

LA DIRECCIÓN

DOCTRINA

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE(*)⁽¹⁾

MARÍA T. ACQUARONE DE RODRÍGUEZ, ALBERTO M. AZPEITÍA, SUSANA M. BONANNO, ÁGUEDA L. CRESPO, MARCELO A. DE HOZ, VIVIANA M. DINER, CATALINA DONELLY, LUCÍA H. FERRARI, ÁLVARO J. LEIGUARDA, AMALIA M. LUJÁN y MIGUEL A. SARAVI

SUMARIO

Introducción. I. Regulación del instituto en nuestro Código Civil: causas y fundamentos de su supresión. 1.1 Introducción. 1.2 Reseña histórica. 1.3 Pensamiento de Vélez Sársfield. 1.4 Caracteres del derecho real de dominio en el Código Civil de Vélez Sársfield. 1.5 Extensión del derecho real de dominio. II. Importancia de este derecho en el siglo actual: planteamiento de la necesidad o conveniencia de su incorporación. 2.1 Evolución fáctico - jurídica del concepto de derecho de propiedad. 2.2 Recepción de estas ideas en nuestra legislación. 2.3 Aplicación concreta del derecho real de superficie. III. Naturaleza jurídica. A. Teorías que lo asimilan a otros institutos jurídicos. PJ. Teorías que lo consideran como dominio dividido. C. Teorías que lo consideran como un derecho real específico. IV. Caracteres. 4.1 Real. 4.2 Temporal. 4.3 Transmisible. V. Elementos personales, reales y formales. 5.1 Elementos personales. 5.2 Elementos reales. 5.3 Elementos formales. VI . Adquisición, ejercicio y

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

extinción del derecho de superficie. A. Adquisición. B. Ejercicio. Derechos y obligaciones de las partes. a) Derechos del superficiante. b) Obligaciones del superficiante. c) Derechos del superficiario. d) Obligaciones del superficiario. VII. Extinción A. Causas de extinción. B. Efectos de la extinción. Derechos reales constituidos. Arrendamientos concertados por el superficiario. Ponencia. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN

Desde hace varias décadas la economía de nuestro país se encuentra afectada por la ausencia de inversiones de capitales. La escasez de viviendas, la pobre explotación de bienes públicos las grandes extensiones de tierras privadas inexploradas, son consecuencia de lo expresado. Ello es así, por cuanto los capitales no encuentran seguridad en los destinos a los que deberían estar afectados. Así. en las poblaciones urbanas, el alto costo de los terrenos, las normas edilicias que encarecen los mismos, la falta de financiación, hacen que cada día sea más improbable el acceso a una vivienda digna. Por otra parte, la legislación actual hace problemático el acceso a tierras urbanas con destino a la instalación de industrias o comercios ya que en materia locativa, establece un plazo máximo de duración de la relación contractual, que no permite amortizar la inversión en la infraestructura y material necesario para la explotación.

En el ámbito rural, la situación es por igual desalentadora. La forestación y reforestación va perdiendo cada día más interesados, dado que los propietarios de las tierras, con toda la carga fiscal que soportan, producen tan sólo para cubrir sus costos. A su vez, tamaño empresa de desmonte no puede ser realizada por el propietario, por la gran erogación que ello implica, debiendo recurrir a terceros o empresas intermedias que lo realicen.

Por su parte, el Estado, a través de sus organismos financieros (Banco Hipotecario Nacional, Banco de la Provincia de Buenos Aires, Banco de la Nación Argentina, etc.), intenta paliar el problema otorgando créditos, que implican una solución parcial, sin llegar a la raíz del conflicto.

Ante este panorama, nosotros como juristas conocedores del derecho:

¿podríamos emplear algo para mejorar esta realidad? Esta es la intención que nos convoca. Tratar entre todos de aportar nuestro tiempo y nuestro conocimiento, para encontrar una solución jurídica que disminuya en lo posible las carencias actuales. Dentro de nuestro derecho, como una solución tentativa, encontramos al "viejonuevo" derecho real de superficie. Observamos que la revitalización de este instituto plantea un camino a seguir en esta problemática, al separar el "adquirir" del "construir" o del "plantar", con lo cual la situación se nos plantea como menos gravosa, al recaer ambas actividades sobre sujetos distintos. Este derecho nos permite ser propietarios de construcciones o plantaciones sin tener que adquirir, a veces a un elevado costo, los terrenos sobre los que aquéllas se asientan, produciendo la suspensión temporaria del principio jurídico de accesión. A su vez, este derecho nos da un título de propiedad de carácter real, no

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

precario, sobre la mejora realizada. Su correcta aplicación conducirá seguramente a la reactivación de la industria de la construcción de las zonas marginadas, de las tierras fiscales improductivas y otorgará, a las clases sociales carenciadas, aquel tan arraigado anhelo de tener su "techo propio".

I. REGULACIÓN DEL INSTITUTO EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL: CAUSAS Y FUNDAMENTOS DE SU SUPRESIÓN

1.1 INTRODUCCIÓN

Es manifiesta la falta de regulación de este derecho real en nuestro ordenamiento legal. Uno de los principios reguladores de los derechos reales es el del numerus clausus (art. 2502, Cód. Civil), que implica no sólo la prohibición de crear otros derechos reales que los enumerados por la ley, sino también impedir la libre configuración de los derechos reales ya tipificados.

Cabe aclarar que Vélez Sársfield no sólo no lo configura (arts. 2502 y 2503) sino que lo excluye expresamente en el art. 2614.

En breves líneas pretendemos indagar las causas y fundamentos de la supresión del derecho de superficie. Podríamos adelantar que, a todas luces, parecería justificada esta supresión, teniendo en cuenta el contorno social político y económico del mundo que rodeó a nuestro legislador. No es sorprendente entonces esta actitud legislativa de Vélez sabiendo además que la corriente codificadora del siglo pasado no era partidaria del derecho de superficie, salvo en muy pocas excepciones; en cambio nos hallamos ahora en tiempos de resurgimiento del mencionado instituto.

1.2 RESEÑA HISTÓRICA

Al decir de Vélez (véase nota al art. 2503), el derecho del superficiario consistía en poder hacer obras y plantaciones adherentes al suelo, sobre las cuales se tenía un derecho de propiedad, independientemente del que tenía el propietario del terreno, el cual podía - por derecho propio - hacer trabajos subterráneos bajo la misma superficie que pertenecía a otro (siempre y cuando no perjudicase los derechos del superficiario, así como éste no podía deteriorar el fondo del terreno).

Como se sabe, en Roma la propiedad de la superficie - - según la norma del derecho civil - no podía ser distinta de la propiedad del suelo. Consecuentemente, el propietario del suelo, lo era también de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con el material de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales y también el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo. Sucedió así que, por ejemplo, si alguien hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella.

El derecho pretoriano sale al paso de esto, concediendo al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad o por largo tiempo. Esta medida implicó abrir una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

brecha al derecho de superficie que, desde entonces, como una desmembración del dominio, podía ser transmitido o enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, etcétera.

Es pues, en el ordenamiento justiniano donde el derecho de superficie queda plasmado y estructurado como un verdadero derecho real sobre la cosa ajena, provisto del interdicto - superficiebus - para hacerse mantener en la posesión.

Es éste el derecho romano que influyó - especialmente a través de los trabajos de Giosa - en el derecho civil español; derecho que rigió a las Indias y al Virreinato y que, como es sabido, regulaban la institución del derecho de superficie. Sin embargo, nuestro codificador prefirió suprimirlo, optando por atenerse al derecho romano primitivo o "derecho romano puro", como él mismo lo denomina.

1.3 PENSAMIENTO DE VÉLEZ SÁRSFIELD

Fiel al pensamiento liberal del siglo XIX, nuestro codificador era contrario a toda disociación jurídica del inmueble, en razón de considerar - con los economistas de su época - a la libre circulación de los bienes como fuente de la riqueza.

En el país existente en la época a que nos referimos, la población era extremadamente escasa, el territorio muy extenso y urgía la necesidad de cultivar y poblar.

Por eso mismo convenía también legislar dando seguridad al inmigrante: se podría decir que el Código de Vélez fue un código colonizador.

Estas razones lo llevan a configurar al dominio como un derecho absoluto, perpetuo y exclusivo. En opinión de Enrique Martínez Paz, Vélez organiza la propiedad con un carácter aún más absoluto que el derecho romano. Pensando como Alberdi que si no se declara inviolable por todos sus lados no pasa de ser un fantasma seductor: "Sostiene además, que nace siempre del trabajo y que la circulación libre es el único medio eficaz de acrecentar la fortuna privada o pública. Por consiguiente, suprime las hipotecas tácitas, prohíbe los mayorazgos y los censos, limita la duración del usufructo, el arrendamiento y el estado de indivisión, por perjudiciales a la vida económica." (Levaggi, Abelardo, en Historia del derecho de las obligaciones, contratos y cosas.)

El propio Vélez, en la nota al art. 2503, fundamenta la supresión del derecho de superficie de la categoría de los derechos reales que tipifica, aduciendo que éste " . . . desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos...", por lo que reputa más conveniente "...aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que edificase v plantase en suelo ajeno".

Este breve esquema del pensamiento de nuestro legislador, nos lleva a considerar que su postura ha sido claramente justificada y fundamentada, sin perjuicio de que, al mismo tiempo, comprobemos que estos argumentos no son válidos para nuestros días v estemos a favor de la regulación de este derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

1.4 CARACTERES DEL DERECHO REAL DE DOMINIO EN EL CÓDIGO CIVIL DE VÉLEZ SÁRSFIELD

Por las razones expuestas nuestro codificador organiza al dominio como un derecho real de carácter absoluto, exclusivo y perpetuo.

a) Carácter absoluto: El dominio es el derecho real que mayor cantidad de facultades otorga a su titular sobre la cosa. Este carácter no surge expresamente del articulado del Código aunque Vélez lo menciona en la nota al art. 2513. Por otra parte, si Vélez, siguiendo a Aubry y Rau (Cours de droit civil français, 3ª Ed., II, pág. 151), lo define como un "derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona" (conf. art. 2506), es indudable la existencia del carácter absoluto del dominio.

Vélez Sársfield acepta la posibilidad del titular de la cosa de "destruirla" o "degradarla" (art. 2513 anterior a la reforma de la ley 17711), aludiendo en la nota al mencionado artículo que "los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad pero no constituye por sí mismo, un modo del ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban..." y agrega "... Pero es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta confiere el derecho de destruir la cosa. Toda restricción tendría más peligros que ventajas. Si el gobierno se constituye juez del abuso, ha dicho un filósofo, no tardaría en constituirse juez del uso y toda verdadera idea de propiedad y libertad sería perdida".

b) Carácter exclusivo: Con respecto al carácter exclusivo, el codificador lo menciona expresamente en el art. 2508, aclarando que "dos personas no pueden tener cada una en el todo el dominio de una cosa". Este carácter no impide la posibilidad de que el titular del dominio constituya otros derechos reales sobre la misma cosa, por ejemplo, el usufructo, hipoteca, uso o habitación, etcétera.

El art. 2508 en su última parte agrega "mas pueden ser propietarias en común de la misma cosa, por la parte que cada una puede tener", contemplando así la posibilidad de que varios sujetos sean en conjunto propietarios de una misma cosa, teniendo cada uno de ellos una cuota o parte indivisa de la misma, como es el caso del derecho real de condominio. La parte ideal o abstracta no se identifica con ninguna parte material de la cosa físicamente determinada, siendo una porción ideal. (Salvat, Raymundo M., Tratado de derecho civil argentino. Derechos reales, 3ª Ed., t. I, N° 623).

c) Carácter perpetuo: Por último, Vélez considera al derecho real de dominio como perpetuo, es decir que no se extingue por el no uso de su titular (art. 2510).

1.5 EXTENSIÓN DEL DERECHO REAL DE DOMINIO

El codificador, consecuente con su idea de hacer del derecho real de

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

dominio un derecho lo más absoluto posible, regula su extensión bajo tres aspectos:

1er. aspecto: El dominio se extiende al subsuelo y al espacio aéreo (art. 2518).

2do. aspecto: El dominio se extiende a los accesorios (arts. 2519, 2520 y 2521). La propiedad del suelo se extiende a las construcciones, plantaciones u obras existentes en él, así como también a todos los objetos que existen en el edificio como los baños, moblajes, etcétera.

Al respecto el art. 2519 establece que: "Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno se presumen hechas por el propietario del terreno y a él le pertenecen, salvo prueba en contrario." A pesar de ser nuestro art. 2519, 1ª parte, copia literal de la primera parte del art. 553 del Código Civil francés, en ambos derechos la interpretación doctrinaria ha sido diferente: la ley consagra dos presunciones: 1) las construcciones se presumen hechas por el propietario del terreno; 2) las construcciones se presume que pertenecen al propietario del terreno.

Tanto para nuestro derecho como para la doctrina francesa, la primera se trata de una presunción juris tantum, y por lo tanto un tercero puede probar que las construcciones fueron hechas por él y a su costo. El fundamento se encuentra en el art. 2519 cuando agrega: "si no se probare lo contrario".

En nuestro derecho la doctrina francesa es inaplicable porque estaría en contradicción:

1º) Con el art. 2520, por el cual la propiedad de una cosa se extiende a los accesorios.

2º) Con el art. 2614 que prohíbe el derecho de superficie.

En nuestro derecho, la segunda presunción del art. 2519, es una presunción juris et de jure, no aplicándose a ella los términos: salvo en contrario (Capón Filas, Mario José, "El derecho de superficie en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil", L.L., t. 1986 - A, página 876) .

La Cámara Civil Primera de la Capital Federal entendió en el año 1932 que: "El art. 2519 del Código Civil contiene dos presunciones juris tantum sobre el hecho de la construcción y la otra juris et de jure sobre la propiedad de la misma." (J.A., t. 38, pág. 729 y t. 44. pág. 135).

Consecuente con el principio romano de superficie solo cedit, Vélez Sársfield regula como un supuesto de accesión artificial, en los arts. 2588 y 2589, el caso de quien edifica, siembra o planta en terreno propio con materiales, semillas o plantas ajenas o el supuesto de quien edifica, siembra o planta en terreno ajeno con materiales, semillas o plantas propias.

**II. IMPORTANCIA DE ESTE DERECHO EN EL SIGLO ACTUAL:
PLANTEAMIENTO DE LA NECESIDAD O CONVENIENCIA DE SU
INCORPORACIÓN**

2.1 EVOLUCIÓN FÁCTICO - JURÍDICA DEL CONCEPTO DE DERECHO DE PROPIEDAD

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Philip Heck, creador de una corriente de pensamiento alemana que se llamó jurisprudencia de intereses, dice que los institutos jurídicos han de estudiarse en conexión con las circunstancias empíricas que los rodean. El sistema jurídico no se desarrolla en base a inferencias abstractas alejadas de la vida práctica, sino que la ordenación conceptual sistemática ha de seguir a una previa consideración de las ventajas e inconvenientes que en el camino fáctico presenten los institutos en cuestión. El derecho traduce los esfuerzos penosos de la humanidad para establecer principios jurídicos acordes a sus necesidades que no son siempre las mismas.

Para Ihering la finalidad última del derecho radica en garantizar las condiciones de vida de la sociedad, a través del poder coactivo del Estado y estas condiciones dependen del devenir histórico.

Toda la filosofía del siglo XIX, centrada en las ideas capitalistas liberales, producen un resultado legislativo congruente como acabamos de ver. En los comienzos de este siglo nace el movimiento de reacción contra estas ideas, imperando el concepto de lo social, como contenido necesario de toda propuesta legislativa.

El concepto de propiedad y, más específicamente, el derecho real de dominio, no son ajenos a dicha evolución. Así, frente al concepto individualista de la propiedad, nace un concepto de la propiedad con sentido de utilidad social, que en muchos casos lejos está de vulnerar el concepto de propiedad privada, base y fundamento inalterable de nuestro sistema de vida. Al respecto, Borda expresa la necesidad de admitir un concepto social de la propiedad, ya que no puede concebirse como un derecho absoluto, sino limitado y dotado de una función social específica.

Estas ideas a su vez se plasman en la voz de la Iglesia Católica, a través de su encíclica *Populorum Progressio*, en donde se afirma que la propiedad privada no constituye para nadie un derecho incondicional ni absoluto. No hay razón para reservarse el uso exclusivo de lo que supera la propia necesidad, cuando a los demás les falta lo necesario.

De esta forma, a través de estas breves citas, pretendemos hacer hincapié, en la función social que va asumiendo el concepto de propiedad, papel que la legitima y dignifica.

2.2 RECEPCIÓN DE ESTAS IDEAS EN NUESTRA LEGISLACIÓN

Las modificaciones fácticas producidas en nuestro país en el presente siglo (aumento de población, concentración de la misma en pocos lugares, necesidad de crear viviendas, de establecer industrias, etcétera), constituyeron un marco ideal para justificar la adopción de estas nuevas ideas jurídicas en nuestro seno.

Dentro de esta evolución es prioritaria la concepción jurídica de propiedad introducida por la reforma constitucional del año 1949, que en su artículo 17 establecía: "La propiedad privada tiene una función social y, en consecuencia, estará sometida a las obligaciones que establece la ley, con fines de bien común..." "Si bien dicha reforma fue derogada, la jurisprudencia y las leyes se encontraban imbuidas de dicha orientación, atenuando en la práctica, la aplicación rigurosa del carácter absoluto de la propiedad. De

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

esta forma, frente al exceso en el ejercicio del derecho real de dominio, como una consecuencia inevitable e ineludible de su carácter tan absoluto (nota al artículo 2513 derogado del Código Civil), encontramos un límite preciso impuesto al ejercicio abusivo de los derechos legalmente reconocidos en el artículo 1071 del Código actual

La decisiva modificación del concepto de propiedad en nuestro Código Civil fue producto de su reforma integral por la ley 17711 que, al margen de introducir la figura del "abuso" en el ejercicio de un "derecho" sustituyó los artículos 2513 y 2514 del mismo, dándole un nuevo perfil definitivo al derecho de dominio, tan necesario y conveniente para el desarrollo y el bienestar de la población.

Asimismo, las leyes 13512 y 14394 expresan esta evolución a través de los institutos jurídicos por ellas creados (propiedad horizontal y bien de familia). Así como en su creación nuestro Código Civil tuvo un espíritu colonizador, según lo expuesto, en nuestros tiempos deberá convertirse en un activo impulsor del desarrollo económico - social de nuestro país.

2.3 APLICACIÓN CONCRETA DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

En esta nueva concepción del derecho de propiedad, la estructura legal argentina debería permitir la creación de los derechos reales necesarios para ese desarrollo. Entre ellos, se encuentra el derecho de superficie, cuya nueva caracterización lejos está de su antigua concepción en las postrimerías del derecho romano, trasladado a nuestro país a través de la legislación hispánica. Este derecho necesita también de una transformación mediante la cual pueda convertirse en un verdadero instrumento de las modernas necesidades de nuestra sociedad.

Los ámbitos de aplicación concretos de este derecho real de superficie son:

a) Viviendas: Lo que más ha impulsado la implantación del derecho de superficie en la legislación comparada, es la necesidad de construir viviendas con un acceso factible o más económico. Así, Andorno cita al diputado Marcelo Arabolaza exponiendo que: "como bien lo pone en relieve el diputado nacional Marcelo Arabolaza en los fundamentos de su proyecto de ley de Planeamiento Urbano y de Acceso a la Vivienda, presentado en la Cámara de Diputados... en el presente siglo se ha iniciado en el campo internacional una significativa reacción legislativa y doctrinal en favor del derecho de superficie, que se considera hoy excelente instrumento para atender algunas necesidades jurídicas que no pueden estar satisfechas por otros medios y, fundamentalmente, para atender al problema de la vivienda. El conceder solares en superficie a término, en lugar de enajenarlos, tiene la ventaja de evitar la especulación con edificios y terrenos, facilitar el aumento del valor del suelo en favor de la comunidad, hacer posible una influencia técnica mayor sobre la manera de construir propia de un sitio y procurar la posesión de casas propias a los sectores sociales más necesitados. El instrumento se manifiesta especialmente apto para movilizar la edificación por autoconstrucción de viviendas individuales y pequeños conjuntos."

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Por su parte, Capón Filas pone de resalto las ventajas y diferencias con el derecho real de dominio, basado fundamentalmente en la temporalidad, que considera un carácter definitorio. Así, expresa: "Estas dos características - temporalidad e inscripción - y la posibilidad de retorno de las mejoras al dominus, extinguido el término de la concesión, permiten esperar, si se receptan legislativamente, los mejores resultados. En cuanto a éstos es común centrarlos en la aptitud funcional demostrada por el derecho de superficie en otros países.

Aunque el derecho no tenga esta única finalidad es clarísimo que sirve a ella con eficiencia, sobre todo cuando el concedente es el Estado que, entre nosotros y hasta ahora, sólo puede optar entre el dominio y la propiedad horizontal, lo que importa desprenderse de bienes a precios influidos por factores extraños a su valor intrínseco, no menos que de la plusvalía generada, muchas veces, por sus propias obras públicas. A menos que influyan en nuestros espíritus dogmatismos radicalizantes divorciados de la esencia del ser humano, ha de admitirse que está en su entraña el afán (que a veces, con pretensión de su universalidad, calificamos como propio del ser argentino) de acceder a la casa propia. Pero ha de admitirse también que el papel del Estado, en este punto, por trascendente que sea, ha de procurar ser subsidiario y estar orientado a satisfacer las necesidades de vivienda.

b) Forestación: Es indudable que interesa también al Estado la forestación, especialmente en las extensas zonas de nuestro país donde es posible realizarlas. Por este motivo, en la actualidad se fomenta la misma ofreciendo desgravación impositiva a quienes realicen la inversión. Por otra parte, para el particular también resulta un negocio atractivo. Pero los intereses de ambos, Estado y particular, se ven paralizados por no tener una solución legislativa adecuada. Al otorgar al inversor la propiedad superficiaria, la empresa que realiza la explotación ofrece suficientes garantías al inversor de modo que consigue el capital de trabajo, al mismo tiempo que realiza el servicio por el que cobra. Era muy común en nuestro país la realización del negocio por empresas forestadoras, pero al producirse algunas situaciones de quiebras de las mismas y no tener ninguna seguridad, más que la solvencia moral y económica del intermediario, se podría decir que como negocio masivo fracasó. Creemos que con la implantación del derecho de superficie se promoverían las forestaciones, y ello traería aparejado todos los beneficios comerciales que nos evitaría la importación de insumos.

c) Mejoras agropecuarias: Hay cierto tipo de mejora agropecuaria de gran envergadura económica, como es el caso de desmonte de ciertas zonas marginadas del norte del país o en las que el propietario del solar no puede realizar, pero que le convenga incorporar después de cierto tiempo. Indudablemente, ello requeriría figuras más adecuadas que las actuales para promover dichas inversiones, dado que los plazos de amortización de esos grandes emprendimientos no son satisfactorios con la legislación

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actual.

III. NATURALEZA JURÍDICA

Las teorías que pretenden desentrañar la naturaleza jurídica del derecho de superficie, se pueden agrupar en las siguientes:

A. TEORÍAS QUE LO ASIMILAN A OTROS INSTITUTOS JURÍDICOS

Tienen como base el reconocimiento de la accesión como principio de orden público, siendo fieles expositores del concepto romanista de la propiedad, en el que el propietario del terreno lo es también de las mejoras en él introducidas. Lo consideran como una verdadera limitación al derecho de dominio, encontrando semejanzas con otros institutos jurídicos ya legislados y caracterizados que también lo limitan, a saber:

1. Usufructo: Ambos son derechos reales de uso y goce sobre suelo ajeno. Sin embargo, el usufructo se constituye en favor de una persona determinada, por lo que cesa con la muerte del beneficiario; no es gravable y el usufructuario, al usar y gozar del suelo ajeno, deberá respetar la forma y sustancia de la cosa. Por el contrario el derecho del superficiario es gravable y transmisible inter vivos y mortis causa, teniendo la obligación de alterar la sustancia de la cosa, para cumplir con la finalidad del derecho concedido (construir o plantar) .
2. Arrendamiento: En ambos derechos existe cesión de una cosa para el aprovechamiento por parte de un tercero. La similitud es aún mayor cuando el objeto del arrendamiento comprende el suelo y, para utilizar el mismo, es necesario realizar ciertas construcciones, pero aun aquí existen diferencias. Por su naturaleza, el arrendamiento tiene contenido personal, mientras que la superficie es indiscutiblemente real. Por otro lado, el arrendatario no es propietario de las mejoras en suelo ajeno ni tiene la facultad de disponer o gravar la misma; facultades inherentes al derecho del superficiario.
3. Enfiteusis: En ambos derechos, existen amplias facultades para servirse de un suelo ajeno. pero mientras en la enfiteusis dichas facultades se ejercen en forma discrecional e indeterminada, en el derecho de superficie poseen una finalidad específica y relevante, a punto tal que en caso de no cumplirla se extingue el derecho. Por otra parte, en la enfiteusis deberá obligatoriamente pagarse un canon periódico al dueño del suelo, pudiendo ser el derecho de superficie, oneroso o gratuito.
4. Servidumbre: En una analogía abstracta y engañosa. existirían dos fundos distintos, el del suelo con un propietario (fundo sirviente) y el de la construcción o plantación con otro propietario (fundo dominante). La relación de la superficie con el suelo es mucho más íntima e inescindible que la que existe entre los fundos dominante y sirvientes ya que el suelo no sólo es el apoyo de lo construido, sino la razón misma de su existencia.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Todas estas teorías explican, con cierta satisfacción, el momento inicial del derecho de superficie, cuando el superficiario accede, a través de las figuras legisladas, al uso y goce del suelo ajeno; pero no explican la posibilidad jurídica que encierra el derecho de superficie, permitiéndole al superficiario tener una propiedad durante un tiempo determinado en ese suelo ajeno que usa y goza.

B. TEORÍAS QUE LO CONSIDERAN COMO DOMINIO DIVIDIDO

Tienen su origen en el pensamiento de los glosadores romanos y su evolución en la doctrina de los autores franceses Aubry - Rau, Planiol y Capitant, que partían de la distinción entre dominio directo y dominio útil. Para ellos, existen dos propietarios distintos: un propietario del suelo (dominio directo) y un propietario de la superficie (dominio útil). Como consecuencia de ello, tendríamos dos propiedades distintas, separadas por un plano horizontal que permite a cada uno ser dueño de lo suyo, por la inaplicabilidad del principio de accesión, que al no ser de orden público es por lo tanto renunciable. La mejor crítica a la presente teoría la encontramos en el trabajo de Jerónimo González y Martínez (Estudios de derecho hipotecario y derecho civil, Madrid, 1948, t. II, pág. 265), quien afirma que "la existencia de un dominio pleno sobre la construcción, separada e independiente del dominio del suelo, es un imposible jurídico cuando la incorporación es íntima... cuando suelo y vuelo forman un solo objeto, uno de los dos impone al otro su destino y la propiedad no puede ser escindida o, por lo menos, descompuesta en dos tipos iguales al primitivo".

Si bien estas teorías explican con acierto un aspecto del derecho de superficie, que es la propiedad superficiaria, dejan sin explicación el modo o la forma a través de la cual el superficiario toma contacto con el suelo ajeno para llegar a ser propietario de lo que él mismo construyó o plantó en dicho suelo; o. en caso de hacerlo, escinden de tal forma la naturaleza jurídica del instituto, a punto tal que estaríamos frente a dos derechos distintos y no frente a una misma naturaleza jurídica compleja.

C. TEORÍAS QUE LO CONSIDERAN COMO UN DERECHO REAL ESPECÍFICO

Por nuestra parte consideramos que éstas son las que logran explicar con la mayor claridad posible la naturaleza jurídica que nos presenta este instituto. Se distinguen dos aspectos del derecho real de superficie: 1) Antes de la construcción o plantación, el titular del derecho de superficie tiene el uso y goce del suelo ajeno, con la obligación de construir o plantar en un tiempo determinado (ius in re aliena) . 2) Luego de la construcción o plantación nace la propiedad superficiaria propiamente dicha, que le permite al titular del derecho ser propietario de lo construido o plantado en suelo ajeno, durante un período de tiempo determinado (ius in re suam). En virtud de esta doble caracterización, podemos afirmar que su naturaleza jurídica es compleja pero única. Ello es así, pues el superficiario tiene el uso y goce del suelo ajeno en todo momento durante la vigencia temporal de su derecho; lo que cambia es la finalidad perseguida en su utilización. Así, en un primer

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

momento, la utilización del suelo ajeno está dirigida a construir o plantar de acuerdo con lo convenido, y en un segundo momento, cuando ya existe la propiedad superficiaria, la utilización del suelo ajeno está dirigida a mantener, conservar y soportar dicha propiedad y a reconstruirla, en caso de que sea necesario dentro del lapso de vigencia de la vida del derecho. La presente utilización se torna relevante, cuando se concede no sólo el terreno, sino también el edificio ya construido, supuesto en el cual sigue existiendo la misma relación entre superficiario y dueño del suelo, pero con distinta finalidad. El reconocimiento del presente derecho, implica una suspensión del principio de accesión y del carácter de absolutez del derecho real de dominio del dueño del suelo, que renace con todo vigor una vez que, vencido el plazo de vigencia del derecho concedido, hace propias las mejoras introducidas en su propiedad.

El carácter real de este instituto emana de la posibilidad del superficiario de repeler tanto al propietario del suelo como a cualquier tercero que pretenda turbar su derecho, a través del ejercicio de las acciones posesorias y reales. Es bueno aclarar que la renuncia que hace el propietario del suelo en favor del superficiario tiene carácter temporal, ya que en caso contrario se crearía una verdadera propiedad separada o dominio dividido; es por ello que todas las mejoras pasan automáticamente a la expiración del plazo, al propietario del suelo, con cargo de indemnización o sin éste.

En síntesis, lo que pretendemos explicar es que el derecho real de superficie posee una misma naturaleza jurídica, independientemente del momento fáctico de su desarrollo. Con el fin de facilitar la comprensión de la naturaleza jurídica, podríamos aplicar la estructura filosófica de Aristóteles del "acto y potencia", diciendo que cuando nace el derecho, estamos frente a un acto, el uso y goce del suelo ajeno por parte del superficiario; en ese acto encontramos a su vez una potencia, que es la propiedad superficiaria, que se transformará, a su vez, en acto, con el advenimiento de una causa eficiente, que es la construcción o plantación por parte del superficiario, dando cabal cumplimiento a la finalidad por la cual el derecho le fue otorgado.

Consecuentemente con lo expuesto y analizando las distintas posiciones acerca de la naturaleza jurídica en el derecho nacional y comparado, haciendo una visión retrospectiva hacia los orígenes de esta institución y observando detalladamente la aplicación práctica de este derecho, optamos por considerarlo un derecho real autónomo, con las características propias de su género y con definidas modalidades que lo tornan específico. Dentro de estas modalidades, parte de la doctrina resalta como nota tipificante la inclusión de "una obligación de hacer en su contenido". Roca Sastre participa de esta postura, afirmando que la obligación de hacer integra el concepto de derecho real de superficie, como una *conditio juris* para la realidad del derecho. En la misma línea doctrinaria encontramos a Ventura - Traveset y González, quienes en su trabajo sobre el derecho real de superficie sostienen que esta obligación de hacer (construir, plantar, edificar, conservar, mantener, etcétera) es la auténtica intención del legislador, al otorgar este derecho sobre cosa ajena. La realización de esta

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

obligación de hacer es el medio para lograr la plenitud de ese derecho erga omnes; no es el fin del derecho, como en el contrato de edificación, sino que es la *conditio sine qua non* para la existencia plena del mismo, y agregan que esta inclusión de una obligación de hacer en el concepto del derecho real hace a la dinámica y evolución de las relaciones jurídicas que responden a las múltiples y cambiantes necesidades de la vida.

Por nuestra parte, consideramos interesante esta postura, en cuanto hace al fin social que se tuvo en mira al crear el derecho de superficie. Sin embargo, creemos que no puede incluirse una obligación de hacer en el contenido de un derecho real, pues ello violaría el principio unánimemente aceptado de la prohibición de los derechos reales *in fatiendo*. Así lo dispuso el codificador - siguiendo a la doctrina francesa - en la segunda parte del artículo 497, cuando expresa que "no hay obligación que corresponda a derechos reales".

La obligación - vínculo jurídico que constriñe a un sujeto pasivo a satisfacer una prestación a favor de otro - en ningún caso es del contenido del derecho real, pues la no construcción o plantación, en el tiempo pactado no lleva consigo la posibilidad de exigir al superficiario que cumpla; sino que, simplemente, en este caso le produce la automática extinción de su derecho. Concordantemente, Vélez estableció que "el usufructo se pierde por el no uso, durante el término de diez años" (art. 2924, Cód. Civil).

Por el contrario el superficiario, construyendo o plantando, ejercita el derecho otorgado por el *dominus soli*, medio por el cual se hará propietario de las mejoras realizadas, durante el tiempo estipulado.

IV. CARACTERES

4.1 REAL

Para configurar el carácter de real de un derecho debemos contar con dos elementos: una cosa y un sujeto que ejerza esa voluntad o poder sobre la misma; no desde un punto de vista estático, sino dinámico, por el cual esa voluntad se encamina por la acción del sujeto a someter a esa cosa. El carácter se halla presente en los dos momentos en que se debe analizar al derecho de superficie: antes de la construcción (*ius in re aliena*) y luego de efectuada (*ius in re sua*).

4.2 TEMPORAL

Al hablar de propiedad superficiaria, debemos siempre tener presente su limitación en el tiempo; va que de no ser así estaremos admitiendo la existencia de una propiedad separada y no de un derecho real de tipo inmobiliario sobre suelo ajeno. Es conveniente fijar plazos máximos y mínimos, teniendo en cuenta que el plazo no afecte la transmisibilidad del derecho, que es otro de sus caracteres.

4.3 TRANSMISIBLE

Este carácter se manifiesta a través de su propia existencia, ya que mientras este derecho de superficie se encuentra en pleno vigor, se

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

suspende la accesión en favor del propietario del terreno adquiriendo su plena eficacia, y en esas condiciones puede ser transmitido. La transmisión puede ser por actos entre vivos o mortis causa, a título oneroso o gratuito.

V. ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

5.1 ELEMENTOS PERSONALES

Tal como fue expuesto precedentemente, todo derecho real implica un poder que ejerce una persona sobre una cosa, una relación inmediata del primero sobre la segunda. Específicamente, en lo atinente a la constitución del derecho real de superficie, el elemento personal no es único. Se requiere necesariamente la intervención de dos sujetos: el concedente del derecho, propietario del suelo o fundo, que denominamos superficiante y el adquirente del derecho, concesionario, a quien hemos de denominar superficiario.

Desde el punto de vista terminológico preferimos utilizar, simplemente, los conceptos de superficiante y superficiario, dado que los mismos son específicos para el derecho que nos ocupa y que, además, permite que no se confundan los términos con los de otras figuras reales o del derecho administrativo.

Creemos, con Roca Sastre (Ensayo, pág. 40), que la capacidad requerida para conceder el derecho de superficie ha de ser la misma que se requiere para disponer de bienes inmuebles, ejemplificando:

"así como se requiere la unanimidad de los condóminos, si la finca está en condominio."

Con relación a la capacidad del superficiario, sólo será necesaria la capacidad para contratar. Sin embargo, para disponer o gravar el derecho, el superficiario deberá ser capaz de disponer de sus bienes.

Pueden ser superficiarios tanto los particulares (personas físicas o Jurídicas) como el Estado (nacional, provincial o municipal).

No debemos olvidar el sujeto pasivo universal de todo derecho real, que es la sociedad misma, a la que nos referiremos al tratar la publicidad registral.

5.2 ELEMENTOS REALES

Al tratar la naturaleza jurídica del instituto que nos ocupa, hemos dejado establecido que su objeto era el suelo ajeno y, así, nos referimos no sólo al mismo, sino también a su vuelo o subsuelo. Así, lo ha adoptado la legislación de Puerto Rico, en su Reglamento Hipotecario, cuando expresa que "el derecho de superficie podrá constituirse sobre el vuelo o bajo el suelo de cualquier finca inmatriculada, sea ésta parcela de terreno o de edificación".

El derecho de superficie puede constituirse:

- a) Sobre un terreno baldío.
- b) Sobre una construcción existente antes de constituirse el derecho.
- c) Sobre una construcción existente sujeta a un derecho de superficie.
- d) Sobre una construcción sujeta al régimen de la propiedad horizontal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) Sobre plantaciones existentes.

En los supuestos a), b), c) y e), el superficiante ha de ser el propietario del fundo y en el caso d), los propietarios de las unidades.

Los requisitos que debe reunir el objeto del derecho, son:

a) Que sean bienes inmuebles.

b) Que esté en el comercio, es decir, que sean "libremente transmisibles, de un propietario a otro, por acto entre vivos".

c) Que tenga una existencia actual, pues no existen derechos reales sobre cosa futura.

d) Que sea determinada, dado que sería jurídicamente imposible ejercer un poder o señorío sobre cosas indeterminadas.

e) Que sean singulares, dado que no podría constituirse el derecho de superficie sobre un conjunto de inmuebles, considerado como una universalidad.

Coincidimos con Roca Sastre (op. cit., pág. 42), que es esencial que la propiedad superficiaria deba tratarse de "algo incorporado al suelo, no lo transitorio, sobre cuyos materiales no pueda operar la accesión a favor del animus soli". Esta característica es fundamental pues temporalmente el superficiario es propietario de la cosa. Si no fuera así, a la finalización del derecho el superficiario podría llevarse la construcción o mejora, pero se desnaturalizaría el objetivo perseguido: que esa propiedad revierta al propietario del suelo..

5.3 ELEMENTOS FORMALES

Si la forma es el conjunto de las prescripciones de la ley, respecto de las solemnidades que deben observarse al tiempo de la formación del acto jurídico y "deben ser hechos por escritura pública. . . los contratos que tuviesen por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso sobre derechos reales sobre inmuebles de otro" (nota al art. 1184, Cód. Civil), no cabe otra solución que concluir que para constituir el derecho de superficie la única forma posible es la escritura pública, y como la forma es ad solemnitatem, la prueba sólo será la misma escritura pública. Así lo dispone el artículo 1191 del Código Civil, cuando dice que "los contratos que tengan una forma determinada por las leyes, no se juzgarán probados, si no estuviere en la forma prescripta".

La escritura de constitución del derecho de superficie deberá contener:

1. Antecedentes dominiales del inmueble y descripción del mismo.
2. Voluntad del superficiante y superficiario de constituir el derecho.
3. Plazo de duración y de caducidad del derecho.
4. Onerosidad o gratuidad.
5. Características de la construcción o plantación, destino y costo.
6. Destino de la propiedad superficiaria después de vencido el plazo de duración del derecho.
7. Cláusulas de reversión, tanteo y retracto.
8. Cláusulas de resolución.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Para la adquisición de derechos reales sobre inmuebles por actos entre vivos, es necesario referirnos no sólo al título, sino también al modo, conjuntamente con la inscripción registral a los efectos de la oponibilidad con relación a terceros.

El modo o causa próxima, no es más que la tradición de la cosa por la cual se toma la posesión de la misma, y la que el superficiante debe entregar y el superficiario recibir voluntariamente. Así, la forma prescripta por el Código Civil es la del artículo 2379, conforme el cual " la posesión de los inmuebles sólo puede adquirirse por la tradición hecha por actos materiales del que la recibe, con asentimiento del que la entrega". Y la prueba de la tradición se realizará, simplemente, mediante el ejercicio de la posesión.

Publicidad: El codificador en la nota al artículo 577 establece el principio general de que "no se concibe que una sociedad esté obligada a respetar un derecho que no conoce", y es esa sociedad, como sujeto pasivo universal del derecho real, a la que deberá publicitarse la constitución del derecho de superficie. Ahora, la escritura y posesión producirán entre las partes todos los efectos deseados, pero no frente a terceros, a quienes serán oponibles esos efectos, una vez que el respectivo documento se inscriba en el Registro de la Propiedad Inmueble.

Al inscribirse el instrumento de constitución del derecho de superficie, el superficiario tendrá reservado en el Registro de la Propiedad un derecho erga omnes, un derecho a la futura construcción o plantación, con la lógica consecuencia de que no se podrán inscribir derechos a favor de otro sobre el suelo dado en superficie; y en tanto no se sepa si la condición no ha sido cumplida tiene, pues, una reserva del espacio, dependiente de que se edifique o plante, y con la finalidad de adquirir para sí la propiedad superficiaria.

Mucho se ha discutido si debe abrirse necesariamente un nuevo folio al derecho de superficie, independientemente del folio destinado a la propiedad del inmueble dado en superficie. En principio opinamos que dependerá de la concepción que se tenga sobre la naturaleza jurídica del instituto. Es por ello que consecuentemente con nuestra postura es necesario que se realice en el folio correspondiente al fondo sobre el que se constituye. Por otra parte, el artículo 11 de la ley 17801 establece que la matriculación de cada inmueble deberá realizarse en un solo folio real, y a través de ese único folio se deberán publicitar los documentos que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales. Creemos que la incorporación del nuevo instituto a la normativa de fondo no debe alterar el perfecto funcionamiento de nuestro sistema registral. En la práctica, independizar de la matrícula respectiva al derecho de superficie desnaturalizaría la técnica del folio real.

VI. ADQUISICIÓN, EJERCICIO Y EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

A. ADQUISICIÓN

La adquisición del derecho de superficie, como concuerda la mayoría de la doctrina, entre ellos Roca Sastre, Andorno y otros, puede realizarse por

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad. Entre los actos entre vivos hay que distinguir entre las adquisiciones realizadas por contrato, que a su vez puede ser a título oneroso o a título gratuito y la prescripción adquisitiva. Las adquisiciones a título oneroso requieren una contraprestación que debe pagar el superficiario y que podrá ser una suma de dinero pagada por adelantado, el canon, o entrega al superficiante de todo o parte de propiedad superficiaria construida (unidades funcionales o pisos) en pago de la superficie. La constitución también se puede hacer por donación.

La prescripción adquisitiva o usucapión es otro de los modos de adquirir el derecho de superficie. Para este supuesto deberán regir las normas de los artículos 3999 y siguientes del Código Civil. Roca, Sastre y Ventura - Traveset y González entienden que la usucapión no se puede dar en forma de adquisición, ya que el poseedor podría ocasionar la usucapión del dominio de la finca y no tan sólo el derecho de superficie.

Nosotros compartimos esa postura, pero entendemos que se podría adquirir por usucapión el derecho de superficie ya constituido.

El derecho de superficie también podrá ser constituido por actos de última voluntad, mediante legado, y se transmite a los herederos del superficiario al fallecimiento de éste.

Con relación a la forma de los contratos, éstos deberán ser realizados, como para los otros derechos reales sobre inmuebles, en escritura pública (art. 1184, Cód. Civil), la que se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble (art. 2505 del Cód. Civil).

B. EJERCICIO

a) Uso del suelo. El superficiario deberá realizar las construcciones que se convengan en el acto de la constitución, o las plantaciones o desmontes, conforme con lo estipulado en el respectivo contrato. El superficiario puede impedir al propietario o a un tercero la realización de actividades que vulneren esta finalidad, pero no puede prohibir que el propietario haga uso del suelo de su propiedad, y así gozará de las accesiones naturales que no se refieran a la propiedad superficiaria. Según Gullón Ballesteros, como obligación del propietario está la de dejar preparado el suelo para la construcción. En contra de ello manifestaron su opinión Pugliese y Salis.

El uso del superficiario se extiende también a las partes del terreno no dedicadas propiamente a la construcción, pero sí con una finalidad acorde a ella, como ser jardines, caminos, etcétera. Según Gullón Ballesteros y el Código Civil Italiano de 1942, es una servidumbre a favor del edificio, a partir de la terminación de la construcción. Coincidiendo con Wolf, sostenemos que si la superficie se extiende al uso del terreno próximo, no produce además del derecho de superficie gravamen alguno de la finca, con una servidumbre, sino que ese goce es del contenido del derecho de superficie.

b) Transmisión: El superficiario tendrá, en principio, la libre transmisión de su derecho por actos entre vivos o por causa de muerte, con las limitaciones

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se hubieren fijado al constituirlo (Ley Española, Código Civil Italiano). La Ley Española prohíbe al superficiario la enajenación si no hubiere edificado por lo menos en la mitad de lo convenido.

c) Constitución de gravámenes: El superficiario podrá constituir derechos reales de hipoteca que podrán ser, quizás, necesarias para la obtención de créditos. Asimismo podrá constituir derechos reales de usufructo, uso y habitación y servidumbres sobre la propiedad superficiaria.

Con respecto a la constitución de servidumbres y usufructo, el superficiario las podrá contratar sobre lo edificado o sobre el derecho de construir, pero no sobre el suelo pues vulneraría el ius fruendi del propietario (Grosso). Todos los derechos reales que constituya el superficiario deben tener como plazo máximo el estipulado para el derecho de superficie.

d) Derecho de tanteo y retracto: Como una de las características del derecho real de superficie, se presenta la prioridad que tienen tanto el propietario del suelo como el superficiario para adquirir el derecho del otro, en caso de transmisiones a título oneroso, entendiéndose como onerosa también la cesión de bienes, dación en pago, etc.

DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES

a) Derechos del superficiante:

- Percibir el canon o precio, si así se hubiere convenido.
- Derecho de reversión, si correspondiera.
- Inspeccionar y verificar las construcciones o plantaciones a realizarse.
- Usar y gozar del resto del suelo.
- Derecho de tanteo.

b) Obligaciones del superficiante:

- No perturbar, por acción u omisión, los derechos del superficiario.
- Satisfacer la indemnización, si así se ha convenido, al vencimiento del derecho.
- Permitir al superficiario el uso y goce pacífico del suelo.

c) Derechos del superficiario:

- Usar y gozar el suelo ajeno.
 - Mantener y conservar lo construido o plantado.
 - Libre disposición de su derecho, por actos entre vivos o mortis causa.
- Constituir derechos reales de garantía sobre la propiedad superficiaria.
- Ejercer las acciones reales y personales necesarias para la defensa de su derecho.
 - Ejercer el derecho de retención en caso de que el propietario no abone la indemnización pactada.
 - Derecho de tanteo.

d) Obligaciones del superficiario:

- Construir o plantar en el plazo convenido.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

- Adecuar la construcción o plantación, conforme lo estipulado.
- Mantener y conservar lo construido o plantado.
- No usar el suelo en detrimento de los derechos del propietario.
- Pagar el canon o contraprestación, si así se hubiere convenido.

VII. EXTINCIÓN

A. CAUSAS DE EXTINCIÓN

Las causas de extinción son:

1. Vencimiento del plazo: El derecho de superficie es esencialmente temporal, por lo tanto, vencido el término por el cual se constituyó, se extinguen el título y el derecho, y las mejoras existentes se incorporan al dominio.

2. Confusión: Cuando en una misma persona se reúnen el carácter de superficiante y de superficiario. La confusión puede ser por actos entre vivos o por causa de muerte. Excepción a este principio sería el caso en que hubiere derechos reales constituidos por el superficiario, en cuyo caso la confusión se postergaría hasta el vencimiento de éstos.

3. Resolución: Es la extinción por voluntad de una de las partes por incumplimiento de las obligaciones a cargo de la otra. Dentro de las causas que dan origen a la resolución, podemos diferenciar: 1) las que provocan la caducidad del derecho, que son las causas propias del derecho de superficie, en el sentido de que requieren una definición legal (tipicidad) como I) el abandono, que es el supuesto en que el superficiario no realiza edificación alguna, dentro del plazo que la ley determine, a contar desde la fecha de constitución del derecho, y II) la falta de ejercicio: que es el caso que el superficiario, que habiendo recibido las construcciones, no las mantenga durante un tiempo determinado. En realidad podrían ser una misma causa que la legislación deberá tipificar, pero los efectos serán distintos, se haya o no realizado mejoras. 2) La resolución también puede provocarse por incumplimiento de causas contractuales que hayan pactado entre las partes como, a título de ejemplo, por características de las construcciones, destino de las mismas, o pactos que limiten la transmisión del derecho.

4. Rescisión: Que es la extinción por mutuo acuerdo entre las partes. No es causa de extinción del derecho real de superficie la pérdida de la cosa, sea por caso fortuito o por culpa del superficiario; pues mientras el suelo exista y el plazo esté vigente tiene la facultad de reconstruir (conforme Ley Belga, art. 6º Código Civil Italiano, art. 954).

B. EFECTOS DE LA EXTINCIÓN

El principal efecto de la extinción del derecho real de superficie es la reversión de la propiedad superficiaria a favor del titular del dominio del inmueble. Esta reversión es de la esencia del derecho. Se termina con la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

excepción al principio de accesión, suspendido al constituirse el derecho de superficie, y las mejoras se incorporan al dominio del suelo. Al extinguirse la superficie, las mejoras quedan incorporadas al dominio, pero como las mismas fueron realizadas por otra persona que no es el titular de dominio del inmueble, hay que determinar si éste debe indemnizar o no al que hasta ese momento fue el titular del derecho de superficie. Al respecto hay distintas opiniones, y las legislaciones han tomado distintas posiciones. Las legislaciones distinguen a los efectos de determinar si corresponde o no indemnización, según la causa de la extinción. Cuando la extinción se produce por vencimiento del plazo, la ley española ... establece que el propietario deberá indemnización igual al valor de la construcción, según el estado de la misma en el momento de la transmisión. El proyecto de Ley de Derecho de Superficie, presentado por el doctor Marcelo Arabolaza, establece que para el caso de que la extinción se produzca por vencimiento del plazo o por abandono, las mejoras accederán al dominio del concedente, sin derecho a indemnización.

Cuando la extinción se produce por resolución, ambas, legislación y proyecto, establecen que el titular del dominio deberá una indemnización sobre una parte proporcional de las mejoras realizadas, fijando la Ley Española en dos tercios de lo que representare la mejora. El proyecto del diputado Arabolaza establece la mitad, como máximo. Para los supuestos de que el propietario deba indemnizar al superficiario, por las mejoras que acceden al dominio, éste podrá ejercer el derecho de retención por ser el superficiario poseedor de buena fe. La obligación de pagar la indemnización tiene carácter de propter rem (Gullón Ballesteros).

Nosotros entendemos que, producida la extinción por cualquier causa y como característica del derecho real de superficie, las mejoras existentes acceden al dominio del inmueble, y que la accesión en principio no tiene que ser indemnizable, o sea que las mejoras realizadas por el superficiario integran la contraprestación al superficiante, salvo que las partes convengan lo contrario. Para los supuestos de resolución, los jueces deberán determinar en cada caso según las circunstancias, si puede corresponder alguna indemnización al superficiario o no, o si es el superficiario quien debe indemnizar al titular de dominio, en caso de que la resolución haya sido por su causa..

DERECHOS REALES CONSTITUIDOS

Al extinguirse el derecho real de superficie, por el vencimiento del plazo, produce la extinción de los derechos reales constituidos por el superficiario, pues no pueden tener una vida más larga que el objeto sobre el que recaen. Los derechos reales tendrán como nuevo objeto la indemnización que pueda corresponder al superficiario. Este supuesto de subrogación se daría únicamente en el caso de la hipoteca, porque los otros derechos reales, como usufructo o servidumbre, se extinguirán siempre al vencimiento del plazo y no les cabe la posibilidad de la subrogación.

Cuando se produce otra causa de extinción del derecho de superficie que no sea el vencimiento del plazo, como ser resolución, abandono y confusión,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

y al tener la superficie constituidos derechos reales, no se produce la extinción del derecho real de superficie y el superficiante tendrá los dos derechos en forma independiente, lo que le permitirá a los acreedores o titulares de los derechos reales constituidos sobre la superficie poder hacer uso o ejecutar sus derechos, y al titular de dominio no tener que responder con todo el inmueble por los derechos reales constituidos por el superficiario dentro del plazo y extinguidos por otra causa. Al producirse el vencimiento del plazo se producirá la extinción del derecho de superficie y de los derechos reales constituidos sobre el mismo, y al extinguirse los derechos reales constituidos sobre la superficie provocará automáticamente la extinción del derecho real de superficie.

ARRENDAMIENTOS CONCRETADOS POR EL SUPERFICIARIO

Los arrendamientos contratados por el superficiario se extinguen al vencimiento del plazo del derecho de superficie. En los supuestos de que se extinga por adquirir el propietario del suelo lo edificado, los arrendamientos se mantendrán hasta el vencimiento del plazo de los mismos.

Por todo lo expuesto concluimos que el derecho real de superficie es aquel que otorga a su titular el uso y goce de un inmueble ajeno, para construir o plantar y mantener y conservar lo construido y plantado, y el derecho de propiedad durante un periodo de tiempo de las mejoras por él introducidas, suspendiéndose el principio de accesión en favor del propietario del inmueble ajeno.

- a) Es un derecho real autónomo, con una misma naturaleza jurídica y una doble caracterización: como *ius in re aliena* (derecho real de uso y goce sobre suelo ajeno)) como *ius in re sua* (propiedad superficiaria temporal, sobre construcciones o plantaciones realizadas).
- b) Es un derecho real enajenable y transmisible *inter vivos* y *mortis causa* con facultades para constituir derechos reales de garantía y personales en los que la propiedad superficiaria pueda ser objeto de los mismos, teniendo los titulares, recíprocamente, el derecho de tanteo;
- c) Goza de las facultades necesarias para deducir las correspondientes acciones posesorias y reales en defensa de su derecho;
- d) Es el derecho real que faculta al titular a ejecutar sobre el inmueble ajeno las operaciones que fueren necesarias para hacer surgir el objetivo del mismo, sean construcciones o plantaciones que, una vez realizadas, le permita conservarlas y rehacerlas en caso de destrucción, durante el plazo de tiempo convenido;
- e) La no construcción y/o plantación en el plazo que la legislación establezca, extinguirá el derecho de superficie;
- f) Como todo derecho real deberá ser formalizado por escritura pública, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

que se inscribirá en el Registro de la Propiedad Inmueble, en el folio perteneciente al dominio del inmueble ajeno.

PONENCIA

1) Es justificada la posición de Vélez al excluir al derecho de superficie romanista del sistema de los derechos reales, ya que tanto la situación fáctica de nuestro país, como la concepción de la propiedad imperante en esa época así lo determinaba;

2) Las modificaciones socioeconómicas del presente siglo y la evolución jurídica del concepto de propiedad constituyen un ámbito propicio para la inclusión del derecho de superficie en su moderna caracterización;

3) Conforme con su actual configuración, no es necesario derogar el artículo 2614 de nuestro Código Civil para proceder a su incorporación en nuestro derecho positivo;

4) Su concreta aplicación es un importante incentivo para lograr el desarrollo de actividades relacionadas con la construcción y forestación en nuestra país;

Por ello consideramos necesaria la incorporación en nuestro sistema de derechos reales del derecho de superficie de acuerdo a la tipificación y caracterización que surgen del presente trabajo, coincidiendo con Jerónimo González y Martínez en el sentido de que "el derecho de superficie es uno de los tantos medios utilizados para resolver el problema de la vivienda que ahora entra en una fase aguda; problema moral, toda vez que la influencia de la habitación, sobre el hombre se deja sentir poderosamente en sus sentimientos y hábitos; problema higiénico, de sol, luz, aire y salubridad; problema económico, sobre todo para las clases obreras, dada la enorme desproporción que existe en la actualidad entre los precios; de los alquileres y los sueldos, salarios o remuneraciones de los que trabajan con el cerebro o con los brazos; problema eminentemente social, de cuya solución depende la independencia y organización de la familia de un lado, y del otro, el más equitativo reparto de la natural plusvalía de los terrenos urbanizables, que las legislaciones del pasado sólo atribuyeron al propietario exclusivamente".

BIBLIOGRAFÍA

Andorno, Luis O., "El derecho de superficie", Gaceta del Notariado, Santa Fe, N° 97, 1985, pág. 19.

Azpeitia, Alberto M., "Curso sobre leasing inmobiliario, derecho de superficie y fideicomiso inmobiliario", Revista del Notariado, Buenos Aires, N° 800, 1985, pág. 179.

Borda, Guillermo A., "Derechos reales suprimidos; política seguida por Vélez Sársfield", Tratado de derecho civil. Derechos reales, Buenos Aires,

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Perrot, 1985, t. 1, pág. 18.

Borja Martínez, Ignacio, "Derecho de superficie", tesis, Revista de Derecho Notarial, México, N° 55, t. III, pág. 634.

Capón Filas, Mario José, "El derecho de superficie en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil", La Ley, Buenos Aires, t. 1986 - A, página 876.

Castán Tobeñas, José, "El derecho de superficie", Derecho Civil Español, común y foral, Madrid, Reus, 1957, t. II, Derecho de cosas, propiedad y derechos reales restringidos, pág. 739.

Fontbona, Francisco y Guglietti, José, "El derecho real de superficie", trabajo presentado en la V Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, realizada en Santa Cruz de la Sierra, Bolivia, 1982, Revista del Notariado, Buenos Aires, n° 781, 1982, pág. 95.

Francia, Código Civil, art. 553, París, Dalloz, 1979/1980.

Fuentes Lojo, Juan V. y Fuentes Lojo, José, "Del derecho de superficie y de la propiedad por apartamentos", Suma de la propiedad por apartamentos, Barcelona, Bosch, 1969, t. I, pág. 167.

Gatti, Edmundo, "Derechos reales prohibidos. b) Superficie", Teoría general de los derechos reales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, pág. 141.

González y Martínez, Jerónimo, "El derecho real de superficie", Estudios de derecho hipotecario y derecho civil, Madrid, 1948, t. II, pág. 221.

Lafaille, Héctor, "Superficie", Derecho civil. Tratado de los derechos reales, Buenos Aires, Ediar, 1944, vol. 2, pág. 376.

Mangual Figueroa, Ahmed F., "El derecho de superficie", Revista de derecho puertorriqueño, Puerto Rico, n° 81, 1981, pág. 99.

Roca Sastre, Ramón María, "Inscripción del derecho de superficie y del derecho de elevar plantas en edificios construidos", Derecho hipotecario, Barcelona, Bosch, 1968, t. III, pág. 565.

Salvat, Raymundo M., "Superficie", Tratado de derecho civil argentino, Buenos Aires, La Ley, 1946, Derechos reales, t. II, pág. 435.

Ventura - Traveset y González, A., "Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal", Derecho de propiedad horizontal, Barcelona, Bosch, t. II, pág. 11.

"Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral", San Juan de Puerto Rico, 27/10 al 2/11/77, Instituto de Derecho Registral y Notarial de Puerto Rico, t. I, pág. 309.