

# Derecho real de superficie. Observaciones a las normas de aplicación supletoria del derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación

por FABIÁN A. GUERRERO(\*)

**Sumario:** EL RENACIMIENTO DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEGISLACIÓN POSITIVA ARGENTINA. — RÉGIMEN DEL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN. — NORMAS DE APLICACIÓN SUPLETORIA. — DIFERENCIAS DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y EL USUFRUCTO. — CONCLUSIÓN. — BIBLIOGRAFÍA COMPLEMENTARIA.

## El renacimiento del derecho de superficie en la legislación positiva argentina

Hasta la entrada en vigencia del Código Civil derogado, el derecho real de superficie estuvo admitido en nuestro país, pero fue explícitamente descartado para el futuro por el artículo 2614 de ese Código, actitud de repulsa que subsistió hasta la sanción de la ley 25.509 —en 2001—, que lo autorizó únicamente en su manifestación agraria.

Así, en los primeros antecedentes de reforma al Código Civil de Vélez, la postura reacia a la superficie perduró —tanto en el Anteproyecto Bibiloni de 1926 como en el Proyecto de 1936—, más allá de la ponencia de Eduardo R. Elguera (partidario del reconocimiento por la legislación en el Segundo Congreso Nacional de Derecho Civil en Córdoba, en 1937); sin embargo, las autoridades del mismo desecharon tal postura y también se prolongó en el Anteproyecto de 1954.

Con el transcurso del tiempo, podemos afirmar que los estudios sobre el derecho de superficie en la doctrina jurídica argentina se reavivaron a través de una circunstancia inesperada, puesto que en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral de Madrid (llevado a cabo desde el 22 hasta el 26 de octubre de 1984), la delegación argentina se vio en la necesidad de emitir opinión desde la perspectiva registral, en relación con un instituto prohibido por el entonces vigente Código Civil.

Esta ponencia de la posición argentina tuvo repercusión en el ámbito nacional porque necesitó imaginar los grandes lineamientos para el supuesto de la eventual recepción que debía hacerse por ley, mereciendo destacar la labor que realizara el entonces coordinador de la delegación, Dr. Jorge Horacio Alterini.

A continuación, mencionaré como apartado principal de la presentación y su correspondencia con otros trabajos posteriores **las directivas que** tuvieron su culminación

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; *Sobreelevación (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](http://www.elderechodigital.com.ar).

(\*) Abogado y escribano (UNLP). Profesor adjunto de *Derecho Reales* (UCA).

con el dictado de la ley 25.509, denominada de superficie forestal y el Código Civil y Comercial (Ley 26.994).

a) Frente a la importancia que han adquirido distintas exteriorizaciones del derecho real de superficie, es conveniente que el legislador regule su régimen.

b) La configuración legal debe efectuarse, tanto para el ámbito de la administración pública como en las relaciones particulares, mediante normas contemplativas de una estructuración imperativa en los lineamientos fundamentales, sin desconocer la autorregulación de los intereses, con respeto ineludible de los aspectos de orden público del instituto.

c) En las manifestaciones superficiarias deben distinguirse las negociaciones separadas del suelo y lo construido sobre o debajo de él y el derecho de edificar; se enderezan a conformar modalidades de derechos reales sobre la cosa propia. El derecho de edificar nace como derecho real sobre un inmueble ajeno (ya el suelo, ya la construcción existente en él) y tiene como finalidad traducirse posteriormente en el derecho de propiedad de lo construido.

d) Si bien el derecho de propiedad sobre las construcciones debe perdurar por el tiempo que contemple cada legislación, es conveniente que el derecho real de edificar esté expuesto a extinguirse por el no uso durante el plazo que se establezca para no extender indefinidamente la desmembración del dominio del inmueble afectado.

e) Al extinguirse el derecho de propiedad sobre la construcción superficiaria, si fuera pertinente, el propietario del suelo debe afrontar las compensaciones al superficiario, por las obras que realizara y que subsistieran.

Las directivas indicadas a continuación fueron recogidas en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Córdoba, 1985) y declaradas de *lege ferenda*:

- 1) La conveniencia de regular el derecho de superficie.
- 2) El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial.
- 3) El derecho de edificar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno. Este derecho caducará si luego de transcurrido el plazo convenido, o en su defecto, el de cinco años de constituido, no se hubiere dado cumplimiento al objeto que originó el mismo.
- 4) El derecho de superficie constituye un derecho real autónomo que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado.
- 5) No existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad.
- 6) El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario.
- 7) El derecho de superficie solo podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años.
- 8) El derecho del superficiario no se extingue por la destrucción de las obras, manteniéndose a los efectos de reimplantarlas, sin que por ello se modifique el plazo originariamente establecido. Esta última facultad está sometida al plazo de caducidad previsto en el punto 3.
- 9) Pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones.
- 10) El superficiario podrá transmitir su derecho por actos entre vivos o mortis causa. Estará facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía.
- 11) Extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo se convierte en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario.
- 12) Debe otorgarse derecho de tanteo, tanto al concedente como al superficiario.
- 13) Al extinguirse el derecho de superficie por vencimiento del plazo, se extinguen los derechos reales de garantía, salvo subrogación real.
- 14) El derecho real de superficie debe ser inscripto a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados.

Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real, separado pero correlacionado con la inscripción dominial. Ese cambio en la mirada de la doctrina nacional tuvo un efecto reflejo en los proyectos de reforma del Código Civil en las postrimerías del siglo XX; así, el proyecto de 1987 agregó la superficie edilicia a continuación del dominio, el condominio y la propiedad horizontal; si bien ese intento legislativo no se convirtió en derecho vigente, sí fue tratado favorablemente por la doctrina nacional (pudiendo mencionar entre otros, los publicados por Américo Cornejo<sup>(1)</sup>, Aida Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón<sup>(2)</sup>).

El Proyecto de la Comisión Federal de 1993 propugnó la regulación de la superficie al igual que el de 1987 pero, en cuanto al derecho, solo fue diseñado con fines edilicios.

Mientras que el Proyecto de 1998 delineó al derecho de superficie de manera más extensa y detallada, se definió y ubicó al derecho de superficie a continuación de los derechos reales sobre cosa propia y previo a los derechos reales sobre objeto ajeno, las ideas fueron sintetizadas en los Fundamentos del Proyecto de 1998 y constituyó un antecedente relevante de la ley 25.509 sobre superficie forestal y también del Código Civil y Comercial.

### Régimen del Código Civil y Comercial de la Nación

A la vista del régimen que existe en el código vigente, podemos decir que el artículo 2114 define al derecho de superficie con algunas falencias respecto de la ley 25.509, que presenta dos planos: el primero, un derecho real sobre objeto ajeno (el derecho real de construir, plantar o forestar); el segundo, un derecho real sobre objeto propio (el derecho sobre lo construido, plantado o forestado, que se denomina propiedad superficiaria).

Al decir del autor italiano Messineo<sup>(3)</sup>, el derecho de edificar no es una propiedad superficiaria, sino que se trata de un poder autónomo y actual en el cual reside el germen de una futura propiedad superficiaria solamente cuando la construcción (o la obra) se haya hecho; así, con la construcción terminada, el concesionario adquiere un derecho de propiedad, mientras que antes (por el derecho de edificar) lo que tenía era un derecho real sobre cosa ajena. También podemos decir que es excepcional la superficie que se constituye a través de la enajenación de una construcción ya existente separadamente de la titularidad de su emplazamiento, afirmando que el derecho de superficie será desde su nacimiento un derecho real sobre objeto propio.

Esa dicotomía culmina en la normativa de los artículos 2127 y 2128 que regulan separadamente normas aplicables a una u otra manifestación de la superficie.

Si –como dijimos– en el plano del derecho real sobre objeto ajeno la superficie otorga a su titular las facultades de usar y gozar –junto con el derecho a construir, plantar o forestar– y también la facultad de disponibilidad jurídica, este tendrá la posibilidad de transmitir la superficie y constituir derechos reales de garantía sobre ella.

En el plano de la manifestación como derecho real sobre objeto propio, el titular cuenta con facultades más amplias. Puede usar, gozar y disponer material y jurídicamente de lo construido, plantado o forestado.

Es que los límites del derecho de superficie pueden provenir del título suficiente, del Código Civil y Comercial o de otras normas.

Según establece la norma del artículo 2115, se ponen de manifiesto los dos planos en los que la superficie puede desplegarse. Lo más probable es que la superficie nazca como un derecho real sobre objeto ajeno y que finalmente se configure como un derecho real sobre objeto propio. Existe la previsión legal de constituirse sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad, siendo el caso de un derecho real sobre objeto inequívocamente propio desde el inicio, coexistiendo dos titularidades reales distintos el derecho del superficiario y la propiedad separada del titular del suelo.

(1) Cornejo, Américo, "El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial", La Ley, 1987, pág. 1.200.

(2) Kemelmajer de Carlucci, Aida y Puerta de Chacón, Alicia, *Derecho real de superficie*, Astrea, Buenos Aires, 1989.

(3) Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1954, tomo III, pág. 421 y ss.

### Normas de aplicación supletoria

Para el derecho de construir, plantar o forestar, el artículo 2127 establece como aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo pactado al respecto en el acto constitutivo.

Como la norma regula exclusivamente las directivas del derecho de superficie en el derecho de construir, plantar o forestar en objeto ajeno, la directiva final –remisión a lo pactado por las partes– siempre será que no se vulneren los aspectos estatutarios del derecho real del superficiario. Es decir, que si nada se dijo en el título constitutivo sobre los límites dentro de los cuales deberá ejercerse el derecho de superficie en este plano, cabrá guiarse por los límites trazados para el derecho de usufructo. Límite significativo es el que impide al usufructuario –extendido al superficiario– la alteración de la sustancia del objeto.

En tanto las normas aplicables a la propiedad superficiaria, el artículo 2128 establece que al derecho de superficie ejercido sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles; esto es bastante persuasivo (el envío subsidiario a las normas del dominio revocable) en atención a que importa el derecho real más amplio luego del dominio y la propiedad superficiaria –por ser temporal– se asemeja al dominio revocable ceñido al objeto de cosas inmuebles porque solo sobre estas se pueden empujar las manifestaciones superficiarias.

Ahora bien, sobre la normativa de acudir a la limitación del usufructo como norma supletoria al derecho de superficie a construir, podríamos mencionar –entre otros– a Mariani de Vidal<sup>(4)</sup> y Kiper<sup>(5)</sup>, quien en su Tratado invoca un ejemplo en el cual, estando pendiente la construcción, el derecho recae sobre un inmueble ajeno.

En una posición diametralmente opuesta, nos encontramos a Gustavo González Acosta<sup>(6)</sup>, quien plantea que en el supuesto existe un dominio "vacuo" conservado por el titular, mientras que el superficiario tiene un dominio útil por no haber cosa en el sentido del artículo 1883 del Código Civil y Comercial.

De las características legales del usufructo resulta que se concede al usufructuario el uso y goce del "objeto sin alterar su substancia" y que pudo expresarse a través de la negación de la disposición material, uso y goce sin disposición material, con una utilización limitada a la destinación prefijada, pero no cabe duda de que hay alteración de la sustancia, si es una cosa y se la modifica en su materia, forma o destino.

### Diferencias derecho real de superficie y el usufructo

Entonces, ¿podemos hallar diferencias entre el derecho real de superficie y el de usufructo? ¿Y pueden utilizarse como norma supletoria al derecho de superficie los límites del Derecho real de Usufructo?

Podemos establecer las siguientes comparaciones:

1) El objeto del derecho de superficie estriba en un inmueble (artículo 2116) mientras que el usufructo puede recaer en una cosa no fungible, un derecho –solo en los casos en que la ley lo prevé–, una cosa fungible –cuando recaer sobre un conjunto de animales– o el todo o una parte indivisa de una herencia –cuando este derecho real de cuño clásico es de origen testamentario– (artículo 2130).

2) Las figuras del inventario (artículo 2137) y de la garantía suficiente (artículo 2139) de este último no se encuentran reproducidas en la normativa de la superficie.

3) El usufructo puede ser vitalicio para la persona física (artículos 2142 y 2152, inciso a), modalidad no concebible para la superficie (artículo 2117).

4) Le cabe a la persona jurídica la titularidad del derecho de superficie urbana durante setenta años (artículo 2117), en el otro, solo por un periodo máximo de cincuenta años (artículo 2152, inciso b).

5) El lapso de no uso como causal de extinción en el usufructo radica en los diez años (artículo 2152, inciso

(4) Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana, *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, Zavallia, Buenos Aires, 2016, tomo I, pág. 380.

(5) Kiper, Claudio, *Tratado de derechos reales*, Rubinzal – Culzoni, Santa Fe, 2016, tomo II, pág. 65.

(6) González Acosta, Gustavo, IJ-DLXXIII-765, *Revista Iberoamericana de Derechos Naturales y recursos ambientales*, N° 31, abril de 2019.

c); tal duración coincide para la hipótesis de la superficie urbana, mientras que la de la forestal es de cinco años (artículo 2124).

6) El usufructo resulta ser un derecho intransferible mortis causa (artículo 2140); fenómeno contrario en el otro instituto (artículo 2119).

Es por ello que autores como Corna y Fossaceca, al realizar comentarios al entonces proyecto del Código Civil y Comercial, efectúan observaciones críticas a la técnica legislativa usada en las normas de aplicación supletoria. Así, en primer término, mencionan que el reenvío por parte de un derecho de potestades mayores a las prescripciones de un derecho de menor amplitud no condice con una adecuada técnica legislativa, además de mencionar la carencia de un artículo con tal epígrafe en el Título IX, perteneciente al usufructo –segunda crítica–; más allá de que el epígrafe del artículo 2127 puede inducir a profundas confusiones porque regula exclusivamente las directivas que juegan en la faz del derecho de superficie consistente en el derecho de construir, plantar o forestar en objeto ajeno, y como referencia a la norma supletoria del derecho a construir efectuada en el Proyecto de 1998 que adoptó otra tesitura en su artículo 2024.

### Conclusión

A la vista del derecho real superficie, conforme los caracteres mencionados y lo sostenido en las posiciones

doctrinarias expresadas a lo largo de esta ponencia y existiendo una posición mayoritaria de que el supuesto del derecho a construir, plantar o forestar (derecho de superficie) recae sobre un inmueble ajeno, entiendo que las normas supletorias en este plano deberían reenviarse a las del derecho de superficie sobre lo construido, plantado o forestado; ello en contraposición a lo que efectúa el actual artículo 2127 vigente, que nos remite al derecho real de usufructo que es autónomo y posee los límites y facultades más estrechos que la superficie.

### Bibliografía complementaria

Alterini, Jorge Horacio; Alterini, Ignacio y Alterini, María Eugenia, *Tratado de los derechos reales*, Ed. La Ley, tomo II, Buenos Aires, 2018, págs. 553, 557 y ss. 561, 567, 572 y 605.

Alterini, Jorge Horacio, “Derecho real de superficie. Inconsistencias y frustraciones”, en Palmero, Juan C. (compilador), *Cuestiones modernas de derecho civil*, Advocatus, Córdoba, 2011, pág. 434.

**VOCES: DERECHO CIVIL - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - DERECHOS REALES - PROPIEDAD HORIZONTAL - DERECHO DE PROPIEDAD - DOMINIO - DERECHO REAL DE SUPERFICIE - CONSTRUCCIONES - DAÑOS Y PERJUICIOS - VOLADIZO - VIENDA - USUFRUCTO**