

Universidad Nacional de La Pampa
Facultad de Ciencias Económicas y
Jurídicas.



Seminario sobre Aportaciones Teóricas
Recientes.

“Derecho real de superficie. Incorporación en el
Código Civil y Comercial de la Nación.
Tratamiento en el derecho argentino”

Nombre y apellido: Lucero Maximiliano.

Asignatura: Derecho civil IV.

Encargada de Curso: Dra. Silvina Rojas Torres.

Lugar: Santa Rosa.

Año: 2019.

INDICE GENERAL:

•	Introducción.....	4
•	1. Derechos reales. Concepto.....	6
•	2. Derecho real de superficie. Concepto.....	7
•	3. Postura de Vélez Sarsfield respecto al derecho real de superficie.....	9
•	4. Postura de la doctrina argentina.....	12
•	5. Antecedentes históricos del derecho de superficie.....	14
•	6. Recepción en el derecho comparado.....	18
•	6.1. Derecho europeo... ..	18
•	6.1.1. Francia	19
•	6.1.2. Alemania	20
•	6.1.3. España	22
•	6.1.4. Italia.....	24
•	6.1.5. Austria.....	25
•	6.1.6. Bélgica.....	26
•	6.1.7. Holanda.....	26
•	6.1.8. Portugal	27
•	6.2. Derecho americano	27
•	6.2.1. Uruguay	27
•	6.2.2. Paraguay	28
•	6.2.3. Brasil	29
•	6.2.4. Bolivia	29
•	6.2.5. Perú	30
•	6.2.6. Canadá. Código civil de Quebec	31
•	6.2.7. México.....	33
•	7. Naturaleza jurídica del derecho de superficie. Teorías	33
•	7.1. Teorías que lo consideran como un dominio dividido.....	33
•	7.2. Teorías que asimilan a la superficie a algún derecho real específico.....	34
•	7.3. Teorías que consideran al derecho real de superficie como un derecho autónomo y específico.....	36
•	8. Diferencias con otras figuras.....	38
•	8.1. Con la servidumbre	38
•	8.2. La propiedad horizontal.....	39

• 8.3. Con el usufructo	40
• 9. Derecho real de superficie. Caracterización	41
• 9.1. Concepto	42
• 9.2. Modalidades	43
• 9.3. Objeto. Emplazamiento	44
• 9.4. Constitución. Legitimados	45
• 9.5. Adquisición. Constitución	47
• 9.5.1. Prohibición de la usucapión	48
• 9.5.2. Transmisión por causa de muerte.....	49
• 9.6. Plazo	49
• 9.7. Facultades del superficiario	51
• 9.7.1. Facultad de constituir derechos reales de garantía. Derecho a constituir hipoteca	53
• 9.7.2. Afectación al régimen de propiedad horizontal	55
• 9.8. Facultades del propietario	57
• 9.9. Subsistencia y transmisión de las obligaciones.....	59
• 9.10. Extinción	60
• 9.10.1. Renuncia	61
• 9.10.2. Vencimiento del plazo contractual	62
• 9.10.3. Cumplimiento de una condición resolutoria	62
• 9.10.4. Consolidación	63
• 9.10.5. No uso	64
• 9.10.6. Desuso y abandono	65
• 10. Supuesto de la destrucción de la propiedad superficiaria	66
• 11. Extinción. Efectos	67
• 12. Indemnización al Superficiario	69
• 13. Normas subsidiarias	71
• Conclusión	74
• Bibliografía	78

Introducción:

El Código Civil y Comercial de Nación en vigencia desde agosto de 2015, incorporó el derecho real de superficie, instituto que Vélez Sarsfield había prohibido en el derecho civil argentino, dando sus fundamentos en las notas de los artículos 2503.

Aunque posterior a la redacción del código civil, la doctrina había insistido en su incorporación, incluso durante todo el siglo XX varios fueron proyectos de reforma que habían reglamentado esta figura he insistido en su incorporación en el código.

Muchas fueron las obras escritas, proyectos legislativos redactados por prestigiosos estudiosos del derecho y presentados para su tratamiento, pero ninguno fue sancionado. En el año 2001 mediante ley 25509, se logró la incorporación del derecho de superficie, aunque limitado a las actividades de forestación y silvicultura. Los proyectos de reforma tuvieron que esperar un poco más, hasta la sanción del Código Civil y Comercial, se logró su incorporación definitiva y reglamentación.

Pese a su reciente incorporación en el derecho argentino, no se trata de un derecho nuevo, sino que es un instituto que tiene su origen en el derecho romano y que ha ido evolucionando a lo largo del tiempo. Ha sido receptado por las distintas legislaciones internacionales, incluso los

derechos americanos, cada uno adaptándolo a las particularidades de sus sociedades.

Se trata de un derecho que ha sido reconocido y utilizado por los beneficios económicos y sociales que ha proporcionado a la sociedad. Desde sus inicios fue una herramienta valiosa tanto para procurar ingresos al estado, mediante la explotación de sus tierras públicas, también fue un instrumento para superar las emergencias habitacionales y un medio para procurarle a los particulares beneficios de diversa índole.

El presente trabajo tiene como fin analizar el derecho real de superficie desde su recepción en el código civil y comercial, haciendo referencia a los antecedentes desde los tiempos de la redacción del código civil de Vélez Sarsfield, hasta las propuestas que se han ido realizando en la doctrina y la recepción legislativa mediante la ley 25509 de la superficie forestal.

Se trata de un derecho de reciente recepción en nuestro derecho, por lo tanto, la utilidad y aplicación que se haga del mismo por la doctrina, la sociedad y la jurisprudencia dependerá del tiempo. Por eso analizare la interpretación que han hecho los diversos autores sobre este instituto hasta la fecha.

1.Derechos reales. Concepto.

El derecho de superficie es un derecho real por lo tanto parece correcto comenzar realizando una conceptualización de los derechos reales.

Según Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo 1882 expresa un concepto de los derechos reales: “*El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código.*”

El presente artículo expresa que la propiedad es dinámica y ha ido evolucionando a través de los tiempos para hacer lugar a las demandas actuales.

En el código velezano no se percibe ningún concepto de ninguna figura jurídica ya que como buen seguidor de la obra de Freitas no era partidario de dar concepto alguno. Y así lo puso de manifiesto en la nota al artículo 495 citando al autor del Esbozo de Freitas quien sostenía que las leyes pueden contener reglas de conducta imperativas sea que mande o prohíba, debe manifestar la voluntad del legislador y no definiciones que son impropias en los códigos ya que las mismas son de dominio gramatical y técnica.

Concepto académico de la profesora titular de la cátedra de derechos reales de la Facultad de Ciencias Económicas y Jurídicas de la Universidad

Nacional de La Pampa doctora Silvina Rojas Torres quien sostiene: “Es un poder jurídico de una persona sobre una cosa, reglado por la ley en virtud del cual se puede obtener directamente de ella todas, alguna o algunas de sus utilidades, con exclusión de injerencias extraña y que con suficiente publicidad se adhiere y sigue a la cosa, pudiendo oponer a cualquier interesado.”

La Doctora Marina Mariani de Vidal esboza un concepto adhiriendo a la noción de Doctor Allende : “es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse a realizar acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persecuendi* y al *ius praeferendi*.”

2.Derecho real de superficie. Concepto.

Nuestro Código Civil y Comercial da el concepto de derecho de superficie en el artículo 2114 disponiendo:

“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"

El mismo Vélez Sarsfield en la nota al artículo 2503 del derogado Código Civil daba un concepto de derecho de superficie, y decía: "*el derecho de superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etcétera, adherentes al suelo, sobre los cuales tenemos 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 de que no perjudica se los derechos de superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno"*

Además, en materia de derechos reales debemos tener en cuenta el principio "*numerus clausus*", expresamente determinado en el artículo 1884: "*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.*"

El derecho real de superficie encuentra su recepción expresa en la enumeración de los derechos reales que realiza el artículo 1887: "*Enumeración. Son derechos reales en este Código:*

- a) *el dominio;*
- b) *el condominio;*
- c) *la propiedad horizontal;*
- d) *los conjuntos inmobiliarios;*
- e) *el tiempo compartido;*
- f) *el cementerio privado;*
- g) *la superficie;*
- h) *el usufructo;*
- i) *el uso;*
- j) *la habitación;*
- k) *la servidumbre;*
- l) *la hipoteca;*
- m) *la anticresis;*
- n) *la prenda.*

3.Postura de Vélez Sarsfield respecto al derecho real de superficie.

En el Código Civil Argentino de 1869, obra de Dalmasio Vélez Sarsfield, vigente desde 1871, expresamente se prohibió el derecho real de superficie y en la nota al art.2503 estableció: “*No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque en este Código no pueden tener lugar*”.

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 (art. 2503) ya que consideraba que: *“hemos jugado 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”*. (Nota al artículo 2503)

Vélez Sarsfield decidió suprimir ciertos derechos reales que a su entender y por la experiencia de las legislaciones de otros estados europeos, eran dificultosos legislativamente, traerían grandes litigios y que no desempeñaban ningún beneficio económico ni tampoco ningún beneficio al interés general. Su fundamento lo escribió en la nota al artículo 2502 que decía: *"el derecho romano no reconoce al lado de la propiedad sin un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era, por lo tanto, privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Más desde la edad media las leyes de casi todos los estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua y por mil otros medios.*

Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades iban a la ruina. En otros casos, se veía

ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era el propietario del pasto que naciera y el otro de las plantaciones que hubiesen hecho.

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 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 y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre comuneros o a la licitación."

Para dar sustento a su postura decidió suprimirlo expresamente en el artículo 2614 que decía: *"Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extienda a mayor término que el de 5 años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna."* Artículo que fue derogado por ley 25509 para hacer posible la introducción del derecho real de superficie forestal en la legislación vigente en ese momento.

4.Postura de la doctrina argentina.

Posterior a la redacción del código civil y ya sobre el siglo XX la doctrina mediante los distintos estudios fue conformando una postura firme sobre la conveniencia de la inclusión de este derecho real en la legislación civil Argentina. Los distintos proyectos de reforma del código civil de Bibiloni lo había incluido como el Anteproyecto de 1954 y los Proyectos de 1987, 1993 y 1998

En la doctrina y académicamente, también se habían hecho estudios y se insistía en la conveniencia de su inclusión. En el VI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid, en el año 1984, se indicaron los beneficios socioeconómicos que podía brindar el derecho de superficie (incluso por la misma delegación argentina en donde, el derecho de superficie estaba prohibido) y se recomendó su inclusión en las legislaciones que no lo receptaban.

En Argentina, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Corrientes en el año 1985 también se apoyó el reconocimiento de este derecho referido exclusivamente a la forestación.

Los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 (sancionado en la Cámara de Diputados y Senadores, tuvo respuesta favorable en la doctrina, pero finalmente fue vetado por el Poder Ejecutivo)

y el Proyecto de 1993 previeron la figura del derecho de superficie enfocado a los fines edilicios.

El proyecto de unificación de 1998, por su parte, regula el derecho de superficie en forma amplia, es decir comprende a las construcciones y plantaciones y además en sus dos aspectos como derecho a construir y plantar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo construido o plantado y el derecho de adquirir una construcción y plantación de lo dependiente del suelo. Este proyecto reviste particular importancia ya que fue fuente de la actual legislación, aunque con algunas modificaciones.

En la Conferencia Nacional de Abogados del 2000 en la ciudad de San Salvador de Jujuy y las XXV Jornadas Notariales Argentinas en la ciudad de Mendoza en el 2001 aconsejaron la incorporación del derecho real de superficie a la legislación nacional. Así como también en la XXXII Jornada Notarial Argentina 24, 25 y 26 de agosto de 2016.

Mediante la Ley 25.509 sancionada el 14 de noviembre de 2001 y promulgada de hecho el 11 de diciembre de 2001 se receptó el derecho real de superficie forestal (es decir, limitado únicamente a este objeto). 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 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, legisla un nuevo régimen de derecho real de superficie.

Se lo prevé en el Título VIII del Libro Cuarto, entre los derechos reales de propiedad horizontal (Título VII) y usufructo (Título IX).

5. Antecedentes históricos del derecho de superficie.

El derecho de superficie tuvo su nacimiento hace centenares de años y ha sido receptado por las legislaciones internacionales. Tal institución ha ido evolucionando y perfeccionándose a medida que pasaron los años, por eso resulta interesante conocer la razón por la que nació.

El derecho de propiedad sobre la tierra, ha sido desde tiempo inmemorables, lo que ha distinguido económicamente a los hombres, como así también su habilidad para determinar los máximos beneficios que de ellos surgieron.

Su origen aún se encuentra discutido, aunque la mayoría de los autores ubican su nacimiento en el derecho romano. Los romanos habían protegido el derecho de la propiedad mediante el conocido principio de accesión (*superficies solo cedit*), vertidas en las institutas de gajo, 2.73, qué indica que lo que está en la superficie accede al suelo.

La accesión consiste en que lo edificado, plantado o sembrado, se presume realizado por el dueño del suelo, de tal manera hace suyo todo lo edificado, plantado y/o sembrado en el suelo de su propiedad, aunque haya sido

realizado por otra persona. Entonces el propietario del terreno es titular del derecho de propiedad sobre el suelo y, además, posee el derecho de propiedad sobre el edificado, plantado o sembrado en la superficie del mismo.

Los romanos llegaron a considerar que, si el propietario podría negociar o transmitir el suelo de su propiedad, también podría permitir que alguien edifique, o plante en su finca, facultando a esta persona para que use y disfrute esa construcción o plantación por un determinado periodo de tiempo a cambio de un precio o de un canon. Este derecho es lo que se denominaría derecho de superficie.

La doctrina considera que el derecho tiene su origen en la época de la república romana. A medida que el imperio iba creciendo territorialmente producto de las campañas bélicas, el estado romano, para aprovechar estas enormes extensiones de tierra que iba anexando, se las vendía a los particulares o las asignaba a la libre ocupación de los ciudadanos, a cambio del pago de la renta.

Otro de los factores que influyen en la consideración y valoración de este derecho, fue el crecimiento de las ciudades romanas producto de la inmigración que trajo como problemática la escasez de viviendas y el hacinamiento de las personas. Entonces la superficie se constituyó como la solución al problema, acentuando su sentido socioeconómico.

Los romanos no entendieron a la superficie como una propiedad separada sino como un gravamen del suelo. Lo consideraron como un derecho real, enajenable, transmisible en todo o en parte, que atribuye al superficiario el pleno goce y uso de un edificio, construido en terrenos de un tercero con autorización de éste. Típicamente el derecho se constituía sobre tierras de propiedad pública y se les aseguraba a los particulares la facultad de poder construir sobre dichos terrenos, a cambio del pago de un Canon anual denominado “solárium”.

De este modo, se llegó a considerar a la superficie al lado de las servidumbres y a la enfiteusis, como un derecho real sobre la cosa ajena. Y además al igual que con los demás derechos como el de propiedad se lo empezó a proteger, otorgándole ciertas acciones a los superficiarios para la protección de su derecho.

En el ordenamiento Justiniano, la superficie queda estructurada como un verdadero derecho real provisto de un interdicto para hacerse mantener en la posesión, en los casos en que el mismo propietario o terceros quisieran desconocer su derecho. El interdicto denominado interdicto especial de “superficiebus” constituía una verdadera acción en defensa de su derecho de superficie.

También se le aseguro una excepción en el caso de que el propietario del inmueble pretendiera ejercitar la reivindicación, con el fin de paralizar tal acción y mantenerse en la posesión.

Después de la época romana, empezó a concebirse a la superficie como una propiedad separada y comenzó a exaltarse sus beneficios tanto desde el punto de vista social como económico, que traían a los Estados y a la sociedad. Comenzando en sus orígenes desde las construcciones y posteriormente evolucionando y extendiéndose a las plantaciones, y desde los terrenos públicos hacia los privados.

En la Edad Media se amplió el objeto del derecho de superficie, no solo se podía construir en el fundo ajeno, sino también plantar. En el derecho medieval, comenzó a modificarse la noción del principio de la accesión inmobiliaria, planteándose ciertas posibilidades de división de la propiedad conforme planos verticales y horizontales.

Pero durante la Revolución Francesa, defensora del individualismo, no se admitieron restricciones al derecho de propiedad. Receptado por el Código de Napoleón de 1804, tuvo como consecuencia, el no reconocimiento del derecho de superficie, incluso adoptó en su art. 552 la regla de la accesión de lo edificado al dominio del suelo.

Esta fue en general la política de los códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, que eran, por lo general, contrarios a la propiedad dividida.

El resurgimiento de esta institución se produjo en la época de posguerra.

Los conflictos armados como las guerras mundiales habían desbastado a la humanidad y a las economías de los Estados, por lo tanto, era importante tener en consideración las herramientas que permitieran salir de esa situación de ruina, principalmente en materia de viviendas.

Por esta razón la mayor parte de los países europeos actualizarían normativamente el derecho de superficie.

6. Recepción en el Derecho comparado.

Anteriormente vimos que el origen del derecho de superficie se remonta hace cientos de años a la época del derecho romano. Pero también debemos tener en cuenta que este derecho ha ido evolucionando a lo largo del tiempo y que ha sido receptado por las distintas legislaciones de los países, aunque no todos lo han hecho de la misma manera y con el mismo alcance.

Por eso en esta sección se hará un repaso por la reglamentación que este instituto ha tenido en el derecho comparado, comenzando con el derecho europeo y luego con el derecho americano, con el fin de establecer una comparación más cercana con nuestro ordenamiento jurídico.

6.1. Derecho europeo:

6.1.1.Francia.

El código civil francés de 1804, más conocido como el Código de Napoleón no reconoce expresamente al derecho de superficie y por el contrario adoptó el principio de la accesión.

Con referencia al derecho a la propiedad, dicho Código Civil enuncia en sus diferentes artículos (...) *“que la propiedad de una cosa sea mueble o inmueble da derecho sobre todo lo que la misma produce y sobre todo lo que se une como accesorio.”* (art546)

“La propiedad del suelo lleva consigo la propiedad de lo que se encuentra encima y debajo.” (art552)

“Toda construcción plantación obra que se encuentra sobre un terreno o en su interior se presumen hechas por el propietario y que le pertenecen, salvo prueba en contrario” (art553). Aquí es donde consagra la regla de la accesión.

Pero tal como lo establecía el código este no es un principio absoluto, sino que se trataba de una presunción iuris tantum, es decir, que podría ser desvirtuada por una prueba en contrario. O sea, producida la prueba era posible que las construcciones fueron de propiedad de alguien distinto del propietario del suelo.

Sobre esta interpretación los doctrinarios franceses se basaron para deducir que la regla de la accesión no es una norma de orden público, sino que podía ser desvirtuada por prescripción o convenio en contrario por las partes.

Entonces, aunque la legislación civil francesa no admita la reglamentación expresa del derecho de superficie, los juristas deducen la posibilidad legal de tal figura dentro del mismo derecho francés, realizando una interpretación del artículo 553.

6.1.2. Alemania.

En el derecho alemán el derecho de superficie tuvo recepción legal en el código civil de 1900.

El Código alemán recogía la concepción individualista del derecho de propiedad, también influenciado por las ideas consagradas por la revolución francesa.

En este contexto, el derecho de superficie, como un derecho que trata de desvirtuar el concepto de propiedad, que restringía las facultades del propietario sobre aquello que era suyo, aparecía como una figura anómala dentro de este código de inspiración individualista.

Por esta razón, el derecho de superficie tuvo su recepción y regulación en muy pocos artículos dentro del código civil alemán (se lo reglamentaba desde el artículo 1012 al 1017).

Esta pobre reglamentación del derecho de superficie trajo como resultado dudas en ciertas situaciones, una gran cantidad de conflictos legales, lo que desencadenó en que esta figura cayera en desuso y que sea poco atractiva para los habitantes alemanes.

Pero este instituto ganó importancia después de la primera guerra mundial, durante las economías de reconstrucción, donde se constituyó en una figura atractiva para hacer frente a la emergencia edilicia que estaban pasando los habitantes de la Alemania devastada.

Entonces, este derecho real se instituyó como una herramienta interesante para adquirir un derecho de propiedad sobre una vivienda a un costo menor de lo que significaría la adquisición definitiva de la propiedad. También ofrecía facilidades de financiamiento, porque otorgaba a su titular la posibilidad de constituir derechos reales de garantía sobre tal derecho, como la hipoteca.

Como la mayor parte de las legislaciones se había organizado como un derecho temporario, que conforme a su regulación se constituía por un plazo de 99 años. Además, se pensaba que no iba a existir la posibilidad de renovar el contrato de superficie pues se suponía que una persona no iba a vivir más de 99 años y que sus descendientes, iban a tener la posibilidad durante el transcurso de los años y de sus vidas, de trabajar y constituir sus propios capitales.

Todo ello sumado a la confianza generalizada de que la economía en un futuro iba a mejorar, e iban a crear un ambiente propicio para los alemanes, que le permitiría acceder a sus propias viviendas o tener mejores posibilidades para adquirir la propiedad de las mismas.

Entonces para que este derecho pudiera dar los beneficios que se pretendía lograr, no le alcanzaba la escasa regulación que contenía en el código civil, por eso la solución fue extraer el derecho de superficie del código y regularlo en una norma específica. Esta técnica permitiría ampliar el alcance de este derecho, rellenar todos los vacíos legislativos y terminar con la inseguridad jurídica que esta figura presentaba.

De esta manera se promulgó en 1919 la ordenanza sobre el derecho de superficie que con algunas modificaciones aún sigue estando vigente.

6.1.3. España.

En España el derecho de superficie es regulado de manera dispersa en diferentes leyes. El Reglamento hipotecario de 1861 en su artículo 117, 5º que declaraba hipotecable el derecho real de superficie en cuyo artículo decía: *"podrán también hipotecarse los derechos de superficie pastos, o las leñas y otros semejantes de naturaleza real"*. Si bien su código civil expresamente no regulaba el derecho de superficie, incidentalmente el artículo 1611 nombraba al derecho de superficie.

Pero la regulación más amplia de esta figura vino de las leyes urbanísticas como las leyes del suelo de 1956 y de 1975, posteriormente los artículos 287 a 290 del texto de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana.

Actualmente lo regulan los artículos 53 y siguientes del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el texto de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El artículo 53 dice lo siguiente:

1. *El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.*

También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

2. *Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el*

plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.

El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. *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.*

4. *El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.*

6.1.4. Italia.

Código civil italiano en el libro de Tercero titulado: “de la propiedad”, regula el derecho de superficie de los artículos 952 al 956.

Un artículo 952 establece que " *el propietario puede establecer el derecho de hacer y mantener un edificio sobre el suelo a favor de otros que compran la propiedad.*

También puede alinearse la propia del edificio ya existente por separado de la propiedad del terreno."

El artículo 953, establece que este derecho se puede constituir por tiempo determinado y que al cumplirse el plazo se extingue el mismo. También se extinguen los derechos reales impuestos por el superficiario.

El artículo 954 dispone que el derecho a levantar la construcción sobre el suelo de otro, se extingue por prescripción, a causa del no uso durante 20 años.

Las disposiciones anteriores se extienden al caso de que las obras sean bajo el suelo (art. 955) y por último el derecho de superficie no puede constituirse sobre las plantaciones.

6.1.5. Austria.

La ley de 1912 admite la creación de un derecho de superficie regulador de la facultad de edificar en terreno ajeno. En el derecho austriaco se le resta un poco de valor al principio de la accesión, admitiendo la posibilidad de construir en terreno ajeno con el permiso del dueño.

La referida ley en su artículo 1 establece, que el derecho de construcción es de naturaleza real, enajenable, transmisible hereditariamente y que puede tener por objeto la elevación de un edificio o recaer sobre uno ya construido,

teniendo en este caso no solo la facultad de poseer y usar, sino también la facultad de reedificar.

En la legislación austriaca el derecho de superficie puede constituirse sobre una casa-habitación, una fábrica, una vía férrea, pero no sobre una porción del edificio ni sobre un piso.

6.1.6. Bélgica.

El derecho de superficie se encuentra reglamentado por una ley especial de 1924.

Esta ley define al derecho superficie como un derecho real, que consiste en tener construcciones, obras o plantaciones sobre un predio perteneciente a otro. Si bien esta ley reglamenta el referido derecho real en todos sus aspectos, también deja un amplio espectro a la autonomía de voluntad de las partes, pudiendo variar algunas de sus facultades, cláusulas.

Pero la ley instituye un único límite infranqueable, el plazo máximo para la constitución de tal derecho, que es de 50 años.

6.1.7. Holanda.

Holanda lo reglamenta en su código civil en sus artículos 758 al artículo 766. Establece que es un derecho real que puede constituirse sobre edificios y plantaciones y susceptible de ser enajenado, gravado e hipotecado.

En términos generales, la regulación es muy parecida a la realizada por la ley belga, con algunas modificaciones. Una de las diferencias más significativas que podemos extraer es que prohibía el establecimiento del derecho de superficie por un plazo mayor a 50 años, aunque en la actualidad la limitación se encuentra derogado pudiendo establecerse a perpetuidad.

6.1.8. Portugal.

El código civil de Portugal, de 1967 lo regulado en los artículos 1524 y 1542.

6.2. Derecho americano.

6.2.1. Uruguay.

La ley 18.308 del 2.006 para el ordenamiento territorial y el desarrollo sostenible legisló por primera vez el derecho real de superficie en este país.

En su artículo 36 dispone: "*Derecho de superficie*". "*El propietario de un inmueble privado fiscal podrá conceder a otro el derecho de superficie de su suelo por un tiempo determinado en forma gratuita u onerosa mediante escritura pública registrada y subsiguiente tradición.*

El derecho de superficie es un derecho real limitado sobre un inmueble ajeno que atribuye temporalmente parte o la totalidad de la propiedad y comprende el derecho a utilizar el bien según las disposiciones generales y

la legislación aplicables dentro del marco de los instrumentos de ordenamiento territorial y conforme al contrato respectivo”.

Facultades: *"el titular del derecho real de superficie tendrá respecto del bien objeto del mismo iguales derechos y obligaciones del propietario del inmueble respecto de este."*

Extinción: *"extinguido el derecho de superficie el propietario recuperará el pleno dominio del inmueble, así como las acciones y mejoras introducidas en este salvo estipulación contractual en contrario"*

6.2.2. Paraguay.

En Paraguay existe el derecho de superficie forestal, regulada por ley 4.890 del año 2012.

En su artículo 1 desarrollo del concepto de derecho de superficie forestal *:"es aquel por el cual el titular del dominio de un inmueble susceptible de contener plantaciones forestales o bosques naturales, constituye a favor de terceros o superficiarios, un derecho de aprovechamiento o disposición sobre los bienes forestales plantados sobre la superficie de su propiedad o sobre los bienes que se encuentren en el inmueble en forma de bosque natural; todo lo cual deberá ejercerse en concordancia con la legislación ambiental que regula la materia."*

Además, es una reglamentación que facilita la asociación contractual entre empresarios inversores con los propietarios de la tierra, para realizar

actividades forestales de conservación o manejos de bosques existentes o de nuevas plantaciones forestales.

6.2.3. Brasil.

El código civil brasileño, define el derecho de superficie a partir del artículo 1369 disponiendo: “*el propietario puede conceder a otro el derecho de construir plantar en su terreno por tiempo determinado mediante escritura pública registrada en el registro de la propiedad inmueble*”.

Puede tener carácter gratuito u oneroso (artículo 1370) y en caso de enajenación del inmueble o del derecho de superficie, el superficiario o el propietario tiene derecho de preferencia, en igualdad de condiciones. (artículo 1373).

Extinguida la concesión el propietario pasará a tener propia plena sobre el terreno, construcción o plantación independientemente de la indemnización que las partes hubieran estipulado (artículo 1375).

6.2.4. Bolivia.

El código civil boliviano los regula desde sus artículos 203 al 208.

El artículo 203, establece que el derecho de superficie puede constituirse cómo derecho a construir o sobre una construcción ya realizada o por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.

En cuanto a su duración expresamente establece que el derecho de superficie es temporal, no puede durar más de 30 años y cuando sea accesorio en un contrato de arrendamiento dura el mismo plazo de dicho contrato.

Según el artículo 205 (objeto y extensión del derecho de superficie):

- 1) Puede ser objeto del derecho de superficie sólo las construcciones en su integridad y que representen un todo independiente.
- 2) El derecho de superficie se extiende a todo el subsuelo en que se apoye sustento a la construcción. Se extiende también a otras partes del suelo que impliquen una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa.
- 3) En caso de enajenación del suelo o de la superficie, es superficiario o el propietario del suelo tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones frente a terceros interesados.

6.2.5. Perú.

El artículo 1030 del código civil consagra este derecho diciendo: *"puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separado sobre o bajo la superficie del suelo.*

Este derecho no puede dar más de 99 años. A su vencimiento el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsándole su valor salvo pacto en contrario"

Es un derecho que puede constituirse por acto entre vivos o por testamento, es transmisible salvo prohibición expresa. (Artículo 1031). Es un derecho que no se extingue por la destrucción de lo construido y la extinción de tal derecho importa la extinción de los derechos concedidos por el superficiario en favor de terceros. (artículo 1032/1034).

6.2.6. Canadá. Código civil de Quebec.

El código civil de Quebec (1991) vigente desde 1994, legisla el derecho de superficie en el libro sobre el derecho de los bienes en el artículo 1011 y luego lo regula en el Capítulo IV, del artículo 1011 al artículo 1018.

El artículo 1011 dispone: "*la propiedad superficiaria es aquella en que las construcciones obras y plantaciones situadas sobre un inmueble pertenecientes a otra persona que se denomina el tenfocier*".

Artículo 1111: El derecho del superficial para utilizar el subsuelo se rige por un acuerdo. Tanto el superficial como el propietario del subsuelo soportan las cargas que gravan lo que constituye el objeto de sus respectivos derechos de propiedad. (artículo 1112)

Las superficies pueden ser perpetuas, pero el acuerdo puede establecer un término (artículo 1113)

Artículo 1114. la superficie se termina:

1-por la unión de las cualidades del propietario del subsuelo y el superficial en la misma persona, sujeto a los derechos de terceros;

2-por el cumplimiento de una condición resolutive; 3-Por el vencimiento del plazo.

Al término de las superficies, el propietario del subsuelo adquiere la propiedad de las construcciones, obras o plantaciones mediante el pago de su valor a la superficie.

Artículo 1117. Cuando el superficiario no ejerza su derecho a adquirir la propiedad del subsuelo dentro de los 90 días posteriores a la finalización del derecho, el propietario del subsuelo retiene la propiedad de las construcciones, obras y plantaciones.

En caso de falta de acuerdo sobre el precio, términos y condiciones de adquisición del subsuelo o de las construcciones, obras o plantaciones, pueden solicitar que el tribunal fije el precio y los términos y condiciones de adquisición.

También pueden, si no llegan a un acuerdo sobre los términos y condiciones de eliminación de las construcciones, obras o plantaciones, pueden solicitar que el tribunal los determine.

6.2.7. México.

La legislación mexicana no establece expresamente el derecho de superficie, pero si se puede extraer la posibilidad de la constitución del mismo realizando una interpretación inteligente de dos artículos de dicho código Civil.

El primer artículo es el número 896 que tiene su fuente en el artículo 553 del código de Napoleón y dice: "*todas las obras siembras y plantaciones, así como las mejoras y reparaciones ejecutadas en un terreno se presumen hechas por el propietario a su costa mientras no se pruebe lo contrario*"

El otro artículo es del 2899 que considera la posibilidad de constituir hipoteca sobre construcciones levantadas sobre terreno ajeno.

7. Naturaleza jurídica de derecho de superficie. Teorías.

7.1. Teorías que lo consideran como un dominio dividido.

Según esta teoría sobre un mismo terreno o sobre una misma superficie (objeto del derecho mismo) concurren dos tipos de dominios, por un lado, el del propietario del terreno y por el otro el del superficiario que se convierte en propietario de todo aquello que ha sido construido, plantado o forestado sobre la superficie.

Es una teoría que se basa en la doctrina de los glosadores quiénes distinguían entre el dominio directo y el dominio útil, este último le corresponde al superficiario.

En la doctrina francesa encontramos a Aubry y Rau quienes definen este derecho como "un derecho de propiedad que recae sobre las construcciones, árboles o plantas adheridas a la superficie de un fundo (edificios y superficies), perteneciendo lo que está debajo a otro propietario.

Colin Y Capitant expresan que es el derecho que el propietario (llamado superficiario) ejerce sobre el suelo de un fundo cuyo subsuelo le pertenece a otro propietario, es decir, consideran que se trata de dos propiedades diferentes y superpuestas.

Las críticas que se le que se le hacen a esta teoría es que está confundiendo el derecho de superficie con la propiedad superficiaria de la misma.

7.2. Teorías que asimilan a la superficie a algún derecho real específico.

En este punto se encuentran aquellas teorías que pretenden considerar al derecho de superficie no como un derecho real autónomo, sino asimilándolo a otro derecho real como el usufructo, enfiteusis o la servidumbre.

Se basan principalmente en la consagración del principio de accesión, por el cual todo lo construido, plantado sobre la superficie le pertenece al propietario del suelo, como también el subsuelo y el vuelo. Esta regla no permitía la existencia de dos tipos de propiedades separadas sobre un mismo

terreno, es decir no admitiría por un lado la propiedad de la superficie misma y por el otro, la propiedad de lo que existía sobre esa superficie (lo que había sido plantado, edificado, forestado) que le pertenecía al superficiario.

Son todas aquellas teorías basadas en el derecho romano que pretenden construir a la superficie como un derecho real enajenable, transmisible sobre construcciones o plantaciones hechas en un fundo ajeno, pero sin admitir que este derecho pueda conducir a una propiedad superficiaria.

Por eso para evitar esta coexistencia de propiedades lo que hacían era asimilarlo a algún derecho real específico, como la enfiteusis, la servidumbre o el usufructo, aunque existieran diferencias entre los mismos.

Con relación a la diferencia entre derecho de superficie con el usufructo y la servidumbre será tratada específicamente es el punto pertinente.

En el caso de la enfiteusis y la superficie, la confusión ya se daba desde la edad media donde el derecho de superficie era utilizado para las edificaciones y la enfiteusis era utilizada para los sembrados, y por esta razón todos trataron de incorporar la construcción y el sembrado bajo el derecho de enfiteusis. alguna de las diferencias que podemos determinar entre ambas figuras es que en la enfiteusis no se puede establecer a título

gratuito, el precio ha de pagarse en forma anual (Canon) sin que se puede satisfacer de una sola vez como puede ocurrir en el derecho de superficie.

Dicha diferenciación es a modo enunciativa ya que la enfiteusis no existe en nuestra legislación.

7.1.3. Teoría que considera al derecho real de superficie como un derecho autónomo y específico.

Llegamos a las teorías que consideran al derecho real de superficie como un derecho que tiene características propias, que permiten distinguirlos de los demás derechos reales y constituirlo como una categoría autónoma.

Tengamos en consideración que en nuestra legislación civil tal derecho real ha sido concebido de manera amplia, otorgando a su titular las facultades de plantar, forestar o construir sobre terreno ajeno o también sobre lo ya construido o plantado.

Estas teorías parten del supuesto de que al derecho de superficie podemos dividirlos en dos momentos: en una primera etapa, el titular del dominio del terreno concede a una persona física o jurídica, la facultad de edificar, plantar o sembrar en su propio inmueble mediante la constitución del derecho de superficie. Mientras tal construcción o plantación no exista faltará el objeto sobre el que se ejercerá el derecho mismo. Se trata de un derecho sobre cosa ajena.

Estamos ante una desmembración del derecho real en tanto que el dominio vacuo es conservado por el titular del terreno, el superficiario accede a su dominio útil, razón por la cual el artículo 2114 define al derecho de superficie como aquella que se constituye sobre inmueble ajeno.

El segundo momento consiste en la realización de la edificación, forestación o plantación en el inmueble ajeno, ocupando el terreno el suelo o el subsuelo, ósea se realizaría el objeto del derecho de superficie. Es en ese momento en el cual superficiario tiene un verdadero dominio por qué tiene la titularidad de un derecho de propiedad superficiaria sobre lo edificado, plantado o sembrado.

Entonces tenemos un desdoblamiento del derecho real en sus manifestaciones:

- 1) "*Ius edificando*": qué sería el derecho sobre el inmueble ajeno con un fin determinado, es decir, conforme a lo que se ha establecido convencionalmente por las partes, sea construir, forestar o plantar.
- 2) "*La propiedad superficiaria*": que es el derecho real a tener mantener, usar, gozar y disponer tanto material como jurídicamente de aquello que ha sido edificado, plantado. Habiendo propiedad superficiaria las facultades del superficiario son análogas a las del titular del dominio del inmueble, aunque limitada en el tiempo.

Tengamos en cuenta que el derecho de superficie se encuentra limitado en el tiempo generalmente es un plazo convenido por las partes (en su defecto no durara más que los plazos máximos legales, artículo 2117 de nuestro Código Civil y Comercial) porque si ésta fuese perpetua ya estaríamos ante una figura distinta, es decir frente de una propiedad separada.

Esta teoría es la que nuestro código civil y comercial acepta en el artículo 2114 cuando enuncia el concepto del derecho superficie diciendo que : *“es un derecho real temporario, que se constituye sobre 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.”*

Además, está expresamente enumerado en el artículo 1887, inc. g), del Código Civil y Comercial.

8. Diferencias con otras figuras.

8.1. Con la servidumbre.

La servidumbre es definida por el artículo 2162 de Código Civil y Comercial: *“ La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada*

utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.”

Entonces este derecho real se establece entre dos inmuebles, necesita de dos fundos uno dominante y otro sirviente, en cambio en el derecho de superficie simplemente se necesita la existencia de un único terreno.

Además, la servidumbre no puede transmitirse con independencia del fundo dominante, en cambio el derecho de superficie puede transmitirse el derecho con independencia del terreno mismo. En el primero el titular de la servidumbre dominante no puede constituir derechos reales, en el segundo, sí.

Por definición del derecho de superficie es temporal, en vez en el caso de las servidumbres pueden ser perpetuas o vitalicias según sea el caso.

Además, el derecho de superficie se ejerce por la posesión en vez en la servidumbre el titular del fundo dominante no tiene la posesión del inmueble ajeno, sino que se le asegura una determinada utilidad sobre él.

8.2. La propiedad horizontal.

El artículo 2037 lo define: *“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”.

El derecho real de superficie supone un dominio desmembrado en dos planos y en la propiedad horizontal el dueño adquiere el dominio de su unidad funcional, como también el condominio de las partes comunes del edificio.

Además, en el derecho de superficie la destrucción del edificado no opera como una causal de extinción del derecho, cosa que si pasa en la propiedad horizontal cuando se destruye el edificio.

8.3. Con el usufructo:

“Usufructo es el derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia.

Hay alteración de la sustancia, si es una cosa, cuando se modifica su materia, forma o destino, y si se trata de un derecho, cuando se lo menoscaba. “(concepto según el artículo 2129, del Código Civil y Comercial de la Nación)

El derecho real de superficie recae sobre un inmueble mientras que el objeto del usufructo puede tener por objeto una cosa no fungible; un derecho, solo en los casos en que la ley lo prevé; una cosa fungible cuando recae sobre un

conjunto de animales; el todo o una parte indivisa de una herencia cuando el usufructo es de origen testamentario. (artículo 2130-Objeto)

La superficie siempre es temporaria, sin embargo, el usufructo puede ser vitalicio para el caso de la persona humana.

El usufructo se extingue por el no uso de la persona durante un plazo de 10 años; en el caso de la superficie si bien el no uso también opera como una causal de extinción del derecho, el artículo 2124, realiza una distinción de plazos para considerar como operada tal causal. Establece un plazo de 10 años para el derecho construir y de 5 años para el derecho de plantar o forestar.

La similitud entre los dos institutos es que ambos son derechos reales sobre cosa ajena.

El artículo 2127 en cuanto regula el derecho de superficie, establece como de aplicación supletoria las reglas del usufructo tomando en consideración la similitud entre ambas figuras. *“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.”*

9. Derecho real de superficie. Caracterización.

En esa parte del trabajo realizaré una explicación respecto de la reglamentación del derecho de superficie conforme el articulado del Código Civil y Comercial de la Nación y a las consideraciones doctrinales que se han hecho al respecto.

9.1 Concepto.

Artículo 2114: “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 del subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazos de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.”

En igual sentido, lo regulaba el proyecto de código unificado de 1998 en el artículo 2018.

La ley 25509 había introducido la figura de la superficie forestal en forma limitada, es decir, reducida al marco del régimen de promoción forestal.

Caracteres:

- Es un derecho real, autónomo y principal (artículo 1889; artículo 1887 inc. g).
- Es un derecho real temporario (artículo 2117)

- Derecho real inmobiliario: su objeto es un inmueble o bien un derecho a ejercer sobre un inmueble (artículo 2116).
- Sobre cosa propia o sobre cosa ajena, según que la actividad haya comenzado o no. Pero siempre va a existir de por medio un inmueble ajeno. (Artículo 1888)
- Es un derecho real transmisible por actos entre vivos o mortis causa.
- Puede constituirse tanto para superficie urbana (construcciones, edificios), como para la superficie agraria (plantaciones, forestaciones, siembra).
- Otorga a su titular facultad de uso y goce y disposición material y jurídica de la propiedad superficiaria.

9.1. Modalidades.

Artículo 2115: “el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones y forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. (Se configura como un derecho real sobre cosa ajena)

También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

(Constituye un derecho real sobre cosa propia)

En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.”

La ley 25509 en su artículo 12 había modificado el antiguo artículo 2614 del código civil de Vélez Sarsfield, eliminando la prohibición de constituir derecho de superficie. Además, se agregó al artículo 2503, como inciso 8 “la superficie forestal, como derecho real (artículo 13 de la referida ley).

En forma similar y como fuente del texto lo regulaba el proyecto de código unificado de 1998, en su artículo 2025.

9.3. Objeto. Emplazamiento.

Artículo 2116: “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 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 debe formalizarse en escritura pública por tratarse de la constitución de un derecho real sobre un inmueble (art.1017 inc.a.)

En la reglamentación del derecho de superficie, se deja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para que las partes puedan acordar lo que consideren más conveniente a sus intereses. Por eso se considera importante, que la escritura de constitución de tal derecho, debe ser lo más amplia y comprensiva posible, dejando constancia expresamente todos los

elementos y cláusulas consideradas importante para las partes, más allá de las exigencias legales.

Se deberá determinar a modo de ejemplo, las facultades y derechos de las partes, tanto para el propietario como para el superficiario, el área de la propiedad afectada, adjuntar un plano o un croquis para facilitar su identificación, el plazo de constitución, si se puede extender la ocupación del suelo o subsuelo, algunas limitaciones si las hubiere, entre otras.

En caso de duda sobre la existencia de gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio se interpretará a favor del titular del bien gravado.

(Interpretación conforme artículo 1888).

9.4. Constitución. Legitimados.

Artículo 2118: “Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio condominio y propiedad horizontal.”

En otras palabras, todo titular de un derecho sobre la cosa propia puede desmembrarlo y constituir un derecho real de superficie a favor de una persona humana o jurídica.

La ley 25 509 consideraba que el derecho de superficie forestal podría ser constituido por los titulares de dominio o condominio a favor de un tercero.

En el caso del condominio, por importar un acto de disposición necesitará el consentimiento de todos los comuneros según el artículo 1990.

En el caso de la propiedad horizontal cuando se trata de construir nuevos pisos sobre una edificación existente o sobre el terreno, debe tenerse en cuenta que tanto el terreno, el techo, pasillo, azoteas, columnas, cañerías y demás espacios de uso común, se encuentran previstos como partes necesariamente comunes, por lo tanto, si se quiere afectar con tal derecho, se debe recibir la conformidad unánime de los propietarios.

La posibilidad de constituir derechos reales de superficie sobre inmuebles sujetos al régimen de propiedad horizontal, debe estar expresamente prevista en el reglamento, sino está previsto, debe ser considerado por los propietarios y sujeto a votación

También se plantea el supuesto de que cuando el artículo nombra los legitimados para constituir el derecho de superficie, no aclara si se refiere únicamente a los para propietarios privados de inmuebles o sí también existe la posibilidad de afectar con tal derecho los inmuebles de dominio privado del Estado.

La doctrina considera que la interpretación correcta sería la de considerar incluido tanto los inmuebles pertenecientes a titulares particulares como también aquellos inmuebles que pertenecen al dominio privado del Estado.

Respecto a los inmuebles de dominio público del Estado quedarían

excluidos y se dejaría liberado la posibilidad de afectación con tal derecho, a una reglamentación mediante una normativa al efecto.

Recordemos que quien preveía esta posibilidad fue el proyecto de “Ley de Planeamiento Urbano y Acceso a la Vivienda” del Diputado Nacional Marcelo Arabolaza en el año 1.984. Había considerado la reglamentación del derecho de superficie o de construir sobre inmuebles del dominio del Estado Nacional, Provincial o Municipal con fines urbanístico y solo a personas de existencia humana.

Además, hay que tener presente que históricamente ciertas tierras públicas eran entregadas por el estado a los particulares para la siembra, construcciones o edificaciones, a cambio del pago de un canon. De alguna forma el derecho de superficie se había transformado en una herramienta efectiva para hacer frente a las necesidades de la población y por el otro lado era un medio para procurarle al estado ingresos.

9.5. Adquisición. Constitución.

Artículo 2119: “el derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por acto entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento de justo título.”

El código se refiere al derecho de superficie o sea cuando aún no se construyó, plantó o foresto.

El derecho de superficie puede constituirse por contrato a título oneroso o gratuito. La reglamentación de la contraprestación está liberada en la autonomía de voluntad de las partes, puede ser una suma de dinero, permitir el uso de un local, de alguna construcción, que el dueño haga suyo lo plantado sin pagar indemnización alguna, entre otras posibilidades.

En el caso de que el derecho se ha constituido a título gratuito le serían aplicables supletoriamente las reglas previstas para la donación (artículo 1543) en el caso de que fuera a título oneroso se le aplicarían supletoriamente las reglas de la compraventa (artículo 1124 inciso a).

9.5.1. Prohibición de la usucapión:

El mismo artículo expresamente establece que tal derecho no puede adquirirse por usucapión. Sea que estemos ante un supuesto de un derecho de forestar, derecho sobre una plantación existente o de una construcción, resulta claro que si no existe la constitución de un derecho de superficie, todo lo que se plante o construye sobre el terreno o edificio ajeno, corresponderá al propietario de la superficie, por aplicación del principio de accesión.

Además, la prescripción larga para adquirir el derecho de superficie sería ilógico ya que, si nada se construyó, nada se plantó, no existirían actos posesorios posibles que me permitan prescribir. Si nos referimos a la propiedad superficiaria sería también absurdo que se quiere adquirir por

prescripción larga un derecho de superficie si con los mismos actos posesorios puedo adquirir el dominio, que es perpetuo y más completo.

9.5.2. Transmisión por causa de muerte:

El derecho de superficie puede ser constituido por disposiciones de última voluntad, por testamento y si fuese constituida por contrato si el superficiario muere, sus herederos ocuparían su lugar por ser un derecho transmisible por causa de muerte.

La normativa anterior, la ley 25509 de superficie forestal, en su artículo 5 limitaba la adquisición del derecho de superficie forestal mediante contrato oneroso o gratuito solamente por actos entre vivos.

El proyecto de código unificado de 1998 en su artículo 2026 establecía una redacción similar al articulado actual.

9.6. Plazo.

Artículo 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. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.”

Una de las características esenciales del derecho superficie es la temporalidad, es decir que está destinado a durar por un cierto tiempo que

será el que las partes establezcan en el acto constitutivo. El artículo establece dos plazos, para el caso de las construcciones el plazo no puede exceder de 70 años y si se trata de forestaciones y plantaciones no pueden exceder de los 50 años. Ambos plazos se cuentan desde la adquisición del derecho de superficie.

Por último, el artículo establece la posibilidad de prorrogar el plazo convenido convencionalmente por las partes, siempre que no excedan los plazos máximos.

A diferencia de otras legislaciones, el derecho de superficie regulado en nuestro derecho, ha de tener un plazo de existencia limitado en el tiempo y veda la posibilidad de la perpetuidad. Por eso la ley a fin de garantizar es de carácter temporal, establece plazos máximos para la constitución de dicho derecho.

La diferenciación en la consideración de los plazos, es decir 70 años para la construcción y 50 años para la plantación y forestaciones, obedece a la razón de los distintos tiempos de vida útil de amortización que tendrá para tales actividades. Responde a razones de economía y costo.

Por ejemplo, en el supuesto de una plantación, para que la misma sea cultivada, crezca, de frutos y demás, se necesita tiempo y a veces es imposible establecer cuánto. Además, los tiempos de la naturaleza no se

corresponden con los del hombre, ni mucho menos con intervalos fijos de tiempo.

Por eso la ley debe dar un amplio plazo dentro de las cuales pueda tener lugar dichos hechos sin ser presionado por el tiempo, mas allá de la facultad de las partes de establecer un término fijo.

También la consideración del plazo, responde a establecer el límite temporal dentro del cual el individuo podrá no solamente realizar las actividades objeto de tal derecho sino también obtener los beneficios de los mismos.

La ley de superficie forestal en su artículo 6 establecía un plazo máximo de 50 años para el ejercicio del derecho real de superficie y dicho plazo se correspondía con el tiempo de crecimiento de las especies.

Cuando el plazo pactado por las partes es superior al plazo máximo legal se deberá considerar constituido por el plazo máximo que admite la ley, pero no se anularía el contrato en sí mismo.

Parte de la doctrina considera que, aunque expresamente el artículo no lo diga, se podría dar la posibilidad de pactar la duración del derecho subordinada una condición resolutoria en lugar de establecer un plazo, en tanto no excedan los máximos legales.

9.7. Facultades del superficiario

Artículo 2120: “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 se dijo el derecho de superficie puede ser de desdoblado desde dos puntos de vista: el primero, que considera el derecho a construir o forestar, como derecho sobre la cosa ajena. En un segundo momento, tenemos el derecho sobre la propia superficie (sobre lo ya construido, forestado o plantado según sea el caso) como un derecho sobre la cosa propia, ósea la propiedad superficiaria.

Entonces el superficiario cuando ya ha nacido la propiedad separada (o sea cuando tiene el derecho a plantar, construir, forestar) o adquirida la ya existente (una vez que se realiza la construcción, plantación el superficiario hace suyo lo ya construido o lo plantado), en ambos casos el superficiario tiene el mismo derecho, que hubiese tenido su dueño. Incluso conserva la

facultad de disponer tanto material como jurídicamente de su derecho siempre que no turbe al propietario y siempre que se ha limitado al tiempo de duración del derecho.

El derecho de construir, plantar o forestar se lo caracteriza como el derecho de usar el inmueble ajeno, con un fin determinado. La doctrina considera que parece razonable sostener durante esta etapa el contenido del derecho real de superficie no puede tener la misma extensión que el que se ejerce sobre la obra ya terminada, por lo que cabrían las mismas limitaciones en cuanto al uso, que a los titulares de derechos desmembrados como el uso o el usufructo, en los cuales la facultad de usar y gozar está acotada no solamente por las disposiciones legales que rigen cada instituto sino también por los que las partes hubieran pactado en el acto constitutivo.

9.7.1. Facultad de constituir derechos reales de garantía. Derecho a constituir hipoteca.

Tal como expresamente nos dice el artículo el superficiario tiene la facultad para constituir derechos reales de garantía.

En este punto también habría que distinguir las dos fases del derecho de superficie, primero el derecho a construir y forestar, o sea el derecho sobre el inmueble ajeno.

Este caso es plenamente válido constituir una hipoteca sobre el derecho que tiene el superficiario dado que la solución legal del artículo, resulta válida si

tenemos en cuenta que el artículo 2206 entre los legitimados para constituir hipoteca incluye el titular del derecho superficiario.

En un segundo momento, una vez efectuada la construcción o plantación o si ya el derecho se constituye sobre una edificación o plantación existente, el superficiario puede válidamente constituir hipoteca sobre el inmueble objeto de su derecho que ya le es cosa propia. Estamos ante la presencia de propiedad superficiaria.

Cuando la hipoteca se ha constituido sobre el derecho a construir, forestar o plantar y posteriormente esa plantación, construcción o forestación, se realizan sobre el inmueble ajeno (pasa entonces a formar parte de la propiedad superficiaria del titular del derecho) operaría un supuesto de subrogación real por transformación automática del derecho de plantar o construir en derecho sobre lo plantado, edificado (conforme artículo 2194)

En cuanto al plazo por el cual se debería constituir la hipoteca, se entiende que la misma no podría convenirse por un plazo mayor al que se hubiere estipulado en el contrato de superficie o más allá del plazo legal establecido en el artículo 2117. A su vez si se pactara en el acto constitutivo la prohibición de hipotecar, cabe entender que esta cláusula no sería eficaz (artículo 1972).

La anterior ley 25509 de superficie forestal, dado que los bosques, montes que constituyan el objeto de este derecho son inmuebles por naturaleza, a

pesar del silencio legal cabe aceptar la posibilidad de la existencia de derechos reales de garantía.

9.7.2. 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, el superficiario puede afectar dichas construcciones al régimen de propiedad horizontal.

El artículo nos dice que no puede constituir con la separación del terreno porque éste 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. Por otro lado, el suelo donde se asienta esa edificación va a seguir perteneciendo al dueño del terreno.

Por lo tanto, constituye una excepción 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.

Continúa diciendo el artículo que el superficiario puede transmitir y gravar como inmuebles independientes, las viviendas locales y otras unidades privativas, limitado por el plazo de duración del derecho de superficie y sin necesidad del consentimiento del propietario.

Como ya se ha dicho la legislación le da un amplio margen a la autonomía de voluntad de las partes para que puedan pactar lo que consideren conveniente a sus intereses.

Por lo tanto, es posible que las partes pacten en el acto constitutivo que el superficiario deba afectar las construcciones, una vez realizadas, o si se constituye el derecho sobre construcciones ya existentes, al régimen de propiedad horizontal. También existe 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.

También 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 de 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 valorizaría 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.

9.8. Facultades del propietario.

Artículo 2121: “el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.”

En este caso hablamos del propietario del suelo, quién antes de la constitución del derecho de superficie tenía un derecho de dominio pleno y perpetuo; pero que luego de la constitución de este derecho es titular de un dominio imperfecto. El propietario conserva sus facultades sin que con su accionar pueda afectar, perturbar o restringir al superficiario en el ejercicio de su derecho.

Como contrapartida, el propietario también tiene derecho a que el superficiario respete las facultades que le han sido otorgadas por ley o convencionalmente.

Pese a las limitaciones que al propietario se le presentan por haber constituido un derecho real de superficie, la ley determina que el mismo sigue teniendo la disposición material y jurídica que le corresponde a su derecho, ósea pueden enajenar su derecho, afectarlo con usufructo, uso, servidumbre. Todo ello, siempre y cuando no interfiera con las facultades y el derecho del superficiario, ya que materialmente pueden resultar en inconveniente para su ejercicio.

Sobre ello se refiere la parte final del artículo cuando establece: “*siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario*”.

En caso de ser turbado en su ejercicio por una conducta, acto o acción por parte del propietario, el superficiario podrá recurrir al auxilio de las acciones posesorias incluso las reales. La misma facultad le corresponde al propietario del suelo para el caso de que fuera el superficiario quien entorpezca el ejercicio de tal derecho.

En cuanto a la posibilidad de constitución de derechos reales de garantía, la misma es posible siempre que no entorpezcan lo que es el ejercicio de la posesión, como tampoco el derecho del superficiario. En este caso sería válida la constitución de hipoteca, más no la anticresis porque se estaría afectando el ejercicio de la posesión por parte de superficiario.

Este artículo tiene su antecedente directo en el proyecto de código unificado de 1998 en el artículo 2020.

En la ley 25.509 el artículo 4 establecía importantes restricciones al dueño del inmueble sobre el que se constituye el derecho de superficie, ya que establecía que el propietario no podía constituir sobre el inmueble ningún derecho real de disfrute o de garantías durante la vigencia del contrato, más allá de que obviamente tampoco podría perturbar los derechos del superficiario como lo establece el actual artículo del código civil y comercial.

También establecía la facultad del superficiario de ejercer las distintas acciones para exigir el cese de la turbación.

Obviamente la limitación en cuanto a la posibilidad de constituir derechos reales de garantía, fue arduamente criticada por la doctrina ya que la consideraba irracional porque no encontraron un sustento válido para tal prohibición. Decían que esta prohibición tendrá como efecto que el propietario exija un canon elevado el superficiario para poder obtener medios de financiamiento, cuestión que hubiese obtenido a través de la constitución de hipoteca.

Además, la constitución de un derecho real de garantía, en principio no afectarían los derechos del superficiario.

9.9. Subsistencia y transmisión de las obligaciones.

Artículo 2123: “*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.”

Por un lado, la transmisión del derecho implica que se transmiten las obligaciones a cargo del superficiario al cesionario o adquirente.

Si las obligaciones que son accesorias de un derecho real sólo afecta al que les haya acordado y a sus herederos, partiendo del principio de que no hay obligaciones que sigan a los derechos reales, este artículo dispone lo contrario y le imponen al sucesor particular adquirente, las obligaciones que el superficiario haya asumido en el contrato.

Si el derecho de superficie estuviese gravado con garantía, se requiere la conformidad del acreedor para liberar al cedente, en caso contrario el cesionario será deudor subsidiario. (Artículo 1632 y siguientes).

En el segundo párrafo, la norma establece que la renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales. El mismo seguirá siendo titular de dichas obligaciones, hasta la expiración del plazo (legal o convencional), o en su caso por extinción por alguna otra causal no enumerada en este párrafo.

9.10. Extinción.

Artículo 2124: “*el derecho de construir, plantar, forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante 10 años, para el derecho de construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.*”

La ley 25509 establecía las mismas causales de extinción, con la diferencia en cuanto al supuesto de extinción por el no uso que establecía un plazo de 3 años.

En forma similar al articulado actual los regulaba el proyecto de código unificado de 1998 en su artículo 2021 y 2022.

9.10.1. Renuncia:

En el código se descarta la renuncia tácita. En cuanto a la formalidad del acto de renuncia, debe realizarse por escritura pública conforme a lo requerido por el artículo 1017 inciso a) que dispone: *debe ser otorgado por escritura pública:*

a) *Los contratos que tienen por objeto la adquisición modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles.*

Además, en este caso existe la exigencia de que debe inscribirse en el registro de la propiedad inmueble.

Hay que tener en cuenta que conforme al artículo 2123, la renuncia del derecho por el superficiario no lo liberan de sus obligaciones sean legales o contractuales.

Si la renuncia causa algún tipo de perjuicio de los acreedores, estos podrán ejercer la acción de fraude (artículo 338. Declaración de inoponibilidad) o si el acto esconde una simulación con el único fin de perjudicar a los terceros podrá declararse la nulidad del acto. (Artículo 333 y siguientes del código civil y comercial).

9.10.2. Vencimiento del plazo contractual:

La extinción opera por el simple transcurso del plazo por el que se haya convenido el derecho real en el contrato. En el caso de falta de estipulación del plazo en el acto constitutivo, el vencimiento operara cuando se hubiese llegado al máximo plazo legal (el artículo 2117 establece un plazo máximo de 50 o 70 años según sea el caso).

Vencido el plazo el dominio se perfeccionan a favor del propietario y el superficiario deberá restituir el inmueble que estaba afectado al derecho de superficie. En el caso de que no lo haga; el propietario podrá ejercer la acción de desalojo.

9.10.3. Cumplimiento de una condición resolutoria:

Cuando tiene lugar la condición el derecho de superficie se extingue, debiendo el superficiario restituir el inmueble al propietario.

En el caso de que el superficiario no acepte que sea cumplida la condición resolutoria, o no haya acuerdo de si la misma ha tenido lugar o no, las partes deberán solicitar su reconocimiento judicialmente. La sentencia tendrá efecto retroactivo al día de su presentación.

Si hubieren transcurrido 50 o 70 años (plazo máximo legales) según sea el caso, y la condición no hubiese tenido lugar o no se cumplió, se debe tenerse por extinguido el derecho de superficie por haberse alcanzado el plazo máximo legal de duración.

9.10.4. Consolidación:

Se produce la extinción del derecho de superficie por consolidación cuando la calidad del dueño del suelo y de propietario de la superficie, se confunden en una misma persona, sea por sucesión, por resolución del contrato o ejercicio del derecho de tanteo.

En esta casual quedan comprendido todas las alternativas posibles: que la consolidación ocurra en cabeza el nuevo propietario, del superficiario o de un tercero.

Producida la extinción por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario de la superficie continuarán con el mismo alcance y efectos. Los gravámenes reales o personales constituidos tanto por el propietario o como

por el superficiario subsistirán con el mismo alcance, como si el derecho de superficie no se hubiese extinguido, y continuarán gravando separadamente cada una de las propiedades hasta el transcurso del plazo por el que dure el derecho superficie.

9.10.5. No uso:

A diferencia del supuesto del vencimiento, donde la extinción opera automáticamente al sólo vencimiento del plazo pactado, en el caso del no uso habrá que demandarla y en su caso probar los hechos que acrediten la inacción del titular del derecho de edificar, plantar o forestar para la configuración del supuesto.

La ley estableció un límite temporal a partir del cual se puede tener por configurado el supuesto del no uso, para que el mismo no se extienda hasta el infinito y deje entonces de cumplir con la finalidad económica y social que a la misma se le ha atribuido. Por eso el Código Civil y Comercial establece los plazos (10 años en para el derecho a construir y 5 años para el derecho de forestar o plantar).

Estos plazos no podrán ser alterados por convenio entre las partes, ya que en materia de derechos reales están en juego intereses que van más allá de lo meramente personales y prima el orden público. Si los plazos pudieran alterarse por las partes no tendría ningún sentido la norma y los inmuebles

se mantendrían improductivos por un plazo prolongado y tampoco tendría sentido la constitución del derecho mismo.

La doctrina también entiende que no podría pactarse lo contrario, ósea dejar de lado el supuesto de no uso como causal de extinción, ya que no solamente tenemos los fundamentos anteriormente dichos sino también el orden público en las normas que regulan los derechos reales.

El supuesto de no uso como causal de extinción, no sólo se dará por la inacción total del titular del derecho de forestar, plantar o edificar sino también cuando las obras realizadas se apartan de lo pactado en el acto de constitución, porque el superficiario tiene la facultad de uso, pero siempre conforme al fin tenido en cuenta por las partes.

El artículo 2123 nombra al desuso junto con las demás causa la extinción que no liberan al superficiario de sus obligaciones.

9.10.6. Desuso y abandono.

Se plantea como interrogante si estos dos vocablos empleados por los artículos, se emplean con un significado diferenciado o, por el contrario, si tienen un significado similar.

El artículo 2123 establece tanto que el desuso o abandono no lo liberan de sus obligaciones; el artículo siguiente, trata el no uso, por lo que el respectivo vocablo no se trataría de una causal autónoma de extinción.

Respecto al supuesto del abandono se plantea el interrogante de si el legislador lo utiliza como sinónimo de no uso, porque en tal caso el desuso y abandono sería un término equivalente y por lo tanto tampoco podrán constituir una causal autónoma de extinción.

10. Supuesto de la destrucción de la propiedad superficiaria.

Artículo 2122: “la propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de los construido, plantados o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres para plantar o forestar.”

El artículo 1907 establece que los derechos reales se extinguen por la destrucción total de la cosa, si la ley no autoriza su reconstrucción. Podemos considerar que es un supuesto de excepción, donde la ley autoriza superficiario, en un plazo determinado, a reconstruir o reforestar o establecer una nueva plantación dentro de los plazos indicados, sin extinguir el derecho real de superficie.

En el proyecto de 1998 estableció un plazo común de 10 años y la ley 25509 establece un plazo más reducido, que era el de 3 años. Actualmente el articulado establece un plazo diferenciado respecto a si se trate de construcciones o sí se trata de forestaciones o plantaciones.

Se considera que este artículo, es un régimen supletorio, estableciendo la posibilidad de las partes para realizar las distintas modificaciones. Cuando

la norma establece “excepto pacto en contrario” ha de entenderse que las partes pueden modificar el plazo, reduciéndolo para realizar la reconstrucción o reforestación, como también establecer como una causal de extinción del derecho, la destrucción de la propiedad superficiaria.

Algunos consideran que las partes no podrían pactar un plazo mayor para la reconstrucción reforestación, que el determinado legalmente, porque de esta manera permitiría mantener por mucho tiempo o en su caso indefinidamente, el fundo improductivo y no se cumpliría la finalidad económica-social de este instituto.

11. Extinción. Efectos.

Artículo 2125: “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 impuesto por el superficiario.

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.

Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.”

Operada la extinción del derecho de superficie, por cumplimiento del plazo legal o convencional, el principio de accesión recupera toda su virtualidad, y la propiedad queda unificada en cabeza del titular del suelo, haciendo suyo todo lo plantado, forestado o construido. El propietario del suelo recupera la plena propiedad, libre de todo derecho real o personal constituida por el superficiario y este asume la obligación de restituir el inmueble libre de toda carga.

Este efecto de la extinción del derecho produce consecuencias tanto entre las partes como con relación a los terceros.

El propietario recobra el dominio en su plenitud y le son inoponibles todos los actos de administración, disposición y derechos reales de garantía constituidos por el superficiario durante la vigencia del derecho. Los mismos quedan sin efectos al extinguirse el derecho de superficie sea por cumplimiento del plazo legal o convencional.

Si se extingue el derecho antes del vencimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie, continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

En este supuesto, los titulares de derechos reales sobre la superficie podrán hacer valer sus derechos, si existe hipoteca podrán ejecutarla como si no se

hubiese consolidado el derecho de propiedad y el adquirente explotara la superficie hasta el vencimiento del plazo.

Lo mismo podría ocurrir con cualquier otro que grave el derecho de superficie.

Si hubiese tenido lugar una renuncia anticipada por parte del superficiario, también podría intentarse las acciones de fraude cuando la misma ha tenido la intención de perjudicar a los acreedores o en su caso si se tratase de un acto simulado intentar la nulidad de tal acción.

En caso de quiebra se hace a solicitud del síndico, de un acreedor se podrán ejercer las acciones del artículo 118 y 119 de la ley de concursos y quiebras, que concede la acción revocatoria concursal para declarar la inoponibilidad de tales actos.

12. Indemnización al superficiario.

Artículo 2126: “Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar el 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.”

El fundamento de la norma al establecer la indemnización a favor del superficiario, es tratar de evitar un enriquecimiento injustificado del dueño del suelo o de la construcción que le sirvió de soporte ya que al extinguirse el derecho de superficie se perfecciona el dominio en su cabeza y pasa a ser propietario de todo lo construido, plantado o forestado por el superficiario sin hacer ningún tipo de desembolso de dinero. Por la cual se considera que se vería beneficiado por las mejoras producidas en el inmueble, por ejemplo, en el caso de las construcciones o algún tipo de mejora sobre el inmueble, que si subsisten aumentan el valor del mismo.

Igualmente, la ley dejó librado a las partes la posibilidad en el uso de sus facultades de pactar lo contrario, es decir estableciendo que no habrá indemnización a la finalización del derecho o bien estipular algún otro tipo de retribución para el superficiario.

En igual sentido las partes son libres para fijar la indemnización sea en el acto constitutivo o posteriormente. Como así también elegir cual será el objeto de la indemnización, si la misma tiene lugar.

Con relación al monto de la indemnización, la regla de que las partes convengan libremente la indemnización, sea que lo hagan en el contrato de superficie o con posterioridad, como también la posibilidad de eximir del pago de una indemnización o bien estipular algún otro tipo de retribución a superficiario.

Para el caso de que las partes no hubieren hecho ninguna previsión, la norma fija parámetros objetivos destinados a valorar la indemnización. La misma establece que se cuantifican los valores incorporados por el superficiario durante los dos últimos años y de ahí se deduce la amortización, en alguna medida intenta reflejar el mayor valor aportado al inmueble y que beneficia al propietario del suelo.

En el caso de que las partes no puedan ponerse de acuerdo en cuanto al monto de la indemnización o hubiera algún tipo de imposibilidad en la fijación, deberá ser establecido judicialmente.

La ley 25509 en el artículo 11 establecía que una vez que se extingue el derecho de superficie se debe indemnizar el superficiario salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento.

El proyecto del 98 lo regulo en su artículo 2023 estableciendo que, extinguido el derecho superficie el titular debe indemnizar el superficiario en la medida del enriquecimiento.

La doctrina había dicho al respecto que al fijar esta fórmula el artículo, podía ser una fuente de conflictos de difícil solución, por eso elogiaban la fórmula introducida en el actual artículo 2126 del código civil y comercial.

13. Normas subsidiarias.

El código prevé en sus dos artículos finales la remisión a dos institutos, para el caso que una situación no esté prevista específicamente en la legislación

o que no haya sido reglamentado convencionalmente por las partes en el respectivo acto constitutivo.

En primer lugar, se aplican la normativa del derecho de superficie; en segundo lugar y en lo que esté permitido prevalecerá lo pactado por las partes y por último en aquello que no esté previsto o regulado legal o convencionalmente, el código nos remite a la normativa que será de aplicación subsidiaria.

Artículo 2127. Normas aplicables al derecho de superficie.

“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.”

Recordemos que en el derecho de superficie debemos visualizar los dos planos que presenta esta figura: en una primera etapa el titular del dominio del terreno concede a una persona sea humana o jurídica la facultad de edificar, forestar o plantar en su inmueble. En esta etapa el titular del derecho de superficie adquiere un derecho sobre cosa ajena. En tanto que el dominio vacuo conservado por el titular del terreno, el superficiario accede a su dominio útil.

Por eso dado la similitud con el derecho de usufructo el artículo 2127 declara aplicable supletoriamente las normas relativas a este instituto.

Normas aplicables a la propiedad superficiaria.

Artículo 2128: “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.”

En esta segunda etapa el superficiario adquiere la propiedad de lo ya plantado, forestado o construido, por eso el artículo habla de propiedad superficiaria.

Tanto el titular del suelo como el superficiario ostentan un dominio imperfecto. El propietario del suelo porque lo ha desmembrado el superficiario por ser un dominio temporal y por lo tanto revocable (condicionado al plazo de duración convenido por las partes o en su defecto el establecido legalmente).

Por eso el artículo 2128 aplica supletoriamente las normas del dominio revocable a la propiedad superficiaria.

Conclusión:

Las sociedades evolucionan y cambian, al igual que sus necesidades e intereses y el derecho debe ir acompañando cada cambio y reglamentarlo para asegurar no solamente el bienestar de los ciudadanos sino también la protección de los mismos.

Debe asegurar un espacio de libertad a los ciudadanos y procurarles herramientas eficaces para obtener beneficios, y esto es lo que de alguna manera ha hecho el legislador nacional.

Este derecho se presenta como un instrumento valioso para alcanzar fines socio-económicos en procura del interés general. Permite abrir y redescubrir un nuevo concepto de propiedad, dejando de lado ese aspecto individualista que siempre tuvo en nuestra legislación y abrir camino a su faz dinámica y permitir a cada titular el máximo goce de sus derechos.

Si bien se trata de una figura desconocida en la legislación argentina y por tanto su utilización ha ido nula, su recepción en la legislación civil es un impulso para su uso y aprovechar al máximo las potencialidades de las propiedades.

Se presenta como una posible fuente de financiamiento, para emprendimientos o para aquellas actividades en que el propietario del inmueble, en vez de mantenerlo improductivo desde de alguna u otra manera a tener este derecho tenerlo como una posibilidad para la producción

de algún tipo de renta. Como fuente de financiamiento toda vez que en vez de tener que adquirir la propiedad de un inmueble, cuyos valores son elevados, mediante la constitución de este derecho puedo obtenerlo, evitando realizar grandes gastos.

Es un instituto que permite el aprovechamiento productivo de la tierra que por alguna razón se mantiene improductivo, permitiendo que otra persona, sea humana o jurídica, realice alguna actividad productiva y/o lucrativa, en dicha tierra y que a su vez también se beneficiara al propietario, por que aumentara el valor de los inmuebles. Además, en última instancia cuando se extinga el derecho de superficie todo lo plantado, construido o forestado, pasara a ser de su propiedad.

Muchos emprendimientos económicos, como diferentes actividades productivas necesitan de grandes inversiones de dinero o algún medio de financiación, que generalmente no son fáciles de obtener, entonces este derecho proporciona una buena herramienta mediante la cual se asegura un fundo o una construcción según sea el caso, para poder empezar ciertas actividades, reduciendo los costos. Recordemos también que al propietario también se le asegura algún beneficio sea que luego de extinguido el derecho, todo lo que haya sobre el suelo pasa a formar parte de su propiedad, se aumente el valor de su propiedad o se le asegure alguna renta.

También es un beneficio para aquellos inversores, personas de negocios que lo único que quieren es realizar algún tipo de negocio temporario y que no le interesa posteriormente adquirir la propiedad, por ejemplo, de lo construido o lo plantado. También al terminar el ciclo económico que ha de tener las actividades, poder abaratar costos en cuanto a la destrucción de lo edificado o elaborado, por ejemplo, una instalación, dándoselo al dueño del suelo.

Asimismo, es una ventaja para aquellos negocios eventuales o que no duran mucho tiempo lo cual le abarataría el costo de tener que destruir o desmantelar lo que se ha realizado.

También se trata de un derecho dinámico y que presenta grandes posibilidades de negociación para los particulares. Es un instituto que deja un amplio margen a la libertad de las partes para que pacten lo que consideren conveniente a su interés. Son ellos quienes deciden llevar adelante una actividad, por lo tanto, serán ellos quienes mejor conozcan las posibilidades y el beneficio que esperan del mismo.

Es un derecho amplio que permite la realización de distintas actividades, forestación plantación y edificación. Resulta beneficioso para los planes de urbanización, la construcción de viviendas para las edificaciones como así también permite a los ciudadanos gozar de los beneficios del régimen de la propiedad horizontal.

Más allá de las palabras que se puedan escribir y de las descripciones que se puedan realizar siempre serán las partes quienes, al momento de emprender algún tipo de actividades, analizaran cuáles serán las herramientas que deban utilizar para alcanzar sus objetivos.

Bibliografía:

- CAUSSE, Federico- PETTIS, Christian R., “Incidencias del código civil y comercial. Derechos reales”. Tomo 8. Alberto J. Bueres, dirección. Hammurabi, José Luis DEPALMA, EDITOR. 2015.
- CORNA, Pablo Maria, FOSSACECA, Carlos Alberto, “Comentario al derecho de superficie en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”.2015.
- KIPER, Claudio Marcelo, “Manual de derechos reales. Código civil y comercial de la nación” RUBINZAL-CULZONI EDITORES. 2016.
- LORENZETTI, Ricardo Luis, “Código civil y comercial de la nación comentado”. Tomo IX. RUBINZAL- CULZONI EDITORES. 2015.
- MARIANI DE VIDAL, Marina, “Curso de derechos reales”, tomo 1, 2,3. Editorial Zabalía.
- RIVERA, Julio Cesar, MEDINA, Graciela, “Código civil y comercial comentado”, Tomo V. 2015.

