

[Buenos Aires, viernes 13 de septiembre de 2024 - N° 15.826]

EL DERECHO

Edición especial

REVISTA DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR DE EL DERECHO: ALEJANDRO BORDA

CONSEJO DE REDACCIÓN:

Gabriel Fernando Limodio, Luis María Caterina, Martín J. Acevedo Miño, Daniel Alejandro Herrera, Nelson G. A. Cossari

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

MATILDE PÉREZ (DIR.)

Autores:

**NELSON COSSARI
LEANDRO COSSARI
CARLOS FOSSACECA
FABIÁN GUERRERO
MATILDE PÉREZ**

EN ADHESIÓN A LAS XXIX JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024



EL DERECHO

Contenido

ARTÍCULOS

Aportes a las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, por Matilde Pérez

Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVII-445

Aciertos y sombras en la regulación normativa del derecho real de superficie, por Carlos Alberto Fossaceca

Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVII-446

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

Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVII-447

El derecho real de superficie: una vía posible de acceso a la vivienda. La ley 6639 CABA, por Matilde Pérez

Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVII-448

Algunas cuestiones pendientes en materia de derecho real de superficie, por Nelson G. A. Cossari y Leandro R. N. Cossari

Cita Digital: ED-V-DCCCCLXVII-449

Artículos

Aportes a las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil

por MATILDE PÉREZ

Sumario: PRESENTACIÓN. – PROPUESTAS. – COLOFÓN.

Presentación

Las próximas XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, a celebrarse en el mes de septiembre de este año, tratarán el derecho real de superficie en la Comisión 6 de Derechos Reales.

Este suplemento especial de EL DERECHO es una contribución al estudio del derecho real que, a lo largo de la historia, convivió con luz propia –o en las sombras– con otros derechos reales, y hoy se descubren nuevas centralidades y aplicaciones en él.

En un velocísimo repaso de esa historia, el derecho real de superficie está marcado por las transformaciones de orden político y social, generadas por los procesos de urbanización, el desdoblamiento de áreas rurales o la expansión comercial. En todos ellos, la falta de suelo –sea para vivienda o para forestación y cultivo– es el común denominador.

Como suele suceder, es el derecho romano el que comienza a regularlo y a permitir construcciones en altura en suelo público, lo cual se consolidará en la época posclásica, al escindir el suelo y lo construido, dando lugar a un dominio dividido⁽¹⁾.

Con la vulgarización del derecho romano se produce una pérdida de las precisiones terminológicas, llevando al camino de la confusión de la superficie con la enfiteusis que se desarrollará desde la Edad Media.

Ya adentrados en el siglo XIX, el dominio escindido genera un fuerte rechazo entre los codificadores debido a los abusos en el uso del suelo a lo largo de los siglos, la consideración de la propiedad y la autonomía de la voluntad como pilares de la seguridad jurídica, así como la necesidad de consolidar el territorio en el caso de nuestro país.

El siglo XX presenta otro cariz, y la escasez de suelo y de vivienda se transformó en un reclamo político y social, donde se recoge el guante de la historia y se pone en valor al derecho de superficie.

En marzo de 1971, en Roma, se reunió un grupo de expertos en problemas y políticas de vivienda de los países meridionales de Europa. En dicha reunión, organizada por las Naciones Unidas, se propone la separación entre el derecho de propiedad y derecho de edificar, y entre el

derecho de propiedad del suelo y la posibilidad de la comunidad de acceder a construir sobre ese suelo⁽²⁾.

El desarrollo y expansión de las energías renovables, las industrias captadoras de carbono, la prevención y precaución en el marco de la inteligencia artificial y la huella hídrica que genera tienen en el derecho real de superficie una vía accesible, dado que es posible la colaboración entre el Estado y los particulares. Aúnan esfuerzos de los titulares de propiedad en mano común con las empresas energéticas y los procesos de reconversión en el marco de los Objetivos de Desarrollo 2030 de la ONU.

El Código Civil y Comercial regula el derecho real de superficie como un derecho de carácter autónomo, siguiendo el Proyecto de 1998, así como también las conclusiones de diversos Congresos y Jornadas.

Los trabajos que integran este suplemento especial abordan el estudio del derecho de superficie desde diversas perspectivas y proponen ricos aportes a debatirse en el transcurso de estas XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Propuestas

Los Dres. Nelson G. A. Cossari y Leandro R. N. Cossari, en su trabajo “Algunas cuestiones pendientes en materia de derecho real de superficie”, tienen su punto de partida en la necesidad de propiciar algunas reformas para que la figura pueda ser de utilidad para los ciudadanos. Así, temas como la aplicación de prescripción adquisitiva larga, el tiempo de duración del derecho, su renovación y la pregunta sobre una posible perpetuidad o la legitimación en materia de dominio público y propiedad horizontal son el camino que los llevan a sus conclusiones *de lege lata* y *de lege ferenda*.

A continuación, el Dr. Carlos A. Fossaceca, en “Acieros y sombras en la regulación normativa del derecho real de superficie”, estudia la naturaleza jurídica de este derecho y su emplazamiento legislativo, destacando la incorporación de la superficie edilicia. Además, con proposiciones *de lege lata* y *de lege ferenda*, aporta su mirada sobre temáticas tales como la extensión del derecho real, su temporalidad, la posibilidad de construir diversas superficies en un inmueble, la constitución por vía testamentaria, la derogación de la prohibición acerca de la prescripción adquisitiva larga, así como el debate sobre el pacto de no transmitir, la incorporación del derecho de tanteo, el pacto comisorio o diversos mecanismos de extinción.

El profesor Fabián Guerrero, en “Observaciones a las normas de aplicación supletoria del derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación”, esboza el renacimiento de este derecho en nuestro país, recorriendo los diversos antecedentes y las propuestas de diversos Congresos y Jornadas. En el análisis del régimen vigente, analiza las normas características, la normativa de aplicación supletoria, las diferencias con los derechos reales de uso y usufructo con su enfoque y propuesta en la materia.

Por mi parte, en “El derecho real de superficie: una vía posible de acceso a la vivienda. La ley 6639 CABA”, propongo al derecho real de superficie como un mecanismo que posibilita el acceso a la vivienda para aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o con dificultad de acceso a ella. Centro el enfoque en un mecanismo colaborativo entre los estatales y los particulares en procura de una mejor gestión del suelo urbano y, en ese sentido –*de lege lata* y *de lege ferenda*–, propongo alternativas para su potenciación y posible uso de bienes de dominio público.

Colofón

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil son un motor permanente en la actualización, interpretación y diná-

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.

(1) Novello, Vanesa, “El derecho de superficie: de Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil”, XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. UBA, Buenos Aires, 2004, p. 1-6.

(2) Cárdenas Quirós, C., “El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional”, Revista Ius et Praxis, Universidad de Lima, N° 11, 1988. Disponible en https://revistas.ulima.edu.pe/index.php/lus_et_Praxis/article/view/3377, consultado el 27/12/2023, p. 126.

mica de las relaciones jurídicas. La vida académica y, en especial de nuestra Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina, son parte necesaria en este impulso. Valgan estas colaboraciones de nuestros profesores como anticipo de intercambios ricos y fructíferos.

Y, una vez más, el agradecimiento a la Editorial EL DERECHO y a su director, Dr. Alejandro Borda, por perge-

ñar y poner en marcha estos suplementos especiales en el marco de este gran evento.

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

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 tesitura 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 tesitura 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**

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.

(*) 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⁽¹⁾, Aida Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón⁽²⁾).

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⁽³⁾, 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⁽⁴⁾ y Kiper⁽⁵⁾, 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⁽⁶⁾, 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

El derecho real de superficie: una vía posible de acceso a la vivienda. La ley 6639 CABA

por MATILDE PÉREZ^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA CUESTIÓN DE LA VIVIENDA EN ARGENTINA. – III. EN BÚSQUEDA DE SOLUCIONES PARA LA VIVIENDA URBANA. – IV. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO ELECCIÓN Y EL RÉGIMEN DE COVIVIENDA EN LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. IV.1) DERECHO REAL DE SUPERFICIE Y SUELO URBANO. IV.2) EL RÉGIMEN DE COVIVIENDA DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES. IV.2).a) Marco jurídico. IV.2).b) La covivienda. IV.2).c) La constitución del derecho real de superficie en la covivienda. IV.2).d) La extinción del derecho real de superficie en la covivienda. – V. CONCLUSIONES.

I. Introducción

Desde la antigüedad, la vivienda hace a la protección y desarrollo de los seres humanos. Hogar, casa, habitación, cualquiera sea el vocablo utilizado da cuenta del sentido de seguridad, de pertenencia, de la vida en comunidad, las costumbres y tradiciones que perpetúan la historia de la civilización.

La vivienda es, además, el continente de la familia como célula primaria de la sociedad tanto en contextos urbanos o rurales. Tal es así, que esa antigua vivienda enmarcada en la extensión del mundo agrícola hoy se comprime en su suelo y se expande en altura para permitir la aparición de unidades por pisos organizadas en diferentes sistemas jurídicos.

El acceso a una vivienda que reúna las condiciones mínimas de habitabilidad es parte de la protección de la dignidad humana que se preconiza tanto en tratados internacionales y en textos internos.

Este acceso tiene diversos caracteres y, en muchos casos, trasuntan en él concepciones políticas, sociales, mero asistencialismo o modos de inversión.

La enfiteusis o los censos enfiteúticos, el derecho de superficie, las casas baratas, viviendas de protección oficial, regularización dominial, usucapión, covivienda o

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. FOSSACEA y PILAR MOREYRA, ED, 306. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Doctora en Ciencias Jurídicas. Especialista en Derecho Administrativo. Profesora titular de las asignaturas Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho de Daños y Derechos Reales en la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Argentina. Profesora en el Doctorado en Ciencias Jurídicas y en la Maestría de Derecho Civil Patrimonial, miembro del Comité Asesor del Doctorado en Ciencias Jurídicas y miembro de la Comisión de Abogacía Digital (UCA). Profesora invitada en Universidades nacionales y extranjeras. Coordinadora del Suplemento Derecho, Innovación y Desarrollo Sustentable de la Editorial El Derecho. Autora de libros, capítulos de libros y ponencias. Directora del Centro de Innovación Jurídica de la Facultad de Derecho de la UCA.

cohabitación (*cohousing*) son algunos de los modos que permiten aspirar o hacer efectivo el acceso a la vivienda digna.

Hoy en día, la transversalidad entre Derecho Público y Derecho Privado pone de manifiesto cambios sociales y económicos en que la problemática jurídica del urbanismo, del derecho a la vivienda y del uso del suelo requiere de una interpretación armónica entre los diversos cuerpos legales.

Se abren oportunidades de puesta en marcha de desarrollos urbanísticos sostenibles que, además de posibilitar el acceso a la vivienda en mejores condiciones, optimicen el uso de energías renovables y una gestión de los servicios públicos más eficaz ante la realidad del suelo urbano como recurso escaso, limitado por su área geográfica y la densidad de población.

Argentina no es ajena a estas cuestiones.

Es entonces que el derecho real de superficie debe ser revisitado como un mecanismo de producción de nuevo espacio que permite satisfacer dos necesidades: la del propietario del suelo (público o privado) y la del superficiario (público o privado).

En esta dirección, se presenta dentro del esquema de los derechos reales con un contenido dinámico y flexible y, a la vez, como una expresión de la función social de la propiedad⁽¹⁾.

II. La cuestión de la vivienda en Argentina

La Argentina, desde sus orígenes, se caracteriza por ser una economía basada, primero, en la ganadería para luego incorporar a la agricultura como medio de subsistencia para pueblos y ciudades que estaban tejiendo la trama de una nueva Nación. Vastas extensiones de tierra pública adjudicada a los particulares a través de figuras como la enfiteusis, la venta o los arrendamientos a largo plazo son parte de ese crecimiento.

Las primeras normas sobre reparto de tierras para poblar, trabajar y asegurar la frontera sur de Buenos Aires son del período del Directorio de Pueyrredón a través de una *merced*, luego de la demarcación en la laguna de Kakel Huincul y la fundación de Dolores⁽²⁾.

El Gobierno de la Confederación emprende una labor colonizadora en las provincias del Litoral y en Santa Fe a través de pasajes, donación de tierras y ayuda pecuniaria. Entre ellas, la Colonia Esperanza, que nace a partir de un convenio entre la provincia de Santa Fe y suizos alemanes en 1853.

Es la Ley Avellaneda de 1876 sobre inmigración y colonización sancionada a iniciativa del Presidente, como un binomio que servirá de impulso para el nacimiento de nuevas ciudades y una incipiente problemática habitacional. Se crea el Departamento de Inmigración y la Oficina de Tierras y Colonias, de vital importancia para la expansión hacia el sur del país, así como en forma posterior a través de los diversos procesos de regularización dominial llevados adelante por el Estado.

Esta ley está vigente hasta 1902, año en el que se sanciona la ley 4167 de tierras fiscales que, a través de una tarea previa de exploración, mensura y clasificación de las tierras, da carta blanca al Poder Ejecutivo para la determinación del destino. Se establecen los loteos, condiciones de la población y mejoras como condición para el otorgamiento del título definitivo.

Son, entonces, los procesos migratorios y las epidemias de fiebre amarilla en las ciudades las que pondrán en marcha diversos mecanismos para atender al problema, primero desde una mirada higienista para dar paso a la vi-

(1) Zolea, Sirio. *Il diritto di superficie nei sistema delle regole di appartenenza: uno studio comparativo*. Macerata. Ed. EUM, Università di Macerata, 2020. Disponible en https://eum.unimc.it/it/index.php?controller=attachment&id_attachment=1323, consultado el 24/01/2024, p. 20 y sig.

(2) D'Agostino, Valeria. "Expansión estatal, política de tierras y desarrollo de la repartición topográfica de Buenos Aires, siglo XIX". *Revista Población y Sociedad*. Vol. 21 Nro. 2, San Miguel de Tucumán. Disponible en <http://www.scielo.org.ar/pdf/pys/v21n2/v21n2a02.pdf>, consultado el 31/03/2024, p. 16.

vienda como centro familiar y como forma de integración social. En la arquitectura de servicio público, como escuelas u hospitales, la organización es a través de pabellones con áreas centrales al aire libre y con arbolado siguiendo el modelo de arquitectura sanitarista⁽³⁾.

III. En búsqueda de soluciones para la vivienda urbana

La sanción de la Constitución Nacional en 1853 así como el dictado del Código Civil contribuyen a la seguridad jurídica que se reafirma en la autonomía de la voluntad y el respeto de la propiedad privada.

Es en este sentido que Vélez da por tierra con la posibilidad de constitución de derechos reales en que estuviese escindido la propiedad del suelo y la propiedad de lo que le accede en forma separada como sucedía con la propiedad horizontal, la enfiteusis o censos enfiteúticos, así como el derecho real de superficie.

En la nota al título “De los derechos reales” del Código Civil, afirma que el Derecho romano no formuló una clasificación de los derechos reales y personales, sino de las acciones respectivas. A través del tiempo tales acciones devinieron en derechos.

En lo que respecta a los gobiernos nacionales, provinciales o municipales no tuvieron mayor injerencia, desde antes de la Declaración de la Independencia y el nacimiento de Argentina como nación políticamente organizada en las políticas de vivienda tanto para los argentinos como los extranjeros que comenzaron a arribar a finales del siglo XIX.

Más aún, todo el proceso de erradicación de la propiedad colectiva, así como la dispar política migratoria para poblar la vasta extensión de nuestro territorio no tuvieron los frutos esperados y la acumulación de personas en los centros urbanos se fue transformando en un problema silencioso que hizo eclosión con las diversas epidemias que explotaron en la segunda mitad del siglo XIX.

Por otro lado, el modelo agroexportador propició la expansión de la obra pública para la creación de hospitales, escuelas, teatros u hoteles para inmigrantes, pero no vivienda como política de estado.

Se observa que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX en las grandes ciudades el esquema habitacional puede dividirse en un triple estatus: la vivienda señorial, caracterizada por preciosos palacetes y mansiones al estilo europeo; las casas de renta para la clase media y como modelo de inversión de lo que dan cuenta numerosos edificios construidos desde 1890 hasta entrados los años 30; los sectores menos acomodados o recién llegados, que se amontonaban en los conventillos que, en muchos casos, eran las antiguas casas señoriales antes de la llegada de la fiebre amarilla y su escapada a la parte más alta de la ciudad.

En todos los casos, el desarrollo de la vivienda y, por tanto, del ejido urbano resultó más de la suma de esfuerzos individuales que de una política gubernamental como parte del ejercicio del poder de policía en materia de salud, educación y seguridad.

El urbanismo concibe a las ciudades desde una perspectiva integradora de todo lo que se refiere a la relación del ser humano con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo por cuanto de todos los recursos disponibles el que no se puede expandir es el suelo. Es por ello por lo que en las migraciones de las áreas rurales hacia las ciudades que suele acontecer con las revoluciones o los conflictos bélicos generan problemas que llevan a encontrar alternativas de gestionar ese recurso escaso⁽⁴⁾.

En otro escalón, el reconocimiento del acceso a la vivienda como derecho constitucional en el texto de 1949, en las diversas constituciones provinciales, así como en diversa jurisprudencia dictada con relación a normativas de emergencia, incumplimiento estatal o interpretación integrada en la protección de otros derechos como la salud y la educación, propicia la puesta en marcha de diversos planes gubernamentales con éxito diverso en la segunda mitad del siglo XX y principios del XXI a través de Planes quinquenales, Planes de vivienda social o colabo-

ración con asociaciones o fundaciones que a simple vista resultan insuficientes para solucionar el tema del déficit habitacional o Planes nacionales de regularización dominiar para aquellos poseedores o tenedores de inmuebles.

IV. El derecho real de superficie como elección y el Régimen de Covivienda en la Ciudad de Buenos Aires

IV.1) Derecho real de superficie y suelo urbano

El *derecho real de superficie* es un derecho real que permite a una persona (superficiario) construir y/o plantar sobre un terreno ajeno (nudo propietario) por un tiempo determinado a cambio del pago de un canon. El superficiario tiene la posesión del terreno y puede disponer de las construcciones o plantaciones realizadas, pero no del terreno en sí.

El derecho real de superficie revela nuevas aristas en las que el interés público, el interés privado y la optimización de los recursos disponibles que permiten su transformación en una herramienta de gestión urbana y como una de las expresiones de la función social de la propiedad.

Por otro lado, el urbanismo moderno concibe a las ciudades desde una perspectiva integradora de todo lo que se refiere a la relación del ser humano con el medio en el que se desenvuelve y que hace del suelo su eje operativo, por cuanto, de todos los recursos disponibles, el que no se puede expandir es el suelo.

Ello lleva a la búsqueda de elementos de ordenación territorial que deben ser dinámicos en procura de la incorporación de suelo útil, del abaratamiento de los costos de producción, de la posibilidad de acceso a la vivienda, así como de la consolidación del ejido urbano.

En el marco de las diversas políticas de gestión del hábitat se indaga en la posibilidad de visitar los distintos derechos reales como instrumentos para paliar las deficiencias habitacionales.

IV.2) El Régimen de Covivienda de la Ciudad de Buenos Aires

IV.2.a) Marco jurídico

El *Régimen de Covivienda de la Ciudad de Buenos Aires* (ley 6639) se sanciona en mayo de 2023, con sustento normativo en el Libro V del Código Civil y Comercial, arts. 14 bis y 31 CN y normas concordantes.

Para el logro de su finalidad se prevé la constitución de un derecho real de superficie edilicia sobre bienes de dominio privado de la CABA, del Instituto de la Vivienda u otros inmuebles que pueden pertenecer a personas jurídicas privadas sin ánimo de lucro, esto es, aquellos enmarcados en las previsiones de los arts. 236 y 238 del CCC. Comprende tanto inmuebles baldíos, construidos o construidos de manera parcial.

Es también, entonces, un mecanismo para posibilitar la inmatriculación de bienes de dominio público desafectados para el uso privado a los fines de registrar el tracto y dar publicidad a terceros y posibilita el aprovechamiento de inmuebles que, en muchos casos, están ociosos, en malas condiciones de conservación o sin un uso definido.

Se presentan en este régimen una pluralidad de relaciones jurídicas entre el inmueble de covivienda y terreno; la organización superficiaria como titular de la covivienda; la constitución del derecho real de propiedad horizontal y constitución de un derecho real de uso y goce otorgado al titular de estos derechos.

El art. 2º deja en claro que su finalidad no es otra que la implementación de políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda de las personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o afectados por el déficit habitacional y encierra una cláusula general al considerar a aquellos que deseen formar parte de las comunidades denominadas de covivienda.

Sin embargo, la amplitud del enunciado normativo, al posibilitar el acceso de aquellos que deseen formar parte, mueve a la duda acerca del necesario acotamiento de la norma, o bien, la posibilidad de su reglamentación sobre los requisitos para acceder a estas organizaciones, de manera que no implique la desvirtuación posterior del régimen de covivienda a través de cesiones de derechos u otros instrumentos que posibiliten la traslación de la vivienda afectada a este régimen a terceros.

La ley se presenta como superadora de la vigente ley 341 de CABA sobre acceso a la vivienda y de escaso impacto en lo que hace a la construcción de vivienda social.

(3) Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires. “Programa docente de la residencia de arquitectura hospitalaria”. Disponible en <https://buenosaires.gob.ar/sites/default/files/2023-03/Programa%20Arquitectura%20Hospitalaria%20-%20Residencia%20B%20C3%A1sica%20Equipo%20de%20Salud.pdf>, consultado el 31/07/2024.

(4) Ramón Fernández, Tomás. *Derecho urbanístico*. 1988, Publicaciones Abella El Consultor, 7ª edición, Madrid, pp. 18-19.

IV.2).b) La covivienda

La covivienda es una modalidad de vivienda colaborativa en la que un grupo de personas se organiza para compartir espacios comunes y lograr llegar a la vivienda propia.

A través de las organizaciones de covivienda es posible acceder a terrenos sin necesidad de adquirirlos, lo que es beneficioso cuando no existen los recursos que permitan acceder a él.

Estas organizaciones están involucradas en el desarrollo del proyecto, pues al ser titulares del derecho real de superficie, tienen la potestad de decidir cómo se utilizará el terreno y qué tipo de construcciones se realizarán.

El derecho real de superficie es un derecho real reconocido en el Código Civil y Comercial de la Nación, lo que significa que existe un marco legal claro para su constitución y ejercicio. Esto puede facilitar la gestión del proyecto de covivienda, ya que las partes involucradas tendrán mayor seguridad jurídica.

IV.2).c) La constitución del derecho real de superficie en la covivienda

La norma, en consonancia con el art. 2117 del CCC, establece la posibilidad de afectación al derecho real de superficie por un plazo máximo de setenta años (art. 3° y art. 5.2, Edificio de Covivienda afectado al derecho real de superficie, ley 6639).

Se mantiene la discusión suscitada en derredor de la necesidad de establecer un plazo mínimo del derecho real de superficie en miras a fortalecer la finalidad tuitiva de los sectores vulnerables que propicia la normativa.

Por otro lado, se identifica con la designación de “usuarios” a aquellas personas humanas y grupos familiares nucleados bajo el concepto de “hogar”, tengan vínculos familiares o de afinidad o sean hogares unipersonales. El concepto de “hogar” es un concepto sociológico y no jurídico que es dinámico en su estructura.

A su vez, el Edificio de Covivienda construido por la Organización superficiaria puede ser afectado al derecho real de propiedad horizontal o al derecho de uso (art. 5.3 ley 6639), correspondiendo a la Organización superficiaria la adopción de uno u otro régimen.

Por otra parte, se establece un procedimiento de selección y adjudicación de proyectos (arts. 10 y 1°, ley 6639), el que una vez que es ejecutoriado da paso a la celebración de un convenio entre el Instituto de Vivienda de CABA con la Organización adjudicataria.

Este convenio se celebra por escritura pública, por lo que el derecho real de superficie nace con el otorgamiento del acto por el notario interviniente y la ulterior publicidad registral en miras a su oponibilidad *erga omnes* y protección de los terceros. El derecho nace cuando se concentra el título y el modo.

Los “usuarios” deberán abonar un canon que comprende la compensación por el derecho real de superficie y la cuota de financiación recibida.

IV.2).d) La extinción del derecho real de superficie en la covivienda

El art. 16 de la ley 6639 establece una excepción a lo establecido en el art. 2126 del CCC en lo que refiere a la indemnización a cargo del titular del suelo en favor del damnificado una vez producida la extinción del derecho real de superficie.

En este sentido, carece de derecho a su cobro por cuanto se interpreta que las inversiones realizadas han quedado retribuidas con el disfrute del derecho y queda habilitada por la excepción por pacto en contrario habilitada en

el texto nacional. La norma no reviste carácter de orden público⁽⁵⁾.

Cabe la conclusión anticipada del derecho real de superficie, sea por decisión del Instituto de Vivienda, de la Organización o los usuarios, en este caso tienen el derecho al reclamo de una indemnización en la forma establecida en el art. 2126 del CCC, donde el monto es fijado por acuerdo entre partes al momento de la constitución del derecho real de superficie o en forma posterior.

Es necesario destacar que esta indemnización puede ser establecida también en favor de un tercero que se designe como beneficiario (heredero, cesionario, etc.) y que en este régimen también es aplicable el derecho de retención fijado en el art. 2584 CCC.

En lo que hace a la posición jurídica de los “usuarios” de los inmuebles erigidos por la Organización, se replican los inconvenientes suscitados ante la falta de normativa nacional. En efecto, el CCC no incorpora en este punto el derecho de tanteo como mecanismo para que el superficiario (o el usuario) puedan tener prioridad para adquirir el derecho real de dominio respecto al suelo y unir, consolidarse en un derecho real pleno.

¿Podrían acudir a algunos de los Programas de Regularización de la Vivienda Familiar previstos por la autoridad estatal (ley 24.374 y complementarias)? Entendemos que no, dado que el propio mecanismo de Covivienda cumple con esa finalidad de permitir el acceso a la vivienda digna en el marco de las previsiones del art. 14 bis de la CN y los tratados internacionales con rango constitucional.

V. Conclusiones

De lege lata

1. El derecho real de superficie es un mecanismo que posibilita el acceso a la vivienda para aquellas personas que se encuentren en situación de vulnerabilidad o con dificultad de acceso a ella.

2. Es un mecanismo colaborativo entre los entes estatales y los particulares.

3. Permite una mejora en la gestión territorial a través de un mejor aprovechamiento de recursos naturales, puesta en valor de espacios e integración con la comunidad.

4. La normativa es dictada en el marco de las competencias territoriales y funcionales de la CABA en lo que refiere a la ordenación del territorio y la implementación de políticas habitacionales.

5. El modelo puede ser replicado en otras jurisdicciones.

De lege ferenda

1. Modificar el art. 2° de la ley 6639 para restringir el acceso a este modelo de covivienda a personas en situación de vulnerabilidad o afectados por el déficit habitacional, de manera exclusiva.

2. Posibilitar la inmatriculación de bienes de dominio público desafectados para el uso privado a los fines de registrar el tracto y dar publicidad a terceros.

3. Establecer que la utilización del derecho real de superficie como mecanismo de acceso a la vivienda es incompatible con la aplicación de las diversas herramientas de regularización dominial.

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

(5) Kiper, Claudio. *Derecho de superficie*. Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 167 y sigs.

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)⁽¹⁾.

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⁽²⁾.

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⁽³⁾.

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⁽⁴⁾, 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⁽⁵⁾.

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⁽⁶⁾. 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.

(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⁽⁷⁾. En el mismo sentido se han expedido Papaño, Kiper, Dillon y Causse, descartando ella en cualquiera de sus versiones⁽⁸⁾.

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⁽⁹⁾.

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⁽¹⁰⁾, 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⁽¹¹⁾, 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⁽¹²⁾.

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”⁽¹³⁾. 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⁽¹⁴⁾ 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⁽¹⁵⁾. 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⁽¹⁶⁾, 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⁽¹⁷⁾. 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⁽¹⁸⁾. 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⁽¹⁹⁾. Tal conclusión tiene también el apoyo del art. 1914⁽²⁰⁾ que presume que la posesión comienza en la fecha del título⁽²¹⁾.

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⁽²²⁾. 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⁽²³⁾.

En sentido contrario se han manifestado Mariani de Vidal y Abella⁽²⁴⁾, y también De Rosa y Torres Lastra⁽²⁵⁾. 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⁽²⁶⁾. 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”⁽²⁷⁾. 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⁽²⁸⁾.

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*⁽²⁹⁾.

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⁽³⁰⁾.

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⁽³¹⁾, 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”⁽³²⁾.

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”⁽³³⁾. 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⁽³⁴⁾, 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⁽³⁵⁾ que gobierna al inmueble subyacente”⁽³⁶⁾.

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⁽³⁷⁾.

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)⁽³⁸⁾.

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”⁽³⁹⁾.

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?⁽⁴⁰⁾

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

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⁽⁴²⁾, 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⁽⁴³⁾. 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⁽⁴⁴⁾.

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⁽⁴⁵⁾, 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⁽⁴⁶⁾.

(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

EN ADHESIÓN A LAS **XXIX** JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL, 26, 27 Y 28 DE SEPTIEMBRE DE 2024



EL DERECHO