

## DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Jorge Horacio Alterini \*

### SUMARIO

I- El notario ante el derecho de superficie. II- Derecho positivo vigente. III- Proyectos de reforma del Código Civil. IV- Legitimación del derecho de superficie. V- Legitimación histórica. VI- Legitimación por el derecho comparado. VII- Legitimación socio-económica. VIII- Legitimación dogmático-jurídica. IX- Estructura de *lege ferenda*. a) Naturaleza. Concepto; b) Objeto; c) Extensión mayor; d) Duración; e) Constitución; f) Derechos y obligaciones; g) Extinción; h) Indemnización.

### I- El notario ante el derecho de superficie

Hace tiempo tuve oportunidad de enfatizar la importancia del notario en la permanente e irrenunciable lucha por el Derecho<sup>1</sup>, que aprecia el eminente procesalista Francesco Carnelutti, quien recuerda que se lo ha perfilado como “custodio del Derecho”, o mejor “guardián del Derecho”, función que visualiza en su condición de intérprete jurídico. “La esencia de la función notarial...está en vías de encontrarse cuando se pone en contacto la idea de su misión con la de la mediación. Es decir, cuando se parte del estudio de la figura jurídica...del intérprete jurídico. Lo que en realidad hace el notario es interpretar, «traducir» -en su auténtico sentido etimológico: de *trans ducere*, llevar a- la realidad social al campo del Derecho, trasladar el hecho al Derecho, «ligar la Ley al hecho»...”<sup>2</sup>.

Aunque es indudable la necesidad de hacer primar lo substantivo sobre lo mera-

<sup>1</sup> \* Juez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor titular regular de la Cátedra *Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario* en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires.

mente adjetivo y ritual, en la actividad notarial confluyen planos distintos, que Juan López Pellegrini expresó en estos términos: “La notaría es ciencia y es arte. Ciencia, en cuanto comprende las nociones técnicas fundamentales del derecho notarial. Arte, en cuanto comprende las reglas necesarias para concebir, ordenar y redactar los instrumentos y escrituras públicas de competencia de las notarías”<sup>3</sup>.

En la doble dimensión de ciencia y de arte, el notario no puede permanecer ajeno a la cambiante realidad que exhibe el derecho de propiedad, pues: “En un mundo donde el cambio se ha convertido en una ley universal e ineluctable, cuando las relaciones entre los hombres se modifican, las costumbres se renuevan, las instituciones más tradicionales de la vida social se transforman, cómo imaginar que los vínculos entre los hombres y las cosas permanezcan indemnes?”<sup>4</sup>

El derecho de superficie, cuya expresa incorporación al derecho positivo defiendo por las diversas razones que expondré, será un ámbito propicio para que el notario, en su condición de profesional del derecho en ejercicio de una función pública<sup>5</sup>, pueda concretar el enlace entre el hecho y el Derecho.

En un régimen adecuado a las múltiples matizaciones que puede mostrar el instituto en su aplicación a la praxis, es recomendable que sólo sea de orden público un número limitado de directivas estructurales, y la ineludible presencia del notario en su concreta articulación le impondrá captar alguna de las distintas variantes que el legislador no debe imponer.

## II- Derecho positivo vigente

El Código Civil argentino rechaza al derecho de superficie. Aparte de no incluirlo en la enunciación del art. 2503, en su anotación el Codificador resalta: “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar”. Y que tal formulación revela la convicción de Vélez Sársfield lo demuestra la circunstancia de que luego de mostrar los perfiles de la figura, proclama: “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”. Con ese alcance debe interpretarse al art. 2614<sup>6</sup>.

No ha tenido eco la opinión de José Olegario Machado, quien sostuvo que la superficie sólo estaba prohibida cuando excedía del plazo de cinco años, postura que sustentó en que el párrafo del art. 2614 que incluye ese límite también comprende a la superficie<sup>7</sup>.

Desde el punto de vista gramatical, es más ajustada la lectura del texto que destaca que el párrafo: “cualquiera sea el fin de la imposición”, inmediato al que contiene la prohibición por más de cinco años, se correlaciona con el vocablo “imponerles”, que solamente alcanza a los censos y rentas<sup>8</sup>.

Acaso el argumento más contundente sea el que destaca que no es concebible que la superficie perdure solamente por cinco años, cuando históricamente se la reconoció con vigencia perpetua o por tiempo muy prolongado<sup>9</sup>.

El rechazo del derecho de superficie, que tampoco previó la fuente principal del Código Civil, o sea el *Esboço* de Freitas (ver art. 3705), es coherente con la generosa visión del derecho de dominio contenida en el art. 2518, que establece: “la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en

líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo...”.

El significado del art. 2518 se traduce con elocuencia en estas reflexiones: Con palabras de Baudry-Lacantinerie: “es la plomada la que determina los límites del dominio aéreo y el subterráneo. De esta manera, cada propiedad tendría la forma de un cono o pirámide, de líneas indefinidas, y cuyo vértice estaría en el centro de la tierra. El dominio parece abrirse, como un abanico, hacia las regiones de lo infinito”<sup>10</sup>.

No obstante la ortodoxia que muestra el art. 2518 del Cód. Civ., ese mismo texto reconoce excepciones. Adviértase que aunque extiende el dominio del suelo “a toda su profundidad” y “comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo...”, deja a “salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales” sobre los tesoros y las minas.

La remisión a las normas especiales se explica porque el Código Civil adjudica el dominio del tesoro al dueño del fundo sólo si fue el hallador (art. 2550). En cambio, si el hallazgo fue realizado por otra persona, la mitad del tesoro le corresponde al descubridor (arts. 2556 y sigts.).

La salvedad respecto a las minas también está justificada porque únicamente las minas de tercera categoría son alcanzadas por el art. 2518, pues pertenecen al dueño de la superficie: “las producciones minerales de naturaleza pétreo o terrosa y, en general, todas las que sirven para materiales de construcción y ornamento, cuyo conjunto forma las canteras” (art. 5 del Código de Minería)<sup>11</sup>.

El régimen en materia de muros, cercos y fosos regulado por Vélez Sársfield, a través de lo que se infiere de una interpretación minoritaria, permitiría separar el derecho sobre el terreno del derecho sobre el muro. Así se ha dicho que en la hipótesis del art. 2724 del Cód. Civ., de abandono del muro para liberarse de contribuir a los gastos de conservación, la mitad del terreno le seguiría perteneciendo al que abandonó<sup>12</sup>.

La ley 9080 de 1913 calificó como de dominio público a las ruinas y yacimientos arqueológicos y paleontológicos, con lo cual la extensión del dominio del suelo “a toda su profundidad” encontró una cortapisa en el reconocimiento del dominio público sobre aquellos objetos. La misma solución fue incorporada al art. 9º del art. 2340 del Cód. Civ., según la redacción de la ley 17711.

Ya en 1948, a través de la ley de propiedad horizontal N° 13512, se consagró una clara excepción al art. 2518, al legislarse la concurrencia de derechos privativos respecto de las unidades con el condominio sobre las cosas y partes comunes<sup>13</sup>.

Las leyes de expropiación previeron la alternativa de que se expropiara el subsuelo con independencia de la propiedad del suelo (así, art. 6 de la ley 21499), ante la necesidad de concretar emprendimientos públicos que se proyectan sobre el subsuelo.

La ley 17711 incorporó otra limitación a la extensión ilimitada del dominio a la profundidad del suelo, pues comprendió a “las aguas subterráneas” dentro del dominio público, “sin perjuicio del ejercicio regular del derecho del propietario del fundo de extraer las aguas subterráneas en la medida de su interés y con sujeción a la reglamentación”.

Otro supuesto en el que es factible una titularidad sobre lo edificado distinta de

la correspondiente al terreno se ha presentado tradicionalmente para los sepulcros emplazados en terrenos de los municipios <sup>14</sup>.

Si la interpretación del art. 2519 del Cód. Civ. se hubiera ajustado nada más que al sentido gramatical de sus palabras, pudo haberse encontrado en él un sustento del derecho de superficie. Según ese texto: “Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario...”. De tal suerte, si la posibilidad de la prueba en contra de la “pertenencia” del dueño del terreno pudiera incluir la titularidad de la construcción, se llegaría a una propiedad sobre lo edificado diferente de la del emplazamiento. De todos modos, esa comprensión fue desechada por la doctrina ante la prohibición del derecho de superficie por el art. 2614, con mayor razón porque el art. 2520 extiende la propiedad del suelo a los accesorios <sup>15</sup>.

Al aludir al derecho francés, veremos cómo de un texto semejante al art. 2519 se extrajo la permisión del derecho de superficie. Otra norma del Código Civil hace recordar un instituto del derecho galo, al que luego aludiremos, el del arrendamiento con obligación de construir, que también se ha conectado con el derecho de superficie. Se trata del art. 1535, que dispone: “Si la locación fuese de terrenos en las ciudades o pueblos de campaña, entiéndese que ha sido hecha con autorización al locatario de poder edificar en ellos, siendo de cuenta del locador las mejoras necesarias o útiles”. Aunque la previsión ha sido objeto de interpretaciones diversas, a las que me remito <sup>16</sup>, resalto la solidez y elocuencia de alguna postura contraria a la solución legal, que la califica como “autorización anómala”<sup>17</sup>.

### III- Proyectos de reforma del Código Civil

Pese a existir soluciones legales compatibles con el derecho de superficie, la postura reacia a su admisión se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni (art. 2350), en el Proyecto de 1936 (art. 1449) y en el Anteproyecto Llambías de 1954 (art. 1437), que no incluyeron al derecho de superficie en la nómina de los derechos reales.

Una circunstancia singular reavivó en nuestro país los estudios sobre el derecho de superficie. Me refiero a la convocatoria del VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid del 22 al 26 de octubre de 1984, pues en el tema II se previó debatir sobre: *El derecho de superficie y el Registro*. Como Coordinador General de la delegación argentina a ese simposio y Coordinador Nacional del tema indicado, compartí la perplejidad generada por la necesidad de emitir opinión desde la perspectiva registral con relación a un instituto prohibido por el Código Civil.

El compromiso de asumir la voz de la Argentina en el certamen madrileño determinó que afrontáramos el verdadero desafío de diagramar la estructura de una institución suprimida del derecho positivo desde 1871 y hacerlo con la ineludible adecuación a las realidades contemporáneas.

El estado de opinión despertado por la ponencia de la delegación argentina <sup>18</sup>, cuya redacción e informe ante el simposio registral me fue encomendada, tuvo una contundente repercusión en el ámbito nacional<sup>19</sup> y ello explica la inclusión del *Derecho de superficie* como tema N° 4 en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Corrientes en 1985, las que por consenso, inesperado hasta entonces, se pro-

nunciaron concretamente porque era “conveniente regular el derecho de superficie”.

Con motivo de integrar la Comisión de asesores honorarios designada por la H. Cámara de Diputados de la Nación, que produjo el Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987, insistí en avanzar en el proceso de recepción del derecho de superficie. A pesar de que ese proyecto, sancionado tanto por la H. Cámara de Diputados como por la H. Cámara de Senadores, tuvo respuesta favorable de la doctrina<sup>20</sup>, finalmente fue vetado por el Poder Ejecutivo de la Nación. La idea se retomó en sede parlamentaria con motivo del Proyecto de Código Único Civil y Comercial sancionado unánimemente por la H. Cámara de Diputados en 1993. La nueva Comisión de asesores honorarios designada al efecto, de la que también formé parte, compartió mi convicción sobre la conveniencia de legislar sobre el derecho de superficie<sup>21</sup>.

#### **IV- Legitimación del derecho de superficie**

Pretendo justificar la recepción de la superficie por el derecho argentino a través de diversas razones que la legitiman desde las visiones histórica, del derecho comparado, socio-económica y dogmático-jurídica.

#### **V- Legitimación histórica**

Es significativo remontar el análisis histórico hasta el derecho romano pues antes de él, según la conocida expresión de Summer Maine, sólo se asistió a la “infancia del derecho”, característica de las comunidades primitivas.

El derecho romano plasmó el principio de la accesión, expresado en la regla *superficies solo cedit* vertida en las *Institutas* de Gayo, 2.73, que indica que lo que está en la superficie accede al suelo<sup>22</sup>.

No obstante el rigorismo del principio de la accesión, en el marco de la locación perpetua o por muy largo plazo de terrenos públicos a particulares, se les reconoció a los locatarios la facultad de levantar edificios y gozar de ellos, con la contraprestación del pago de un canon. En la época clásica se extendió la modalidad señalada a los terrenos privados. El pretor tuteló al locatario edificador con el llamado interdicto de superficie y posteriormente con una acción real útil<sup>23</sup>.

En el decadente derecho vulgar del siglo IV, en el que aparecieron los simplificados “epítomes”, concretamente en el Epítome de Gayo se aceptó que se llegara a la condición de superficiario con independencia de la locación, en tanto el que edificara lo hubiera hecho con permiso del dueño<sup>24</sup>.

Todo lo expuesto permite afirmar que finalmente el derecho de superficie fue aceptado por los romanos, con lo cual el instituto tiene el mejor abolengo histórico.

#### **VI- Legitimación por el derecho comparado**

El Código Civil francés de 1804 no reconoció expresamente al derecho de superficie, incluso adoptó en su art. 552 la regla de la accesión de lo edificado al dominio del suelo.

Sin embargo, como ya dije, con un texto semejante al art. 2518 de nuestro Código, el art. 553 francés se interpretó que si la presunción legal de que lo existente en el terreno le pertenece al propietario rige “si no se prueba lo contrario”; producida tal

prueba, era posible que las construcciones fueran de propiedad de alguien distinto del propietario del suelo. Tal alcance se vio facilitado por la existencia en la norma francesa de un párrafo final que expresa que lo dispuesto es “sin perjuicio de la propiedad que un tercero pueda haber adquirido o pueda adquirir por prescripción, sea de un subterráneo bajo el edificio de otro, sea de cualquier otra parte del edificio”. A la manera del derecho romano, a través de una ley de 1964, Francia vinculó el arrendamiento con la construcción pero, a diferencia de aquél, el construir no era sólo un derecho, sino una obligación (*bail à construction*), y de ese modo se corporizó otra expresión de las formas superficiarias<sup>25</sup>.

En España, ya el Reglamento Hipotecario de 1861, en su art. 107, 5º aludió al derecho de superficie, que incidentalmente mencionó el Código Civil de 1889 en su art. 1611. No obstante, la más amplia cobertura legal de la figura estuvo unida a las leyes urbanísticas, así las leyes del suelo de 1956 y 1975<sup>26</sup> y en la actualidad los arts. 287 a 290 del texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo N° 1 del 26 de junio de 1992<sup>27</sup>.

En Italia, no obstante que con argumento en el art. 448 del Código Civil de 1865, que se corresponde con el art. 553 del Código francés, también se arguyó en favor del derecho de superficie<sup>28</sup>; recién lo incorporó expresamente el Código Civil de 1942, que contiene una valiosa regulación en los arts. 952 a 956.

En Portugal, el Código Civil de 1967 incluye una prolija reglamentación en los arts. 1524 a 1542.

En Bélgica, su regulación se remonta a la legislación de 1924<sup>29</sup>.

Aunque los primeros pasos hacia el derecho de superficie los dio el Código de Prusia de 1794, en el derecho alemán la regulación detenida del instituto recién se presenta en el Código Civil de 1899, substituido al respecto por Ordenanza de 1919<sup>30</sup>.

En Austria, el Código Civil de 1811 la reguló tímidamente y con mayor precisión la legislación de 1912<sup>31</sup>.

En Suiza, las previsiones incluidas en el Código Civil de 1907 fueron reemplazadas por ley de 1965<sup>32</sup>.

Hasta el Japón legisló detalladamente sobre la superficie en su Código Civil de 1896 (arts. 265 a 269)<sup>33</sup>.

La firme tendencia de los ordenamientos jurídicos más evolucionados de admitir la superficie se reitera en los recientes Códigos de Quebec de 1991 (arts. 1110 a 1118)<sup>34</sup> y de Holanda de 1992 (arts. 101 a 105 del Libro 5 *De los derechos reales*)<sup>35</sup>, que reemplazó al viejo Código de 1838, que también la contemplaba.

En cuanto a los países latinoamericanos, la regulación de la superficie es clara en los modernos Códigos Civiles de Bolivia de 1976 (arts. 203 a 208) y de Perú de 1984 (arts. 1030 a 1034) e incluso hace tema con ella el Código Civil de Cuba de 1988 (arts. 218 a 225).

La llamativa difusión del derecho de superficie en el derecho comparado importa otro evidente fundamento para legitimarlo.

## VII- Legitimación socio-económica

Se comprende sin esfuerzo que la posibilidad de que el propietario de un terreno que no quiere o no puede construir otorgue la alternativa de hacerlo a un tercero, con

el aliciente de convertirse en propietario de lo edificado, constituye un importante incentivo para impulsar la actividad de la construcción, tan necesaria para paliar la crisis habitacional.

En la sorprendente reconstrucción de la Alemania devastada por la guerra tuvo una gravitación importante el derecho de superficie, tanto que se contempló una superficie especial a esos efectos<sup>36</sup>. También son conocidos los monumentos edilicios levantados en Francia a través del derecho de superficie.

El derecho de superficie permite neutralizar el beneficio paralelo para el edificador del aumento del valor del terreno resultante del proyecto edilicio, con mayor razón si forma parte de un plan global. Tal especulación sobre el suelo queda neutralizada en tanto su dominio permanece en poder del constituyente de la superficie, fenómeno todavía más importante cuando el titular del suelo es el Estado que, de ese modo, al tiempo que lo conserva tampoco transfiere al particular el beneficio especulativo<sup>37</sup>.

En el derecho germano se ha ensayado la defensa del derecho de superficie sobre la base de exaltar que importa un reconocimiento del trabajo humano<sup>38</sup>. Es que la construcción representa una generación de riqueza debida al hecho del hombre, cuya contribución es digna de encomio, en tanto se suma a la que la creación realizó a través del emplazamiento del suelo en el contexto de la naturaleza.

La especial preocupación por ocuparse del derecho de superficie que muestran en el derecho comparado las leyes urbanísticas, importa una demostración más de la significación que reviste la figura para el interés general.

Lo expuesto es suficiente para persuadir de que el derecho de superficie también se legitima en el marco socio-económico.

## VIII- Legitimación dogmático-jurídica

Como vimos, la concepción tradicional del dominio propia de un estricto individualismo plasmó el principio de que *superficies solo cedit*, con la convicción de que el suelo era lo principal y lo construido simplemente accesorio.

Por contraposición al viejo principio romano, se ha sostenido que en la actualidad la regla puede invertirse y que consiguientemente lo principal puede ser la construcción, o sea que *solum superficies cedit*, orientación que invoca en ese sentido la protección del edificador de buena fe<sup>39</sup>.

Debe tenerse en cuenta que en el derecho argentino, frente al supuesto de edificación de buena fe en terreno ajeno, el dueño de éste no tiene derecho a exigir la demolición de la obra o la reposición de las cosas a su estado primitivo (comparar arts. 2588 y 2589 del Cód. Civ.) y deben pagársele “las indemnizaciones correspondientes” (art. 2588). Ante la invasión parcial del terreno ajeno por un edificador de buena fe, la doctrina se inclina por recomendar que el conflicto se resuelva mediante la adquisición por el edificador de la porción de terreno invadida<sup>40</sup>.

En el derecho germano, la separación de la propiedad de lo edificado de la del suelo encuentra un singular antecedente histórico. Hasta el siglo XIV la mayoría de las casas eran construidas de madera y, como se aplicaba la máxima de que todo lo que el fuego destruye es mueble, a esas casas fácilmente combustibles se las consideraba cosas muebles, las que por tanto se negociaban separadamente del suelo<sup>41</sup>.

Pienso que se reitera en materia de superficie una disputa análoga a la producida en la propiedad horizontal, en la que se discute si las principales son las partes privativas o, por el contrario, lo son las comunes. Aunque de la expresión final del art. 3º de la ley 13512 podría inferirse que las partes propias son las principales y accesorias las comunes (arg. “a que accedan”), siempre sostuve que tal relación de jerarquía es inconsistente. Si la propiedad horizontal supone la confluencia de derechos inseparables sobre partes propias y comunes (ver art. 3º, tercer párrafo y sus correlativos arts. 8 *in fine* y 14), no es aceptable que unas partes puedan ser principales y las otras accesorias. Cuando dos elementos son ineludibles para configurar un objeto del conocimiento e incluso inseparables, mal se puede admitir que uno pueda tener mayor jerarquía que el otro.

Lo mismo ocurre en la superficie, se trata de un único plexo jurídico: lo construido con su necesario soporte y, consiguientemente, ni el suelo ni la superficie pueden considerarse principales. Estamos frente a una unidad jurídica con entidad propia en la cual pierde sentido la noción de lo principal y de lo accesorio.

Si la superficie hasta desborda el simplismo de lo principal y de lo accesorio para adquirir entidad propia, también satisface la legitimación dogmático-jurídica.

## **IX- Estructura de *lege ferenda***

El régimen legislativo que auspicio para el derecho de superficie se corresponde con el que defendí en oportunidad de los Proyectos de Reforma del Código Civil de 1987 y de 1993, elaborados en la H. Cámara de Diputados de la Nación por las respectivas Comisiones Asesoras honorarias que integré.

### **a) NATURALEZA. CONCEPTO.**

Es recomendable que el derecho de superficie presente dos planos, uno durante la construcción, etapa en la cual el derecho de edificar se configura como derecho real sobre una cosa ajena: el asiento de la construcción. Otro plano aparece cuando se concreta la construcción, o sea, la propiedad superficiaria, y entonces el derecho de superficie se convierte en derecho real sobre cosa propia.

La coexistencia de las dos manifestaciones superficiarias armoniza con el Código italiano de 1942 y Francesco Messineo la explica en estos términos: “El derecho de edificar no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria;...solamente cuando la construcción (o la obra) se haya hecho, adquiere el concesionario un derecho de propiedad, mientras que antes tiene un derecho real sobre cosa ajena...”<sup>42</sup>.

Si la superficie se constituye a través de la enajenación de una construcción ya existente separadamente de la propiedad de su emplazamiento, a la manera de los Códigos de Italia, Portugal y Bolivia, el derecho de superficie es desde su nacimiento un derecho real sobre cosa propia.

El Código italiano describe a la superficie como el derecho de hacer y mantener una construcción, en tanto el portugués alude al derecho de construir y mantener lo contruido. Me parece más feliz la caracterización del Proyecto de la Comisión Federal de 1993, que apunta al “derecho de edificar sobre inmueble ajeno y hacer propio

lo construido”.

#### **b) OBJETO.**

Es preferible un derecho de superficie puro, o sea, que se aplique exclusivamente a las construcciones (Alemania, Suiza, Italia) y no extenderlo a las plantaciones (Francia, España, Portugal, Japón, Quebec, Holanda), pues de otro modo se recrearía elípticamente la enfiteusis, desprestigiada por el resonante fracaso de la legislación patria que la reconoció y de allí su supresión por Vélez Sársfield (art. 2614 del Cód. Civ.).

Por de pronto, la superficie puede recaer sobre las construcciones efectuadas en el suelo con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo. También debe reconocerse la posibilidad de que la construcción se someta a la superficie aunque su emplazamiento sea otra construcción ya existente e incluso bajo el régimen de la propiedad horizontal.

Adviértase que de combinarse la superficie con la propiedad horizontal, sería factible que las construcciones elevadas sobre inmuebles en propiedad horizontal pertenecieran a terceros ajenos al sistema, lo que hará necesario que en el reglamento de propiedad y administración originario o al reformarlo al efecto, se prevea la coexistencia de las figuras. Como a la superficie se la concibe con carácter temporario, al extinguirse, las construcciones levantadas bajo ese régimen pueden integrarse a la propiedad horizontal como nuevas unidades funcionales o nuevos sectores comunes, o hasta incrementar el patrimonio del consorcio. Acaso sea éste uno de los campos donde la orientación del notario tendrá presencia más activa en el futuro derecho.

#### **c) EXTENSIÓN MAYOR.**

Al igual que en Alemania, Perú y Portugal, la superficie debería poder comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento, por ejemplo, para jardines, piscinas, instalaciones deportivas<sup>43</sup>. En Bolivia se presume la extensión mayor, a menos que el título constitutivo disponga lo contrario.

#### **d) DURACIÓN.**

En el derecho comparado existen múltiples criterios sobre la duración de la superficie.

La tendencia hacia la perpetuidad en general ha sido abandonada, aunque subsistió en el Código de Portugal; el Código de Quebec prevé que la superficie pueda ser perpetua y el de Holanda no fija la duración.

Alemania e Italia, cuyos Códigos Civiles optaron por la perpetuidad, disminuyeron el plazo máximo a 99 años a través de sus leyes de 1919 y 1971, respectivamente. También el Código del Perú se inclinó por los 99 años. La legislación suiza de 1965 contempla una duración similar: 100 años.

En el Código del Japón, si las partes no previeron la duración, los tribunales pueden determinarla entre 20 y 50 años, según las circunstancias.

El instituto del *bail à construction* francés puede prolongarse por 70 años. La ley austríaca de 1912 establece un mínimo de 30 y un máximo de 80 años.

En España, la legislación del suelo de 1992 mantiene los plazos que reguló la ley de 1975, o sea, de 75 años para las superficies constituidas por el Estado y de 99 para las establecidas por particulares.

Un plazo corto es el aceptado en Bolivia: 30 años.

En los proyectos de unificación hemos defendido una duración máxima de 50 años, que aparte de ser la propuesta por las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes de 1985, tiene antecedentes en la ley belga de 1824, en la ley del suelo española de 1956 para las concesiones del Estado y en el Código de Cuba.

El plazo máximo de 50 años es suficiente para el desarrollo exitoso de un emprendimiento constructivo y parece prudente si se pondera que de ese modo se evita uno de los simplistas reproches a la superficie, la de afectar muy prolongadamente al dominio y esterilizarlo.

#### **e) CONSTITUCIÓN.**

Deben diferenciarse los modos de constitución del derecho de edificar y de la propiedad superficiaria.

El derecho de edificar sólo debe poder ser adquirido por contrato y tradición o por disposición de última voluntad, o sea por vías derivativas, descartándose las originarias como la usucapión.

El art. 3156 del Proyecto de la Comisión Federal preceptúa: “La propiedad superficiaria de una construcción existente se rige por las normas aplicables al dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este derecho real”. Quiere decir que la constitución de la propiedad superficiaria es semejante a la del dominio revocable sobre cosas inmuebles. El reenvío a tales disposiciones coincide con el paralelismo de la superficie, necesariamente temporal, con el dominio a plazo como supuesto de dominio revocable (arts. 2507, 2662 y 2668 del Cód. Civ.) y es más preciso que el efectuado por el Código de Bolivia a las normas sobre propiedad inmobiliaria.

La forma de la escritura pública, inexorable para los derechos reales sobre inmuebles, garantiza la intervención notarial y la inscripción registral, una adecuada publicidad.

#### **f) DERECHOS Y OBLIGACIONES.**

El derecho real de edificar sobre cosa ajena faculta para el uso y goce y también para su disposición jurídica. Sobre la propiedad superficiaria el derecho real de superficie comprende incluso la disposición material.

Las necesidades de financiación del constructor imponen aceptar la hipoteca del derecho de superficie, o sea un derecho real que recae sobre otro derecho real, como justificada excepción al principio de que el objeto dominante de los derechos reales es la cosa.

Para todos los supuestos es aconsejable que el derecho de superficie sea transferible por actos entre vivos o por muerte. Debe admitirse el pacto en contrario para la transmisión entre vivos, como otra matización explicable por las múltiples peculiaridades de la realidad negocial.

Es decisivo para la suerte del derecho de superficie que el edificador satisfaga es-

trictamente las obligaciones que contrajo en el acto constitutivo; de allí las vacilaciones en la doctrina comparada sobre la suerte de esas obligaciones ante la transmisión del derecho de edificar o su renuncia por el constructor<sup>44</sup>.

Para superar cualquier duda en los proyectos de unificación defendimos que la transmisión del derecho debía comprender las obligaciones del superficiario (art. 3157 *in fine* del Proyecto de la Comisión Federal) y que la renuncia por el superficiario del derecho de edificar, o su desuso, o el abandono de la propiedad superficiaria no lo liberarían de sus obligaciones (art. 3157 primer párrafo).

#### **g) EXTINCIÓN.**

Se previó en el art. 3154 de la Comisión Federal que en todas las manifestaciones superficiarias el derecho se extinguiría por su consolidación total con la propiedad, o sea, si la totalidad de ambas titularidades coincidieren en un mismo sujeto.

El derecho de edificar se extingue también por renuncia del superficiario, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria pactada y por el no uso del derecho durante diez años (art. 3155).

La extinción por el no uso del derecho de edificar fue prevista en Italia y en Portugal, a los veinte y diez años, respectivamente.

Debe optarse por el plazo de diez años en consonancia con igual lapso para la extinción por el desuso del usufructo, del uso, de la habitación y de las servidumbres (arts. 2924, 2969 y 3059 del Cód. Civ.). La misma solución corresponde ante la destrucción de lo construido si el superficiario no edifica nuevamente en el plazo de diez años, en tanto no se haya establecido uno menor (art. 3158 de la Comisión Federal).

También para la extinción de la propiedad superficiaria deben aplicarse las normas en materia de dominio revocable sobre cosas inmuebles.

#### **h) INDEMNIZACIÓN.**

El derecho comparado exhibe soluciones diversas acerca de la indemnizabilidad de las construcciones realizadas por el edificador cuando se extingue el derecho de superficie.

La ley del suelo española de 1992, al igual que su antecedente de 1975, desecha cualquier indemnización.

El Código de Bolivia adoptó la solución contraria, pues manda pagar el valor de la construcción apreciado al hacerse el pago, salvo pacto o disposición contrarios. El Código del Perú se limita a imponer el reembolso del valor de la construcción, salvo pacto distinto.

El Código de Portugal, salvo estipulación en contrario, reconoce el derecho de indemnización, el que debe calcularse según las reglas del enriquecimiento sin causa. En la misma línea de ideas, el Código de Quebec prevé una indemnización equitativa y se detiene en la forma de determinarla.

La fórmula portuguesa se presenta como la más razonable y por ello propicié su recepción por el art. 3158 *in fine* de la Comisión Federal; se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del dueño del suelo o de la construcción que le sirvió de soporte a la edificación, pero se admite que las partes puedan pactar lo contrario.

Una vez más la reglamentación propuesta para el derecho de superficie asegura

que en importantes aspectos la regulación deje a salvo la voluntad contraria de las partes en el ámbito de la autorregulación de sus intereses.

Ante la plasticidad propia de los acuerdos entre los particulares, en los cuales estará presente la asistencia jurídica del notario, como expresión de ciencia y de arte, se perfilará otro de sus importantes roles profesionales en el mundo contemporáneo.

1 Al destacar las peculiaridades de la materia “Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario”, en mi presentación al concurso de antecedentes y oposición para optar al cargo de profesor titular regular de esa asignatura en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires, función a la que fui promovido.

2 *La figura del notario, Revista Internacional del Notariado* N° 6 -abril-junio de 1950- págs. 120 y sigts., en págs. 126 y 128.

3 Práctica de la notaría, del protocolo y de la protocolización, Buenos Aires, 1925, pág. 9.

4 Jacques de Lanversin, *La propriété. Une nouvelle règle de droit?*, Paris, 1975, pág. 127.

5 Sobre esta cuestión me remito a la fundamentación expuesta en mi voto como juez de la Sala “C” de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 5 de noviembre de 1976, en los autos: “Quiroga, Remedios c/ Viale, Victoriano”, *El Derecho* T. 71, pág. 399.

6 “Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna”.

7 *Exposición y comentario del Código Civil Argentino*, ed. L.J. Rosso, T. VII, s/f, págs. 12 y 13.

8 Dassen, Julio y Vera Villalobos, Enrique, *Manual de derechos reales*, Buenos Aires, 1962, pág. 24.

9 Allende, Guillermo L., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Bs. As., 1964, pág. 39; Gatti, Edmundo y Alterini, Jorge Horacio, *El derecho real. Elementos para una teoría general*, Bs. As., 1974, pág. 93.

10 Legón, Fernando J., *Tratado de derechos reales*, T. VI, Bs. As., 1942, pág. 130.

11 Ver Jorge Joaquín Llambías y Jorge Horacio Alterini, *Código Civil Anotado*, T-IV-A, Bs. As., 1981, pág. 313, en glosa a art. 2518.

12 Ver estado de la cuestión en op. cit. en nota anterior, págs. 587/588, donde sostengo la tesis mayoritaria que niega el desdoblamiento de la titularidad del muro y de la titularidad del terreno.

13 En mi trabajo *Derechos de los consorcistas* (E.D. 68, págs. 779 y sigts.), me detengo en el análisis de la que entiendo verdadera naturaleza de los derechos de los consortes sobre las partes propias y comunes.

14 Ver mi nota “*Prescripción adquisitiva del ius sepulcri*” en *El Derecho* 139, págs. 650 y sigts.

15 Ver *Código Civil anotado* IV-A cit., págs. 315/316, en glosa al art. 2519.

16 Ver Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Atilio Aníbal, *Código Civil anotado*, III-B, Bs. As., 1985, págs. 212/213, en glosa al art. 1535.

17 Fernando J. López de Zavalía, *Teoría de los contratos*, 3, Parte Especial (2), Bs. As., 1992, págs. 265/268.

18 La ponencia decía: “I- Frente a la renovada importancia que han adquirido distintas exteriorizaciones del derecho real de superficie en la realidad contemporánea, es conveniente que el legislador regule su régimen, máxime en los sistemas de *numerus clausus*, pues en estos últimos el silencio legislativo provoca la imposibilidad de su aplicación”.

“II- La configuración legal debe efectuarse tanto para el ámbito de la administración pública, como para el de las relaciones entre los particulares, a través de normas que contemplen una estructuración imperativa de sus lineamientos fundamentales, que no desconozca la autorregulación de los intereses, pero que la subordine al respeto ineludible de los aspectos de orden público de la institución.”

“III- En las manifestaciones superficiarias deben distinguirse las negociaciones separadas del suelo y de lo construido sobre o debajo de él, del derecho de edificar. Las mencionadas negociaciones se enderezan desde un principio a conformar modalidades de derechos reales so-

bre la cosa propia. En cambio, el derecho de edificar que nace como derecho real sobre un inmueble ajeno -ya el suelo (proyectándose en el sobresuelo o en el subsuelo) ya la construcción existente en él- tiene como finalidad traducirse posteriormente en el derecho de propiedad de lo construido -superficiario, horizontal-.”

“IV- Si bien el derecho de propiedad sobre las construcciones debe perdurar por el tiempo que contemple cada legislación, con sujeción al contexto que la inspire, 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, porque el propio desinterés del beneficiario demuestra la inutilidad de prolongarla.”

“V- Aunque la constitución convencional de las distintas expresiones superficiarias puede ser gratuita u onerosa, es recomendable que se admita para el caso del otorgamiento del derecho real de edificar que la contraprestación, si existiera, pueda consistir en la asignación al constituyente de titularidades en lo edificado.”

“VI- Es admisible la matización de los derechos superficiarios con la previsión de condiciones resolutorias ajustadas a las finalidades perseguidas, satisfaciéndose la debida publicidad registral.”

“VII- La deseable consolidación de los derechos de los propietarios afectados y de los derechos reales superficiarios hace recomendable que ante el supuesto de enajenación de los primeros o de los segundos se contemple un adecuado derecho de preferencia para la adquisición de los titulares de unos u otros”.

“VIII- Al extinguirse el derecho de propiedad sobre la construcción superficiaria, el propietario del suelo debe afrontar las compensaciones al superficiario, si fueran pertinentes, por las obras que realizara y que subsistieran.”

“IX- La trascendencia de los intereses públicos y privados comprometidos por las manifestaciones superficiarias agudiza la necesidad de hacer efectivas las declaraciones de Buenos Aires (apartado VII de la Carta) y de San Juan de Puerto Rico (Tema III, punto 2) acerca de la intervención de profesionales del derecho en la instrumentación de las situaciones jurídicas registrables y de la autenticidad exigida para esos instrumentos.”

“X- La publicitación registral de las mutaciones jurídico-reales que conlleven las expresiones superficiarias debe reflejarse en el número de folios que mejor armonice con las peculiaridades de las diferentes técnicas registrales.”

19 Sumó su opinión favorable Andorno, Luis O., *El derecho de superficie*, Jurisprudencia Argentina 1985-III, págs. 653 y sigts.

20 Ver los valiosos trabajos de Cornejo, Américo Atilio, *El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial*, La Ley 1987-D, págs. 1200 y sigts. y de Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, 1989.

21 Se lo reguló en el Título XV: *Del derecho de superficie* del Libro III: *De los derechos reales*.

Art. 3153: El derecho de superficie concede el derecho de edificar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo construido, o de adquirir una construcción ya existente, separada de la propiedad de su emplazamiento, siempre por un plazo determinado que no exceda de cincuenta años. La construcción puede efectuarse en el suelo con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción pero que sea útil para su aprovechamiento.

Art. 3154: En todos los casos el derecho de superficie sólo puede ser constituido por escritura pública por el propietario y se extingue por su consolidación total con la propiedad.

Art. 3155: El derecho de edificar se adquiere sólo por contrato y tradición o disposición de última voluntad y se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez años.

El derecho de edificar puede ser hipotecado.

Art. 3156: La propiedad superficiaria de una construcción existente se rige por las normas aplicables al dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este derecho real.

Art. 3157: La renuncia por el superficiario del derecho de edificar, o su desuso, o el abandono de la propiedad superficiaria, no lo liberan de sus obligaciones.

En todos los casos el derecho de superficie es transferible por actos entre vivos, salvo pacto en contrario; o por muerte. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

Art. 3158: El derecho de superficie no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, si el superficiario edifica nuevamente en el plazo de diez años, o en el menor que se determine.

En el supuesto de extinción del derecho de superficie por consolidación, los gravámenes reales o personales constituidos por el propietario o el superficiario continúan con sus mismos alcances.

Producida la extinción del derecho real de superficie, el propietario extiende su dominio sobre las obras efectuadas que subsistan, indemnizando al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento.

22 Gayo Institutas, texto traducido, notas e introducción por Alfredo Di Pietro, tercera edición, Bs.As., 1987, págs. 246 y sigts.

23 Ver Jörs, Paul y Kunkel, Wolfgang, *Derecho privado romano*, traducción de la segunda edición alemana por L. Prieto Castro, Barcelona, 1937, parágrafo 90, págs. 217/218; Iglesias, Juan, *Derecho romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1965, parágrafo 81, págs. 333/334; D'Ors, Álvaro, *Derecho privado romano*, Pamplona, 1991, parágrafo 505, pág. 558; Di Pietro, Alfredo, *Derecho privado romano*, Bs. As, 1996, párrafos 279 a 281, págs. 151 a 153.

24 Di Pietro, op. cit. en nota anterior, parágrafo 55, págs. 26/27 y parágrafo 282, pág. 153.

25 Ver Ripert, Georges y Boulanger, Jean, *Tratado de derecho civil según el tratado de Planiol*, traducción de Delia García Daireaux, VI, Bs. As., 1965, Nos. 2473 y sigts., págs. 220/223; Mazeaud, Henri, Léon y Jean, *Lecciones de derecho civil*, traducción de Luis Alcalá-Zamora y Castillo, parte segunda, Vol. IV, Bs. As., 1969, N° 1361, págs. 86/87; Weill, Alex, *Droit civil. Les biens, deuxième édition*, Paris, 1974, Nos. 682 y sigts., págs. 581/584 y Nos. 691 y sigts, págs. 595/595; Malaurie, Philippe y Aynès, Laurent, *Cours de Droit civil*, T. IV, *Les Biens. La publicité foncière*, Paris, 1994, Nos. 900 y sigts., págs. 267 a 272; De los Mozos, José Luis, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, 1974, págs. 89 y sigts. y 147 y sigts.

26 Ver Roca Sastre, Ramón María y Roca Sastre Muncunill, Luis, *Derecho hipotecario*, séptima edición, III, Barcelona, 1979, págs. 623 y sigts.

27 Boletín Oficial del Estado N° 156 del 30/6/1992, pág. 4064.

28 Ver De Los Mozos, *El derecho de superficie...* cit., págs. 103 y sigts.

29 Ver De Los Mozos, *El derecho de superficie...* cit., págs. 96/97.

30 Ver González y Martínez, Jerónimo, *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil*, II, Madrid, 1948, págs. 242/243 y 261/262.

31 Ver González y Martínez, op. cit., págs. 282/285.

32 Ver De Los Mozos, *Derecho de superficie...* cit., págs. 157 y sigts.

33 *Code Civil de L'Empire du Japon, Livres I, II y III, promulgués le 28 avril 1896, traduction par I. Motono y M. Tomii*, París, 1898, págs. 66/67.

34 *Code Civil Québec. Civil Code, sous la direction de Baudouin, Jean-Louis et Renaud, Yvon*, Montreal, 1995, págs. 235/237.

35 *New Netherlands Civil Code Patrimonial Law (Property, obligations and special contracts)*, Kluwer Law and Taxion Publishers, Deventer, Boston.

36 Ver Hedemann, J. W., *Tratado de derecho civil*, Vol. II: *Derechos reales*, versión española y notas de José Luis Diez Pastor y Manuel González Enríquez, Madrid, 1955, págs. 309 *in fine*/310 *in principium*.

37 Ver De Los Mozos, *Estudios sobre derecho de los bienes*, Madrid, 1991, págs. 485 y sigts.

38 Ver Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., pág. 7.

39 Ver Diez-Picazo, Luis, *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, Madrid, 1978, N° 150, págs. 203/207.

40 Ver Llambías, Jorge Joaquín y Alterini, Jorge Horacio, *Cód. Civ. Anot. cit.*, págs. 376 a 383, en glosas a arts. 2588, 2589 y 2590.

41 Ver González y Martínez, op. cit., págs. 226/227.

42 *Manual de derecho civil y comercial*, traducción de Santiago Sentis Melendo, III, Bs.