

CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

(CONFORME AL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE LA REPÚBLICA ARGENTINA UNIFICADO CON EL CÓDIGO DE COMERCIO¹)

Por **Irene Pujol de Zizzias** y **Martha Linares de Urrutigoity**

SUMARIO

I.- Introducción. II.- Desarrollo. A) Conceptualización. 1) Definición. 2) Fundamentos. 3) Finalidades. 4) Límites. B) Clasificación. 1) Los dos planos del Derecho de Superficie. 2) Régimen jurídico de los dos planos del Derecho de Superficie. C) Derechos Reales de Garantía sobre Derecho de Superficie. 1) Hipoteca sobre Derecho Real de Superficie. 2) Otros Derechos Reales de Garantía sobre el Derecho de Superficie. 3) Efectos de la extinción del Derecho de Superficie y gravámenes constituidos. D) Aspectos registrales. III.- Conclusiones. IV.- Bibliografía especial.

I.- Introducción

Lejos ha quedado la discusión acerca de la conveniencia o no de receptor el derecho real de superficie en nuestra legislación. Las nuevas necesidades de inversión y trabajo, hoy aumentadas por la fuerte recesión, las nuevas tecnologías, la existencia de un registro que permite el conocimiento de los derechos reales por los terceros, la experiencia positiva de otros países, etc., son –entre

(1) Redactado por la Comisión designada por decreto 685/95. Firmantes: Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999.

otros— los múltiples factores que legitiman esta figura, cuya necesaria regulación vienen señalando la doctrina, los congresos y los proyectos de ley.

Nos abocaremos en este trabajo a analizar el derecho de superficie tal cual ha sido proyectado por la Comisión designada por el decreto 685/95, encargada de la redacción del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, integrada por juristas de renombre como Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman². Damos por seguro que el derecho de superficie será una herramienta muy útil para lograr la incorporación de inmuebles improductivos al circuito económico, con el consiguiente efecto multiplicador sobre la riqueza y los puestos de trabajo.

II.- Desarrollo

A) Conceptualización

1) Definición

El Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio, en su artículo 2018, dispone: *“La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración”*³.

La Comisión Redactora del Proyecto en análisis optó por regular dos planos del derecho real de superficie, diferenciándolos con normativas propias:

a) el derecho de construir o forestar: definido como un derecho real sobre cosa ajena en los Fundamentos del Proyecto⁴ y

b) la propiedad superficiaria: cuando se adquiere una construcción o forestación ya existentes: definido como derecho real sobre cosa propia en los mismos Fundamentos del Proyecto.

El Proyecto previó disposiciones generales comunes a ambas manifestaciones del derecho de superficie y normas particulares a cada una de ellas⁵. Es decir que su Comisión Redactora aceptó que se pudiera adquirir la propiedad

(2) El presente trabajo es fruto de nuestras investigaciones y ponencias presentadas en las Jornadas Nacionales sobre Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial (convocadas por las Comisiones de Legislación General de la HH. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación) y en las XXV Jornadas Notariales Argentinas, desarrolladas en Mendoza, el 16 de junio y el 2 de septiembre de 2000, respectivamente, enriquecidas por los aportes realizados por otros ponentes en aquellas Jornadas.

(3) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho Real de Superficie*, Ed. Astrea, Bs. As., 1989, pág. 57: “Su finalidad económica es la de servir a la buena conservación de los edificios.”

(4) Ver *Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio. Nota de elevación, Fundamentos y Legislación complementaria*, Abeledo Perrot, Bs.As, 1999, pág. 126.

(5) Siguiendo la metodología del Código de Italia de 1942, conforme se expresa en los fundamentos del Proyecto, pág. 126 de la obra anteriormente citada.

superficialia sobre algo ya construido o forestado sin antes haber adquirido el derecho de forestar o construir.

La Comisión I de las XXV Jornadas Notariales Argentinas se pronunció en el sentido de “considerar el derecho de superficie como un derecho real, autónomo, único y complejo, comprendiendo dentro de su estructura dos planos: el derecho de construir y plantar –como derecho real sobre cosa ajena– y la propiedad superficialia –como derecho real temporal sobre cosa propia–”, sin hacer específicamente referencia a la propiedad superficialia que se puede adquirir sobre algo ya construido o forestado. Debe advertirse que en el concepto de dicha Comisión se amplían los fines del derecho de superficie al admitir la configuración de este derecho para plantar⁶ y construir y no sólo para forestar y construir.

Respecto del plazo de 50 años se entendió que éste era aceptable, pero como se advirtió en la Comisión⁷, debería aclararse si el plazo de cincuenta años dispuesto para la renovación debe contarse desde la celebración de la renovación o desde la celebración del acto que dio lugar a la constitución del derecho de superficie. Efectivamente, ello no surge con claridad del texto del artículo que sólo expresa: “*Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración*”⁸. No obstante, de los Fundamentos del Proyecto surge claramente que la intención de la Comisión legisladora fue que el plazo deba contarse desde la celebración de la renovación⁹, por lo tanto, debería cambiarse el término “celebración” por “renovación” en el texto del artículo.

2) Fundamentos

Creemos indispensable, para un mejor entendimiento de esta figura, estudiar su **fundamento**, la razón que justifica y explica la necesidad de su existencia en nuestra legislación. En los Fundamentos del Proyecto se dice: “es razonable suponer que la superficie estimulará la construcción, pues constituirá una herramienta atractiva para los dueños de los terrenos que no pueden o no quieren construir, que tendrán la alternativa de que lo hagan terceros, con el aliciente de que aquéllos se conviertan luego en propietarios de lo construido”¹⁰. Respecto del derecho de forestar, coincidentemente se da como fundamento la estimulación de la forestación. Es decir que se indican como fines del

(6) Término que es más extenso que forestar, que sólo concierne a bosques. *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales* de Manuel Osorio, Ed. Heliasta S. R. L., Bs. As.

(7) Coincidimos con la opinión de la Dra. Alicia Puerta de Chacón vertida en el seno de la Comisión al respecto.

(8) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho Real de Superficie*, Ed. Astrea, Bs. As., 1989, pág. 57. Al tratar el tema del plazo, expresan que: “Su finalidad económica es la de servir a la buena conservación de los edificios”.

(9) “Se prevé una duración por un plazo determinado que no exceda de cincuenta años, lapso recomendado por las jornadas correntinas, pero se admite que se convenga la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda del máximo contado desde la renovación”. Fundamentos del Proyecto de Código Civil, ob. cit., pág. 126.

(10) Ver pág. 126, Fundamentos del Proyecto citado.

derecho de superficie el incentivo tanto de la construcción como de la forestación.

Nos parece conveniente profundizar un poco más esta temática, adentrándonos en la esencia de este nuevo derecho. Con tal objetivo, partiremos de la realidad económica que este derecho quiere regular, para así acercarnos a la finalidad que trata de alcanzar (causa final). Vemos en la realidad, por un lado, fondos improductivos (cuyas potencialidades económicas no están puestas al servicio de la sociedad) y, por otro lado, sectores importantes de la población con necesidades insatisfechas de trabajar, producir (construyendo, forestando, etc.) o simplemente adquirir su vivienda propia, pero que no cuentan con el capital inicial para comprar el inmueble base de sus proyectos.

Recordemos el debate acerca del carácter “absoluto” del derecho real de dominio y la tan mentada “función social de la propiedad”, que exige que el propietario explote su inmueble en consideración de un interés social, estándole vedado ejercer actos en perjuicio de la sociedad, al dejar de aportarle las riquezas que ese inmueble es capaz de producir¹¹. Hoy, luego de la sanción de la ley 17711, que modificó los artículos 1071, 2513 y 2514 del Código Civil, queda claro que el derecho de dominio (como todos los derechos) no es absoluto, en el sentido de ilimitado¹²; se trata de un derecho relativo que el titular tiene sobre la cosa de modo directo; lo que lo faculta a hacer con la cosa lo que desee siempre que no perjudique a terceros ni contrarie los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo ni las normas que lo reglamentan, ni tampoco exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres¹³. No obstante, hasta el momento no se ha incorporado expresamente en una norma de carácter general en nuestro ordenamiento jurídico la obligación del propietario de explotar sus bienes en consideración del interés social.

(11) Vélez Sársfield no se pronunció sobre si el dominio era absoluto (en el sentido de carecer de límites en su ejercicio) o, por el contrario, era relativo (condicionado en su ejercicio al bien común de una sociedad, teniendo en cuenta criterios de justicia). Esto provocó discusiones doctrinarias. Para algunos, la nota de absoluto del dominio es la ausencia de límites de alguna forma restrinjan las facultades del dueño sobre la cosa, de modo tal que éste pueda hacer con ella lo que caprichosamente quiera. La Constitución de 1949 dispuso que la propiedad tiene una función social. La ley 17711 puso fin a la polémica al haber consagrado la teoría del abuso del derecho en el artículo 1071 y al modificar los artículos 2513 y 2514 del Código Civil.

(12) En otro sentido, quienes definen la absolutez como aquella característica que confiere al titular del dominio la mayor cantidad posible de facultades sobre una cosa (*ius utendi, fruendi y abutendi*), opinan que el dominio es un derecho real absoluto. Esto no significa que sea un derecho ilimitado en su ejercicio. (Vid. KIPER, Claudio M. y LISOPRAWSKI, Silvio, *Fideicomiso. Dominio Fiduciario. Securitización*, Ediciones Depalma, Bs. As., 1995, págs. 168 y 169). Nosotras, para evitar confusiones, hemos preferido referirnos al dominio como derecho pleno y no absoluto.

(13) Un derecho ilimitado sería una concepción antisocial. La reglamentación o limitación del ejercicio de los derechos individuales es una necesidad derivada de la convivencia social. Reglamentar un derecho es limitarlo, hacerlo compatible con el derecho de los demás dentro de la comunidad y con los intereses superiores de ésta última (C. Nac. Civ., sala C, 13 de diciembre de 1965, LL 121-550; Art. de Jurisprudencia *La Ley*, t. XIII, 83 N° 612).

Pensamos que justamente el derecho real de superficie viene a incentivar el cumplimiento de esta función social de la propiedad, aunque desde la iniciativa privada¹⁴, dándoles a los particulares las herramientas necesarias para poner sus bienes al servicio de la comunidad, sin desprenderse definitiva y totalmente de ellos, antes bien, haciéndoles partícipes de los beneficios de su explotación¹⁵.

En efecto, el propietario de un inmueble que por cualquier motivo no pueda o no quiera explotarlo, pero que sin embargo no quiera desprenderse de él total y definitivamente, podría constituir sobre él derecho real de superficie, de modo tal que sea otro quien, por ejemplo, construya en él cocheras, viviendas económicas, realice explotaciones agrícolas, recicle un inmueble en ruina, etcétera¹⁶⁻¹⁷.

Así, en todos estos casos, será el notario, como intérprete de la voluntad de las partes, quien deberá plasmar tales negocios jurídicos mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución de derecho real de superficie, si es que el mismo se adaptara para satisfacer las necesidades prácticas de sus requirentes. Adviértase la importancia del notario, como artífice del nacimiento de este nuevo derecho real. De su configuración de un modo acertado dependerá la aplicabilidad práctica del derecho proyectado.

(14) “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. 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”. ALTERINI, Jorge Horacio, “Derecho Real de Superficie”, *Rev. del Notariado* N° 850, 1997, pág. 15.

(15) En sentido concordante ha dicho Messineo: “La razón práctica del reconocimiento del derecho de construir debe buscarse –además de en la utilidad de la división de la propiedad inmobiliaria por pisos horizontales, de manera que el sobresuelo y el suelo puedan pertenecer a propietarios distintos– también en la posibilidad económica de que, cuando el propietario no quiera (o no esté en situación de) levantar construcciones, u otras obras de carácter estable sobre el propio fundo, pueda otro adquirir el derecho real (perpetuo o temporal) de hacer él las construcciones y las obras y favorezca así al *progreso urbano*, con beneficio social. Se puede ver en esta posibilidad una aplicación del principio económico *de la división del trabajo*”. MESSINEO, *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, pág. 426.

Diaz Reyna opina en sentido similar al afirmar: “(el derecho de superficie) será un medio hábil –sin regulaciones estatales y respetando la iniciativa privada en la medida de su interés– de dar a la propiedad su función social”. (DIAZ REYNA, Emilio A., “Derecho real de superficie forestal: (comentario con motivo de un proyecto de ley)” *LL*. 1993 -B- pág. 912).

(16) Esta forma de hacer cumplir a la riqueza su función social es acorde con los procesos de tercerización de funciones estatales y, desde un punto de vista ius-filosófico, con el principio de subsidiariedad.

(17) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., pág. 4: “El mantenimiento de capitales inactivos contraría no sólo el fin comunitario que se pretende hacer cumplir a la propiedad, sino el interés individual del titular a quien le resulta antieconómico. Todo ello ha motivado una incentivación de las figuras coparticipativas, que ya no se miran con disfavor: varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa y eso es lo que importa. Todo ello ha justificado, si no la creación de nuevas figuras reales, el ensanchamiento de la noción misma de propiedad”.

3) Finalidades

Nos encontramos ante una disyuntiva, o frente a dos opciones posibles a la hora de legislar:

a) **Mantener la normativa del Proyecto en cuanto a los fines y fundamentación del derecho de superficie, tal cual está configurado actualmente.** Esta postura, pensamos, deja sin fundamento el derecho de superficie en su plano de propiedad superficiaria, es decir cuando se adquiere directamente la propiedad de lo ya construido o forestado. Los fundamentos que hoy nos da la Comisión Redactora, y la conceptualización de la propiedad superficiaria, son insuficientes para justificar esta figura en este plano del derecho de superficie. No vemos de qué manera se incentiva la construcción y la forestación cuando una persona adquiere una construcción o forestación ya existente sobre suelo ajeno¹⁸.

Por lo tanto, si analizamos la definición del derecho de superficie que nos proporcionan el artículo 2018 así como los Fundamentos del Proyecto y nos mantenemos dentro de una interpretación estricta de la norma proyectada, debemos concluir –para ser coherentes– **en la conveniencia de limitar el derecho real de superficie a la facultad de construir o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, suprimiendo la propiedad superficiaria.** La razón de esta posición está dada por el fundamento que ha sido puesto de manifiesto por la comisión redactora: el incentivo de la construcción y de la forestación. No se ve de qué manera directa la figura de la propiedad superficiaria, como está prevista en el Proyecto, colaboraría a lograr estas finalidades de un modo inmediato¹⁹.

Ésta fue la visión que tuvieron los romanos respecto del derecho de superficie, para quienes sólo se justificaba una ruptura o excepción al principio de *superficie solo cedit* en consideración a quien construyó un edificio sobre suelo ajeno, reconociéndole un derecho al uso y goce del mismo²⁰.

En el Derecho Comparado, la mayoría de las legislaciones no distinguen

(18) Art. 2027 del Proyecto.

(19) Ésta fue la opinión que sostuvimos en las Jornadas Nacionales sobre Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial, convocadas por las Comisiones de Legislación General y las HH. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación, celebradas en varias ciudades del país y, en particular, en Mendoza el día 16 de junio de 2000.

(20) Para el derecho romano “la superficie es un derecho real, enajenable y transmisible, que atribuye al superficiario, el pleno goce y uso de un edificio, construido por él en terrenos de un tercero con autorización de éste” (ODERIGO, Mario N., *Sinopsis del Derecho Romano*, Ed. Depalma, 1973, pág. 245, citado por GALDEANO DE GARCÍA, Nancy Noemí, “Derecho Real de Superficie en el Mundo Romano”, *Idearium* N° 18/22, 1992-1996, pág. 47.

El *Digesto* de Justiniano establece “de modo que también se hacen propietarios del suelo los que allí edifican, pero sólo mientras permanece el edificio, pues al derrumbarse el edificio, el lugar vuelve como por una especie de derecho de postliminio, a su anterior condición y si otro viene a edificar en el mismo lugar, se hará de su propiedad” (JUSTINIANO, *Digesto*, tomo I, libro I, título 8, parágrafo 6, pág. 70; versión castellana por A. D’Ors, F. Fernández-Trejero, P. Fuenteseca, M. García-Garrido y J. Burillo; Ed. Arazandi, Pamplona, 1968; citado por GALDEANO DE GARCÍA, Nancy Noemí, “Derecho Real de Superficie en el Mundo Romano”, *Idearium* N° 18/22, 1992-1996, pág. 49.

dos planos del derecho de superficie al modo como lo hace el Proyecto que analizamos (el que tuvo por principal fuente el Derecho italiano, que sí contempla dos facetas para este derecho²¹), antes bien, generalmente el derecho de

(21) Cfr. Código Civil italiano de 1942, arts. 952 a 956.

En sentido semejante, el Código Civil de Suiza de 1807 reguló el derecho de superficie configurándolo como una verdadera servidumbre consistente en el derecho de tener o de efectuar construcciones sobre o bajo un fundo ajeno. Cfr. BAQUERO, Daniela y otras, “Nuevas expresiones del Derecho de Propiedad”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Ponencias 2000, pág. 47.

En América latina, Bolivia prevé el derecho a construir en el artículo 201 y el derecho de propiedad del sobresuelo en el artículo 203. Resulta interesante conocer el régimen normativo boliviano sobre el particular:

Art. 201.- (CONSTITUCIÓN). I. El propietario de un terreno puede conceder a una persona el derecho a construir sobre el suelo, adquiriendo así el concesionario, la propiedad de la construcción. El acto de concesión puede hacerse en testamento o en contrato oneroso o gratuito celebrado en forma escrita. II. El derecho a construir es un derecho real inmobiliario.

Art. 202.- (PLAZO PARA LA CONSTRUCCIÓN; EXTINCIÓN DEL DERECHO). Si el título no ha fijado un plazo para realizar la construcción, el concesionario debe levantarla en el término de cinco años desde la fecha en que se abrió la sucesión o se hizo el contrato. Vencido el término, se extingue el derecho a construir sin obligación ninguna para el concedente quien recupera la plenitud de su derecho propietario.

SECCIÓN II. DE LA SUPERFICIE

Art. 203.- (CONSTITUCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El derecho de propiedad del sobresuelo puede constituirse: 1) Por efecto del derecho a construir. 2) Por legado o transferencia de una construcción ya hecha que constituirá una propiedad separada del suelo y subsuelo. 3) Por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno. II. Los contratos respectivos para constituir el derecho de superficie deberán necesariamente celebrarse por escrito.

Art. 204.- (DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El derecho de superficie es temporal y no puede durar más de treinta años. II. Cuando el derecho de superficie es accesorio a un contrato de arrendamiento de un terreno, sólo dura por el plazo de dicho arrendamiento.

Art. 205.- (OBJETO Y EXTENSIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. Pueden ser objeto del derecho de superficie sólo las construcciones en su integridad y que representen un todo independiente. II. El derecho de superficie se extiende a todo el subsuelo en que se apoya y sustenta la construcción. Se extiende también a otras partes del suelo que impliquen una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa. III. En caso de enajenación del suelo o de la superficie, el superficiario o el propietario del suelo, tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones frente a terceros interesados.

Art. 206.- (CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El contenido del derecho de superficie puede ampliarse o reducirse mediante contrato escrito especialmente celebrado para el efecto. En caso de reducción deberán necesariamente concurrir al acto y dar su asentimiento las personas que tengan un derecho cualquiera sobre el derecho de superficie. II. En caso de demolición o ruina, el superficiario puede reconstruir lo edificado. (Art. 204, 519 Código Civil).

Art. 207.- (EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE). I. El derecho de superficie se extingue: 1) Por los modos ordinarios de extinción de la propiedad compatibles con la naturaleza del derecho de superficie. 2) Por vencerse el término, caso en el cual el propietario del suelo deviene propietario de la construcción pagando previamente el valor de ella apreciado al hacerse el pago, salvo pacto o disposición contraria. II. Si el superficiario tiene derecho a una indemnización por hipotecas y anticresis que tenga la propiedad del sobreprecio que pasan al valor o precio de la indemnización, con el mismo rango de preferencia que los derechos gravantes.

Art. 208.- (REGLAS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA APLICABLES). Son aplicables al derecho de superficie las normas de la propiedad inmobiliaria en todo lo compatible con su naturaleza, a menos que la ley disponga otra cosa.

superficie está ligado a la idea de construcción²² o explotación de los inmuebles y, a la hora de definirlo, lo limitan a lo llamado por la Comisión Redactora “derecho de construir o forestar”²³⁻²⁴, haciendo la salvedad de que este derecho, así concebido, puede ser hipotecado²⁵.

SECCIÓN III. DE LA PROPIEDAD SEPARADA DEL SUBSUELO

Art. 209.- (NORMAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE APLICABLES). I. El propietario de un terreno puede ceder a cualquier persona la propiedad del subsuelo para hacer construcciones (Art. 111 del Código Civil). II. Las normas del derecho de superficie serán aplicadas al derecho de propiedad en todo cuanto no se oponga a su naturaleza.

(22) Así, Alemania, luego de la Segunda Guerra Mundial, regló el derecho de superficie para la reconstrucción. En el derecho alemán el objetivo del derecho de superficie es siempre edificatorio.

El derecho inglés prevé la figura del *building lease*, cuyo titular es un constructor. Cfr. BAQUERO, Daniela y otras, op. cit., pág., 47. Cfr. BACA MARTÍNEZ, Eloisa y otros, “Derecho de Propiedad”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Ponencias 2000, pág. 231.

(23) Resulta sumamente interesante destacar el caso de la legislación de España: LEY DE SUELO.

Art. 287. Derecho de superficie.-1. Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. 2. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior. 3. El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho Privado.

Art. 288. Procedimiento.-1. El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos. 2. La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad. 3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie.

Art. 289. Extinción.-1. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley. 2. El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenio entre particulares. 3. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho. 4. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario. 5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

Art. 290. Beneficios.-La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos.

(24) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., pág. 10: “Díez Picazo y Gullón dicen que es: ‘el derecho real que confiere al titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido’”.

(25) Así, Francia, Bélgica, Holanda, Inglaterra, Bulgaria, Rusia, Estados Unidos, España, México, Cuba, etcétera.

Por nuestra parte, ésta fue la posición que sostuvimos en las Jornadas Nacionales sobre Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial, convocadas por las Comisiones de Legislación General de las HH. Cámaras de Senadores y de Diputados de la Nación, desarrolladas en la ciudad de Mendoza el día 16 de junio de 2000. Es decir, no admitir la adquisición directa de la propiedad superficiaria sin antes haber adquirido el derecho de construir o forestar (no obstante, consideramos que debería utilizarse un término más amplio que “forestar”, que permitiera abarcar otras actividades lícitas).

b) **Optar por ampliar la conceptualización y los fines del derecho de superficie aceptando la adquisición directa de la propiedad superficiaria sin antes haber adquirido el derecho de construir o forestar pero con el cargo de explotarla.** Si se ahonda en el análisis de la figura, hoy observamos la conveniencia de que el legislador tenga en cuenta otras finalidades además del incentivo de la construcción y forestación, como pueden ser propiciar el acceso a la vivienda, fomentar las inversiones de cualquier tipo, otras plantaciones o explotaciones agrícolas, el desarrollo de ciertas actividades mineras, etcétera. Opinamos que sería de buena técnica legislativa prever estas otras finalidades (aunque sea de un modo genérico).

No debería coartarse la posibilidad de que este nuevo derecho real se aplicara a otras actividades distintas de la construcción y forestación, como por ejemplo, las plantaciones, explotaciones de minerales susceptibles de dominio privado, habitación, otras explotaciones agropecuarias, emprendimientos turísticos, proyectos que permitan el acceso a una vivienda más económica, mejoramiento, reciclaje o puesta en valor de construcciones ya existentes para hacerlas nuevamente útiles, etcétera²⁶.

Es muy importante que el legislador establezca cuáles son los fines de la figura con precisión, para que el notario y en ulterior instancia el juez –en el caso concreto– puedan determinar la aplicabilidad de la figura o si existe o no abuso del derecho por parte del particular (art. 1071 del Código Civil y en sentido concordante art. 396 del Proyecto). Justamente, el artículo 396 del Proyecto considera abusivo el ejercicio de los derechos, “cuando éste contraríe los fines que ella (la ley) tuvo en miras al reconocerlos”. Será el notario, en un primer momento, quien tenga que establecer si el derecho de superficie se adapta para satisfacer las necesidades que le manifiestan las partes de un negocio

(26) En este sentido, fueron muy ilustrativas las XXV Jornadas Notariales Argentinas, donde se mencionaron gran variedad y diversidad de casos prácticos en los cuales resultaría útil o conveniente la utilización de esta nueva figura jurídica. Por ejemplo, Gutiérrez Zaldívar propuso: “...el derecho debe ser extendido a determinadas plantaciones que dan sus frutos y quedan fijas al suelo por largos plazos. Tales como citrus, viñedos, olivos y nogales, u otros del mismo tipo”. Cfr. GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Alfonso, “El Derecho Real de Superficie”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Ponencias 2000, pág. 201. Asimismo, se destacó la ponencia de Maritel M. Brandi Taiana, que propuso novedosas aplicaciones del derecho de superficie, vinculadas al dominio fiduciario, la forestación y donaciones a terceros. Vid. BRANDI TAIANA, Maritel M., “Dominio Fiduciario Superficiario y algunas consideraciones sobre forestación y donaciones a terceros”, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Ponencias 2000, pág. 235.

jurídico y él deberá actuar entonces como un agente de seguridad jurídica y desde su óptica funcional de prevención de litigios.

Pensamos como se expuso en las Jornadas Nacionales sobre Unificación y Reforma del Código Civil, que la posición contraria implica fomentar desde el Estado una política económica discriminatoria, que beneficia sólo a algunos agentes económicos y priva de sus beneficios a otros, sin que exista justificación suficiente para este trato desigual, lo que atenta contra el artículo 16 de la Constitución Nacional²⁷.

Esta última posición le da al notario más herramientas cuando tiene que plasmar el negocio jurídico que se somete a su consideración, lo que redundaría en una mayor seguridad jurídica.

Pero advertimos que, en el supuesto de optar por esta segunda alternativa, el legislador debería contemplar, como causal de extinción de la propiedad superficiaria, el no uso o el abandono tácito de la misma (de modo análogo a lo que se legisló respecto del derecho de construir o forestar). Consideramos que no es conveniente limitar esta causal de extinción, en el caso de la propiedad superficiaria, sólo al supuesto excepcional de destrucción total del objeto, como está proyectado. De lo contrario, la ley estaría avalando el supuesto de una persona que adquiere una propiedad superficiaria y nunca la explota, no realiza alguna mejora, no habita ni extrae de ella algún beneficio que justifique la desmembración del derecho de dominio, con los consiguientes conflictos, dificultades y desmejoramientos de los bienes raíces que históricamente han provocado derechos tales como la misma superficie y la enfiteusis²⁸.

Por otro lado, entre las razones que da Vélez para eliminar el derecho de superficie, entre la enumeración de los derechos reales, figura el argumento que sostiene que éste “desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”²⁹. La doctrina civilista es conteste en considerar la conveniencia de que las desmembraciones al derecho real de dominio sean limitadas y en procurar evitar cargas ocultas que graven los inmuebles.

En definitiva, sostenemos que no debería coartarse la posibilidad de que este nuevo derecho real se aplicara a otras actividades distintas de la construcción y forestación. Para ello, se hace necesario que en el Proyecto se amplíe la conceptualización y los fines del derecho de superficie, admitiéndose la propiedad superficiaria pero con el cargo de explotarla. De lo contrario, si se mantiene el Proyecto en su redacción actual (en su articulado y sus Fundamentos), advertimos que se deja sin fundamento el derecho de superficie

(27) Compartimos la opinión vertida al respecto por la Dra. Ana Mavrich.

(28) En este sentido, ha dicho DIAZ REYNA: nos parece “que la intención de promover esas explotaciones cumple eficazmente con la primera de las formas (derecho de construir o plantar). La segunda (propiedad superficiaria) sólo beneficiará en cuanto busque que la explotación sea plena, cuando sin constituirse ese derecho, no sería tan eficaz por dificultades económicas o, más grave sin dudas, incuria del propietario. Pero no habiendo obra nueva no servirá para paliar la carencia de viviendas ni la deforestación”. DIAZ REYNA, ob. cit., pág. 905.

(29) Ver nota al art. 2503 C. C.

cuando éste se constituya directamente como propiedad superficiaria y, por lo tanto, debería eliminarse esta posibilidad que implica admitir una injustificada desmembración del dominio (en sentido amplio).

En sentido coincidente con nuestra ponencia, se concluyó en las XXV Jornadas Notariales Argentinas que era “necesaria la ampliación de las finalidades del Instituto a situaciones tales como construcciones, forestaciones o plantaciones en general, explotaciones mineras y demás supuestos que impliquen un aprovechamiento socio-económico de los inmuebles”³⁰.

4) Límites

Se pueden advertir dos posturas igualmente extremas: por una parte, la posición velezana, de negación total del derecho de superficie en el afán de eliminar una posible fuente de pleitos; por otro lado, la del Proyecto que enseguida analizaremos, que parece admitir el derecho de superficie de un modo amplio, sin imposición de cargo alguno en cabeza del titular de la propiedad superficiaria (salvo la carga de construir o forestar si se destruye lo construido o forestado en el plazo de diez años) de tornar productivo o útil el inmueble, postura esta que parecería disvaliosa por los argumentos vertidos.

En nuestro humilde entender, somos proclives a una postura intermedia, que relaciona las dos ponencias anteriores:

Se debería admitir el derecho de superficie con más finalidades que las actuales, pero solamente cuando se justifique para satisfacer una necesidad socioeconómica, mejorando la realidad actual, propendiendo a que los bienes cumplan su función social. Es decir que nuestra postura es amplia en el sentido de admitir el derecho de superficie con más finalidades que la construcción y forestación, pero es estricta en el sentido de no admitirla cuando la figura no sirve para hacer cumplir a los bienes su función socioeconómica.

Ésta fue también la opinión mayoritaria de los asistentes a las XXV Jornadas Notariales Argentinas, cuya Comisión I tuvo el siguiente despacho, en lo que respecta a este tema: “Se estimó necesaria la ampliación de las finalidades del Instituto a situaciones tales como construcciones, forestaciones o plantaciones en general, explotaciones mineras y demás supuestos que impliquen un aprovechamiento socio-económico de los inmuebles”³¹.

En el Proyecto se puede observar claramente que la finalidad de la Comisión Redactora ha sido la de incentivar la construcción y la forestación, no sólo porque así lo expresa en los Fundamentos del Proyecto, sino porque también ha previsto el desuso durante un plazo de diez años como causal de extinción del derecho de construir o forestar (arts. 2021 y 2026 del Proyecto) y le ha impuesto el cargo al titular de la propiedad superficiaria, para mantenerse en la titularidad de su derecho, de construir o forestar nuevamente en el plazo de diez años si se destruye lo construido o forestado (art. 2028 del Proyecto). No obstante, adviértase que en el caso de la propiedad superficiaria, el

(30) Vid. Despacho de Comisión I: “Nuevos derechos reales” b) Derecho de Superficie.

(31) Ídem.

legislador no obliga al titular que adquirió una construcción o forestación ya existente a explotarla, mejorarla o de alguna forma incorporarle una plusvalía, introducirla en el circuito económico o simplemente habitarla (si otro fin de la figura fuera facilitar el acceso a una vivienda digna). Pensamos que en estos casos el legislador debió prever la aplicación de la figura del abandono tácito, para el titular de la propiedad superficiaria que no la explota ni habita durante un cierto tiempo.

Se debería prever también respecto de la propiedad superficiaria el no uso y el abandono tácito como causal de extinción del derecho, como se hace respecto del derecho de construir y forestar; ello para evitar que este derecho de propiedad superficiaria no cumpla su función socioeconómica, para la cual se constituyó. De lo contrario, se trataría de un desmembramiento del dominio estéril, que sólo serviría como posible fuente de conflictos y que podría provocar hasta el desmejoramiento de los inmuebles³².

Así, si se prevén como causales de extinción del derecho de superficie, tanto el no uso como la renuncia o abandono, se está siendo coherente con la conceptualización de la figura, ya que –como se ha dicho– el derecho de superficie “es una relación compleja, ya que implica la facultad de construir y de mantener la construcción”. “Estas dos facultades son inseparables”. “No se puede mantener sin construir ni construir sin mantener”³³.

Consideramos inconsistente la objeción a esta postura que radica en no aceptar la extinción por el no uso o abandono tácito en caso de propiedad superficiaria porque se trata de un derecho real sobre cosa propia, a diferencia de los derechos reales sobre cosa ajena que sí admiten esta causal de extinción. En virtud de que a pesar de ser atendible dicha observación si se realiza una interpretación *de lege lata*, ella no resulta de peso cuando se analiza un proyecto de ley que modifica normas de la antigua legislación, porque es factible modificar estructuras antiguas siempre que se cuente con fundamentos para ello, como en este caso la finalidad de este nuevo derecho real.

Resulta importante destacar que esta opinión fue compartida por el resto de los asistentes a las XXV Jornadas Notariales Argentinas, cuya Comisión I tuvo el siguiente despacho, en lo que respecta a la propuesta que formulamos: “Se analizó como conveniente la incorporación del no uso o el abandono tácito, como causal de extinción de la propiedad superficiaria, justificando la necesidad socio-económica del derecho proyectado”³⁴.

(32) En igual sentido, dice Díaz Reyna: “Teniendo en cuenta el aspecto promocional que debería tener este derecho, tanto en construcciones cuanto en plantaciones u otros destinos, parecería conveniente que los plazos no sean sino breves. Si el superficiario no ejerce su derecho el interés público no se cumple y será mejor dejarlo de lado y buscar otro interesado que lo llene debidamente. Será un medio hábil –sin regulaciones estatales y respetando la iniciativa privada en la medida de su interés– de dar a la propiedad su función social”. (DÍAZ REYNA, Emilio A., “Derecho real de superficie forestal (comentario con motivo de un proyecto de ley) LL. 1993 - B- pág. 912.

(33) GALDEANO DE GARCÍA, Nancy Noemí, “Derecho Real de Superficie en el Mundo Romano”, *Idearium* N° 18/22, 1992-1996, pág. 52.

(34) Ver Despacho de Comisión I: “Nuevos derechos reales” b) Derecho de Superficie.

Obsérvese que justamente Vélez critica a la enfiteusis (ver nota al art. 2503) porque la experiencia había demostrado que “**las tierras enfitéuticas no se cultivan ni se mejoran con edificios**”. Las mismas objeciones pueden hoy ser aplicables por analogía a la propiedad superficiaria, por las grandes similitudes existentes entre ambos derechos. En consecuencia, creemos que el legislador, teniendo en cuenta esta experiencia, debe precisar los fines que la avalan y sancionar con la extinción del derecho cuando no se cumplen, para evitar desmembraciones estériles y desalentar adquisiciones de este derecho con finalidades especulativas que incluso lograrían el desmejoramiento de las propiedades (al titular no siempre le interesará introducirle una plusvalía a una propiedad que es meramente temporaria), tornando más difícil y onerosa su futura explotación. Creemos que de esta forma la propiedad superficiaria, lejos de ser innecesaria, colaboraría a introducir inmuebles improductivos al circuito económico, generando riquezas y haciendo cumplir a la propiedad su función social. Lo contrario solamente llevaría a crear un derecho que serviría como fuente de litigios, pleitos y desmejoraría los bienes raíces, como históricamente aconteció.

Asimismo, observamos que no debería coartarse la posibilidad de que este nuevo derecho real se aplicara a **otras actividades distintas de la construcción y forestación**, siempre y cuando fuera un aliciente para que la propiedad no permaneciera improductiva, y se tratara de una finalidad que entrara dentro de los fines tenidos en cuenta por el legislador al admitir esta clase de desmembración, que sirva para poder tipificar en el caso concreto si existe un ejercicio abusivo del derecho. Es cierto que el legislador puede prever la finalidad de un modo amplio, con términos como: “introducir cualquier mejora en el inmueble, explotarlo para cualquier finalidad lícita que genere un beneficio socioeconómico”.

B) Clasificación

1) Los dos planos del Derecho de Superficie

Como ya explicamos, la Comisión Redactora optó por regular dos clases o manifestaciones de derecho real de superficie, claramente diferenciadas y con normativas propias: a) el derecho de construir o forestar: definido como un derecho real sobre cosa ajena en los Fundamentos del Proyecto y b) la propiedad superficiaria: cuando se adquiere una construcción o forestación ya existente: definida como derecho real sobre cosa propia en los mismos Fundamentos del Proyecto. Para ello previó disposiciones generales comunes a ambas manifestaciones del derecho de superficie y normas particulares a cada una de ellas, siguiendo la metodología optada por el Código de Italia de 1942, conforme se expresa en los Fundamentos del Proyecto³⁵.

Las XXV Jornadas Notariales Argentinas fueron contestes en diferenciar estos dos planos dentro de la estructura del derecho de superficie: “*La propiedad superficiaria abarca tanto la titularidad sobre lo edificado y plantado por el*

(35) Fundamentos del Proyecto, en ob. cit., pág. 126.

*superficiario, como consecuencia del ejercicio de su derecho, así como también la adquisición de una construcción o plantación ya existente*³⁶. Diferenciación que no se advierte claramente establecida en el Proyecto que analizamos, que al definir la propiedad superficiaria sólo se refiere al segundo supuesto.

Sostenemos que la distinción tan tajante de las dos clases de derecho de superficie: el derecho de construir y forestar y propiedad superficiaria, es artificial o forzada. Pensamos que, en la práctica, se confunden y superponen, ya que el derecho de construir o forestar conlleva generalmente a la propiedad superficiaria³⁷, y la propiedad superficiaria cuando se destruye lo construido o forestado se convierte en derecho de construir o forestar porque no existe objeto sobre el que recaiga dicho derecho real, a pesar de que en el art. 2028 del Proyecto se disponga, en forma artificial, que ésta no se extingue. En efecto, cuando el derecho de construir o forestar ha comenzado a ejercerse, inmediatamente nace la propiedad superficiaria, porque ya existe un objeto susceptible de apropiación por el titular del derecho aunque no esté concluido³⁸. Por lo tanto, consideramos que el momento que establece el Proyecto en su artículo 2024, la conclusión de la construcción o forestación, para determinar desde cuándo estamos frente a una propiedad superficiaria, es ficticio³⁹.

Además, si se mantiene la diferenciación de regímenes, se producen situaciones de lagunas legislativas. En efecto, el artículo 2027 del Proyecto ha omitido decir que las normas sobre propiedad superficiaria, y su remisión al dominio resoluble, no sólo se aplican si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción ya existente, sino también a las construcciones o forestaciones incorporadas por el superficiario.

Esta diferenciación de regímenes es peligrosa, ya que puede ser causa de inseguridades y litigios. En efecto, el derecho de construir o forestar implica un derecho de propiedad superficiaria *in fieri*, resultando en la práctica difícil determinar cuándo termina uno y comienza el otro, más si se tiene en cuenta que el propio hecho de la construcción o forestación va generando propiedad su-

(36) Ver Despacho de Comisión I: “Nuevos Derechos Reales” b) Derecho de superficie.

(37) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., págs. 62 y 63: “El hecho de que la superficie no se extinga con la propiedad superficiaria, demuestra que ésta es sólo una manifestación de aquélla y no la superficie toda, pues de existir total identidad, la destrucción del edificio debiera producir la extinción del derecho de superficie. Por eso mismo, por subsistir el derecho de superficie a través del *ius edificandi*, permanece la obligación del superficiario de pagar la renta”.

(38) Como señala Andorno: “Resulta asimismo de interés recordar que también en el derecho francés, como lo ponen de resalto las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, en orden al tránsito del *ius edificandi* a la propiedad superficiaria, ha señalado Jean Carbonier que ‘la superficie se convierte en la **progresiva propiedad del suelo**’ (‘a medida que se va alcanzando la edificación’)” (Jean Carbonier, *Derecho Civil*, t. II, vol. I, pág. 431); citado por ANDORNO, Luis O., “El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *J.A.* 10/05/2000, Sección Doctrina, pág. 7.

(39) El art. 2024 del Proyecto que comentamos dice: “Normas aplicables al derecho de construir o forestar: El derecho de superficie se rige por las normas del derecho de construir o forestar si no se ejerce sobre una construcción o forestación concluida”.

perficiaria a medida que se avanza en su consecución⁴⁰. ¿Qué diferencia existe entre la propiedad de aquel que adquiere una construcción o forestación ya existente y la propiedad del que adquiere una construcción o forestación que él mismo ejecutó?, ¿hay alguna diferencia que justifique una regulación distinta para cada caso? ¿A partir de qué momento se pasa de un plano del derecho de superficie al otro?, ¿cuál es el hito?, ¿cuando se construyó una pared o una habitación o algún objeto con independencia funcional?; ¿cuando se forestó una determinada superficie, o cuando se obtiene un certificado final de obra, o la cosa está en condiciones de ser explotada?, ¿o cuando se alcanzó un cierto porcentaje en el avance de obra o de la forestación proyectada, o de acuerdo con lo convenido, etcétera? ¿Qué plano de propiedad superficiaria tiene el que adquirió una obra en construcción: propiedad superficiaria, derecho de construir o las dos? Son muchos los interrogantes y pocas las respuestas coherentes, seguras y ajustadas a la realidad. Nos parece que esta distinción resulta forzada, cuando se la quiere confrontar con hechos concretos de la realidad.

El mismo Proyecto, al definir el derecho de construir y forestar nos dice que es el derecho real de construir y forestar sobre suelo ajeno y “hacer propio” lo incorporado (art. 2018), mientras que la construcción o forestación no esté concluida (art. 2024). Adviértase que antes de concluir una construcción o forestación, ya se ha incorporado a ese suelo ajeno un objeto que pertenece al titular del derecho de superficie, recayendo entonces su derecho sobre cosa propia. En definitiva: ¿sobre qué recae el derecho de superficie? Será sólo un derecho real sobre cosa ajena mientras el titular del mismo no lo ejerza o permanezca inactivo. Cuando comienza su ejercicio el superficiario, comienza inmediatamente a “hacer propio” lo incorporado, con lo cual resulta efímera la diferenciación tan radical de los dos planos de la figura. Si bien teóricamente uno puede diferenciar dos planos: antes de que exista una cosa construida o forestada por el titular del derecho de superficie y después de que éste haya realizado algún objeto sobre el que pueda recaer su derecho, en la práctica, generalmente se confunden y superponen, ya que el derecho de construir o forestar conlleva, la mayoría de las veces, a la propiedad superficiaria.

Por otra parte, la característica histórica y tradicionalmente aceptada del derecho real de superficie es que éste recae sobre cosa propia (es la facultad de hacer propio lo construido o forestado sobre suelo ajeno), mientras que el derecho real de enfiteusis recae sobre cosa ajena, el enfiteuta no se convierte en propietario de lo construido. El mismo Vélez, en su nota al artículo 2503 del Código Civil, nos dice que el derecho de superficie es sobre cosa propia y el derecho de enfiteusis recae sobre cosa ajena.

Por todo lo expuesto **consideramos injustificada esta diferenciación y peligrosa, por ser una posible fuente de conflictos e inseguridades.**

(40) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit., pág. 12: “El *ius edificandi* es una facultad autónoma, pero ‘medial’, pues a diferencia de lo que hace, p. ej., el locador de obra, el superficiario no construye simplemente para construir, sino para llegar a la propiedad superficiaria. Por eso, alguna doctrina francesa ha hablado de ‘inmueble por anticipación’”.

2) Régimen jurídico de los dos planos del Derecho de Superficie

Ambos planos del derecho de superficie, derecho de construir o forestar y propiedad superficiaria, confieren a su titular en principio las mismas facultades: uso, goce, disposición jurídica y material⁴¹⁻⁴². Quedan a salvo las diferencias lógicas derivadas de la existencia o no de objeto corporal, que —a nuestro criterio— no justifican un régimen jurídico diferenciado por tratarse de posibilidades e imposibilidades materiales de ejercicio del derecho⁴³.

Respecto de las facultades de disposición jurídica que ambos planos del derecho de superficie confieren a su titular, vemos que son las mismas. El derecho de superficie es transmisible, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*; obviamente esa transferibilidad sólo opera durante el plazo de duración del derecho de superficie.

Este carácter hace sólo a la naturaleza y no a la esencia, pues se admite el pacto en contrario. En opinión de Wolff, la alienabilidad y transmisibilidad por herencia no pueden ser excluidas por acto jurídico. Esta solución puede tener apoyo gramatical en la norma proyectada, que expresamente dice: “El derecho de superficie es transferible por actos entre vivos, salvo pacto en contrario, o por muerte”.

En la legislación comparada (p. ej., el art. 159 de la Ley de Suelos de Espa-

(41) En efecto, respecto del derecho de construir o forestar, el artículo 2026 dispone: “El derecho de construir o forestar otorga el uso, goce y disposición jurídica...”, en tanto que respecto de la propiedad superficiaria, se llega a idéntica conclusión —uso, goce y disposición jurídica— por aplicación de las normas del dominio resoluble, por el reenvío del artículo 2027.

Respecto de la disposición material —la que es esencialmente propia del derecho de construir o forestar, por configurarse este derecho sobre la base de actos de disposición material como son la construcción y forestación— el artículo 2028 del Proyecto establece: “La propiedad superficiaria no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado, si el superficiario construye o foresta nuevamente en el plazo de diez (10) años, o en el menor que se determine”. Como señala Andorno, este derecho de reconstrucción a favor del superficiario se aplica ya sea en caso de una destrucción por caso fortuito o en caso de una demolición voluntaria (ANDORNO, Luis O., op. cit., pág. 10).

Se advierte, entonces, que no se justifica una dualidad de regímenes a la hora de legislar sobre las facultades que otorga a sus titulares cada plano del derecho de superficie, porque ambos titulares gozan de idénticas facultades.

(42) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., págs. 67 y 68: “La facultad de destruir la cosa, en cambio, debe ser analizada con algún detalle. Para algunos autores, la actuación del superficiario debe ser siempre *civiliter*, por lo que debe abstenerse de utilizar sus facultades de modo abusivo; debe abstenerse, además, de deteriorar gravemente la construcción o plantación realizada cuando el dueño pueda tener alguna facultad expectante. En igual sentido se ha dicho que cuando la construcción implica la contraprestación que el superficiario debe por el uso y goce de ella, o cuando la superficie se ha constituido enajenando un edificio ya existente, el superficiario está obligado a conservar la construcción, pues la solución contraria provocaría un enriquecimiento sin causa del superficiario; por ello, la destrucción culpable, en estos supuestos, traería como consecuencia la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a favor del *dominus soli*”.

(43) Por ejemplo, es materialmente imposible usar, habitar o dar en anticresis (que implica entregar la posesión del inmueble) el derecho de construir o forestar, antes de que exista algún objeto material incorporado. Estas diferencias derivadas de la naturaleza del objeto no justifican un régimen diferenciado para ambos planos del derecho de superficie, por cuanto se trata de imposibilidades materiales. Es decir que a nadie se le ocurriría habitar un espacio de aire.

ña en su redacción original) se conocen algunas limitaciones a la transferibilidad. Así, p. ej., la referida norma decía que el superficiario no podía transferir, sin el consentimiento del dueño del suelo, mientras no hubiese edificado al menos la mitad de lo convenido.

En la doctrina española se discute si la transferencia del derecho a edificar puede estar sometida a condición o plazo y, más concretamente, si el plazo puede ser inferior al que resta. De los Mozos se pronuncia por la negativa y da el siguiente ejemplo: “Se puede constituir derecho de superficie por ochenta años, pero su titular no puede transmitirlo a un tercero por cuarenta años”. En nuestra opinión, estos pactos serían válidos en los amplios términos de la norma proyectada, pues la expresión “salvo pacto en contrario”, abarcaría estas modalidades.

Respecto del derecho de tanteo o preferencia previsto en los antiguos proyectos pero no en el Proyecto comentado, consideramos aconsejable su inclusión, pues tiende a evitar que el derecho de dominio en toda su extensión permanezca desintegrado innecesariamente. Y en nuestra opinión debe comprender las dos manifestaciones del derecho de superficie. En consecuencia, si el dueño del suelo prefiere consolidar nuevamente el dominio, el superficiario no podrá transferir a un tercero en la etapa del *ius edificandi*. El procedimiento previsto es el siguiente: el superficiario debe notificar al dueño del suelo su decisión de transferir y todas las particularidades de la operación proyectada; salvo que el título disponga otro plazo, el dueño del suelo debe optar en el término de diez días.

Difieren en su regulación proyectada en cuanto a sus modos de adquisición y de extinción.

1).- Adquisición

a) *Derecho de construir o forestar*: El derecho de construir y forestar, conforme el art. 2026 del Proyecto, sólo se origina por adquisición derivada (tradicción y sucesión). Quedan vedados los modos originarios de adquisición de derechos aplicables a inmuebles: la accesión (aluvión y abulsión) y prescripción adquisitiva. Entendemos que el fundamento de tal restricción radica en la necesidad de que la desmembración del dominio tenga su origen en un acto voluntario del titular dominial del inmueble; además de resultar casi impensable que una persona sólo quiera adquirir el derecho de superficie cuando ha poseído por más de veinte años o acrece su inmueble por accesión, casos en los cuales puede adquirir lo más, que es el dominio⁴⁴.

b) *Propiedad superficiaria*: El art. 2027 del Proyecto nos remite a las nor-

(44) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., pág. 54: “No obstante, consideramos que la normativa proyectada encuentra dificultades prácticamente insalvables; hemos visto que el régimen legal es el del dominio imperfecto y éste, en cuanto tal, siempre está fundado en un título; en consecuencia, a la usucapión larga sólo podría llegarse cuando, existiendo justo título, falta, no obstante, buena fe. Pero sin título no es pensable. Adherimos a Roca Sastre cuando afirma que, a medida que se construye, si falta el título previo, todo lo que se vaya incorporando a la finca pertenecerá al dueño del suelo, impidiendo la propiedad separada”.

mas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este título. El dominio resoluble está regulado por el art. 1905 y siguientes del Proyecto. Es decir que la propiedad superficiaria se puede adquirir –al igual que el dominio sobre inmuebles– también por cualquier modo originario, aplicable a inmuebles (esto es, la accesión y la prescripción adquisitiva), además de los modos derivados (tradicción y sucesión).

Por lo tanto, la diferencia radica en que no se puede adquirir por modos originarios el derecho de construir o forestar.

Ahora nos preguntamos, ¿se justifica esta diferenciación de modos de adquirir los diferentes planos del derecho de superficie? ¿No existen los mismos motivos que hemos expuesto (desmembración del dominio por un acto voluntario e inaplicabilidad práctica de la figura) para denegar la posibilidad de adquirir por un modo originario, en la propiedad superficiaria?

Las XXV Jornadas Notariales Argentinas consideraron “conveniente vedar los modos de adquisición originarios, entre ellos la usucapión, para cualquiera de los dos planos anteriormente citados, contrariamente a lo previsto por el Proyecto de Unificación”⁴⁵.

II).- Extinción

a) *Derecho de construir y forestar*: El derecho de construir o forestar se extingue, conforme el art. 2026 del Proyecto, por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez (10) años.

b) *Propiedad superficiaria*: Igualmente le es aplicable la remisión al dominio resoluble. Cuando el Proyecto legisla sobre el dominio resoluble, el artículo 1905 establece que se extingue por el cumplimiento de una condición o plazo resolutorio. Igualmente se extingue el dominio resoluble por cualquier modo de extinción del derecho de dominio, como el abandono expreso, la destrucción o consumo material de la cosa, puesta de la cosa fuera del comercio u otros modos de extinción relativos, como la tradición⁴⁶.

Igualmente se extingue el derecho de superficie (tanto el derecho de construir o forestar como la propiedad superficiaria) por la consolidación o confusión: cuando el propietario del fundo adquiriese por algún modo el edificio efectuado por el superficiario o el derecho a edificar o plantar, o en su defecto, a la inversa, cuando el superficiario, por cualquier título, pudiese llegar a transformarse en propietario del inmueble sobre el que construyó o tiene derecho a construir⁴⁷.

(45) Ver Despacho de Comisión I: “Nuevos Derechos Reales” b) Derecho de superficie.

(46) También sería una causal de extinción del derecho de superficie (para ambos planos), como pone de manifiesto Andorno, la expropiación. En este caso, cada uno de los titulares (el titular del dominio y el superficiario) tiene derecho a recibir la parte de indemnización que corresponda al valor del respectivo derecho (ANDORNO, Luis O., op. cit., pág. 11).

(47) Como tan claramente explica Andorno: “Es lógico que la consolidación –o confusión como la llaman algunos autores– traiga como consecuencia la extinción del derecho de superficie, toda vez que este derecho real supone necesariamente la existencia de dos titulares de de-

En el caso de la propiedad superficiaria, el Proyecto se encarga de aclarar que no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de la cosa si el superficiario construye o foresta en el plazo de diez años o en el menor que se determine⁴⁸.

Comparando ambos regímenes de extinción, advertimos las siguientes similitudes y diferencias:

1- Tanto el derecho de construir o forestar como la propiedad superficiaria se extinguen en todos los casos por su consolidación total con la propiedad (art. 2022 del Proyecto, ubicado en el capítulo de disposiciones generales del derecho de superficie).

2- La renuncia está prevista para el primero, en tanto que el abandono de un inmueble, por aplicación de las normas generales del dominio, también sería aplicable para la propiedad superficiaria. Obsérvese que el artículo 2021 habla del abandono de la propiedad superficiaria. ¿En qué se diferencia la renuncia al derecho de construir y forestar del abandono de la propiedad superficiaria? Clásicamente, se ha utilizado el término “abandono” para referirse a la renuncia a un derecho real, en tanto que se aplica el término “renuncia” para los derechos personales. Tanto la renuncia al derecho de construir o forestar como el abandono de la propiedad superficiaria deberán ser expresos, manifestados por escritura pública (por tratarse de derechos reales sobre inmuebles) e inscriptos en el registro para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe (art. 2156 del Proyecto). Obsérvese que el artículo 1842 del Proyecto, que trata de los supuestos de extinción aplicables especialmente a los derechos reales, habla de abandono y no de renuncia.

3- Vencimiento de un plazo o cumplimiento de una condición resolutoria. Esta causal de extinción es aplicable a los dos planos del derecho de superficie⁴⁹.

4- El no uso durante diez años está previsto solamente para el derecho de construir y forestar. Ya comentamos con anterioridad lo acertado de esta norma⁵⁰. No está previsto el no uso como causal de extinción de la propiedad su-

rechos reales ligados entre sí, esto es, el propietario del suelo y el superficiario. Si tales titularidades se unen en una misma persona, naturalmente dejará de existir el derecho de superficie” (ANDORNO, Luis O., op. cit., pág. 11).

(48) A diferencia de la propiedad horizontal, donde si la destrucción es total o mayor a las dos terceras partes del edificio, el derecho de propiedad horizontal se extingue, subsistiendo sólo derecho real de condominio sobre el inmueble y los materiales.

(49) Para el derecho de construir o forestar, se establece en el art. 2026 del Proyecto, y respecto de la propiedad superficiaria surge del reenvío al dominio resoluble (art. 2027 del Proyecto).

(50) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., págs. 45 y 47: “Tiene su justificación en que el *dominus soli* se aviene a una derogación (suspensión temporal) de las reglas de la accesión siempre y cuando lo que se vaya a edificar tenga determinadas características, por lo que, de incumplirse sustantivamente, el efecto debe ser la extinción, de allí que se incurre en esta causal, no sólo cuando no se edifica, sino además cuando se lo hace de modo sustancialmente distinto del convenido; de lo contrario, bastaría realizar obras sin significación para escapar a la previsión legal.

Esta causal de extinción prueba que el *ius edificandi* configura un derecho real sobre cosa ajena, pues el derecho de propiedad, que se ejerce sobre cosa propia, no se extingue. También

perficiaria. No obstante consideramos, como ya hemos expuesto, que para que se justifique la propiedad superficiaria, esta causal de extinción debe hacerse aplicable a la misma, justamente para que ésta alcance su fin y se justifique la desmembración del dominio.

5- Puesta fuera del comercio: Aunque no se pronuncie el Proyecto sobre este tema, pensamos que, por su misma entidad, igualmente le es aplicable para ambos planos del derecho de superficie.

6- Con respecto a la destrucción de la cosa, el Proyecto sólo trata el tema para la propiedad superficiaria, previendo que ésta no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado si el titular superficiario no vuelve a construir o forestar en un plazo de diez años. Aquí se justifica esta previsión, ya que de no haberlo establecido el legislador, al serle aplicable las normas del dominio resoluble, podría considerarse que el derecho se extingue por la destrucción del objeto. En el caso de un derecho de construir o forestar que aún no se haya comenzado a ejercer, es inaplicable fácticamente (no hay materia que se pueda destruir). Y si se comenzó a ejercer el derecho de construir o forestar y hay algo construido o forestado, pero no se concluyó con ello, el titular del derecho debe seguir construyendo o forestando para que no se extinga su derecho por desuso.

7.- La muerte del superficiario en los dos casos no provoca la extinción del derecho de superficie sino su transmisión a los herederos, porque no está previsto, como en el caso del usufructo, que el derecho no puede durar más allá de la vida del usufructuario⁵¹.

que, durante esta etapa, el superficiario es sólo cuasiposeedor de un derecho y no poseedor del suelo, del mismo modo que el usufructuario.

Es necesario advertir que la causal de extinción no significa que exista una verdadera 'obligación' de edificar; en realidad, la situación se asemeja más a la noción de 'carga' (en el sentido usado en el Derecho Procesal); en efecto, no se trata de que el propietario del suelo tenga acción para exigir que el superficiario construya, sino que el incumplimiento por parte de éste genera como consecuencia la extinción del derecho. *Esto ha motivado que jerarquizada doctrina critique la inclusión del no uso como causal de extinción; no obstante, en nuestra opinión, la solución patentiza que el ius edificandi no sólo interesa al propietario del suelo, sino a la comunidad, evitándose de este modo la especulación inmobiliaria; es que las trabas o desmembraciones del dominio tienen justificación si favorecen la explotación del inmueble.*

El término de diez años es para concluir la obra; así, p. ej., si la construcción se comenzó y a los tres años se paralizó, el plazo no comienza a computarse entero nuevamente desde que las obras se paralizaron; es decir, la construcción no interrumpe el plazo, pues trata de plazos de caducidad que no se interrumpen ni se suspenden. La redacción del art. 2614 proyectado es clara al prever el caso de reedificación, cuando dice: 'Si el superficiario edifica nuevamente dentro de los diez años'. La misma solución debe darse para la edificación, pues no es razonable dar diferente solución a situaciones sustancialmente análogas.

El plazo se computa desde que el derecho se ha constituido, es decir, desde la entrega de la posesión con título; es insuficiente la fecha del título si no ha mediado posesión".

(51) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., pág. 49, se preguntan, en el supuesto de muerte del superficiario: "Pero ¿qué ocurre si el superficiario muere sin dejar herederos ni haber dispuesto de otro modo de su derecho? La solución era discutible en el derecho romano, la opinión prevaleciente era que en tales supuestos el fisco resultaba *ipso iure* heredero, porque siendo el derecho de superficie una parte del patrimonio, enajenable a cualquiera, debe seguir la suerte del resto (citando a GONZÁLEZ y MARTÍNEZ, *Estu-*

Consideramos que no se justifica un régimen diferenciado de modos de adquirir y extinguir para cada uno de los planos del derecho de superficie, ya que la única diferencia razonable se da en el caso de destrucción de lo construido o forestado, que es de imposible aplicación material en el caso del derecho de construir o forestar (cuando no existe aún objeto) y que podría ser contemplado por una norma específica⁵².

C) Derechos Reales de Garantía sobre Derecho de Superficie

1) Hipoteca sobre Derecho Real de Superficie

El artículo 2026 del Proyecto dispone que el derecho de construir o forestar puede ser hipotecado. Consideramos que es acertada tal previsión porque en el supuesto de que el derecho de construir o forestar no haya comenzado a ejercerse no hay objeto sobre el que pueda recaer la hipoteca⁵³.

En nuestro ordenamiento jurídico actual, la facultad de hipotecar el derecho de construir o forestar es inadmisibles, o por lo menos discutible, en virtud de los artículos 3108 y 3109 del C. C.⁵⁴ En el régimen proyectado, la legitimación para gravar con hipoteca el derecho de construir o forestar surge no solamente del artículo 2026 sino también de otros artículos del Proyecto concordantes: art. 1816 (que trata sobre el objeto de los derechos reales), art. 2092 (sobre el objeto de los derechos reales de garantía) y art. 2104 (que define la hipoteca).

Consideramos que es necesario que el derecho de superficie *ab initio* pueda ser hipotecado para estimular la constitución de este derecho (atrayendo a constructores, empresarios, inversores, que necesitan préstamos con garantías hipotecarias para llevar adelante su proyecto)⁵⁵. Si la obra ya está conclui-

dios de derecho hipotecario y derecho civil, pág. 237). Highton ha sostenido que en estos casos debiera operar la reversión al propietario del suelo, produciéndose la extinción por consolidación (HIGHTON, su ponencia a las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985). El Proyecto de unificación no ha previsto tal excepcional situación; por eso, la justa solución que propicia la profesora bonaerense encuentra escollos en la regulación proyectada; así, la superficie, a diferencia del usufructo, es transferible, por lo que no es ilógico afirmar (a falta de previsión legal) que no se extingue por la muerte... Pero debemos ser realistas; en la práctica, la superficie se extinguirá por cumplimiento de los plazos, desde que el Estado generalmente no activa de modo eficaz el trámite sucesorio correspondiente”.

(52) Ya hemos dicho que cuando éste ha comenzado su ejercicio, inmediatamente se va configurando propiedad superficiaria.

(53) Como nos ilustra Andorno, esta postura del Proyecto “es coincidente con una tendencia que se advierte, por ejemplo, en el derecho francés. En efecto, el legislador galo ha admitido la tesis del inmueble por anticipación, toda vez que conforme al art. 2133 del C. Civ. francés, luego de la reforma introducida al mismo por el decreto N° 55-22 del 4 de enero de 1955, ‘cuando una persona posee un derecho actual que lo faculta a construir a su favor sobre el fundo de otro, la misma puede constituir hipoteca sobre los edificios cuando la construcción haya comenzado o simplemente cuando la misma haya sido proyectada’ (Jean Pierre Marty, *La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie*, Paris, 1979, pág. 163)”. (ANDORNO, Luis O., op. cit., pág. 9).

(54) No obstante la posibilidad de hipotecar una parte indivisa del derecho de condominio por un copropietario, lo que en sí no es una cosa sino un derecho.

(55) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., pág. 32: “Sería posible hipotecar mientras se está construyendo; sabrá el hipotecario si su garantía es su-

da, el dinero ya no será tan necesario. Se ha dicho que denegar esta facultad sería herir mortalmente a esta figura⁵⁶.

En las XXV Jornadas Notariales Argentinas se consideró “acertada la previsión del Proyecto de poder hipotecar el derecho a construir o plantar, como asimismo la posibilidad de constituir la superficie sobre una parte materialmente determinada del inmueble”⁵⁷.

2) Otros Derechos Reales de Garantía sobre el Derecho de Superficie

En relación con el derecho real de indisponibilidad voluntaria proyectado (arts. 2133 a 2136), el artículo 2135 establece que “*pueden constituir la indisponibilidad voluntaria los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal y superficie...*” Al tratar el derecho de construir o forestar el Proyecto no aclara, como lo hace respecto de la hipoteca, si puede gravarse con este nuevo derecho real este plano del derecho de superficie. El artículo 2133, al definir la indisponibilidad voluntaria, establece que este derecho recae sobre “*cosas registrables en su totalidad o alícuotas*”.

Se puede deducir de estas normas, y de lo expuesto en los Fundamentos del Proyecto⁵⁸ (que especifica que la hipoteca puede recaer sobre el derecho de superficie en sus dos planos y que el envío de las normas especiales para la propiedad superficiaria al régimen del dominio revocable implica la posibilidad de que ésta sea también gravada con anticresis o con indisponibilidad voluntaria), que la omisión del legislador de referirse a la posibilidad o no de gravar con indisponibilidad voluntaria el derecho de construir o forestar fue voluntaria y que, por lo tanto, el legislador quiso que el derecho de construir o forestar sólo pudiera ser gravado con hipoteca y no con indisponibilidad voluntaria, ni con anticresis.

Pensamos que sería mejor negar la posibilidad de gravar con indisponibilidad voluntaria al derecho de superficie en general (en sus dos planos), ya que este nuevo derecho real, al impedir al titular la posibilidad de enajenarlo aun cuando no pueda ejercerlo él mismo, podría significar someter al inmueble a una improductividad que no se compadece con la figura, como antes hemos explicado.

ficiente o no; por supuesto que la hipoteca se extenderá a lo que se construya con posterioridad (art. 3110, Cód. Civil).

Esta solución, que cuenta con sólido apoyo doctrinal, y a la cual no se opone el texto proyecto, es la única que permitirá tener operatividad a este nuevo derecho real; en efecto, normalmente, el problema económico reside en obtener fondos para el financiamiento durante la construcción y no cuando ésta ya ha concluido”.

(56) Además, como ha dicho Díaz Reyna: “El superficiario debe poder enajenar su derecho en todo tiempo y, si puede hacerlo (lo más), debe poder gravarlo (lo menos), so pena de caer en el absurdo...” “Si puede transferir su derecho por un precio, nada puede obstar a que garantice el pago de una obligación con ese valor. Por la vía de la venta forzada judicial se transferirá el derecho de superficie con los efectos de la enajenación voluntaria”. (DÍAZ REYNA, op. cit., pág. 909).

(57) Ver Despacho de Comisión I: “Nuevos Derechos Reales”; b) Derecho de Superficie.

(58) Ob. cit., pág. 126.

3) Efectos de la extinción del Derecho de Superficie y gravámenes constituidos

El artículo 2022 del Proyecto expresa que en los casos de extinción por consolidación, los gravámenes constituidos por el propietario o el superficiario continúan con los alcances propios de cada gravamen. Pensamos que la Comisión Redactora ha querido expresar que en el caso de continuar los gravámenes, lo harán con los alcances propios de cada gravamen; es decir que no acrecerá ninguno de ellos a la totalidad del inmueble. Además, se entiende, los gravámenes constituidos por el superficiario –como dice Andorno– no podrán durar más allá del plazo de vigencia de su derecho de superficie⁵⁹.

Pensamos que se debería aclarar que siempre continuarán los gravámenes constituidos por el titular superficiario en todos los casos de extinción del derecho que implican consolidación, al modo de la Ley de Suelo española⁶⁰. De lo contrario sería aplicable el artículo 1909 del Proyecto, que al legislar sobre el dominio resoluble (aplicable por el reenvío del art. 2027 a la propiedad superficiaria) establece que el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resoluto⁶¹. De mantenerse el Proyecto tal como está, los notarios autorizantes de escrituras públicas de constitución de derecho de superficie tendrán que prever expresamente el efecto no retroactivo de la resolución del derecho de superficie, para que los dadores de préstamos hipotecarios cuenten con la seguridad necesaria para otorgar dichos créditos y, por lo tanto, los titulares de este nuevo derecho real puedan beneficiarse con créditos que requieran dichas garantías. Además, los notarios que autoricen escrituras de garantías reales sobre un derecho real de superficie deberán ser muy meticulosos a la hora de efectuar el correspondiente estudio de títulos, examinando que éstos incluyan el efecto no retroactivo de la resolución del derecho de superficie. Los títulos de derecho de superficie que no contemplen esta reserva serán objeto de observaciones por parte de los acreedores dadores de créditos.

Debería aclararse qué ocurre con los derechos reales de garantía constituidos por el superficiario, en los supuestos de renuncia, abandono, desuso o cumplimiento de condición resolutoria, cuando ésta dependa de la voluntad

(59) “De modo que el superficiario está plenamente facultado, por tanto, para hipotecar su derecho, que naturalmente no podrá durar más allá del plazo de vigencia de su derecho”. (ANDORNO, Luis O., op. cit., pág. 10)

(60) La Ley de Suelo de España establece que el derecho de superficie se extinguirá: “...Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente” (art. 289).

(61) Art. 1907: “La resolución tiene efecto retroactivo, salvo que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley”.

Art. 1909: “Si la resolución es retroactiva el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resoluto, sin perjuicio de los derechos de terceros interesados de buena fe y, en su caso, adquirentes a título oneroso, con el alcance previsto para la adquisición de derechos reales mobiliarios o inmobiliarios. Si la resolución no es retroactiva son oponibles al dueño perfecto todos los actos realizados por el titular del dominio resoluto”.

del titular superficiario. En efecto, si el titular del derecho real de superficie puede –en cualquier momento– renunciar a él, abandonarlo o resolverlo de una manera expresa o tácita, al aplicarse las normas del derecho resoluble –si no se ha pactado en contra de la resolución retroactiva (artículo 1907 del Proyecto)– se considerará extinguida la garantía, ya que el propietario del suelo adquirirá la superficie libre de gravámenes, por imperio del artículo 1909 del Proyecto. Ello desalentará el crédito a favor de los superficiarios, habiendo sido éste uno de los objetivos principales al reconocer la facultad de hipotecar el derecho de construir o forestar⁶².

Si la intención de la Comisión Redactora, al expresar en el artículo 2022 que “el derecho real de superficie se extingue en TODOS LOS CASOS por su consolidación total con la propiedad”, ha sido referirse sólo a los supuestos de consolidación (denominados así expresamente por la doctrina⁶³), que se producen por causas distintas de los otros modos de extinción enunciados (renuncia, abandono, desuso, etc.), que también, en definitiva, terminan provocando la consolidación. En virtud de lo dicho en el párrafo anterior, la supervivencia de los gravámenes con sus alcances, prevista sólo para el caso de consolidación, debería resultar aplicable a todos los supuestos de extinción enunciados con anterioridad al vencimiento del plazo de duración del derecho de super-

(62) Como muy bien ha señalado Díaz Reyna: “Los derechos constituidos por el superficiario no deben extinguirse, al menos si fueron adquiridos a título oneroso. En especial no deben extinguirse los derechos reales que el superficiario debe poder otorgar. Admitir que por vía de un acto voluntario del constituyente indirectamente se extingan los derechos por él concedidos, equivale a negarle la facultad de hacerlo, con seguridad si lo fuesen a título oneroso: nadie pagará para adquirir un derecho que pueda ser aniquilado por el transmitente en forma unilateral y cuando lo crea conveniente a sus intereses. Hasta podría ser una fuente de defraudación prevista por el inc. 11) del art. 173 del Cód. Penal (desbaratamiento de derechos acordados). Aun los acordados a título gratuito, cuando han sido base de gastos e inversiones hechos por el beneficiario, deberían conservarse vigentes. No parece suficiente que el concedente-renunciante sea responsable por daños y perjuicios. La hipoteca debe sin lugar a dudas conservar su vigencia. No cabe pensar en que pueda aceptarse en garantía un gravamen sobre un derecho que el constituyente pueda en cualquier momento hacer desaparecer. Si la creación de este derecho tendrá por fin promover la explotación de inmuebles actualmente improductivos pero potencialmente productivos, negarle la posibilidad del crédito o hacerlo inaceptable financieramente sería negar la utilidad de la ley proyectada”. DÍAZ REYNA, op. cit., pág. 911.

(63) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit.: “Opera cuando se confunden las calidades de dueño del suelo y de la edificación, a través del ejercicio del derecho de tanteo, por sucesión mortis causa, o por mutuo disenso o distracto; con referencia a éste último digamos que del mismo modo que la convención unió, desunirá, aplicándose al respecto las normas generales” (pág. 61).

“En la norma proyectada en nuestro país, salvo el supuesto de consolidación, todos los actos celebrados por el superficiario se extinguen con la superficie; en consecuencia, los contratos de locación, los gravámenes reales, etc., no son oponibles al dueño del suelo. En efecto, el penúltimo párrafo del art. 2614 sólo deja subsistentes, con los mismos alcances, los derechos constituidos por el superficiario cuando la superficie se extingue por consolidación; en este aspecto, la remisión al dominio revocable del párr. 4º, que llevaría a la aplicación lisa y llana del art. 2670 del Cód. Civil, encuentra el valladar de la modificación efectuada en la misma norma proyectada. Así, un acto de administración (p. ej., un contrato de arrendamiento) celebrado por el superficiario, nunca podrá tener un plazo de duración superior al de la superficie sin consentimiento del dueño del suelo” (págs. 65 y 66).

ficie. Pero con la aclaración de que dicho derecho real de garantía no subsistirá más allá del plazo establecido para el derecho de superficie⁶⁴⁻⁶⁵.

Por último, obsérvese que en la época de Vélez, cuando el Registro estaba previsto sólo para la hipoteca, era razonable suprimir el derecho de superficie, para evitar cargas ocultas sobre los inmuebles, que provocarían inevitablemente conflictos, por no poder ser conocidas por los afectados por ellas. Hoy, que tenemos un Registro eficiente para publicar titularidades y hacerlas oponible frente a terceros, desaparece este argumento de eliminación de este derecho real.

D) Aspectos Registrales

Respecto de la registración de este nuevo derecho real, es indispensable a los efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe (art. 1843 del Proyecto), pensamos que la técnica de registración que se dicte mediante disposiciones técnico-registrales deberá prever la forma más idónea para una correcta y segura publicidad del derecho.

En este sentido, nos pronunciamos a favor de la técnica de “submatriculación” dentro del sistema de folio real⁶⁶. Pensamos que al registrarse el derecho real de superficie, debería abrirse una submatrícula, vinculada a la matrícula madre o generatriz. Resulta necesario aclarar que la submatrícula supone una

(64) Éste es también el criterio de Andorno para quien: “Si el derecho del superficiario se extinguiere por consolidación –ya sea a través de la vía de la sucesión mortis causa o bien por actos entre vivos, mutuo distracto, etc.– los gravámenes reales (vgr.: hipoteca) o personales constituidos tanto por el propietario cuanto por el superficiario subsistirán, con sus mismos alcances, como si el referido derecho de superficie no se hubiera extinguido. Desde luego que tales gravámenes no podrán subsistir más allá del plazo convenido en la superficie. Se trata de un criterio distinto al sustentado por el artículo 2670 C. Civ., pues la referida consolidación, en la letra y en el espíritu del dicho art. 2022 del Proyecto de 1998, no podrá afectar los derechos de terceros a favor de los cuales se hubieren constituido gravámenes reales o personales” (ANDORNO, Luis O., op. cit., pág. 11).

(65) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., pág. 92: “¿Hasta cuándo subsiste? En nuestra opinión, no puede ir más allá del vencimiento del término pactado en la superficie. Es decir, si se ha consolidado el dominio y cinco años más tarde, p. ej., se cumple el término previsto en el título, ese vencimiento opera como causal de extinción de la hipoteca, pues un derecho derivado no puede tener mayores alcances que el derecho del cual depende, sin disposición legal expresa en contrario”.

(66) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída; PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., págs. 34 y 35: “De ahí que propiciemos un sistema semejante al de la propiedad horizontal; es decir, un folio con diversas submatriculas, lo que no altera la naturaleza del folio real, y facilita y clarifica la situación del inmueble. Ésta es la solución que propiciaron las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidas en Corrientes, en 1985, cuya conclusión N° 14 dispone: ‘Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real separado, pero correlacionado con la inscripción dominial’. Es también la del derecho alemán, en el cual se practica una doble inscripción: en primer término, se inscribe en el folio correspondiente, tiene folio aparte, donde se hacen constar sus propios gravámenes; en suma, como dice Wolff, el derecho de superficie es tratado como una cosa inmueble.”

En el derecho español, en cambio, el art. 162 del reglamento hipotecario expresamente dispone que no se abre nuevo folio. Aunque un sector doctrinal aprueba la solución, otro propicia su reforma. Dice Roca Sastre que, en este caso, militan razones más fundadas que en la propiedad horizontal para abrir nuevo folio”.

desmembración dentro de un mismo inmueble (el matriculado como madre); es decir que ambas (la matrícula y la submatrícula) son un único inmueble. Consideramos que con este método se pueden registrar de un modo más claro el derecho de dominio, el derecho de superficie, o multiplicidad de derechos de superficies sobre partes materialmente determinadas del inmueble, sus gravámenes, medidas cautelares, transferencias, cancelaciones, etc. y, al mismo tiempo, las vicisitudes que sufra el dominio remanente (sus propios gravámenes, transferencias, medidas cautelares, etc.)⁶⁷. Tanto la matrícula madre como la/las submatrícula/s deberán reflejar referencias recíprocas, para evitar fugas registrales y facilitar un estudio de títulos, a modo de desgloses y procedencias⁶⁸.

Como muy bien lo pone de manifiesto Díaz Reyna, a la hora de cancelar la/las submatrícula/s abierta/s en ocasión de la registración del derecho de superficie, deberán estar cancelados todos los gravámenes constituidos por el superficiario, o bien, en caso de continuar éstos, la/las submatrícula/s tendrá/n por titular/es al mismo titular del dominio del fundo⁶⁹.

Además, pensamos como conveniente la confección de un plano de mensura, para una mejor determinación del objeto registrable (principio de especialidad registral) y para la obtención de la nomenclatura catastral correspondiente al derecho desmembrado, que deberá consignarse en la submatrícula que se origine.

En el caso de estar sometida la propiedad superficiaria a una condición o plazo resolutorios, también la submatrícula correspondiente deberá dejar constancia de ello, por analogía con el dominio resoluble.

La submatrícula deberá precisar el objeto sobre el que recae el derecho de superficie (eje de su ordenación), su ubicación en el inmueble (sobre o bajo el suelo), su superficie y linderos (puede darse el caso de multiplicidad de derechos de superficies sobre un mismo inmueble) y todos los datos necesarios para una correcta determinación del mismo en virtud del principio de especialidad.

No creemos necesario complementar este folio real con un Registro de títulos constitutivos de derechos de superficie (a diferencia de la Propiedad Horizontal que incluye también un Registro de incorporación o enlegajamiento), ya que además de estar otorgados por escritura pública (lo que da la posibilidad de ser consultada por los interesados, mediante la pertinente remisión que se hace en la submatrícula), todos los datos de relevancia registral que puedan

(67) Ésta es también una propuesta de Díaz Reyna a la hora de tratar la registración del derecho de superficie. Cfr. DIAZ REYNA, op. cit., pág. 916.

(68) Las XXV Jornadas Notariales Argentinas, en su despacho de Comisión I, establecieron: “Desde el punto de vista registral se propició la publicidad de este derecho mediante la técnica de submatriculación”.

(69) “Para cancelar la submatrícula y el asiento de la desmembración será necesario que hayan sido cancelados todos los gravámenes que pudiesen afectar el derecho de superficie y, cuando la consolidación o confusión no produzca la extinción de ellos convendrá registrar como titular del derecho de superficie al titular de dominio del inmueble” (DIAZ REYNA, Emilio A., op. cit., pág. 916).

contener tales títulos pueden ser extractados del mismo por el Registrador y volcados a la matrícula y submatrículas correspondientes, mediante la técnica de la inscripción. Esta labor se vería significativamente simplificada mediante la implementación de una rogatoria formal, con minutas tipo, elaboradas por el notario autorizante del acto o cualquier interesado en asegurar el derecho inscripto. En este sentido, el registro funcionaría de modo parecido a la inscripción del dominio fiduciario, con la pertinente remisión al título que le da origen, el que deberá ser objeto de calificación notarial.

III.- Conclusiones

1º) Pensamos que la recepción en nuestro Derecho del derecho real de superficie puede incentivar el cumplimiento de la función social de la propiedad, aunque desde la iniciativa privada, dándoles a los particulares las herramientas necesarias para poner sus bienes al servicio de la comunidad, sin desprenderse definitiva y totalmente de ellos, antes bien, haciéndolos partícipes de los beneficios de su explotación.

2º) Creemos que no debería coartarse la posibilidad de que este nuevo derecho real se aplicara a otras actividades distintas de la construcción y forestación, para ello se hace necesario ampliar la conceptualización y los fines del derecho de superficie en el Proyecto. De lo contrario, si se mantiene el Proyecto en su redacción actual (en su articulado y sus Fundamentos), advertimos que se deja sin fundamento el derecho de superficie en su plano de propiedad superficiaria, ya que la misma no incentiva la construcción y forestación de un modo directo.

3º) Sería conveniente admitir el derecho de superficie con más finalidades que las actuales, pero solamente cuando se justifique para satisfacer una necesidad socioeconómica, mejorando la realidad actual, propendiendo a que los bienes cumplan su función social. Es decir que nuestra postura es amplia en el sentido de admitir el derecho de superficie con más finalidades que la construcción y forestación, pero es estricta en el sentido de no admitirla cuando la figura no sirve para hacer cumplir a los bienes su función socioeconómica.

4º) Consideramos que, de admitirse la configuración directa de un derecho de propiedad superficiaria sin adquirir previamente el derecho de construir o forestar (cuya conveniencia es discutida, como se analizó), se debería prever también respecto de la propiedad superficiaria el no uso o el abandono tácito como causal de extinción del derecho, como se hace respecto del derecho de construir y forestar. Ello para incentivar que los bienes cumplan su función económica, para la cual se receptó la propiedad superficiaria. De lo contrario, se aceptaría un desmembramiento del dominio estéril, fuente de conflictos y que hasta podría desmejorar los bienes raíces, como ya aconteció o bien lo recuerda Vélez en la nota al artículo 2503 del C.C.

Además, cabría preguntarse por qué el legislador se preocupa tanto de que realmente se cumpla la finalidad del derecho y, por lo tanto, se construya o foreste cuando se otorga un derecho de construir o forestar (sancionando al

titular que no lo usa con la extinción de su derecho); y en el supuesto de la propiedad superficiaria admite una clase de desmembración sin cargo. No obstante y a pesar de que la propiedad superficiaria es un derecho real sobre cosa propia, puede observarse que se ha impuesto una carga o cargo al titular de este derecho en caso de destrucción del objeto, obligando al propietario a construir o forestar y sancionándolo con la pérdida de su derecho. Consideramos que las cargas sobre el titular debieran extenderse a todos los casos y no quedar reducidas a un supuesto excepcional como la destrucción total del objeto. ¿Qué pasa si la cosa se destruye parcialmente?, ¿no está obligado el titular del derecho a repararla, mejorarla, hacerla producir?

5°) Sostenemos que la distinción tan tajante de los dos planos del derecho de superficie: el derecho de construir y forestar y propiedad superficiaria, es artificiosa o forzada en la práctica. Pensamos que, aunque diferenciables teóricamente, en la realidad generalmente se confunden y superponen, ya que el derecho de construir o forestar conlleva a la propiedad superficiaria. Además, si se mantiene la diferenciación de regímenes, se producen situaciones de lagunas legislativas. En efecto, el artículo 2027 del Proyecto ha omitido decir que las normas sobre propiedad superficiaria, y su remisión al dominio resoluble, no sólo se aplican si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción ya existente, sino también a las construcciones o forestaciones incorporadas por el superficiario.

Esta diferenciación de regímenes es peligrosa, ya que puede ser causa de inseguridades y litigios. En efecto, el derecho de construir o forestar implica un derecho de propiedad superficiaria *in fieri*, resultando en la práctica difícil determinar cuándo termina uno y comienza el otro, más si se tiene en cuenta que el propio hecho de la construcción o forestación va generando propiedad superficiaria a medida que se avanza en su consecución. Pensamos que no existe diferencia entre la propiedad de aquel que adquiere una construcción o forestación ya existente y la propiedad del que adquiere una construcción o forestación que él mismo ejecutó. No advertimos diferencia alguna que justifique una regulación diferente para cada caso. Además, pensamos que es imposible en la práctica precisar en qué momento se pasa de un plano del derecho de superficie al otro. En tal caso, habría que determinar cuál sería el hito que marcaría dicho paso: ¿cuando se construyó una pared o una habitación o algún objeto con independencia funcional?; ¿cuando se forestó una determinada superficie o cuando se obtiene un certificado final de obra o la cosa está en condiciones de ser explotada?; ¿o cuando se alcanzó un cierto porcentaje en el avance de obra o de la forestación proyectada, o de acuerdo con lo convenido, etcétera? Opinamos que el Proyecto no aclara qué plano de propiedad superficiaria tiene el que adquirió una obra en construcción: propiedad superficiaria, derecho de construir o las dos? Vemos que son muchos los interrogantes y pocas las respuestas coherentes, seguras y ajustadas a la realidad. Nos parece que esta distinción resulta forzada, cuando se la quiere confrontar con hechos concretos de la realidad.

6°) Respecto del plazo en el caso de renovación, pensamos que debería

aclararse que los cincuenta años son desde la renovación y no desde la celebración del primer acto constitutivo que dio lugar al derecho de superficie.

7º) Ambos planos del derecho de superficie, derecho de construir o forestar y propiedad superficiaria, confieren a su titular en principio las mismas facultades (goce, disposición jurídica y material), salvo las diferencias lógicas derivadas de la existencia o no de objeto corporal, que no justifican un régimen diferenciado por tratarse de imposibilidades materiales de ejercicio del derecho.

Creemos que debería incluirse el derecho de tanteo para propender a que el dominio no permanezca desmembrado innecesariamente.

8º) La legislación proyectada ha regulado separadamente los modos de adquisición y de extinción del derecho de construir y forestar y de la propiedad superficiaria:

a) **Adquisición:**

I) *Derecho de construir o forestar:* El derecho de construir y forestar, conforme el art. 2026 del Proyecto, sólo se origina por adquisición derivada (tradición y sucesión). Quedan vedados los modos originarios de adquisición de derechos aplicables a inmuebles: la accesión (aluvión y abulsión) y prescripción adquisitiva. Entendemos que el fundamento de tal restricción radica en la necesidad de que la desmembración del dominio tenga su origen en un acto voluntario del titular dominial del inmueble; además de resultar casi impensable que una persona sólo quiera adquirir el derecho de superficie cuando ha poseído por más de veinte años o acrece su inmueble por accesión, casos en los cuales puede adquirir lo más, que es el dominio.

II) *Propiedad Superficiaria:* El art. 2027 del Proyecto nos remite a las normas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este título. Éste está regulado por el art. 1905 y siguientes. Es decir que la propiedad superficiaria se puede adquirir –al igual que el dominio sobre inmuebles– también por cualquier modo originario, aplicable a inmuebles (es decir, la accesión y la prescripción adquisitiva), además de los modos derivados (tradición y sucesión).

Pensamos que no se justifica esta diferenciación de modos de adquirir los diferentes planos del derecho de superficie, porque existen los mismos motivos que hemos expuesto (desmembración del dominio por un acto voluntario e inaplicabilidad práctica de la figura) para denegar la posibilidad de adquirir por un modo originario, en la propiedad superficiaria.

b) **Extinción:** Comparando ambos regímenes de extinción advertimos las siguientes similitudes y diferencias:

1- Tanto el derecho de construir o forestar como la propiedad superficiaria se extinguen en todos los casos por su consolidación total con la propiedad (art. 2022 del Proyecto, ubicado en el capítulo de disposiciones generales del derecho de superficie).

2- La renuncia está prevista para el primero, en tanto que el abandono de un inmueble, por aplicación de las normas generales del dominio, también sería aplicable para la propiedad superficiaria. Tanto la renuncia al derecho de

construir o forestar como el abandono de la propiedad superficiaria deberán ser expresos, manifestados por escritura pública (por tratarse de derechos reales sobre inmuebles) e inscriptos en el registro para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe (art. 2156 del Proyecto).

3- Vencimiento de un plazo o cumplimiento de una condición resolutoria. Esta causal de extinción es aplicable a los dos planos del derecho de superficie.

4- El no uso durante diez años está previsto solamente para el derecho de construir y forestar. Ya comentamos más arriba lo acertado de esta norma. No está previsto el no uso como causal de extinción de la propiedad superficiaria. No obstante consideramos, como ya hemos expuesto, que para que se justifique la propiedad superficiaria, esta causal de extinción debe hacerse aplicable a la misma, justamente para que ésta alcance su fin y se justifique la desmembración del dominio.

5- Puesta fuera del comercio: Aunque no se pronuncie el Proyecto sobre este tema, pensamos que, por su misma entidad, igualmente le es aplicable para ambos planos del derecho de superficie.

6- Con respecto a la destrucción de la cosa, el Proyecto sólo trata el tema para la propiedad superficiaria, previendo que ésta no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado si el titular superficiario vuelve a construir o forestar en un plazo de diez años. Aquí se justifica esta previsión, ya que de no haberlo establecido el legislador, al serle aplicable las normas del dominio resoluble, se extinguiría. En el caso de un derecho de construir o forestar que aún no se haya comenzado a ejercer, es inaplicable fácticamente (no hay materia que se pueda destruir).

Consideramos, por lo tanto, que no se justifica un régimen diferenciado de modos de adquirir y extinguir para cada uno de los planos del derecho de superficie, ya que la única diferencia razonable se da en el caso de destrucción de lo construido o forestado, que es de imposible aplicación material en el caso del derecho de construir o forestar y que podría ser contemplado por una norma específica.

9º) El Proyecto debería regular el derecho de superficie sin un régimen diferenciado para cada plano de este derecho, aun si se acepta la configuración directa del derecho de propiedad superficiaria. Previendo como modos de adquirir este derecho sólo los modos derivados y como modos de extinción específicos: el abandono expreso y tácito (o desuso), cumplimiento del plazo o condición. Aclarándose que la propiedad superficiaria no se extingue en caso de destrucción del objeto si ésta se construye o foresta en el plazo de 10 años. En todo lo no contemplado deberá preverse la aplicación supletoria de las normas de derecho resoluble en todo lo que fuere compatible con la naturaleza del derecho de superficie constituido.

10º) La aclaración del Proyecto en su artículo 2026 acerca de que el derecho de construir o forestar puede ser hipotecado es acertada, porque en el supuesto de que éste no haya comenzado a ejercerse no hay objeto materia sobre el que recaiga la hipoteca. Consideramos sumamente importante que el derecho de superficie *–ab initio–* pueda ser hipotecado para estimular la

constitución de este derecho (atrayendo a constructores, empresarios, inversores, que necesitan préstamos con garantías hipotecarias para llevar adelante su proyecto); de lo contrario, este nuevo derecho real se vería dificultado en su aplicación práctica.

11º) Pensamos que sería mejor negar la posibilidad de gravar con indisponibilidad voluntaria al derecho de superficie en general (en sus dos planos), ya que este nuevo derecho real, al impedir al titular la posibilidad de enajenarlo aun cuando no pueda ejercerlo, podría significar someter al inmueble a una improductividad que no se compadece con la figura, como antes hemos explicado.

12º) Pensamos se debería aclarar que siempre continuarán los gravámenes constituidos por el titular superficiario en todos los casos de extinción del derecho que impliquen un hecho voluntario del titular superficiario (renuncia, abandono, condición resolutoria sujeta a un hecho o acto del titular, desuso, etc.). De lo contrario, sería aplicable el artículo 1909 del Proyecto, que al legislar sobre el dominio resoluble (aplicable por el reenvío del art. 2027) establece que el dueño perfecto readquiere el dominio libre de todos los actos jurídicos realizados por el titular del dominio resoluto. De mantenerse el Proyecto tal como está, los notarios autorizantes de escrituras públicas de constitución de derecho de superficie tendrán que prever expresamente el efecto no retroactivo de la resolución del derecho de superficie, para que el titular de éste pueda beneficiarse con créditos que requieran garantías hipotecarias. Además, los notarios que autoricen escrituras de garantías reales sobre un derecho real de superficie deberán ser muy meticulosos a la hora de efectuar el correspondiente estudio de títulos, examinando que éstos incluyan el efecto no retroactivo de la resolución del derecho de superficie. Los títulos de derecho de superficie que no contemplen esta reserva serán objeto de observaciones por parte de los acreedores dadores de créditos.

13º) Por último, respecto de la registración de este nuevo derecho real, la que es indispensable a los efectos de su oponibilidad frente a terceros interesados de buena fe (art. 1843 del Proyecto), pensamos que la técnica de registración que se determine mediante disposiciones técnico-registrales deberá prever la forma más idónea para una correcta y segura publicidad del derecho:

a) Nos pronunciamos a favor de la técnica de “submatriculación” dentro del folio real, porque pensamos que con ella se pueden registrar de un modo más claro el derecho de dominio, el derecho de superficie, o multiplicidad de derechos de superficies, sus gravámenes, medidas cautelares, transferencias, cancelaciones, etc. y, al mismo tiempo, las vicisitudes que sufra el dominio remanente (sus propios gravámenes, transferencias, medidas cautelares, etc.). Tanto la matrícula madre como la/las submatricula/s deberán reflejar referencias recíprocas, para evitar fugas registrales y facilitar un estudio de títulos, a modo de desgloses y procedencias.

b) En el caso de estar sometida la propiedad superficiaria a una condición

o plazo resolutorios, también la submatrícula correspondiente deberá dejar constancia de ello, por analogía con el dominio resoluble.

c) La submatrícula deberá precisar el objeto sobre el que recae el derecho de superficie, su ubicación en el inmueble (sobre o bajo el suelo), su superficie y linderos (puede darse el caso de multiplicidad de derechos de superficies sobre un mismo inmueble) y todos los datos necesarios para su correcta determinación, en virtud del principio de especialidad en cuanto al objeto .

d) No creemos necesario complementar este folio real con un registro de títulos constitutivos de derechos de superficie (a semejanza con la propiedad horizontal que incluye también un registro de incorporación o enlegajamiento) ya que, además de estar otorgados por escritura pública (lo que da la posibilidad de que sea consultado el título por los interesados, mediante la pertinente remisión en la submatrícula), todos los datos de relevancia registral que puedan contener tales títulos pueden ser extractados del mismo por el registrador y volcados a la matrícula y submatrículas correspondientes, mediante la técnica de la inscripción. Esta labor se vería significativamente simplificada mediante la implementación de una rogatoria formal, con minutas tipo, elaboradas por el notario autorizante del acto o cualquier interesado en asegurar el derecho inscripto. En este sentido, el registro funcionaría de modo parecido a la inscripción del dominio fiduciario, con la pertinente remisión al título que le da origen, el que deberá ser objeto de calificación notarial.

IV.- Bibliografía especial

- ALTERINI, Jorge H., "Derecho Real de Superficie", *Rev. del Notariado* N° 850, 1997, pág. 9.
- ANDORNO, Luis O., "El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998", *J. A.* 10/05/2000, Sección Doctrina, pág. 2.
- AZPEITÍA, Alberto M. y de Hoz, Armando, "Problemática de las nuevas expresiones del derecho", Seminario Laureano Arturo Moreira, setiembre de 1991, pág. 3.
- DIAZ REYNA, Emilio A., "Derecho Real de Superficie Forestal", Comentario con motivo de un proyecto de ley, *LL.* 1993 -B-, pág. 903.
- FONTBONA, Francisco, "Derecho Real de Superficie", *Revista del Notariado*, N° 859, pág. 1767.
- GALDEANO DE GARCÍA, Nancy Noemí, "Derecho Real de Superficie en el Mundo Romano", *Idearium* N° 18/22, 1992-1996, pág. 45.
- GOLDENBERG, Alicia E. y Gómez de la Lastra, Manuel C., "Los fondos fiduciarios de inversión directa y el derecho real de superficie, pilares para el desarrollo forestal argentino", *J. A.* 12 de agosto de 1998, págs. 1-5.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho Real de Superficie*, editorial Astrea, Bs.As., 1989.
- MESSINEO, F., *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III, págs. 418-436, Bs. As., Ediar, 1954.
- SARUBO, Oscar, "Escrituras de constitución de dominio superficiario y de derecho de edificar: modelos", *Revista Notarial*, N° 920, pág. 146.
- VILLANUEVA, Antonio Miguel, "El derecho de superficie y el condominio vinculado", *Revista Notarial* N° 895, pág. 979.