

# Algunas cuestiones pendientes en materia de derecho real de superficie

por NELSON G. A. COSSARI y LEANDRO R. N. COSSARI

**Sumario:** I. INTRODUCCIÓN. – II. EL INDEBIDO MARGINAMIENTO DE LA PRESCRIPCIÓN ADQUISITIVA LARGA. – III. CUESTIONES ACERCA DEL PLAZO. A. PUNTO DE INICIO. B. RENOVACIÓN. C. ¿SUPERFICIE PERPETUA? – IV. ALGUNAS CUESTIONES SOBRE LEGITIMACIÓN. A. DOMINIO PÚBLICO DEL ESTADO. B. PROPIEDAD HORIZONTAL. 1. Propiedad horizontal común. a) Superficie sobre unidad funcional. b) Derecho a plasmar la propiedad superficiaria. 2. Propiedad horizontal especial. – V. ALGUNAS CONCLUSIONES. A. DE LEGE DATA. B. DE LEGE FERENDA.

## I. Introducción

Para las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil a realizarse en el Campus de Pilar de la Universidad Austral los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2024 el Consejo Directivo de las Jornadas escogió como tema de la Comisión de Derechos Reales el de “derecho real de superficie”.

No es la primera vez que este tema del derecho real de superficie es abordado. Es así que el tema apareció primero en el II Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, 1937), que por cierto se pronunció en el sentido contrario a incluir el derecho de superficie entre los derechos reales.

Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), por el contrario, impulsaron decididamente el acoger el derecho real de superficie, lo que contribuyó a su recepción en el Proyecto de 1987, en el de la Comisión Federal de 1993 y en el Proyecto de 1998.

Ante la sanción del derecho real de superficie forestal, por la ley 25.509 que se sancionó el 14 de noviembre de 2001, complementaria del Código Civil (art. 14 de la ley 25.509), y agregaba como inc. 8º del art. 2503 del Código Civil derogado, a la superficie forestal a la nómina de los derechos reales, las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, organizadas en el año 2003 en Rosario por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales del Rosario (UCA) y por la Facultad de Derecho de la UNR, en la comisión de derechos reales se avocaron al tema de “superficie forestal”.

El Código Civil y Comercial de la Nación, que entró en vigencia en agosto de 2015, recoge el derecho real de superficie tanto en la variante edificada como en la agraria, por lo que es lógico que a nueve años de su recepción plena los civilistas nos volvamos a ocupar de este derecho, el que aún no ha tenido el suficiente desarrollo en la práctica. Tal vez ocurra lo mismo que en el derecho espa-

ñol, donde Díez Picazo y Gullón afirman que la superficie sigue sin vitalidad entre particulares, y añaden que no se conseguirá el despegue de la misma del texto de las leyes a la práctica hasta que no cambie la mentalidad social que no concibe que la propiedad de lo edificado no conlleve la del suelo, ni que pueda obtenerse simplemente una renta de él (la contraprestación del superficiario)<sup>(1)</sup>.

Pero también es cierto que frecuentemente un derecho, en especial el real teñido fuertemente de orden público, no alcanzará vitalidad en la vida diaria en la medida que no solo su regulación, sino también las interpretaciones que de sus normas hace la doctrina sean lo suficientemente rotundas como para que los particulares confíen en darle esa forma jurídica a sus negocios. Ello no quita que igual se aconseje al legislador que, si realmente quiere insuflarle más vida a esta figura, acoja las soluciones en forma expresa.

## II. El indebido marginamiento de la prescripción adquisitiva larga

Hemos de comenzar por un tema que lamentablemente, en principio, no puede solucionarse por vía de interpretación, y es el del marginamiento de la prescripción adquisitiva larga en esta figura.

El art. 2119 CCCN dice enfáticamente que la superficie “no puede adquirirse por usucapación”. Para en seguida decir que “la prescripción breve es admisible”, y, con ánimo docente, agregar que ello es “a los efectos del saneamiento del justo título”.

En definitiva, se admite la usucapación corta y no la larga.

El tema en abstracto es discutido en teoría.

Para Messineo, es irrealizable la adquisición por usucapación. Para ello sería necesaria una posesión del edificio separada de la posesión del suelo sobre el que se levanta; más bien se debe pensar, en tal caso, en una posesión que tienda a la usucapación de la propiedad en construcción y –al mismo tiempo– del suelo en lugar de la sola superficie. Concluye sosteniendo que el derecho se puede adquirir solamente a título derivativo<sup>(2)</sup>.

La doctrina más moderna, en cambio, admite la posibilidad. El que posee lo erigido a título de superficiario no ejercita sobre el suelo un derecho de propiedad sino de superficie y al cabo del término legal, adquirirá éste<sup>(3)</sup>.

La clave está, pues, en el *animus* del poseedor. Claro que se aduce que será poco probable que alguien limite su *animus* solo a lo plantado, no pudiéndose realmente distinguir de los actos posesorios que los mismos estén encaminados únicamente a la superficie. Pero, sin dudas, es posible. Lo mismo bien podría decirse del usufructo.

En cuanto al derecho a edificar<sup>(4)</sup>, los autores dicen que no es posible la usucapación de la superficie en estado puro, es decir, cuando todavía no existen construcciones, dado que ésta requiere obras visibles de actuación del derecho<sup>(5)</sup>.

Sin embargo, no son del todo impensables actos posesorios sobre el terreno ajeno encaminados al ejercicio del derecho a forestar o edificar como, por ejemplo, la realización de obras preparatorias para ello.

El Proyecto de 1998 resolvía el problema teórico estableciendo la no usucapabilidad del derecho de construir o forestar al establecer que el mismo solo se adquiere por adquisición derivada (art. 2026), por lo que siendo la usucapación un modo originario de adquisición el mismo queda excluido<sup>(6)</sup>. Cuando la posesión se ejerce sobre la propie-

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. LAMANNIA 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).

(1) Díez-Picazo, Luis y Gullón, Antonio, *Sistema de derecho civil*, 6ª edición, Tecnos, Madrid, 1998, Vol. III, “Derecho de cosas y derecho inmobiliario y registral”, p. 485.

(2) Messineo, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1971, Tº III (*Manuale de diritto civile e commerciale*, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8ª edición, en parte rehecha, Vol. 2, primera parte, Giuffrè, Milano, 1952), p. 421.

(3) Bianca, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6, p. 557.

(4) Para nuestro derecho debe agregarse plantar o forestar.

(5) Bianca, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6, p. 536.

(6) Andorno, Luis O., “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, septiembre 2000, p. 33.

dad separada la usucapión era concebible por las normas generales.

En el régimen de la ley 25.509, Areán opinaba que no es aplicable la usucapión<sup>(7)</sup>. En el mismo sentido se han expedido Papaño, Kiper, Dillon y Causse, descartando ella en cualquiera de sus versiones<sup>(8)</sup>.

Cabe anotar también los argumentos vertidos por Vázquez, en torno de la ley 25.509, quien recuerda que cuando el Código Civil de Vélez admitía la usucapión como modo de adquisición de un derecho real lo hacía expresamente en cada derecho real, art. 2524, inc. 7º, art. 2812, inc. 4º, art. 2949, art. 3017; siendo extensibles las reglas del dominio al condominio y a las unidades privativas en propiedad horizontal, pudiéndose señalar que el art. 5º, al no referirse a la usucapión, haya tenido la intencionalidad de no aceptar “las anuencias presuntas por el transcurso del tiempo”, por lo que deberían descartarse tanto la usucapión decenal como la veintañal porque no existen fundamentos legales para un tratamiento distinto admitiendo la primera y descartando la segunda<sup>(9)</sup>.

Por el contrario, Andorno afirmaba en cambio que es posible la prescripción breve en el caso de que la superficie hubiera sido constituida por justo título y el superficiario ejerciera la posesión por diez años<sup>(10)</sup>, por su importante papel en el saneamiento de los títulos. De igual manera, Puerta de Chacón, Pujol, Linares, Bressan y Carlucci entienden que no existe razón valedera para impedir el saneamiento del justo título constitutivo por la prescripción adquisitiva decenal si el mismo fue otorgado por el propietario incapaz (art. 4010 y conchs. del Código de Vélez).

En nuestra opinión, siendo la usucapión un modo general de adquisición de los derechos reales que se ejercen por una posesión continuada<sup>(11)</sup>, no existía inconveniente de admitir la usucapión, tanto la breve, como la larga, estando en este caso el art. 4015 del Código Civil de Vélez redactado en forma sumamente amplia como para quedar admitida la misma<sup>(12)</sup>.

En base a lo expuesto en el párrafo anterior nos resulta criticable la solución legal del Código vigente, que deja sin respuestas a casos donde parecería justo dejar jugar también la usucapión larga.

Jorge H. Alterini también ha criticado la exclusión de la posibilidad de la usucapión larga en esta figura. Dice el citado autor: “No creo en que sea acertado el art. 2119 que fija la regla de que la superficie ‘no puede adquirirse por usucapión’, pese a que se la admite para la prescripción adquisitiva corta. Al tratar de salvar la ausencia de un texto que precise cuáles son los derechos reales adquiribles por usucapión, creí encontrar una forzada solución en el art. 1897 (...) para inferir que eran usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres. La aceptación de la usucapión en esos casos es disonante con su exclusión para la superficie, máxime dado su esencial paralelismo con figuras para las que debe entenderse que se la admite”<sup>(13)</sup>. Coincidimos con la crítica. No se ve por qué se excluye la usucapión larga de las posibilidades de adquisición del derecho de superficie. Si puede parecer impensado que alguien posea un inmueble por el plazo de veinte años solo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie<sup>(14)</sup> y no el dominio, piénsese en aquel que

está detentando el inmueble en la creencia de ser propietario pero carece de justo título y tiene, por ejemplo, solo un título putativo, o le falla la buena fe requerida para la prescripción decenal porque no realizó un adecuado estudio de títulos. En estos casos la utilidad de admitir la prescripción veintañal es incuestionable<sup>(15)</sup>. Añádase que se produce una injustificada diferencia de trato respecto a los otros derechos reales de goce sobre cosa ajena, todo lo cual lleva a pensar que la solución para la superficie fue escrita a la luz de ciertas opiniones doctrinarias teóricas, pero desentendiéndose del sistema del resto del código en materia de prescripción adquisitiva.

Las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL) de 2019 se pronunciaron ya al respecto si bien de *lege ferenda*. En las mismas una amplia mayoría recomendó admitir la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria. En tanto la minoría (Irene Pujol y Sureda) admitieron la prescripción adquisitiva larga siempre que el prescribiente cuente con un título insuficiente emanado del propietario. Para nosotros y en consonancia con la mayoría, basta con que la posesión que esgrime el usucapiente sea solo con ánimo de derecho de superficie, lo cual en numerosas ocasiones tendrá como base un título no suficiente (lo que no implica que sea justo título necesariamente) emane o no del propietario.

### III. Cuestiones acerca del plazo

#### A. Punto de inicio

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

Si bien se ha opinado que tomar la fecha del título como inicio es mucho más preciso<sup>(16)</sup>, lo cierto es que el art. 2117 establece que el plazo debe ser contado desde la adquisición del derecho de superficie, por ende, desde que concurrió título y modo<sup>(17)</sup>. En sentido similar se han expedido Mariani de Vidal y Abella, quienes agregan la inscripción registral para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe<sup>(18)</sup>. Ahora bien, respecto a terceros es postulable a fin de dar certeza que se cuente desde la fecha que indica el título, directiva que cedería solo ante la prueba indudable de que el tercero conoció o debía conocer que la entrega del inmueble –a los fines de la superficie– se hizo en un momento diverso<sup>(19)</sup>. Tal conclusión tiene también el apoyo del art. 1914<sup>(20)</sup> que presume que la posesión comienza en la fecha del título<sup>(21)</sup>.

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

#### B. Renovación

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

Nosotros entendemos que tal cláusula se limita en su interpretación a la renovación automática del plazo. No vemos obstáculo a que las partes acuerden su renovación, bien entendida que nunca el derecho real podrá tener un horizonte mayor del legal<sup>(22)</sup>. Éstas podrían pactar la reno-

(7) Areán, Beatriz, *Derechos Reales*, 6ª edición renovada y ampliada, Buenos Aires, Hammurabi, 2003, Tº 2, p. 699; en igual sentido, Mariani de Vidal, Marina, “Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509”, LA LEY, 2002-F, 1415.

(8) Papaño, Ricardo; Kiper, Claudio M.; Dillon, Gregorio A. y Causse, Jorge R., *Derechos reales*, Astrea, Buenos Aires, 2004, Tº 2, p. 287.

(9) Vázquez, Gabriela A., “El derecho real de superficie forestal en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, septiembre 25 a 27 de 2003)”, ED, 205-921.

(10) Andorno, “El derecho real de superficie forestal. En el ordenamiento jurídico positivo argentino”, DJ, 2002-149.

(11) Gatti, Edmundo, *Teoría de los derechos reales*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1975, p. 268.

(12) Cossari, Nelson G. A., “Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas”, ED, 204-887. En igual sentido se expide Ventura, Gabriel, en su ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

(13) Alterini, Jorge H., “Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2012-E, 898.

(14) Así, opina Kiper que será raro que se quiera adquirir por prescripción veintañal el derecho de superficie cuando se puede adquirir el dominio (Kiper, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 35).

(15) Conforme con nuestra crítica y argumento: Guardiola, Juan José, “La usucapión en el nuevo Código”, RCCyC 2016 (marzo), 7/3/2016, p. 19, AR/DOC/566/2016.

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

(17) En el mismo sentido: Kiper, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 28.

(18) Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

(19) Cossari, Nelson G. A., “Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas”, ED, 204-887.

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

(21) Alterini, Jorge H.; Alterini, Ignacio y Alterini, María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 580; Vázquez, Gabriela A., *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 666.

(22) Ya hemos vertido esa opinión en: Cossari, Nelson G. A. y Luvérá, Miguel Ángel, “Derecho real de superficie forestal”, LLitoral, 2002-690; en igual sentido: Alterini, Jorge H. y Vázquez, Gabriela

vacación del derecho de superficie, aun excediendo el total de los años, y aun antes del vencimiento del plazo, pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor al legal. Con ello queda suficientemente abastecido el propósito de la ley de evitar una derogación del principio de accesión por mayores términos, y siempre teniendo en cuenta que la prórroga no puede perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

Concordantemente se ha opinado que no existe óbice para convenir una renovación del plazo, que se computará desde la renovación, aunque supere los años máximos fijados en el artículo<sup>(23)</sup>.

En sentido contrario se han manifestado Mariani de Vidal y Abella<sup>(24)</sup>, y también De Rosa y Torres Lastra<sup>(25)</sup>. No queda clara la opinión de Iturbide, quien luego de afirmar que “El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos, contados a partir de la constitución originaria e incluida la renovación”, con lo cual parecería adscribirse a la posición de Mariani de Vidal y Abella, prosigue escribiendo que de “lo contrario la posibilidad de renovación puede llegar a convertirse en una cláusula de estilo en el contrato originario”, con lo cual parecería que su parecer se limita a una cláusula de prórroga pactada *ab initio* y que depende de la voluntad de una sola de las partes, imposibilidad, en tal caso, con la que coincidimos<sup>(26)</sup>. Tampoco parece clara la opinión de Molina Sandoval, que parece exigir para posibilitar la renovación que venza el plazo originario si bien razona acertadamente que el propósito de la norma es “evitar que el propietario desmembre de una vez y desde el origen su dominio sine die, sin posibilidad de reflexionar acerca de la continuidad de ese estado, que prácticamente lo privaría del dominio en su contenido útil”<sup>(27)</sup>. Nótese que la solución que propugnamos en el texto permite que esta reflexión se haga adecuadamente cada vez que se renueva el plazo, aun cuando ello se haga sin que todavía se encuentre vencido el término original.

### C. ¿Superficie perpetua?

El Código opta por una superficie de duración temporal sujeta a término. Establece un plazo máximo de cincuenta años para la superficie agraria. Y uno máximo de setenta años para construcciones (art. 2117).

Se descarta así la perpetuidad del derecho real de superficie, que es ampliamente conocida en otros derechos. Así, el Código portugués, en su art. 1524, establece que la superficie puede ser perpetua o temporal, al igual que el Código Civil italiano (art. 853). Otros, como el Código suizo (art. 779), le señalan un máximo de cien años. El art. 1369 del Código de Brasil establece que la superficie se constituye “por tiempo determinado”. Andorno manifiesta que llama la atención que se propicie la temporalidad del derecho de superficie, pero sin fijar plazo<sup>(28)</sup>.

Eso ha hecho decir a los doctrinarios brasileños que se han ocupado del tema que, vía la fijación de un plazo enorme, el derecho de superficie puede tornarse, en la práctica, *ad eternum*<sup>(29)</sup>.

El Código catalán, en el art. 564-3, punto 2 a, establece un máximo de noventa y nueve años, afirmando que ese término no se puede superar en ningún caso.

A favor de la perpetuidad del derecho de superficie se ha señalado que en algunos supuestos la perennidad, sin afectar la función del dominio ni obstar a su racional ejercicio, puede resultar conveniente, como en el caso de una

construcción subterránea que no obste al aprovechamiento del suelo<sup>(30)</sup>.

Parece preferible, por razones económicas, la solución normativa que establece un plazo acotado de duración impidiendo un desmembramiento permanente del derecho de dominio. Ello es acorde con la tradición jurídica argentina que no desea un dominio gravado con cargas perpetuas. Sin embargo, no puede dejarse de sopesar de *lege ferenda* si no sería acertado para algunos casos limitados, como el de construcciones subterráneas, como postula Capón Filas<sup>(31)</sup>, en particular cuando las mismas por su profundidad o modalidad constructiva no afecten lo que se realice sobre la faz del suelo, o exista una independencia que pueda percibirse como permanente. Ello necesitaría además de una adecuada regulación. En sentido similar se expiden De Rosa y Torres Lastra en los casos en “que tengan la virtualidad de contribuir a la mejor funcionalidad de la figura legal; en especial, en materia de bienes del Estado”<sup>(32)</sup>.

## IV. Algunas cuestiones sobre legitimación

El art. 2118 indica que están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

Veamos algunas cuestiones que pueden suscitar dudas.

### A. Dominio público del Estado

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

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

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

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

En diferente sentido, De la Riva postula la derecha aplicación del derecho de superficie a los bienes del dominio público del Estado entendiendo, además, que su constitución no configura un acto de disposición. Este autor sienta dos conclusiones que entendemos importantes: la primera, que “el derecho de explotación derivado de la concesión de uso de bienes del dominio público constituye un auténtico derecho real administrativo, lo cual supone reconocer que el concesionario titulariza un derecho de naturaleza real (no personal) y, como tal, oponible *erga omnes* (también frente al Estado concedente), aunque sujeto al mismo tiempo a una serie de prerrogativas públicas (entre ellas, la potestad revocatoria), en razón de su origen administrativo”. Ello puede ser cierto si es que se acepta esta categoría dentro del derecho administrativo, y la concesión está regulada a la manera de un derecho real. La segunda, que si se recepta “como válida la tesis mayoritaria, que considera que el dominio público comporta una modalidad pública del derecho de propiedad, cabría entender que el artículo 2118 arriba mencionado habilita a la constitución de derechos reales de superficie sobre bienes del dominio público”<sup>(33)</sup>. Con esto último disintimos

A., en Lafaille, Héctor y Alterini, Jorge H., *Derecho Civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, coeditado por la Ley y Ediar, Buenos Aires, Tº VI, núm. 2515, pp. 483 y 484.

(23) En el mismo sentido: Alterini, Jorge H.; Alterini, Ignacio y Alterini, María Eugenia, *Tratado de los Derechos Reales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, pp. 584, 585; Vázquez, Gabriela A., *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 668.

(24) Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

(25) De Rosa, Carlos A. y Torres Lastra, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas”, LA LEY 2024-B, 3.

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

(27) Molina Sandoval, Carlos A., “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios”, AR/DOC/780/2017.

(28) Andorno, Luis O., “Derechos reales en el nuevo Código de Brasil, con particular referencia al derecho de superficie”, *Zeus*, p. 3.

(29) Baptista, Bruno de Albuquerque, “Direito real de superficie”, en <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>.

(30) Capón Filas, Mario, “El derecho de superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil”, LA LEY, 1986-A, 876.

(31) Capón Filas, Mario, “El derecho de superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil”, LA LEY, 1986-A, 876.

(32) De Rosa, Carlos A. y Torres Lastra, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas”, LA LEY 2024-B, 3. Confesamos que en materia de bienes del dominio público del Estado, pese a su razonabilidad, salvo en supuestos muy puntuales, no nos parece conveniente su introducción. En todo caso preferimos que sea por ley especial para un supuesto determinado.

(33) De la Riva, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

y además no vemos práctico, incluso por implicancias de ética pública, sustraer en esta materia al dominio público de las reglas del derecho de administrativo.

Sin embargo, debe tenerse presente, como bien se ha traído a colación<sup>(34)</sup>, que el art. 9º, inc. g, de la ley 27.328, que regula los “Contratos de Participación Público - Privada”, establece “los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato, que podrán consistir, entre otros, (...) en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado, (...) y/o la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado, y cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado nacional”. De la Riva, en el artículo ya citado, escrito con anterioridad a la sanción de la referida ley, expresa que “la gran ventaja que proporciona el derecho de superficie respecto de la clásica concesión de uso de bienes públicos reside, precisamente, en el desdoblamiento que permite entre el dominio del inmueble, por un lado, y la titularidad sobre lo construido en él, por otro, dando cabida así a que el superficiario pueda ejercer un auténtico (si bien temporario) derecho real de propiedad sobre esas construcciones, dotado de una autonomía plena que lo libera de los condicionamientos del régimen demanial<sup>(35)</sup> que gobierna al inmueble subyacente”<sup>(36)</sup>.

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

### B. Propiedad horizontal

El tema, en cuanto hace a la sobreelevación en la propiedad horizontal, lo hemos ya desarrollado ampliamente dentro de las hospitalarias páginas de El Derecho<sup>(37)</sup>.

Ahora volvemos sobre un tema que también suscita dudas, como es la posibilidad de constituir derecho de superficie sobre unidades ya en propiedad horizontal.

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

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

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

#### 1. Propiedad horizontal común

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

##### a) Superficie sobre unidad funcional

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

Consideramos que es posible constituir superficie dado que, como dijimos, nuestro derecho habilita la superficie directamente sobre un inmueble ya construido, y al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir superficie (art. 2118)<sup>(38)</sup>.

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

(34) De Rosa, Carlos A. y Torres Lastra, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas”, LA LEY 2024-B, 3.

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

(36) De la Riva, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016.

(37) Cossari, Leandro R. N. y Cossari, Nelson G. A., “Sobre elevación (dentro y fuera de la propiedad horizontal) y Derecho Real de Superficie”, El Derecho - Diario, Tomo 290, Cita Digital: ED-I-X-436.

(38) En sentido concordante, Molina Sandoval, Carlos A., “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios”, AR/DOC/780/2017.

Mariani de Vidal y Abella han opinado que es posible, pero de “muy difícil aplicación y concreción práctica”<sup>(39)</sup>.

Algunos autores fijan su objeción en el suelo. Así, Pepe y Mendizábal se interrogan: ¿cuál sería el “suelo” de propiedad del *dominus soli*? ¿El de la unidad funcional? ¿El terreno? Por otra parte, ¿qué vínculo tendría el superficiario con relación a las partes comunes del edificio?<sup>(40)</sup>

En forma similar, Gabás lo considera de imposible concreción por no extenderse el derecho del dueño de la unidad funcional al terreno<sup>(41)</sup>.

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

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

Creemos que tampoco se confunde con un dominio revocable a secas, como entiende Gabás que ocurriría<sup>(42)</sup>, dado que si bien en esencia puede considerarse la propiedad superficiaria como un dominio revocable –en nuestro caso, un derecho real de propiedad horizontal revocable–; conforme el art. 2128, la misma “queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título”, con lo cual el régimen será distinto y no se identifican.

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

El derecho que se concede en la superficie tiene a primera vista similitudes con el usufructo, pero su contenido es mucho más vasto, el derecho real del que tratamos podrá ser ejercido en toda su extensión dentro de los límites del derecho de superficie, y –claro está– del reglamento de propiedad horizontal, que obligará también al superficiario. Las facultades que se conceden al superficiario son más amplias, por ejemplo, podría hipotecar la propiedad superficiaria (art. 2120), cosa que no puede hacer el usufructuario<sup>(43)</sup>. La superficie se transmitirá a los herederos de su titular (art. 2119), y los plazos máximos de constitución (art. 2117) hacen verosímil que excedan la vida del titular si es persona física y tiene cierta edad, y al no pender sobre este derecho real la causal de extinción por muerte (art. 2152 inc. a)), brinda una mayor seguridad<sup>(44)</sup>.

#### b) Derecho a plasmar la propiedad superficiaria

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

Quizás es más fácil imaginar esta posibilidad sobre edificios de una sola planta, acerca de la reconstrucción, ya sea que esta fuera impuesta por las circunstancias. Por

(39) Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana N., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T. I, p. 375. En el mismo sentido: Pepe, Marcelo Antonio; Mendizábal, Gonzalo Alejo, “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 25/10/2016; Fossaceca, Carlos A.; Lamanna Guiñazú, Emiliano y Moreyra, Pilar, “El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis”, El Derecho - Diario, Tomo 306, Cita Digital: ED-V-DLXXXIII-982.

(40) Pepe, Marcelo Antonio; Mendizábal, Gonzalo Alejo, “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 25/10/2016.

(41) Gabás, Alberto A., “Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal”, LA LEY, 2013-F, 1050.

(42) Gabás, Alberto A., “Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal”, LA LEY, 2013-F, 1050.

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

(44) Ver al respecto: Molina Sandoval, Carlos A., “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios”, AR/DOC/780/2017.

ejemplo, supongamos una unidad que ha sido objeto de un derrumbe y literalmente ha desaparecido sin afectar a las otras unidades. En tal caso parece que nada puede objetarse a su reconstrucción siempre que se respeten los límites del reglamento y planos originales en cuanto a volumen edificado y otras circunstancias que puedan afectar al resto de los consorcistas. Podría en este acaso acordarse el derecho a erigir la propiedad superficiaria. Nos estamos refiriendo a un derecho de superficie impuesto luego del evento dado que si el mismo hubiera sido constituido con anterioridad estaríamos dentro de la facultad de reconstrucción del art. 2122.

## 2. Propiedad horizontal especial

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

En este supuesto no hace falta distinguir en sus dos vertientes el derecho real de superficie. Basta decir que, al ser una propiedad horizontal especial, conforme reza el art. 2075, no existe inconveniente en conferir el derecho de superficie en sus dos variantes sobre la unidad funcional<sup>(45)</sup>, es decir, tener el derecho a plasmar la propiedad superficiaria y hacer propio lo hecho o bien adquirir lo ya existente en superficie.

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

Más aun aquí puede sin demasiado esfuerzo pensarse en la superficie sobre forestaciones o plantaciones. Así v. gr. se ha puesto el ejemplo de un conjunto inmobiliario sobre un complejo de granjas que gravaren su unidad funcional con superficie agraria, si ello no contraría el destino o las previsiones del reglamento<sup>(46)</sup>.

(45) En el mismo sentido: Mariani de Vidal, Marina - Abella, Adriana N., *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T. I, p. 375.

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

## V. Algunas conclusiones

### A. De lege data

Conforme lo aquí analizado *de lege data* puede concluirse:

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

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

3. No es posible la constitución de superficie sobre bienes de dominio público salvo dentro del marco de una ley que lo autorice expresamente (v. gr. ley 27.328), En tal sentido parece acertada la previsión del art. 1527 del Código Civil de Portugal.

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

### B. De lege ferenda

1. Conforme lo ya resuelto por las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL) de 2019, debe admitirse expresamente la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria.

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

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