

Aciertos y sombras en la regulación normativa del derecho real de superficie

por CARLOS ALBERTO FOSSACECA*

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. NATURALEZA DUAL. – III. EMPLAZAMIENTO LEGISLATIVO. – IV. INCORPORACIÓN LEGISLATIVA DE LA SUPERFICIE EDILICIA. – V. EXTENSIÓN DEL DERECHO REAL. – VI. TEMPORALIDAD. – VII. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR DIVERSAS SUPERFICIES EN UN MISMO INMUEBLE. – VIII. SUPERFICIE Y UNIDAD FUNCIONAL. – IX. CONSTITUCIÓN DE LA SUPERFICIE POR TESTAMENTO. – X. PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LARGA. – XI. PACTO DE NO TRANSMITIR EL DERECHO DE SUPERFICIE. – XII. CONVENIENCIA DE LA INCORPORACIÓN DEL DERECHO DE TANTEO. – XIII. POSIBILIDAD DE CONSTITUIR UN PACTO COMISORIO. – XIV. FOMENTO DEL EMPLEO DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL. – XV. POSIBILIDAD DE CONSTITUCIÓN DE DERECHOS REALES DE GARANTÍA POR PARTE DEL SUPERFICIARIO. – XVI. INAPLICABILIDAD DE LA CAUSAL DE NO USO A LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA. – XVII. EXTINGUIDO EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE, SALVO EL SUPUESTO DE CONSOLIDACIÓN, NO SE REQUIERE UNA TRADICIÓN POSTERIOR PARA READQUIRIR EL DOMINIO PLENO. – XVIII. MODIFICACIÓN DE LA FORMULARIA SUBSIDIARIA DE LA INDEMNIZACIÓN QUE BENEFICIA AL SUPERFICIARIO. – XIX. CONVENIENCIA DE LA REFORMULACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 2127 Y 2128, CCC. – XX. CONCLUSIONES. – XXI. BIBLIOGRAFÍA.

I. Introducción

El derecho real de superficie, de tan fecunda vigencia en la Edad Media, resultó prohibido por nuestro *Código* argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield, a través de la redacción del artículo 2614 del Código Civil. Tal tesitura negativa del ilustre codificador condice con su postura en materia de propiedad horizontal.

La ley 25.509, sancionada en el año 2001, junto con la ley 26.331 de Bosques de 2007, concibieron la existencia del derecho real de superficie forestal; es decir, el legislador argentino quiso fomentar la silvicultura.

Años más tarde, el Código Civil y Comercial de la Nación (“CCCN”) creó el nuevo derecho real de superficie que abarca diferentes notas que lo hacen distintivo, las cuales estudiaremos a continuación. Desde ya aplaudimos la incorporación de su modalidad edilicia.

No podemos soslayar la importancia de la labor del doctrinario Jorge Horacio Alterini en la recepción del

mentado derecho real⁽¹⁾. En este aspecto, siguió el camino trazado por su maestro, Guillermo Allende⁽²⁾.

II. Naturaleza dual

Presenta una esencia mixta:

Por un lado, es un derecho real sobre cosa ajena. La edificación, plantación o forestación que se lleve a cabo se realiza sobre un terreno ajeno y se incorpora al patrimonio de su titular.

Por el otro, se trata de un derecho real sobre cosa propia. Tal es lo que se conoce como propiedad superficiaria, una especie similar al dominio resoluble o revocable.

Un ordenamiento jurídico óptimo debe distinguir entre tales aspectos, tal como lo hace el artículo 1888 del Código Civil y Comercial.

III. Emplazamiento legislativo

La ubicación del derecho de superficie dentro del Título VII del Libro Cuarto resulta ser la adecuada.

Los títulos previos disciplinan los derechos reales sobre cosa propia o parcialmente propia; los subsiguientes, sobre cosa ajena.

También es digno de mención que goce de su propia regulación obedeciendo a la circunstancia de que se trata de un derecho real autónomo.

IV. Incorporación legislativa de la superficie edilicia

Consiste en una importante innovación, objeto de encomio. La ley 25.509 se circunscribió a la forestal⁽³⁾.

La razón de la aseveración resulta ser simple: produce el abaratamiento de la construcción.

Desde la perspectiva del dueño del suelo significa la adquisición de la construcción realizada una vez extinguido el derecho real de superficie.

La inversión recae sobre el superficiario, generalmente la empresa constructora. Resulta ser menor que la tradicional dado que no tiene que ocuparse de satisfacer el valor de venta del terreno de acuerdo a las fluctuaciones del mercado.

Igual reflexión debe hacerse con los eventuales adquirentes de las unidades funcionales de la edificación sujeta a superficie: el precio de la compraventa de ellas dependerá del plazo resolutorio del derecho real en cuestión.

Lo aseverado se verifica dado que el derecho de superficie constituye un modo idóneo para proceder a la reconstrucción de ciudades desbastadas: tal como ocurrió con Alemania después de la Segunda Guerra Mundial.

V. Extensión del derecho real

Vincular este punto con la utilidad que obtiene el superficiario se torna muy conveniente. Se evita de esta forma duplicar los derechos reales de manera innecesaria.

Es dable recordar en este punto que el legislador no fomenta la proliferación de derechos reales sobre cosa ajena.

VI. Temporalidad

Los plazos máximos de 50 años para la superficie forestal y de 70 años para la edilicia previstos en el artículo 2117, CCC, resultan ser adecuados. Permite aprovechar los beneficios que se pueden obtener de este derecho real,

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *EL DERECHO: Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de reformas*, por NELSON G. A. COSSARI, ED, 204-887; *Derechos reales: propiedad horizontal. Crédito por expensas comunes: algunas reflexiones sobre las particularidades que reviste el proceso ejecutivo hoy*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 252-871; *Destrucción o retiro de construcciones antirreglamentarias en la propiedad horizontal*, por MARCO A. RUFINO, ED, 254-155; *La propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 256-832; *Nuevos aspectos del derecho real de propiedad horizontal en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)*, por MARCELA ADRIANA PENNA y MIRIAM SMAYEVSKY, ED, 262-768; *Derechos reales: publicidad posesoria y publicidad registral. Relaciones. ¿Qué hay de nuevo antiguo?*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 267-953; *Definición y caracteres de los derechos reales en el Código Civil y Comercial*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 270-603; *Derechos reales: publicidad registral. Algunos interrogantes respecto a cuestiones de forma y fondo, el Código Civil y Comercial y la ley 17.801*, por H. DOMINGO C. CURA GRASSI, ED, 272-791; *La subjetividad de la persona jurídica consorcio*, por LUIS ALBERTO VALENTE, ED, 275-641; *La propiedad horizontal especial en las XXVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, por JUAN JOSÉ GUARDIOLA y MARCELO EDUARDO URBANEJA, ED, 275-630; *Un cambio necesario en el régimen de la propiedad horizontal*, por EDUARDO AUGUSTO ROSSEN, ED, 276-488; *Evolución normativa del sistema de propiedad horizontal. Nuevo ordenamiento legal y perspectivas futuras*, por MARCELO OSCAR VUOTTO, ED, 288-1074; *Sobre elevación (dentro y fuera de la propiedad horizontal) y Derecho Real de Superficie*, por NELSON G. A. COSSARI y LEANDRO R. N. COSSARI, ED, 290-704; *Sobre la condición jurídica de los balcones y su incidencia en el régimen de responsabilidad civil*, por SEBASTIÁN E. SABENE, ED, 294-526; *El derecho de superficie frente a la situación legal de ciertos voladizos*, por JORGE RAÚL CAUSSE, ED, 302-1024; *El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis*, por EMILIANO C. LAMANNA GUIÑAZÚ, CARLOS A. FOSSACECA y PILAR MOREYRA, ED, 306. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA), también Especialista en Derecho de Daños (UCA) y Profesor de la Pontificia Universidad Católica Argentina (UCA) en las asignaturas “Derecho de las Obligaciones” y “Derecho de Daños”. Email: fossaceca@uca.edu.ar.

(1) El profesor Jorge Horacio Alterini encabezó la delegación argentina que concurrió al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, evento acaecido en Madrid en octubre de 1984. Aprovechamos la ocasión de recordar, también, la figura del profesor Pablo María Corna, miembro de la citada delegación, con quien compartimos muchas charlas sobre la materia.

(2) El profesor Guillermo Allende sorprendió a la doctrina con la ponderación positiva de los derechos reales prohibidos por el artículo 2614 del Código Civil. Incluso propició un proyecto de ley de enfiteusis. Véase Allende, G.L. “Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil” (Buenos Aires, Abeledo Perrot: 1964).

(3) Se evita el empleo de la terminología “modalidades” del artículo 2115, pues ellas en propiedad versan sobre la condición, plazo y cargo.

respetando la tradición jurídica argentina de rechazar la perpetuidad de los gravámenes reales.

La posibilidad de renovación impide predicar la conveniencia de establecer legislativamente lapsos temporales más amplios. Sin embargo, aquella debe ser expresa.

En caso de constituirse un período mayor al permitido, debe considerarse que su duración se limite a 50 o 70 años, según sea el caso. Se aplica el mecanismo de saneamiento conocido como adecuación temporal⁽⁴⁾.

No es conveniente fijar plazos mínimos. El dueño del terreno y el superficiario son los mejores jueces en este punto.

El plazo debería computarse *de lege ferenda* desde la constitución del título, pues se torna una circunstancia común tanto para el propietario del suelo como para terceros, salvaguardando para estos últimos la oponibilidad del derecho real si se encuentra debidamente inscripto.

VII. Posibilidad de constituir diversas superficies en un mismo inmueble

Ha sido prudente que el legislador establezca la posibilidad de conformar distintos superficies sobre partes determinados del inmueble. De esta manera, se despejan las dudas que puedan suscitarse.

También posibilita que se constituya un derecho de superficie sobre una parte material del bien y otros derechos reales sobre cosa ajena en otras.

VIII. Superficie y unidad funcional

Es posible constituir desde el punto de vista doctrinal el mentado derecho real sobre una unidad funcional. Sin embargo, en la práctica, se torna difícil que acaezca.

IX. Constitución de la superficie por testamento

Si bien el artículo 2119 hace referencia a la transmisión por el fallecimiento del superficiario, deben aplicarse los principios generales. Los fundamentos construidos alrededor de la ley 25.509, especialmente su artículo 8, de la tesis contraria han desaparecido. Igualmente, hubiera resultado más prolijo consignarlo de manera expresa.

X. Prescripción adquisitiva larga

El artículo 2119, CCC, veda la posibilidad de recurrir a este medio originario de adquisición del derecho real. No se concibe razón de importancia para su interdicción si es permitido para los demás derechos reales de disfrute, como el supuesto de usufructo.

Se aconseja *de lege ferenda* su derogación.

XI. Pacto de no transmitir el derecho de superficie

Aunque el Código Civil y Comercial nada establezca al respecto, predicamos que tal prohibición se torna un supuesto de nulidad absoluta. La cesión del mentado derecho real constituye una nota arquetípica de su esencia, más aún si no se ha receptado legislativamente un derecho de tanteo.

XII. Conveniencia de la incorporación del derecho de tanteo

Ello fomentaría que se consolidara el dominio en cabeza de una persona. También, se evitaría la existencia prolongada de los derechos reales sobre cosa ajena.

Se recomienda *de lege ferenda* su incorporación.

XIII. Posibilidad de constituir un pacto comisorio

La tesis afirmativa se impone obedeciendo a la circunstancia que la condición resolutoria resulta ser una causal válida de extinción (art. 2124). Comparten similares razones de admisibilidad.

XIV. Fomento del empleo del derecho de superficie y de la propiedad horizontal

El primero de ellos permite la construcción de un edificio o adicionar nuevos pisos a los ya erigidos.

El segundo de los nombrados posibilita que mayor número de personas accedan a una vivienda propia.

Se torna recomendable que las legislaturas locales auspicien el empleo de sendos derechos reales, tal como

acaee en la ley 6.639 en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Incluso, es dable admitir constituir el derecho de superficie sobre el espacio aéreo de un edificio sujeto al régimen de propiedad horizontal si todos los consorcistas de manera unánime dan su consentimiento.

También ofrece beneficios la combinación apuntada: una vez vencido el derecho real de superficie, quedaría subsistente el estado de propiedad horizontal⁽⁵⁾.

XV. Posibilidad de constitución de derechos reales de garantía por parte del superficiario

Se torna digno de elogio que el artículo 2120 permita conformar tales tipos de derechos reales tanto en el derecho de edificar, plantar y forestar como en la propiedad superficiaria. Se logra con ello vías de acceso a la financiación.

Es decir, es dable constituir el derecho real de hipoteca como el de anticresis. El primero desempeñará mejor su rol en cuanto grave el derecho real sobre cosa ajena, mientras que el segundo, sobre cosa propia.

¿Se extiende la hipoteca de lo edificado, plantado o forestado a la propiedad superficiaria? La respuesta amplia se impone a tenor de la extensión amplia que recoge el artículo 2192⁽⁶⁾.

XVI. Inaplicabilidad de la causal de no uso a la propiedad superficiaria

No cabe admitir la aplicación analógica de la citada vía de extinción del artículo 2124 a este tipo de dominio resoluble o revocable. Se trata de un derecho propio mientras que la situación contemplada por el mentado precepto versa sobre la faz de disfrute y goce.

XVII. Extinguido el derecho real de superficie, salvo el supuesto de consolidación, no se requiere una tradición posterior para readquirir el dominio pleno

La regla consiste en que al finalizar este derecho real mixto su virtualidad opera de pleno derecho. Se torna menester su inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble para que proyecte su oponibilidad hacia terceros.

La solución de subsistencia de la propiedad superficiaria y del dominio del suelo en cuanto a los derechos reales y personales que los afectan en el caso de la consolidación resulta ser equitativa.

XVIII. Modificación de la formularia subsidiaria de la indemnización que beneficia al superficiario

El mecanismo de los valores subsistentes a los últimos dos años de vigencia del citado derecho real, que hace suyo el artículo 2126, se torna muy arbitrario y poco razonable. En muchos casos las grandes inversiones se llevan a cabo al comienzo del surgimiento del derecho real de superficie o en sus primeros años.

Se torna recomendable *de lege ferenda* receptar la aplicación del enriquecimiento sin causa, tal como lo sugiriese el artículo 2023 del Proyecto de Código Civil de 1998.

XIX. Conveniencia de la reformulación de los artículos 2127 y 2128, CCC

En cuanto al primero, no es apropiado que las normas supletorias del derecho de superficie en cuanto derecho real sobre cosa ajena se rijan por los preceptos que gobiernan las limitaciones del uso y goce del usufructo. No condice con una adecuada técnica legislativa que se apliquen sobre un derecho real de mayor extensión los artículos que conforman uno de menor extensión.

(5) Esta reflexión no es nuestra. Esta idea tan sagaz pertenece al eximio profesor Marcelo Eduardo Urbaneja, quien expusiera en este sentido en las Prejornadas de Derecho Civil, celebradas en la Universidad Católica Argentina, en mayo de 2024.

(6) **Artículo 2192 del Código Civil y Comercial:** "Extensión en cuanto al objeto. En la garantía quedan comprendidos todos los accesorios físicamente unidos a la cosa, las mejoras y las rentas debidas. Sin embargo, no están comprendidos en la garantía: a) los bienes físicamente unidos a la cosa que están gravados con prenda constituida antes que la hipoteca o son de propiedad de terceros, aunque su utilización por el deudor esté autorizada por un vínculo contractual; b) los bienes que posteriormente se unen físicamente a la cosa, si al tiempo de esa unión están gravados con prenda o son de propiedad de terceros, aun en las condiciones antes indicadas."

(4) Alterini, J. H.; Corna, P. M.; Angelani, E. B., y Vázquez, G. A., "Teoría general de las ineficacias" (La Ley, Buenos Aires, 2000), 68-71.

De lege ferenda se sugiere que se remita el apuntado aspecto a los lineamientos generales de los derechos reales.

En cuanto al segundo, resulta más sencillo disponer que la propiedad superficiaria sea gobernada por la disciplina del dominio resoluble o revocable en la medida en que tales preceptos sean compatibles. Su redacción actual se torna bastante confusa.

XX. Conclusiones

Hemos tratado de analizar de forma sucinta los aspectos positivos y negativos que ofrece la regulación jurídica del derecho real de superficie en el cuerpo de derecho común.

La ponderación en general resulta ser positiva, salvo en aquellos casos que se apartó de su antecedente inmediato, el Proyecto de Código Civil de 1998. Precisamente, el cuño de brillantez legislativa en el Título de Derechos Reales de este último obedece a la pluma del tanta veces mencionado, profesor Jorge Horacio Alterini.

XXI. Bibliografía

Allende, Guillermo Lorenzo, “Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil” (Buenos Aires, Abeledo Perrot: 1964).

Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio Ezequiel; Alterini, María Eugenia y Alterini, Francisco José, “Tratado de los Derechos Reales” (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Thomson Reuters: 2018).

Alterini, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Angelani, Elsa Beatriz y Vázquez, Gabriela Alejandra, “Teoría general de las ineficacias” (Buenos Aires, La Ley: 2000).

**VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
- DERECHOS REALES - DERECHO DE PROPIEDAD - DOMINIO - DERECHO REAL DE SUPERFICIE - DAÑOS Y PERJUICIOS - CONSTRUCCIONES - VOLADIZO - VIVIENDA - PROPIEDAD HORIZONTAL - PACTO COMISIRIO - PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA**