

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

***PROPIEDAD SUPERFICIARIA. EDIFICACIONES EN TERRENO AJENO,  
PÚBLICO O PRIVADO. SOBREELEVACIÓN(\*) (546)***

FRANCISCO I. J. FONTBONA

**SUMARIO**

I. Propiedad superficiaria. Edificaciones en terreno ajeno, público o privado.  
1. Conceptos previos: el dominio. El dominio directo y el dominio útil. 1.1. La "accesión" en los inmuebles, en general. Su naturaleza. La "accesión" en la división parcelaria, en el inmueble común y en la propiedad horizontal. 1.2. Naturaleza jurídica de la "propiedad horizontal". La "propiedad exclusiva" y la "propiedad de las cosas comunes". Lo principal y lo accesorio. Edificio, terreno y demás bienes comunes. 1.3. La llamada "sobreelevación" (sobreedificación) en un "suelo" o terreno, o sobre un edificio común y sobre los edificios ya divididos horizontalmente. 1.4. La propiedad superficiaria; su caracterización. El dominio del terreno o del terreno y un edificio y el dominio superficiario. 1.5. El derecho moderno de superficie a través de la ley española sobre el régimen del suelo y ordenación urbana. II. Conclusiones.

**I. PROPIEDAD SUPERFICIARIA. EDIFICACIONES EN TERRENO AJENO,  
PÚBLICO O PRIVADO**

**1. Conceptos previos: El dominio. El dominio directo y el dominio**

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

**útil.**

Nuestro Código Civil, como la mayoría de tales normas jurídicas, prevé en su art. 2506 que el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona.

Si bien nuestra ley de fondo no formula esta división y caracterización, el dominio comprende - en lo inmobiliario - el llamado dominio directo y el denominado dominio útil.

El dominio directo es la propiedad del suelo, y el dominio útil, la del uso y goce del vuelo y del subsuelo o de uno cualquiera de ellos.

El sitio o solar no edificado, dice el diccionario de la lengua, es el suelo, por lo que terreno y suelo vendrían, de alguna manera, a ser sinónimos. Y vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo o sobre un edificio. El subsuelo, por asimilación, vendría a constituir - en igual jerarquía jurídica - no un antónimo del vuelo, sino un espacio cuya caracterología resulta similar.

El suelo, físicamente o, mejor dicho, geoméricamente, es un polígono, es decir, un plano que se ubica en la capa térrea. Y el vuelo es el espacio aéreo o subterráneo que existe sobre un terreno o sobre un edificio o debajo de ambos. El vuelo y el subsuelo tienen tres dimensiones, por regla general. Erróneamente, a mi juicio, desde hace un cierto tiempo, al vuelo se lo denomina equivocadamente cubo de aire.

Entendemos que el espacio - aéreo o subterráneo -, que va usque ad coelum et ad inferos, no ofrece la forma de cubo. Más bien son "poliedros", que en algunos supuestos de formas regulares no niego que puedan ser "cubos"; pero, por lo general, constituyen o tienen formas irregulares.

Pero como no se trata de una cuestión geométrica, sino de un hecho o situación jurídica, formulamos la siguiente pregunta previa: ¿el "cubo de aire" o el "espacio subterráneo", dentro de la legislación civil, tiene o es susceptible de poseer un "valor económico"? En segundo lugar, preguntamos: ¿existe alguna restricción al respecto -tanto en alto como en profundidad - o se extienden indefinidamente hacia "los cielos" y hacia "los infiernos"?

Inmediatamente, inquirimos: ¿qué trato debe darse al espacio aéreo y al subsuelo, tanto en el inmueble común - suelo simplemente -, respecto de la "accesión" y en la "propiedad horizontal"?

**1.1. La "accesión" en los inmuebles, en general. Su naturaleza. La "accesión" en la división parcelaria, en el inmueble común y en la propiedad horizontal**

Comúnmente se afirma que la "accesión" es el "modo" de adquirir el dominio. Ello significa que el propietario "hace suya" una cosa a la que la obra del hombre le agregó o pudo agregarle algo.

Es así como nuestro Código Civil, en su artículo 2571, establece que se adquiere el dominio por "accesión", cuando alguna cosa mueble o inmueble acreciere a otra por adherencia natural o artificial. Le son concordantes los artículos 2316, 2321, 2331, 2332, 2550, 2524, inc. 3º, 2592, 2606 y 2693.

El art. 2588 establece que cuanto se edicare, sembrare o plantare, con semillas o materiales propios en terreno ajeno, el dueño del terreno tendrá derecho de hacer suya la obra, siembra o plantación, previa indemnización

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

correspondiente al edificante, sembrador o plantador de buena fe, sin que éste pueda destruir lo que hubiere edificado, sembrado o plantado, no considerándolo el dueño del terreno. En cambio, si se ha edificado, sembrado o plantado de mala fe, como prevé el art. 2589, el dueño del terreno puede pedir la demolición de la obra y la reposición de las cosas a su estado primitivo, a costa del edificante, sembrador o plantador. Pero, si quisiere conservar lo hecho, debe el reembolso de los materiales y de la mano de obra.

El art. 2590, a su vez, contempla el supuesto de que haya mala fe, no sólo del que edifica, siembra o planta, sino también del dueño, en cuyo caso establece los derechos de uno y de otro, que se arreglarán según lo dispuesto respecto del edificante de buena fe. Califica la mala fe del dueño, siempre que el edificio, siembra o plantación se hiciere a la vista y ciencia del mismo y sin su oposición.

En este aspecto, nuestro Código Civil es concluyente y muy expreso. Además, dada la fuerte inspiración romanista que impera en este cuerpo legislativo, resulta fácil inferir que quien tiene pleno derecho a edificar o sobreelevar un terreno es únicamente su propietario. Rige pues, sin atenuantes el principio romano de superficies solo cedit.

Es así como el art. 2518 establece que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. Es decir, que su propiedad es también del "vuelo", o espacio aéreo, y del subsuelo.

Además, como el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo, puede elevar sobre él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas y otras ventajas, y puede demandar la demolición de las obras del vecino que, a cualquier altura, avanzaren sobre su espacio.

El art. 2519, a su vez, dispone que todas las construcciones, plantaciones u obras existentes en la superficie o interior de un terreno se presumen hechas por el propietario del terreno y que a él le pertenecen si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos cualquiera que fuere el valor de los trabajos.

Nuestra doctrina y jurisprudencia reconocen que este artículo establece dos presunciones: una iuris tantum, relativa a que las construcciones que han sido hechas por el propietario del terreno, y la otra, iuris et de iure, en cuanto a la propiedad de las construcciones; pero sin embargo, advierte que, aunque la prueba producida - de que la edificación ha sido hecha por el dueño - la eficacia, en contrario de dicha prueba, solamente configura la existencia de un crédito contra el dueño, en favor del verdadero constructor, por el monto de la construcción.

Todo lo expuesto rige, sin atenuantes, en relación no solamente con el suelo o terreno común, sino también con referencia al inmueble corriente, en general, tanto respecto del "vuelo", como de su subsuelo.

Queda por elucidar cómo o de qué manera se interpreta la "accesión" con respecto a un edificio dividido en "propiedad horizontal", porque debemos deducir que lo expuesto ha sido - con claridad meridiana - total y exclusivamente con relación a la "división parcelaria".

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

¿Por qué denominamos o hablamos de "división parcelaria"? Lo hemos utilizado sencillamente por una conveniencia idiomática, para diferenciar la situación jurídica que la "accesión" crea o se podría referir al supuesto de edificios divididos horizontalmente. Porque no tenemos duda que la "accesión" a que nos hemos estado refiriendo se relaciona exclusivamente con el suelo o terreno e incluso a éste edificado, en cualquier medida y forma, entendiendo que la expresión "parcelaria" constituye la fracción menor de las divisiones, en el ámbito de la agrimensura.

En doctrina - especialmente la que podríamos denominar extranjera a la de nuestro país - se sostiene que en la propiedad horizontal se quiebra el principio de la "accesión", porque esa forma de dividir o separar el suelo del "edificio", se hace a costa de la "accesión", porque el "edificio" ya no resulta ser de propiedad del dueño del "suelo" o terreno, y éste queda como de propiedad común de los propietarios del edificio y hasta en calidad o condición de accesorio de aquél. En esta forma de dominio existe, por otra parte, una yuxtaposición de propiedades.

Nosotros no sostenemos que la "accesión" quiebra en la propiedad horizontal o sea respecto de los edificios divididos por pisos o por departamentos en un mismo plano o en planos verticales. Sobre este aspecto, simplemente sostenemos que, en el caso de la horizontalidad, la "accesión" queda "suspendida". ¿Por qué suspendida? Por la sencilla razón de que, en el derecho real de la propiedad horizontal, la "accesión" renace luego de terminado el edificio, en favor del consorcio de propietarios, o sea en beneficio de la totalidad de los condueños. Ello está plenamente avalado en nuestra ley, nuestra doctrina y nuestra jurisprudencia. Además, la legislación extranjera, en general, confirma nuestro aserto.

**1.2. Naturaleza jurídica de la "propiedad horizontal". La "propiedad exclusiva" y la "propiedad de las cosas comunes". Lo principal y lo accesorio. Edificio, terreno y demás bienes comunes**

Como ya lo afirmamos, este derecho real, según lo prevén en nuestro país los arts. 1º, 2º y 3º de la ley de la materia N° 13512, está pergeñado por la citada yuxtaposición de dos derechos: uno, de la propiedad exclusiva de los distintos pisos o distintos departamentos de un mismo piso, en un edificio de una sola planta, con salida directa o por medio de un pasaje común, a la vía pública, pudiendo pertenecer cada sector singular a más de una persona, en forma independiente, exclusiva y excluyente. El segundo derecho lo constituye el del "condominio" indiviso del terreno y demás bienes o cosas comunes del edificio y del "suelo" o terreno, bienes que se usan y gozan por los comuneros, sin perjudicar los legítimos derechos de los demás.

En nuestra ley y en todas las leyes similares de los países extranjeros al nuestro, lo constituye o configura "el edificio". Lo "accesorio" lo constituyen el "suelo" o "terreno" y todos los demás "bienes y cosas" de uso y propiedad común.

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

Tampoco puede afirmarse seriamente que exista propiedad horizontal con sólo uno de dichos derechos de propiedad, por ejemplo, el "terreno" o una porción de éste. Por ello, preguntamos: ¿Cómo podría admitirse la existencia de un instituto de esta naturaleza solamente con la propiedad de un elemento "accesorio" como lo es el "suelo"?

Por ello, afirmamos que no puede existir propiedad horizontal: 1º Sin el edificio terminado, y 2º Sin las propiedades exclusivas - departamentos, locales, etc.- resultantes de la división del edificio. La sola existencia de un terreno o suelo no "implica ni significa o constituye" una propiedad horizontal.

**1.3. La llamada "sobreelevación" (sobreedificación) en un "suelo" o terreno, o sobre un edificio común y sobre los edificios ya divididos horizontalmente**

Fácil resulta entender que sobreelevar o sobreedificar es "construir" por un tercero -no por el dueño - sobre el terreno o "suelo", o sobre lo ya edificado de un inmueble o sobre edificios divididos horizontalmente.

En nuestro país, por ejemplo, no se le concede ni confiere al constructor el derecho de "propiedad" de los pisos, plantas o simplemente construcciones, en forma o de manera independiente del derecho de propiedad del dueño, ya sea del suelo, de lo ya edificado o de quienes son condueños en la propiedad horizontal de un edificio.

No pueden existir o coexistir DOS DUEÑOS. Dicho en otros términos no reconocemos la propiedad sobre el "dominio directo" y la que resulte del "dominio útil". No existe el derecho real de "propiedad superficiaria". Está prohibido por el art. 2614 de nuestro Código Civil. Para nuestra legislación existe una excepción, a la vez que una prohibición de carácter general. Ella se refiere al edificio dividido en propiedad horizontal. En efecto, para dar "estado de propiedad horizontal" a un edificio, como queda dicho, es necesario que esté construido. Pero puede darse el supuesto de que ese edificio esté en parte construido y en parte en construcción o simplemente en proyecto.

En nuestro país, solamente se puede dividir horizontalmente un edificio por una "declaración de voluntad" del o de los dueños, quienes le imponen el llamado Reglamento de Copropiedad y Administración. Puede, también, acontecer que un edificio dividido horizontalmente sea sobreelevado o sobreedificado.

Como el Reglamento de Copropiedad y Administración es simultáneamente la expresión volitiva antedicha y el título de propiedad de las unidades singulares en que se dividió el edificio, también puede resultar: 1º El concedente o autorizante de la sobreelevación o sobreedificación, y 2º El título de propiedad de quien o quienes construyan las unidades simplemente proyectadas, o las que estén en construcción y no fueron dadas de alta simultáneamente con ese instrumento o, de las unidades de propiedad exclusiva construidas a posteriori, por el consentimiento unánime de los condueños, integrantes del ente que nosotros denominamos "consorcio de propietarios".

Hemos hablado, también, de una "prohibición". Sí, ella existe en la propia

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

ley de la materia, como una excepción de lo que al respecto establecen otras leyes similares de otros países. En efecto, el art. 7° de nuestra ley de propiedad horizontal N° 13512, establece: "Art. 7. - El propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros departamentos o pisos; al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez de la casa, como excavaciones, sótanos, etc.; toda obra nueva que afecte el inmueble común, no puede realizarse sin la autorización de todos los propietarios."

Existe, por tanto, una prohibición expresa al propietario del último piso y al de la planta baja o subsuelo; pero, también - en forma expresa - se faculta a la "totalidad" de los propietarios para decidir la ampliación, modificación, sobreelevación o sobreedificación, en el caso de la propiedad horizontal.

**1.4. La propiedad superficiaria: su caracterización. El dominio del terreno o del terreno y un edificio y el dominio superficiario.**

En nuestro país, el profesor Guillermo L. Allende, en su obra conocida como Tratado de la enfiteusis y demás derechos suprimidos o restringidos por el Código Civil, al citar el mencionado art. 2614 del Código, dice que nuestro codificador no incluyó el "derecho de superficie", entre los que dicha norma admite, solamente dentro del plazo de cinco años como máximo.

Su opinión la funda en la propia concepción de nuestro ilustre codificador, don Dalmacio Vélez Sársfield, quien, en la nota inserta en el art. 2503, dice que la "superficie" no puede constituirse por breve término, sino a perpetuidad o por un largo plazo. Este autor argentino, Allende, analiza el origen y naturaleza de este derecho, que se originó quizás en las postrimerías del derecho romano y se incorporó a la legislación española, a la alemana, a la italiana, a la suiza, etcétera.

¿Qué es este derecho; en qué consiste; cuál es su naturaleza jurídica y cómo se lo caracteriza? En primer lugar nos referiremos, como ya lo hicimos, a la "accesión", de cuya "quiebra" hablan algunos autores. Nosotros decimos de su "suspensión", casi en forma "permanente" para este derecho real dominial, que admite o, mejor dicho, instituye DOS PROPIETARIOS: el del suelo o del suelo y edificio, denominado genéricamente dominus soli, y el "propietario superficiario", quien está facultado para usar y gozar, también a título de dueño, de la accesión, haciendo plantaciones (en su concepto primigenio) o construcciones, generalmente, con el cargo de realizar el pago de cierta suma de dinero, en forma periódica o de una sola vez. Este cargo, o mejor dicho "canon", jurídicamente hablando, ha sido conocido con la denominación de "solario".

Este derecho, no solamente fue conocido y practicado en la antigüedad, sino que es letra viva en los tiempos modernos. Hasta se llegó a decir que la ciudad de Cartago fue construida bajo el imperio de este derecho, porque, al parecer, el suelo era exclusivamente estatal. En consecuencia, la propiedad superficiaria era el dominio de los edificios.

Recordamos que fue un derecho vigente en los Estados Pontificios, en beneficio de hebreos, por lo que allí se conoció o se lo denominaba con una

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

palabra de esos pueblos: el ius de gazagá, que en su concepción y traducción primigenias significaría posesión permanente. En Suiza se practica el derecho sobre tierras del Estado, como es el caso del Palacio de las Naciones Unidas, cuyo título de propiedad, en la ciudad de Ginebra, es de propiedad superficiaria, o sea del edificio exclusivamente.

La historia del derecho nos enseña que el concedente del derecho, el dueño del dominio directo, o sea del "suelo", puede ser el Estado, de sus dominios privados sobre los terrenos, como el particular, en su condición también de dueño del suelo, en relación con sus parcelas.

Siguiendo el examen de este derecho, señalamos que el propietario del "dominio útil" puede conceder el "dominio directo" temporalmente o a perpetuidad. Si lo de la concesión es temporal, el "dominio útil", al cabo del plazo convenido, se consolida con lo construido por motivo del "dominio útil". También es posible que la propiedad horizontal se configure con el "dominio útil", en cuyo caso el que nosotros llamamos "consorcio de propietarios" abonará al propietario del "suelo" (dominio directo) el "solario" o canon respectivo.

El profesor de la Universidad de Sevilla, Antonio Gullón Ballesteros, en el año 1960, dio a luz un excelente estudio sobre la "superficie urbana". Si bien este autor se queja de que la legislación no da una definición precisa sobre la "propiedad superficiaria", él la califica como "la concesión a un tercero del derecho de construir en suelo ajeno haciéndose propietario de la edificación" (La superficie urbana [El derecho de superficie en la ley del suelo y legislación hipotecaria], Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1960), pág. 15. Además, caracteriza a la "superficie" con vida autónoma, porque - dice, pág. 25 - "implica una evidente derogación del principio de accesión, reconocido en nuestro Código Civil en su artículo 358. Hasta tal punto es así, que podemos afirmar que superficie implica una renuncia al derecho de accesión hecha por el propietario del suelo ajeno en favor del superficiario".

Este autor también sostiene (pág. 40) que la "propiedad superficiaria supone, de acuerdo con la definición que hemos expuesto de la superficie, la existencia de un derecho de propiedad sometido ad tempus. La edificación pertenece a un titular, mientras que el suelo, a otro". Y hasta admite una variante de la que no hemos hecho mención alguna hasta este momento, cual es la que contiene un interrogante expuesto seguidamente y que dice: ¿Puede entonces considerarse la posibilidad de que el dominus soli enajene la construcción ya existente sobre un fundo, creando una propiedad separada y teniendo ésta la característica de propiedad superficiaria con los derechos ajenos a la misma?".

También este autor especifica los "modos" de constitución de la superficie. Al efecto, asevera (pág. 59) que la "legislación española existente en la actualidad sobre la superficie no limita los modos en los que puede constituirse la superficie. Solamente la L.d.S. (Ley del Suelo), tratándose del Estado y demás personas públicas, impone la subasta o adjudicación directa (art. 158, párrafo 3º, contrario sensu). La misma situación se da en el artículo 16 del R.H. (Reglamento Hipotecario) al decir el párrafo D) que

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

habrá que determinarse el canon o precio que satisfará el superficiario, «si el derecho de constitución es a título oneroso».

Seguidamente contempla el caso muy frecuente de que la concesión del suelo se constituye corrientemente como derecho real, por supuesto del suelo, "a cambio de un canon o precio alzado". Comenta que el art. 158 de la ley española de que se trata contempla "la reversión, pero del todo o parte" de lo construido al dueño del suelo. Sostiene que ello es "materia que cae en el ámbito de la autonomía de la voluntad de los titulares del derecho del suelo, y superficie la forma de regular la contraprestación por la concesión derecho a construir".

Dice, también, que si "se ha pactado la reversión gratuita del dominus soli de lo edificado, puede surgir la duda de si la superficie ha sido constituida gratuitamente. El valor de la construcción en el momento en que la reversión opera sería indudablemente el correspondiente de la concesión superficiaria, para la que habría de estimarse de esencia en el instituto como ha sido configurado en la L.d.S. (Ley del Suelo) que el superficiario tenga derecho a una indemnización a la extensión de la superficie . . . "

Otro autor español, don Vicente Guilarte Zapatero, en su libro El derecho de superficie (trabajo realizado por la beca concedida por la Fundación Juan March, el año 1959) en la publicación de la Editorial Aranzi, de Pamplona, en 1966, hace un estudio integral de este interesante instituto.

Este jurista trata el tema en forma muy extensa y con absoluta profundidad, bajo diferentes fases y con una sistemática de suma relevancia. La brevedad del presente estudio nos impide comentar extensamente el pensamiento dogmático de Guilarte sobre este derecho real. Pero, séanos permitido, al menos, extractar algunas de sus brillantes consideraciones:

a) Pone de manifiesto que "el término superficie, en un sentido amplio, pero propiamente jurídico, tiene distinto significado en el Derecho romano y en los Derechos modernos. En aquél, se entiende por superficie el amplio derecho de goce que corresponde al facultado por el dueño del terreno para elevar una construcción o para ocupar los bienes que haya sobre la superficie. En los Derechos modernos, es la facultad de elevar o mantener una edificación, obra o plantación en suelo ajeno como propia" (pág. 1);

b) "Resulta incierto el origen del derecho de superficie. Sin embargo, existe casi absoluta unanimidad entre los romanistas al considerar como situación originaria las relaciones surgidas en suelo público mediante la concesión que hace el magistrado a los particulares que, en base a la misma, edifican sobre tal terreno disfrutando de la construcción" (pág. 5);

c) Al tratar la evolución dogmática de la institución, en cuanto al concepto "superficie" y "accesión" (págs. 11 y sigtes.) pondera la "atenuación" de este último concepto y hasta, quizá, su suspensión, como también de su quiebra (pág. 29);

d) Formula brillantes consideraciones sobre el contenido de la relación superficiaria; del derecho de disposición del contenido activo del derecho del superficiario; de las obligaciones del superficiario; de los derechos y obligaciones del dominus soli; de la extinción del derecho de



**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

superficie; de la falta de pago del solorium; del abandono; del no uso y prescripción extintiva, y de otros modos de extinción;

e) Formula un detallado estudio sobre las manifestaciones de la institución en algunas legislaciones históricas (págs. 59 y sigtes.), especialmente referido al derecho germánico, al derecho de los Estados italianos, al derecho francés, al derecho inglés y, finalmente, en este aspecto, en el derecho histórico español, estudiando la regulación de Las Partidas, la Ley 74 de Toro y la "consideración de la superficie según la doctrina anterior al Código Civil";

f) Al referirse a la codificación y el derecho de superficie, analiza con detenimiento el Derecho francés, el Código Civil prusiano, el Código austríaco y la Ley de 1912, el Código holandés y la Ley belga de 1824, el Código suizo, el Derecho de superficie en el Derecho alemán (resaltando que el tema regulado por el B.G.B. fue sustituido por la famosa Ordenanza del 15 de enero de 1919), el Derecho de superficie en la codificación italiana" (especialmente en el Código de 1865 y en el Código de 1942), y el Derecho de superficie en Portugal;

g) Se refiere extensamente a la naturaleza jurídica del derecho de superficie (pág. 133), sobre cuya conceptualización formula una "síntesis crítica de las teorías utilizadas para explicar la naturaleza del derecho de superficie", fundada en la "conceptualización romana", en las "otras teorías utilizadas", como la caracterización en el derecho español, tanto en las normas del Código Civil, como en la Ley del Suelo y de Ordenamiento Urbano del año 1956, finalizando con el examen de las normas de aplicación y el contenido del derecho de superficie.

No puedo dejar de mencionar, y lo he hecho adrede, quizá al más enjundioso y completo de los estudios sobre el "derecho real de superficie", que realizó el ilustre jurista e hipotecarista español don Jerónimo González y Martínez, en los Estudios de derecho hipotecario y derecho civil, que publicó el Ministerio de Justicia (Sección Publicaciones) en su honor y homenaje. Recomiendo muy especialmente estudiar, en el tomo II, las conscientes fundadas y científicas consideraciones que este jurista hace del "derecho de superficie". Estimamos que resulta hasta una herejía pretender resumir este brillante estudio, que solamente en su pág. 300 formula la "bibliografía" tomada en consideración y que abarca a más de 100 autores, nacionales de España y extranjeros. Este estudio no ha sido superado hasta el presente.

**[1.5. El derecho moderno de superficie a través de la ley española sobre el régimen del suelo y ordenación urbana.](#)**

La ley de que se trata, en su texto original y en el aspecto de la propiedad superficiaria, decía:

"SECCIÓN 3ª. Cesión de derechos de superficie.

Art. 157. 1. El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario.

2. Será transmisible y susceptible de gravamen, con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo.

3. Se regirá por las disposiciones contenidas en esta Sección, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado.

Art. 158. 1. La concesión de derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa, con arreglo a los preceptos de la Sección segunda de este Capítulo.

2. En todo caso deberá ser 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, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado al término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez.

Art. 159. 1. El superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas.

2. La infracción a este deber provocará siempre la extinción del derecho de superficie, sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

3. En tanto no hubiere edificado en la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho, sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario.

Art. 160. 1. En toda enajenación onerosa, el concedente ostentará derecho de tanteo y, a falta de preaviso formal y expreso, de retracto, cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1637 y siguientes del Código Civil.

2. En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, retracto.

Art. 161. 1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas.

2. Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión.

3. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía.

4. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los de superficiario, los derechos reales que recayeran sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

Esta ley, de la que transcribimos solamente cuanto se refiere a la institución del "derecho de superficie", se sancionó originariamente el 12 de mayo de 1956.

Tenemos noticias de que su texto fue refundido el 9 de abril de 1976, sustituyendo con tal motivo su redacción primera por una posterior ley que, en materia de urbanismo, regla una nueva figura que se denomina "volumen de construcción", es decir "volumen edificable o edificabilidad de los terrenos urbanos".

Aunque no conocemos el texto de esta ley que regula el "volumen" de lo construible, podemos afirmar que se trata del sistema urbanístico de las ciudades, y que responde a las llamadas "restricciones" y "factibilidades" del dominio, de carácter administrativo, que nuestro Código Civil las prevé en su art. 2611, el que determina que "las restricciones impuestas al dominio privado - sólo - en el interés público, son regidas por el derecho administrativo".

En 1977, el Registrador de la Propiedad de España, don Pedro J. Amengual Pons, notario del Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Cataluña, en un trabajo presentado al III Congreso Internacional de Derecho Registral, destacaba la "posibilidad que tiene un terreno urbano de ser edificado dentro de las limitaciones de la ley (se refería a la del volumen de lo edificable)". Y agregaba, como consecuencia, que "Salta a la vista la importancia que adquiere esta segunda figura (la del volumen edificable o edificabilidad de los terrenos urbanos) ya que determina de una manera casi absoluta el valor y la importancia de los solares en los centros urbanos. Tanto más valor tendrá una parcela o un solar cuanto mayor sea su volumen edificable".

## **II. CONCLUSIONES**

Creemos que del examen de todo lo expuesto, surge, en forma incontrovertible, que tanto para fomentar el aumento de la vivienda como la simplificación de los trámites documentales, y en especial la REDUCCIÓN eventual de sus COSTOS RESULTA recomendable la implantación de un régimen fácil, equitativo y liberal de la PROPIEDAD SUPERFICIARIA en su forma más moderna y que congenie o sea compatible con las normas del urbanismo, especialmente en cuanto facilite y posibilite el mayor volumen de lo edificable por parte del propietario superficiario. Lo propio es ACONSEJABLE en todas las formas de la llamada SOBREELEVACIÓN. En tal sentido, SUGERIMOS una DECLARACIÓN EXPRESA Y

**REVISTA DEL NOTARIADO**  
**Colegio de Escribanos de la Capital Federal**

CONCRETA de la IV CONVENCION DEL INSTITUTO JURIDICO de la  
UNION INTERAMERICANA DE AHORRO Y PRESTAMO.