos de adjudicación. Este cambio de paradigma conceptual, debiera llevar a los propietarios de inmuebles a detectar, analizar y valorar diferentes alternativas de posibles desmembramientos de modo de optimizar la ubicación física de los espacios de cada inmueble para obtener el máximo provecho. En síntesis, desde esta perspectiva todos los inmuebles han aumentado su valor por incorporación de ésta facultad jurídica.

Esta clase de análisis corresponde que sean hechos con agrimensores quienes están especializados en los conocimientos de normas constructivas y de normativas del Derecho Urbanístico, disciplina que regula los procesos de urbanización, los controles de las edificaciones y la organización del conjunto territorial y modos de aprovechar los espacios disponibles de manera óptima. Adelanto que no es frecuente efectuar esta clase de estudios por la novedad de la incorporación del Derecho de Superficie, pero es inexcusable hacerlo para aprovechar las posibilidades de cada predio. En caso de no hacerse, se corre el riesgo de perder la posibilidad de aprovechar las diferentes áreas con otros actos negociales.

d) Detalles físicos del tipo de construcción y sus características básicas

Para evitar repeticiones según se trate de incorporar edificaciones, siembras o forestaciones, aludiré exclusivamente al caso de constituirse el Derecho de Superficie para construcciones.

1.- Detallar como “debería quedar el inmueble” luego de efectuada la construcción, con recursos técnicos, tales como desarrollo de maquetas o proyecciones de Autocad que utilizan los arquitectos, incorporación de todo otro documento técnico perteneciente a los campos de la ingeniería y arquitectura.

2.- Evaluar el impacto ambiental en la zona, cuadra, lotes vecinos.

3.- Evaluar los riesgos derivados de la construcción y las previsiones para mitigarlos.

4.- Plazos de Construcción y la regulación ante eventuales atrasos o incumplimientos.

5.- Incluir el cumplimiento de las regulaciones inherentes a seguridad de personas y materiales.

6.- Planificar cuidadosamente las zonas de trabajo, horarios, cercos protectores y toda otro recaudo para disminuir las molestias respecto a los titulares del predio concedente.

7.- Detallar los modos de auditar los trabajos y el personal técnico designado por el concedente para aplicarlos.

e) Elección y Descripción de los usos concedidos y detalles operativos sobre el modo de ejercer los usos concedidos sobre el terreno global de la superficie y de lo construido.

Es impensable que una persona, actuando con diligencia contractual, constituya un Derecho de Superficie “en blanco” sin determinar cuales usos, el modo de ejercer cada uno. A modo de ejemplo, en caso de generarse Derecho de Superficie para construir un Galpón, lo lógico sería detallar que clase de elementos se guardarían allí, su cantidad, las previsiones para conservarlos en condiciones, el mantenimiento, los seguros, el modo de acceder, de guardar en estanterías,, la cantidad de personas que pueden trabajar conforme el tipo de actividad, la circulación de un número razonable de personas, vehículos, maquinarias, efectuar las habilitaciones y permisos de autoridades competentes.

El fundamento de esta clase de regulaciones detalladas es la medida del interés del concedente del Derecho de Superficie, respecto al cuidado, mantenimiento en buen estado y medidas de protección para evitar deterioros, destrucciones, pérdida de valor. Se conecta además con la posible adquisición de lo construido una vez extinguido el Derecho de Superficie.

f) El complejo tema del modo de calcular técnicamente el valor o estimación del valor del Derecho de Superficie

En términos generales, la estimación o cálculo del valor de un derecho de superficie **se determina mediante un análisis de mercado**, teniendo en cuenta los factores propios de cada caso. En el caso de la construcción de un Galpón, por ejemplo, los factores más relevantes serían:

a.- El o los usos permitidos

b.- El plazo de duración

c.- La calidad de la propiedad, el estado de la propiedad, las cláusulas reglamentarias

que se haya pactado

d.- La zona donde se encuentra y la incidencia de accesos a calles pavimentadas, a centros de distribución de las mercaderías que se guardan

e.- La proximidad o lejanía con zonas urbanas

f.- La facilidad de acceso para clientes y proveedores.

g.- Otros factores a asociados a los ítems esenciales del tipo de actividad comercial.

h.- La metodología más usual es considerar el valor residual estático y valor residual dinámico. El importe residual sólo es aplicable sobre bienes inmovilizados (edificios, equipos, maquinarias) pero no es aplicable a activos patrimoniales.

El coste inicial del bien es necesario restar el coste de amortización y depreciación que se ha generado durante su vida útil. Hay que tener en cuenta que la deducción de la amortización finaliza cuando la vida útil del bien ha terminado. Para calcular el valor recuperable es necesario tener en cuenta el coste de fabricación o de adquisición, es decir, su valor inicial.

i.- El valor del derecho de superficie también depende de la ley local y estatal que lo rige.

j.- Otros factores frecuentes son: valor terreno, monto actual, monto futuro estimado, tributos, honorarios, habilitaciones, valor de venta margen esperado, vida útil, amortización.

g) Plazo de Vigencia del Derecho de Superficie

El factor tiempo que media entre el consentimiento contractual y la fecha de cumplimiento de las obligaciones que se generan por el contrato, genera riesgos diversos. El tema central a resguardar es la permanencia del equilibrio entre las prestaciones convenidas por las partes al consentir y los posibles cambios futuros. La dificultad es importante, porque como hemos visto los factores del accionar humano son muchos: los fenómenos de la naturaleza, de los cambios sociales, culturales, de la economía, políticos, nacionales e internacionales, de los propios sujetos (enfermedades, fallecimientos, divorcios, disminución de solvencia, cambios de perspectiva

comercial, cambios en el caso de personas jurídicas: problemas comerciales, cesiones o ventas de participaciones, disminución de solvencia, fusiones, escisiones, absorciones, modificaciones de objeto) y sobre todo la incidencia de eventos imprevisibles (caso de la pandemia).

Además, ante la diversidad de causas de alteración de las bases negociales iniciales, se agrega la disminución de las posibilidades de dominabilidad de dichos factores por parte de los contratantes, lo cual impacta en la intensidad e importancia de las garantías a exigir, de la probabilidad de incumplimiento, y de la necesidad de consignar métodos de ajuste, de renegociación y en caso necesario de resolución total o parcial del contrato.

h) Garantías

Este tema es uno de los temas esenciales en toda contratación. Una evaluación cuidadosa debería integrar los siguientes puntos:

1.- Análisis previo del perfil del contratante y las características de su plan de negocios para determinar la calificación del riesgo del contrato

2.- Estimación ponderada de la intensidad de impacto personal, patrimonial, familiar, empresarial en caso de incumplimiento. Este punto, por su trascendencia exige un extenso asesoramiento profesional para ambos contratantes. El pilar básico que debe erigirse en premisa esencial es evaluar la intensidad del impacto tanto sea patrimonial, familiar, empresarial que podría tener para cualquiera de los contratantes el caso de incumplimiento, ya que la protección necesaria para evitarlo está en relación proporcional con dicho impacto. Lo ideal para cualquier contratante, no siempre analizado en mi opinión con suficiente ponderación, es que en caso de suceder sea absorbible, sin poner en alto riesgo la solvencia y estabilidad de quien lo sufre. En el mismo plano ideal, en éstos casos el asesoramiento profesional debería no realizar el contrato.

3.- Tipo de Garantías y los plazos y costos para hacerlas efectivas. La diversidad de garantías es amplia: las clásicas personales, las garantías reales. Cabe agregar los seguros de caución, varias clases de seguros, garantías bancarias, financieras. Es un aspecto que también requiere asesoramiento especializado

4.-En algunos casos se realizan combinaciones de diferentes clases.

5.- Una variante para incluir en el análisis, es el de las Garantías Autoliquidables, que bien constituidas disminuyen considerablemente costos y plazos de recupero (Fideicomiso de Garantía, Lease Back, Prenda con desplazamiento, Cesión de derechos en garantía)

6.- Otro recurso contractual es incluir condiciones resolutorias proporcionales al caso de incumplimiento esencial.

i) Modo de adquisición. Oneroso gratuito

1.- La gratuidad genera una situación inestable respecto al contrato, ya que si bien puede generar simpatía, admiración y buenos sentimientos ² está tratado en la legislación con diversas reglas que desalientan: la protección de la legítima, la pérdida de protección en el caso de la reivindicación, de la acción revocatoria.

2.- Por ello, no obstante la letra del art. 2119, que lo admite para la constitución del Derecho de Superficie, no es aconsejable.

3.- En el caso de adquisiciones onerosas, corresponde que exista una razonable equivalencia de valores, que si bien no es necesario que sea rigurosamente matemática, corresponde que haya equivalencia. El tema se conecta directamente con lo expresado en cuanto a la claridad, precisión y expresión detallada del modo técnico de tasación del Derecho de Superficie, aspecto en el cual todavía no existen muchos antecedentes, ya que por su novedad y escasa aplicación no se ha configurado un mercado de ésta clase de Derechos con demanda y oferta.

j) Indemnizaciones

Manteniendo siempre el caso de concesión de superficie para construcciones, considero que las previsiones más relevantes son:

1.- En primer lugar destacar desde el plano pragmático, que sin perjuicio de la libertad contractual sobre el tema (art.2126 del Código Civil y Comercial) la inclusión de previsiones contractuales sobre el modo de aplicarse constituye uno de los elementos esenciales reveladores del grado de expertizaje profesional de quien interviene en el acto constitutivo. Es

² LEIVA FERNANDEZ, Luis P. en su comentario al art. 967 del Código Civil y Comercial de la Nación, director Jorge H. Alterini, Coordinador Ignacio E. Alterini, Tomo V, pag 76, La Ley 2015.

esencial porque es un factor que integra la contraprestación del concedente, por lo cual es de plena evidencia la necesidad de ser evaluado cuidadosamente, y requiere sin duda asesoramiento especializado.

2.- Como elemento integrante de la contraprestación, corresponde que guarde la correspondiente equivalencia razonable, por lo cual es parte importante de la regulación del contrato que se describan pautas objetivas de la fijación de valor, evitando subjetivismos generadores de posibles vicios. Por ello, es aconsejable que se consigne en el contrato la fórmula o tipo de cálculo efectuado para facilitar la comprobación o revisión del mismo. Evitando redacciones contractuales imprecisas, como sería el caso de consignar sin explicaciones que las construcciones realizadas no generan indemnización alguna. Una buena descripción del modo de fijar la indemnización describiendo los factores que se han tenido en cuenta, debe incluir el tema de la amortización, que se rige por evaluaciones técnico contables vigentes y conocidas.

3.- Técnicamente, corresponde señalar, que la construcción que efectúa el superficiario genera el fenómeno jurídico de adquisición por accesión física, mientras que al momento de la extinción de dicho Derecho, el concedente lo adquiere por confusión, o sea con la adquisición ya configurada con anterioridad.

k) Renuncia

1.- Esta modalidad extintiva es una aplicación específica que se enmarca dentro del concepto general de abandono de derechos (art.1907 del Código Civil y Comercial)³ Por su naturaleza conceptual es unilateral, no obstante desde el plano pragmático es preferible, en la medida de lo posible configurarla con la intervención del concedente dejando aclarado que no quedan obligaciones pendientes.

2.- Es un acto sometido a la misma solemnidad que la aplicable a su constitución (art.1017, inciso d).

³ ALTERINI Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel, ALTERINI María Eugenia con colaboración especial de ALTERINI, Francisco José, “Tratado de los Derechos Reales” Tomo II, Parte Especial, Thompson Reuter LA LEY, 2018.

3.- La renuncia genera efecto extintivo del Derecho Real de Superficie, lo cual a su vez produce la readquisición por parte del concedente del dominio pleno, cuya descripción técnica describo en punto posterior.

l) Vencimiento de plazo de vigencia

1.- En el plano sustantivo teórico, opera de pleno derecho. Al expresar plano sustantivo, me refiero al ámbito de lo teórico, del mismo modo que en el caso de la extinción del Derecho de Hipoteca por pago del crédito garantizado, pero en lo pragmático de la realidad exterior subsiste provisoriamente en la existencia física del instrumento constitutivo (escritura hipotecaria) y en la realidad Registral.

2.- En el plano pragmático la extinción teórica se produce en el mismo momento del vencimiento del plazo, pero subsiste en apariencia en la escritura de constitución del Derecho de Superficie, y en la vigencia registral material del asiento. Tan es así, que si se un acreedor del concedente o del concesionario solicitaran un certificado de dominio del inmueble, se informaría la existencia del Derecho del Concedente del Derecho de Superficie en su matrícula, y la del Derecho del Superficiario en una anotación independiente. Por ello, operado el vencimiento del plazo, corresponde otorgar una escritura – acta. Esta clase de instrumento se califica como acta, porque no contiene una declaración de voluntad extintiva, sino que contiene la mera constancia del hecho extintivo (vencimiento de plazo) y con dicho instrumento se gestiona la cancelación del asiento registral. De este modo se obtiene la coincidencia entre lo real abstracto y lo pragmático operativo.

3.- En cuanto a la consolidación en el concedente del pleno derecho de dominio remito al punto posterior en el cual desarrollo las etapas.

4.- No obstante que cualquiera de las partes puede otorgar de modo unilateral la escritura acta, es conveniente que contenga la firma de ambas partes para dejar constancia la inexistencia de obligaciones pendientes.

m) Cumplimiento de condición resolutoria

1.- En ejemplo de condición resolutoria, sería cuando se haya pactado expresamente para el caso de incumplimiento esencial.

2.- En cuanto al modo de unificar lo sustantivo con lo pragmático, debe procederse del mismo modo que el descrito en el punto anterior, ya

que la extinción también opera por un hecho (el incumplimiento) y no por declaración de voluntad. Sin embargo, procede aclarar que la calificación de hecho extintivo o de declaración de voluntad dependerá de la redacción de la causa de extinción (conforme artículos 1086, 1088, y 1089, 1076, 1078 del Código Civil y Comercial). Si se consignara que depende una opción voluntaria del acreedor y el hecho extintivo ha quedado tan claramente descripto que permita una identificación automática, se trata de un hecho y solo corresponde emitir una notificación al deudor de la decisión del acreedor. Si fuera. En caso que se haya pactado que la extinción total o parcial depende de la declaración de una sola de las partes, la extinción surge de dicha declaración.

3.- En cuanto al efecto, reitero la remisión al punto posterior en el cual describo que pasos requiere.

n) No uso

1.- El caso de extinción por no uso (2124 del Código Civil y Comercial) presenta también matices particulares desde el plano pragmático. La literalidad del texto, parte de la premisa que el no uso es un hecho, por lo tanto basta su acaecer para que quede configurado. Pero en el plano de la realidad de la conducta humana, queda subordinado a la prueba que se esgrima, ya que es evidente que hay infinitas variaciones que generen la judicialización correspondiente. El punto nos remite a la siguiente pregunta: ¿cómo se prueba un hecho omisivo? Este aspecto también lo encontramos en otros temas jurídicos: la soltería, la ausencia.

2.- Podríamos imaginar que bastaría la sola declaración unilateral del concedente o del concesionario bastarían, como posibilidad teórica. ¿Bastaría dicha declaración? En el campo operativo pragmático de los negocios inmobiliarios y de la calificación técnica de título perfecto, esta alternativa teórica no se admitiría.

3.- Por ello, el procedimiento técnico para obtener la extinción instrumental y registral, en la mayoría de los caso deberá obtenerse judicialmente.

o) Mutuo acuerdo

1.- El art. 1081 del Código Civil y Comercial de la Nación regula especialmente el caso de resolución bilateral. Las causas que llevan a las partes a tal decisión son de una extraordinaria variedad, y el modo de

resolverlas es parte de las facultades que confiere el ejercicio de la autonomía privada. El artículo realiza un listado de los requisitos exigibles.

2.- En el aspecto pragmático, cabe observar:

(i).- Respecto a las solemnidades, deben cumplirse con la misma exigencia que para el acto constitutivo.

(ii).- En cuanto al contenido del instrumento, deberán consignarse los recaudos referidos del artículo 1081.

(iii).- En ésta caso la extinción proviene de la declaración de voluntad de todas las partes.

(iv).- Aplicando las directivas legales de los Derechos Reales en cuento a Título, modo e inscripción, el título causal es la declaración de voluntad bilateral, el modo se realizará con las acciones materiales (entrega física). La Registración mediante el ingreso del instrumento al Registro competente rogando la cancelación del asiento.

p) La readquisición del pleno dominio del concedente

1.- Lo normativo: Del análisis de la estructura conceptual que surge del conjunto de los artículos 1706, 1968, 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación, surgen las siguientes líneas directivas del modo en el cual opera la consolidación del dominio del concedente: ⁴

2.- Debe partirse de la premisa, que el título que origina la constitución del Derecho de Superficie contiene la condición resolutoria interna en el caso de vencimiento de plazo. O sea, y tiene particular trascendencia resaltar, que las causas de extinción no tienen por consecuencia la realización de un nuevo título causal. La causa de la restitución surge del título originario creado por la constitución.

3.- Operada la causal, el concedente queda automáticamente de pleno derecho como titular de dominio, y en el plano de las relaciones posesorias

⁴ ALTERINI Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel, ALTERINI María Eugenia con colaboración especial de ALTERINI, Francisco José, "Tratado de los Derechos Reales" Tomo II, Parte Especial, Thompson Reuter LA LEY, 2018, pag.94, quienes opinan que conforme al texto del art. 2125 será suficiente para la readquisición una suerte de constituto posesorio de pleno derecho. Esta conclusión en nada afecta el procedimiento que he desarrollado, porque opera en el plano pragmático de la extinción.

el superficiario queda también automáticamente investido como tenedor que debe restituir físicamente la porción de precio que le fuera adjudicada.

4.- En el plano instrumental, se otorgará por escritura pública una escritura – acta, en la cual se describe el acaecimiento del hecho extintivo. Esta escritura tiene por objetivo materializar dicho hecho.

5.- Al efecto de la cancelación registral del asiento del Derecho de Superficie deberá peticionarse mediante la presentación de dicha escritura – acta.

q) Apoderamientos. Su utilidad

1.- En el plano estrictamente pragmático del presente estudio, es frecuente en el ejercicio de la Función Notarial, con la finalidad de prevenir dentro de lo posible eventuales riesgos sobrevinientes, que aumentan cuando el plazo fijado es prolongado, el otorgamiento de apoderamientos irrevocables que facilitan la solución de vicisitudes contractuales.

2.- Algunos ejemplos:

(i).- El caso de fallecimiento de algún concedente, que exigiría la tramitación sucesoria correspondiente, un apoderamiento irrevocable permitiría que el o los apoderados pudieran cancelar la constitución, o efectuar alguna modificación. Claro está que el límite de estos apoderamientos está dado en la medida que no afecten los intereses de los herederos, por tratarse de actos que estuvieran previstos objetivamente en la constitución.

(ii).- Para dejar constancia en el caso de extinción del monto de la misma, en la medida que al haberse determinado objetivamente la aplicación de la fórmula de cálculo, la declaración de voluntad del apoderado sea meramente declarativa de haberse aplicado dicha fórmula.

(iii).- Para efectuar la escritura – acta de restitución física de la porción concedida, ya que dicha escritura solo tiene por finalidad dejar constancia de un hecho material, no contiene declaraciones de voluntad constitutiva de derechos.

LEGITIMIDAD PARA AFECTAR A VIVIENDA DEL TITULAR DE UN DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Ana María Palomanes¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho real de superficie, cuando existe propiedad superficiaria, está calificado en el código civil y comercial como derecho real sobre cosa propia (art. 1888). Esa propiedad superficiaria sobre lo edificado comprende uso, goce y disponibilidad material y jurídica.

2. La propiedad superficiaria queda sujeta a las normas del dominio revocable en cuanto sean compatibles (art. 2128 CCyC) y éste contiene iguales facultades que el titular del dominio perfecto, durante el plazo estipulado en el título (art. 1966 CCyC).

3. La vivienda está tutelada constitucionalmente en cuanto al derecho de toda persona humana de acceder a ella, como la protección a aquella a la cual se ha accedido. Legitimar al titular de la propiedad superficiaria a la afectación a vivienda implica facilitar el acceso a ésta y constituye una derivación razonada del derecho vigente.

4. La afectación a vivienda, con la debida publicidad registral, comprende la oponibilidad a los acreedores con causa posterior y la subrogación real, en el supuesto de transmisión, con relación al valor de propiedad separada del terreno.

II. FUNDAMENTOS

1. NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

a) Modalidades del derecho real de superficie

¹ Profesora titular Derecho Privado VI -Derechos Reales- Universidad Católica de Córdoba cátedras A y C. Profesora titular Derecho Registral II Universidad Católica de Córdoba. Profesora titular Derechos Reales I - Parte General- Universidad Blas Pascal. Profesora titular Derechos Reales II -Parte Especial- Universidad Blas Pascal.

El concepto de derecho real de superficie establecido en el art. 2114 del CCyC. contiene las modalidades que comprende, sin embargo, reafirma en el artículo siguiente la existencia de dos modalidades.

En primer lugar, alude al derecho del superficiario a realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante -suelo-, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado forestado o construido. El objeto del derecho real de superficie será, bajo esta modalidad, la facultad de efectuar las construcciones, plantaciones o forestaciones de conformidad al título para su constitución.

Seguidamente hace referencia a las facultades de uso, goce y disponibilidad material y jurídica de lo plantado, forestado o construido; en clara alusión a la propiedad superficiaria.

Lo dispuesto en el art. 1888 CCyC es categórico en cuanto a ser un derecho real sobre cosa propia cuando exista propiedad superficiaria - plantación, forestación o edificación- aunque el inmueble sea ajeno; no mientras el espacio esté vacío².

Atribuir el carácter de derecho real sobre cosa propia requiere de la existencia de forestación, plantación o construcción sobre la cual, quien a cuyo favor se constituyó el derecho, asume la propiedad. De no existir la propiedad superficiaria se ejerce, sin lugar a hesitación, sobre cosa ajena.

En este sentido: “En lo que atañe a la propiedad superficiaria, el uso y goce de las plantaciones, sembradíos o edificaciones está en línea con las facultades idénticas que le corresponden a cualquier titular de dominio revocable (art. 2128)”³.

*b) Conclusiones XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil
2003 Rosario*

En las conclusiones de la comisión 4 Derechos Reales: Superficie Forestal existió consenso mayoritario en admitir la dualidad de ser derecho real sobre cosa propia o derecho real sobre cosa ajena en los siguientes

² KIPER, Claudio M., *Tratado de Derechos Reales*, 2ª edición. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, tomo II, p. 20.

³ VAZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, 1ª edición. La Ley, Buenos Aires, 2020, p.675.

términos: “II. El derecho real de superficie forestal dentro de la clasificación de los derechos reales. Despacho a): El derecho real de superficie forestal es mixto. Admite en su desarrollo una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto como derecho real sobre cosa ajena (Mayoritario, 25 votos). Despacho b): El derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia (Minoritario, 4 votos). Despacho c): El derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa ajena (Minoritario, 3 votos)”.

Con relación al régimen legal aplicable al derecho real de superficie forestal, en forma unánime, se admitió la aplicación de los principios generales en materia de derechos reales: “III. Régimen legal... 2) Normas de aplicación supletoria En los aspectos no regulados expresamente por la Ley 25.509 resultan de aplicación a la superficie forestal los principios generales de los derechos reales. (Unanimidad)”.

Respecto del objeto hubo consenso mayoritario en cuanto a recaer sobre cosa inmueble: “IV. Objeto Despacho a): El derecho real de superficie forestal, en sus dos manifestaciones, recae sobre cosa inmueble. Las plantaciones son cosas inmuebles por naturaleza (Art. 2314 del Código Civil) (Mayoritario, 27 votos). Despacho b): La plantación es cosa mueble cuando su destino es la forestación, teniendo en cuenta su temporalidad y finalidad (Minoritario, 2 votos)”.

El código civil y comercial, en el ya mencionado artículo 1888, ha receptado la postura mayoritaria en cuanto admite la dualidad. Es un derecho real sobre cosa propia cuando existe propiedad superficiaria y un derecho real sobre cosa ajena cuando el objeto lo constituye la facultad de forestar, plantar o edificar conforme lo establecido en el título.

En los artículos 2127 y 2128 hace expresa referencia a las normas legales de aplicación supletoria y, nuevamente, distingue si existe propiedad superficiaria o no. En el primer supuesto remite a las disposiciones en materia de dominio revocable y, en el segundo, a las del usufructo.

Por otra parte, el último párrafo del art. 2115 dispone que recae sobre inmuebles: “En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.

En los fundamentos del proyecto del año 1998 los autores expresaron: “A la manera del Código de Italia de 1942, se diseñan dos planos en el derecho de superficie, en el primero se asiste a un derecho real sobre

cosa ajena: el derecho real de construir o forestar, y en el segundo a un derecho real sobre cosa propia: la propiedad superficiaria”.⁴

El art. 2116 alude al emplazamiento y determina que puede constituirse sobre todo el inmueble o una parte determinada, o sobre construcciones ya existentes aún sometidas al régimen de propiedad horizontal.

c) Transmisión de la propiedad superficiaria

La transmisión de la propiedad superficiaria puede ser por actos entre vivos o por causa de muerte (art. 2119 CCyC).

Desde el concepto del derecho de superficie se infiere, con meridiana claridad, la facultad de disposición y, consecuentemente, la adquisición derivada acotada al plazo de duración del derecho de superficie.

En igual sentido fue objeto de recomendación en el punto 10 de las conclusiones de la comisión 4 -Derechos Reales: Derecho de Superficie- X Jornadas Nacionales de Derecho Civil 1985: “10. El superficiario podrá transmitir su derecho por actos entre vivos o mortis causa. Estará facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía”⁵.

La ley 25.509, en el art. 5, disponía: “El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión...”

No contemplaba la transmisión mortis causa sin embargo, en las conclusiones de la comisión 4 -Derechos Reales: Superficie Forestal, se admitió, por unanimidad, de lege lata, la transmisión mortis causa: “VII. Transmisibilidad Lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 25.509 no obsta a la transmisión del derecho real de superficie forestal por causa de muerte. (Unanimidad)”.

⁴ KIPER, Claudio M., *Tratado de Derechos Reales*, 2ª edición. Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 2017, tomo II, p. 23.

⁵ Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil: sistematización de sus conclusiones 1927-2022 al cuidado de Francisco J. Alterini, Franco A. Melchiori y Pilar Quiñoa, 1º edición, Buenos Aires. La Ley Universidad Austral, 2024. Libro digital, PDF, §116 p.80.

2. LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

a) Normativa aplicable

Del análisis, en conjunto, de los arts. 2120 y 2121 del CCyC. se concluye que es imperfecto el derecho real, sobre cosa propia, otorgado a otro sobre una plantación, forestación o construcción existente en virtud de su carácter temporario y, también, es imperfecto el derecho de dominio del propietario al sufrir la desmembración de las facultades concedidas.

Hacen clara mención a los dos planos en los que se manifiesta el derecho real de superficie.

El art. 2128 CCyC. Dispone: “Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título”.

Sobre la propiedad superficiaria existe un dominio temporario para su titular estableciéndose que le son aplicables, en subsidio, las normas del dominio revocable; en tanto no estén modificadas por las específicas del derecho de superficie.

b) Facultades del superficiario. Legitimación.

Bajo el título de facultades del superficiario, el art. 2120 del CCyC. dispone que el titular de la propiedad superficiaria puede constituir derechos reales de garantía por el plazo de duración establecido en el título.

En el segundo párrafo, en forma categórica, dispone: “Puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario e igualmente puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

Las facultades materiales sobre la propiedad superficiaria son de uso goce y disposición, según el propio concepto dado en el art. 2114 CCyC.; extendiéndose al inmueble sobre el que recae en cuanto sea necesario para el aprovechamiento de la propiedad separada (art. 2116 2do. párrafo CCyC).

En cuanto a las facultades jurídicas, además de transmitir el derecho (art. 2119 CCyC) y constituir garantías reales (art. 2120 CCyC) está legitimado para constituir derechos reales de uso y goce.

Así lo disponen: art. 2131 CCyC. -usufructo-, art. 2155 CCyC. – uso- art. 2159 CCyC. -habitación- y art. 2168 CCyC. -servidumbre-.

Por otra parte, la propiedad superficiaria, queda sujeta a las disposiciones en materia de dominio revocable -Titulo III-Capitulo 3. El art. 1966 CCyC. alude a las facultades del titular del dominio revocable en los siguientes términos: “...tiene las mismas facultades que el dueño perfecto, pero los actos jurídicos que realiza están sujetos a las consecuencias de la extinción de su derecho”.

c) Extinción

En cuanto a la extinción de la propiedad superficiaria, se produce por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, consolidación y destrucción en el caso que no se vuelva a plantar, forestar o construir en los plazos establecidos.

El efecto principal de extinción del derecho de superficie, por el cumplimiento del plazo convencional o legal, es que el propietario hace suyo lo plantado, forestado o construido. Cobra vigor el principio de accesoriedad contemplado en el art. 2145 del CCyC. y la propiedad queda unificada en el titular del suelo, de pleno derecho (art. 1968 CCyC). Esta recuperación del dominio perfecto es libre de los derechos reales o personales constituidos por el superficiario.

En el supuesto de extinción por renuncia u otras causales, antes del vencimiento del plazo legal o convencional, quedan subsistentes los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo y gravan ambas parcelas hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Extinguido el derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo, debe indemnizar al superficiario excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización puede ser fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o con posterioridad.

En el supuesto de no haberse establecido el monto de la indemnización deberá ser fijado judicialmente, tomando en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

El art. 11 de la ley 25.509 establecía la compensación en la medida del enriquecimiento del titular del suelo, salvo pacto en contrario.

3. PROTECCIÓN JURÍDICA DE LA VIVIENDA

a) *Tutela constitucional*⁶

La vivienda está tutelada constitucionalmente bajo dos facetas, una en cuanto al derecho de las personas humanas para acceder a ésta y otra cuando ya se ha concretado la adquisición. El estado debe garantizar este derecho ya sea facilitando los medios para acceder a ella, como también los medios para protegerla.

La reforma a la Constitución Nacional del año 1957 incorpora el art. 14 bis y consagra la protección del derecho a la vivienda, como un derecho humano. Diversos Tratados Internacionales, suscriptos por la Argentina, establecen el derecho a la vivienda en igual sentido.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos (proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en París 10.12.1948) en el art. 25.1. establece: " Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios". Por primera vez se instituyen los derechos humanos fundamentales que deben protegerse en el mundo entero.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, firmado en Nueva York en 1966 y puesto en vigor el 03.01.1976, ordena en el art. 11.1: "los Estados Partes en el presente Pacto, reconocen el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia. Incluyendo vestido y una vivienda adecuada, y a una mejora continua de las condiciones de existencia". En el preámbulo se expresa: "...Reconociendo que, con arreglo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, no puede realizarse el ideal del ser humano libre, liberado del temor y de la miseria, a menos que se creen condiciones que permitan a cada persona gozar de sus

⁶ Este punto es transcripción de parte de las conclusiones elaboradas por la autora de esta ponencia en la investigación desarrollada en la Universidad Católica de Córdoba (2019-2023) "Protección jurídica de la vivienda desde Roma hasta el código civil y comercial".

derechos económicos, sociales y culturales, tanto como de sus derechos civiles y políticos”.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (21.12.1965) en el art. 5 dispone: “En conformidad con las obligaciones fundamentales estipuladas en el artículo 2 de la presente Convención, los Estados partes se comprometen a prohibir y eliminar la discriminación racial en todas sus formas y a garantizar el derecho de toda persona a la igualdad ante la ley, sin distinción de raza, color y origen nacional o étnico, particularmente en el goce de los derechos siguientes: inc. e) Los derechos económicos, sociales y culturales, en particular: iii) El derecho a la vivienda”.

La convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por res. 44/25 de la ONU (20.11.1989), en el art. 27 dispone: 1. Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social. 2. A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño. 3. Los Estados Parte, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho y, en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

La Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, aprobada en sesión plenaria de la OEA (15.06.2015) y por la Argentina por ley 27.360 (09.05.2017), en su art. 24 establece: “Derecho a la vivienda La persona mayor tiene derecho a una vivienda digna y adecuada, y a vivir en entornos seguros, saludables, accesibles y adaptables a sus preferencias y necesidades.... Los Estados Parte deberán garantizar el derecho de la persona mayor a una vivienda digna y adecuada y adoptarán políticas de promoción del derecho a la vivienda y el acceso a la tierra reconociendo las necesidades de la persona mayor y la prioridad en la asignación a aquella que se encuentre en situación de vulnerabilidad. Asimismo, los Estados Parte fomentarán progresivamente el acceso al crédito de vivienda u otras formas de financiamiento sin discriminación, promoviendo, entre otros, la colaboración con el sector privado, la sociedad civil y otros actores sociales”.

La reforma del año 1994 a la Constitución Nacional incorporó a través del art. 75 inc. 22 estas normas de carácter internacional, que visualizan el derecho a la vivienda como un derecho humano permitiendo el desarrollo personal.

En doctrina se ha expresado: “Derechos reales y derecho humano a la vivienda adecuada. a) La protección a la vivienda en la legislación nacional...Por otra parte, algunos derechos reales han sido regulados, entre otras razones, para facilitar el acceso a la vivienda de las personas, como la propiedad horizontal, el fideicomiso o la superficie edilicia...”⁷

b) Evolución de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

A modo de resumen se referencian dos resoluciones con el objetivo de mirar la evolución de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la protección de la vivienda, cuya adquisición ha sido lograda.

Fallos 284:283 de fecha 29.11.1972 Autos: “Szpilfeigel, Natalio s/ Concurso civil” Dictamen del Procurador General: La inembargabilidad y la inejecutabilidad con las cuales el art. 20 del decreto-ley 13.128/57 ampara a las viviendas adquiridas mediante préstamos acordados por el Banco Hipotecario Nacional, dejan de regir cuando estos últimos han sido saldados. El artículo se refiere a los inmuebles “gravados”, categoría que no comprende al inmueble cuyo propietario ha cancelado su deuda con el banco acreedor y accede a la cancelación de la hipoteca.

Voto en disidencia de la ministra Dra. Margarita Argúas: “...3°) Que el tribunal debe resolver si luego de cancelado el gravamen hipotecario constituido a favor del Banco Hipotecario Nacional como garantía del mutuo subsiste la inembargabilidad que consagra el art. 20 del decreto-ley 13.158/57, en beneficio del titular de la vivienda. 4°) Que a tal fin cabe recordar que en fallos 249:183, esta Corte resolvió que la inembargabilidad beneficia a los titulares de viviendas adquiridas aún antes de la sanción de la norma ahora cuestionada, ya que se dijo entonces, “el propósito de la justicia a que obedecen las medidas legislativas al afianzamiento de la vivienda familiar, fruto del esfuerzo de los integrantes del grupo familiar y de la ayuda estatal, aparece así satisfecho”. En fallos 256:572 se agregó que el precepto

⁷ VAZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, 1ª edición. La Ley, Buenos Aires, 2020, p.23.

“es invocable no solamente por el Banco Hipotecario Nacional, sino por el titular del préstamo cuyo techo la ley protege por razones de interés general”; doctrina que fue reiterada con posterioridad en fallos 263:98 y 271:163. 5°) Que si bien las circunstancias del “sub lite” son diferentes de las que motivaron los pronunciamientos transcritos, ellas son indicativas de la amplitud interpretativa con la que se los resolvió, acorde con la necesidad de adecuar la norma al objetivo social que informa la ley y de evitar que por vía de interpretación se desnaturalice la función tuitiva para la que fue sancionada. 6°) Que con análogo criterio debe resolverse la cuestión en debate. Admitir que el beneficio de inembargabilidad se extingue para el titular de la vivienda juntamente con el pago total de la deuda, importaría aceptar que el mismo ha sido instituido en el sólo interés del Banco el que, por otra parte, se encuentra suficientemente asegurado con la garantía hipotecaria. No parece congruente con el espíritu de protección del grupo familiar que reviste la ley, a que se aludió en el considerando anterior, ni con el carácter de disposición de orden público que el art. 60 del decreto-ley 13.128/57 atribuye al texto legal y que ha sido reconocido por esta corte (fallos 263:98 y casos allí citados), suponen que la inembargabilidad protege al titular de la vivienda y a su familia, mientras aquel es deudor del Banco, abandonándolos luego cuando dejan de serlo”. El texto y espíritu de la ley establecen que son inembargables mientras mantengan la categoría originaria.

Fallos 308:2073 de fecha 30.10.1986 Autos: “Jaralambides, Teófilo Lucio c/ Pereira Rocha de Jaralambides, Irma N. s/Ejecutivo” Dictamen del Procurador Fiscal de la Corte Suprema “..En efecto, ya en el caso publicitado en fallos 262:143 este Tribunal sostuvo que el art. 20 del decreto-ley 13.128/1957 (antecedente del art. 35 de la ley 22.232), en cuanto excluye de embargo y ejecución a los inmuebles adquiridos con préstamos del Banco oficial, destinados a vivienda propia, y mientras mantengan su categoría originaria, reconoce como ratio legis el notorio objetivo social del afianzamiento de la vivienda de ese carácter, fruto del esfuerzo de los componentes del grupo familiar y de la ayuda social por vía estatal (Fallos 256:572; 257:182) régimen cuya notoria importancia y trascendencia, más allá de los intereses particulares en juego...”

*c) Conclusiones XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil
2013 Buenos Aires⁸*

En las conclusiones de la comisión 4 - Derechos Reales: Protección Jurídica de la Vivienda existió consenso mayoritario en cuanto a la tutela constitucional, afectación voluntaria y cláusulas de inembargabilidad emergentes de créditos hipotecarios específicos. De lege ferenda se sostuvo la necesidad de instituir la subrogación real en el régimen de protección de la vivienda.

De lege lata: 1 ° La persona humana como titular de la protección de la vivienda. La protección constitucional de la vivienda (Art. 14 bis de la Constitución Nacional; Art. 25, apartado 1° de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; Art.14, apartado 1 ° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), beneficia no sólo a la familia sino a la persona humana en su individualidad. El régimen tuitivo de la ley 14.394 (Art.34 a 50), debe ser interpretado sistemáticamente con las directivas de la Constitución y las de los Tratados de Derechos Humanos con rango constitucional (Art.75 inc. 22 C. N.). Así, alcanza la protección tanto a la vivienda individual como a la vivienda familiar (Mayoría, 28 votos contra 7).

2 ° Afectación voluntaria En el derecho vigente, es ineludible la manifestación de voluntad expresa del propietario para afectar el inmueble al régimen del llamado "bien de familia"

5 ° Cláusulas de inembargabilidad a) Despacho de Mayoría: La inembargabilidad emergente de un crédito hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario Nacional (Ley 22.232) se extingue con la extinción del crédito (28 votos). b) Despacho de Minoría: La inembargabilidad emergente de un crédito hipotecario otorgado por el Banco Hipotecario Nacional (Ley 22.232), subsiste después de la extinción del crédito, en la medida en que perduren los requisitos originales previstos para acceder como beneficiario de la vivienda. La inembargabilidad y consiguiente inejecutabilidad desaparece si posteriormente el titular enajena el inmueble a quien no reúne

⁸ Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil: sistematización de sus conclusiones 1927-2022 al cuidado de Francisco J. Alterini, Franco A. Melchiori y Pilar Quiñoa, 1° edición, Buenos Aires. La Ley Universidad Austral, 2024. Libro digital, PDF, §215 ps. 304,305, 306.

las condiciones de beneficiario, o constituye una nueva garantía por un crédito distinto (5 votos).

De lege ferenda: 3 ° La protección de la vivienda y la subrogación real. Es necesario que en una futura reforma legislativa se instituya expresamente el principio de subrogación real en el régimen de protección de la vivienda. Ello para que el nuevo inmueble adquirido en sustitución de un inmueble afectado, participe de los beneficios legales de la inejecutabilidad, con retroactividad a la fecha de afectación del inmueble originario. También para que se extienda la protección a los fondos recibidos en concepto de indemnización por expropiación o seguro, al menos por un plazo. Incluso, a fin de que el constituyente pueda optar por transferir la protección a otro inmueble de su propiedad.

4. EFECTOS POSTERIORES A LA AFECTACIÓN

a) Requisito de publicidad registral

En materia de derechos reales sobre inmuebles, la oponibilidad a los terceros interesados de buena fe se obtiene con la registración (art. 1893 CCyC) y, en caso del derecho de superficie, se trata de un derecho real que recae sobre cosas registrables (art. 1890 CCyC). Los artículos mencionados corresponden al Libro IV-Derechos Reales-Título I-Disposiciones Generales.

Por otra parte, en el Libro I-Parte General-Título III-Bienes-Capítulo 3 se legisla sobre vivienda. El art. 244 contiene disposición expresa respecto al objeto de afectación -inmueble destinado a vivienda- y la publicidad registral según las formas establecidas en leyes locales.

La legitimación para la afectación a vivienda es de los titulares registrales; exigiendo, en caso de cotitularidad, la solicitud de manera conjunta (art. 245 CCyC).

En el derecho real de superficie el o los titulares de la propiedad superficiaria están legitimados, y puede anotarse la afectación como limitación en la matrícula de superficie.

La ley 25.509, art. 5 segundo párrafo, dispone: “Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente”.

En función de los arts. 2120 y 2121 del código civil y comercial, la titularidad del dominio del suelo y del derecho real de superficie, cuando existe propiedad superficiaria, implica que ambos dominios son imperfectos. El primero en razón de la desmembración de facultades en favor de otro y el segundo por el carácter temporario.

b) Oponibilidad a los acreedores de causa posterior

La publicidad registral, también llamada dinámica, hace referencia a la seguridad del tráfico jurídico. Determina la oponibilidad de la afectación a vivienda del inmueble a los acreedores de causa posterior, quienes pueden conocer la protección legal tornándola no susceptible de ejecución.

El art. 249 del CCyC otorga inoponibilidad de la afectación a los acreedores de causa anterior y de otros créditos que, aun posteriores, están expresamente detallados en la misma norma.

c) Subrogación real

El art. 248 del CCyC. alude, expresamente, a la sustitución de la vivienda alcanzando al valor económico del inmueble que reemplaza al anterior. En la propiedad superficiaria puede inferirse como tal el valor de la construcción separada del terreno, en forma independiente del monto indemnizatorio convenido en el título de adquisición.

La indemnización existe salvo pacto en contrario y, establecida en el título de adquisición o con posterioridad, podría no representar el valor económico real a los efectos de la sustitución. Por otra parte, la disposición contenida en el art. 2126 del CCyC., si bien busca evitar un enriquecimiento sin causa, no es de orden público.

XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL DE 2024

UNIVERSIDAD AUSTRAL

COMISIÓN N° 6

TRANSMISIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Marcelo A. Pepe¹

I. CONCLUSIONES

1. La transmisión por actos entre vivos o mortis causa del derecho real de superficie, que comprende las obligaciones del superficiario, importa una cesión ope legis de posición contractual del título suficiente a la superficie y de los contratos conexos con terceros, considerados unitariamente (arts. 2123 y 1636 del CCyC), con los efectos del art. 1637 del CCyC, mas no de una cesión de deuda, pues no se cede una o algunas deudas en particular, sino un complejo de relaciones jurídicas consideradas como unidad negocial y, además, conforme la tésis del art. 2123, primer párrafo, y 1637 del CCyC, no subsiste la responsabilidad del cedente, salvo pacto expreso en contrario, respecto del mantenimiento de los derechos de los cocontratantes cedidos contra el superficiario para el caso de incumplimiento del cesionario.

2. A diferencia de la renuncia expresa, desuso o abandono por el superficiario, que importa la extinción del derecho real (arts. 1907, 3123, segundo párrafo, y 2124 del CCyC) y la subsistencia de sus obligaciones (art. 2123, segundo párrafo, del CCyC), la transmisión del derecho de superficie importa la subsistencia del derecho real y es, como principio general, liberatoria de las obligaciones del superficiario cedente, pues

¹ Abogado y Traductor Público (Universidad Nacional de Buenos Aires). Profesor Regular y Ordinario de Derechos Reales (Universidad de Buenos Aires y Universidad Nacional de La Plata). Profesor Titular de Derechos Reales (Universidad del CEMA). Profesor Titular por Concurso de Derecho Civil IV-Derechos Reales (Universidad Nacional de José C. Paz). Profesor Titular de Lengua y Derecho I, Derecho Societario, Derechos Reales y Concursos y Quiebras en el Reino Unido y Estados Unidos, en la Carrera de Traductor Publico de la Universidad de Buenos Aires (Universidad de Buenos Aires). Profesor en diversos posgrados (Universidad de Buenos Aires, Universidad Austral y Universidad Notarial Argentina).

comprende las obligaciones del superficiario (art. 2123, primer párrafo, del CCyC)

3. No obstante, frente a la la transmisión del derecho real de superficie por actos entre vivos, el dueño del suelo puede no prestar conformidad para la liberación del superficiario respecto de obligaciones ciertas, determinadas y al él exigibles al tiempo de la transmisión (art. 1632, segundo párrafo, del CCyC) en cuyo caso, el cesionario resultará obligado subsidiario del cedente de las obligaciones de las que no hubiere obtenido la liberación expresa del dueño del suelo.

II. FUNDAMENTOS

1. QUID DE LA TRANSMISIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE. DISTINCIÓN

El derecho real de superficie es transmisible, tanto por actos entre vivos como mortis causa. la transmisibilidad de la superficie resulta, en primer lugar, de la naturaleza transmisible de todos los derechos reales en general (art. 1906 del CCyC), salvo disposición legal en contrario y, en particular, en al campo de la superficie, en virtud de lo normado por el art. 2123, primer párrafo, del CCyC). Así, dentro de las facultades de disposición jurídica del superficiario se comprende la potestad de transmitir su derecho a título oneroso, gratuito o fiduciario. Debe ponerse de resalto que el art. 2123, primer párrafo, del CCyC establece que la transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

En la medida en que el derecho real de superficie resulta transmisible y tratándose de un derecho patrimonial, también podrá ser embargado y ejecutado por los acreedores privilegiados o quirografarios del superficiario o los acreedores de los terceros sucesores particulares que hayan adquirido la propiedad superficiaria, trátase de ejecución individual o colectiva.

Ahora bien, los derechos de los adjudicatarios en subasta pública o venta privada del derecho de superficie, en tanto que sucesores en los derechos del superficiario, no podrán afectar el derecho real del titular del

suelo y deberán resolverse frente a la extinción del derecho real de superficie (art. 399 y 1967, 1968 y 2125, primer párrafo, del CCyC)².

El art. 2123 del CCyC dispone “Subsistencia y transmisión de las obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.”

La norma transcrita legisla, en su primer párrafo, el supuesto de transmisión del derecho superficie que importa la subsistencia del derecho real en cabeza del adquirente y, como principio general, la liberación de las obligaciones del superficiario transmitente, con las consideraciones que efectuaré.

El art. 2123, segundo párrafo, del CCyC por el contrario, prevé el caso de extinción del derecho real por renuncia expresa, desuso o abandono, en tanto que causal genérica de extinción de los derechos reales (art. 1907 del CCyC), y específica del derecho real de superficie (arts. 2122 y 2124 del CCyC), cuales son la renuncia, el desuso o abandono, que abordaré en el apartado siguiente.

Digamos, en primer lugar, que frente a la transmisión del derecho real de superficie la calidad de superficiario, con los consiguientes derechos y deberes contractuales y legales, es asumida por el adquirente del derecho del real.

La transmisión de derecho real de superficie, a diferencia de lo que ocurre en el caso de extinción del derecho real por renuncia expresa, desuso o abandono (arts. 2122, 2123, segundo párrafo, y 2124 del CCyC), comprende las obligaciones del superficiario. Es decir, que la transmisión por actos entre vivos o mortis causa, importa la cesión ope legis de las obligaciones contractuales y legales.

No resulta claro, sin embargo, si el superficiario permanece obligado por las obligaciones exigibles a tiempo de la transmisión del derecho real por actos entre vivos, lo que sí es innegable en caso de transmisión mortis

² Lo mismo predicamos, aun antes de la sanción del CCyC, respecto de la embargabilidad y ejecutabilidad del usufructo, véase, PEPE, Marcelo A., “*Transferencia del Usufructo*”, LL, 2013-E, p. 785.

causa, en virtud de la continuación por los sucesores universales, de los derechos y obligaciones del causante (art. 400 y 2280 del CCyC).

Entiendo que el contrato de transmisión del derecho real, al comprender las obligaciones, liberan al superficiario transmitente, pues si la ley hubiera querido una solución contraria lo hubiera dispuesto expresamente como en el caso de la extinción por renuncia, desuso o abandono.

La transmisión del derecho real importa, según creo, una cesión ope legis de posición contractual del título suficiente a la superficie y de los contratos conexos con terceros, considerados unitariamente (arts. 2123 y 1636 del CCyC), con los efectos del art. 1637 del CCyC, mas no de una cesión de deuda, pues no se cede una o algunas deudas en particular, sino un complejo de relaciones jurídicas consideradas como unidad comercial y, además, conforme la tésis del art. 2123, primer párrafo, y 1637 del CCyC, no subsiste la responsabilidad del cedente, salvo pacto expreso en contrario³.

Se trata de la transmisión a un tercero (el adquirente del derecho real) de la totalidad de los derechos y deberes que hacen al contenido del contrato causal de superficie y de los contratos conexos celebrados con terceros, considerados en forma unitaria e indivisible “Cesión de posición contractual”, que claramente comprende las prestaciones pendientes (art. 1936 del CCyC). Sostengo la liberación del transmitente, pues desde la cesión, el cedente se aparta de sus derechos y obligaciones, los que son asumidos por el cesionario (art. 1937 del CCyC).

Podría ocurrir, sin embargo, que de existir obligaciones exigibles al superficiario, como por ejemplo, el pago de cánones vencidos al tiempo de la transmisión de la superficie, el dueño del suelo no consienta la liberación expresa del superficiario transmitente en relación con estas obligaciones y pacte mantener sus acciones contra el superficiario respecto de ellas pues, sin perjuicio que la regla es la liberación del superficiario cedente (art. 1937 del CCyC) creo, sin embargo, que a pesar de la transmisibilidad de la superficie y de las obligaciones, (como sucede en el caso del usufructo), el dueño del suelo puede siempre exigir las obligaciones asumidas por el superficiario en el contrato constitutivo de superficie, y también tener

³ Conf. PEPE, Marcelo A. “*Derechos Reales*”, Editorial Estudio, Buenos Aires, 2024, pág. 545.

razones para evitar el daño patrimonial emergente del eventual incumplimiento o insolvencia del cesionario.

En función de lo anterior, el dueño del suelo puede no liberar las obligaciones determinadas y exigibles al tiempo de transmisión (art. 1632, segundo párrafo, del CCyC) en cuyo caso, el cesionario resultará obligado subsidiario del cedente de las obligaciones de las que no hubiere obtenido la liberación del dueño de suelo. O bien, podrá el dominus soli pactar el mantenimiento de las acciones contra el superficiario cedente, respecto del incumplimiento por el cesionario. Mas, debe ponerse de manifiesto que dicha garantía es de fuente convencional mas no legal pues, como dije, salvo el caso especial de ciertas obligaciones exigibles al superficiario al tiempo de la transmisión, debe interpretarse, como principio general, que la transmisión inter vivos del derecho real de superficie, por cualquier título que sea, es liberatoria de la responsabilidad del cedente (art. 2123, primer párrafo, y 1637, primer párrafo, del CCyC).

No obstante lo anterior, como adelanté, el dueño del suelo, o los cocontratantes cedidos, pueden convenir (art. 1637, segundo párrafo, del CCyC) con el superficiario, ya sea en el título de constitución de la superficie, o en el contrato de transmisión de la superficie, que respecto de los contratos que celebre o haya celebrado el superficiario con terceros, en caso de transmisión del derecho real el cedente (superficiario) garantizará (personalmente, o mediante la constitución de garantías reales) el cumplimiento de las obligaciones del cesionario, en cuyo caso responde directa o subsidiariamente, según fuere el caso, frente a los acreedores cedidos.

Así, el segundo párrafo, del art. 1937 del CCyC, dispone que los cocontratantes cedidos conservan sus acciones contra el cedente si han pactado con éste el mantenimiento de sus derechos para el caso de incumplimiento del cesionario. Eventualmente, las acciones de ejecución de las garantías reales, por los cocontratantes cedidos se conservarán contra el constituyente no deudor (arts. 2199 a 2202 del CCyC) si hubieran sido constituidas por terceros como garantes de una deuda ajena (del cedente).

2. EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE. RENUNCIA, DESUSO O ABANDONO (ART. 2123, SEGUNDO PÁRRAFO, DEL CCYC)

Respecto de la extinción del derecho real por renuncia, desuso o abandono (art. 2123, segundo párrafo, del CCyC), en tanto que actos jurídicos y posesorios unilaterales que deben ser expresos (art. 944, 948 y 1931 inc. e) y 2124 del CCyC), importan la voluntad del superficiario de no continuar en el ejercicio y titularidad del derecho real.

En el caso de la renuncia, la misma importa un acto unilateral por el que superficiario expresa e inequívocamente se desprenderse del derecho real, que claramente importa la abdicación de los modos de ejercicio (posesión de la cosa o cuasiposesión del derecho) y todas facultades comprendidas en su derecho: como el uso, goce y disposición material y jurídica sobre su derecho (no material) y sobre la propiedad superficiaria.

El desuso, comprensivo, según creo, del no uso o abandono, importa la voluntad unilateral no ejercer la posesión de la propiedad superficiaria o la cuasiposesión del derecho, pero se se traducen, además, en un no ejercicio de las facultades sobre la propiedad superficiaria o sobre el derecho (gravarlo, plantar, forestar, construir o reconstruir, replantar o reforestar (arts. 2122 y 2124 del CCyC).

Sin embargo, entre ambas causales, existe un importante diferencia: pues mientras que en la renuncia del derecho real la extinción es instantánea y concomitante con el perfeccionamiento de la renuncia; en el supuesto del no uso o desuso, la misma se produce a los 5 años para las plantaciones y forestaciones, o 10 años para las construcciones, ambos contados desde la constitución de la superficie; o bien, desde que habiéndose pactado que la destrucción de la propiedad superficiaria no la extingue el derecho real, luego de los 3 o 6 años, en que debió reconstruirse o replantarse o reforestarse, según el caso (art. 2122 del CCyC).

Respecto de la renuncia, ella debe ser expresa (arts. 948 y 2124 del CCyC) y, que la medida que extingue un derecho real inmobiliario (arts. 2114, 2123, segundo párrafo, 2124, del CCyC), la misma debe formalizarse por escritura pública (arts. 1892 y 1017 inc. a) del CCyC) e inscribirse, a los efectos de oponibilidad a terceros interesados de buena fe, en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción del bien (art. 1893 del CCyC).

Por último, en el caso del abandono de la relación de poder que constituye el modo de ejercicio del derecho real, si bien para darlo por configurado la ley requiere que deba ser expreso y voluntario (art. 1931 inc. e) del CCyC), creo, sin embargo, que a los 5 o 10 años, respectivamente, de

inactividad por el superficiario conforme el destino, debe tenerse por abandonada la relación de poder y extinguido el derecho, en cuyo caso el abandono debe asimilarse, en cuanto a sus efectos, a la no uso (arg. 2124 del CCyC).

Todo ello, por las razones económico-sociales y de orden público que inspiran la determinación legal de los plazos de duración y extinción del derecho real, y en la medida en que resulta indubitada la aspiración del ordenamiento jurídico que el superficiario ejerza su derecho real de superficie en forma inequívoca y productiva conforme su destino.

El CCyC dispone que la renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

Así, la extinción unilateral del derecho real por el superficiario no importa la liberación de sus obligaciones contractuales o legales. La solución legal resulta lógica y justa, pues no podría admitirse la liberación irresponsable de las obligaciones legales y contractualmente asumidas por el superficiario frente a terceros, mediante el fácil recurso de la renuncia o abandono de su derecho real, lo cual importaría una conducta abusiva y de manifiesto desinterés por los derechos de terceros, que el ordenamiento no puede proteger.

La disposición legal que antecede, en orden a la protección de los derechos reales y personales adquiridos por terceros, a consecuencia de la extinción anticipada, que dispone el art. 2125 del CCyC, como la renuncia o cualquier otra causal, antes del plazo legal o el establecido en la escritura de afectación o prórrogas posteriores válidas y oponibles (art. 2117 del CCyC); en cuyo caso dicha extinción anticipada no afecta la subsistencia de los derechos reales y personales a favor de terceros, constituidos sobre la propiedad superficiaria o sobre el suelo, los que continúan gravando separadamente las dos parcelas (art. 2125, segundo y tercer párrafo, del CCyC).

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE: UNA VÍA POSIBLE DE ACCESO A LA VIVIENDA. LA LEY 6639 CABA

Por Matilde Pérez¹ y Manuel Guinle Bloise²

I. CONCLUSIONES

De lege lata:

1. El derecho real de superficie es un mecanismo que posibilita el acceso a la vivienda para aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o con dificultad de acceso a ella.
2. Es un mecanismo colaborativo entre los entes estatales y los particulares.
3. Permite una mejora en la gestión territorial a través de un mejor aprovechamiento de recursos naturales, puesta en valor de espacios e integración con la comunidad.
4. La normativa es dictada en el marco de las competencias territoriales y funcionales de la CABA en lo que refiere a la ordenación del territorio y la implementación de políticas habitacionales.
5. El modelo puede ser replicado en otras jurisdicciones

De lege ferenda:

6. Modificar el art. 2 de la ley 6639 para restringir el acceso a este modelo de convivencia a personas en situación de vulnerabilidad o afectados por el déficit habitacional, de manera exclusiva.
7. Posibilitar la inmatriculación de bienes de dominio público desafectados para el uso privado a los fines de registrar el tracto y dar publicidad a terceros.

¹ Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora titular de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Profesora en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y en la Maestría de Derecho Civil Patrimonial, miembro del Comité Asesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas y miembro de la Comisión de Abogacía Digital (UCA). Profesora invitada en Universidades nacionales y extranjeras. Coordinadora del Suplemento Derecho, Innovación y Desarrollo Sustentable de la Editorial El Derecho. Autora de libros, capítulos de libros y ponencias. Directora del Centro de Innovación Jurídica de la Facultad de Derecho de la UCA.

² Abogado (UCA).

8. Establecer que la utilización del derecho real de superficie como mecanismo de acceso a la vivienda es incompatible con la aplicación de las diversas herramientas de regularización dominial.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad, la vivienda hace a la protección y desarrollo de los seres humanos. Hogar, casa, habitación, cualquiera sea el vocablo utilizado da cuenta del sentido de seguridad, de pertenencia, de la vida en comunidad, las costumbres y tradiciones que perpetúan la historia de la civilización.

La vivienda es, además, el continente de la familia como célula primaria de la sociedad tanto en contextos urbanos o rurales. Tal es así, que esa antigua vivienda enmarcada en la extensión del mundo agrícola hoy se comprime en su suelo y se expande en altura para permitir la aparición de unidades por pisos organizadas en diferentes sistemas jurídicos.

El acceso a una vivienda que reúna las condiciones mínimas de habitabilidad es parte de la protección de la dignidad humana que se preconiza tanto en tratados internacionales y en textos internos.

Este acceso tiene diversos caracteres y, en muchos casos, trasuntan en él concepciones políticas, sociales, mero asistencialismo o modos de inversión.

La enfiteusis o los censos enfiteúticos, el derecho de superficie, las casas baratas, viviendas de protección oficial, regularización dominial, usucapión, covivienda o cohabitación (*cohousing*) son algunos de los modos que permiten aspirar o hacer efectivo el acceso a la vivienda digna.

Hoy en día, la transversalidad entre Derecho Público y Derecho Privado pone de manifiesto cambios sociales y económicos en que la problemática jurídica del urbanismo, del derecho a la vivienda y del uso del suelo requiere de una interpretación armónica entre los diversos cuerpos legales.

Se abren oportunidades de puesta en marcha de desarrollos urbanísticos sostenibles que, además de posibilitar el acceso a la vivienda en mejores condiciones, optimicen el uso de energías renovables y una gestión

de los servicios públicos más eficaz ante la realidad del suelo urbano como recurso escaso, limitado por su área geográfica y la densidad de población.

Argentina no es ajena a estas cuestiones

Es entonces que el derecho real de superficie debe ser revisitado como un mecanismo de producción de nuevo espacio que permite satisfacer dos necesidades: la del propietario del suelo (público o privado) y la del superficiario (público o privado).

En esta dirección, que se presenta dentro del esquema de los derechos reales con un contenido dinámico y flexible y, a la vez, como una expresión de la función social de la propiedad.³

2. LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA EN ARGENTINA

La Argentina desde sus orígenes, se caracteriza por ser una economía basada, primero, en la ganadería para luego incorporar a la agricultura como medio de subsistencia para pueblos y ciudades que estaban tejiendo la trama de una nueva Nación. Vastas extensiones de tierra pública adjudicada a los particulares a través de figuras como la enfiteusis, la venta o los arrendamientos a largo plazo son parte de ese crecimiento.

Las primeras normas sobre reparto de tierras para poblar, trabajar y asegurar la frontera sur de Buenos Aires, son del período del Directorio de Pueyrredón a través de una *merced*, luego de la demarcación en la laguna de Kakel Huincul y la fundación de Dolores.⁴

El Gobierno de la Confederación emprende una labor colonizadora en las provincias del Litoral y en Santa Fe a través de pasajes, donación de tierras y ayuda pecuniaria. Entre ellas, la Colonia Esperanza que nace a partir de un convenio entre la provincia de Santa Fe y suizos alemanes en 1853.

³ Zolea, Sirio. *Il diritto di superficie nei sistema delle regole di appartenenza: uno studio comparativo*. Macerata. Ed. EUM, Università di Macerata, 2020. Disponible en https://eum.unimc.it/it/index.php?controller=attachment&id_attachment=1323, consultado el 24/01/2024, p. 20 y sig.

⁴ D'Agostino, Valeria. " Expansión estatal, política de tierras y desarrollo de la repartición topográfica de Buenos Aires, siglo XIX". *Revista Población y Sociedad*. Vol. 21 Nro. 2, San Miguel de Tucumán. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/pys/v21n2/v21n2a02.pdf>, consultado el 31/03/2024, p. 16.

Es la Ley Avellaneda de 1876 sobre inmigración y colonización sancionada a iniciativa del Presidente, como un binomio que servirá de impulso para el nacimiento de nuevas ciudades y una incipiente problemática habitacional. Se crea el Departamento de Inmigración y la Oficina de Tierras y Colonias de vital importancia para la expansión hacia el sur del país, así como en forma posterior a través de los diversos procesos de regularización dominial llevados adelante por el Estado.

Esta ley está vigente hasta 1902, año en el que se sanciona la ley 4167 de tierras fiscales que a través de una tarea previa de exploración, mensura y clasificación de las tierras da carta blanca al Poder Ejecutivo para la determinación del destino. Se establecen los loteos, condiciones de la población y mejoras como condición para el otorgamiento del título definitivo.

Son, entonces, los procesos migratorios y las epidemias de fiebre amarilla en las ciudades las que pondrán en marcha diversos mecanismos para atender al problema, primero desde una mirada higienista para dar paso a la vivienda como centro familiar y como forma de integración social. En la arquitectura de servicio público como escuelas u hospitales, la organización es a través de pabellones con áreas centrales al aire libre y con arbolado siguiendo el modelo de arquitectura sanitarista.⁵

3. EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA LA VIVIENDA URBANA

La sanción de la Constitución Nacional en 1853 así como el dictado del Código Civil contribuyen a la seguridad jurídica que se reafirma en la autonomía de la voluntad y el respeto de la propiedad privada.

Es en este sentido que Vélez da por tierra con la posibilidad de constitución de derechos reales en que estuviese escindido la propiedad del suelo y la propiedad de lo que le accede en forma separada como sucedía con la propiedad horizontal, la enfiteusis o censos enfiteúticos, así como el derecho real de superficie.

⁵ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. “ Programa docente de la residencia de arquitectura hospitalaria”. Disponible en <https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-03/Programa%20Arquitectura%20Hospitalaria%20-%20Residencia%20B%20C3%A1sica%20Equipo%20de%20Salud.pdf>, consultado el 31/07/2024.

En la nota al título “De los derechos reales” del Código Civil, afirma que el Derecho romano no formuló una clasificación de los derechos reales y personales, sino de las acciones respectivas. A través del tiempo tales acciones devinieron en derechos.

En lo que respecta a los gobiernos nacionales, provinciales o municipales no tuvieron mayor injerencia, desde antes de la Declaración de la Independencia y el nacimiento de Argentina como nación políticamente organizada en las políticas de vivienda tanto para los argentinos como los extranjeros que comenzaron a arribar a finales del siglo XIX.

Más aún, todo el proceso de erradicación de la propiedad colectiva, así como la dispar política migratoria para poblar la vasta extensión de nuestro territorio no tuvieron los frutos esperados y la acumulación de personas en los centros urbanos se fue transformando en un problema silencioso que hizo eclosión con las diversas epidemias que explotaron en la segunda mitad del siglo XIX.

Por otro lado, el modelo agroexportador propició la expansión de la obra pública para la creación de hospitales, escuelas, teatros u hoteles para inmigrantes, pero no vivienda como política de estado.

Se observa que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en las grandes ciudades el esquema habitacional puede dividirse en un triple estatus: la vivienda señorial caracterizada por preciosos palacetes y mansiones al estilo europeo; las casas de renta para la clase media y como modelo de inversión de lo que dan cuenta numerosos edificios construidos desde 1890 hasta entrados los años 30; los sectores menos acomodados o recién llegados que se amontonaban en los conventillos que, en muchos casos, eran las antiguas casas señoriales antes de la llegada de la fiebre amarilla y su escapada a la parte más alta de la ciudad.

En todos los casos, el desarrollo de la vivienda y, por tanto, del ejido urbano resultó más de la suma de esfuerzos individuales que de una política gubernamental como parte del ejercicio del poder de policía en materia de salud, educación y seguridad.

El urbanismo concibe a las ciudades desde una perspectiva integradora de todo lo que se refiere a la relación del ser humano con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo por cuanto de todos los recursos disponibles el que no se puede expandir es el suelo. Es por ello por lo que en las migraciones de las áreas rurales hacia las ciudades que suele acontecer con las revoluciones o los conflictos bélicos

generan problemas que llevan a encontrar alternativas de gestionar ese recurso escaso.⁶

En otro escalón, el reconocimiento del acceso a la vivienda como derecho constitucional en el texto de 1949, en las diversas constituciones provinciales, así como en diversa jurisprudencia dictada con relación a normativas de emergencia, incumplimiento estatal o interpretación integrada en la protección de otros derechos como la salud y la educación, propicia la puesta en marcha de diversos planes gubernamentales con éxito diverso en la segunda mitad del Siglo XX y principios del XXI a través de Planes quinquenales, Planes de vivienda social o colaboración con asociaciones o fundaciones que a luces vista resultan insuficientes para solucionar el tema del déficit habitacional o Planes nacionales de regularización dominial para aquellos poseedores o tenedores de inmuebles.

4. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO ELECCIÓN Y EL RÉGIMEN DE COVIVIENDA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES

a) Derecho real de superficie y suelo urbano

El **derecho real de superficie** es un derecho real que permite a una persona (superficiario) construir y/o plantar sobre un terreno ajeno (nudo propietario) por un tiempo determinado a cambio del pago de un canon. El superficiario tiene la posesión del terreno y puede disponer de las construcciones o plantaciones realizadas, pero no del terreno en sí.

El derecho real de superficie revela nuevas aristas en las que el interés público, el interés privado y la optimización de los recursos disponibles que permiten su transformación en una herramienta de gestión urbana y como una de las expresiones de la función social de la propiedad.

Por otro lado, el urbanismo moderno concibe a las ciudades desde una perspectiva integradora de todo lo que se refiere a la relación del ser humano con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo por cuanto, de todos los recursos disponibles, el que no se puede expandir es el suelo.

Ello lleva a la búsqueda de elementos de ordenación territorial que deben ser dinámicos en procura de la incorporación de suelo útil, del

⁶ Ramón Fernández, Tomás. *Derecho urbanístico*. 1988, Publicaciones Abella El Consultor, 7ª edición, Madrid, p. 18-19.

abaratamiento de los costos de producción, de la posibilidad de acceso a la vivienda y así como de la consolidación del ejido urbano.

En el marco de las diversas políticas de gestión del hábitat se indaga en la posibilidad de revisar los distintos derechos reales como instrumentos para paliar las deficiencias habitacionales.

b) El Régimen de Covivienda de la Ciudad de Buenos Aires

a. Marco Jurídico

El **Régimen de Covivienda de la Ciudad de Buenos Aires** (Ley 6.639), se sanciona en mayo de 2023, con sustento normativo en el Libro V del Código Civil y Comercial, arts. 14 bis y 31 CN y normas concordantes.⁷

Para el logro de su finalidad se prevé la constitución de un derecho real de superficie edilicia sobre bienes de dominio privado de la CABA, del Instituto de la Vivienda u otros inmuebles que pueden pertenecer a personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, esto es, aquellos enmarcados en las previsiones de los arts. 236 y 238 del CCC. Comprende tanto inmuebles baldíos, construidos o construidos de manera parcial.

Es también entonces, un mecanismo para posibilitar la inmatriculación de bienes de dominio público desafectados para el uso privado a los fines de registrar el tracto y dar publicidad a terceros y posibilita el aprovechamiento de inmuebles que, en muchos casos, están ociosos, en malas condiciones de conservación o sin un uso definido.

Se presentan en este régimen una pluralidad de relaciones jurídicas entre el inmueble de covivienda y terreno; la organización superficiaria como titular de la covivienda; la constitución del derecho real de propiedad horizontal y constitución de un derecho real de uso y goce otorgado al titular de estos derechos.

El art. 2 deja en claro que su finalidad no es otra que la implementación de políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o afectados por el déficit habitacional y encierra una cláusula general al considerar a

aquellos que deseen formar parte de las comunidades denominadas de *covivienda*.

Sin embargo, la amplitud del enunciado normativo al posibilitar el acceso aquellos que deseen formar parte mueve a la duda acerca del necesario acotamiento de la norma o bien, la posibilidad de su reglamentación sobre los requisitos para acceder a estas organizaciones, de manera que no implique la desvirtuación posterior del régimen de *covivienda* a través de cesiones de derechos u otros instrumentos que posibiliten la traslación de la vivienda afectada a este régimen a terceros.

La ley se presenta como superadora de la vigente ley 341 de CABA sobre acceso a la vivienda y de escaso impacto en lo que hace a la construcción de vivienda social.

b. La covivienda

La *covivienda* es una modalidad de vivienda colaborativa en la que un grupo de personas se organiza para compartir espacios comunes y lograr llegar a la vivienda propia.

A través de las organizaciones de *covivienda* es posible acceder a terrenos sin necesidad de adquirirlos lo que es beneficioso cuando no existen los recursos que permitan acceder a él.

Estas organizaciones están involucradas en el desarrollo del proyecto, pues al ser titulares del derecho real de superficie, tienen la potestad de decidir cómo se utilizará el terreno y qué tipo de construcciones se realizarán.

El derecho real de superficie es un derecho real reconocido en el Código Civil y Comercial de la Nación, lo que significa que existe un marco legal claro para su constitución y ejercicio. Esto puede facilitar la gestión del proyecto de *covivienda*, ya que las partes involucradas tendrán mayor seguridad jurídica.

c. La constitución del derecho real de superficie en la covivienda

La norma, en consonancia con el art. 2117 del CCC establece la posibilidad de afectación al derecho real de superficie por un plazo máximo de setenta años (art. 3 y art. 5.2 Edificio de *Covivienda* afectado al derecho real de superficie, ley 6639).

Se mantiene la discusión suscitada en derredor de la necesidad de establecer un plazo mínimo del derecho real de superficie en miras a fortalecer la finalidad tuitiva de los sectores vulnerables que propicia la normativa.

Por otro lado, se identifica con la designación de “ usuarios” a aquellas personas humanas y grupos familiares nucleados bajo el concepto de “ hogar” tengan vínculos familiares o de afinidad o sean hogares unipersonales. El concepto de “ hogar” es un concepto sociológico y no jurídico que es dinámico en su estructura.

A su vez, el Edificio de Covivienda construido por la Organización superficiaria, puede ser afectado al derecho real de propiedad horizontal o al derecho de uso (art. 5.3 ley 6639) correspondiendo a la Organización superficiaria la adopción de uno u otro régimen.

Por otra parte, se establece un procedimiento de selección y adjudicación de proyectos (arts. 10 y 11 ley 6639) el que una vez que se ejecutoriado da paso a la celebración de un convenio entre el Instituto de Vivienda de CABA con la Organización adjudicataria.

Este convenio se celebra por escritura pública por lo que el derecho real de superficie nace con el otorgamiento del acto por el notario interviniente y la ulterior publicidad registral en miras a su oponibilidad erga omnes y protección de los terceros. El derecho nace cuando se concentra el título y el modo.

Los “usuarios” deberán abonar un canon que comprende de la compensación por el derecho real de superficie y la cuota de financiación recibida.

d. La extinción del derecho real de superficie en la covivienda

El art. 16 de la ley 6639 establece una excepción a lo establecido en el art. 2126 del CCC en lo que refiere a la indemnización a cargo del titular del suelo en favor del damnificado una vez producida la extinción del derecho real de superficie.

En este sentido, carece de derecho a su cobro por cuanto se interpreta que las inversiones realizadas han quedado retribuidas con el disfrute del

derecho y queda habilitada por la excepción por pacto en contrario habilitada en el texto nacional. La norma no reviste carácter de orden público.⁸

Cabe la conclusión anticipada del derecho real de superficie sea por decisión del Instituto de Vivienda, de la Organización o los usuarios, en este caso tienen el derecho al reclamo de una indemnización en la forma establecida en el art. 2126 del CCC, donde el monto es fijado por acuerdo entre partes al momento de la constitución del derecho real de superficie o en forma posterior.

Es necesario destacar que esta indemnización puede ser establecida también en favor de un tercero que se designe como beneficiario (heredero, cesionario, etc) y que en este régimen también es aplicable el derecho de retención fijado en el art. 2584 CCC

En lo que hace a la posición jurídica de las “ usuarios” de los inmuebles erigidos por la Organización, se replican los inconvenientes suscitados ante la falta de normativa nacional. En efecto, el CCC no incorpora en este punto el derecho de tanteo como mecanismo para que el superficiario (o el usuario) puedan tener prioridad para adquirir el derecho real de dominio respecto al suelo y unir, consolidarse en un derecho real pleno.

¿Podrían acudir a algunos de los Programas de Regularización de la Vivienda Familiar previstos por la autoridad estatal (ley 24374 y complementarias)? Entendemos que no dado que el propio mecanismo de Covivienda cumple con esa finalidad de permitir el acceso a la vivienda digna en el marco de las previsiones del art. 14 bis de la CN y los tratados internacionales con rango constitucional.

⁸ Kiper, Claudio. Derecho de superficie. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 167 y sigs.

APLICACIÓN A LA PROPIEDAD HORIZONTAL

Por Alicia Puerta de Chacón¹

I. CONCLUSIONES

1. La superficie es aplicable en sus dos modalidades a la propiedad horizontal común y especial conforme la tipicidad legal y el reglamento.

2. El superficiario puede afectar la construcción del inmueble ajeno al régimen de propiedad horizontal salvo pacto en contrario. Si la obra a realizar es un conjunto inmobiliario puede consistir en plantaciones o forestaciones según sus características y destino.

3. La superficie puede recaer en un inmueble existente afectado a propiedad horizontal en sus partes comunes y/o privativas. La especialidad objetiva y el destino son requisitos esenciales.

4. La adquisición de la superficie y de la propiedad horizontal superficiaria se rige por las disposiciones particulares de cada tipo y las disposiciones generales de los derechos reales, excepto la inaplicabilidad de la prescripción larga.

5. La reserva de superficie es un derecho personal.

6. En la transmisión rigen los Arts. 1906 y 1972. Es conveniente que los títulos transmisivos de las unidades funcionales de un edificio o conjunto inmobiliario en propiedad horizontal superficiaria incorporen cláusulas reglamentarias uniformes (obligaciones del superficiario y subsistencia, derecho de preferencia, destrucción del inmueble, indemnización, etcétera).

¹ Profesora Emérita de la Universidad de Mendoza y de la Universidad Nacional de Cuyo. Profesora Titular ordinaria de las Cátedras de Derechos Reales de ambas universidades (1992-2022). Docente de carreras y cursos de posgrado. Académica y publicista. Presidenta de las XXVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Abogada.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

En un trabajo anterior revelé algunas reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie receptado y regulado el Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) y manifesté que es un derecho real que despierta la imaginación. Que el paradigma que plasma este ordenamiento para que el titular del derecho real pueda obtener el mayor y mejor aprovechamiento de su inmueble, sea urbano o rural, se cristaliza de manera patente y sorprendente con el derecho real de superficie para plantar, forestar y construir.

El avance de la superficie hacia la propiedad superficiaria de lo plantado, forestado y construido opera la división jurídica y física del inmueble ajeno y suspende temporariamente el principio de la accesión inmobiliaria y la extensión del dominio inmobiliario (Art. 1945). La propiedad superficiaria es una propiedad temporaria separada de la propiedad del suelo con la que coexiste mientras dura (Arts. 2114 y 2115).

Con antelación a la sanción de la ley de 25.509 de Superficie Forestal (hoy derogada) y durante su vigencia, frente a la norma prohibitiva del Art. 2614 de Código Civil de Vélez la doctrina nacional mayoritariamente sostuvo la necesidad de adoptar el derecho real de superficie con fines de construcción, también denominada o superficie edificada, conforme lo proponían los sucesivos proyectos de Código Civil Unificado. Se vislumbraba que la adopción de esta figura sería de trascendencia económica y social porque impulsaría el acceso a la vivienda a un menor costo de adquisición, tanto en inmuebles de particulares como en los que pertenecen al Estado, especialmente para el desarrollo de planes de viviendas sociales. Además, se dijo que posibilitaría al inversor realizar una obra a la medida de sus necesidades económicas en función de la temporalidad del derecho; y que, el dueño del suelo que no quiso o no pudo construir, al momento la extinción de la propiedad superficiaria, acrecentaría el valor de su inmueble con la reversión de las obras incorporadas por el superficiario.

En esta oportunidad, mediante esta ponencia, me propongo analizar algunas cuestiones del derecho real de superficie enfocado en su conexión con la propiedad horizontal común y especial (Arts. 2118 y 2120). Por una parte, porque en el trabajo citado inicialmente fue la arista temática que mayor dificultad me presentó; por otra, porque pude advertir el rico

casuismo que presenta la superficie entramada con la propiedad horizontal para su implementación.²

El régimen legal vigente admite a la superficie con mayor amplitud de fines: la construcción, la plantación y la forestación y posibilita su vinculación con la propiedad horizontal común y a la propiedad horizontal especial de los conjuntos inmobiliarios³.

La obra superficiaria que se afectará a propiedad horizontal puede estar emplazada sobre todo o parte del inmueble ajeno, sobre la rasante o el subsuelo o el vuelo de una construcción ya existente, inclusive sometida a propiedad horizontal (Art. 2116). También en un edificio de propiedad horizontal o en un conjunto inmobiliario es factible constituir el derecho de superficie en sus partes comunes y/o privativas (Art.2118). Estas variables abren un abanico de aplicaciones atractivas, aunque con cierto grado de complejidad. Puesto que, a la división jurídica y física del inmueble que opera la superficie con el dominio del suelo, se agrega la división de la propiedad horizontal en las partes comunes y las partes privativas (unidades funcionales).

La adquisición de las unidades funcionales en propiedad horizontal superficiaria, como oficinas o locales comerciales de edificios y también las parcelas de los conjuntos inmobiliarios pueden ser de interés para los inversores que adquieren a un menor costo un derecho real temporario que se acomoda a la dinámica de su actividad económica.

Destaco que la propiedad horizontal superficiaria es interesante para el desarrollo de conjuntos inmobiliarios, especialmente en sus partes comunes, por ejemplo, en los parques industriales y empresariales que requieren de variadas construcciones e instalaciones para servicios para utilidad común de los consorcistas y de terceros prestadores de servicios (por ej. parques eólicos, plazas de logística, estacionamientos, sala de convenciones, hoteles, etc.-)⁴. Asimismo, los que cuentan con usos mixtos,

² PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Proyecciones de la nueva superficie. Aspectos estructurales y dinámicos”. *Revista Notarial* N°988-2021- Doctrina- Colegio de Escribano Provincia de Buenos Aires.

³ Conf. COSSARI, Leandro R.N. y COSSARI, Nelson G.A., “Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal”, *La Ley*, 23/02/21- *La Ley* 2021-A- 513.

⁴ MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios”, *La Ley* 2017-B, 779.

tales como los clubes náuticos o de campo, con actividades agrarias y/o turísticas y que requieren de instalaciones de elevados costos (embarcaderos, guarderías de embarcaciones, caballerizas, bodegas, depósitos, etc.-). Son obras que el consorcio de propietarios (o en su oportunidad el desarrollador) no están en condiciones de afrontar y benefician también a los terceros que utilizan estos complejos como socios, invitados, huéspedes etcétera.

Cierto es que la comprensión del derecho de superficie, requiere un cambio de idiosincrasia en el propietario conservador que procura retener la plenitud de sus facultades sobre el inmueble. No resulta sencillo distinguir la división jurídica del suelo y de los diversos planos del inmueble que en principio no son tangibles: el suelo o rasante, el sobresuelo, el subsuelo y el vuelo, de manera tal que cada uno de ellos conforme una unidad inmobiliaria autónoma e independiente funcionalmente y cuya propiedad pertenezca temporariamente a diversas personas en el todo o en determinadas partes materiales. Es el profesional del derecho quien debe procurar su difusión y orientar la provechosa aplicación de las variadas proyecciones de la superficie, como así también concientizar al fisco que la carga tributaria equiparable al dominio y propiedad horizontal perpetua no desaliente la práctica de este derecho real temporario en el tráfico jurídico.

2. MARCO LEGAL

El CCyC crea y regula los derechos reales en el Libro Cuarto y en el Título VII trata la Superficie en los Arts. 2114 a 2128. La Ley 26.994 sancionatoria de este Código derogó la Ley N° 25.509 de Superficie Forestal (Art. 3° inc. a).

El nuevo ordenamiento recepta el derecho real de superficie en el Art. 1887 inc. g) y lo define en el Art. 2114 en los siguientes términos: *“Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”*.

La naturaleza y estructura de derecho real que tipifica el precepto se complementa con las normas siguientes del citado Título VII y con las disposiciones generales de los derechos reales, inclusive las relativas a la

adquisición, transmisión, extinción y oponibilidad (Arts. 1882 a 1907), en tanto con compatibles con las específicas de su tipo.

Este marco legal caracteriza a la superficie como derecho real (Arts. 1887 inc. g), mixto por su modalidad y objeto (Art. 1888), principal (Art. 1889) y divisible (cosuperficie) (Art. 1883), sobre objeto registrable (inmueble) (Art.1890), que se ejerce por la posesión (Art. 1891).

Es un derecho temporario porque está sujeto a un plazo de duración que no puede exceder los plazos máximos legales de setenta años para las construcciones y de cincuenta años para las plantaciones y forestación (Art. 2117).

En el avance del derecho real de superficie hacia la propiedad superficiaria el CCyC dispone la aplicación de regímenes supletorios. Para la primera modalidad se aplican las normas del usufructo (Art. 2127) y para la segunda las del dominio revocable (Art. 2128) en tanto sean compatibles con las normas previstas en el Título VII.

Se detecta un apartamiento importante del Proyecto de 1998. Este proyecto mediante un método más comprensible contemplaba para las dos manifestaciones del derecho de superficie disposiciones generales y disposiciones específicas para cada una de ellas. Es decir que estatúa dos regímenes diferenciados, particularmente respecto de las facultades del superficiario y de los modos de adquisición y extinción de cada uno de estos derechos.

En su oportunidad se advirtió que no resultaba sencillo establecer una línea demarcatoria tajante entre ambas fases del derecho, en particular en la variante que se accede a la propiedad superficiaria por el ejercicio del derecho real de construir o forestar. En este supuesto Andorno explicaba que el derecho real de superficie experimenta una curiosa metamorfosis, pues nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre la cosa propia dando origen a la propiedad superficiaria⁵. Es que el

⁵ ANDORNO, Luis O., "El derecho de superficie", *Jurisprudencia Argentina* A.1985-III-653. "El derecho real de superficie en el Proyecto de Código Único Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados", *Jurisprudencia Argentina* 1993-IV pág. 921 y ss. y "El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998" *Jurisprudencia Argentina*, boletín de fecha 10/05/2000.

ejercicio del derecho de construir, plantar o forestar va gestando la propiedad superficiaria, y en este tránsito, existe un derecho mixto a la vez, sobre cosa ajena y sobre cosa propia.

Esta mutación conduce a plantearse un interrogante ¿en qué momento se ingresa en el régimen de la propiedad superficiaria? El referido proyecto respecto del derecho de construir o forestar expresaba que se ejerza sobre una *construcción o forestación no concluida* (Art.2024 proyectado) y con relación a la propiedad superficiaria a una *construcción o forestación ya existente* (Art.2027 proyectado).

El CCyC opta por una solución que se puede calificar de salomónica respecto de la regulación de cada una de las modalidades.

Por ello el derecho real de construir, plantar o forestar en inmueble ajeno se rige supletoriamente por las normas del usufructo en cuanto a las limitaciones del uso y goce. Pero también cabe observar que resulta inadecuada la normativa en este punto, puesto que el límite que tiene el usufructuario es precisamente no alterar la sustancia de la cosa (Art. 2129). En cambio, resulta de la propia naturaleza de la superficie la finalidad de construir, plantar o forestar. En realidad, la norma debió hacer referencia a que el superficiario puede gozar de los atributos del usufructuario, tales como usar, gozar y disponer jurídicamente del derecho, a más de la disposición material según la finalidad pactada en el título constitutivo.

A la modalidad de la propiedad superficiaria se le aplican las normas del dominio revocable en la medida que sean compatibles (Arts. 1965 a 1969). No son compatibles las disposiciones relativas al plazo máximo de duración, otras causales de extinción previstas, los efectos de la extinción en ciertos supuestos y tampoco la indemnización al superficiario.

En definitiva, como el derecho de superficie puede nacer como un derecho real sobre inmueble ajeno y luego convertirse en la medida de su ejercicio en un derecho sobre objeto propio, se debería estar a la situación de hecho existente en cada caso particular, y atento a lo estipulado en el título constitutivo de la superficie, a efecto de esclarecer cuando se aplica el régimen supletorio del usufructo y cuando el del dominio revocable. Se deben insertar las cláusulas de reglamentación de este derecho de naturaleza convencional en el título constitutivo, a fin de evitar estas dificultades, siempre que no sean violatorias del estatuto legal que tipifica la superficie en sus dos modalidades (Art. 1884).

De todos modos, como la superficie conectada con la propiedad horizontal exige el acto de afectación o sometimiento a este régimen legal (Art. 2038), éste será el momento inicial de la propiedad horizontal superficiaria que gobiernan las normas del Título V Propiedad Horizontal y el Título VI: Capítulo 1 Conjuntos Inmobiliarios, respectivamente.

La plasticidad con que este ordenamiento regula el derecho de superficie, a efecto de modelarlo a los intereses de las partes contratantes, contempla en varias de sus normas el “pacto en contrario” confiriendo fuerza a la autonomía de la voluntad en la reglamentación del derecho (obligaciones del superficiario, reconstrucción, indemnización a cargo del dueño del suelo, etc.-) recaudos a los que se suma las previsiones contenidas en el reglamento de propiedad horizontal o su modificación con relación a la constitución del derecho de superficie en partes comunes o privativas. Consecuentemente, en la casuística de su aplicación, los operadores jurídicos deben priorizar el respeto de las normas estatutarias de los derechos reales conectados (superficie y propiedad horizontal) en el acto constitutivo del derecho en sus aspectos estructurales como dinámicos (Art. 1884) y tener presente las cláusulas convencionales que admiten la autorregulación del derecho en cada caso particular.

No se debe soslayar que la comercialización de unidades privativas de propiedad horizontal superficiaria en edificios o de los conjuntos inmobiliarios cuando se den los presupuestos de legales también van a quedar alcanzadas por las normas protectorias del derecho de consumo.

De esta manera se resguarda la seguridad jurídica a los derechos de las partes contratantes, de los adquirentes de la superficie y de las unidades de propiedad horizontal superficiaria y de los demás terceros interesados a quienes les serán oponibles sus efectos.

En razón de lo expuesto, en orden a la tipicidad legal del derecho real de superficie y su vinculación con el derecho real de propiedad horizontal común y especial esta, cabe concluir:

De conformidad con el marco legal (Título VII del Libro Cuarto Derechos Reales del CCyC) y las disposiciones generales de los derechos reales (Título I), la superficie es el derecho real principal, divisible, temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que se ejerce por la posesión para construir, plantar o forestar y hacer propio lo construido plantado y forestado, susceptible de ser afectado a propiedad

horizontal común o a propiedad horizontal especial (conjunto inmobiliario) (Títulos V y VI Capítulo I).

Es un derecho mixto respecto del objeto y de la modalidad y lo rigen normas legales supletorias:

a) El derecho real de superficie en la primera modalidad que recae sobre inmueble ajeno, constituye una carga o gravamen de éste, al que se le aplican supletoriamente las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que hayan pactado las partes en el acto constitutivo (Art. 2127 CCyC).

b) La segunda modalidad que origina la propiedad horizontal superficiaria recae sobre objeto propio (construcción, plantación o forestación realizadas o existentes) y queda sujeta a las normas previstas para el dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las normas de este Título VII.

La autonomía de la voluntad tiene un fuerte impacto en las cláusulas reglamentarias establecidas en el acto constitutivo que regulan y modelan el derecho con efecto de oponibilidad a terceros interesados.

3. MODALIDADES

El Art. 2115 reitera las dos manifestaciones del derecho real de superficie: *“Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido.*

También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo”.

La primera modalidad en su conexión con la propiedad horizontal común o especial, presenta dos situaciones: a) la superficie que se constituye en un inmueble ajeno para construir, plantar o forestar que el superficiario afectará a propiedad horizontal común o especial; y b) la superficie que se constituye para que el superficiario construya, plante o foreste en partes comunes y/o privativas de un inmueble ajeno afectado a propiedad

horizontal común o especial. En el primer supuesto la propiedad horizontal superficiaria afectará la totalidad del inmueble, en cambio en el segundo solo recaerá en una parte determinada sea común o privativa. En ambas situaciones nacerá la propiedad horizontal superficiaria por el ejercicio del derecho de superficie, por esta razón la denomino derecho de superficie aplicado a la propiedad horizontal⁶.

En ambos supuestos, si bien el superficiario cuenta con el plazo de duración del derecho de superficie estipulado que no puede exceder los plazos máximos legales (Art. 2117) debe impulsar el ejercicio de su derecho, es decir la ejecución de la construcción en el plazo de diez años o de la forestación en el plazo de cinco años, al efecto de que no opere la extinción por causa del no uso de su derecho (Art. 2124).

En cuanto a la segunda modalidad denominada propiedad horizontal superficiaria cabe distinguir: a) la del adquirente a quien el superficiario enajenó las unidades funcionales del edificio o del conjunto inmobiliario que ejecutó; b) la de quien adquiere en propiedad superficiaria construcciones, plantaciones o forestaciones existentes en un inmueble afectado a propiedad horizontal común o especial; y c) la del subadquirente de la propiedad horizontal superficiaria.

A.- Derecho real de superficie aplicado propiedad horizontal común o especial.

Respecto de esta modalidad se plantean distintas situaciones según la superficie se constituya en un inmueble ajeno que se encuentre o no afectado a propiedad horizontal. Esta circunstancia conlleva la aplicación relativa a la legitimación para constituir la superficie conforme el Art. 2118. Ello, en función de que el emplazamiento de la obra puede recaer en una parte común o en una parte privativa y habrá que considerar quien está legitimado para constituir el derecho de superficie.

a) *Afectación a propiedad horizontal por el superficiario.* Una de las normas legales del régimen instaurado que no estaba en los proyectos precedentes es la del Art. 2120 2do. párrafo que faculta al superficiario para

⁶ COSSARI, Leandro R.N. y COSSARI, Nelson G.A., *Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal*, ob. cit. Los coautores emplean una terminología que guarda cierta analogía.

afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal en los siguientes términos: “*El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario*”.

En este caso se constituye el derecho real de superficie por voluntad del dueño o con la conformidad de todos los condóminos si es el caso (Arts. 1990 y 2118). Posteriormente, el superficiario que ha concluido la obra, de acuerdo a lo pactado y a la resolución de la autoridad administrativa local competente, la somete a propiedad horizontal (Arts. 2038 y 2075 2do. párrafo), a fin de transmitir los derechos de propiedad horizontal superficiaria sobre las unidades funcionales de viviendas, locales u otras unidades privativas construidas o en construcción, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Una dificultad interpretativa que presenta el texto de la norma transcrita es que solo menciona a la construcción. Cabe entonces formular el interrogante si excluye a la obra de un conjunto inmobiliario con fines de plantación o forestación.

Sin embargo, la exégesis integradora de las normas regulatorias de la superficie, no diferencia la afectación a propiedad horizontal común (Art. 2037) de la afectación a propiedad horizontal especial (Art. 2075). En tal sentido, opino que el Art. 2120 comprende la ejecución de todo tipo de emprendimiento urbanístico. Toda obra de urbanización implica la realización de construcciones, más allá de que los conjuntos inmobiliarios pueden tener usos mixtos (Art.2073). En los hechos, los emprendimientos rurales (de chacras, de viñedos, de olivos, de bosques, actividades ecuestres, etc.-) también tienen construcciones en las partes privativas o parcelas (casas, cabañas, lodge, hotel, etc.-) como también en las partes comunes: cierre perimetral de la urbanización, portal de acceso, garita de control, pavimentación, cunetas, canales de riego, depósitos, bodegas, silos, caballerizas y otras dependencias e instalaciones destinadas a prestar los servicios comunes. Y a la inversa, hay construcciones que cuentan con plantaciones, de hecho, algunas bodegas de emprendimientos vitivinícolas tienen sus techos coronados por espalderas de viñedos.

b) *Constitución de superficie en un inmueble afectado a propiedad horizontal*. El Art. 2116 prevé la constitución de superficie sobre

construcciones ya existentes en un edificio de propiedad horizontal o en los conjuntos inmobiliarios. A su vez, en orden a la legitimación, habrá que distinguir si la obra se realiza en una parte común o privativa.

b.1. Difícilmente se presente el caso de constitución de superficie en una unidad privativa o funcional de un edificio, salvo que se trate del formato de distintas unidades funcionales en una sola planta y el propietario de una de ellas pretenda constituir el derecho de superficie para que el superficiario edifique una planta superior sobre el techo de la unidad o un garaje o depósito subterráneo en el subsuelo. Dado que en la propiedad horizontal común el terreno es común como los techos y azoteas (Art. 2041 incs. a) y c)), la construcción en superficie en la unidad funcional requiere la decisión de todos los consorcistas tomada válidamente en asamblea (Art.2061), porque modifica las cláusulas estatutarias del reglamento y de los derechos propiedad horizontal, en tanto altera la superficie de las partes privativas y los porcentuales que corresponden en las partes y cosas comunes. Consiguientemente, será necesaria la modificación del reglamento y al momento de extinción de la propiedad horizontal superficiaria esa unidad funcional superficiaria revertirá como parte común.

b. 2. Distinto es lo que sucede en los conjuntos inmobiliarios, puesto que la unidad funcional se asienta en terreno que no es común (Arts.2076 y 2077), consiguientemente su titular puede constituir el derecho de superficie en su unidad funcional si el reglamento y las normas administrativas locales lo admiten (Arts. 2075 y 2080). Esta obra en superficie al momento de extinción del derecho de superficie revertirá en propiedad al propietario de la unidad privativa.

b. 3. Si la superficie se constituye en partes comunes de un edificio de propiedad horizontal o de un conjunto inmobiliario, sea en el vuelo, el subsuelo o en otra parte del terreno común requiere la decisión unánime de los consorcistas. Es el caso de la *obra nueva* prevista en el Art. 2052 que puede gravitar o modificar la estructura del edificio y que importa la alteración del número de unidades funcionales cualquiera sea el destino de la obra nueva, de la superficie total del edificio y de los porcentuales de las unidades funcionales en las partes comunes. Esta alteración de los derechos también se da respecto del derecho de propiedad horizontal especial de las unidades funcionales del conjunto inmobiliario. Considero que la unidad funcional constituida en superficie debe incorporarse al reglamento como una unidad suplementaria y al momento de extinción de este derecho

revertirá como una parte común no necesaria del edificio o del conjunto inmobiliario.

b.4. El CCyC no contempla en el régimen de la propiedad horizontal la reserva del derecho de sobreelevar nuevos pisos o subedificar en el subsuelo que reclamaban los autores durante la vigencia de la Ley 13.512 de Propiedad horizontal²³. En la práctica es frecuente que el dueño del edificio o de la urbanización privada que afecta a propiedad horizontal inserte esa “reserva” en el reglamento aceptada por los adquirentes en el acto de adquisición de la unidad funcional. Entiendo que la reserva de sobreelevar o subedificar, aun cuando se realice para constituir un derecho real de superficie, confiere un derecho de naturaleza personal y no real, por más que conste en el reglamento y la publicite el registro inmobiliario en el folio real. Por tal razón, al tratarse de un derecho personal está sujeto al plazo genérico de la prescripción liberatoria de cinco años Art. 2560, por lo que la ejecución de la obra deberá concretarse en ese plazo.

En síntesis:

a) La superficie para construir en propiedad horizontal es el derecho real temporario que se constituye sobre un inmueble ajeno y que otorga a su titular el superficiario uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de construir y de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal excepto pacto en contrario.

b) El Art. 2120 es aplicable a la ejecución de los conjuntos inmobiliarios. La obra a realizar por el superficiario puede consistir en una construcción, plantación o forestación según sus características y destino.

c) La superficie puede recaer en un inmueble ajeno que está afectado a propiedad horizontal común o especial para construir, plantar o forestar en sus partes comunes y/o privativas.

d) El titular de la unidad privativa de un conjunto inmobiliario tiene la facultad, por su propia voluntad, de constituir en ella el derecho de superficie, excepto que el reglamento o la legislación administrativa local lo prohíba.

e) La reserva de sobreelevar o subedificar en superficie otorga un derecho personal, aún cuando conste en el reglamento y se publicite por el registro inmobiliario.

B.- Emplazamiento de la superficie

El Art. 2116 establece: *“Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.*

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento”.

La norma confiere una gran ductilidad al emplazamiento de la obra superficiaria a fin de obtener el mejor aprovechamiento del inmueble ajeno, conforme se determine en el acto constitutivo del derecho con base en la planimetría. Sobre el todo o parte material determinada de un inmueble se puede constituir más de un derecho de superficie a favor de distintos sujetos, en distintos planos (sobre el suelo, el vuelo el subsuelo) para construir, plantar o forestar. Por ejemplo, para el desarrollo de un centro comercial, es factible constituir derechos de superficie en diversos edificios emplazados en partes materialmente determinadas con diferentes destinos (edificios de viviendas, de oficinas, de locales comerciales de estacionamientos subterráneos, etc.-). También en grandes superficies de inmuebles rurales, para llevar a cabo diversas especies de plantaciones o forestaciones, se configuren o no como conjuntos inmobiliarios. Ello depende de la imaginación de los operadores inmobiliarios o de quienes conforman las denominadas usinas de ideas de negocios inmobiliarios, para incentivar al dueño del suelo y al potencial inversor superficiario a fin de ambas partes contratantes alcancen de manera equilibrada la ventaja económica de aprovechamiento de la obra superficiaria.

La división jurídica y del inmueble que opera la superficie con el dominio del suelo en los distintos planos horizontales (subsuelo, rasante y vuelo de construcciones existentes) se sobre dimensiona con la división jurídica de partes comunes y privativas que tiene la propiedad horizontal. La doctrina expone que el dominio del suelo o emplazamiento se transforma en un dominio imperfecto por desmembración⁷.

También la obra en superficie se puede emplazar en una extensión mayor que la necesaria para la plantación, la forestación o la construcción

⁷ ABELLA, Adriana – MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, *La Ley* 2016-A, 1117.

en la medida que sea conveniente para su uso o explotación y, de ese modo, se evita la constitución de otros derechos reales complementarios, tales como servidumbres o usufructo.

Para constituir la superficie es imprescindible contar con la planimetría y el proyecto de la obra a ejecutar aprobados por la autoridad administrativa local cualquiera sea su envergadura. Es factible construir un edificio en propiedad horizontal sobre otro edificio o en el subsuelo (por ej. de cocheras); o bien en una o algunas unidades funcionales en un edificio de propiedad horizontal existente. La determinación del objeto de la superficie requiere previamente una labor profesional interdisciplinaria que asesore acerca de la viabilidad de este derecho, constitución y realización de las obras (agrimensores, abogados, notarios, ingenieros, economistas, etc.-).

La especialidad objetiva en cuanto a la superficie volumétrica, la extensión y el destino de la obra es fundamental, porque el principio de extensión del dominio inmobiliario y de accesión inmobiliaria -*superficies solo cedit*- continúa rigiendo a favor del el dueño o propietario del suelo, en la medida no enajenada para la plantación, forestación o construcción (Arts. 226 y 1945).

Al respecto rigen las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción local relativas al fraccionamiento y división de los inmuebles (Art. 228) como también los códigos de edificación y demás reglamentaciones urbanísticas que determinan la factibilidad del ejercicio del derecho superficie que se constituye. La autoridad administrativa deberá controlar también que la construcción tenga *independencia funcional* como se requiere para la propiedad horizontal (Art. 2039). Otras legislaciones (Alemania, Suiza, Austria, España) exigen expresamente este requisito y se impide constituir la superficie sobre la habitación de un inmueble.

Si la superficie es con fines de plantación o de forestación también se debe precisar en el acto constitutivo cuáles serán las especies a plantar o forestar, los sistemas de cultivo, de mantenimiento y desinfección, de nutrientes o abono, de riego, de explotación, los períodos de plantación, replantación y forestación, etc.- El dueño del suelo seguramente tendrá la expectativa de la preservación de la fertilidad de la tierra y la existencia de las plantaciones o forestaciones al momento de su reversión por efecto de la extinción de la superficie.

La especificación de las características de la obra es fundamental a fin de evitar futuras controversias respecto del ejercicio del derecho de

superficie (constitución de gravámenes como hipoteca o anticresis) y el estado de conservación al momento de extinción del derecho

El Código no requiere que la construcción, la plantación o forestación sea de larga duración como podría inferirse de los plazos legales máximos y de la reversión final al dueño. La superficie podrá tener por objeto construcciones desmontables, plantaciones no sean perennes o de larga duración (por ejemplo, granos, hortalizas, flores, etc.). En todos los casos el profesional del derecho deberá asesorar el formato jurídico más conveniente a los intereses de los contratantes, puede ser que para este tipo de construcciones o plantaciones resulte más adecuado el ámbito de los derechos personales (locación, comodato, etc.).

Cabe concluir entonces que la *especialidad del objeto de la superficie y su destino* son requisitos esenciales para la constitución del derecho de superficie.

C.- Propiedad horizontal superficiaria

1. *Modos de adquisición.* Se ha manifestado que los supuestos de la propiedad horizontal superficiaria son: a) la del adquirente a quien el superficiario enajenó las unidades funcionales del edificio o del conjunto inmobiliario que ejecutó y afectó a propiedad horizontal; b) la de quien adquiere en propiedad superficiaria construcciones, plantaciones o forestaciones existentes en un inmueble afectado a propiedad horizontal común o especial; y c) la del subadquirente de la propiedad horizontal superficiaria.

En cuanto a la metodología del CCyC ha sido regular de manera uniforme ambas modalidades del derecho de superficie. Por tanto, la normativa relativa a los modos de adquisición es común, pero se trata bajo este acápite porque el superficiario sólo podrá enajenar la propiedad horizontal superficiaria de las unidades funcionales si procede previamente a la afectación a propiedad horizontal de lo construido, plantado o forestado.

El Art. 2114 da el concepto del derecho de superficie y hace referencia *al título suficiente para su constitución*. La norma del Art. 2119 con alguna imprecisión explícita cuáles son las causas de adquisición y establece que: “*El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título*”.

Las normas citadas hacen hincapié en la adquisición derivada entre vivos que requiere del *título suficiente y modo suficiente* (Art. 1892). No se contempla a la adquisición por testamento, pero sí a la transmisión por causa de muerte. Interpreto que esta omisión no importa su prohibición, puesto que rigen al respecto las *disposiciones generales* para la adquisición de los derechos reales del Título I del Libro Cuarto del CCyC⁸. No existe impedimento para que el derecho de superficie sea otorgado por testamento (Arts. 1892 último párrafo, 2462) o a título singular por legado (Art. 2497). El testador puede disponer la transmisión a un heredero o legatario del dominio del inmueble y a otro heredero o legatario el derecho de superficie.

Con relación a la prescripción adquisitiva la norma solo admite la “breve” que tiene por finalidad sanear el “justo título” constitutivo del derecho de superficie (Arts. 1897, 1898, 1902, 1903 y concordantes). Cabe preguntar por qué no es viable la prescripción larga de veinte años. Pareciere que la existencia de un justo título de constitución o de transmisión tolera la admisión de la suspensión temporaria del principio de accesión y extensión inmobiliaria. Sin embargo, el justo título puede emanar también de quien no es el dueño del inmueble. En realidad, no se encuentra razonabilidad a la solución legal, puesto que si es admisible la prescripción larga para adquirir el dominio perfecto ¿por qué no sería viable la prescripción larga para adquirir la propiedad superficiaria? Probablemente obedezca a que se trataría de una hipótesis de laboratorio, el ejercicio del derecho de plantar, forestar o construir le permitiría al prescribiente adquirir el dominio si el dueño del suelo ha realizado abandono de su posesión. Pero aún en este supuesto puede que el poseedor se haya comportado con ánimo de superficiario y no como dueño del suelo. Ante estos dilemas, la doctrina ha propiciado reconocer de *lege ferenda* a ambos tipos de prescripción adquisitiva como modo de adquirir la propiedad superficiaria⁹. Es que la

⁸ Conf. KIPER, Claudio, *Tratado de Derechos Reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994*, T° II, Rubinzal- Culzoni Editores, 2016, p. 35. ALTERINI Jorge H. - ALTERINI, Ignacio E.- ALTERINI, María E., *Tratado de los Derechos Reales*. Parte Especial, Thomson Reuters-La Ley, Buenos Aires, 2018, T° I, p.588. VÁZQUEZ, Gabriela A., *Derechos Reales*, ed. La Ley, 2020, p. 673. DE ROSA, Carlos A. - TORRES LASTRA, María Eugenia, *El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas*, La Ley 25/03/24.

⁹ X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes 1985. Conf. KIPER, Claudio, ob. cit., pág. 96

prescripción larga también puede tener por causa un justo título, aunque acompañado con la mala fe del adquirente.

En los casos de nulidad del acto jurídico constitutivo del derecho real de superficie o del acto transmisivo de la propiedad superficiaria, la adquisición también se perfecciona por: la convalidación (Art. 1885), por la adquisición legal del subadquirente de buena fe a título oneroso frente a la inoponibilidad del acto nulo (Arts. 392 y 1894 in fine), por la confirmación (Art. 393) y por la ratificación (Art. 1008), si se cumplen los recaudos legales en cada uno de estos supuestos legales.

2. *Formalidades.* También rigen las disposiciones generales. La forma legal del contrato constitutivo o transmisivo del derecho real de superficie es la escritura pública, salvo lo dispuesto para la subasta judicial y la adquisición administrativa (Art. 1017 inc. a). Tanto el derecho real de superficie como la propiedad superficiaria pueden ser objeto de embargo y subasta en una ejecución forzada (Arts. 242, 743 y concordantes). En el caso de la subasta judicial el título se perfecciona formalmente con el acta de subasta, el auto aprobatorio y el acta judicial de entrega de la posesión. Si consiste en una donación al Estado bastan las actuaciones administrativas. (Art. 1553).

Para ingresar a la propiedad horizontal superficiaria siempre será necesario el acto de sometimiento al régimen legal de la propiedad horizontal común o especial y el otorgamiento del reglamento (Arts. 2038 y 2075).

La superficie que se constituye para edificar una o algunas unidades funcionales en de un edificio de propiedad horizontal existente, sea en sus partes comunes o privativas (Arts. 2052 y 2053) demanda la modificación del reglamento. Empero, estimo que no es indispensable modificar los títulos de propiedad de todas las unidades privativas preexistentes, esta labor es costosa, engorrosa y disuasiva de la aplicación de este derecho. En mi criterio basta modificar el reglamento (que forma parte de los títulos de dominio) y vincular en el registro la matrícula de la unidad de PHS con la matrícula de origen del inmueble preexistente afectado a propiedad horizontal, conforme la técnica de cada registro. El subadquirente y los terceros interesados en general cuentan con la publicidad cartular del título antecedente, del reglamento y de las constancias registrales.

3. *Facultades.* El superficiario tiene las facultades de uso, goce, disposición material y jurídica de su derecho de superficie y de la

propiedad superficiaria (Art. 2114); de afectar a propiedad horizontal salvo pacto en contrario y de transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales, u otras unidades privativas durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario. Es posible que el dueño del suelo haya celebrado el contrato considerando las cualidades personales del superficiario, porque confía en que realizará las obras pactadas y las preservará hasta la extinción de la superficie, como también que cumplirá con las obligaciones asumidas respecto del pago del canon o del precio u otras. Esta confianza no la tiene respecto de quien sea un posible sucesor particular del superficiario a quien desconoce. Sin embargo, estas circunstancias que son atendibles, no le confieren la facultad de imponer al superficiario una cláusula prohibitiva de enajenar.

La facultad de transmitir el derecho de superficie y la propiedad superficiaria no puede ser cercenada por una cláusula genérica de no de enajenar en los actos a título oneroso, son aplicables las disposiciones generales de los artículos 1906 y 1972. Este es un límite al dominio y a la propiedad en el interés público a fin de que los bienes no queden fuera del tráfico jurídico.

Para el supuesto de transmisión se puede convenir el *derecho de preferencia* en la compra previsto por los Arts. 997 y 998 del CCyC a favor del dueño del suelo o del consorcio de propietarios que ostenta personalidad jurídica y puede ser titular de la unidad funcional (Arts. 148 inc. h), 2044 y 2056 inc. e)).

Las facultades dispositivas comprenden las de gravar el inmueble con derechos reales de garantía: hipoteca superficiaria y anticresis superficiaria y de disfrute: usufructo superficiario, uso superficiario o habitación superficiaria como también derechos personales, limitados al plazo de duración del derecho de superficie (conf. Arts. 2114, 2120 y 2125).

De conformidad con los Artículos 2125 y 2128, la propiedad horizontal superficiaria se extingue al cumplimiento del plazo legal o convencional y el propietario del suelo hace suya la obra superficiaria existente realizada en superficie, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

No obstante el Código distingue los efectos de la extinción por otras causales, en tanto dispone “...si el derecho de superficie se extingue con anterioridad al plazo legal o convencional los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las

*dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie” (Art. 2125) Resulta acertada esta disposición que tiende a evitar maniobras del titular superficiario que puedan desbaratar los derechos constituidos a favor de terceros, caso contrario bastaría con su mera renuncia para extinguirlos. En los casos de extinción anticipada los gravámenes constituidos por el superficiario en favor de terceros subsisten por el plazo máximo de constitución de la superficie. La expresión *gravando separadamente las dos parcelas* pone de manifiesto la división jurídica y material del inmueble que produce la propiedad superficiaria.*

Conclusiones:

1. No existe impedimento para que el derecho de superficie sea otorgado por testamento (Arts. 1892 último párrafo, 2462) o a título singular por legado (Art. 2497).

2. De lege ferenda: la prescripción adquisitiva larga se debe regular como modo de adquirir la propiedad superficiaria.

3. La constitución de superficie en un edificio o conjunto inmobiliario preexistente requiere la modificación del reglamento con la incorporación de la/s unidad/es funcional/es superficiaria/s. Producida la extinción de la superficie revierten como parte común no necesaria.

4. CLÁUSULAS ESTATUTARIAS Y REGLAMENTARIAS

Es indudable que el derecho de superficie es un derecho complejo como lo ha calificado la Comisión Redactora del Anteproyecto de Código Civil y Comercial 2012. Más aún, la dificultad se sobredimensiona con la afectación a propiedad horizontal. Existen dos afectaciones: la superficie y la propiedad horizontal y ello da como resultado la propiedad horizontal superficiaria.

La constitución de la superficie debe respetar las normas estatutarias que la gobiernan, pero admite diversas normas reglamentarias que acomodan el ejercicio del derecho del superficiario y del dueño del suelo a su interés particular en miras al aprovechamiento de los inmuebles que se dividen.

Al momento de constituir el derecho de superficie la labor profesional habrá de considerar los aspectos jurídicos en función de la

ecuación económica del contrato. Tratándose de un contrato oneroso, la prestación del superficiario puede consistir en el pago de un precio o de un canon periódico, puede ser en dinero o en especie. Por ejemplo, pueden serlo las unidades funcionales a construir o construidas en propiedad horizontal superficiaria, parte de la forestación o de la plantación o de las utilidades provenientes de la comercialización de las unidades funcionales o parcelas. El monto del precio dependerá de la envergadura de la obra y del plazo de duración de la superficie. En este cálculo habrá que considerar el pago o no de la indemnización al superficiario al momento de la extinción del derecho y la reversión del inmueble objeto de la propiedad horizontal superficiaria (Art.2126). Tampoco debe pasar inadvertida la cláusula relativa a la destrucción de la propiedad horizontal superficiaria (Art.2122).

Si el superficiario afecta la obra a propiedad horizontal común o especial deberá trasladar estas cláusulas de manera uniforme a los contratos de enajenación de las unidades funcionales, juntamente con las que imponen las normas estatutarias (objeto y destino, emplazamiento, duración, resolución, reversión, etc.-).

Una cuestión de significativa trascendencia a contemplar en los contratos son las obligaciones del superficiario, puesto que la transmisión del derecho las comprende. El Art. 2123 ordena: *“La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales”*. Basta imaginar el impacto de la aplicación de esta norma, por ejemplo, en un edificio con ochenta unidades funcionales o en un conjunto inmobiliario con doscientas parcelas construidas o en construcción. Indudablemente la solución legal es perjudicial para el dueño del suelo y disuasiva de la transmisión a los potenciales adquirentes de las unidades que deberán cumplir con esas obligaciones. En definitiva, obstaculiza la aplicación de la propiedad horizontal a la superficie.

El interrogante que se desprende de la lectura del Artículo 2023 es ¿se libera el superficiario de sus obligaciones frente al dueño en caso de transmisión del derecho?

El texto legal no lo dice, sí refiere a que la renuncia y el desuso o abandono no libera al superficiario de sus obligaciones frente al dueño del suelo. La respuesta afirmativa de que el superficiario se libera si transmite resulta de la interpretación en contrario de la norma.

El dispositivo nos introduce en la problemática de las denominadas obligaciones *propter rem* u obligaciones o *ambulatorias* que se trasladan al sucesor particular con la cosa transmitida, que tanto han torturado a la doctrina durante la vigencia del Código civil anterior respecto de su naturaleza, caracterización y su diferencia con las cargas reales (art. 3266 C.Civ.)¹⁰. Ello en razón de que el artículo 497 del Código civil de Vélez consagró “*A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales*” en consonancia con el efecto relativo del contrato dispuesto por el artículo 1195 de aquel ordenamiento.

El Código vigente no reproduce la norma que niega las obligaciones reales, pero tampoco dice cuáles son sus caracteres. Por cierto, esta cuestión medular del dualismo tradicional no es objeto de estudio en esta ponencia. Si se detectan los casos en que la ley vigente dispone que se desplazan al sucesor particular las obligaciones del deudor con la cosa transmitida aplicables a la superficie. Así, el Art. 1937 relativa a las relaciones de poder dice: “*Transmisión de obligaciones al sucesor. El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal*”. Esta disposición mantiene las desinteligencias entre los autores, dado que continúa el debate sobre la naturaleza y alcances de estas obligaciones. Para un sector de la doctrina no es la típica obligación *propter rem* porque la transmisión de este tipo de obligación legal que se traslada con la cosa no libera al deudor originario y el adquirente responde con la totalidad de su patrimonio. Se interpreta que contempla otro tipo de obligación que es *la inherente a la relación de poder con la cosa* estableciendo como regla que el antecesor queda liberado de esos deberes, que se desplazan al sucesor, quien solo responde con la cosa sobre la cual recae el derecho real¹¹. El aporte valioso del texto legal es el vocablo “estipulación” que refiere al pacto en contrario.

Estimo que la norma del Artículo 2120 no se pronuncia expresamente por la liberación de las obligaciones del superficiario.

¹⁰ CNCivil en pleno, 11/05/1977, “Dodero”, voto Dr. Jorge H. Alterini, *El Derecho* 73-1977-276. *La Ley* 1997-B, 427.

¹¹ PIZARRO, Ramón D, “Las obligaciones propter rem en el Código Civil y Comercial”, *La Ley* 2017-C-787 y ss.-

Tampoco es de carácter estatutario, en tanto no compromete el orden público de los derechos reales. De la misma manera que la liberación del pago de la indemnización al superficiario (Art. 2126), el dueño del suelo tiene la facultad de establecer en el título constitutivo de la superficie que la transmisión del derecho que realice el superficiario no lo libere de sus obligaciones.¹²

Otro criterio esgrime que el verdadero y contundente argumento para llegar a la conclusión de que el superficiario no se libera por regla con la transmisión de su derecho es el Art. 1632 relativo a la cesión de deuda. El texto en su redacción final expresa *“si el acreedor no presta su conformidad para la liberación del deudor, el tercero queda como codeudor subsidiario”*¹³.

Cabe concluir:

Es conveniente que los títulos transmisivos de las unidades funcionales de un edificio o conjunto inmobiliario en propiedad horizontal superficiaria incorporen cláusulas reglamentarias uniformes (obligaciones del superficiario y su subsistencia, derecho de preferencia, indemnización, destrucción del inmueble, etcétera).

¹² KIPER, Claudio, ob. cit., págs. 134 y 135. El autor plantea dudas, pero reconoce que esta estipulación es importante para evitar conflictos. Conf. DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, ob. cit.-

¹³ ALTERINI, Jorge - ALTERINI, Ignacio- ALTERINI, M. Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, Parte Especial, ob. cit. p. 596. Conf. VÁZQUEZ, Gabriela, ob. cit., p. 682.

DERECHO DE SUPERFICIE

Por Irene Pujol Zizzias¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata se propone que se interprete que:

1. El derecho de superficie en sus dos fases recae sobre un inmueble ajeno. La propiedad superficiaria existente o que se va incorporando, al mismo tiempo también es sobre objeto propio, pero sobre la superficie mayor no prevista para la construcción, etc. solo es sobre cosa ajena. Por otro lado, cuando se destruye en todo o parte, la propiedad superficiaria se transforma en derecho de superficie.

2. Como se pueden constituir diversos derechos de superficie, uno arriba del otro, la figura resulta útil para prehorizontalidad, con ciertas previsiones.

3. Los copropietarios pueden constituirlo a favor de uno o unos de ellos.

De lege ferenda se propone:

4. Régimen unificado cuyo objeto siempre sea mixto (propio y ajeno).

5. Que en caso de sobre-edificación sobre un edificio sometido a propiedad horizontal, o superficie sobre inmueble del Estado, o cuando ésta se constituya por el propietario de un cementerio, no exista un plazo máximo legal².

¹ Abogada, Dra. en Ciencias Jurídicas y Sociales, especialista en docencia universitaria. Vicedecana de la Facultad de Derecho de la UN de Cuyo. Titular de las Cátedras de D. Reales I y II de la UM. Adjunta a Cargo de la Cátedra de Derechos Reales I, II, y de la optativa Propiedad horizontal de la UN de Cuyo. Directora de Tecnicaturas y diplomaturas. de Propiedad Horizontal y Conjuntos Inmobiliarios, como de proyectos de investigación y extensión.

² A semejanza de lo que preveía el art. 16 1, letra b del RH español . decreto 1867/1998.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Vélez no enumeraba el derecho real de superficie y lo proscribía (arts. 2503 y 2614 del CC), en virtud de que consideraba que afectaría la libre circulación y explotación de los bienes y que provocaría litigiosidad.

Sin embargo debe tenerse en cuenta, que hoy en día se cuenta con un Registro organizado que permite la publicidad de los derechos reales, que se incentiva la explotación por más de un sujeto de los bienes, para brindar más posibilidad de trabajo y evitar que éstos se mantengan improductivos. Esos motivos, relacionados con la función social de la propiedad justifican su recepción. Se trata de incentivar la construcción, plantación y/o forestación, promover la explotación y mejora de los inmuebles a más bajo costo, sin que el dueño tenga que desprenderse definitivamente del mismo y, brindar mayor seguridad jurídica a los inversores, etc.³; que deben ejercer sus derechos dentro de ciertos plazos.

Cabe recordar que existen propuestas de ampliar las finalidades, pero solo cuando se justifique para satisfacer una necesidad socioeconómica⁴. En este sentido se pronunciaron las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en Rosario y las XXV Jornadas Notariales Argentinas en Mendoza.

Cabe recordar, que tanto la propiedad horizontal, como el derecho de superficie son una excepción al principio de accesión que se consagra siguiendo la tradición romana (superficie solo cedit), y también una excepción a la extensión del dominio inmobiliario sobre el espacio aéreo y al subsuelo (art. 1945 CCC).

³ No obstante, cabe advertir, que dicha finalidad no se visualiza patentemente en la propiedad superficiaria.

⁴ PUJOL DE ZIZZIAS, Irene y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Objeto de los derechos reales con especial referencia al derecho real de superficie previsto por el proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio redactado por la comisión designada por decreto 685/95. [Ponencia] presentada en- XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por las UCES en Bs. As., en el 2001, ps. 8-10. Ver PUJOL DE ZIZZIAS, Irene y LINARES DE URRUTIGOITY, Marta. Consideraciones en torno al Derecho Real de Superficie”. Revista del Notariado, N° 864, p.71 y ss.

Como lógica consecuencia, todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechas por el propietario y pertenecientes a él⁵.

En el art. 553 del Código francés, se admitió la prueba que acreditara que lo construido no era de propiedad del dueño del suelo. También la figura está incorporada en los Códigos Civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811) y su ley de 1912, en Bélgica, Holanda, Inglaterra, en Portugal, Bolivia, Perú y Cuba, España, Alemania. El ZGB suizo de 1907 lo admitió en el carácter de servidumbre a los efectos de su inscripción, y luego la ley federal del 1973/1965 completó el sistema, El Código Italiano la recepta con las dos modalidades.

Los proyectos de unificación de 1987, 1993 y 1998, previeron al derecho real de superficie, los dos primeros sólo para la construcción, mientras que el último también para la forestación. La ley 25.509 derogada, introdujo el derecho de superficie sólo forestal y modificó los artículos 2503 y 2614 del CC.

2. CONCEPTUALIZACIÓN Y RÉGIMEN

El Código trata el derecho de superficie en el título VII del Libro IV. El art. 2114 expresa que: “El derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo...”

Nuestra legislación regula de manera diferenciada **dos modalidades que se emplazan sobre la rasante del suelo, el espacio aéreo o el subsuelo**⁶ que coexisten con la propiedad separada del titular del suelo. Una es cuando al superficiario se lo faculta a construir, plantar o forestar sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo

⁵ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia. Derecho real de superficie, Ed. Astrea, Bs. As., 1989, p. 4 y ss, con cita de Josserand, I, Vol. III, n° 1824. Y ver el comentario a la ley 25509 hecha por CARLUCCI, F., MARTINELLI, F. y MOLINA, M., en Código Civil y Leyes Complementarias, Comentado, Anotado y Concordado, T. 13., Bs. As.: Editorial Astrea, Bs. As., 2012, p. 426 y ss.

⁶ En el CCC no solo se expresa que recae sobre el suelo, como lo hacía el proyecto de 1998, sino que se aclara que bajo del mismo también.

plantado, forestado o construido. Y la otra, cuando se le atribuye la propiedad a un tercero de las plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes.

-A la primera, denominada derecho de superficie. Se la regula como un derecho real sobre cosa ajena, y se le aplican subsidiariamente las normas sobre las limitaciones de uso y goce dispuestas para el derecho de usufructo (según los arts. 2115, 2127, 2128 y 1888 del CCC). Ello se debe, a que no se admite que la parcela del inmueble que se encuentra bajo el suelo o sobre el mismo (que tiene siempre materia en distintos estados, a veces más gaseosa, otras más líquida o sólida) y que se puede determinar precisamente con líneas imaginarias por un GPS, pueda ser objeto de dicho derecho. De lo contrario, si se entendiera que al constituirse el derecho de superficie se divide el inmueble horizontalmente; y éste recae desde el principio sobre alguna de las parcelas que pasan a ser propias del superficiario, que se encuentran bajo o sobre el suelo, se evitaría la dificultosa diferenciación en la práctica de las dos modalidades, por ello esto se propone de *lege ferenda*. Aunque no cabe desconocer que existe una rígida postura que interpreta que resulta inadmisibles admitir que la parcela aérea puede llegar a ser objeto de un derecho real, como la de Mariani de Vidal, Marina, quien sigue a Messineo para quien ésta es una “no cosa, o jurídicamente un vacío”, la que no resulta sostenible a la luz del art. 235 inc. c. del CCC, que admite que el espacio aéreo suprayacente es un bien del dominio público del Estado⁷.

-La segunda modalidad denominada propiedad superficiaria, es regulada como un derecho real sobre cosa propia (art. 1888 del CCC), a la que se le aplican las normas del dominio revocable (art. 2128 del CCC) de modo subsidiario. Cabe aclarar de lege lata, que aunque los arts. 2115 y 2128 del CCC hablan de propiedad superficiaria cuando el derecho se constituye directamente sobre una propiedad ya existente, en virtud de que el mismo art. 2115 del CCC en su primera parte explica que el superficiario hace propio lo plantado, forestado o construido, se debe entender que esta modalidad se aplica también a las construcciones, plantaciones y forestaciones que vaya realizando el propio superficiario. Por ello, autores como Ventura-Traveset y González sostienen que sería mejor llamarlo al

⁷ Y aún antes era discutible esta postura, por el art. 2518 del CC que afirmaba que el propietario del suelo es dueño exclusivo del espacio aéreo.

derecho de superficie como “propiedad superficiaria condicional...”⁸. Y aunque no estén terminadas las mejoras, ya ha nacido esta segunda modalidad, coexistiendo ambas modalidades y sus diferentes regímenes.

Además, se debe admitir que al mismo tiempo este derecho implica también siempre, es decir en sus dos fases una desmembración del dominio del dueño del suelo, y por lo tanto, un derecho sobre cosa ajena, en virtud de la disposición física de las parcelas y del principio de gravedad. Es que no resulta coherente, hablar hoy de propiedad superficiaria como un derecho real sólo sobre cosa propia, como si fuera sobre un lote que surge de una división vertical, olvidándose que cuando hay algo construido o plantado, ello hundirá sus cimientos en algún punto o sus raíces en el suelo o un piso con tierra que se sostiene sobre vigas apoyadas en el suelo. Y cuando lo construido esté en el subsuelo, probablemente el superficiario deberá salir a la superficie por el suelo ajeno, salvo que sea colindante y pueda usar su inmueble, para ello, caso más parecido a una servidumbre aérea, pero con sus diferencias.

Por otro lado, se observa que cuando el dueño del suelo ha constituido dicho derecho a favor de un tercero, sus facultades se limitan, o su derecho se desmembra. El propio Vélez así lo admitió en la nota al art. 2503 del CC, y ello justifica su inscripción en la columna b del inmueble gravado, aún en el caso de propiedad superficiaria. Por otro lado, hasta la ley 25.509, que lo definía en el art. 2, como un derecho sobre cosa propia, y no distinguía modalidades, en su art. 4 de la ley 25.509, le imponía fuertes limitaciones al dueño del suelo de gravarlo. Debe recordarse que ya Reina Tartiére, con acierto proponía que: “al derecho de superficie se le ha de asignar un objeto de carácter unitario, con prescindencia de la materialización efectiva de las facultades que comprende”⁹.

De lega lata, se debe interpretar que en su primera modalidad es un derecho sobre inmueble ajeno y en la segunda es de naturaleza mixta. No obstante, de *lege ferenda* se propone que se la regule como un derecho real de naturaleza mixta, como la Propiedad Horizontal, en el cual la parcela que

⁸ VENTURA-TRAVESET, A. Y GONZÁLEZ (1963). Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal. Casa Editorial Bosch SA., Barcelona, p. 327.

⁹ DE REINA TARTIÉRE, G. (2003). La inserción del derecho real de superficie en el ámbito forestal, ED-203-662. Aunque dicho autor considera directamente que el objeto es la finca sobre la que se constituye.

se encuentra sobre o bajo el suelo ajeno y donde se construirá¹⁰ o plantará es objeto propio del superficiario, como así también lo construido o plantado en la misma

Además, en el derecho vigente, si se destruye lo construido o forestado total o parcialmente, renace total o parcialmente el derecho de superficie, pero con una carga debe ejercerse en un plazo de duración menor¹¹ (conf. 2122 del CCC). Esta disposición, como la que dispone un plazo para el ejercicio del derecho de superficie en general, constituye una carga, porque el propietario no puede accionar obligando al superficiario a construir o forestar, sino que la falta de dicha construcción o reconstrucción, etc., simplemente acarrea la extinción del mismo.

Por último, el art. 2116 aclara que: “la extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento”. Se considera de lege lata, que sobre dicha sección mayor, sólo existirá como derecho sobre cosa ajena pero sin la carga de ejercerlo sobre la misma, y que éste subsistirá con el derecho sobre cosa propia que recaerá sobre lo que se plantará, construirá; con sus distintos regímenes subsidiarios, usufructo y dominio revocable, conf. arts. 2127 y 2128 del CCC.

Obsérvese además, que de lege lata puede admitirse que se pueda constituir derecho de superficie hasta una determinada altura y luego de esa determinada altura, constituir otro, en virtud de que el art. 2116 del CCC expresa que: el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada de éste. Ello no debe entenderse que se refiere a su extensión solo en lo ancho, y debe tener adecuado reflejo registral¹². Lo que hace aplicable la figura a la prehorizontalidad, siendo

¹⁰ Al respecto se ha propuesto, sino se acepta que el espacio es cosa, que se agregue una norma que diga que: “las disposiciones referentes a las cosas ...a los espacios susceptibles de aprovechamiento cuando así se disponga” y modificar el artículo que define el derecho de superficie en este sentido: “La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y en espacio propio y hacer propio lo incorporado...”. Con respecto a este tema y el análisis de la ley 25.509, ver LINARES DE URRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I., (2002). Objeto del Derecho Real de Superficie. Revista del Notariado, 867, pp. 61-62.

¹¹ KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. y PUERTA DE CHACÓN, A. Derecho real de superficie. Ed. Astrea, Bs. As., 1989, ps. 62-63:

¹² Ello tiene importantes reflejos práctico. Ver al respecto LINARES DE URRUTIGOITY, M. y PUJOL DE ZIZZIAS, I., Objeto del derecho real de superficie – con

conveniente en dicho caso que se prevea desde el principio la transferencia del derecho de PH¹³ a favor del superficiario cuando este derecho se extinga, bajo la condición suspensiva de que éste por sí o por otro (que será lo común) termine la construcción de lo proyectado.

3. PLAZO

Siguiendo con la regulación legal, debe advertirse que se aplican las normas del dominio revocable y del derecho de usufructo subsidiariamente, que son derechos reales temporarios, porque el derecho de superficie tiene un plazo de duración, 70 años para las construcciones y 50 para las plantaciones y forestaciones (art. 2117 CCC). Los mismos se cuentan desde la adquisición del derecho de superficie y pueden ser prorrogados “siempre que no exceda de los plazos máximos”, es decir, que debe interpretarse de *lege lata* que la suma de ambos no puede superar dichos años desde que se constituyó originariamente, como lo aclaraba el proy. del 1998 en el artículo 2018, para evitar el fraude legal.

No obstante se propone de *lege ferenda*, que se pueda pactar la no reversión de dominio si la superficie se constituye sobre inmuebles del Estado, salvo que el superficiario adquiera otro inmueble¹⁴, y que para la

especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509. Revista del Notariado, 867, 2002, ps. 43 y ss. Y de las mismas autoras (2002), Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina Unificado con el Código de Comercio), J.A., I, fascículo n. 3, Lexis Nexis, p. 11. y en Revista del Notariado n°864, sec. Doctrina p. 71 y ss. doc 864. Y ponencia titulada “Objeto de los derechos reales con especial referencia al derecho real de superficie previsto por el proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (redactado por la comisión designada por decreto 685/95”, presentada por dichas autoras en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 2001. Y ponencia sobre objeto del derecho de superficie forestal, presentada en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas por la U N de Rosario y la U C A de Rosario, 2003.

¹³ Para ello debería previamente afectarse el inmueble, lo que en algunas jurisdicciones es permitido sin que esté totalmente terminado el edificio. No obstante se considera que lo más práctico, de *lege ferenda* es admitir que la unidad funcional de la PH puede estar compuesta por una parcela subterránea o aérea no construida y el porcentaje sobre el resto del inmueble- Tesis doctoral de mi autoría, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UM en el año 2023.

¹⁴ A semejanza de lo dispuesto por JB 13:1 (Ley del Suelo de Suecia) el *tomträtt* se concede sin limitación temporal, salvo que el titular del *tomträtt* compra algún bien inmueble se extingue el derecho. Ver AMEIJENDA, A, “La utilización tridimensional de

sobreedificación dentro de un edificio sometido a propiedad horizontal, no exista un plazo máximo legal para la mayor parte, o se pueda pactar que no revierta todo lo construido al o a los propietarios del suelo¹⁵. Ello, a fin de evitar el gasto que implica que se extinga el derecho sobre la unidad privativa construida, quede la misma a nombre de todos los consorcistas y luego los mismos deban volver a transferir al superficiario o a sus herederos la unidad, según el caso. De todos modos, cuando vence el plazo, siempre es factible volver a constituir el derecho, aún con poder.

En España se explicaba, que si se construye sobre una edificación existente, al expirar el plazo, la propiedad superficiaria se transformaría en una propiedad del mismo volumen (excepto una insignificante parte que tenía que revertir por exigencia de RH 16) con una copropiedad accesoría, integrada en régimen horizontal, sin limitaciones temporales. Así, si se construye se habla de un derecho de superficie, con opción a una propiedad privativa absoluta integrada en una PH y por tiempo ilimitado en su mayor parte¹⁶.

Nuestro derecho en el art. 2116, refiere a que el derecho de superficie puede emplazarse sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. De *lege lata* debe entenderse que no solo se está refiriendo a que el derecho de superficie recaiga sobre una unidad ya construida, que no se vislumbra como tan útil¹⁷, sino que además se otorga la posibilidad de construir sobre un edificio sometido a propiedad horizontal. La idea es que dicha construcción se integre con el resto del edificio, para lo cual es importante que se hayan previsto ello bajo condición suspensiva, como así las normas aplicables en el reglamento relativo a expensas proporciones, etc., caso contrario deberán votar todos los consorcistas a favor de la modificación de los planos y reglamento. O si no se pretende incluir lo construido, se deberían pactar servidumbres onerosas

inmuebles en España”, trabajo de fin de carrera de La Escuela Técnica Superior de Estocolmo (finalizado en abril de 1996).

¹⁵ A semejanza de lo que expresaba la doctrina respecto del art. 16 1, letra b del RH español conf. Decreto 1867/ 1998.

¹⁶ Ver tesis doctoral de Irene Pujol, presentada y aprobada en marzo del 2023 en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la UM.

¹⁷ Ver al respecto, COSSARI, N. y COSSARI, L. Propiedad horizontal superficiaria y superficie sobre unidades en propiedad horizontal. LA LEY 23/02/2021, 1 · LA LEY 2021-A, 513, cita online TR LALEY AR/DOC/3948/2020.

sobre espacios comunes del edificio, o tal vez que éste caso se englobe, desde el punto de vista del derecho de superficie, como un supuesto en que la superficie recae sobre una parte mayor del inmueble que la necesaria para la construcción. Pero, el superficiario en este último caso no participaría, en el consorcio, en los porcentajes de copropiedad, gastos, etc., con las desventajas que ello implica. Y cuando se cumpla el plazo en el derecho vigente, lo construido pasará a ser de propiedad de los consorcistas, como partes comunes, aunque nada se haya expresado a respecto, porque el subsuelo y el espacio aéreo es común en la propiedad horizontal. No obstante, sería conveniente actualizar los planos y que esta realidad quede plasmada en el reglamento. Ahora si se quiere convertir lo edificado en partes privativas, sería obligatorio modificar planos y reglamentos.

4. LEGITIMACIÓN

Según el art. 2118 están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Se entiende que también los adquirentes de propiedad horizontal especial, por ser una clase de propiedad horizontal, siempre que el reglamento no lo prohíba y se cumplan sus normas y las disposiciones locales.

Es decir, todos los titulares de derechos reales sobre inmueble propio están legitimados, salvo el propietario del derecho real de sepultura y tiempo compartido, en virtud de la finalidad de dichos derechos y las limitaciones que el mismo tiene para su titular. Aunque se considera de *lege lata* que el propietario de un inmueble afectado a cementerio privado, cuando constituye derecho de sepultura otorga al adquirente una especie de derecho de superficie sin límite de tiempo y con sus particularidades, se entiende que es aconsejable que esto se aclare legislativamente. Debe interpretarse, que el derecho de superficie se puede constituir por los copropietarios aún en PH a favor de uno de ellos¹⁸.

5. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO Y DEL PROPIETARIO DEL SUELO

¹⁸ KIPER, C. (2016). Tratado de derechos reales, Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994. T.I, Rubinzal- Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 27.

En virtud de que el superficiario es propietario de lo plantado, construido o forestado, los podrá transmitir o gravar (enajenar, arrendar, hipotecar, preñar en el caso de plantaciones, dar en anticresis, etc.). También debe acotarse que el superficiario puede disponer de su propiedad con independencia del propietario, con las limitaciones fijadas en el título constitutivo. Y en cuanto al derecho de plantar, forestar o construir, el mismo no solo se puede transmitir sino también gravar con derecho real de hipoteca, que es la gran novedad que trae el Código vigente en concordancia con los arts. 2120 y art. 2188 del CCC.

La transmisión o gravamen puede comprender tanto el derecho en sí, antes de construir, como lo edificado. Cabe notar que hay una forma de financiación constructora que corresponde al *byggnadskreditiv* (o edificio de crédito), donde la hipoteca de lo construido se hace según va avanzando la construcción. Sin duda ello corresponde al superficiario por ser propietario indisputable de lo que edifique, aun siéndolo temporalmente y habiendo edificado.

También se prevé que el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, y excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario. *De lege lata*, debe considerarse que la afectación, tendrá el plazo de vigencia del derecho de superficie (art. 2125 del CCC), si el propietario del suelo quisiera que la misma continúe, tendrá que expresarlo en una escritura pública en tal sentido o preverlo así, cuando se constituya el derecho real de superficie, que parece lo más aconsejable. Este resulta un caso excepcional de PH donde el terreno no es de todos los copropietarios (conf. art. 2041 del CCC), sino de dueño primitivo del inmueble o nudo propietario, si así se lo quiere llamar.

Por otro lado, el art. 2121 del CCC expresa, que el propietario del suelo conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario (al igual que el nudo propietario art. 2151 del CCC).¹⁹

¹⁹ En virtud de este último artículo, que se aplica subsidiariamente como se vio al derecho de construir, plantar y forestar, si el propietario afectare o turbare el uso y goce del

La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. Y para dar previsibilidad y estabilidad al derecho del propietario del suelo y que no se afecten sus expectativas, se ha dispuesto que la renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales (art. 2123 del CCC).

6. EXTINCIÓN. EFECTOS

El efecto principal que produce la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, es que el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario (art. 2125 del CCC); porque vuelve a regir el principio de accesión suspendido temporariamente. Pero si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, no solo los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie²⁰; sino que también subsisten los derechos personales durante el tiempo establecido.

Si se quiere ser coherente con el art. 2020 que admite que lo que se grava en el caso del derecho de superficie, es dicho derecho, si éste se extingue antes del plazo, no puede sostenerse que el gravamen continúa sobre el mismo porque sería un absurdo. Salvo que se entienda que en este caso el gravamen continua sobre la parcela, o que cuando el artículo se refiere a ella solo hace referencia al caso de que exista propiedad superficiaria. Como estas opciones, en el primer caso resulta contradictoria y en el segundo disvaliosa, porque atenta contra el financiamiento del derecho de superficie, al no darle la seguridad a los acreedores de que su gravamen continuará en el caso previsto por la norma, se propone de *lege ferenda* que se mantenga la letra del artículo, pero desde un principio se admita que el superficiario haga suya la parcela, conforme lo sostenido.

superficiario, éste puede exigir el cese de la turbación; y, si la superficie es onerosa, puede optar por una disminución del precio proporcional a su gravedad.

²⁰ El art. 1541 del Código portugués, tiene igual previsión respecto de que los derechos reales constituidos continúan gravando separadamente las dos parcelas en dichos supuestos, pero agrega: “como si no hubiera habido extinción sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones de los arts. anteriores, luego que el plazo transcurra”.

- **En síntesis:**

No obstante, el resto de las propuestas sugeridas *ferenda*, teniendo en cuenta que el derecho está llamado a ser una herramienta para brindar soluciones prácticas, y no para justificar el mantenimiento de estructuras lógicas ficticias que no se ajustan a la realidad, y que acarrearán trámites, gastos innecesarios, dificultades e inseguridad, es insoslayable regular unificada y de manera clara este derecho, admitiendo que su objeto siempre es mixto y que la parcela que ubica sobre o bajo el suelo es del superficiario, mientras este derecho dure.

La regulación de manera diferenciada de ambas fases, con sus regímenes subsidiarios distintos, con una línea separadora totalmente ficticia, en la práctica acarrea lagunas, dificultades prácticas e inseguridades al convertirse el derecho de superficie en propiedad superficiaria cuando se ejercerse o viceversa, cuando se destruye, etc. Por otro lado, si en el caso de la propiedad superficiaria forestal, se considera que lo que se grava es lo forestado, se advierte que el objeto tiende a desaparecer temporalmente o mutar, ello provoca una gran dificultad a la hora de dar cumplimiento al principio de especialidad objetiva y tener que detallar cuantos árboles o plantas se gravan. Por otro lado, lo construido puede destruirse también; entonces el derecho real de garantía, no brinda la seguridad necesaria para que las entidades presten dinero y acepten en garantía un derecho real sobre dichas forestaciones. Es mucho más práctico y factible hipotecar la parcela, área determinada o polígono de limitado por líneas horizontales y verticales y medidas específicas, con todas las plantas existentes en la misma.

Cuando el Código expresa que si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas”, ¿de cuáles dos parcelas habla, sino es la del suelo y subsuelo y la del espacio aéreo? Innegablemente, esta norma es una aceptación implícita, pero clara de que un derecho real puede tener como objeto la parcela del inmueble que se encuentra sobre o bajo el suelo, con o sin lo construido. Al respecto debe recordarse que los derechos reales de garantía resultan más útiles y generalmente se constituirán cuando el superficiario se disponga a construir y a forestar, que cuando se haya adquirido una propiedad superficiaria ya construida o plantada. Y no puede de *lege lata* sostenerse que si se extingue el derecho el gravamen continúa sobre el derecho que se ejerce sobre una parcela, porque este justamente se extinguió. Por lo tanto, solo queda por admitir que la parcela que surge de la

división horizontal, es el objeto del gravamen; o que los gravámenes que se constituyen sobre el derecho de superficie, son inseguros para los acreedores, porque pueden extinguirse antes del plazo, interpretación esta última, que resulta disvaliosa y contraria a los fines de la figura.

Por último, si se admite esta postura, se justificaría la submatriculación que se practica desde un principio, aunque todavía no se haya construido, plantado o forestado algo.

INCOMPATIBILIDADES ENTRE DERECHOS REALES: PROPIEDAD HORIZONTAL Y SUPERFICIE

Por Jorge C. Resqui Pizarro¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho de propiedad horizontal es un derecho real sobre inmueble propio (cfr. artículo 2037, CCyCN) con cosa necesariamente común: el terreno; por lo que no puede ser de otra manera ni asignársele otro carácter, por lo que deja de serlo con el sometimiento al derecho real de superficie.

2. El dominio horizontal es perpetuo, como el dominio común, sin embargo, el derecho real de superficie se trata de un dominio sujeto a plazo resolutorio, o sea que se le aplican los principios del dominio revocable.

3. La edificación sobre el terreno que puede ser afectada al régimen de la propiedad horizontal encuentra que el suelo donde se asienta va a seguir perteneciendo al dueño del terreno. Por lo tanto, constituye una excepción inadmisibles a la legislación de la propiedad horizontal porque el terreno que es parte común de los copropietarios, no le va a pertenecer a los propietarios de la edificación, sino al dueño originario del terreno.

¹ Abogado-Procurador (UBA). Agente de la Propiedad Industrial. Posgrados nacionales y extranjeros en derechos intelectuales y asesoría jurídica de empresas. Participó en numerosos cursos, congresos, jornadas, seminarios y conferencias relacionados con las más diversas especialidades del derecho, como asistente, ponente y expositor. Maestría en Propiedad Intelectual (U. Complutense-Madrid, 2013). Diplomatura en Desarrollos Inmobiliarios (U. Notarial Argentina, 2023). Miembro del Instituto de Derecho de la Propiedad Horizontal del CPACF. Docente de la Diplomatura en Derecho de la Propiedad Horizontal (CPACF-UB). Miembro fundador del Foro de Abogados de la Propiedad Horizontal (FAPH). Creador y fundador de UCRA (Unión de Consorcionistas de la República Argentina) y actual coordinador general de ReDeCo (Reafirmación de los Derechos del Consorcionista), ONGs líderes en la defensa de los consorcistas de PH. Creador y actual presidente del Centro de Estudios de la Propiedad Horizontal y la Sociedad (CePHYs). Ex presidente de la Asociación Civil de Defensa al Consumidor de Bienes y Servicios para la Propiedad Horizontal de la República Argentina (Adeproh) (2022-2023). Miembro del Tribunal de Arbitraje de APCCRA. Director del suplemento de Derecho de la Propiedad Horizontal, Conjuntos Inmobiliarios y Derecho Inmobiliario en elDial.com. Socio-Director en Resqui Pizarro - Recasens Siches & Asociados. Abogados - Consultores - Agentes de la Propiedad Industrial. Aval: Prof. Dr. Jorge R. Causse jorgecausse@gmail.com.

4. La ley pondera que el derecho real de superficie no puede constituirse con la separación del terreno porque este le va a seguir perteneciendo al mismo dueño del suelo. En este sentido deberíamos diferenciar dos aspectos, por un lado, la edificación sobre el terreno que puede ser afectada al régimen de la propiedad horizontal y por el otro, el suelo donde se asienta esa edificación va a seguir perteneciendo al dueño del terreno. Esto no es propio de la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad horizontal.

5. El artículo 2052 del CCyCN exige la unanimidad de voluntades para toda obra nueva que grave o modifique la estructura del inmueble de una manera sustancial. En este caso, no solo no se cumplen tales recaudos, sino que se está efectuando un acto de disposición que no solo autoriza a un tercero a construir, sino que, además, se efectiviza un acto de disposición jurídica sobre una parte o sector de propiedad común, que a su vez originará un inmueble que se adjudicará en propiedad (superficial) a un tercero.

6. El superficial como propietario temporal, puede convenir un derecho a sobreelevar sobre alguna de esas unidades. Es esta circunstancia, cuando el titular de un derecho real de superficie celebra un contrato personal cediendo el espacio aéreo de una propiedad superficial puede generar que el beneficiario del “espacio aéreo” llegue a obtener un mejor derecho que el propio.

7. Estamos hablando de una suerte de “propiedad horizontal superficial” que constituiría una no taxativamente legislada propiedad horizontal especial (una especie de propiedad horizontal derivada de la común o clásica, en el sentido que se le da al derecho real de conjuntos inmobiliarios).

8. No cabe duda de que esta “propiedad horizontal especial” destruye la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad horizontal, que implica indefectiblemente una conjugación de dominio privativo sobre la unidad funcional y condominio de indivisión forzosa sobre cosas, partes y bienes comunes.

9. Otra incongruencia: una de las casuales de extinción del régimen jurídico de la propiedad horizontal es la destrucción total o demolición del edificio mientras que en el derecho real de superficie producida la destrucción o demolición del inmueble el derecho no se extingue si en el plazo de seis años el propietario superficial lo reconstruye, salvo que se haya pactado que tal destrucción lo extingue.

10. Surge fatal la incongruencia legislativa entre el artículo 2037 del CCyCN al regular que “La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo

que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”, con la inexistencia de propiedad común por parte del titular de un derecho de propiedad horizontal superficiaria.

11. En el supuesto de los conjuntos inmobiliarios, la solución es diferente, pues en este caso se podría constituir el derecho real de superficie por parte de un solo titular de una unidad funcional. Debido a que la propiedad horizontal especial, tiene una peculiaridad, que se aparta de la propiedad horizontal común, dado que en los conjuntos inmobiliarios el terreno sobre donde recae la unidad funcional no es común sino propio.

12. En el derecho real de conjunto inmobiliario, si el titular de la unidad funcional confiere a un tercero el derecho de superficie, el superficiario podrá construir o edificar sin precisar el consentimiento de los restantes como sucedía en el supuesto de la propiedad horizontal común o clásica.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

Nos planteamos en este breve ensayo si, en rigor de puridad, es posible congeniar las normas del derecho real de superficie con el derecho real de propiedad horizontal atento a la definición legal de aquel derecho y lo establecido en el artículo 2041, en particular su inciso a), y en el artículo 2052 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyCN)².

² Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento...”. Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes. El Código —en forma similar al art. 2° de la ley 13.512— establece una enumeración simplemente enunciativa de cosas y partes necesariamente comunes. a) El terreno. El terreno se destacaba singularmente en el artículo 2° de la ley 13.512 que lo mencionaba antes de sentar el principio general de que cosas eran consideradas comunes. Se trata del elemento común por antonomasia en la propiedad horizontal que, manteniendo éste en comunidad, permite la propiedad separada sobre las unidades construidas sobre el mismo. Todo el lote sobre el que se asienta la construcción es común, aunque el edificio solo ocupe parte del terreno. Este carácter común se proyecta hacia la profundidad y el espacio aéreo en los términos del

En efecto, el derecho real de superficie es una figura jurídica que permite a una persona - llamada superficiario - construir o edificar sobre un terreno ajeno, manteniendo la propiedad de las construcciones o edificaciones.

En otras palabras, el superficiario tiene el derecho de utilizar la superficie del suelo para fines constructivos o productivos, mientras el propietario del terreno conserva la propiedad del suelo mismo.

El derecho real de superficie esta enumerado en el artículo 1887 del código unificado y el legislador lo ubica a continuación del dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerio privados.

Cercano de los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario.

Del artículo 2114 de dicho cuerpo normativo deriva el concepto del derecho real de superficie: "El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales".

Según Abreut de Begher³: "No hay discusión que es un derecho nuevo, autónomo. Es un derecho real sobre cosa propia, que suspende el principio de accesión (vgr. quiebre del principio superficie solo cedit). El CCC incluye en el derecho real de superficie el derecho de vuelo, que en otras legislaciones se lo toma en forma separada.

Por ende, la estructura de este derecho es dual, pues comprende dos situaciones: a) de adquirir el espacio existente por encima -o debajo- del

art. 1945 del Código, pero discontinuado por la existencia de las distintas unidades funcionales que interrumpen la proyección del suelo, la que no obstante se reanuda sobre los planos horizontales superiores o inferiores que delimitan aquéllas. (ALTERINI, Jorge Horacio, *Código civil y comercial: tratado exegético*, 3ra. ed., tomo IX; Jorge Horacio ALTERINI, director general; Ignacio E. ALTERINI, coordinador; Nelson G.A. COSSARI, director del tomo - La Ley, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, Tomo IX, p. 841/2.

³ Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial, ABREUT DE BEGHER, Liliana, 15/07/2015, www.infojus.gov.ar Infojus Id SAIJ: DACF150402

terreno, ya sea para construir o sembrar y transformarse en dueño de esa edificación, sembrado, o plantación, manteniendo el vendedor la titularidad del terreno; b) adquirir una edificación, sembrado o plantación preexistente, con independencia del suelo.

Antes de avanzar en el tema corresponde resaltar un principio nuclear que dice que el derecho de propiedad horizontal es un derecho real sobre inmueble propio (cfr. artículo 2037). Es de carácter perpetuo – aunque no lo enuncia la norma –, por lo tanto, no es revocable ni sujeto a condición resolutoria, sin perjuicio de que el edificio puede ser destruido totalmente, o que los propietarios decidan desafectarlo, únicas dos formas de desaparición de la propiedad horizontal.

Sin embargo, a partir de la sanción del código único, tal principio parece haber cedido.

De acuerdo con el artículo 2118 del CCyCN están facultados para constituir el derecho real de superficie – legitimados – los titulares de los derechos reales sobre cosa propia, a saber: dominio, condominio y propiedad horizontal, aunque entendemos que debió agregar al titular del derecho de superficie.

De la manera en la que se encuentra redactada la premisa ut supra indicada, es razonable comprender que resulta de imposible aplicación en la práctica. Salvo una excepción que veremos infra, en los conjuntos inmobiliarios.

2. SUPUESTO DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL CONSTITUIDA POR EL SUPERFICIARIO

El titular del derecho real de superficie se encuentra facultado para que la construcción edificada sobre el terreno del propietario se afecte al régimen de propiedad horizontal.

El artículo 2116 del CCyCN impone: “Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada con proyección en el espacio aéreo (...)”. Imbricando esta norma con la legitimación dada por el artículo 2118 del mismo cuerpo legal a los titulares de derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal, estos se encuentran facultados para transformar un contrato personal de cesión de espacio aéreo en la causa o negocio causal del derecho real.

Ello es en concordancia con el artículo 1883 del mismo corpus: “*Objeto*. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa”.

Regla el artículo 2119 del CCyCN: “Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito (...)”. Entonces si bien el vínculo entre las partes subsiste del mismo modo y permanece inalterable la legitimación del derecho de uso y disfrute de la cosa, solo con la constitución del derecho real se consolida, aunque sea temporalmente.

La formalización del contrato por escritura pública que genera el título y su inscripción registral para obtener su eficacia “erga omnes” son requisitos esenciales propios de los derechos que recaen sobre cosas registrables (cfr. artículo 1890, CCyCN).

De este modo, el poseedor de un “espacio aéreo” de contrato personal, que por voluntad del propietario se transforma en un titular del derecho real de superficie, o sea en superficiario, adquiere atribuciones sobre la cosa y el respeto a su disponibilidad mediante la conducta negativa del resto de no entorpecer el libre ejercicio del derecho conferido.

Estas facultades positivas en cabeza del titular del derecho le permiten disponer libremente del “espacio”, someterlo al régimen de propiedad horizontal, constituir derechos reales de garantía y no afectará sus derechos cualquier gravamen o circunstancias que atenten contra el dominus quien, si bien conserva la disposición material y jurídica del derecho de propiedad, su ejercicio no puede turbar el derecho del superficiario.

Es dable recordar que el propietario del derecho de superficie, en general, no solo sobre el vuelo, además de estar facultado a constituir derechos reales de garantía y afectar la construcción (propiedad superficiaria) al régimen de la propiedad horizontal, puede también transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas⁴.

⁴ Manifiesta el profesor Causse: “Expuse en mi tesis doctoral que su objetivo consistía en establecer, frente al supuesto de constituirse el derecho de superficie para construir, que del soporte físico que le sirve de apoyo –el inmueble, terreno, solar o predio– se desprenden tres dimensiones: la rasante o suelo, el vuelo y el subsuelo, y que a cada una de ellas corresponde atribuirles autonomía, sin que ello implique la generación de nuevos derechos reales. De las tres dimensiones, la que mayor conflictividad puede ofrecer –en

También entonces como propietario temporal, puede convenir un derecho a sobreelevar sobre alguna de esas unidades. Es esta circunstancia que nos hace elucubrar, si cuando el titular de un derecho real de superficie celebra un contrato personal cediendo el espacio aéreo de una propiedad superficiaria puede generar que el beneficiario del “espacio aéreo” llegue a obtener un mejor derecho que el propio.

Se fijó como plazo para el derecho real, cincuenta o setenta años según se trate de forestaciones y plantaciones o construcciones. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos (cfr. artículo 2117, CCyCN).

Si bien el artículo 2120 del CCyCN establece que el superficiario puede transmitir y gravar esos bienes como inmuebles independientes "durante el plazo del derecho de superficie", poniendo un límite temporal a la acción de "transmitir" y "gravar" nada dice respecto al plazo de otras contrataciones.

Podría entonces inferirse que un contrato que genere un derecho personal sobre el espacio aéreo podría exceder el plazo del derecho de superficie.

Por lo pronto, el ejercicio del derecho personal adquirido sobre el espacio aéreo subsistirá, aunque el derecho real de superficie por diferentes razones se extinga antes del vencimiento del plazo legal o convencional.

Es decir, que el propietario legitimado deberá respetar ese derecho y facilitar el uso y goce del espacio aéreo al titular del derecho personal, aunque se haya extinguido su relación con el superficiario.

Si estuviéramos frente al propietario de un terreno que formalizó un contrato con un superficiario dedicado a la construcción de un edificio con unidades con características de vivienda para destinarlas a su renta, constituyendo un derecho real de superficie por el plazo de treinta años y transcurridos quince años, si el superficiario restituyera la propiedad superficiaria sin someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal y mantuviera un contrato personal de cesión del espacio aéreo con un tercero, producida la extinción con las correspondientes indemnizaciones y desvinculado del superficiario, y el propietario decidiera subdividir las

cuanto admitírsela con la autonomía que predicamos— es la del vuelo” (CAUSSE, Jorge R., Los desafíos del derecho de superficie, *El Derecho*, 02/07/2024, p. 2).

unidades y otorgar el reglamento de copropiedad, podría sin más adjudicar la unidad construida sobre el espacio aéreo al titular del derecho personal.

De este modo el titular del derecho personal estaría en una mejor condición que el mismo superficiario.

Del artículo 2120 del CCyCN surge que el gravamen y transmisión de las unidades privativas se pueden realizar durante el plazo del derecho de superficie (un máximo de setenta años para las construcciones) "sin necesidad de consentimiento del propietario".

Ergo, si el propietario que conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho (*dominus*) autoriza que el derecho personal a sobreelevar exceda al plazo del derecho de superficie nada impide que así se convenga.

3. AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

En el caso de que el derecho real tenga como objeto la construcción de edificios, locales y demás inmuebles aptos para la vivienda o destino comercial y/o profesional, el superficiario puede afectar dichas construcciones al régimen de propiedad horizontal.

La ley pondera que no puede constituirse con la separación del terreno porque este le va a seguir perteneciendo al mismo dueño del suelo. En este sentido deberíamos diferenciar dos aspectos, por un lado, la edificación sobre el terreno que puede ser afectada al régimen de la propiedad horizontal y por el otro, el suelo donde se asienta esa edificación va a seguir perteneciendo al dueño del terreno.

Por lo tanto, constituye una excepción (¿inadmisible?) a la legislación de la propiedad horizontal porque el terreno que es parte común de los copropietarios, no le va a pertenecer a los propietarios de la edificación, sino al dueño originario del terreno.

Existe, por añadidura, la posibilidad que se pacte que dicho derecho subsistirá una vez cumplido el plazo del derecho de superficie, que las enajenaciones que se realice el superficiario de las diferentes unidades funcionales, subsistirá una vez finalizado el plazo del derecho de superficie.

Las partes también pueden pactar, que, una vez finalizado el derecho de superficie, determinada cantidad de unidades pasen a propiedad del superficiario en carácter de la indemnización debida a este.

Se puede dar el supuesto de que el propietario del suelo sea el que efectúa primero la afectación al régimen de la propiedad horizontal y que luego constituya el derecho de superficie poniendo en cabeza del superficiario, la obligación de la construcción.

El superficiario se vería beneficiado en el sentido de que mientras dure el derecho superficie podrá enajenar, alquilar, constituir derechos reales y demás facultades otorgadas por ley y las partes. El propietario, una vez extinguido el derecho de superficie, se beneficiará con las construcciones de las cuales será su propietario y se valorizará su inmueble producto de los trabajos y edificaciones realizadas por el superficiario.

En el caso de que el derecho de superficie recaiga sobre una construcción ya existente y que se prevea la posibilidad de construir otros pisos y otras unidades sobre esa construcción, esa posibilidad desde ser dispuesta por el reglamento del consorcio originario o en su defecto debe ser decidido unánimemente por los copropietarios.

Es indudable que la ley reconoce esta posibilidad para fomentar el desarrollo inmobiliario y la inversión en construcciones fomentando el despliegue de la industria.

La constitución del derecho real de superficie, que se presenta como una excepción al principio de accesión inmobiliaria, es, en definitiva, la cesión temporal por el propietario del uso y goce de la superficie a cambio de una contraprestación (por ejemplo, un canon o una participación en las construcciones).

Aunque el terreno es esencial, la ley permite que el superficiario construya sobre él, siempre que se cumplan los requisitos legales.

“La superficie es un derecho real sobre bien ajeno, caracterizado por su temporalidad; faculta al superficiario a construir, adquiriendo por un tiempo determinado y extenso la propiedad sobre el edificio (propiedad superficiaria), la que revierte en favor del propietario del suelo al finalizar la relación jurídico real. El plazo de vigencia del derecho de superficie es importante pues su extensión está en estrecha relación con el retorno de la inversión realizada en la construcción. El estudio del aspecto temporal de la superficie debe estar acorde con las nuevas exigencias del mercado, modelos de inversión y del tráfico inmobiliario, ello de la mano con su tratamiento jurídico a la altura del nuevo concepto de la propiedad y su función social a

fin de diversificar y dinamizar las ofertas inmobiliarias e impulsar proyectos de inversión⁵.

En la visión romana del dominio — concebido como la *summa in re potestas* y definido por su contenido: *ius utendi et fruendi et abutendi* — las prerrogativas de edificar, plantar o forestar pertenecen al propietario del suelo.

“El derecho real de superficie importa un quiebre de estos postulados, una excepción; en la medida que permite que otra persona distinta del dueño del inmueble tenga derecho de construir, plantar o forestar en el mismo; y de hacer suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones incorporadas; o de adquirir las existentes, con prescindencia de la propiedad del suelo. Su característica más saliente radica en la separación del dominio del terreno, del derecho del superficiario de construir, plantar o forestar en el predio ajeno, y de adquirir la propiedad de lo producido”⁶.

Explica, en nuestro criterio correctamente, Gabás⁷ que “Al decir que «los» titulares del derecho de propiedad horizontal pueden constituir un derecho de superficie, sin ningún tipo de aclaración, puede entenderse que cualquier titular de tal derecho puede constituirlo, a partir del art. 2039 que dice que la propiedad horizontal «se determina» en la unidad funcional.

Por eso hacemos hincapié en que el plural «los» es correcto, pero insuficiente. Decir «los propietarios» sin aclaración alguna puede perfectamente dar a entender que cualquier propietario puede constituirlo.

Pero ello no es así. Los titulares del derecho real de propiedad horizontal individualmente no pueden constituir ningún derecho de superficie, por imposibilidad material y además porque todo acto de disposición jurídica sobre partes o cosas comunes en beneficio particular requiere la unanimidad de voluntades del consorcio”.

⁵ GUARDIOLA, Juan José; ROSPIGLIOSI, Enrique Varsi, “Perpetuidad o temporalidad del derecho real de superficie”, *Revista de Direito Civil Contemporâneo*. vol. 37. año 10. p. 309-336. São Paulo: Ed. RT, out./dez. 2023.

⁶ DE ROSA, Carlos A. - TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas”, 25/03/2024, TR LALEY AR/DOC/595/2024.

⁷ GABÁS, Alberto A., “El derecho de superficie en la propiedad horizontal y la propiedad horizontal superficiaria”, 08/09/2015, MJ-DOC-7386-AR | MJD7386.

En definitiva, se debió aclarar que es el total de los propietarios o la unanimidad, vale decir todos los titulares de unidades funcionales. El artículo debió decir el consorcio, o la unanimidad o totalidad de los propietarios, o la asamblea de propietarios por unanimidad.

Esto se debe a que ningún propietario individualmente puede hacerlo, pues no hay espacio en la unidad funcional, aun de espacios abiertos, o vanos, como patios, sobrantes de terreno, o balcones, aun cuando figuren en los planos como de propiedad exclusiva o formando parte integrante de la unidad funcional, que pueda tener carácter privativo y en el mejor de los casos será un sector de uso privativo, pero de propiedad necesariamente común (volvemos al enunciado del mentado artículo 2041 del código de fondo).

Sabido es, por otra parte, que el artículo 2052 del CCyCN⁸ exige la unanimidad de voluntades para toda obra nueva que grave o modifique la estructura del inmueble de una manera sustancial. En este caso, no solo no se cumplen tales recaudos, sino que se está efectuando un acto de disposición que no solo autoriza a un tercero a construir, sino que, además, se efectiviza un acto de disposición jurídica sobre una parte o sector de propiedad común, que a su vez originará un inmueble que se adjudicará en propiedad (superficiaria) a un tercero.

Se puede recurrir también al artículo 1990 del CCyCN: “Disposición y mejoras con relación a la cosa. La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos...”, por ser un sector común les pertenece a todos los titulares en condominio. En el caso que los titulares de propiedad horizontal le confieran derecho a un tercero para que construya y la construcción se incorpore a la propiedad horizontal ya existente es claro, que no se trata de la constitución del derecho real de superficie, en ese caso se está constituyendo un derecho de sobreedificación; el tercero realizará la

⁸ La constitución del derecho de superficie en estos casos se debe realizar a través de la aprobación de la totalidad de los titulares de las diferentes unidades funcionales, ello se debe a la regulación del artículo 2052 del CCyC que establece que: “Mejora u obra nueva que requiere unanimidad. Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios”, para realizar una obra que modifica la estructura de manera sustancial de un sector común, no hay otra alternativa legal que hacerlo a través del previo consentimiento unánime de todos los titulares.

construcción mediante el consentimiento unánime de los titulares del derecho real de propiedad horizontal y luego para poder esa construcción incorporarla bajo el sistema de propiedad horizontal deberá realizarse la correspondiente modificación del plano de mensura horizontal con su inscripción pertinente y la posterior modificación del reglamento bajo la forma de escritura pública, todo por el acuerdo unánime y posterior inscripción de la modificación en el registro de la propiedad inmueble.

En caso de la concesión del derecho personal a sobreelevar o subedificar (en el reglamento de propiedad horizontal o en su modificación o por acto aparte), lo edificado es de titularidad de los copropietarios, ello porque a los propietarios les pertenece a todos en común el terreno y como consecuencia del principio de accesión, les pertenecerá las construcciones, lo edificado en el espacio aéreo o subsuelo, cuando la obra ya esté concluida y efectuada la modificación del plano y el reglamento se le adjudicará o transmitirá a quien edificó el derecho de dominio sobre lo edificado⁹.

Gabás¹⁰ también agrega que: “Dada la característica de construir en terreno ajeno para adquirir la propiedad de lo edificado, se le aplican los principios del derecho de sobreconstrucción, a pesar de la diferencia en la naturaleza de uno y otro, ya que este es un derecho personal y el de superficie es real, y además que el derecho de sobreconstrucción solo es concebible dentro del régimen de propiedad horizontal”.

Así las cosas, esa nueva unidad superficiaria no constituye una nueva subparcela, no se le asigna porcentual, pero indefectiblemente en pos de reflejar la veracidad constructiva se la incorporará en los planos y se tendrá que modificar el reglamento de propiedad horizontal, pero sin incorporar una nueva unidad funcional.

En el caso, el titular de esa unidad será un ocupante más, pero no un propietario exclusivo de su unidad y copropietario de las cosas, partes y bienes comunes, no obstante que tendrá el uso de ellas en función de la unidad que ocupará.

⁹ DESAGES, Marianela, Derecho real de propiedad horizontal y la posibilidad de constituir derecho real de superficie, 12/09/2019, eDial DC2858. Suplemento de Derecho de la Propiedad Horizontal, Conjuntos Inmobiliarios y Derecho Inmobiliario de eDial.com.

¹⁰ GABÁS, Alberto A., El derecho de superficie en la propiedad horizontal y la propiedad horizontal superficiaria, 08/09/2015, MJ-DOC-7386-AR | MJD7386.

Como dijimos, no tendrá porcentual asignado al no ser cotitular del terreno, ni del resto de las cosas comunes. De modo tal que únicamente tendrá que contribuir con los gastos y erogaciones comunes si se determina en el contrato que constituye el derecho de superficie, dado que de otra manera no estaría obligado al pago por el uso y goce de aquellas.

De igual forma, al no ser propietario de unidad funcional determinada, no tendrá los derechos políticos ínsitos a los copropietarios del régimen del derecho real de propiedad horizontal (ergo, participar en asambleas consorciales, deliberar y votar).

Entonces, el superficiario contaría con un derecho (en el supuesto que se admita que un solo titular de una unidad funcional puede constituir el derecho real de superficie) que no sabe si va a poder ejercer, porque debería obtener, como ya se ha expresado, el consentimiento de los demás titulares de las otras unidades funcionales, quienes son ajenos al negocio jurídico entre el titular y el superficiario.

Es importante resaltar que la unidad funcional está integrada por partes propias y partes comunes conforme al artículo 2039, "...la unidad funcional comprende la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble o indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más unidades complementarias destinadas a servirla".

La elevación, construcción, subedificación solo podría hacerse sobre partes comunes de uso exclusivo, por ejemplo, un patio solar.

Concluido el plazo acordado, la propiedad vuelve al dueño del terreno, en este caso recobrará el carácter común, el mismo que tenía el espacio aéreo, o el rasante del excedente de terreno o el subsuelo donde se construyó el inmueble.

"A partir de la cesación del derecho de superficie, los propietarios decidirán si continúan manteniéndola como parte común asignándole el destino que deseen o en su efecto, la incorporan catastralmente como una nueva unidad funcional, modifican los planos de agrimensura, se le asigna un porcentual, se reforma el reglamento de propiedad, y a partir de ese momento el edificio tendrá una nueva unidad funcional, que el consorcio podrá transferir a un tercero por el acto jurídico que disponga, o en definitiva decidirá lo que crea conveniente, incluyendo quedársela bajo su titularidad,

pues ya no se discute la posibilidad de que el consorcio puede ser titular de un inmueble”, comenta Gabás¹¹.

Lo dicho anteriormente por conducto de lo preceptuado en el artículo 2125 del código sustantivo, el que expresa: “Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario”.

4. LA PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA

Por lo hasta aquí expuesto, podríamos mencionar que de lo que estamos hablando es de una suerte de “propiedad horizontal superficiaria” que constituiría una no taxativamente legislada propiedad horizontal especial (una especie de propiedad horizontal derivada de la común o clásica, en el sentido que se le da al derecho real de conjuntos inmobiliarios, artículos 2073 y ss. del CCyCN).

Mientras que, como esbozamos al comienzo de esta ponencia, el Código en su artículo 2041 tipifica como cosa y parte “necesariamente común” al terreno¹², por lo que no puede ser de otra manera ni asignársele otro carácter, deja de serlo con el sometimiento al derecho real de superficie.

El artículo 2120 del CCyCN predica en su segundo párrafo: “(...) El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

A su tiempo, el artículo 2128 del código fonal determina que “Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del

¹¹ GABÁS, Alberto A., El derecho de superficie en la propiedad horizontal y la propiedad horizontal superficiaria, 08/09/2015, MJ-DOC-7386-AR | MJD7386

ARTICULO 2041, CCyCN.- Cosas y partes necesariamente comunes. Son cosas y partes necesariamente comunes: a) el terreno; (...).

dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título”.

Así, el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

Construido el inmueble por el adquirente del derecho de superficie o adquirida la propiedad superficiaria de un inmueble ya edificado, su titular está facultado a afectarla al régimen de propiedad horizontal, para lo cual deberá realizar todas las obras necesarias a que hubiera lugar, sobre todo las que aseguren la funcionalidad de cada unidad (independencia y salida directa a la vía pública o por pasaje común); efectuará la subdivisión material, administrativa y jurídica; lo subparcelará; redactará el reglamento de propiedad y venderá las unidades funcionales, como “propiedad horizontal superficiaria”, es decir, sujeta a plazo resolutorio.

Sobre lo dicho, no cabe duda de que esta “propiedad horizontal especial” destruye la naturaleza jurídica del derecho real de propiedad horizontal, que implica indefectiblemente una conjugación de dominio privativo sobre la unidad funcional y condominio de indivisión forzosa sobre cosas, partes y bienes comunes.

Paralelamente, sabemos que el dominio horizontal es perpetuo, como el dominio común; sin embargo, aquí se trata de un dominio sujeto a plazo resolutorio, o sea que se le aplican los principios del dominio revocable conforme lo determina el Código unificado.

Se trata de un dominio sujeto al plazo resolutorio que se haya pactado y que en ningún caso podrá superar los setenta años.

A todo esto, no es desdeñable señalar que una de las casuales de extinción del régimen jurídico de la propiedad horizontal es la destrucción total o demolición del edificio siendo la otra causal la desafectación decidida por el acuerdo unánime de los propietarios instrumentado en escritura pública o por resolución judicial, inscripta en el registro inmobiliario, conteste el segundo párrafo del artículo 2044, CCyCN.

Empero, por el artículo 2122 del referido corpus se dice que, producida la destrucción o demolición del inmueble, el derecho de superficie

no se extingue si en el plazo de seis años el propietario superficiario lo reconstruye, salvo que se haya pactado que tal destrucción lo extingue¹³. 13

Por otro costado, también se estaría creando una tercera causal de extinción de la propiedad horizontal - allende de la destrucción del edificio y la desafectación voluntaria del régimen -, que la constituye el cumplimiento del plazo pactado.

Por ello Gabás, al que seguimos en esa línea, concluye: “Cumplida la cláusula resolutoria, desaparece el derecho de superficie y, con él, la propiedad horizontal, y el inmueble vuelve al titular o a los cotitulares del terreno. Se vuelve al régimen del dominio común. Renace el principio de accesión que estuvo interrumpido temporariamente. Al poder someter a propiedad horizontal, el propietario superficiario se convierte en un nuevo legitimado para redactar el reglamento respectivo, introduciendo una nueva modificación al art. 2038, que señala como únicos facultados al propietario y copropietario”.

Añadiendo: “La propiedad horizontal no pueden ser varias cosas, o una cosa y además «otra cosa». No es un dominio revocable, entonces, cómo se entiende que haya una propiedad horizontal revocable -consecuencia necesaria de la revocación del derecho de superficie-”¹⁴.

Surge fatal la incongruencia legislativa entre el artículo 2037 del CCyCN al regular que “La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble, así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”, con la inexistencia de propiedad común por parte del titular de un derecho de propiedad horizontal superficiaria.

¹³ ARTICULO 2122, CCyCN.- Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

¹⁴ GABÁS, Alberto A., “El derecho de superficie en la propiedad horizontal y la propiedad horizontal superficiaria”, 08/09/2015, MJ-DOC-7386-AR | MJD7386.

Anteriormente habíamos comentado que el superficiario apenas tiene el uso y goce de dichas cosas, partes y bienes comunes, como también lo tiene un tenedor o un titular de un derecho personal.

Y, finalmente, arribamos al interrogante introducido al comienzo de este trabajo: si el terreno es “necesariamente común”, como reza el artículo 2041, inc. a) del CCyCN, cómo se compadece esta disposición legal con la propiedad horizontal superficiaria, donde el terreno es de un tercero ajeno.

En los conjuntos inmobiliarios, por su lado, en el artículo 2076 del CCyCN se prescribe que son “Cosas y partes necesariamente comunes. Son necesariamente comunes o de uso común las partes y lugares del terreno destinadas a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales, instalaciones y servicios comunes, y todo otro bien afectado al uso comunitario, calificado como tal por el respectivo reglamento de propiedad horizontal que regula el emprendimiento.

Las cosas y partes cuyo carácter de comunes o propias no esté determinado se consideran comunes” (principio de comunidad, este último, que replica lo determinado en el artículo 2040 del código único), lo que significa que la subparcela donde se levanta la unidad funcional es cosa o parte propia o exclusiva del titular del derecho.

En el supuesto de los conjuntos inmobiliarios, la solución es diferente, pues en este caso se podría constituir el derecho real de superficie por parte de un solo titular de una unidad funcional. Debido a que la propiedad horizontal especial, tiene una peculiaridad, que se aparta de la propiedad horizontal común, dado que en los conjuntos inmobiliarios el terreno sobre donde recae la unidad funcional no es común sino propio; el artículo 2077 del CCyCN al respecto estipula: “Cosas y partes privativas. La unidad funcional que constituye parte privativa puede hallarse construida o en proceso de construcción...”.

En este derecho real, si el titular de la unidad funcional confiere a un tercero el derecho de superficie, el superficiario podrá construir o edificar sin precisar el consentimiento de los restantes como sucedía en el supuesto de la propiedad horizontal común o clásica.

En consecuencia, podría el propietario de la unidad funcional en un conjunto inmobiliario conceder el derecho de superficie en ambas modalidades, ya que en estos emprendimientos la unidad podrá enajenarse construida o en proceso de construcción. Otra posibilidad relacionada con la

legitimación es que el titular de dominio o los condóminos (en su totalidad) le otorguen al superficiario el derecho de superficie para que éste construya y luego pueda a esas construcciones que realice someterlas bajo el sistema de la propiedad horizontal¹⁵.

Como corolario de este acápite, el artículo 2125 del mismo plexo normativo, establece que, por efecto de la extinción por vencimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario, por concluir la suspensión al principio de accesión (artículo 1945 CCyCN¹⁶) a la cual estaba subordinada su titularidad. Por lo tanto, el propietario hace suya esas construcciones y el derecho real de propiedad horizontal que había constituido el superficiario se extingue.

Vale decir, que el propietario del lote o terreno se constituye en propietario del edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal, libre de ocupantes sea por derechos personales o reales (copropietarios, superficiarios, poseedores, locatarios).

Esa propiedad horizontal extraña se transforma en dominio puro y simple por confusión y renace el principio de accesión. Solo habría que inscribir la extinción del derecho en el Registro de la Propiedad inmobiliaria.

En el supuesto de que la extinción se produzca por otra causal que no sea el vencimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales que gravan a la superficie como al terreno continúan gravando separadamente a las dos propiedades, como si no hubiere existido extinción, hasta el vencimiento del plazo del derecho de superficie (cfr. segundo párrafo del citado artículo 2125 del CCyCN).

¹⁵ DESAGES, Marianela, “Derecho real de propiedad horizontal y la posibilidad de constituir derecho real de superficie”, 12/09/2019, elDial DC2858. Suplemento de Derecho de la Propiedad Horizontal, Conjuntos Inmobiliarios y Derecho Inmobiliario de elDial.com.

¹⁶ Art. 1945, CCyCN.- *Extensión*. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie. Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.

PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL ARTÍCULO 2122 DEL CCyC

Por Mariana Rey¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho real de superficie (como género) se divide en dos fases muy distintas entre sí (especies), especialmente, por recaer sobre objetos diferentes.

2. Entre las dos fases se producen transiciones que complejizan la estructura del derecho real de superficie.

3. La destrucción total de la cosa como modo de extinción de los derechos reales tiene diferente alcance en cada una de las fases del derecho real de superficie, porque debe ser aplicada al objeto sobre el que recae cada una.

4. El legislador confundió las dos fases al regular el supuesto de destrucción de lo construido, plantado o forestado, como modo de extinción del derecho real de superficie en el artículo 2122 CCyC.

5. La destrucción total de lo construido, plantado o forestado es causal de extinción de la propiedad superficiaria, en todos los casos, en razón de la desaparición de su objeto (la cosa propia).

6. La destrucción de lo construido, plantado o forestado transforma el derecho real de superficie en el derecho a construir, plantar o forestar, el que se mantendrá vigente en la medida que el superficiario construya, plante o foreste nuevamente, dentro del plazo exigido por la norma, salvo pacto en contrario.

7. Proponemos la modificación de la redacción del artículo 2122 del CCyC por la siguiente: *“Destrucción de la propiedad superficiaria: la destrucción total de lo construido, plantado o forestado extingue la propiedad superficiaria, la cual, salvo pacto en contrario, se transforma en el derecho a construir, plantar o forestar, que subsistirá siempre que el superficiario construya nuevamente dentro del plazo de 6 años, que se reduce a 3 años para plantar o forestar.”*

¹ Abogada. Profesora adjunta interina de las materias Elementos de Derecho Civil Parte General y Derechos Reales de la Universidad de Buenos Aires.

II. FUNDAMENTOS

1. LA EXISTENCIA DE DOS FASES QUE RECAEN SOBRE OBJETOS DISTINTOS HACE QUE LA ESTRUCTURA DEL DERECHO REAL SEA COMPLEJA.

El derecho real de superficie está integrado por dos posibles fases: el derecho de construir, plantar o forestar, por un lado, y la propiedad superficiaria, por el otro. Es imprescindible distinguir cual es el objeto sobre el que recae cada una de las fases.

a) Fase del derecho a construir, plantar o forestar

Se trata del plazo de tiempo durante el cual el superficiario tiene la facultad de construir, plantar o forestar sobre el rasante, el subsuelo o el espacio aéreo de un inmueble, o parte materialmente determinada de él, y de hacer propio lo incorporado, sin que se haya materializado todavía una construcción, plantación o forestación en sí misma. En esta fase, el objeto del derecho real es un bien en sentido estricto (artículo 16 del CCyC), es decir, un derecho propio, a construir, plantar o forestar en terreno ajeno². Nos referimos al suelo, el vuelo (espacio aéreo) o subsuelo -según el plano horizontal que se haya definido- sobre el que se asentará en el futuro la construcción, plantación o forestación. Sobre este punto, es necesario tener en cuenta que el artículo 1888 CCyC enumera los derechos reales que recaen sobre cosa propia y menciona a la superficie “*si existe propiedad superficiaria*”, y aclara “*los restantes derechos reales, recaen sobre cosa ajena*”. A nuestro entender, la interpretación correcta es la siguiente: si no hay propiedad superficiaria, el derecho real recae sobre un derecho propio, que se ejerce sobre cosa ajena.

b) Fase de la propiedad superficiaria.

Esta fase transcurre desde que podemos considerar que existe una construcción, plantación, o forestación en sí misma, sobre la que recae una

² Peralta Mariscal, Leopoldo L., Libro Cuarto. Derechos Reales - Título VII. Superficie en Heredia, Pablo D. y Calvo Costa, Carlos A., *Código Civil y Comercial comentado y anotado*, Tomo VII, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley, 2022, pág. 846.

propiedad denominada superficiaria -por encontrarse en cabeza del superficiario- que se diferencia de la propiedad del inmueble sobre el que se asienta, que seguirá perteneciendo al nudo propietario. Esto hace que el objeto sobre el que recae la superficie, en esta fase, sea una cosa propia: lo construido, plantado o forestado en terreno ajeno. Esto se desprende del artículo 1888 del CCyC que, como ya hemos mencionado, al enumerar los derechos reales que recaen sobre cosa propia, menciona “*la superficie si existe propiedad superficiaria*”. En esta misma línea, el artículo 2115 del CCyC indica que el superficiario “*hace propio lo plantado, forestado o construido*”, y que “*También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad*” (lo subrayado nos pertenece).

c) *La transición entre fases.*

En primer lugar, es necesario aclarar que no necesariamente tienen que presentarse ambas fases en todos los casos, ya que puede suceder que al momento en que se constituya el derecho real de superficie, ya exista alguna construcción, plantación o forestación³. En este caso, desde el nacimiento de este derecho real, nos encontraríamos en la fase de la propiedad superficiaria sin haber pasado por la fase del derecho a construir, plantar o forestar.

Sin perjuicio de ello, también puede ocurrir que haya una transición entre las fases. Esto sucedería si el derecho real de superficie nace sin que haya algo construido, plantado o forestado todavía. Se produciría una transición a la segunda fase cuando se materializara lo construido, plantado o forestado⁴. También puede darse una transición que opere al revés. Esto ocurriría cuando, estando en la fase de la propiedad superficiaria, se produce la destrucción de lo construido, plantado o forestado, pasando así de la fase de la propiedad superficiaria a la fase del derecho a construir,

³ Así lo prevé expresamente el artículo 2115 del CCyC como segunda modalidad cuando establece que “También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad”.

⁴ Así, “Una vez realizada la plantación o construcción, sin solución de continuidad y sin necesidad de formalidad alguna, aparece la propiedad superficiaria sobre lo plantado o construido que corresponde al superficiario” Mariani de Vidal, M. y Abella, A., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo I, primera edición, Editorial Zavalía, Buenos Aires, 2016, pág. 369.

plantar o forestar, operando una transformación del derecho real, como veremos en el punto 5.

De esta manera, pueden presentarse transiciones entre las dos fases, en ambos sentidos, sin un límite específico, siempre que se cumplan los plazos máximos previstos por la norma para que el superficiario realice una nueva construcción, plantación o forestación, de forma tal que haya una continuidad en el ejercicio del derecho real (artículos 2122 y 2124 del CCyC). Es necesario aclarar que la existencia de la fase de la propiedad superficiaria no implica que desaparezca el derecho de construir, plantar o forestar, ya que el superficiario mantendrá el derecho de seguir construyendo, plantando o forestando hasta agotar el alcance máximo que se hubiera establecido en el título constitutivo. Nos referimos a los casos en los que la construcción, plantación o forestación se hiciera en etapas o por partes⁵.

Esta característica del derecho real de superficie lo distingue de los demás. No hay otro derecho real en nuestro ordenamiento que presente dos fases reguladas ambas con alcance real y que recaigan sobre objetos diferentes. Por esta dualidad de objeto es que se ha sostenido que la naturaleza jurídica de este derecho real es mixta⁶.

2. PARA ANALIZAR SI OPERA O NO EL MODO DE EXTINCION QUE REFIERE A “LA DESTRUCCION DE LA COSA” DEBE IDENTIFICARSE LA “COSA” A LA QUE SE HACE REFERENCIA.

El artículo 1907 del CCyC prevé como uno de los modos de extinción aplicables a los derechos reales en general, “la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción”. Este modo de extinción

⁵ Pensemos por ejemplo en el caso en el que se hubiera pactado la facultad de construir una edificación de hasta 3 pisos de altura. Supongamos que el superficiario ya construyó el primer piso y suspendió temporalmente la obra hasta juntar más dinero para continuar avanzando. En este supuesto, hay propiedad superficiaria, y, asimismo, derecho a construir porque el alcance previsto en el título constitutivo todavía no está agotado.

⁶ Guardiola, Juan J., Capítulo 12 El derecho real de superficie, en Clerc, Carlos M., Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius 2016, pág. 281. Esto también se ha sostenido en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

aplicado al derecho real de superficie tiene distinto alcance según la fase en la que nos encontremos.

En la fase del derecho a construir, plantar o forestar, como ya hemos señalado, el objeto es el derecho (propio), a construir, plantar o forestar, que se ejerce sobre una cosa es ajena, que es el inmueble cuya propiedad pertenece al nudo propietario. Entendemos que cuando el artículo 1907 CCyC se refiere a la destrucción total de la “cosa”, en esta fase, se refiere a la destrucción del suelo, sobre el cual se emplace el derecho a construir, plantar o forestar⁷. En cambio, en la fase de la propiedad superficiaria, la cosa es lo construido, plantado o forestado. Este objeto es el que debería quedar destruido en este caso, para que se extinga el derecho real.

3. EL ARTICULO 2122 CCYC PRESENTA DEFECTOS DE TÉCNICA LEGISLATIVA QUE DEBEN SER MODIFICADOS

El artículo en cuestión indica que “La propiedad superficiaria no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de 6 años, que se reduce a 3 años para plantar o forestar” (el subrayado es propio).

En primer lugar, creemos que hay una complejidad innecesaria en indicar como título del artículo “Destrucción de la propiedad superficiaria”, y establecer una redacción que comienza diciendo lo contrario: “*La propiedad superficiaria no se extingue...*”. Resultaría más claro el concepto si se aplicara una estructura simple que siga una mejor técnica legislativa.

Asimismo, se incluye la expresión “salvo pacto en contrario” en medio de la redacción, generando problemas de interpretación. Una posibilidad sería concluir que se refiere a que las partes podrían pactar que se extinga el derecho de construir, plantar o forestar si se extingue la propiedad superficiaria. A pesar de la poca claridad de la norma, las Dras.

⁷ “En última instancia, el objeto del derecho de superficie es el suelo ajeno, de modo que mientras éste exista, subsistirá el objeto del derecho de superficie” Kiper, Claudio, Libro Cuarto. Derechos Reales - Título VII. Superficie en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IX, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 732.

Mariani de Vidal y Abella, así lo entienden cuando indican que “La destrucción de la propiedad superficiaria no ocasiona por sí misma la extinción del derecho de superficie, excepto pacto en contrario”⁸.

Otra interpretación podría ser que la facultad de pactar en contrario se refiera, en realidad, a los plazos indicados para construir, plantar o forestar nuevamente. También se puede interpretar que se haya querido referir a ambas cuestiones (esta es la interpretación que consideramos acertada, aunque en el caso de la modificación de plazos consideramos que solo sería posible pactar plazos más cortos, y no la extensión de estos).

Los defectos señalados nos convencieron de la necesidad de proponer *de lege ferenda*, la modificación de la redacción del artículo 2122 CCyC, para clarificar los conceptos que explicaremos en los puntos 4 y 5 a continuación.

4. EL ARTICULO 2122 CCYC INCURRE EN UN ERROR AL SEÑALAR QUE NO SE EXTINGUE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA ANTE LA DESTRUCCION DE LO CONSTRUIDO, PLANTADO O FORESTADO

d) La destrucción de lo construido, plantado o forestado, en forma total, necesariamente extingue la propiedad superficiaria, no pudiéndose pactar lo contrario, ni sujetarlo a condición alguna.

La propiedad superficiaria sí se extingue con la destrucción total de la cosa sobre la que recae⁹. Sin lugar a dudas, sin cosa propia no puede existir propiedad superficiaria, porque no puede haber derecho real sin objeto.

Lo que es necesario aclarar es que, en este supuesto en el que lo construido, plantado o forestado se ha destruido, las partes no podrían

⁸ Mariani de Vidal, M. y Abella, A., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo I, primera edición, Editorial Zavallía, Buenos Aires, 2016, pág. 386.

⁹ “Siempre hemos creído que el derecho de propiedad no es sino la asignación de potestades que se ejercen en la cosa, por lo que su ausencia priva de titularidades a los sujetos. No dejamos de anotar que el Código refiere al supuesto de extinción por destrucción como destrucción total de la cosa.” Causse, Federico J. y Pettis, Christian R. Libro Cuarto. Derechos Reales - Título I. Disposiciones generales en Herrera Marisa, Caramelo Gustavo, Picasso, Sebastian en *Código Civil y Comercial Comentado*, Tomo V, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, pág. 38.

pactar que sobreviva la propiedad superficiaria, porque, como hemos indicado, no podría subsistir un derecho real sin objeto. Esto sin perjuicio de que el artículo 2122 CCyC autorice la reconstrucción, replantación o reforestación. A pesar de que el superficiario vuelva a construir, plantar o forestar dentro del plazo exigido por la norma, en el ínterin de tiempo que transcurra, operará la transformación a la fase del derecho a construir, plantar o forestar sobre la que nos explayaremos en el punto 5 siguiente (salvo que las partes hubieran pactado lo contrario, en cuyo caso se extinguiría el derecho real de superficie). La exigencia de reconstruir, replantar o reforestar es para que se mantenga vigente el derecho a construir, forestar o plantar, pero no para la existencia de la propiedad superficiaria.

Entendemos que lo que indica el artículo 1907 CCyC cuando se refiere a que la destrucción de la cosa implica la extinción del derecho real salvo que se autorice su reconstrucción, en realidad se refiere al derecho real de superficie como género (comprensivo de ambas fases) y no como especie (las fases). Siguiendo este razonamiento, como ante la destrucción de la propiedad superficiaria, opera una transformación al derecho de construir, plantar o forestar, siempre que se reconstruya, replante o reforeste dentro del plazo máximo requerido, y que las Partes no hubiesen pactado lo contrario, no se produce la extinción del derecho real de superficie como género.

5. LA DESTRUCCION DE LO CONSTRUIDO, PLANTADO O FORESTADO IMPLICA LA TRANSFORMACION DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL DERECHO A CONSTRUIR, PLANTAR O FORESTAR, SALVO PACTO EN CONTRARIO

El derecho a construir, plantar o forestar no necesita de la existencia de la propiedad superficiaria¹⁰.

¹⁰ “Lo que se extingue realmente por la falta de objeto es la propiedad superficiaria, pero no el derecho de goce que ostenta el superficiario sobre el suelo ajeno, siempre que edifique o plante en los plazos previstos”. Kiper, Claudio, Libro Cuarto. Derechos Reales - Título VII. Superficie en Lorenzetti, Ricardo Luis, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Tomo IX, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pág. 732.

En otros Códigos Civiles este punto también está previsto de esta manera. El Dr. Guardiola hizo un pormenorizado análisis¹¹ del cual podemos tomar los siguientes ejemplos claros. El artículo 1033 del Código Civil de Perú indica que “*El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido*”. Por su parte, la ley 433 de la Compilación de Navarra establece que “*Si la edificación pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie, y el superficiario podrá proceder a la reconstrucción*”. Al respecto cabe destacar que en ambos casos refieren a la subsistencia del “derecho de superficie” (que consideramos que se refiere al derecho real de superficie como género), y no de la propiedad superficiaria (que es el término utilizado por el artículo 2122 del CCyC, a nuestro entender erróneamente).

Lo que sostenemos es que, extinguido lo construido, plantado o forestado, el derecho real se transforma en un derecho a construir, plantar o forestar. No es correcto técnicamente sostener que se trata de que ese derecho “sobrevive” ante la destrucción de lo construido, plantado o forestado, ya que podría ocurrir que nunca existió ese derecho, si el derecho real de superficie se hubiera constituido originalmente en la segunda modalidad que admite el artículo 2115 CCyC, es decir, directamente sobre lo construido, plantado o forestado (fase de la propiedad superficiaria).

A nuestro entender, es aquí donde aplica la posibilidad de las partes de pactar lo contrario, es decir, pactar que no opere tal transformación y se extinga por completo el derecho real de superficie.

Lo que sí impone la regulación del artículo 2122 CCyC en caso de que opere la transformación, es que el superficiario deberá construir, plantar o forestar nuevamente dentro del plazo establecido por la norma, para que se mantenga vigente el derecho. Este requisito opera como una condición resolutoria. Entendemos que esta exigencia hace al fundamento de este derecho real, que está relacionado con la función social de mantener el fundo en actividad productiva.

6. NUESTRA PROPUESTA

¹¹ Guardiola, Juan J., Capítulo 12 El derecho real de superficie, en Clerc, Carlos M., Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Erreius 2016, pág. 306.

Por todo lo expuesto, proponemos de lege ferenda, la modificación del artículo 2122 del CCyC por la siguiente redacción: “Destrucción de la propiedad superficiaria: La destrucción total de lo construido, plantado o forestado extingue la propiedad superficiaria, la cual, salvo pacto en contrario, se transforma en el derecho a construir, plantar o forestar, que subsistirá siempre que el superficiario construya nuevamente dentro del plazo de 6 años, que se reduce a 3 años para plantar o forestar.”

Entendemos que esta modificación es imprescindible para evitar interpretaciones erróneas respecto al alcance del supuesto de extinción del derecho real por la destrucción de la cosa (artículo 1907 del CCyC), previsto para todos los derechos reales, cuando estamos en presencia en concreto del derecho real de superficie.

DERECHO REAL DE SUPERFICIE: CONSIDERACIONES ACERCA DE LOS PLAZOS

Por Carolina Vanesa Rosas¹

I. CONCLUSIONES

1. Los plazos máximos regulados por el art. 2117 CCyC se computan desde que concurren el título suficiente y el modo suficiente.
2. Si las partes no han establecido ningún plazo, entendemos que, por el principio de conservación del acto, el acto es válido, y se le aplican los plazos máximos legales, es decir, cincuenta años si se trata de forestación, y setenta años si la finalidad pactada es la construcción.
3. La falta de indicación del plazo no anula el contrato, el que se deberá considerar constituido por el máximo legal.
4. No habría obstáculos en que las partes prorroguen el plazo, aun excediendo el total de los años permitidos, pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor al legal.

II. FUNDAMENTOS

1. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE. UNA PRIMERA APROXIMACIÓN.

En nuestro derecho, el derecho real de superficie fue expresamente prohibido por Vélez en el originario art. 2614 del Código Civil (CC), que disponía: “Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; no hacer en ellos vinculación alguna”. En la nota al art. 2503 CC, el codificador fundamentaba tal prohibición al señalar que: “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar...El derecho de superficie desmejoraría

¹ Profesora Titular de la UNA; profesora adjunta a cargo de la UCSF. Abogada (UCSF), Notaria (UCSF), Especialista en Derecho Sucesorio (UNL), Maestrando en Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario (UNA), doctorando UCA.

los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”.

Así, en el código velezano no hubo lugar para la superficie, pues era contraria a la idea del codificador, que seguía la concepción romana que postulaba que el propietario extendía su dominio hacia arriba, es decir, hacia el cielo, y hacia la profundidad del suelo.

Recordemos que, en el derecho comparado, el Código de Napoleón no la aceptó por ser considerado como una forma antigua de sofocación de la propiedad, aunque la jurisprudencia la aceptó; y en general los códigos decimonónicos fueron celosos de este derecho, pues protegían a la propiedad privada y no eran afines a la división. Sin embargo, fue regulada en los Códigos Civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811) como propiedad separada. Y volvió a cobrar auge en Europa en el siglo XX con el Código Civil Alemán.

En nuestro país las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en el año 1985 propiciaron la figura.

Luego, en el año 2011, la ley 25.509, denominada ley de superficie forestal, admitió a la superficie, pero exclusivamente ceñida a la finalidad de forestación y silvicultura. Su aplicación no tuvo tanto auge en el país, aunque sí podemos afirmar que algunas provincias de fuerte actividad forestal del norte del país, como Misiones, ha tenido cierta aplicación.

El Código Civil y Comercial (en adelante CCyC), vigente desde agosto del 2015, derogó la ley de superficie forestal, e incorporó al derecho de superficie al Libro IV, de los Derechos Reales, y le dio un mayor ámbito de aplicación, pues ya no se encuentra limitado a la finalidad de forestal, sino que también admite la finalidad de construcción. Así *el artículo 2114 CCyC lo define como “...un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio...”*.

Admite dos modalidades: a) confiere el derecho a plantar, forestar o construir, y hacerlo suyo, cuando al momento de su constitución nada existe; o b) hacer suyo lo ya plantado, forestado o construido.

El derecho de superficie disocia la propiedad del suelo de la superficie, e implica una suspensión del principio de accesión. Por ello, el

art. 1945 CCyC, cuando regula la extensión del dominio sobre inmuebles sienta la regla que dispone que: “...*El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño...*”, pero inmediatamente señala las excepciones; “*excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie*”.

2. INTERROGANTES ACERCA DE LOS PLAZOS.

Nuestro ordenamiento jurídico no recepta la idea de la superficie con carácter de perpetuidad, pues lo contrario implicaría admitir un desmembramiento permanente del dominio, lo cual no es propio de nuestra tradición jurídica; pues ya desde Vélez se sostuvo la tesis de intentar de evitar que los inmuebles estén gravados de manera perpetua. Incluso desde la misma definición del art. 2114 CCyC se señala que se trata de un derecho real temporario.

En cuanto a la duración, el código, en el art. 2117 establece plazos máximos distintos, atendiendo a la finalidad con la cual se ha constituido el derecho real de superficie. Así, cuando se trata de superficie con la finalidad de forestación el plazo máximo es de cincuenta años, en tanto que para la construcción el plazo es de setenta años. No advertimos la razón o fundamento de sostener plazos máximos distintos, y por qué la construcción habilita un plazo mayor que la forestación, cuando en esta última actividad podría justificarse razonablemente la necesidad de un plazo superior a los cincuenta años por el tiempo que puede insumir el crecimiento de algunas especies.

Ahora bien, una cuestión a dilucidar es desde cuándo se computan los plazos indicados. El propio art. 2117 CCyC establece que deben ser contados “*desde la adquisición del derecho de superficie*”; entendemos entonces que desde que concurren el título suficiente y el modo suficiente.

Otro punto interesante de destacar es que el CCyC nada dice sobre qué sucede si las partes no han establecido ningún plazo. Entendemos que, por el principio de conservación del acto, el acto es válido, y se le aplican los plazos máximos legales (cincuenta años si se trata de forestación, y setenta si la finalidad pactada es la construcción).

¿Y si las partes pactaron un plazo mayor al permitido? El CCyC tampoco resuelve este supuesto, pero coincidimos con destacada doctrina que sostiene que la falta de indicación del plazo no anula el contrato, y que se deberá considerar constituido por el máximo legal².

Otra cuestión a analizar es lo atinente a la prórroga, ya que el art. 2117 *in fine* CCyC dispone que: “...*El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos*”. De la literalidad de la norma pareciera surgir que, por ejemplo, si se ha pactado un derecho de superficie para forestar por treinta años, y luego las partes quieren prorrogar, no podrían hacerlo por más de veinte años, pues de lo contrario se estaría superando el máximo legal para esa finalidad (forestación). Sin embargo, siguiendo a prestigiosa doctrina³, consideramos que no habría obstáculos en que las partes prorroguen el plazo, aún excediendo el total de los años permitidos, pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor al legal. Ejemplo: pactaron treinta y cinco años superficie para forestar, y luego deciden prorrogar por veinte años (es decir, el total asciende a cincuenta y cinco años -cuando el máximo permitido es cincuenta años-).

Entendemos que la norma lo que pretende es evitar que por un solo acto se desmembre el dominio por plazos superiores al legal o que se establezcan renovaciones automáticas que superen los topes legales; pero nada impide que pactada de manera originaria un plazo menor o igual al límite legal, luego, más adelante, por un acto posterior en el cual celebran la renovación, puedan pactar un plazo sin interesar si de la sumatoria de ambos plazos se supera el máximo legal. Pues en este segundo acto, es decir, en el convenio de renovación, hay una nueva manifestación de voluntad de ambas partes, y fundamentalmente es la oportunidad en la cual el propietario del suelo está manifestando que desea que continúe la disociación entre la propiedad del suelo y la superficie, y que no desea aún que cese esta separación para consolidar el pleno dominio.

² Kiper, Claudio. Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Tomo IX. Lorenzetti, Ricardo (dir). Rubinzal Culzoni. Bs As, 2015, p. 719

³ Cossari, Nelson- Cossari, Leandro, “Capítulo XIV. Superficie”, en Derecho Civil y Comercial. Derechos Reales. Borda, Alejandro- Cossari- Nelson- Cossari, Leandro. La Ley. Bs. As, 2021, p.529

ADQUISICIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE POR PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA

Por Daiana Siciliano¹

I. CONCLUSIONES

1. De *lege data* consideramos que no es admisible la adquisición del derecho real de superficie por prescripción adquisitiva larga.

2. Por los fundamentos expuestos en el desarrollo de la ponencia, consideramos que de *lege ferenda* debe ser admisible como modo de adquirir el derecho real de superficie la prescripción adquisitiva larga, como lo es para los restantes derechos reales que se ejercen por la posesión, debiendo el prescribiente acreditar que los actos posesorios efectuados sobre el objeto de la superficie, lo son en relación a la rasante, vuelo o subsuelo y en forma diferenciada de los actos que correspondan al titular de dominio.

II. FUNDAMENTOS

1. LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

a) *Problemática actual.*

El derecho real de superficie es un derecho temporario que se constituye sobre un inmueble ajeno. Tal como establece el art. 2114, otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica sobre el objeto de su derecho en relación a dos modalidades o vertientes:

¹ Profesora Adjunta de la materia Elementos de Derechos Reales y Propiedad Horizontal en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Adjunta de la materia Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo (UP).

El derecho de plantar, forestar o construir en un terreno, el vuelo, el subsuelo, o proyección en el espacio aéreo, haciendo propio aquello que construya, siembre o plante.

O bien sobre lo ya plantado, forestado o construido en un terreno, el vuelo o el subsuelo, o proyección en el espacio aéreo, pudiendo adquirir la propiedad de aquello que ya está plantado o construido en la superficie sin adquirir la propiedad del suelo, por ej, se constituye la superficie sobre un edificio, plantación o forestación existente.

Asimismo, adquiere la propiedad de lo que en ejercicio del derecho de construir, sembrar o forestar, efectivamente constituya, siembre o plante, por el plazo legal, de 50 años para siembra o plantación y 70 años para construcciones, o el plazo convencional, que no puede exceder aquel bajo pena de nulidad.

En todos los casos, coexiste con la propiedad del titular del suelo. Es una carga real para el propietario del inmueble, que tiene a su favor un dominio desmembrado, imperfecto. Constituye una excepción a la extensión al dominio que establece el art. 1945.

En éste orden de ideas, el derecho de superficie es sobre cosa ajena cuando todavía no se construyó sembró ni planto.

Sin embargo, tanto lo producido por el superficiario sobre el inmueble en ejercicio de su actividad, o en caso de constituirse la superficie sobre lo ya plantado, forestado o construido, es la denominada propiedad superficiaria y es en estos supuestos el der. real de superficie sobre cosa propia.

En ambas modalidades o vertientes el titular de dominio, condominio, propiedad horizontal común o especial, continúan siendo titulares de dominio como explicamos supra.

Conforma una división material del dominio que otorga a la propiedad superficiaria al titular del derecho de superficie y la del suelo a otra, el propietario².

² PERALTA MARISCAL, Leopoldo Leopoldo. *Comentario en Código Civil y Comercial Comentado y Anotado*, dirigido por HEREDIA, Pablo D. y CALVO COSTA, Carlos A. Tomo XVIII Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2015. Pág. 846.

En relación a los modos de adquirir el derecho real de superficie, el art. 2119 CCCN dispone que se constituye en forma convencional, es decir por contrato, ya sea a título oneroso, en cuyo caso se le aplican las normas de la compraventa o a título gratuito, siendo aplicables las disposiciones relativas a la donación, siendo la forma exigida la escritura pública. También puede ser adquirida por causa de muerte. *E incluso puede ser de fuente testamentaria, ya que, sin perjuicio de no estar expresamente previsto en el artículo referido, "...actualmente existen disposiciones generales sobre la adquisición y constitución de los derechos reales y allí se encuentran contempladas especialmente las adquisiciones derivadas por causa de muerte, dentro de las cuales se ubica el testamento (art.1892, último párrafo) ³"*

El artículo 2119 dispone que no puede ser adquirido por usucapión, siendo únicamente admisible la prescripción breve a efectos de sanear el título. Por lo que no se admite la prescripción larga⁴.

La prescripción adquisitiva es uno de los modos de adquirir los derechos reales que se ejercen por la posesión, mediante el ejercicio de la misma durante el tiempo fijado por la ley, en conjunción con los requisitos legales, tal como lo establece el art. 1897 del CCCN.

El art. 1898 establece la prescripción breve en relación a inmuebles, para los casos en los que el adquirente cuenta con justo título y buena fe. El justo título es un acto jurídico que tiene por fin producir la adquisición de un derecho real, tal como una compraventa, donación, permuta, que cumple con el requisito formal de estar otorgado en escritura pública, forma requerida por el art. 1017 para inmuebles, pero tiene un defecto en la capacidad de su otorgante o en la legitimación (CLERC, 2019). Es por ello que no resulta un título suficiente, imprescindible para adquirir el derecho real conjuntamente con el modo suficiente. El art. 1902, que define el justo título, también se refiere a la buena fe del prescribiente por prescripción breve. Esencialmente la prescripción breve, representa un medio idóneo a

³ VAZQUEZ Gabriela. A. *Derechos Reales*. Buenos Aires: Ed Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2020. 673

⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana. *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial. Tomo II*. Zavalia C.A.B.A. 2016. Pág. 379.

fin de subsanar títulos de propiedad que acarrearán algún tipo de nulidad, siempre que cumplan con la forma requerida⁵.

En relación a la prescripción breve, por los términos del art. 2119 CCCN existen certezas respecto a su admisibilidad como un modo de adquirir el derecho real de superficie a efectos de sanear el justo título.

b) *Prescripción adquisitiva larga*

En el caso de inmuebles, los requisitos para adquirir por usucapión o prescripción adquisitiva larga son la posesión ostensible, continua e ininterrumpida durante el tiempo requerido, que asciende a 20 años, tal lo dispuesto por el art. 1899 y 1900 del CCCN. Cabe destacar que no se exige para adquirir por prescripción adquisitiva larga ni la buena fe del poseedor, ni justo título, precisando el art. 1899 del CCCN que “*no puede invocarse contra el adquirente la falta o nulidad del título o de su inscripción, ni la mala fe de su posesión*”.

Sin perjuicio de que el art. 1897 indica que se pueden adquirir por prescripción adquisitiva los derechos reales que se ejercen por la posesión, al estar expresamente vedada por el art. 2119 CCCN la posibilidad de adquirir el derecho real de superficie por prescripción adquisitiva larga, de lege data, interpretamos que no debe admitirse.

Vázquez indica que según la doctrina no existen argumentos decisivos para excluir a la superficie de los derechos reales susceptibles de ser adquiridos por prescripción adquisitiva.⁶ Y agrega que sino fuera por la prohibición del art. 2119 CCCN, la superficie habría podido adquirirse por dicho modo, por ser uno de los derechos principales que se ejercen por la posesión⁷.

⁵ CABULI E. “*La prescripción adquisitiva. Un remedio para subsanar títulos de propiedad de bienes inmuebles*” La Ley 31/8/2017, 1. Cita online: AR/DOC/2139/2017. Buenos Aires: La Ley.2017.

⁶ ALTERINI, Jorge H – ALTERINI, Ignacio E. – ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales, cit. t. II, p. 589* en VAZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*. Buenos Aires: Ed Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2020. 673.

⁷ VAZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*. Buenos Aires: Ed Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2020. Pág. 673.

Existe doctrina que interpreta con relación a la usucapión que ya sea que se analice la adquisición del derecho o sobre una plantación existente “*resulta claro que sino preexiste un derecho de superficie todo lo que se construya o plante sobre terreno o edificio ajeno corresponderá al titular de dominio por aplicación del principio de accesión. De allí que la norma que analizamos expresa claramente que el derecho de superficie no puede adquirirse por usucapión.*”⁸ Asimismo, la autora indica que en el Proyecto de 1998 se resolvía la imposibilidad de adquirirse la superficie por usucapión, la que solo se adquiriría por adquisición derivada y que en relación a la ley 25.509, en oportunidad de su vigencia, Arean, Papaño, Dillon y Causse se han expedido en tal sentido.⁹

Al considerar la procedencia de *lege ferenda* de la adquisición por prescripción adquisitiva larga, es pertinente precisar que nos referimos, entre las dos vertientes o modalidades del derecho real en estudio, a los casos en los que el prescribiente adquiera el derecho de superficie sobre la propiedad superficiaria. Existirían en tal caso, actos posesorios realizados por el accionante, que permitan formar la convicción del sentenciante que se produjo la adquisición del derecho de superficie. Para ello es necesario acreditar los actos posesorios, necesariamente materiales, ya que es imposible pretender la prescripción sobre el derecho a plantar, forestar o construir sino existe ninguna construcción, plantación o forestación.

Dado que, como expresa Kiper “*La prescripción larga para adquirir el “derecho de superficie” es inconcebible, ya que nada se construyó, ni plantó, de modo que no hay actos posesorios posibles. No se puede disponer materialmente de lo que es un bien inmaterial...*”¹⁰

En relación a ello previo a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación se produjo un debate doctrinario en cuyo marco diversos autores sostuvieron la imposibilidad de adquirir la superficie por

⁸ GURFINKEL, Lilian en RIVERA, J.C. y MEDINA G. (2014) *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo V. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot. Pág. 607.

⁹ GURFINKEL Lilian en RIVERA, J.C. y MEDINA G. (2014) *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*, Tomo V. Buenos Aires: Ed. Abeledo Perrot. Pág.608.

¹⁰ KIPER, Claudio. *Derecho Real de Superficie*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2021. Pág.96

prescripción adquisitiva larga, “puesto que era imprescindible el ejercicio de actos posesorios por sobre la construcción en forma independiente de la posesión de la heredad sobre la cual se emplaza”¹¹.

Peralta Mariscal al analizar la posibilidad de adquisición por usucapión, distingue entre dos supuestos relativos al objeto sobre el que se ejercen los actos posesorios. Si éstos se corresponden con el ejercicio de actos posesorios que habilitarían a adquirir el der. real de dominio, no considera apropiada la adquisición de la superficie, sino el dominio. En cambio, si se puede distinguir que los actos posesorios son realizados sobre el objeto específico de la superficie, que constituya una subedificación o sobreedificación, no ve la razón por la que el art. 2119 impide adquirir por prescripción adquisitiva larga el derecho real de superficie.

En palabras del citado autor *“si se trata del derecho real de superficie sobre una construcción, edificación o plantación, es imposible distinguir si la posesión recae sobre lo edificado, construido o plantado o si se ejerce todo el inmueble, por lo que no tiene sentido admitir la prescripción adquisitiva de la superficie, pues quien reuniera los requisitos para usucapirla también podría adquirir el dominio”*¹². *“No se entiende por qué, en cambio, se impide la prescripción adquisitiva larga (art. 1899) si se trata del ejercicio material de una superficie sobre una sobreedificación o subedificación en un edificio sometido a propiedad horizontal (art. 2116), pues en tal caso puede distinguirse perfectamente la posesión de la sobreedificación (vuelo) o de la subedificación (subsuelo) de la del resto del edificio, cuyas unidades funcionales son poseídas por sus respectivos propietarios con proyección sobre las partes comunes. En tal hipótesis quedaría sin solución el caso en que una persona posee por más de veinte años (art. 1899), de manera continua y ostensible (art.1900), una parte independiente de un edificio sometido a propiedad horizontal que no puede considerarse una unidad funcional; nunca adquirirá la*

¹¹ HUMPREYS, Ethel Comentario en *Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales Comentado y Anotado con Perspectiva de Género*. Dirigido por HERRERA, Marisa y De la Torre, Natalia. T.12. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2023. Pág. 316.

¹² PERALTA MARISCAL, Leopoldo. Comentario en *Código Civil y Comercial Comentado y Anotado*, dirigido por HEREDIA, Pablo D. y CALVO COSTA, Carlos A. Tomo XVIII Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2015. Pág. 860.

superficie por usucapión en virtud de la limitación que emerge de este artículo”¹³.

Durante la vigencia de la ley 25.509, se ha sostenido en doctrina la posibilidad de adquirir el derecho real de superficie tanto por prescripción adquisitiva breve, como por la larga¹⁴.

Alterini Jorge H ha expresado lo siguiente “*No creo en que sea acertado el art. 2119 que fija la regla de que la superficie ‘no puede adquirirse por usucapión’*” y al referirse a que el art. 1897 permite inferir que son susceptibles de ser adquiridos por usucapión todos los derechos reales que se ejercen por la posesión indica “*No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres. La aceptación de la usucapión en esos casos es disonante con su exclusión para la superficie, máxime dado su esencial paralelismo con figuras para las que debe entenderse que se la admite.*”¹⁵

Ethel Humpreys indica que la exclusión de la prescripción adquisitiva de las normas generales de adquisición por prescripción adquisitiva no tiene asidero¹⁶.

En las conclusiones de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, de *lege ferenda* se ha recomendado “admitir la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria”. Tal como destaca Kiper, la

¹³ PERALTA MARISCAL, Leopoldo Leopoldo. *Comentario en Código Civil y Comercial Comentado y Anotado*, dirigido por HEREDIA, Pablo D. y CALVO COSTA, Carlos A. Tomo XVIII Thomson Reuters La Ley. Buenos Aires. 2015. Pág. 859.

¹⁴ KIPER, Claudio. *Derecho Real de Superficie*. Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2021. Pág. 94.

¹⁵ ALTERINI, Jorge Horacio. “*Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código.*” Acad.Nac. de Derecho 2012 (setiembre), 04/09/2012, 1 - LA LEY2012-E, 898. Cita online: AR/DOC/4622/2012

¹⁶ HUMPREYS, Ethel *Comentario en Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales Comentado y Anotado con Perspectiva de Género*. Dirigido por HERRERA, Marisa y De la Torre, Natalia. T.12. Editores del Sur. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2023. Pág.318.

diferencia entre el despacho mayoritario que se cita y el minoritario, que exigía para admitirla un título que no configure a ser un justo título, sino que por ej. carezca de la forma legal exigida, es que el minoritario exige un instrumento privado, mientras el mayoritario no lo requiere, pero ambos despachos recomiendan admitir la adquisición por prescripción veinteañal.

c) *Fundamentos de ambos institutos*

Tal como indica destacada doctrina, en relación a la superficie “*la realidad vino a demostrar que ésta figura adecuadamente regulada cumple una importante función económica al permitir ante el elevado y creciente valor del suelo –particularmente en determinadas zonas productivas o de gran densidad demográfica – abaratar costos de emprendimientos en construcciones o agricultura significativos y reporta gran utilidad para el propietario que no cuenta con los fondos o no quiere acometerlos, permitiéndole dar el inmueble en superficie por una vez acabada la misma recuperar el dominio pleno, hasta con provecho según lo pactado...*”¹⁷

En concordancia con ello, al referirse a los fundamentos de superficie, la XV Convención Notarial del Colegio de Escribanos de la Capital Federal expreso que “*...puede constituir un instrumento de utilidad en el campo económico y social, en virtud de sus múltiples aplicaciones: sobreelevación, régimen de cementerios, clubes de campo, forestación, mejoras agropecuarias y fundamentalmente como un posible incentivo para el desarrollo de la construcción de viviendas y equipamientos industriales*”¹⁸

Los fundamentos del instituto de prescripción adquisitiva son diversos, por un lado, como medio de favorecer la seguridad jurídica y proteger el interés de los terceros que han confiado en una apariencia de titularidad mantenida durante mucho tiempo¹⁹. Por el otro, existen también

¹⁷ GUARDIOLA, Juan Jose en CLERC, Carlos Mario., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires. Erreius. 2016. Pág. 278.

¹⁸ Revista del Notariado, octubre-diciembre 1986, N°807, págs..2596-2617. Citado por GUARDIOLA, Juan Jose en CLERC, Carlos Mario “*Derechos Reales en el Código Civil y Comercial de la Nación*”, Buenos Aires. Erreius. 2016. Pág. 280.

¹⁹ MARIANI DE VIDAL, M. y ABELLA, A. *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Tomo II, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Ed. Zavalia 2016.

argumentos de carácter económico y social de gran importancia, de allí el contenido social del instituto²⁰.

En el derecho romano, conforme la ley de las Doce Tablas, era factible para el poseedor, transformarse en propietario de la cosa. El fundamento romano del instituto de la prescripción adquisitiva era la necesidad de “*consolidar situaciones de hecho como medio de favorecer la seguridad jurídica, dando certeza a situaciones inestables, favoreciendo la paz y el orden social.*” Asimismo, se refiere el Dr. López Mesa a la valoración de las probanzas, al decir que el juez debe fallar “*...apreciando la prueba con estrictez, pero sin apasionamientos ni preconceptos*” y analiza los motivos por los que ha existido una valoración ideológica negativa sobre la prescripción adquisitiva. Citando a Alterini menciona que el jurista expresa los prejuicios existentes frente a las adquisiciones a título gratuito. Asimismo, atento ser la realidad posesoria diferente a las constancias registrales, hay quienes tienen resistencia a modificar las constancias registrales conforme el derecho adquirido extra registralmente, colmando de exigencias, frecuentemente excesivas, a la prescripción adquisitiva, que no surgen de la ley²¹.

d) Reflexiones finales

Consideramos que los fundamentos de la prescripción adquisitiva y del derecho real de servidumbre, ya sea que respondan a contenidos sociales, como a ideas afines a la estimular la circulación de los bienes y su aprovechamiento económico, redundan en un beneficio para toda la sociedad.

Ello en sí mismo justifica una reforma legislativa que permita la adquisición de la superficie por prescripción larga, debiendo apreciarse en cada caso particular, según la prueba producida si se logran demostrar los actos posesorios en relación a la rasante, al vuelo, al subsuelo o hacia el espacio aéreo, diferenciados de la propiedad del titular del dominio.

²⁰ KIPER, Claudio. *Manual de Derechos Reales. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994* Rubinzal Culzoni Editores. Santa Fe. 2016.

²¹ Cam.Civ.Lab. y Minería. Trelew. Chubut. Sala A. S.S., H.A. c/ A., C.A s/ Prescripción adquisitiva. Id. Saij: FA08150337. 21-08-2008.

**APLICACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN LOS
DESARROLLOS INMOBILIARIOS CON UNIDADES FUNCIONALES A
CONSTRUIR**

Por María Laura Szymanski¹

I. CONCLUSIONES

1. El derecho real de superficie permite a los titulares de dominio optimizar el uso de inmuebles improductivos, al permitirles obtener beneficios económicos a través del desarrollo de proyectos inmobiliarios sin necesidad de enajenar el terreno.

2. Al permitírsele al superficiario constituir derechos personales y reales sobre el objeto de su derecho, como derechos de garantía, el Derecho Real de Superficie facilita la obtención de créditos y financiamientos necesarios para la construcción. Esto ayuda al desarrollador inmobiliario a obtener fondos para llevar a cabo su proyecto.

3. Las partes pueden pactar libremente las condiciones del negocio inmobiliario al constituir el Derecho Real de Superficie, como la duración del derecho, las causales de extinción, y la indemnización por mejoras. Esto proporciona una mayor flexibilidad y capacidad para adaptar los términos a las necesidades específicas de las partes involucradas.

4. En caso de incumplimiento por parte del superficiario, el Derecho Real de Superficie permite que el titular del dominio recupere el pleno dominio del inmueble, incluidas las mejoras realizadas, de acuerdo a lo que hayan pactado. Esto proporciona una mayor seguridad jurídica al titular del terreno en comparación con otras figuras contractuales, como la permuta o el fideicomiso.

¹ Abogada. Escribana Pública titular del Registro 71 de Chubut. Profesora concursada adjunta a cargo de la cátedra de Derechos Reales de la Facultad de Cs. Jurídicas de la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco. Diplomatura en Derechos Reales. Diplomatura en Derecho Registral. Especializando en Documentación Registral e Inmobiliaria (UNLP).

5. Es eficaz estructurar un negocio inmobiliario a través de la figura del derecho de superficie cuando se constituye sobre un inmueble y recibir como contraprestación unidades funcionales a construir, genera beneficios y brinda seguridad jurídica a ambas partes.

6. Es necesario para que la comunidad adopte la práctica de este derecho real, que se creen políticas públicas que potencien la figura, promoviendo su utilización, con normas tributarias adecuadas y que los operadores del derecho brinden un correcto asesoramiento ya que es innegable que constituye una herramienta útil para la concreción de negocios inmobiliarios.

II. FUNDAMENTOS

En la actualidad cuando un desarrollador inmobiliario planifica su emprendimiento, el valor del terreno donde se emplaza la construcción proyectada, es uno de los puntos que más inciden en el presupuesto de la obra. Por ellos se buscan mecanismos de financiamiento, donde el costo de la obtención de éste, sea el menor posible.

Es habitual estructurar el negocio inmobiliario utilizando el contrato de Permuta, mediante el cual el titular dominial del inmueble transfiere el dominio del mismo al desarrollador inmobiliario, a cambio de futuras unidades funcionales a construir.

Esta manera de operar ha generado grandes discusiones en doctrina para dilucidar si estamos ante un contrato de permuta o un contrato atípico, en el cual se aplican normas de la permuta, de la locación de obra y supletoriamente de la compraventa. La Permuta conforme al artículo 1172 del CCCN, consiste en la obligación de las partes a transferirse recíprocamente el dominio de cosas que no son dinero. En este caso estaríamos intercambiando un bien inmueble por una unidad funcional inexistente, por un objeto futuro que puede o no nacer, quedando el titular del inmueble en una clara desventaja de su derecho y con pocas defensas ante el incumplimiento del desarrollador a la obligación de construir y de entregar las unidades funcionales pactadas.

Otra figura jurídica utilizada es la constitución de un fideicomiso con objeto de construcción, donde igualmente el titular dominial se desprende de su derecho de dominio, asumiendo el fiduciario la obligación de construir

y una vez finalizada transferir al fiduciante-beneficiario las unidades funcionales comprometidas.

En ambas situaciones observamos que el titular de dominio se desprende absolutamente de su derecho en miras a obtener un beneficio en un futuro incierto.

Una opción para proteger el derecho del transmitente del inmueble, es la de constituir en ambas figuras descriptas, además, derecho real de hipoteca como garantía del cumplimiento de la obligación de hacer y de entrega de las unidades funcionales. Lo que genera un resguardo para el titular dominial del inmueble, pero un perjuicio para el desarrollador inmobiliario que se ve afectado al adquirir un dominio gravado, con la consecuencia de que, al comercializar las viviendas a terceros, su valor y posibilidad de venta se verán menguadas por este gravamen, y además se le restringirá su posibilidad de obtener otros financiamientos creditorios para la construcción.

Los titulares dominiales de los inmuebles, al realizar este tipo de operaciones, tienen como objetivo obtener un beneficio del inmueble improductivo que poseen, pero no cuentan con la capacidad económica para construir o con la emperatriz y logística necesaria, para llevar a cabo ellos mismos lo proyectado, por lo que dejan en manos de una empresa constructora o un desarrollador inmobiliario la construcción de la obra, teniendo como primera necesidad, el sentirse seguros y garantizados de que ante el incumplimiento del contratante, no perderán además, de la expectativa negocial, el derecho real sobre su inmueble, generando así, un grave detrimento en su patrimonio.-

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

A partir de la incorporación del Derecho Real de Superficie a nuestro ordenamiento jurídico en el año 2015, con la sanción de la Ley 26.994 y la aprobación del Código Civil y Comercial de la Nación, surge una nueva alternativa, para dar respuesta a estas operaciones inmobiliarias, que es aún poco utilizada.

El artículo 2114 del CCCN define al Derecho Real de Superficie como un “derecho real temporario que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado,

forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de los previsto en este Título y las leyes especiales”.-

La característica esencial de este derecho real es el de suspender el principio del derecho de accesión existente en nuestro ordenamiento jurídico, ya que separa la propiedad del terreno, de lo forestado, plantado o construido en la rasante, subsuelo o vuelo del mismo, coexistiendo dos titularidades reales distintas.

Sus caracteres principales son las siguientes: recae sobre un inmueble pudiendo quedar afectada la totalidad del mismo o una parte material de este, por lo cual se requiere de escritura pública para su constitución, transmisión y declaración. Es necesaria su inscripción registral a los efectos de la oponibilidad de terceros. Es un derecho temporario teniendo como plazo máximo el de 70 años cuando su objeto es la construcción y de 50 años cuando su objeto es para plantación o forestación.

Se puede constituir a título gratuito u oneroso, y se puede transmitir por actos entre vivos o por causa de muerte. No se permite la prescripción veinteañal para su adquisición, pero si la decenal para sanear el título. Puede ser constituido por el titular de dominio, por los condóminos los titulares de unidades funcionales en propiedad horizontal y la doctrina incorpora a los titulares de conjuntos inmobiliarios.

Las causales de extinción pueden ser por renuncia expresa, por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho de construcción y de cinco años para el derecho a plantar o forestar.

Una vez extinguido recobra vigencia el principio de accesión y el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado libre de derechos reales y personales y debe indemnizar al superficiario, salvo que se haya pactado lo contrario.

2. APLICACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN LOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS. VENTAJAS.

Volviendo sobre el caso de análisis, aplicando el derecho de superficie podríamos plantear un negocio inmobiliario de la siguiente manera: él o los titulares dominiales del inmueble, constituirán derechos real de superficie a favor del superficiario que puede ser el desarrollador

inmobiliario o la empresa constructora, por un plazo determinado, que debería coincidir con el tiempo que necesita para la concreción de la obra, pudiendo también establecerse una condición resolutoria como por ejemplo la afectación del edificio construido al Régimen de Propiedad Horizontal, con la obligación de entregar al vencimiento del plazo o del cumplimiento de la condición, lo que aconteciera primero, una o más unidades funcionales al superficiante en concepto de indemnización.-

Creo de buena práctica colocar un plazo máximo, pero además dejar abierta la posibilidad de que se extinga con anterioridad, si ya las unidades funcionales se encuentran construidas y afectadas al régimen de propiedad horizontal, pudiendo el superficiario cumplir con su obligación de entregar la posesión de las unidades funcionales y extinguir el derecho de superficie, antes del plazo pactado, asimismo estipular que las partes puedan de común acuerdo prorrogar el plazo estipulado hasta el máximo permitido, que en este caso sería de 70 años.-

Teniendo en cuenta las características mencionadas podemos establecer que la principal ventaja que nos ofrece la utilización de este derecho en este tipo de negocios inmobiliarios es la excepción al principio de accesión mencionado, manteniendo ambas partes la independencia de su derecho real, con las facultades propias de uso, goce y disposición material y jurídica sobre el objeto de su derecho (ya sea rasante, sobre vuelo o subsuelo), es fundamental la posibilidad que tiene el superficiario de constituir derechos personales y reales, como por ejemplo puede constituir derechos reales de garantía para obtener créditos y poder financiar la obra, así como también puede enajenar las futuras unidades funcionales bajo el sistema de prehorizontalidad y poder obtener fondos suficientes para la concreción del proyecto. En este sentido Dodda², destaca que “lo que se abone en concepto de superficie es siempre menor que el valor del inmueble; se aísla la tierra de los riesgos del negocio; el propietario del inmueble sin capital para invertir no se encuentra compelido a venderlo, y es posible enajenar o gravar el vuelo o sobre vuelo sin afectar el terreno”, Así mismo Alterini³, ha sostenido que “Más allá de aspectos ideológicos, hay

² DODDA. Zulma, Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado, Dir. Eduardo CLUSELLAS, Astrea – FEN, Buenos Aires, T. 7, p. 288

³ ALTERINI, Jorge, “Nuevas Formas de Propiedad”, en Revista del Notariado, n° 811, Octubre, Noviembre, Diciembre 1987, Buenos Aires, p.1647-48.

coincidencia en que la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. La necesita con fines solidaristas, porque a través de la superficie bien manejada se puede facilitar, sobre todo con los terrenos de propiedad del Estado, el acceso a la vivienda por los particulares de menores recursos. Y es un motor del dinamismo del país porque debería constituirse en estímulo de la construcción a través de modalidades de tipo negocial perfectamente compatibles con la superficie...”.

Desde la perspectiva del titular dominial del inmueble, la ventaja de estructurar el negocio inmobiliario mediante la constitución del derecho real de superficie, consiste en mantener sus facultades con la única restricción de no turbar o impedir el ejercicio del derecho al superficiario.- Esto lo resguarda ante el incumplimiento del superficiario y además le da la posibilidad de constituir derechos personales o reales sobre el objeto de su derecho como por ejemplo, el de constituir otro, derecho de superficie sobre el subsuelo, o derechos reales de servidumbre, de hipoteca, entre otros.-

Otra de las ventajas que nos ofrece el derecho real de superficie es la libertad que tienen las partes para pactar en el momento de la constitución del derecho real, las condiciones del negocio inmobiliario, más allá de los límites que establece el CCCN, en sus normas de orden público en materia de derechos reales, en este derecho en particular las partes poseen autonomía para realizar acuerdos sobre, por ejemplo, la actividad del superficiario, las causales de extinción, los efectos del incumplimiento y sobre todo establecer o no la indemnización y sus modalidades, al momento de extinción; estas cláusulas deberán ser elaborados y adecuadas a cada caso en particular, siendo el escribano, el profesional capacitado para brindar el asesoramiento correspondiente al momento de otorgarse la escritura pública.-

3. DETERMINACIÓN DEL OBJETO

Es necesario que al momento de su constitución, esté perfectamente delimitado el objeto sobre el que recaerá el derecho real de superficie. Como establece el artículo 2114 del CCCN, este puede comprender la totalidad o una parte material del inmueble, su rasante, vuelo o subsuelo. En el caso planteado podría constituirse sobre los tres supuestos, por ejemplo, se podría afectar la rasante para la construcción de un edificio, el subsuelo para

cocheras, bauleras, depósitos etc, y el vuelo de lo ya construido para una nueva edificación con diversos fines.

La manera de identificar el objeto de este derecho real sería, en principio con la creación de un estado parcelario a través de un plano de mensura especial para tal fin, pero la exigencia o no de un plano de mensura, dependerá de las normativas locales y de las regulaciones que realicen las provincias a través de las disposiciones técnicas de los Organismos Catastrales. Sabene⁴ nos señala que desde el análisis de las normas registrales de las provincias se puede observar posturas distintas; en algunas provincias se requiere la confección del plano en todos los supuestos de constitución del derecho real de superficie en cualquiera de sus modalidades, independientemente de su extensión material, otra corriente solo exige el plano al constituirse derecho real sobre un parte materialmente determinada del inmueble, una tercera postura considera inexigible el plano de mensura y considera que es suficiente un croquis ilustrativo con prescindencia de intervención de profesionales especializados en el área y una cuarta corriente considera que corresponde la confección de un plano de mensura con aprobación de autoridad competente local, pero sin inscripción del plano en el organismo catastral.

La Federación Argentina de Agrimensura ya se ha expedido al respecto indicando que si se va constituir derecho real de superficie sobre la totalidad del inmueble y éste posee un estado parcelario vigente, no es necesario realizar un plano de mensura nuevo para su afectación, pero sí lo será, cuando se quiera constituir solamente sobre una parte material de este, para poder delimitar el objeto territorial sobre el que recaerá el derecho real.- Considero que esta postura es la correcta, coincidiendo gran parte de la doctrina con la misma, por considerar que al afectarse la totalidad el inmueble no se modifica el estado parcelario aunque se deba a efectos registrales e impositivos crear una nueva partida inmobiliaria del inmueble.-

4. AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL. EXTINCIÓN.

En el artículo 212 del CCCN establece en su segundo párrafo que: “El superficiario puede afectar la construcción al regimen de propiedad

⁴ SABENE, Sebastián E. y LATINO, Jorge A. Derecho Registral. Una perspectiva multidisciplinaria. LA LEY, 2017. p.350

horizontal con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

Hay que tener especial atención a esta situación ya que cuando se cumpla el plazo o la condición resolutoria para la extinción del derecho real de superficie, el nudo propietario de acuerdo al artículo 2125 del CCCN recibirá lo construido libre de derechos reales y personales y consolidará el derecho real quedando a partir de ese momento como unico titular dominial, situación que le dá la posibilidad de optar entre extinguir o no el regimen de propiedad horizontal existente.

Es conveniente en el caso planteado, que en el contrato de constitución del derecho real de superficie, el titular dominial preste expresamente su conformidad a la afectación del inmueble al Regimen de Propiedad Horizontal y que continuará el mismo aún extinguido el derecho por cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria.

Entonces en el supuesto de que el superficiario, cumplido el plazo o la condición resolutoria de afectar lo construido al Regimen de Propiedad Horizontal, entrega la o las unidades funcionales pactadas al propietario del inmueble, en concepto de indemnización, cumpliendo de esta manera su obligación, queda extinguido el derecho de superficie.- Quedando si así fue pactado, a partir de ese momento el nudo propietario titular de las unidades funcionales que recibió y el ex superficiario titular del resto de las unidades funcionales, que podrá transferir a terceros adquirentes, si los hubiere, en caso de que haya realizado ventas al pozo.

Ahora bien, en caso de incumplimiento de la obligación de construir por parte del superficiario, cumplido el plazo previsto se extinguirá el derecho real de superficie y quedará consolidado el derecho real de dominio en el nudo propietario, pudiéndose pactar al momento de su constitución que las mejoras realizadas en el inmueble queden a favor del nudo propietario en concepto de indemnización. Esta es otra gran ventaja del instituto donde se ve garantizada la posibilidad del constituyente de recobrar de una manera eficiente el dominio pleno de su inmueble, a diferencia de cuando se estructura el negocio jurídico a través de la Permuta o del Fideicomiso que enunciábamos al inicio.

REGISTRACIÓN DE LA SUPERFICIE

Por Marcela H. Tranchini¹

I. CONCLUSIONES

1. Si el derecho de superficie abarca todo el inmueble, no se requiere un nuevo plano de mensura.
2. El asiento registral de constitución se practica dos veces: una en el folio real correspondiente al inmueble que es objeto de dominio o condominio y otra, en el folio real correspondiente a la superficie.
3. En el asiento registral no corresponde incluir la onerosidad o gratuidad del negocio.
4. Si existen múltiples superficies sobre un inmueble, en el folio real del inmueble, se registrarán tantos asientos como derechos de superficie haya. Al abrir los folios correspondientes, se añadirá siglas o números para distinguirlas.
5. El titular del inmueble debe rogar la cancelación de la submatrícula si el derecho de superficie se extingue por vencimiento del plazo, y el registrador debe eliminar todos los asientos registrales relacionados. Si la extinción es por otra causa, los derechos se trasladarán al folio real originario, indicando que solo afectan a la plantación, forestación o construcción.
6. Las solicitudes de publicidad (informes, certificaciones) deben expedirse con las constancias que resulten de todas las matrículas involucradas.
7. Cuando el superficiario afecta a propiedad horizontal la construcción que le pertenece (art. 2120, II párrafo), el documento se registrará en el folio real de la superficie, abriendo las submatrículas correspondientes a las unidades funcionales o complementarias.

¹ Distinguida como mejor promedio de su promoción (UNLP). Docente Universitario con especialización en Derechos Reales (UNLP). Especialista en Derecho Notarial (UNA). Profesora Titular por concurso de Derechos Reales, y de Derecho Notarial y Registral, ambas por concurso (UNLP). Profesora de posgrado (UNLP y UNA). Directora del Instituto de Derecho Notarial y Registral y de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria (UNLP). Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado.

8. Debe admitirse la registración de la superficie sobre las partes comunes de un inmueble afectado a propiedad horizontal o propiedad horizontal especial, si es rogada por todos los propietarios.

9. La prohibición de afectación a propiedad horizontal por parte del superficiario debe publicitarse en el folio real superficiario.

II. FUNDAMENTOS

1. ANTECEDENTES

La creación del derecho real de superficie ha llevado a que los registros locales adopten disposiciones técnico-registrales, siguiendo distintos criterios de registración.

En ocasión del Proyecto de Unificación de 1987 se propuso un sistema similar al de la propiedad horizontal, con un folio y submatrículas (o subfolios) que no alteraran la naturaleza del folio real, facilitando la claridad del inmueble, según el art. 13 de la Ley 17.801².

La LV Reunión Nacional de Directores de Registros de La Propiedad Inmueble Corrientes, 22 a 24 de agosto de 2018, recomendó por unanimidad los aspectos que deben calificarse en la registración de la constitución del derecho real de superficie.

2. DIVERSAS CUESTIONES REGISTRALES.

a) *Planimetría*

El registro catastral tiene por objeto establecer el estado parcelario de los inmuebles y la verificación de su subsistencia.

La “parcela” es la representación cartográfica del inmueble en un plano (art. 4 de la ley 26.209).

El estado parcelario se efectúa a través de un relevamiento catastral y su registración importa la actualización de la realidad física de un

² KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída y PUERTA de CHACÓN, Alicia, *Derecho real de superficie*, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 34.

inmueble.³ Se acredita por medio de certificado catastral, que expide el organismo competente y el funcionario autorizante lo deberá tener a la vista y relacionar su contenido en el cuerpo de la escritura pública u otro documento oficial –por ej. judicial–. (arts. 11 y 12), que se acompañará al Registro de la Propiedad, sin cuya presentación no corresponderá la inscripción definitiva (art. 13).

Si el derecho real de superficie se constituye sobre la totalidad del inmueble resulta superfluo exigir nuevamente plano de mensura. De lo contrario, se incurriría en costos y demoras innecesarias que dificultarán su aplicación en el tráfico negocial.

En cambio, si la superficie abarca solo una parte del inmueble, el principio de especialidad o determinación requiere de un plano de mensura suscripto por profesional competente, aunque sin necesidad de que se encuentre registrado en el organismo catastral.⁴ Es necesario, por supuesto, que en el título por el que se constituye el derecho real se identifique dicho plano en base al cual se consignarán las medidas y área y demás especificaciones.

b) Calificación

³ El estado parcelario consta de tres pasos.

La “determinación” (art. 6) que establece que el estado parcelario se efectúa mediante actos de levantamiento parcelario consistentes en actos de mensura realizados por profesionales de esa incumbencia.

La “constitución” del estado parcelario (art. 7) que se cumple con la registración del plano de mensura en el organismo catastral.

Finalmente, la ley impone la necesidad de “verificación de subsistencia” cuando hubiere caducado la vigencia del estado parcelario.

⁴ Es la solución de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires lo requiere solo si la superficie se constituye sobre una parte material del inmueble (art. 2, inc. c de la Disposición Técnico Registral 3/2015, con las reformas de las Disposiciones 15/2016 y 22/2016), sin necesidad de que se encuentre registrado en el organismo catastral, ni que se acompañe al Registro junto al documento constitutivo de la superficie. De similar criterio participa el Registro de la Provincia de Córdoba, en la Normativa Técnico Registral, Resolución General 4/2015, cuyo art. 101.3 establece: “... d) que se acompañe Plano de Mensura, salvo cuando el derecho de superficie abarque la totalidad de/l/los inmueble/s afectado/...”). En cambio, en posición que no compartimos, la Disposición de la Provincia de Buenos Aires exige un plano de mensura, sea que la superficie abarque la totalidad o parte del inmueble (arts. 1 inc. e) y 2, Disposición Técnico Registral 5/2018).

Las normas registrales se han ocupado de los aspectos calificables del título por el que se constituye la superficie.

En ese sentido, se señalan: extensión (sobre la totalidad o parte del inmueble) y manifestaciones (art. 2115 CCCN), emplazamiento (art. 2116 y, en su caso, plano de mensura), plazo de duración (arts. 2114 y 2117) y legitimación (art. 2118).

En cuanto a la legitimación cabe incluir no solo al dueño perfecto, sino también y al imperfecto, sea fiduciario (arg. art. 1704 CCCN) o revocable (arg. art. 1966 CCCN); los condóminos, por unanimidad (art. 1990 CCCN).⁵ También los propietarios sobre sus unidades funcionales en los derechos reales de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios, o a la totalidad de los propietarios en caso de partes comunes.

Resulta novedosa la admisión de la registración sobre partes comunes ya que, por regla general, no se toma razón de aquellas ni en la propiedad horizontal ni en la propiedad horizontal especial⁶.

c) Matriculación. Asientos registrales.

La constitución de derecho real de superficie conduce a la conformación de un nuevo objeto de propiedad, por lo que frente a lo dispuesto por la ley registral, en virtud del cual a cada inmueble le corresponde un folio real (arts. 10 y 11, ley 17.701), corresponde la apertura un nuevo folio real.

Al mismo tiempo, la desmembración operada a partir de la constitución del derecho real de superficie debe publicitarse en el folio real del inmueble. De manera que el asiento registral del derecho real de superficie se practica dos veces: una en el folio real correspondiente al inmueble que es objeto de dominio y otra, en el folio real correspondiente al objeto de superficie.

⁵ ALTERINI Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel y ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018. v. II, p. 585.

⁶ En este sentido, art. 1, incs. a y b, DTR 5/2018 de la Provincia de Buenos Aires)

Las disposiciones registrales son contestes en la necesidad de submatrículas, pero difieren en la oportunidad de su apertura.⁷

Nos parece acertada la técnica en virtud de la cual se practica el asiento en el rubro correspondiente a la descripción del inmueble –y no en el ámbito de los gravámenes– del inmueble sobre el que se constituye el derecho real. Así se anoticiará debidamente al interesado que el objeto se desmembró, procediéndose a la apertura del folio real superficiario.⁸ Se atiende mejor a las dos manifestaciones que presenta el derecho real (arts. 1888, y 2015, Código Civil y Comercial). Además, la registración en el rubro gravámenes del folio de origen no resulta posible si la superficie abarca una parte del inmueble ya que será indispensable un plano de mensura.⁹

En el folio real superficiario el asiento registral debe practicarse en el rubro correspondiente a la titularidad.

De esta manera, desde el inicio coexistirán dos folios sobre el mismo inmueble: uno representará el derecho de propiedad del suelo y el otro, la titularidad del superficiario.

En la submatrícula constarán la titularidad de la superficie: a) modalidad del derecho real, b) el plazo o condición resolutoria pactada en el título; c) los datos personales del superficiario; d) datos del documento registrable; e) datos del notario autorizante; f) certificados utilizados; g) fecha y número de presentación del documento al registro.

El plazo es una de las “constancias de trascendencia real” a las que alude el art. 12 de la ley 17.801, ya que es una de las circunstancias que

⁷ En la Provincia de Buenos Aires la DTR 5/ 2018 la constitución se hace constar en el sector de descripción del inmueble (art. 2) del folio real, al propio tiempo que se origina un nuevo folio real (art. 3). De igual modo se procede en la Provincia de Córdoba (art. 101.5, Resolución General 4/2015).

En la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en cambio, la inscripción del derecho real de superficie se practicará en la matrícula del inmueble afectado en el sector correspondiente a gravámenes, pero no se originará una nueva matrícula hasta tanto sea transmitido, gravado o afectado a propiedad horizontal (DTR 3/2015, reformado por la DTR 15/2016).

⁸ SABENE, Sebastián E., “Derecho real de superficie: registro y catastro”, 11 de Agosto de 2023, www.saij.gob.ar, Editorial SAIJ – INFOJUS, Id SAIJ: DACF230056.

⁹ KIPER, Claudio, *Tratado de Derechos Reales*, 3ª edición actualizada, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2021. v. II, pp. 31 y 32.

permiten determinar el derecho inscribible de acuerdo a lo que resulta del título.¹⁰

No corresponde consignar la onerosidad o gratuidad del negocio, y menos el precio, dado que no son circunstancias de trascendencia real.¹¹

d) Contenido de la submatrícula.

En los Folios Reales de la superficie se tomará razón de: a) en el Rubro “Titularidad”, los documentos de las sucesivas transmisiones del derecho real de superficie; b) en el Rubro “Gravámenes y/o Restricciones y/o Afectaciones”: I. Escrituras de constitución de usufructo, uso, habitación o servidumbre;¹² II. Escrituras de constitución de hipoteca o anti; III. Afectación al régimen de vivienda; IV. Medidas cautelares que afecten a la propiedad superficiaria; c) en el Rubro “Cancelaciones”, los asientos cancelatorios de las inscripciones del rubro referido precedentemente; d) en el Rubro “Certificaciones” (para aquellos registros que contemplan este rubro en sus Folios Reales), los certificados con reserva de prioridad que se expidan para los actos transmisivos o constitutivos de derechos reales otorgados por el superficiario.

e) Pluralidad de Superficies

En caso de que existan múltiples superficies constituidas en relación a un inmueble, en el folio real de éste se registrarán tantos asientos de superficie como derechos reales de superficie se hayan constituido sobre dicho inmueble. Al abrir los correspondientes folios de las superficies se añadirá a la sigla “S” (o la que utilice el registro inmobiliario) un número correlativo para distinguir el Folio Real correspondiente a cada inmueble superficiario.

f) Extinción del derecho real

Resulta de toda lógica que se practique en la matrícula de origen como en todas las comprendidas.

¹⁰ Así lo exige la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (art. 3 de la DTR 3/2015, modificado por la DTR 15/ 2016, del mismo modo que la Provincia de Buenos Aires (art. 2).

¹¹ No lo requiere la norma de la Provincia de Buenos Aires, ni tampoco la de Córdoba, pero sí el art. 3 de la norma capitalina.

¹² KIPER, Claudio, Tratado de Derechos Reales, 3ª edición actualizada, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2021. v. II, pp. 41 y 42.

Al extinguirse el derecho real de superficie por vencimiento del plazo, el asiento registral no se cancela automáticamente. Según el principio de rogación, el registro actúa solo a petición de un sujeto legitimado. Por lo tanto, el titular del dominio debe solicitar la cancelación de la submatrícula. Como regla general ello importa la eliminación de todos los asientos registrales relacionados (arg. art. 2125 CCCN).

Si la superficie se extingue antes del plazo por otra causa (como la consolidación), los derechos reales sobre la superficie o el suelo siguen afectando separadamente ambas parcelas hasta que termine el plazo original del derecho de superficie (art. 2125 II párrafo, CCCN). Estos derechos se trasladarán al folio real originario, indicando que solo afectan a la plantación, forestación o construcción que eran objeto de la superficie.¹³

g) Publicidad

Las solicitudes de publicidad (informes, certificaciones) deben expedirse con las constancias que resulten de todas las matrículas involucradas¹⁴.

h) Superficie y propiedad horizontal.

Cuando el superficiario afecte a propiedad horizontal la construcción que le pertenece (art. 2120, II párrafo), el documento se registrará en el folio real de la superficie, abriendo las submatrículas correspondientes a las unidades funcionales o complementarias generadas.

La prohibición de afectación a propiedad horizontal por parte del superficiario, contenida en la escritura de constitución del derecho real de superficie o en un contrato posterior, debe publicitarse en el folio real superficiario. Si se requiere la voluntad conjunta del dueño y el superficiario, se debe calificar esta limitación.

¹³ SABENE, Sebastián E., “Derecho real de superficie: registro y catastro”, 11 de Agosto de 2023, www.saij.gob.ar, Editorial SAIJ – INFOJUS, Id SAIJ: DACF230056.

¹⁴ Art. 10, DTR 15/ 2018, Provincia de Buenos Aires.

SUPERFICIE PARA CONSTRUIR Y PROPIEDAD HORIZONTAL

Por Marcela H. Tranchini¹

I. CONCLUSIONES

1. Derecho se superficie sobre un inmueble afectado a propiedad horizontal.

1.1. El derecho de superficie puede constituirse sobre partes comunes y partes privativas del inmueble afectado a propiedad horizontal y propiedad horizontal especial.

1.2. La superficie sobre partes comunes es la que se emplaza en todo o parte del terreno, espacio aéreo o en el subsuelo (arts. 2115 y 2116).

Se encuentran legitimados: 1) El dueño –o los condóminos– que se reserva el derecho real de construir al momento de otorgar el reglamento de propiedad horizontal, o un tercero autorizado. 2) Los propietarios de unidades funcionales, por unanimidad. (art. 2052 CCCN). 3) Uno o más titulares de unidades funcionales, con el consentimiento unánime de los propietarios (art. 2052). 4) El consorcio, si está previsto en el reglamento o (art. 2056 inc. e), o se decide por unanimidad. 5) Un tercero, si todos los propietarios lo conceden.

El superficiario, salvo que esté prohibido, puede afectar las nuevas construcciones a propiedad horizontal mediante el otorgamiento del reglamento, con separación del terreno que continúa perteneciendo al propietario (art. 2110). En tal caso, coexistirán la propiedad horizontal superficiaria con el régimen horizontal primigenio, durante el plazo, legal o convenido, de duración de la superficie.

Al finalizar el derecho de superficie, las construcciones se integran a la propiedad horizontal original, con la modificación del reglamento.

En el marco de la autonomía de la voluntad puede convenirse que parte de las nuevas unidades funcionales correspondan al superficiario a

¹ Distinguida como mejor promedio de su promoción (UNLP). Docente Universitario con especialización en Derechos Reales (UNLP). Especialista en Derecho Notarial (UNA). Profesora Titular por concurso de Derechos Reales (UNLP), Profesora Titular (por renuncia) de Derecho Notarial y Registral por concurso y Profesora de posgrado (UNLP y UNA). Directora del Instituto de Derecho Notarial y Registral y de la Especialización en Documentación y Registración Inmobiliaria (UNLP). Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado.

título de indemnización, otras a los propietarios de las unidades preexistentes, o incluso al consorcio.

1.3. Es posible constituir el derecho de superficie sobre partes privativas en inmuebles de una sola planta en propiedad horizontal. Se recomienda incluirlo en el reglamento; de lo contrario, se necesita la autorización unánime de los propietarios.

También puede aplicarse a unidades planificadas como “a construir” que cumplan con el art. 2039, es decir, que sean espacios aprovechables, independientes y con acceso a la vía pública.

En la propiedad horizontal especial, el derecho de superficie puede establecerse sin el consentimiento de los demás propietarios, siempre que se respeten las limitaciones del reglamento, ya que el terreno es propio.

2. Propiedad horizontal superficiaria

2.1. El superficiario tiene la facultad de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, salvo que expresamente lo prohíba el dueño del suelo en el acto constitutivo (art. 2120, II párrafo). La cláusula prohibitiva debe registrarse como limitación.

2.2. La afectación mediante el otorgamiento del reglamento origina el estado de propiedad horizontal superficiaria. Las unidades funcionales, se pueden transmitir y gravar durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de la conformidad del propietario.

2.3. El terreno en que se asienta el edificio no es común de los propietarios superficiarios de las unidades funcionales, que sigue perteneciendo al propietario del suelo.

3. Extinción

3.1. La extinción de la superficie por cualquier causa restablece el principio de accesión, sin perjuicio de lo cual puede pactarse que al superficiario se le den en pago unidades a título de indemnización (art. 2126).

3.2. La extinción del derecho de superficie implica la extinción de los derechos reales o personales constituidos por el superficiario. Sin embargo, si la superficie se extingue antes del plazo legal o acordado, para proteger los derechos de terceros, los derechos reales de propiedad horizontal y los derechos sobre las unidades seguirán vigentes.

II. FUNDAMENTOS

1. DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE UN INMUEBLE AFECTADO A PROPIEDAD HORIZONTAL.

Durante las Jornadas de Derecho Civil de Rosario, se criticó la técnica de la ley 25.509 por sus imprecisiones terminológicas y desajustes metodológicos. Se propuso, de *lege ferenda*, la incorporación del “derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio-económicos”.

El CCCN incorpora el derecho real de superficie en su concepción más amplia, ya sea para forestar, plantar o construir, o sobre lo ya forestado, construido o plantado.

En este aporte se abordará la superficie constructiva en relación con la propiedad horizontal.

El titular de dominio o los condóminos del inmueble, al otorgar el reglamento de propiedad horizontal pueden reservarse –o autorizar a un tercero– la facultad de construir nuevas unidades funcionales o partes comunes en el suelo, subsuelo, o en el espacio aéreo.

Esta posibilidad puede manifestarse como una facultad inherente al dominio o condominio, o un derecho de naturaleza personal si se autoriza a sobreelevar a un tercero (denominado comúnmente sobreelevación); o como un derecho real de superficie.^{2 3}

El derecho de superficie puede constituirse tanto sobre partes comunes y, aunque no es lo más común, también sobre partes privativas del inmueble afectado a propiedad horizontal o propiedad horizontal especial.⁴

² El derecho de sobreedificación reviste dos formas contempladas expresamente por el art. 16 del Reglamento Hipotecario español: la primera, es la concesión de un derecho superficiario de sobreelevación; la segunda, la posibilidad del derecho de sobreelevación no superficiaria, supuesto que desemboca necesariamente en una situación de propiedad horizontal.

³ Sobre el derecho de sobreelevar de naturaleza personal, nos hemos ocupado en nuestros aportes: “La sobreelevación en la propiedad horizontal (Títulos y modo de adquisición de las nuevas construcciones)”, *Anales Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata*, en homenaje a J. V. González y a la UNLP, 2005, Vol. 3, N.º 36, p. 181. “Sobre elevación, de la teoría a la práctica.”, *Revista notarial* nro. 967, año 2011, p. 223.

⁴ Como dicen DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas”, *La Ley*, 25 de marzo de 2024: “Los propietarios de un edificio afectado a la propiedad horizontal no están obligados a enajenar la propiedad del edificio, o de las unidades del último piso, para constituir el

El derecho de superficie en partes comunes del inmueble en propiedad horizontal se emplaza en todo o parte del terreno, espacio aéreo o en el subsuelo (arts. 2115 y 2116). Es que el espacio aéreo es una proyección del terreno que es una cosa necesariamente común (2041 inc. a). Lo propio puede decirse del subsuelo, a menos que estén construidas en él partes privativas, por ejemplo, cocheras o bauleras.

También pueden darse supuestos en los cuales el derecho de superficie se constituya sobre partes privativas.

Comenzaremos con el derecho de superficie constituido sobre partes comunes.

a) Constitución del derecho real de superficie en partes comunes.

El art. 2116 CCCN permite constituir el derecho de superficie “sobre construcciones ya existentes dentro del régimen de propiedad horizontal”.

i. Legitimación

¿Quiénes se encuentran legitimados para constituir el derecho real de superficie?

a) El dueño –o los condóminos– se reserva el derecho real de construir al momento de otorgar el reglamento de propiedad horizontal. También puede autorizar a un tercero.

Es la modalidad que se impone en el tráfico negocial ante la dificultad de lograr el consenso del total de los propietarios luego de la enajenación de todo o parte de las unidades funcionales. La reserva tiene un sentido de prevención de resguardar un derecho para que se ejerza a su tiempo⁵, esto es, cuando se adquieran los distintos derechos reales de propiedad horizontal, momento en el cual la constitución del derecho de superficie requerirá la aquiescencia del total de los propietarios.

derecho de superficie a favor de un tercero, con el objeto de concederle el derecho a elevar construcciones o realizar plantaciones sobre la terraza, y de hacerse dueño de las que resulten consecuencia de su actividad.”

⁵ Uno de los significados del término “reserva” coincide con lo expuesto: “Guarda o custodia que se hace de algo, o prevención de ello para que sirva a su tiempo”. REAL ACADEMIA ESPAÑOLA: *Diccionario de la lengua española*, 23.^a ed., [versión 23.7 en línea]. <<https://dle.rae.es>> [Fecha de consulta: 6 de agosto de 2024].

La adquisición de unidades funcionales que importa la adhesión al reglamento requiere la aceptación específica de la cláusula. De modo que el derecho de superficie originariamente reservado a través de un acto jurídico unilateral deviene en un contrato celebrado por adhesión a cláusulas generales predispuestas.

b) Los propietarios de unidades funcionales pueden, por unanimidad, constituir el derecho real de superficie (arts. 2052 y 2118 CCCN).

Aquí el poder de negociación se equilibra y, por lo general, son contratos paritarios.

c) Uno o más titulares de unidades funcionales, en la medida de que cuenten con la unanimidad de los propietarios (art. 2052).

d) El consorcio como persona jurídica privada (arts. 148 inc. h) y 2044) tiene la facultad de constituir el derecho de superficie sobre una parte común del edificio si así está previsto en el reglamento (art. 2056 inc. e)⁶, o si así se decide por unanimidad.

e) Un tercero, cuando la superficie le es concedida por el total de los propietarios.

ii. Suerte de las construcciones efectuadas en el inmueble afectado a propiedad horizontal.

Las nuevas construcciones pueden estar destinadas a unidades funcionales, complementarias y aún a partes comunes no necesarias como piscinas, solárium, salón de usos múltiples, etc.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario, excepto pacto en contrario (art. 2110). Pueden presentarse dos alternativas.

a) Que el superficiario otorgue el reglamento de propiedad horizontal (art. 2120) coexistiendo con el régimen horizontal primigenio, durante el plazo de duración de la superficie.

En tal caso habrá dos regímenes de propiedad horizontal. La propiedad horizontal superficiaria, temporaria, y la propiedad horizontal

⁶ PUERTA DE CHACÓN, Alicia, "Proyecciones de la nueva "superficie". Aspectos estructurales y dinámicos", Revista Notarial N° 988, La Plata, 2019, p. 37.

común de carácter perdurable. Las distintas alternativas arquitectónicas, como la existencia de bienes comunes a ambas propiedades como *paliers*, salones de usos múltiples, jardines de uso común, requerirán de una serie de matizaciones que deben preverse en el reglamento de origen –o por acuerdos posteriores–, tal como servidumbres entre ambas propiedades. Extinguida la propiedad superficiaria horizontal, las construcciones realizadas se integrarán a la propiedad horizontal, con la modificación del reglamento originario.

b) Que una vez concluidas las obras se integren inmediatamente, como nuevas unidades o partes comunes, a la propiedad horizontal originaria, mediante la modificación del reglamento. A diferencia del caso anterior no se requerirá el otorgamiento de reglamento respecto de la propiedad superficiaria.

En ambos supuestos corresponde determinar quiénes serán los dueños de las nuevas unidades funcionales.

Las posibilidades, en el marco de la autonomía de la voluntad, son varias: así puede convenirse que una parte de ellas correspondan al superficiario –o a los terceros a quien éste enajenó las unidades– a título de indemnización⁷ (art. 2126); a los propietarios de las unidades preexistentes, ya que a ellos corresponde el terreno como cosa necesariamente común (arts. 2125 y 2041 inc. a). Les pertenecerán en condominio y en la proporción de sus alícuotas (2056 inc. f). Luego podrán adjudicarse las distintas unidades.

Incluso, puede pactarse que integren el patrimonio del consorcio.⁸

b) *Constitución del derecho real de superficie en partes privativas.*

Difícilmente se presente este supuesto en un bloque de edificio. Sin embargo, ello es factible en inmuebles de una sola planta, afectados a propiedad horizontal o propiedad horizontal especial.⁹ Todo debe estar

⁷ KIPER, Claudio, Tratado de Derechos Reales, 3ª edición actualizada, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2021. v. II, p. 43.

⁸ ALTERINI Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel y ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018. v. II, p. 587.

⁹ ALTERINI Jorge Horacio, ALTERINI, Ignacio Ezequiel y ALTERINI, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, 1ª edición, La Ley, Buenos Aires, 2018. v. II, p.

previsto en el reglamento, sea a través de una reserva o de una autorización a un tercero; caso contrario, dado que el terreno es común, requerirá la autorización de todos los propietarios.

La casuística es muy rica, pero podemos brindar el ejemplo de los inmuebles de una sola planta en la que, en el reglamento, se autoriza a los propietarios recíprocamente a constituir derecho de superficie. Incluso, es factible en las unidades que planimétricamente figuran como “a construir” y que responden a la prescripción del art. 2039 que dispone: “El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, que consiste en ... u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino, que tengan independencia funcional, y comunicación con la vía pública, directamente o por un pasaje común.”¹⁰

En la propiedad horizontal especial puede constituirse derecho real de superficie, incluso sobre partes privativas, para construir desde un edificio en propiedad horizontal –en este caso el terreno será común solo a la propiedad horizontal superficiaria (arg. art. 2076)–, hasta locales comerciales o espacios guardacoches y prever la existencia de subconsorcios (art. 2068).

2. PROPIEDAD HORIZONTAL SUPERFICIARIA

a) Afectación a propiedad horizontal superficiaria.

Es la facultad del superficiario de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, salvo que expresamente lo prohíba el dueño del suelo en el acto constitutivo (art. 2120, II párrafo).

En este supuesto no hay una propiedad horizontal preexistente.

586. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Proyecciones de la nueva “superficie”. Aspectos estructurales y dinámicos”, Revista Notarial N° 988, La Plata, 2019, p. 38.

¹⁰ Las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Universidad Nacional De La Plata, 2017 concluyeron: “... b. Unidad funcional.

De lege lata

El art. 2077 que se refiere a la unidad funcional, se debe interpretar con estricta sujeción al art. 2039, que lo extiende a los "espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino", es decir que incluye las parcelas no construidas, y las no destinadas a la construcción. ...”.

La afectación da origen a la propiedad horizontal superficiaria de las unidades funcionales, las que se pueden transmitir y gravar como, se trate de viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

La superficie sobre la totalidad del edificio se establece con separación del terreno perteneciente al propietario. Ello supone que el terreno en que se asienta el inmueble no es común de los propietarios superficiarios de las unidades funcionales.¹¹

La magnitud del edificio de propiedad horizontal impone penetrar en el subsuelo con cimientos, vigas, cañerías, y demás instalaciones y servicios necesarios para su funcionamiento. La extensión de estas partes del edificio en el subsuelo deberá estar previstas en el título constitutivo de la superficie, a fin de evitar la constitución de múltiples servidumbres (art. 2116 último párrafo).¹²

b) Extinción.

Con la extinción de la superficie por cualquiera de las causas previstas se restablece el principio de accesión (art. 2125), sin perjuicio de la cual puede pactarse que al superficiario se le den en pago unidades a título de indemnización (art. 2126).

La extinción de la superficie conduce a la extinción de los derechos reales o personales constituidos por el superficiario, salvo que la superficie se extinga antes del plazo legal o convencional, por ejemplo, por consolidación. Ello, en salvaguarda de los derechos de terceros.¹³

¹¹ KIPER, Claudio, Tratado de Derechos Reales, 3ª edición actualizada, Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2021. v. II, p. 42. PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Proyecciones de la nueva “superficie”. Aspectos estructurales y dinámicos”, Revista Notarial N° 988, La Plata, 2019, p. 39.

¹² PUERTA DE CHACÓN, Alicia, “Proyecciones de la nueva “superficie”. Aspectos estructurales y dinámicos”, Revista Notarial N° 988, La Plata, 2019, p. 39.

¹³ COSSARI, Nelson G. A., en ALTERINI, Jorge H. (Director general) y ALTERINI, Ignacio E. (Coordinador), *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético*, 2º edición, Buenos Aires, La Ley, 2016, tomo X (Director del tomo: COSSARI, Nelson G. A.), p. 219.

ANÁLISIS NORMATIVO DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Victoria Urtubi¹

I. CONCLUSIONES

De lege lata:

1. El Código Civil y Comercial de la Nación regula el derecho de superficie en los artículos 2111 al 2128, en toda su extensión: sobre construcciones, plantaciones o forestaciones.

2. El artículo 1945 del citado Código dispone el principio de accesión: que todo lo construido, plantado o forestado pertenece al dueño del suelo; dejando a salvo como excepciones los derechos reales de propiedad horizontal y superficie.

3. El derecho de superficie es temporario, previendo la ley como plazo máximo setenta años para la construcción y cincuenta años para la plantación o forestación.

4. Este derecho experimenta una metamorfosis porque el derecho de edificar o de forestar nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho sobre cosa propia cuando se concluye la construcción o forestación. De ahí que la naturaleza jurídica de este derecho es mixta porque en una primera instancia, el titular del terreno concede al superficiario la facultad de edificar o plantar sobre cosa ajena. Una vez efectuada la obra, plantación o forestación; el derecho del superficiario recae sobre cosa propia.

5. El derecho real de superficie puede ser constituido sobre el suelo o la rasante; el subsuelo o el vuelo; de inmuebles aptos para construir, plantar o forestar; ya sea sobre todo el inmueble o sobre una parte materialmente determinada.

6. Pueden constituir el derecho de superficie los titulares de derecho real de dominio, condominio y propiedad horizontal; requiriendo en este último supuesto, la unanimidad del acuerdo de voluntad de los consorcistas. Pueden ser personas humanas y jurídicas,

¹ Abogada. Escribana. Profesora Adjunta D. Reales, Facultad de Derecho UNR
Cát. B. Especialista en Documentación y Contratación Notarial.

con capacidad jurídica para disponer; inclusive el consorcio de propiedad horizontal.

7. El titular del derecho real de superficie puede construir incluso una propiedad horizontal, la que quedará sometida al plazo de duración previsto para el derecho de superficie en el contrato constitutivo.

8. El derecho real de superficie se constituye por contrato; siendo necesario el título y modo suficiente. La registración es necesaria para la publicidad y oponibilidad del derecho. Puede ser gratuito u oneroso. La prescripción adquisitiva breve es admitida. Puede transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte.

9. Las facultades del derecho de superficie sobre cosa ajena estarán orientadas al ejercicio de las actividades tendientes a la construcción, forestación o plantación. Una vez que la cosa ya está construida, plantada o forestada, las facultades del superficiario son amplias, con las limitaciones propias que se hayan previsto en el contrato y sujeto al plazo legal o convencional.

10. El superficiario podrá hipotecar tanto el ius edificandi; como lo construido, plantado o forestado. Puede también constituirse anticresis.

11. El propietario del suelo, que pasa a tener un dominio imperfecto por efecto de la desmembración de su derecho, conserva sus facultades jurídicas y materiales en tanto no turben el derecho del superficiario. Las obligaciones del propietario son de abstención.

12. El superficiario que transmite su derecho por actos entre vivos, transmite además las obligaciones a las que él mismo estaba obligado.

13. La extinción del derecho del superficiario por la renuncia a su derecho; el desuso o el abandono; no liberan al superficiario de las obligaciones que tenía contraídas, sean legales o convencionales.

14. Si se destruye lo construido, plantado o forestado, el Código prevé que no se extinguirá el derecho de superficie si el superficiario vuelve a construir dentro de los seis años o plantar o forestar dentro de los tres años.

15. La renuncia es un modo de extinción del derecho de superficie; la cual debe ser expresa en escritura pública e inscribirse en el Registro que corresponda.

16. El vencimiento del plazo es otro modo de extinción del derecho de superficie, ya sea el acordado; o en su defecto el plazo legal.

17. El cumplimiento de la condición resolutoria es otro modo de extinción del derecho de superficie; cuando se hubiese sujeto a una condición en el contrato de constitución del derecho.

18. La consolidación es la reunión en una misma persona de las dos titularidades de derechos. De ocurrir esto se da otro supuesto de extinción del derecho, en donde las obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con los mismos alcances hasta el cumplimiento del plazo.

19. El no uso durante diez años en la superficie de construcción o cinco años en la plantación o forestación, provoca también la extinción del derecho.

20. El abandono es otro supuesto de extinción previsto en el Código citado.

21. Extinguido el derecho de superficie por cualquiera de los supuestos mencionados, el propietario del suelo recupera su dominio pleno.

22. El propietario deberá abonar la indemnización acordada al superficiario, salvo pacto en contrario. De no ponerse de acuerdo sobre el monto a indemnizar, el Código prevé que deberán tomarse en cuenta los valores subsistentes incorporados durante los dos últimos años, descontada la amortización. El superficiario podrá ejercer derecho de retención hasta tanto le sea abonada la indemnización que le es debida.

23. Se aplican subsidiariamente las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, cuando el superficiario tiene su derecho sobre cosa ajena porque la cosa no ha sido aún construida, forestada o plantada. Una vez construido, plantado o forestado el inmueble, el superficiario tiene su derecho sobre cosa propia, siendo de aplicación las normas del dominio revocable en subsidio de las normas propias de la superficie.

De lege ferenda:

1. El derecho real de superficie tendrá un plazo máximo de 50 años para plantación o forestación y setenta años para construcción; pudiendo ser renovable por dichos períodos por los contratantes o sus sucesores, por única vez.

2. Podrá adquirirse por la prescripción adquisitiva ordinaria.

II. FUNDAMENTOS

1. DEFINICIÓN Y CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

El Código Civil y Comercial de la Nación, en el Libro 4to., Título VII crea y reglamenta al Derecho Real de Superficie.

Su regulación se extiende desde el artículo 2111 hasta el artículo 2128 inclusive del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los artículos 2114 y 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación son esenciales para comprender la caracterización de este derecho. Así prevé el primero de ellos: “*Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales*”; mientras que el artículo 2116 determina: “*Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento*”.

El derecho de superficie constituye un derecho real. Tal es así porque además de surgir de su articulado específico, lo encontramos en el artículo 1887 en el inciso g) enumerado junto a los demás derechos reales que son reconocidos por el legislador nacional.

Esta incorporación que efectúa el legislador en materia de derechos reales, de permitir expresamente a este derecho, como así también al derecho de propiedad horizontal, no implica que haya quedado sin efecto uno de los principios del derecho de dominio denominado el principio de accesión, el cual significa que todas las construcciones, siembras y plantaciones existentes en un inmueble pertenecen al dueño del suelo. Esto es así atento ya que el propio legislador en el artículo 1945 tercer párrafo aclara que el principio de accesión se aplica excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

Este derecho real es temporario, ya que no puede durar más allá de los cincuenta (50) años para el supuesto de forestación o plantación; siendo el plazo máximo previsto para la construcción el de setenta (70) años. Así lo prevé el artículo 2117 del citado Código. El plazo se computará desde que el titular del derecho de superficie reúna los requisitos del título y el modo suficiente. De haberse pactado uno más breve, podrá extenderse hasta el plazo máximo autorizado. Pensamos que podría modificarse la ley en el sentido de permitirse la renovación de dichos plazos, por los contratantes o sus sucesores, para alentar así su aplicación.

Se constituye sobre un objeto ajeno. Al decir del Dr. Luis O. Andorno, “Se experimenta así una curiosa metamorfosis, toda vez que el derecho de edificar o de forestar nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre cosa propia cuando se concluye la construcción o la forestación.”²

“Una vez constituido este derecho, el propietario del terreno tendrá el dominio imperfecto o desmembrado, y a la extinción del mismo, se consolidará el derecho de dominio exclusivo en su cabeza”³.

Con relación a su naturaleza jurídica, es factible identificar si este derecho es sobre cosa propia o sobre cosa ajena

En una primera etapa, el titular de dominio del terreno concede a una persona – titular del derecho de superficie – la facultad de edificar o plantar en su inmueble: es lo que se denomina **ius edificandi** o **derecho de edificar**, pudiendo decir entonces que en esta instancia el derecho real de superficie recae sobre cosa ajena.

Una vez efectuada la obra, plantación o forestación; o que el derecho se constituye sobre la construcción, plantación o forestación que ya estaba realizada, el derecho de superficie recae sobre cosa propia; o lo que identifica también como **propiedad superficiaria**.

² ANDORNO, Luis. O. (10/05/2000). El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998. Jurisprudencia Argentina. Doctrina.

³ URTUBI, Victoria. (2018). Condominio de indivisión forzosa, servidumbre de tránsito o derecho de superficie sobre el vuelo como herramientas jurídicas en la zona urbana. Teoría y Práctica Notarial 1. Doctrina. Modelos. Fallos. Anexo Legislativo. Marina C. Zuvilia dirección. Ed. Juris online. Rosario. Pág. 94

Es por estos dos supuestos identificados previamente que es posible determinar que la naturaleza jurídica de este derecho real presenta un **carácter mixto**, toda vez que este derecho se ejerce simultáneamente sobre cosa propia y sobre cosa ajena.

Una vez constituido el derecho, concede a su titular las facultades de uso, goce y disposición sobre lo plantado, forestado o construido.

Puede ser constituido sobre el suelo o la rasante, el subsuelo o el vuelo. En cuanto a sus modalidades, así lo establece el artículo 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación, al decir: “*Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, el vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.*”

Este derecho real recae exclusivamente sobre inmuebles; siendo un requisito que éste sea apto para construir, plantar o forestar.

Este derecho real puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte materialmente determinada. Esto habilita que puedan coexistir sobre el mismo inmueble dos o más derechos, ya sean estos reales o personales.

No sería posible la coexistencia de dos o más derechos que por sus características se excluyan entre sí, sobre la misma parte materialmente determinada de la cosa, por aplicación del principio de concurrencia que rige en materia de derechos reales (artículo 1913 del Código Civil y Comercial de la Nación).

Queda regido por las normas de orden público que regulan a este derecho, toda vez que, al ser clasificado el derecho de superficie como derecho real, el mismo cuenta con su propia estructura legal, y tal es el carácter – de orden público - de las normas que regulan a los derechos de esta especie⁴.

⁴ Artículo 1882 del Código Civil y Comercial de la Nación: “*Concepto. El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su*

2. LEGITIMACIÓN

Desde la perspectiva de quién puede constituir sobre un inmueble que tiene en su patrimonio el derecho real de superficie, podrá hacerlo tanto sea persona humana como persona jurídica, en ambos supuestos con capacidad para otorgar actos de disposición; titular del derecho real de dominio, de condominio, y derecho real de propiedad horizontal.

En este último supuesto, cabe destacar que se deberá contar con la unanimidad del acuerdo de voluntad de los consorcistas que integren a la persona jurídica que sea el Consorcio de propiedad horizontal del inmueble sobre el cual se constituirá a favor de otra persona el derecho real de superficie. La exigencia de la unanimidad se desprende de lo previsto en el artículo 2052 del Código Civil y Comercial de la Nación, que requiere este acuerdo para los supuestos en que se vaya a realizar por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, que gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial.

Mención separada podemos realizar respecto de si puede el consorcio de propiedad horizontal, como persona jurídica que es conforme al Código Civil y Comercial de la Nación (artículo 148 inciso h) y artículo 2044 del citado Código), adquirir el derecho real de superficie sobre un inmueble; es decir, ser el consorcio de propiedad horizontal titular del derecho real de superficie.

El consorcio de propietarios, como persona jurídica que es, tiene un patrimonio propio que se distingue del patrimonio particular de cada uno de los consorcistas que integran en conjunto a la persona jurídica del consorcio.

El patrimonio del consorcio está destinado a cumplir con la finalidad de la persona jurídica consorcio de propietarios, el cual no es otro más que velar por el mantenimiento, conservación y reparación de cosas y partes comunes del edificio. Pero el reconocer la personalidad jurídica implica admitir que tiene aptitud para adquirir derechos y contraer

objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”

obligaciones en orden al cumplimiento de su objeto y los fines de su creación (artículo 141 del Código Civil y Comercial de la Nación). Por lo que, si surge del Acta de Asamblea que resuelve la adquisición del derecho real de superficie la finalidad de la adquisición de este derecho, podrá ser el consorcio de propietarios titular de derecho de superficie.

Respecto de quiénes pueden ser titulares de derecho real de superficie, podrán serlo tanto personas humanas como jurídicas, en ambos casos con capacidad suficiente para otorgar actos dispositivos.

En este último aspecto, teniendo en cuenta que “las finalidades de construcción, plantación o forestación no estructuran distintas categorías de este derecho real, por lo que podrían coexistir en cabeza de un mismo superficiario. La escritura de constitución debiera reflejarlo adecuadamente⁵”.

En el supuesto que el superficiario construya una propiedad horizontal, la misma quedará sometida al plazo de duración previsto en el contrato de constitución de la superficie o en su defecto el plazo máximo previsto en la ley.

El Estado podrá también constituir derecho real de superficie, aplicándose las previsiones del Código Civil y Comercial de la Nación cuando se trate de bienes que sean del dominio privado.

Pensamos que para afectar bienes del dominio público será necesario contar con una ley especial al efecto.

3. MODOS DE CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El artículo 2119 del Código dispone: “*Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título*”.

El artículo transcrito nos permite determinar que la única causa fuente para adquirir el derecho real de superficie es el contrato. Luego puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Para el

⁵ 39 Jornada Notarial Bonaerense. (2015). Mar del Plata.

caso de constitución de modo derivado esto es por contrato, sea la constitución originaria de la superficie, o al transmitirse el derecho de superficie ya constituido por actos entre vivos, será necesario el cumplimiento de los recaudos previstos en el artículo 1892 del citado Código; debiendo entonces estar reunidos los dos requisitos legales para las adquisiciones derivadas: el título suficiente y el modo suficiente.

En este aspecto, el título suficiente, es decir ese acto jurídico revestido de las formas legales, (que será la escritura pública por disposición del artículo 1017 inciso a) del Código Civil y Comercial de la Nación), debe tener por finalidad constituir el derecho real de superficie.

El modo suficiente, teniendo en cuenta que el derecho real de superficie es un derecho real que se ejerce por la posesión, es la tradición posesoria.

Así, reunidos el título suficiente que será el contrato otorgado por personas capaces para disponer y legitimado al efecto, instrumentado en escritura pública, y teniendo el superficiario la posesión, se constituirá el derecho real de superficie; el que una vez constituido será necesaria la registración ante el Registro General de Propiedades correspondiente a la circunscripción donde está ubicado el inmueble, a los fines de su publicidad y oponibilidad a los terceros (artículo 1893 del Código mencionado).

El contrato podrá ser a título gratuito o a título oneroso.

El otro supuesto previsto por el legislador para adquirir el derecho real de superficie es por causa de muerte. En este caso, se aplican las normas del derecho sucesorio previstas en el Libro Quinto del Código Civil y Comercial de la Nación.

El artículo 2119 del Código Civil y Comercial seguidamente prevé que “*No puede adquirirse por usucapión*”. Tal aclaración la realiza el legislador toda vez que la prescripción adquisitiva es una de las maneras de adquirir los derechos reales sobre las cosas que se ejercen por la posesión. Siendo el derecho real de superficie un derecho real que recae sobre cosas y que se ejerce por la posesión; de no ser por la aclaración formulada por el legislador en el artículo 2119, podría pensarse que bien podría adquirirse este derecho real por este medio. No coincidimos con la negativa, toda vez que, así como, por ejemplo, puede adquirirse el derecho de usufructo por la prescripción adquisitiva, también podría adquirirse la superficie por este modo.

Seguidamente, el legislador, tras establecer la negativa de que “*No puede adquirirse por usucapión*”; en el referido artículo 2119 dispone que: “*La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título*”. Se justifica porque una vez reunidos sus requisitos (posesión durante el tiempo previsto en la ley de diez años, justo título y buena fe), lo que implica es un saneamiento del título que se tiene, siendo que el justo título que tiene el superficiario se elevará de categoría pasando a ser título suficiente.

Pensamos que podría además adquirirse el derecho real de superficie por la partición judicial, para el supuesto de que presentadas las operaciones de partición al juez, éste las aprobase a los fines que el Registro inscriba el derecho real de superficie nacido del acuerdo de todos los herederos (artículo 2369 y siguientes del Código Civil y Comercial de la Nación); y también podría adquirirse en una subasta judicial, en cuyo caso quien adquiere sabe que solamente incorpora una propiedad superficiaria a su patrimonio.⁶

4. FACULTADES Y OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO Y DEL PROPIETARIO

Las facultades del superficiario estarán orientadas al destino en virtud del cual éste adquirió el derecho. Es decir, si se constituye el derecho real de superficie sobre un inmueble baldío, con destino a forestación, pues será entonces las facultades atinentes a lograr la forestación las que podrá ejercer el superficiario.

Por otra parte, y una vez ya construido, plantado o forestado, siendo que el derecho del superficiario será sobre cosa propia, sus facultades de uso y goce serán más amplias, con la limitación a la temporalidad a que este derecho se sujeta y a lo dispuesto en el contrato.

El artículo 2120 del Código Civil y Comercial de la Nación cuenta con dos párrafos. El primero de ellos refiere a la facultad que tiene el superficiario de constituir el derecho real de hipoteca, para garantizar obligaciones propias o de terceros, en sus dos aspectos: es decir que el titular del derecho real de superficie podrá constituir hipoteca tanto sobre

⁶ ANDORNO, Luis. O. (10/05/2000). El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998. Jurisprudencia Argentina. Doctrina.

la propiedad superficiaria (sobre cosa propia), y también sobre el derecho de edificar, plantar o forestar (sobre cosa ajena).

Cabe destacar que el artículo en estudio refiere a las facultades para constituir derechos reales de garantía, siendo entonces posible para el superficiario constituir derecho real de anticresis, en tanto que, para poder constituir este derecho real de garantía, es necesario tener la posesión sobre la cosa; y ser el derecho de superficie un derecho real que se ejerce por la posesión.

El titular del derecho de superficie puede sobre la superficie construida, constituir el régimen de la propiedad horizontal con separación del terreno; durante el plazo de vigencia de su derecho (sin el consentimiento del propietario del suelo). Una vez construido el edificio y sometido a la propiedad horizontal, podrá transmitir y/o gravar las unidades independientes resultantes de dicha división.

Por su parte, el propietario del suelo, como titular del derecho real de dominio que continúa siendo, - pero siendo su dominio imperfecto por cuanto se encuentra desmembrado atento la constitución sobre el inmueble del derecho real de superficie-; conserva sus facultades materiales y jurídicas, con la limitación que no podrá ejercer actos que impliquen turbar el derecho del superficiario.

En cuanto a las obligaciones que tendrá el propietario, son de abstención, ya que no podrá realizar acciones que afecten el goce o restrinjan el derecho del superficiario.

Por su parte, el artículo 2123 prevé qué pasa con las obligaciones que hubiere asumido el superficiario si éste deja de ser titular del derecho de superficie, bajo las siguientes consideraciones: *“Subsistencia y transmisión de las obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales”*.

De este modo, si el titular del derecho de superficie deja de serlo en virtud, por ejemplo, de un acto jurídico traslativo de su derecho por acto entre vivos – contrato de cesión de su derecho de superficie-, el nuevo titular del derecho de superficie asumirá su condición de tal, quedando este último comprometido por las obligaciones que tenía su antecesor. Esto en virtud más allá de este artículo, de lo previsto en la regla general instalada en el artículo 399 del Código Civil y Comercial de la Nación: *“Nadie*

puede transmitir a otro un derecho mejor o más extenso que el que tiene....”

Al establecer los supuestos de extinción del derecho de superficie que podríamos tildar, inesperados o no previstos (para los terceros que fueran a contratar con el titular del derecho de superficie), como son la renuncia, el desuso o el abandono; quedan protegidos estos terceros con quienes, en vigencia de su derecho de superficie, el titular del derecho de superficie hubiera contraído obligaciones; al prever la norma que el superficiario no queda liberado de sus obligaciones legales o contractuales.

5. SUPUESTO DE DESTRUCCION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA.

Establece el artículo 2122 del Código Civil y Comercial de la Nación que, si se destruye lo construido, plantado o forestado, y el contrato constitutivo del derecho de superficie nada había previsto al respecto expresamente, el derecho de superficie no se va a extinguir si el superficiario vuelve a construir dentro de los seis años o vuelve a plantar o forestar dentro de los tres años de ocurrida la destrucción de lo plantado o forestado.

Pero admitiendo la posibilidad que las partes, propietario y superficiario, hayan pactado lo contrario.

Creemos que este pacto resolviendo la situación en un sentido distinto al planteado por el codificador, podría darse ya sea en el contrato constitutivo del derecho real de superficie, como así también, podría plantearse entre las partes la conveniencia de establecer este acuerdo en un momento posterior.

Además, el acuerdo entre las partes al respecto podría tanto establecer que, de ocurrir la situación de la destrucción de lo construido, plantado o forestado, se va a extinguir el derecho, no autorizando su reconstrucción, reforestación o plantación; como así también podría prever un plazo diferente para la reconstrucción, reforestación o plantación. En este último supuesto, podrá acordarse un plazo menor al previsto por el legislador (y no mayor atento ser normas de orden público las que regulan la materia).

6. EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE: SUS EFECTOS

El derecho real de superficie se puede extinguir por distintos supuestos previstos en el artículo 2124 del Código Civil y Comercial de la Nación: renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir; y de cinco años para el derecho a plantar o forestar.

Respecto a la renuncia como modo de extinción del derecho de superficie, tendrá que ser expresa. Dicha renuncia deberá instrumentarse en escritura pública e inscribirse en el Registro General correspondiente a los fines de darle publicidad y oponibilidad a los terceros. Recordamos que la renuncia no lo libera al superficiario de sus obligaciones.

Una de las características del derecho de superficie es su temporalidad, y es por ello que, vencido el plazo previsto expresamente en el contrato, o en su defecto, el previsto en la ley (setenta años para el supuesto de construcción y cincuenta años para la forestación o plantación), el derecho de superficie se extinguirá. Este supuesto de extinción opera de pleno derecho.

Otro supuesto de extinción del derecho de superficie es por el cumplimiento de la condición resolutoria, que tendrá lugar en los supuestos en que, en el contrato de constitución del derecho, el mismo se haya supeditado a un plazo o condición resolutoria.

El derecho real de superficie supone necesariamente la existencia de dos titulares de derechos reales ligados entre sí, esto es, el propietario del suelo y el superficiario. Si tales titularidades se unen en una misma persona, naturalmente dejará de existir el derecho de superficie⁷.

Producida la extinción del derecho de superficie por efecto de la consolidación, tanto las obligaciones del propietario como las del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos; hasta tanto transcurra el plazo del derecho de superficie. Esto es así atento la protección a los terceros, con quienes hubieran contratado ya sea el propietario como el superficiario. Claramente que tales obligaciones o gravámenes no podrán subsistir más allá del plazo convenido en la superficie.

⁷ ANDORNO, Luis. O. (10/05/2000). El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998. Jurisprudencia Argentina. Doctrina.

El no uso es otro supuesto de extinción que enuncia el legislador. Este supuesto de extinción que también lo encontramos en otros derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, uso, habitación, servidumbre). Encuentra su fundamento en el reconocimiento que el Estado realiza sobre las actividades productivas sobre las cosas inmuebles. El no uso se considera causal de extinción del derecho de superficie ya sea porque el superficiario no utilice la cosa durante el plazo de diez años para el supuesto de construcción, o de cinco años para el supuesto de forestación o plantación; como también si se le da un destino distinto al previsto en el contrato. Este supuesto de extinción, habrá que demandarlo judicialmente y probarlo. Este plazo previsto por el legislador de diez años y cinco años ya sea para los supuestos de construcción el primero y forestación o plantación el último, es de orden público. Pero nada impide que las partes puedan acordar que el no uso por un plazo inferior al previsto por el legislador, también tenga por efecto la extinción del derecho de superficie.

Como último supuesto de extinción del derecho, citamos al abandono, que, si bien no figura en este artículo que estamos trabajando, sí lo prevé el legislador en el artículo 2123 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Una vez extinguido el derecho real de superficie por los supuestos antes detallados, los artículos 2125 y 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación sistematizan los efectos que la extinción produce.

En principio, una vez extinguido el derecho de superficie, renace el principio general que se aplica en materia de dominio, esto es la accesión; por lo cual, al operarse la extinción del derecho de superficie, renace en cabeza del dueño del suelo, la plenitud de su dominio.

Además y tal como lo expusimos al referirnos al supuesto de consolidación como modo de extinción del derecho de superficie; si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie; siendo la misma solución la que prevé el Código Civil y Comercial de la Nación para los supuestos de constitución de derechos personales.

Extinguido el derecho de superficie, el superficiario tiene derecho a que se le abone un monto en concepto de indemnización. Este monto será

el acordado entre las partes, ya sea al comienzo del contrato de constitución del derecho de superficie o en un momento posterior.

Aclara el Código que bien pueden las partes pactar que no se abonará suma alguna en concepto de indemnización.

Además, el Código admite respecto del monto de la indemnización, que el mismo puede ser determinado libremente por las partes; pero prevé que a falta de estipulación respecto de cuánto es lo que se deberá abonar bajo este concepto; se tomarán en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

Es decir, que, a los fines de determinar la indemnización, la misma lo será como lo convengan las partes en el contrato de superficie o posteriormente; siendo que supletoriamente la norma fija parámetros objetivos destinados a valorar la indemnización.

Respecto del deber del pago de la indemnización, para aquellos supuestos en donde se haya acordado que la misma deberá ser abonada por el propietario en favor del superficiario, sostenemos que bien podría el superficiario ejercer el derecho de retención sobre lo construido, forestado o plantado, hasta tanto le sea abonada la suma adeudada.

7. NORMAS SUPLETORIAS

Se disponen dos artículos señalando cuáles son las normas supletorias a aplicarse, teniendo en cuenta si el derecho de superficie es sobre cosa ajena; o si el derecho de superficie ya recae sobre cosa propia.

El artículo 2127 del citado Código dispone cuando el titular del dominio del terreno concede a otra persona el derecho a edificar, plantar o forestar sobre su inmueble; en la medida que tal construcción, plantación o forestación no exista, no habrá cosa técnicamente hablando. Así que sólo existirá el derecho a edificar, plantar o forestar en la propiedad de otro. Entonces, hasta este momento, en cabeza del superficiario hay un derecho sobre cosa ajena. Es por esto y dada la similitud que se da con el derecho de usufructo, que el codificador declara aplicables de manera supletoria, las normas relativas al derecho real sobre cosa ajena de usufructo.

Asimismo, resulta conveniente resaltar que en este aspecto sobre qué normas se aplicarán subsidiariamente, la última parte del artículo 2127

que estamos trabajando, admite que las partes pacten que se apliquen en subsidio las normas de alguna otra figura.

Ahora bien, una vez ya efectuada la construcción, forestación o plantación, éste será el objeto inmediato del derecho real de superficie en cabeza del superficiario. Y atento a que el superficiario tendrá su derecho sobre cosa propia, pero un derecho imperfecto por su temporalidad, es que el codificador prevé en el artículo 2128 que serán de aplicación en subsidio, las normas previstas para el dominio revocable sobre cosas inmuebles.

BENEFICIOS ECONÓMICOS Y CONFLICTOS NORMATIVOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DESARROLLO INMOBILIARIO

Por Candela J. Zaiko¹ y Casiano Highton²

I. CONCLUSIONES

De lege lata

1. De los art. 2120 y 2125 del CCCN puede inferirse que en el supuesto de que el titular superficiario afecte la edificación construida al régimen de propiedad horizontal, esta última verá limitada su temporalidad al plazo de vigencia establecido para el derecho de superficie. Claro está, sin establecerlo expresamente.

2. El art. 2120 al regular las facultades del superficiario deja establecido que el mismo puede constituir derechos reales sobre lo edificado, asimismo, no aporta mayores lineamientos acerca de esa “sub-constitución” de derechos reales.

3. En su art. 2126, el CCCN al tratar el supuesto de indemnización, dicha norma de orden público establece como único destinatario al titular superficiario.

De lege ferenda

4. Proponemos que, a los fines de disipar cualquier tipo de posibilidad de colisión de derechos, se establezca de forma expresa e inequívoca que ante el encuentro entre el derecho de propiedad horizontal de los propietarios de las unidades funcionales y el derecho de dominio del dueño del lote, prevalecerá siempre este último.

5. Proponemos que en la escritura pública donde se constituya el derecho de propiedad horizontal a favor del sujeto adquirente de la unidad funcional, deba establecerse de forma expresa el tiempo de duración acotado de este derecho. Ello a los fines de evitar que el futuro propietario pueda incurrir en un error.

6. Proponemos que, en caso de que el titular superficiario no cumpla con lo manifestado en el párrafo inmediatamente anterior, el

¹ Abogada (Universidad de Buenos Aires).

² Profesor Titular de Derechos Reales (Universidad de San Andrés).

propietario de la unidad funcional tenga acción directa por daños y perjuicios contra este.

7. Proponemos que se reformule el art. 2126 del CCCN, a los fines de sumar como destinatario de dicha indemnización a los propietarios de las unidades funcionales, no sólo para que ello sirva de incentivo para la adquisición de la unidad funcional, sino también para que este derecho de reparación se encuentre regulada en el libro cuarto del código unificado, para ser considerada normativa de orden público.

II. FUNDAMENTOS

1. INTRODUCCIÓN

El derecho real de superficie, el cual encontramos regulado en el título VII del código civil y comercial de la Nación (en adelante, CCCN), puede ser considerado un derecho joven para nuestra normativa, ya que sus inicios en nuestro país han abarcado desde su prohibición en el Código Civil derogado, hasta su posterior aceptación parcial en la ley 25.509 para proyectos de reforestación y, finalmente, su regulación propiamente dicha en el código unificado que entró en vigencia el 1 de agosto del año 2015.

Pese a sus beneficios, el derecho real de superficie sigue siendo poco frecuente y conocido, o poco utilizado en la práctica. Esto podría deberse a la forma en que las personas se relacionan tradicionalmente con la propiedad, que tiende a enfatizar las características de absolutas, perpetuidad y exclusividad, cualidades propias del derecho real originario, el dominio.

Nuestro propósito con este trabajo, es plantear cómo el titular superficiario puede valerse de dicha temporalidad en un proyecto inmobiliario con un objeto de edificación, sumado a la posterior afectación de la misma al régimen de propiedad horizontal y los aparentes conflictos normativos que pueden suscitarse.

2. DESARROLLO INMOBILIARIO Y DERECHO DE SUPERFICIE: EFECTOS SOBRE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y EL DOMINIO

En este punto, al hacer énfasis en la calidad de perpetuidad del derecho de dominio, podemos encontrar el antónimo de dicha característica en el derecho real de superficie, ya que este último, desde su nacimiento, encuentra establecida su fecha de defunción. Es decir, la superficie es un

derecho de carácter temporario, encontrando su tiempo límite para los supuestos de forestación en 50 años, y para proyectos de edificación en 70 años. Siendo la temporalidad del mismo, una de las principales dificultades que puede plantear la materialización de este derecho en la realidad.

Dicho esto, ¿qué sucedería si esa temporalidad fuese capitalizada?, puntualmente a través de un proyecto inmobiliario que valiéndose de tal característica del derecho de superficie, la transforme de ser un impedimento para convertirla en un beneficio económico. Es así que se plantea la idea de que una persona jurídica, puntualmente un desarrollador inmobiliario, adquiera el derecho real de superficie sobre un lote de terreno con el objeto de edificar con fines comerciales, valiéndose del factor tiempo para recuperar su inversión con creces, sin tener intenciones de perpetuar eternamente tal proyecto inmobiliario. Ahora bien, avancemos un paso más en nuestro supuesto hipotético, dicho desarrollador inmobiliario no sólo construye un edificio sino que, tal como se lo permite nuestro código unificado, afecta tal edificación al derecho de propiedad horizontal, transfiriendo la titularidad de cada una de las unidades funcionales a diferentes sujetos.

Hasta aquí, el razonamiento no plantea dificultad alguna, pero pensemos en el momento de culminación del plazo de duración del derecho de superficie, una vez extinto, la propiedad superficiaria necesariamente debe regresar a manos del titular de dominio que gravó su bien inmueble con este otro derecho real, en este punto, colisionaría el derecho de propiedad horizontal de cada uno de los propietarios de las unidades funcionales con el derecho de dominio del titular original del lote, a quien se le debe entregar el mismo junto con la edificación construida.

Como podemos observar, el factor tiempo, lo que en un inicio puede ser evaluado por el desarrollador inmobiliario como un beneficio, en el supuesto de afectación de la edificación al régimen de propiedad horizontal, este mismo factor tiempo puede devenir en una colisión de derecho, entre la propiedad horizontal y el dominio.

En este punto resulta imperioso preguntarse ¿qué derecho predomina?

3. COLISIÓN DE DERECHOS: ABORDAJE DESDE EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Si bien la colisión de derechos resulta evidente, el conflicto normativo es tan solo aparente. Ello debido a que el propio CCCN nos aporta una clara solución a tal hipótesis de conflicto en la normativa que hallamos en su título VII.

Es así que nos dirigimos a la regulación propia del derecho de superficie, donde hallamos dos artículos clave para reafirmar lo expresado de forma precedente. Por un lado, el artículo 2120 que regula las facultades del titular superficiario y, por otro, el artículo 2125, el cual expresa los efectos de la extinción de este derecho.

A los fines de lograr un entendimiento más acabado, nos disponemos a transcribir los artículos mencionados.

Comencemos por el artículo 2120 del CCCN:

*ARTÍCULO 2120.- Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, **limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.***

*El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, **durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.***

Como puede observarse, el artículo en cuestión de forma expresa establece que el derecho de superficie afecta, condiciona y limita todo aquel derecho que grave lo forestado o construido en la propiedad superficiaria. Lo cual se refuerza con el artículo transcrito a continuación.

Continuemos con el artículo 2125 del CCCN:

*ARTÍCULO 2125.- Efectos de la extinción. Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, **libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.***

En consonancia con lo expresado, se refuerza la solución planteada, ya que el propio código se esfuerza por hacer énfasis en que el titular del

derecho de dominio no verá afectado su derecho por las decisiones tomadas por el titular superficiario durante la vigencia de su derecho.

Por consiguiente, resulta preciso y ajustado a derecho manifestar que el derecho real de superficie limita en el tiempo al derecho de propiedad horizontal, afectando de forma inequívoca la característica de perpetuidad de este último, ya que durará tanto como el plazo de existencia preestablecido para la superficie.

En consecuencia, ante una colisión de derechos entre la propiedad horizontal y el dominio, en principio, prevalecerá este último, tal cual lo establece la normativa de orden público correspondiente a los derechos reales. Tal como expresa Mariana Mariani De Vidal, *consumada la extinción, el propietario recuperará automáticamente la plenitud de su derecho, por imperio del principio de accesión*³.

Ahora bien, quienes ejercemos la profesión bien sabemos de la imprevisibilidad que rodea como un aura a las sentencias judiciales, las cuales podrían, fundándose en los hábiles razonamientos y justificaciones de un abogado, dar por tierra lo expuesto previamente, poniendo así en riesgo la seguridad jurídica de la que goza un derecho real como lo es el dominio. Es por ello que resulta preciso que la problemática planteada en el presente, se regule de forma expresa e inequívoca, acotando así el margen de inventiva judicial.

4. DESARROLLO INMOBILIARIO CON AFECTACIÓN AL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL: ¿POR QUÉ ELEGIRLO AUNQUE PUEDA SUSCITARSE UN CONFLICTO DE DERECHOS? SUPUESTOS PRÁCTICOS

La respuesta a la pregunta contenida en el acápite, estará dada por la utilidad económica de la figura en cuestión, es decir, por el beneficio posible ante la utilización de la figura del derecho real de superficie y la posterior afectación de la edificación al régimen de propiedad horizontal.

En este punto, corresponde analizar tanto los beneficios económicos que plantea la utilización del derecho de superficie para el desarrollador inmobiliario, quien buscará la utilidad económica al adquirir la propiedad superficiaria de un lote, no así el dominio del mismo. Y, por otro lado, resulta

³ Mariani de Vidal, Marina Abella, Adriana N, “*Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial*”, LA LEY 23/02/2016, 23/02/2016.

preciso analizar porqué un sujeto adquiriría el derecho de propiedad horizontal que carece de la característica de perpetuidad.

Como puede observarse, la conveniencia de la utilización de la figura en cuestión queda reducida, al menos desde esta perspectiva, a una ecuación económica. Es por ello que a continuación nos proponemos analizar diferentes supuestos prácticos con el objeto de ver materializada esta idea, supuestos donde buscaremos demostrar de forma palpable las posibles ventajas de carácter económico tanto para el inversor inmobiliario, como así también para los futuros propietarios de las unidades funcionales que verán afectado el derecho de propiedad horizontal con la temporalidad dada por el derecho de superficie. Ya que, si no le otorgamos utilidad económica, la figura devendrá irremediabilmente en letra muerta.

Antes de comenzar, una advertencia, cada uno de los supuestos tendrán como base el mismo hecho, es decir, una edificación construída en un lote sobre el cual quien la construye tiene el derecho de superficie para luego afectar dicha edificación al régimen de propiedad horizontal. Realizada esta pertinente aclaración, comencemos:

Supuesto A: Desarrollador inmobiliario adquiere el derecho de superficie sobre un lote de terreno por el plazo de 35 (treinta y cinco) años. Es decir, por la mitad del plazo establecido como máximo para este objeto. Construída la edificación, la afecta al régimen de propiedad horizontal y transfiere la titularidad sobre cada una de las unidades funcionales a diferentes sujetos.

Por el lote, el desarrollador inmobiliario no paga contraprestación alguna, ahí vemos su beneficio económico. Por su parte, el titular del derecho de dominio recibe un lote con una edificación en un tiempo prudencial, es decir, 35 años, pudiendo afectar la edificación al negocio económico que desee. A su vez, el inversión inmobiliario ofrecerá en el mercado las unidades funcionales a un precio considerablemente inferior al resto de las ofrecidas, por un lado teniendo en cuenta que no abonó en dinero contraprestación alguna por el lote y, por otro, basándose en que el derecho de propiedad horizontal de los adquirentes se verá limitado en el tiempo. Allí podemos observar el beneficio de los sujetos que adquieran las unidades funcionales.

Ahora bien, se preguntarán qué sentido tiene que el titular de dominio no reciba contraprestación dineraria alguna al momento de otorgar el derecho de superficie sobre su lote. La respuesta está dada por el plazo de

duración de la misma, el cual no deberá ser excesivamente extenso, ello a los fines de afectar a su favor la edificación que recibirá en un plazo relativamente corto. Asimismo, en este supuesto el titular superficiario no recibiría indemnización alguna (artículo 2126, CCCN) a su favor por la construcción del edificio, ello basado en que el inicio no abonó contraprestación alguna.

Supuesto B: Dejemos de lado la disruptiva idea de que el titular de dominio no reciba contraprestación en dinero al inicio de la relación con el superficiario, la cual -seguramente- ha recibido más de una crítica, y adentrémonos en este nuevo supuesto.

El titular del derecho de dominio, quien otorga el derecho de superficie sobre su lote, recibe una contraprestación dineraria que resulta sumamente beneficiosa para el inversor inmobiliario, es decir, al momento de constituir este derecho real sobre su inmueble lo hace por un valor relativamente bajo. Ello, le permite al desarrollador inmobiliario, nuevamente, ofrecer las unidades funcionales a un valor de mercado sumamente competitivo. Pero, en este supuesto, que no encuentra limitado por demás el tiempo de duración de la superficie, es decir, que puede establecerse incluso por 70 años, necesariamente deberá tener lugar la indemnización regulada en el artículo 2126 del CCCN a favor del titular superficiario, ello a los fines de incentivar a aquellos inversores inmobiliarios interesados en la utilización de esta figura.

Supuesto C: El presente no es un supuesto autónomo propiamente dicho, más bien es una variación del “supuesto B” desarrollado precedentemente. En este caso, manteniendo el supuesto anterior, la variante estará dada por la participación en la indemnización recibida por el superficiario a los titulares de las unidades funcionales. Es decir, que una vez obtenida tal compensación por el desarrollador inmobiliario una vez extinto su derecho de superficie y, por consiguiente, una vez extintos los correspondientes derecho de propiedad horizontal de cada uno de los propietarios de las unidades funcionales, a estos últimos se les entregue una porción de dicha indemnización, a modo de compensación por la temporalidad de su derecho.

El conflicto generado por este supuesto está dado por el hecho de que el mencionado acuerdo de participación deberá perfeccionarse en un acuerdo privado entre el titular superficiario y los propietarios de las unidades funcionales. Naciendo un derecho personal en cabeza de estos últimos, el cual puede encontrar serias dificultades para perfeccionarse. Esta dificultad

se encuentra relacionada con las características de oponibilidad absoluta y persecución, propias del derecho real, de las cuales los derechos personales carecen.

Hasta aquí los diferentes supuestos que pretendemos exponer en el presente trabajo, los cuales claramente apuntan a exhibir de forma palpable los beneficios económico que pueden impulsar desarrollos inmobiliarios que tengan como punto de partida al derecho de superficie, pero, en este punto, corresponde responder una última pregunta, que va más allá del beneficio económico que puede representar adquirir una unidad funcional a un precio considerablemente inferior al resto de las ofrecidas en el mercado, ¿por qué un sujeto adquiriría un inmueble por un plazo acotado en el tiempo?.

Para responder a tal interrogante, planteamos diferentes hipótesis de hecho de carácter eminentemente práctico, aquí vamos:

Hipótesis 1: Por el interés de residir en determinado lugar por un plazo de tiempo. Por ejemplo, a los fines de estudiar una carrera.

Hipótesis 2: En el caso de tratarse de una persona de avanzada edad, cuente o no con descendientes, para adquirir una vivienda de por vida. Claramente, en este supuesto, teniendo en cuenta la propia finitud humana.

Hipótesis 3: Para residir en un determinado país ya sea por razones laborales o de cualquier otra índole.

Hipótesis 4: Para recuperar la inversión al ofrecer la unidad a través de un contrato de locación como fines comerciales, ya sea oficinas o negocios de cualquier índole.

Si bien nos disponemos a dar por finalizado el listado, las hipótesis podrían continuar como una lluvia de ideas, siempre tomando como punto de partida la temporalidad del derecho de propiedad horizontal, y el interés en dicha temporalidad que tenga el futuro propietario.

Como vemos, resulta trascendental no sólo la ecuación económica, sino también el sentido personal y estratégico que cada persona tenga sobre la adquisición temporal de un inmueble.

Asimismo, cabe destacar que el beneficio económico puede no estar dado únicamente por un valor de compra inferior, sino también por estabilidad en el pago en cuotas sucesivas, lo cual no sucede en un supuesto de locación, sobre todo teniendo en cuenta la actual incertidumbre en relación a tal contrato en nuestro país, lo cual puede ser una razón más para optar por la adquisición de un derecho real, aunque sea temporal, ante un

derecho personal consagrado a través del contrato de locación, esto sumado como una arista más a los diferentes fundamentos compartidos previamente.

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y LA USUCAPIÓN LARGA

Por Mario Arturo Zelaya¹

I. CONCLUSIÓN

De lege ferenda

Se recomienda la reforma del artículo 2119 del Código Civil y Comercial de modo de permitir expresamente la usucapión larga para adquirir la propiedad superficiaria. La escasa probabilidad práctica de adquirirla por esa vía no puede derivar en su improcedencia.

II. FUNDAMENTOS

1. LA PROHIBICIÓN LEGAL DE LA USUCAPIÓN LARGA

Según el artículo 2119 del Código Civil y Comercial (en adelante CCC), “El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.”.

La redacción de la segunda parte de la norma es concluyente y no da lugar a opinar a favor de la posibilidad de que el derecho de superficie pueda ser adquirido por prescripción larga. Con esa decisión legal seguramente se buscó ratificar la primera parte de la norma según la cual la vía contractual —modo derivado de adquisición— es la única que se admite para la constitución del derecho.

Y si la norma deja a salvo que “la prescripción breve es admisible”, es porque considera que en tal supuesto existió un acto jurídico que tuvo por finalidad dar nacimiento al derecho real de superficie, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto. Es decir, un “justo título” en los términos del art. 1902

¹ Abogado, Magíster en Derecho, profesor titular de la asignatura “Derecho de la Salud y de la Discapacidad” y profesor adjunto de la asignatura “Derechos Reales e Intelectuales”, ambas del Departamento de Derecho de la Universidad Nacional del Sur (Bahía Blanca).

del CCC, pero título al fin, que respeta la exclusiva vía convencional del art. 2119 para hacer nacer el derecho.

La prohibición expresa de la usucapión es novedosa, tanto en lo que hace a la redacción de la norma como a la solución misma.

En el primero de los aspectos nótese que tanto el CCC como el resto de la legislación de fondo utilizan la frase “prescripción para adquirir” o “prescripción adquisitiva” para referirse a este particular modo de adquisición de un derecho real. El término “usucapión”, usualmente reservada para textos de doctrina, aparece en el art. 2119 del CCC por primera vez en los textos legales nacionales.

Por otra parte, la prohibición marca una diferencia con la derogada ley 25.509 de Superficie Forestal, que nada preveía al respecto. Incluso en la XXXVIII Jornada Notarial Bonaerense (Bahía Blanca, 2013), en la que ya se había tratado el Código Civil y Comercial en estado de Proyecto, se concluyó que “Debe admitirse que el derecho real de superficie se pueda adquirir por prescripción larga”.

2. MODALIDADES DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

El CCC prevé dos manifestaciones del derecho de superficie, a las que denomina “modalidades” (art. 2115). Una consiste en el derecho a realizar construcciones, plantaciones o forestaciones en suelo ajeno (para luego hacer propio lo plantado, forestado o construido), que el título del art. 2127 llama “derecho de superficie” y que el art. 2120 denomina “derecho de construir, plantar o forestar”. La otra implica la explotación de las plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, y se denomina “propiedad superficiaria” (el uso de esta expresión puede verse en los arts. 1888, 2120, 2122 y 2128). Es decir que, en el primero de los planos, la “propiedad superficiaria” se mantiene en estado de latencia hasta que se plante, foreste o construya. El art. 2115 aclara que, en ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

No hay dudas en cuanto a que es improcedente la prescripción larga para adquirir el “derecho de superficie”, ya que nada se construyó, ni plantó, ni forestó aún, y no hay actos posesorios posibles en un bien inmaterial. Y es por eso que los Proyectos de Unificación de 1987, 1993 y 1998 descartaron expresamente que el derecho de construir o de forestar pueda ser adquirido por usucapión. Podría pensarse que constituyen actos posesorios

los actos materiales preparatorios sobre el terreno ajeno con fines de la concreción del derecho de forestar, plantar o construir. Pero sería inaudito que estos actos puedan extenderse por 20 años.

Por el contrario, no se entiende la razón por la que se vedó la posibilidad de adquirir por usucapión la propiedad superficiaria.

El artículo 2119 dice que no puede adquirirse por usucapión “el derecho de superficie” por lo cual podría interpretarse que sí es posible adquirir por este modo originario la “propiedad superficiaria”. Pero este razonamiento no parece concluyente si se piensa que el art. 2119 se refiere al modo de constitución del derecho real de superficie en todos los casos, es decir en sus dos modalidades.

3. LA INCOHERENCIA DE LA PROHIBICIÓN CON EL RESTO DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

La usucapión es uno de los sistemas generales de adquisición de los derechos reales que se ejercen por actos posesorios, y es por eso que casi todos los derechos reales pueden adquirirse por esa vía. En ese sentido, el artículo 2565 del CCC sienta que son susceptibles de ser adquiridos por prescripción los derechos reales principales. Y todos los derechos reales admitidos son principales “excepto los accesorios de un crédito en función de garantía” (art. 1899). Es decir que solo son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda.

Sin embargo, en el derecho de superficie, que es un derecho real principal, la ley descarta que puedan ser adquiridos por prescripción larga. La respuesta legal no repara en la incoherencia de esta solución individual del art. 2119 frente a los genéricos arts. 1889 y 2565 del CCC.

Si se acepta la usucapión para todos los demás derechos reales principales que se ejercen por la posesión, no tiene sentido excluir esa posibilidad para la superficie. Más aún si se tiene en cuenta la semejanza con los otros derechos reales de disfrute que pueden ejercerse sobre un inmueble ajeno, para los que sí se la admite.

A modo de ejemplos: a) las similitudes con el usufructo dan lugar a extender la aplicación para la superficie del art. 2145, propio del usufructo, según el cual el uso y goce “debe ajustarse al destino de los bienes...el que se determina por la convención, por la naturaleza de la cosa o por el uso al cual estaba afectada de hecho” (las normas específicas para la superficie no contienen ninguna directiva en cuanto a la forma de ejercicio del derecho

por parte del superficiario); b) el art. 2127 elige las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo como de aplicación supletoria a la modalidad denominada “derecho de superficie” (no a la “propiedad superficiaria”).

La norma que veda la usucapión del derecho real de superficie, redactada por quien individualmente optó por esta solución entre las distintas opiniones, no va de la mano con la respuesta general del resto del Código. Sin embargo, aunque la ley “debe ser interpretada...de modo coherente con todo el ordenamiento” (artículo 2 del CCC), la prohibición es clara y contundente.

4. LA IMPORTANCIA DE ADMITIR LA USUCAPIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Es absurdo negar la posibilidad de usucapir la propiedad superficiaria cuando quien pretenda adquirirla solo cuente con un instrumento particular firmado y exista un otorgamiento pendiente de la escritura pública (art. 1018 CCC), ya que no podría acudir a la prescripción breve por no tener un justo título ni buena fe. O cuando falta solo esta última (por ejemplo, por no haberse cumplido con el estudio de títulos, o si se hizo de modo incorrecto). O en caso de contar solo con un título que no se refiere a la cosa que se posee (putativo). O bien si la extensión sobre la que realiza los actos posesorios no alcanza a configurar una parcela mínima o una subparcela (porque según el art. 2116 el derecho de superficie puede constituirse sobre una parte determinada del inmueble).

En otras palabras, la solución legal deja sin respuestas a estos casos concretos en los que, de presentarse, lo justo sería admitir la usucapión larga.

5. LA USUCAPIÓN DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA PROCEDE CON TÍTULO INSUFICIENTE O SIN TÍTULO

Con la idea de admitir la usucapión de la propiedad superficiaria pretendemos armonizar lo concluido al respecto en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Santa Fe, 2019) en las que, si bien hubo coincidencia en admitir la prescripción adquisitiva larga, el despacho de la minoría recomendó “Admitir la prescripción adquisitiva larga siempre que el prescribiente cuente con un título insuficiente emanado del propietario”. Sin embargo, pensamos que debería admitirse aún sin título.

Quizás el art. 2119 haya decidido que el derecho de superficie no puede adquirirse por usucapión porque, si no se constituyó antes un derecho de superficie, todo lo que un tercero construya o plante sobre terreno o edificación ajenos corresponderá al titular de dominio por aplicación del principio de accesión inmobiliaria (art. 1945). Y como toda construcción, siembra o plantación del tercero se hará en terreno ajeno, serán aplicables las soluciones del art. 1962.

Sin embargo, cuando un tercero sin derecho alguno se comporta como superficiario y ejerce las facultades de un superficiario que dejó de ejercer su derecho ya perfectamente constituido sobre la propiedad superficiaria, debe permitírsele adquirir ese derecho por usucapión. No hay razón alguna que en este caso excluya a la propiedad superficiaria de la posibilidad de ser adquirida por esa vía.

En tal caso, no podría considerarse extinguido el originario derecho real de superficie por el no uso del superficiario y por el paralelo uso y goce de un tercero mediante actos materiales, pues este particular modo de extinción del derecho de superficie refiere al no uso “por persona alguna” (arg. art. 2152 inc. “c” del CCC). De manera que no se extingue el derecho por el no uso cuando alguna persona lo usa, pero ésta podrá adquirirla por usucapión larga si cumple con los recaudos legales en cuanto al tiempo y la posesión calificada.

Si nada impide que un poseedor se comporte como si fuera titular del derecho real de superficie, es decir con *animus domini* en este sentido, y puede distinguirse que sus actos posesorios se vinculan solo al derecho de superficie, en estos casos habría una posesión de lo edificado o plantado distinta de la propiedad del suelo.

Los actos posesorios necesariamente deberán traducirse en el ejercicio efectivo de la plantación, forestación o construcción (arts. 1900 y 1928 del CCC) y, quien posee como superficiario lo que se plantó, forestó o construyó, adquirirá un derecho real de superficie, pero siempre con las limitaciones que impone la regulación para este derecho. En otras palabras, la adquisición por usucapión no cambia que la superficie suspende el principio de accesión en forma temporaria.

6. LA ESCASA PROBABILIDAD DE ADQUIRIR EL DERECHO POR USUCAPIÓN NO DETERMINA LA PROHIBICIÓN LEGAL

Desde la perspectiva práctica, salvo en los supuestos a los que aludiéramos, será extraño que alguien quiera adquirir por prescripción larga un derecho de superficie. Esto así porque, con los mismos actos posesorios continuos y ostensibles, puede adquirir el derecho real de dominio el cual, a diferencia del derecho de superficie, es perpetuo y confiere mayores facultades a su titular.

Pero la escasa probabilidad del nacimiento del derecho por esta vía no puede derivar en su improcedencia. De lo contrario, no tendría sentido haber admitido en la ley la usucapión larga para la adquisición de los otros derechos reales de disfrute, en los cuales nadie cuestiona la solución legal a pesar de las escasas posibilidades de que se adquieran por usucapión.

NECESARIA VIGORIZACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Por Marina C. Zuvilivia¹, Mariela C. Foronda² y María José Alfonso³

I. CONCLUSIONES

Resulta sumamente positiva la incorporación del Derecho Real de Superficie dentro del CCyCN, tal como fuera propiciado por importantes corrientes doctrinarias manifestadas en distintos eventos ya desde 1985, año en el que tuvieron lugar las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Corrientes.

Dado que se trata de una figura novedosa en nuestro derecho requiere de estudio a fin de lograr su perfeccionamiento. Para ello creemos necesario abordar el análisis de este instituto partiendo desde sus orígenes en el antiguo Derecho Romano y hasta la actualidad, con sus consideraciones de Lege Lata y por supuesto en las proyecciones de Lege Ferenda, a saber:

1. Posibilidad de convenir un Pacto de Preferencia.
2. Determinar con claridad desde qué momento debe iniciarse el computo del plazo para reconstruir o reforestar en caso de destrucción de la cosa objeto del derecho real de superficie y qué consecuencias podría acarrear la interrupción de la reconstrucción o reforestación iniciadas.

Consideramos que a través del estudio y debate de estas cuestiones encontraremos la forma de aproximarnos al perfeccionamiento que el Derecho Real de Superficie merece. Sabemos que van a surgir dudas sobre algunos aspectos relativos a las propuestas diseñadas, que pensamos son demostrativas de lo inacabado de toda obra humana; en caso de convertirse

¹ Abogada- Escribana- Doctora en Derecho y Magister en Argumentación Jurídica. Profesora Titular de Derecho Privado (FCEyE- UNR). Profesora Adjunta de Derechos Reales Cátedra B UNR. Profesora Adjunta de Derecho Notarial UAI sede Rosario.

² Abogada - Mediadora. Docente en Derechos Reales Cátedra B, Facultad de Derecho UNR. Docente en Derecho Privado, Facultad de Ciencias Económicas y Estadísticas UNR.

³ Abogada- Mediadora. Aspirante Adscripta en Derechos Reales, Cat. B UNR.

el texto comentado en ley vigente, seguramente la doctrina y la jurisprudencia despejaran con su interpretación aquellas dificultades que pudieran suscitarse.

II. FUNDAMENTOS

1. RESEÑA HISTÓRICA

La aparición de este derecho real es consecuencia de una larga evolución de las ideas sociopolíticas y económicas a través de los siglos.

Este derecho ha tenido una evolución cíclica desde sus orígenes, no obstante, se puede precisar que para el siglo V antes de Cristo en Roma, nacía por la necesidad de dar respuestas a la falta de inmuebles para alojar a los cientos de personas que, buscando una mejor vida, se dirigían a esa ciudad, la que fue creciendo rápidamente y de manera desordenada.

Frente a la necesidad de vivienda imperante, era común que los magistrados otorgaran en concesión las tierras públicas para que los peregrinos que se dirigían a la ciudad de Roma para ahí radicarse, pudieran construir sus viviendas en terrenos públicos a cambio del pago un canon periódico. Este sistema se expandió luego al ámbito privado, y así, ante la falta de viviendas, los propietarios de fundos privados concedían a quienes llegaban a la ciudad para instalarse, la posibilidad que ellos mismos construyeran sus viviendas a cambio de un canon, surgiendo en ese momento el término *inquilinus*.

Pasado el tiempo, estos *inquilinus* que tenían la facultad de habitar las viviendas que ellos mismos construían o que construía el dueño y luego concedía el uso y goce, precisaron de alguna protección jurídica contra los intentos de turbación por parte del propietario del inmueble o de terceros que, por distintas razones, ya porque buscaran un espacio en esas viviendas ya porque persiguieran el cobro de deudas, pretendieran usar y gozar de ellas.

No obstante, es importante destacar que, a lo largo de todo este período del derecho romano clásico, lo característico fue el respeto por el principio de accesión. De ningún modo la relación jurídica que tenían estos *inquilinus* podía considerarse relaciones típicas de un derecho real, sino que se trataba de relaciones de derechos personales, entre propietario y

superficiario (así principiaba a llamarse), relaciones contractuales que no trascendían los derechos personales.

Se trataba de derechos personales, pero con un interdicto, el interdicto de superficie, inventado por el pretor, que protegía de cualquier acto de turbación que pretendiera el dueño o los terceros.

Esta figura fue evolucionando de manera tal que a fines del período clásico romano y en el post clásico, también por obra pretoriana, se revistió a estos superficiarios ya no solamente de un interdicto sino de una acción real, acción que les permitía ampararse de cualquier acto de desposesión de toda persona con el objeto de recuperar el uso y goce de las viviendas.

Más adelante, en la etapa justineana, predominó el uso de otro instituto, la enfiteusis, semejante a la superficie pero con mayores facultades para el enfiteuta y con un plazo de duración mucho mayor, de modo tal que la superficie se fue convirtiendo en una subespecie de la enfiteusis, hasta que a fines de la etapa justineana se transformó en un derecho real autónomo, siempre entendida como subespecie de la enfiteusis, pero ya no como una relación contractual de derechos personales con la protección de un interdicto y una acción, sino como un derecho real autónomo con una acción real propia.

Llegada la edad media, y por obra de los glosadores, empezó a regularse el derecho de superficie concibiéndolo como un derecho donde existían dos cosas netamente diferenciadas, una era el suelo y otra la edificación, la plantación, que estaba emplazada sobre el suelo, de manera tal que la existencia de este derecho producía una supresión, una derogación durante su existencia, del principio de accesión.

Siglos después pasó con estas características al derecho español, así, en la Ley 74 de Toro aparece mencionada la coexistencia de un “señor del dominio directo” y un “señor del dominio útil”. Esta ley hizo referencia al derecho de superficie dentro de la enfiteusis al regular el ejercicio de retracto, otorgando dicha Ley preferencia al derecho dominical frente al derecho de parentesco. Se empezó a distinguir aquí al dueño del suelo o dominus soli y al superficiario o utilis domini, como dueños del dominio directo y del dominio útil, respectivamente, asimilando al último con el enfiteuta; a pesar de que el superficiario tenía derecho únicamente a la superficie, mientras que el enfiteuta gozaba también de la totalidad del fundo ajeno.

Esta situación se mantuvo hasta la revolución francesa, a partir de la cual se derogaron todas las facultades de los dueños de las tierras de otorgar derechos a terceras personas para que construyeran en los inmuebles que pertenecían en dominio a otra persona, de manera que esta divergencia entre dominio directo y dominio útil tuvo que desterrarse y recuperó vigencia el principio clásico de accesión. Así quedó plasmado en el Código Civil Francés que retomó la idea basada en la máxima romana que la propiedad se extendía desde el cielo a los infiernos y receptó el principio de accesión expresado en el aforismo romano “superficies solo cedit”, en consecuencia, todo lo edificado se presume que pertenece al dueño del suelo.

Esta fue en general la política de los Códigos decimonónicos, con algunas excepciones como el Código de Austria, y así fue receptada en nuestra legislación. En el Código Civil, Vélez Sársfield expuso en la nota al artículo 2503 las razones por las que prohibió la superficie, la que suprimió de modo expreso en el artículo 2614 ya que para él... “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”. Esta idea predominó durante todo el siglo XIX hasta que en el siglo XX el Código Civil Alemán introdujo el derecho real de superficie, figura que fue receptada paulatinamente por los distintos códigos europeos primero y por los americanos después.

En nuestro país, a pesar de la prohibición expresa del Código Civil, parte de la doctrina insistió sobre la necesidad de que se regulara el derecho real de superficie para la instrumentación de negocios modernos, y para el mejor aprovechamiento de los bienes, siendo esa la tendencia de los proyectos de reforma posteriores. En esta línea se enroló el proyecto de reforma de 1987, que fuera sancionado por el Congreso de la Nación, pero vetado por el Poder Ejecutivo. En el artículo 2614 de este proyecto se regulaba un derecho de tanteo al establecer: “si el dueño o el superficiario deciden enajenar su derecho, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la configuración de la superficie, deben notificar al otro para que pueda ejercer el derecho de preferencia para la adquisición”. Cabe resaltar que no existe disposición alguna al respecto en el ordenamiento jurídico vigente.

Posteriormente, en el año 2001 se sancionó la Ley 25.509 de superficie forestal, incorporándose este derecho únicamente para la forestación o silvicultura por parte de un tercero en terreno ajeno. Esto

sirvió como puntapié para considerar a la superficie como un derecho real que podía tener cabida en nuestra legislación y fue así que en distintos encuentros doctrinarios se fue aconsejando la introducción de este derecho hasta que finalmente el Código Civil y Comercial la recepta en los artículos 2114 al 2128.

2. FUNDAMENTOS EN RELACIÓN A LA POSIBILIDAD DE CONVENIR UN PACTO DE PREFERENCIA

A través de la recepción de esta figura en el CCyCN se persigue obtener un mayor aprovechamiento económico de los inmuebles y abaratar los costos de adquisición. Sabido es que el derecho real de superficie resulta una herramienta atractiva para estimular la construcción y la forestación, toda vez que posibilita al titular del suelo al que no le interesa edificar o forestar, incorporar riqueza a su propiedad mediante inversiones realizadas por un tercero en su terreno. Por su parte, quien construya o foreste, se beneficia al adquirir la propiedad de lo construido o forestado por el lapso de tiempo razonable que justifique su inversión.⁴ Ahora bien, conforme surge del Art. 2119 CCyC, resulta posible para el superficiario transmitir su derecho. Esta circunstancia podría generar alguna inseguridad para el nudo propietario, quien, frente a una decisión de ese tipo por parte del superficiario, nada podría oponer. Una alternativa posible para evitar que esta situación desaliente el uso de este derecho como medio para lograr un mejor aprovechamiento de los bienes, sería habilitar, a través de un artículo expreso del CCyCN, la posibilidad de celebrar pactos de preferencia entre las partes, a modo del previsto para los conjuntos inmobiliarios en el artículo 2085 del CCyCN.

Proponemos entonces de Lege Ferenda, que en una futura reforma legislativa se incorpore de manera expresa dentro del CCyCN un artículo en el que se prevea la posibilidad de celebrar entre partes un “pacto de preferencia” tal como se encuentra expresamente regulado para la Propiedad Horizontal Especial en el Artículo 2085 con el objeto de evitar posibles discusiones judiciales.

⁴ PUERTA DE CHACON, Alicia., “Nueva versión del derecho real de superficie”, J.A. 2001-11-836.

Creemos que, autorizando de manera expresa a las partes contratantes a través del articulado del código a convenir un pacto de preferencia, se daría mayor seguridad jurídica al propietario del suelo, quién, frente al supuesto que el superficiario decidiera enajenar, deberá ser preferido en la adquisición tanto del derecho real de superficie como de la propiedad superficiaria. La misma posibilidad de preferencia podría ser ejercida en caso de subasta pública del derecho de superficie y/o propiedad superficiaria, en este caso la obligación de hacer pactada se acotaría, es decir se limitaría, a la de anotar de manera fehaciente al beneficiario del pacto sobre las circunstancias de hora y lugar de realización de la subasta.

La conveniencia en celebrar un pacto de preferencia estaría dada por el hecho de otorgar un grado de seguridad a los contratantes al evitar que, sorpresivamente, pudieran encontrarse involucrados en una convención con personas distintas de las partes originarias; es decir si el superficiante no estuviera dispuesto a vincularse con una persona distinta del o de los superficiarios originarios, podría adquirir lo que éste/os último/s decidieran enajenar, cualquiera fuera su causa fuente.

a) Principios en pugna: orden público vs. libre transmisibilidad y limitaciones convencionales.

Conforme a lo dispuesto por el Artículo 997 del Código Civil y Comercial, el pacto de preferencia genera una obligación de hacer con efectos personales. Estos efectos serán oponibles a terceros interesados en el caso que el pacto tenga publicidad registral suficiente. El conocimiento respecto de la existencia del pacto, hará pasible tanto al promitente como a los terceros que lo conozcan, de la acción de daños que pudiere incoar el beneficiario, pero no operará en el ámbito real ni permitirá la persecución de la cosa; en definitiva, no tendrá efectos retroactivo y restitutorio. En ese caso el beneficiario del pacto se considerará un acreedor frustrado, por lo que podrá reclamar los daños y perjuicios efectivamente sufridos (conf. Artículo 758) o previamente tasados (conf. Arts. 790 y 792)⁵.

El sentido básico del pacto de preferencia es el de posibilitar que determinados negocios se mantengan bajo el ámbito de control de quienes

⁵ PUERTA DE CHACÓN, Alicia. “Derecho de preferencia en la propiedad horizontal especial”. Ponencia en XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

en un determinado momento participan de ellos, otorgándoles la posibilidad de adquirir los derechos de los que sean titulares otras partes, antes de dar ingreso a terceros. El Código establece que el pacto de preferencia da nacimiento a una obligación de hacer de una de las partes por la que, de decidir ella celebrar un contrato con relación a la operación jurídica considerada, deberá concluirlo con quien o quienes sean acreedoras de tal obligación.⁶

La pregunta que cabe formularse entonces, es si este tipo de pactos, con las consecuencias antes detalladas, podrían tener lugar en el ámbito de los derechos reales, en donde imperan las normas de orden público, cuando no existe norma que lo autorice expresamente y por otro lado en qué medida un acuerdo de este tipo traspasaría los contornos del principio de autonomía de la voluntad reinante en el mundo contractual.

Excede a este trabajo definir o delimitar lo que consideramos como orden público. Simplemente diremos que el orden público comprende el conjunto de normas positivas absolutamente obligatorias, donde no cabe transigencia ni tolerancia, por afectar a los principios generales de una sociedad o a las garantías precisas y de su existencia.⁷ Las consecuencias del orden público en la reglamentación de los derechos son fundamentalmente, limitar la autonomía de la voluntad, por cuanto importa la imperatividad de la norma de orden público, producir la irrenunciabilidad de los derechos incluidos en la norma de orden público y declarar la ineficacia de los actos contrarios a la normativa de orden público.⁸

Sabemos que la contracara del Orden Público es la Autonomía de la Voluntad y el principio basado en la libre circulación de los bienes, lo que constituye la esencia misma de la propiedad (arts. 17 y 20 de la Constitución Nacional). En consonancia con la manda constitucional, los arts. 398 y 1906 consagran este principio en relación a la transmisibilidad de los derechos personales y de los derechos reales respectivamente. No

⁶ CCyCN (Tomo 3), comentado por los Dres. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso.

⁷ DALLA VIA, Alberto R., "Relevancia del orden público en la afirmación de la autonomía personal", JA, 1998-III-1093, Lexis N° 0003/000523.

⁸ LLOVERAS, Nora- SALOMÓN, Marcelo, "El Derecho de Familia desde la Constitución Nacional", Pág., 71.

obstante, la misma Constitución Nacional establece en el Art. 14 que ningún derecho es absoluto; es decir que, el poder jurídico de la propiedad debe necesariamente sujetarse a los límites impuestos por la ley, se trata entonces de un poder pleno, pero dentro de los límites máximos que la ley admite que alcance el señorío sobre los bienes.⁹

Por otro lado, en lo que respecta a los derechos de adquisición preferente, se sostiene que constituyen una de las formas de limitar la disposición de bienes, dado que otorga a su titular la facultad de adquirir una cosa determinada con preferencia a cualquier otro cuando su titular ha decidido enajenarla.

Podríamos preguntarnos entonces si es factible limitar la posibilidad de transferir el derecho de superficie. Dado que no existe prohibición legal expresa, pareciera que es posible. Sin embargo, debemos considerar que todos los derechos -personales y reales- son esencialmente transferibles, característica que aplica al derecho real de superficie. Por otro lado, tal como se mencionó más arriba, nuestro código vigente no prevé el derecho de tanteo para que el propietario del suelo pueda recuperar el dominio pleno.

En otro orden de ideas, no debemos perder de vista que en la regulación de los derechos reales predomina fuertemente el orden público, reservando un estrecho margen a la autonomía de la voluntad.

Teniendo en cuenta los diversos aspectos que comprende el tema en análisis y las dificultades que podrían surgir si las partes contratantes, al constituir un derecho real de superficie, decidieran incorporar una cláusula en la que se estableciera una preferencia, y con el objeto de evitar posibles discusiones judiciales, se aconseja la incorporación en el Código Civil y Comercial, de un artículo que expresamente autorice esta posibilidad de establecer un derecho de preferencia en la adquisición del derecho de superficie o de la propiedad superficiaria, según el caso, a favor del titular del suelo, para que de esta manera, su implementación no deje lugar a dudas, ni pueda ser cuestionada su validez argumentando quien pretenda su ineficacia, alguna violación al orden público imperante en la materia, o que pueda calificarse a la cláusula que contenga la preferencia como cláusula

⁹ PUERTA DE CHACÓN, Alicia. “Derecho de preferencia en la propiedad horizontal especial”. Ponencia en XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

abusiva, de manera que no exista posibilidad de desnaturalizar el instituto convirtiéndolo en un modo de frustrar el derecho; ya que lo que se pretende es justamente dotar al derecho real de superficie de la suficiente certidumbre jurídica para hacerlo lo más atractivo y operativo posible.

3. FUNDAMENTOS EN RELACIÓN CON LA DESTRUCCIÓN COMO CAUSAL DE EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

El art. 1907 del Código establece que los derechos reales se extinguen por la destrucción de la cosa “si la ley no autoriza su reconstrucción”. Sin embargo, al regular el derecho real de superficie el código establece un supuesto de excepción. La propiedad superficiaria queda subsistente sobre el terreno correspondiente, como en una especie de letargo, en espera de la correspondiente reforestación, reconstrucción o nueva plantación.¹⁰

Lo que ciertamente sí se extingue -por la falta de objeto-, es la propiedad superficiaria; pero no así el derecho de uso y goce que ostenta el superficiario sobre el suelo ajeno, siempre que edifique o plante en los plazos previstos por la ley o en el que se determine por la convención. Al fin de cuentas, el objeto del derecho de superficie es el suelo ajeno, de modo que mientras éste exista, subsistirá el objeto del derecho de superficie. Esto es así siempre que no se pacte lo contrario.

Sabido es que podría estipularse en contrario. Así podría convenirse: a) que la destrucción extinga inmediatamente el derecho del superficiario; b) ¿que el plazo para reconstruir o reforestar sea mayor al legal?; esta última alternativa quedaría desechada de plano, pues podría dar lugar a que el predio permaneciera improductivo durante mucho tiempo. Al tratarse de una excepción a la regla, su interpretación debe ser restrictiva.¹¹

El CCyCN no resuelve algunas situaciones que podrían generar innumerables planteos judiciales, entre ellas, el supuesto hipotético que sucediera la destrucción del objeto y su reconstrucción o reforestación

¹⁰ Código Civil y Comercial Explicado. Ricardo Luis Lorenzetti, 1° ed. revisada. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 449 y ss.

¹¹ Código Civil y Comercial Explicado. Ricardo Luis Lorenzetti, 1° ed. revisada. Rubinzal-Culzoni Editores, p. 449 y ss.

tuviere principio de ejecución y éste se paralizara quedando suspendido en el tiempo.

Nada establece el Artículo 2122 respecto a la imputabilidad de la causa de la paralización de la obra, de manera que, si aún fuera ella responsabilidad del superficiario, éste tendría el derecho de retomar la obra o reforestación. Cabe preguntarse entonces, hasta cuándo el titular del suelo puede o debe esperarlo.

Creemos, siguiendo las consideraciones de la Dra. Alicia Puerta de Chacón, que los plazos que concede el artículo citado para reconstruir, reforestar o replantar son plazos de caducidad, por lo que no admiten interrupción ni suspensión.¹²

Dado que la caducidad puede tener un origen legal (Art. 2568), es que se propicia de lege ferenda su manifestación a través de un enunciado expreso; como lo hace por ejemplo dentro de nuestro régimen el Art. 2060 cuando refiere en su último párrafo “... *El derecho a promover acción judicial de nulidad de la asamblea caduca a los treinta días contados desde la fecha de la asamblea*”.

Sostenemos entonces que, respecto de las consecuencias aparejadas por la paralización de la reconstrucción o reforestación, sería aconsejable el dictado de una norma expresa que resuelva la cuestión, máxime considerando que esta situación tendría implicancia directa en temas como el cómputo de los plazos a los fines de exigir y liquidar cualquier tipo de indemnización de daños y perjuicios, entre otras cuestiones.

Resultaría de buena técnica legislativa establecer con precisión desde cuándo debe considerarse extinguido el derecho real de superficie si el superficiario intenta la reconstrucción o reforestación y queda a mitad de camino de ella ¿Desde que la destrucción se produjo o desde que se paralizó la obra cuya reconstrucción o reforestación se pretende?

A raíz de la inquietud planteada, es que se sugiere establecer con certeza un término de caducidad como también el momento en que debe iniciarse su cómputo. El art. 2566 CCyCN establece que la caducidad extingue el derecho no ejercido.

¹² Puerta de Chacón, Alicia. “Nueva versión del derecho real de superficie”.

La norma incorpora la caducidad de los derechos como un efecto del tiempo sobre las relaciones jurídicas. Para que la caducidad tenga lugar se precisa la falta de ejercicio del derecho durante el transcurso del plazo previsto por la ley o por la voluntad de las partes, o antes del acontecimiento de un hecho futuro. En consecuencia, la caducidad puede emanar de la misma ley o de la voluntad de las partes considerando el límite previsto en el art. 2568 CCyCN. Vencido el plazo u ocurrido el hecho, se extingue el derecho. Por ello, la diferencia con la prescripción es que en esta sólo se aniquila la acción para reclamar el derecho.

Por esta razón, lo que aquí se interpreta es que la caducidad, sea que emane de la ley, sea del juez o del negocio jurídico, no está sancionando o castigando la falta del ejercicio del derecho o la potestad jurídica por el transcurso del tiempo, sino más bien, la norma tiene una intención de índole protectora a los fines de salvaguardar las relaciones jurídicas de los particulares.¹³

Por todo esto, se aconseja la fijación del plazo de un año que deberá contarse desde la intimación que realice el superficiante de manera fehaciente, con el objeto de lograr un pronunciamiento concreto sobre la continuidad o no de la relación contractual y su consecuente resarcimiento.

Como conclusión, entendemos que la regulación expresa del Derecho Real de Superficie en el CCyCN otorga ventajas para el desarrollo de actividades económicas y de explotación más eficientes de los inmuebles. Creemos que se trata de una herramienta novedosa que facilita el aprovechamiento efectivo del suelo, abre una ventana a nuevas propuestas conciliatorias para aquellos casos en los que la construcción sobre tierra ajena pueda ocasionar litigios prolongados e incluso producir el desgaste de relaciones familiares o de vínculos cercanos, como también contribuye a mejorar la inversión económica al configurarse como emprendimiento inmobiliario sirviendo muchas veces, como una salida para la disolución del régimen patrimonial de comunidad. No obstante, requiere de algunas consideraciones, necesarias para lograr la utilización más eficiente de esta herramienta, que nos permita reflexionar sobre distintas cuestiones tales como las propuestas a través de este trabajo

¹³ CCyCN (Tomo 3), comentado por los Dres. Marisa Herrera, Gustavo Caramelo y Sebastián Picasso.

respecto de las ventajas de habilitar a las partes a suscribir convenios de preferencia y de establecer un plazo de caducidad del derecho de replantar o reconstruir concedido al superficiario en caso de destrucción del objeto cuando la reconstrucción o reforestación tuviera principio de ejecución y se paralizara, así como también determinar el momento a partir del cual deberá efectuarse el cómputo de dicho plazo, el que se sugiere se fije en el término de un año a contar desde la intimación fehaciente formulada por el titular del dominio del suelo.