

Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial*

Pedro F. Sáenz

Martín Rachid

RESUMEN

El Código Civil y Comercial incorpora formalmente a nuestro derecho vigente el derecho de superficie como un derecho real temporario, de carácter dual o bifronte, pudiendo manifestarse como derecho sobre cosa ajena o sobre cosa propia. El presente ensayo busca abordar la regulación de esta figura haciendo un análisis detallado de los artículos específicos del citado cuerpo legal, procurando brindar una herramienta útil en orden al entendimiento de esta institución que, además de resultar novedosa, exige un gran esfuerzo por parte de los operadores del derecho para vencer las vallas culturales con que naturalmente ha de toparse su concreta aplicación práctica.

Sumario: 1. Introducción. 2. Reseña histórica. 3. El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. 3.1. Concepto y naturaleza jurídica. 3.2. Objeto. 3.3. Plazo. 3.4. Legitimados. 3.5. Adquisición. 3.6. Facultades del superficiario. 3.7. Facultades del propietario del suelo. 3.8. Destrucción de la propiedad superficiaria. 3.9. Extinción. 4. Conclusión. 5. Bibliografía.

1. Introducción

Sabido es que en el ideario de Vélez Sarsfield, toda restricción o limitación al derecho de dominio que no fuera estrictamente necesaria para el resguardo del orden público no era aceptada con demasiado beneplácito, viendo en las desmembraciones del dominio cierto resabio del régimen feudal que la codificación decimonónica intentó contrarrestar, cuando no suprimir. En este contexto, el derecho de superficie no podía tener lugar en el *Código Civil* (CCIV), tal como lo expresó el codificador al iniciar la nota al artículo 2503 CCIV.¹ El intransigente rechazo de este derecho real fue tal que Vélez Sarsfield no solo se limitó a excluirlo de la enumeración del elenco de derechos reales admitidos (art. 2502

* Reedición de la ponencia presentada en el XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel (Formosa, 17-19 noviembre 2016). Se le han incluido además hipervínculos a textos legales, jurisprudencia, doctrina e información de utilidad.

1. [N. del E.: ver [aquí](#) las notas del codificador, p. 145, art. 2º {Buenos Aires, Pablo Coni editor, 1872; versión digitalizada por [Google Books](#) –uso no comercial–}; si no puede abrir el documento, acceda una versión alternativa [aquí](#) {no oficial}].

CCIV) sino que se tradujo en una expresa norma prohibitiva en el artículo 2614 CCIV, el que, en su redacción original, textualmente establecía:

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

Como vemos, el codificador no desconoció el derecho de superficie; muy por el contrario, y como se encargó de detallar en la nota al artículo 2503 CCIV, pese a reconocer su abolengo romanista (en el derecho pretoriano), se encargó de aclarar que fue política legislativa deliberada la de excluir este derecho real por considerar que “desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”.

Lo cierto es que, paulatinamente, las codificaciones modernas y la doctrina nacional e internacional comenzaron a hacer reverdecir el derecho real de superficie a los fines de atender a las necesidades que fueron imponiéndose en materia urbanística y habitacional, a la par que la concepción social del derecho de propiedad fue abriéndose camino legitimando así restricciones y desmembraciones otrora condenadas o descartadas de plano. En ese orden de ideas, se ha incorporado al derecho argentino vigente el derecho real de superficie, toda vez que el artículo 1945 del [Código Civil y Comercial](#) (CCCN)² en su parte pertinente establece:

El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

De esta manera se consagra, como regla general, la máxima “*superficie solo cedit*”, es decir, lo plantado o construido sobre el suelo accede al mismo y, consecuentemente, pertenece al dueño del terreno. No obstante, ese mismo artículo se encarga de aclarar que tal principio cede frente al derecho real de propiedad horizontal y al de superficie. Siendo este último derecho real el objeto del presente trabajo, procuraremos hacer una reseña histórica del instituto y un análisis sistemático de las normas del Código vigente que lo regulan (arts. 2114-2128), esbozando algunas consideraciones que entendemos necesarias para lograr un estudio más profundo de esta nueva herramienta incorporada por la actual legislación civil y comercial, aclarando, desde ya, que no pretende este ensayo agotar las innumerables reflexiones que esta figura amerita.

2. Cuando en este ensayo se citen artículos sin aclaración sobre el cuerpo normativo, corresponderán siempre al [Código Civil y Comercial](#).

2. Reseña histórica

Para encontrar el origen de este derecho,³ debemos remontarnos al derecho romano y vislumbrar en la evolución jurídica de sus instituciones, especialmente de la mano de la labor de los pretores, la génesis de este derecho real.⁴

Sin dejar de lado el principio de que la propiedad del suelo se extiende a lo en él plantado o construido,⁵ comenzaron paulatinamente a aceptarse figuras jurídicas que, sin derogar tal regla, introdujeron en la práctica cierta flexibilización. La primera manifestación en tal sentido puede advertirse en las concesiones *ad edificandum*, en virtud de las cuales –primero sobre terrenos del Estado y luego sobre inmuebles de particulares– se le acordaba al beneficiario la posibilidad de construir sobre un inmueble ajeno y gozar de tales edificaciones de manera temporal o perpetua contra el pago de un canon, normalmente de carácter anual (llamado *solarium*).

En sus orígenes, esta herramienta jurídica solo otorgaba derecho de uso y goce sobre las construcciones, es decir, el principio de que la superficie accede al suelo conservaba plena vigencia, siendo el dueño del suelo el propietario exclusivo de lo plantado o construido. Sin embargo, frente a arriendos que se extendían por tiempos prolongados y en virtud de los cuales los arrendatarios hubieren realizado construcciones sobre el inmueble arrendado o en su subsuelo, los pretores comenzaron a acordarles a estos una *actio in rem* que se podía hacer valer contra todos, incluso contra el propietario del suelo, como así también una excepción frente a la vindicativo de este último, comenzando de esta forma, en el periodo posclásico, a dibujarse el contorno real de este derecho.⁶ En la Edad Media, este derecho se vio absorbido por la enfiteusis; en consecuencia, se produjo definitivamente el desdoblamiento entre el dominio directo y el dominio útil, extendiendo su objeto no solo a edificaciones sino también a plantaciones.⁷

Es dable destacar, más próximo en el tiempo, que en la legislación francesa el derecho real de superficie “entró por la ventana” a través de una particular interpretación del artículo 553 del Código Civil de 1804, el cual rezaba lo mismo que el artículo 2519 CCIV.⁸

3. Por escapar al objeto principal de este trabajo, solo se hará una brevísima reseña histórica sobre el derecho real de superficie.

4. Hay quienes ubican el origen de este derecho en civilizaciones mucho más antiguas que la romana. En tal sentido, Laureano A. MOREIRA ha encontrado en el Antiguo Testamento referencias a este derecho (ver “El derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 128, 1998, p. 909).

5. La superficie cede al suelo (*superficie solo cedit*) afirmaba GAYO como una exigencia del derecho natural (en *Instituta*, libro 2, §73). [N. del E.: ver aquí, p. 117 {Madrid, Sociedad Literaria y Tipográfica, 1845; versión digitalizada por [Google Books](#) –uso no comercial–}].

6. “Decía el *Digesto*: «lo que dice el pretor y si respecto a la superficie se pidiera acción, la daré con conocimiento de causa, se ha de entender de modo, que si alguno hubiere tomado en arrendamiento la superficie por cierto tiempo, se le deniegue la acción real. Y, a la verdad, con conocimiento de causa le competirá la acción real al que tomó en arrendamiento la superficie por no corto tiempo»” (ALLENDE, Guillermo L., *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, p. 11, citado por CORNEJO, Américo A., “El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1987-D, p. 1200, nota al pie N° 11).

7. CORNEJO, Américo A., ob. cit. (cfr. nota 5), p. 1202.

8. Art. 2519 CCIV: “Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contra-

De esta forma, se admitió la posibilidad de que lo construido o plantado perteneciera a una persona diferente del dueño del suelo.

El Código Civil de Alemania de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch* o BGB) originalmente reguló este derecho real –luego modificado por la ordenanza del 15 de enero de 1919–.⁹ En el mismo sentido, recibió consagración en las codificaciones civiles de Prusia (1794), Suiza (1807), Austria (1811) e Italia (1942), y en la legislación española a través de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana del año 1956 y la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.¹⁰ En cuanto a los códigos latinoamericanos que receptan la figura, se destacan, entre otros: el nuevo Código Civil de Brasil (2003), el de Perú (1984), el de Cuba (1988) y el de Bolivia (1976).¹¹

Tal como hemos dicho precedentemente, y salvo la interpretación en soledad de Machado,¹² Vélez Sarsfield no incluyó el derecho real de superficie en el catálogo del artículo 2502 CCIV, prohibiendo expresamente el derecho real de superficie, la enfiteusis y la división horizontal de la propiedad de los inmuebles (2518, 2519, 2614, 2617 y concordantes). Por su parte, los anteproyectos de reforma de la legislación civil de 1926 (Bibiloni), 1936 y 1954 (Llambías) no contemplaron la figura del derecho real de superficie, manteniendo en tal sentido la posición contraria consagrada por el CCIV.

Si se quisiera identificar un momento específico a partir del cual el derecho real de superficie adquiere carta de ciudadanía entre la doctrina nacional, ese sería, sin lugar a dudas, las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), en las que se declaró la conveniencia de regular el derecho de superficie y una serie de directivas que marcaron el rumbo de los futuros proyectos de reforma.¹³ En ese sentido, los proyectos de reforma de 1987 (art. 2614), de 1993 (arts. 3153-3158) y de 1998 (arts. 2018-2028) previeron y reglaron el derecho real de superficie, no obstante lo cual, como es sabido, ninguno de ellos llegó a convertirse en ley vigente.

Finalmente, y siguiendo el derrotero legislativo en nuestro país, resulta de vital trascendencia la Ley 25509 (de fecha 14 de noviembre de 2001, promulgada el 11 de diciembre y publicada en el Boletín Oficial del 17 de diciembre), por la cual se consagró por primera vez en nuestro país el derecho real de superficie, pero en el marco de la Ley 25080 de Inversiones para Bosques Cultivados. Así, se receptó este nuevo derecho real solo para forestación o silvicultura, es decir que no podía extenderse a ninguna otra

rio...”. [N. del E.: acceda [aquí](#) a una versión digital del Código de Napoleón de 1804 {el art. 553 se encuentra en p. 136}; podrá cfr. también con el Código vigente].

9. [N. del E.: acceda [aquí](#) a una versión en inglés del *Bürgerliches Gesetzbuch* de 1900 {ver arts. 1012-1017}; podrá cfr. también con el Código vigente].

10. [N. del E.: acceda al [Código Civil de Italia](#), a la [Ley del Suelo y Ordenación Urbana del año 1956](#) de España y a la [Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959](#) de España {podrá cfr. también el reglamento vigente}].

11. KIPER, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, pp. 240 y ss. [N. del E.: acceda al [Código Civil de Brasil](#), al [Código Civil de Perú](#), al [Código Civil de Cuba](#) y al [Código Civil de Bolivia](#)].

12. El comentarista consideraba que el CCIV permitía constituir derecho real de superficie por no más de cinco años. (MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 7, Buenos Aires, Ed. Científica y Literaria Argentina, 1922, p. 14 [N. del E.: el lector podrá acceder a una versión digitalizada [aquí](#) {Buenos Aires, Lajouane, 1900}]).

13. [N. del E.: ver conclusiones [aquí](#)].

finalidad o variante, denominándose en consecuencia al nuevo derecho real como “de superficie forestal” (art. 2502, inc. 8, CCIV).¹⁴

Finalmente, el CCCN (sancionado por Ley 26994, modificada por Ley 27077, y vigente en nuestro país desde el 1 de agosto de 2015) consagró el derecho real de superficie en su más amplia expresión –es decir, tanto con fines de plantación y forestación como con objeto constructivo– en sus artículos 2114 y 2128, cuyo análisis sistemático se pretenderá formular en los párrafos siguientes.

3. El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial

3.1. Concepto y naturaleza jurídica

El CCCN, en su artículo 2114, literalmente establece:

Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Siguiendo a Kiper, podemos afirmar que

El derecho de superficie es, en términos simples, el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno. La superficie, con más técnica, es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado.¹⁵

De la redacción del artículo podemos distinguir dos planos o manifestaciones del derecho de superficie que se darán normalmente de manera sucesiva desde el punto de vista cronológico, a saber: en una primera instancia, el titular del derecho de superficie (superficiario) tendrá la facultad de construir, plantar o forestar sobre la rasante, vuelo o subsuelo del inmueble y, en una segunda instancia, se hará propietario de lo construido, plantado o forestado. Esto permite sostener que, en la mayoría de los casos, habrá un primera etapa o manifestación primigenia del derecho de superficie (derecho de superficie en sentido estricto) donde estará contenida, de manera embrionaria, una propiedad superficiaria que recaerá sobre lo que en definitiva se construya o plante en el inmueble. En este sentido se ha afirmado que

14. Sobre la evolución experimentada en la doctrina y en la legislación nacional resultan recomendables –cuando no indispensables– las consideraciones hechas por LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 6, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2011, 2ª ed. (actualizada y ampliada por Jorge H. ALTERINI), pp. 438 y ss.

15. KIPER, Claudio M. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 237.

El derecho de edificar no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria.¹⁶

No obstante, y tal como lo deja aclarado el citado artículo 2114, existe la posibilidad de que el derecho de superficie se constituya sobre construcciones o plantaciones existentes, supuesto en el cual estaremos ante propiedad superficiaria *ab initio*, sin perjuicio de la facultad correspondiente al superficiario de realizar nuevas plantaciones o construcciones.

De lo precedentemente dicho, y con respecto a la naturaleza jurídica de este derecho, podemos afirmar que se trata de un derecho real de carácter temporario mixto o dual, toda vez que mientras no existan en el inmueble plantaciones o forestaciones recaerá sobre cosa ajena en tanto que, a medida que vayan haciéndose edificaciones o plantaciones, será sobre cosa propia.¹⁷ En tal sentido, es dable destacar que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) se concluyó que el derecho real de superficie forestal es mixto, bifronte o bipolar, en el sentido de que puede presentarse o catalogarse tanto como derecho real sobre cosa propia como derecho real sobre cosa ajena. Por su parte, en una postura minoritaria se estableció que “el derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia o bien siempre sobre cosa ajena”.¹⁸

Entendemos que el CCCN se ha enrolado en la concepción compleja o dual del derecho real de superficie, previendo que este ha de recaer sobre cosa ajena cuando aún no haya realizado el superficiario plantaciones o construcciones y sobre cosa propia cuando dichas construcciones o plantaciones se hayan comenzado a realizar, o bien cuando se hubiera transferido la propiedad superficiaria sobre edificaciones o plantaciones ya existentes. El principal argumento a favor de esta posición se encuentra en el texto del artículo 1888, que literalmente reza:

Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena...

16. MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, t. 3, Buenos Aires, 1954, pp. 421 y ss. (traducción de Santiago SENTÍS MELENDO); citado y transcripto en LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 475.

17. Durante la vigencia de la Ley 25509, y dado que su art. 2 establecía que “el derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario”, hubo quienes consideraron que aun cuando no hubiera nada plantado (recordemos que la ley citada solo admitía el derecho de superficie con fines de forestación o silvicultura) el objeto del derecho de superficie era el espacio aéreo. De esta manera, se explicaba por qué este derecho se configuraba siempre como derecho real sobre cosa propia. Ver el excelente trabajo al respecto de LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Objeto del derecho real de superficie. Con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25509”, en *Revista del Notariado*, N° 867, 2002, pp. 41-62. Esta posición y la redacción de la primera parte del art. 2 Ley 25509 fueron objeto de crítica por la mayor parte de la doctrina especializada, toda vez que, conforme a la normativa del CCIV, solo las cosas podían ser objeto de derechos reales, y el espacio aéreo precisamente constituye una “no-cosa”. Si bien conforme al art. 1883 CCCN pueden ser objeto de derechos reales bienes taxativamente señalados por la ley y su artículo 2039 incluye el “espacio susceptible de aprovechamiento” como posible unidad funcional objeto del derecho real de propiedad horizontal –lo que debilita los categóricos argumentos otrora admitidos para negarle al espacio la potencialidad de convertirse en objeto de un derecho real–, entendemos que en materia de derecho de superficie el legislador ha optado por el carácter dual del objeto de este derecho, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1888, tal como lo ha expresado en los fundamentos.

18. KIPER, Claudio M. (dir.), ob. cit. (cfr. nota 11), p. 250. [N. del E.: ver conclusiones aquí].

Esto pone en evidencia que cuando haya propiedad superficiaria, estaremos ante un derecho real sobre cosa propia; en cambio, mientras esta propiedad superficiaria no exista –porque aún no se han realizado plantaciones o edificaciones–, el derecho real recaerá sobre cosa ajena.

Algunos autores consideran que solo se podrá hablar de propiedad superficiaria cuando la plantación o edificación proyectadas se encuentren totalmente concretadas. No compartimos esta posición, entendemos que desde el momento en que comienza a edificarse o a hacerse las primeras plantaciones, se va operando progresivamente una mutación substancial, naciendo propiedad superficiaria sobre estas cosas que el superficiario incorpora a su patrimonio sin que se extinga el derecho a plantar o edificar por el resto, el cual será el motor o causa eficiente de la futura propiedad superficiaria que se irá erigiendo sobre las construcciones o plantaciones nacientes.¹⁹

Importante es destacar que esta mutación o metamorfosis puede darse de manera inversa ante la destrucción de la propiedad superficiaria, supuesto en el cual renace en toda su extensión el derecho a plantar o edificar, salvo pacto en contrario (art. 2122). Parece oportuno aclarar, entonces, que el derecho a plantar o edificar es sin dudas un derecho real desde el inicio, que otorga a su titular un poder autónomo y oponible *erga omnes*, acordándole la facultad de realizar las plantaciones o edificaciones proyectadas, no obstante lo cual, este derecho a plantar, forestar o construir es una facultad “medial” pues constituye un instrumento destinado a dar nacimiento a la propiedad superficiaria (propiedad superficiaria *in fieri*, en palabras de Messineo arriba citadas).²⁰ En cambio, la propiedad superficiaria es una verdadera propiedad inmobiliaria que se rige por las normas del dominio revocable, salvo en lo que expresamente el Código haya modificado (art. 2128).

Cornejo afirma: “la propiedad superficiaria es un dominio sujeto a un plazo resolutorio”.²¹ De esta manera, puede aseverarse que estaremos ante la coexistencia de dos derechos de propiedad imperfectos: por un lado el del dueño del suelo y por otro lado el del superficiario.

En cuanto a la relación entre estas propiedades, es importante destacar que el derecho real de superficie configura una carga o gravamen respecto del dueño del suelo (art. 1888, 2º párrafo). En consecuencia, puede afirmarse que este es titular de un dominio imperfecto (arts. 1946 y 1964 *in fine*), pues ha consentido la suspensión temporal del principio de accesión respecto del inmueble de su titularidad.

3.2. Objeto

El objeto de este derecho real será siempre un inmueble –quedan excluidos obviamente los bienes muebles–. Tal como se dijera más arriba, mientras no haya edificación o

19. Al respecto, se ha sostenido: “Las dos manifestaciones del derecho de superficie pueden coexistir, pues a medida que se edifica se adquiere la propiedad de lo edificado. En este sentido, dice Messineo: «Surge como desarrollo del derecho de construir el derecho sobre la construcción»; y, más terminantemente, afirma Carbonnier: «La superficie se convierte en la progresiva propiedad del suelo (a medida que se va alzando la edificación)»” (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 31).

20. *Ibidem*, p. 12.

21. CORNEJO, Atilio A., *ob. cit.* (cfr. nota 6), p. 1210.

plantación (derecho real de superficie en sentido estricto), el objeto será un inmueble ajeno, perteneciente precisamente al dueño del suelo, en tanto que, una vez comenzadas las plantaciones o construcciones (propiedad superficiaria) el objeto será un inmueble propio.

Habiendo dejado aclarado que el derecho real de superficie (en cualquiera de sus manifestaciones) tendrá por objeto una cosa inmueble,²² parece oportuno destacar que si esa cosa inmueble que sirve de asiento a la propiedad superficiaria (las plantaciones o construcciones) fuera separada del suelo –por ejemplo, en caso de cosecha o los materiales resultantes de una demolición– estaremos no ya ante un supuesto de dominio revocable, sino ante un dominio pleno sobre esas cosas muebles. Este se regirá por las reglas genéricas establecidas al respecto (arts. 1895 y concordantes), pues la mutación de la naturaleza de la cosa, por su desvinculación ontológica del suelo, genera un cambio del régimen dominial.

En cuanto a su emplazamiento, el artículo 2116, establece:

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

Del texto de la norma, se impone una primera consideración, a saber: la posibilidad de constituir derecho real de superficie sobre todo el inmueble o solo sobre una parte materialmente determinada, coincidiendo con lo establecido en el artículo 1883, en el sentido de que los derechos reales pueden tener por objetos una parte materialmente determinada de una cosa. Consecuentemente, debe excluirse –por ser incompatible con la propia naturaleza de este derecho– la posibilidad de constituir superficie sobre una parte indivisa, carente de materialidad.

Al referirse el artículo a “parte materialmente determinada”, consideramos que no sería necesario confeccionar un plano de subdivisión aprobado por organismos catastrales, siendo suficiente a tal efecto un croquis realizado por profesional idóneo. Nos inclinamos por esta solución toda vez que, conforme al concepto legal de parcela,²³ desde el momento en que se confecciona y aprueba catastralmente un plano de subdivisión se está dando origen a una nueva cosa desde el punto de vista técnico, es decir, esa extensión

22. “Independientemente de la clasificación legal de inmuebles por su naturaleza e inmuebles por accesión, receptada en los artículos 225 y 226, la suspensión del principio de accesión, que jurídicamente implica el derecho de superficie, solo tiene el efecto de atribuir la propiedad de lo plantado, forestado o construido al superficiario, pero de ninguna manera modifica la naturaleza inmobiliaria de las plantaciones, forestaciones o construcciones. En consecuencia, para el superficiario, el objeto de su derecho real será siempre un inmueble, propio o ajeno, según el plano en que se ubique su derecho” (COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., [comentario a los arts. 2114-2128], en Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015, p. 292).

23. Art. 4 Ley Nacional de Catastro 26209: “A los efectos de esta ley, denominase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral”.

territorial continua con sus límites perimetrales que es la parcela, no ya una “parte” de una cosa sino precisamente “otra” cosa.²⁴

En cuanto a la proyección espacial del derecho de superficie, este puede darse: a) *sobre la rasante* –que será el supuesto más habitual–, no debiendo perderse de vista que tanto las raíces (en el caso de plantaciones) como los cimientos (en el caso de las construcciones) inevitablemente se han de extender parcialmente al subsuelo del inmueble y que, lógicamente, el superficiario inevitablemente ocupará el espacio sobre la rasante dada la materialidad de las construcciones o plantaciones que se realicen; b) *sobre el espacio aéreo*: se refiere a la posibilidad de que el superficiario extienda una construcción o plantación (difícil de imaginar esta hipótesis) solo sobre el espacio aéreo del inmueble, como podría ser, por ejemplo, un puente colgante, o una estructura para cartelería; creemos, no obstante, que en estos casos, tal vez la solución jurídica más adecuada sea recurrir a la constitución del derecho real de servidumbre; c) *sobre el subsuelo*: en este supuesto, el nudo propietario podrá desplegar con mucho más provecho sus facultades.

Puede también emplazarse el derecho de superficie sobre construcciones ya existentes, resultando imperioso distinguir este caso de la transferencia de la propiedad superficiaria sobre tales construcciones. En efecto, existiendo construcciones ya edificadas en el inmueble puede acordársele al superficiario la facultad de construir o plantar tomando como base esas construcciones y haciendo propio lo que, a partir de ese punto, se construya o plante, conservando el constituyente su dominio sobre las construcciones preexistentes que sirven de asiento al derecho real de superficie.

Con relación al derecho de superficie sobre construcciones afectadas al régimen de propiedad horizontal, se abordará en profundidad al analizar los legitimados para constituir superficie.

Por último, y conforme a la parte final del artículo objeto de análisis, “la extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción”. En tal sentido, se ha manifestado:

El otorgar una extensión mayor a la edificada simplifica notablemente las relaciones entre el dueño del suelo y el superficiario; de otro modo habría que acudir a constituir otros derechos reales, como servidumbres de paso, de agua, de vista, etcétera.²⁵

Lo determinante es que esa mayor extensión resulte ser útil para su aprovechamiento, es decir, debe existir una relación de conexidad funcional que justifique la extensión del derecho a una superficie mayor a la estrictamente necesaria para desarrollar la finalidad del contrato.

24. En igual sentido, en la XXXII Jornada Notarial Argentina (Buenos Aires, 2016) se sostuvo que “la constitución del derecho real de superficie sobre parte determinada del inmueble requiere plano a los efectos de la determinación del inmueble sin que sea necesaria registración administrativa alguna tal como lo dispone la DTR 15/2016 de CABA”. [N. del E.: ver conclusiones aquí]. Cfr. COSTANZA, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 308.

25. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 19.

3.3. Plazo

Tal como surge del concepto legal consagrado en el artículo 2114, es una nota esencial o característica del derecho de superficie su carácter temporario. En este sentido, el plazo máximo del derecho real de superficie, conforme a lo establecido en el artículo 2117, dependerá de la finalidad que justificó la constitución del derecho. En efecto, cuando este se hubiere constituido para realizar construcciones, no podrá extenderse por más de setenta (70) años; en tanto que si lo hubiese sido con fines de forestación o plantación, el plazo máximo se reduce a cincuenta (50) años.

El propio artículo de referencia se encarga de aclarar que el plazo debe computarse **desde la adquisición del derecho de superficie**. Esto obliga a tener en cuenta que el derecho real de superficie –que se ejerce con la posesión (art. 1891)– solo se considerará constituido con la concurrencia del título y modo suficiente (arts. 1892 y 750). En consecuencia, para que empiece a correr el plazo, será necesario el otorgamiento de la pertinente escritura pública (art. 1017, inc. a) que sirva de título suficiente y la tradición, debiendo tenerse presente que, conforme surge de lo establecido en el artículo 1914, se presume que la posesión comienza desde la fecha del título. Por lo tanto, y salvo que se pruebe lo contrario, el plazo de duración del derecho real de superficie deberá comenzar a contarse desde la fecha la escritura pública que le dio origen.

El propio artículo 2117 se encarga de consagrar la posibilidad de prorrogar el derecho de superficie **siempre que no exceda de los plazos máximos**, lo que lleva a sostener que las sucesivas prórrogas no podrán tener como resultado un derecho real de superficie que exceda los setenta o cincuenta años –según el caso–, contados desde el origen del derecho.

Por último, es dable destacar que no se ha fijado un plazo mínimo, de manera tal que esto ha quedado librado a la autonomía de la voluntad de los contratantes.²⁶

3.4. Legitimados

En el artículo 2118 se establecen los sujetos legitimados para constituir derecho real de superficie en los siguientes términos: “Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”. Respecto de los titulares de dominio, no hay mucho que decir: siendo el dominio el derecho real que más extensas facultades otorga respecto de la cosa que constituye su objeto (art. 1941) es lógico que el *dominus* pueda constituir derecho de superficie.

En relación con la situación de los titulares de condominio, es dable hacer algunas aclaraciones. En primer lugar, debemos tener en cuenta que la constitución de un derecho real de superficie configura un acto de disposición sobre todo el inmueble o una parte materialmente determinada de él –ya hemos dejado aclarado que no puede la superficie recaer sobre una parte indivisa–. En consecuencia será necesaria la conformidad de

26. Al respecto, se ha dicho: “Incluso, no parece recomendable fijar plazo mínimo alguno, por de pronto no se advierte razón suficiente para proteger al superficiario cual si fuera un locatario. Es que para estos sujetos, concretar una locación o un arrendamiento, seguramente obedece a una necesidad económico-social ineludible, en cambio, la celebración de un contrato de superficie es una decisión libre para ambas partes, que por regla no están impelidas a concertarlo motivadas por circunstancias extrañas a su voluntad” (LAFAILLE, Héctor, ob. cit. [cfr. nota 14], p. 481).

todos los cotitulares conforme a lo establecido en la primera parte del artículo 1990.²⁷ En segundo lugar, se plantea el interrogante acerca de la posibilidad de que se constituya derecho real de superficie a favor de uno de los condóminos del inmueble, frente a lo cual la posición de la doctrina aparece dividida. En efecto, por la respuesta negativa se inclina Zelaya:

... por más que todos los condóminos consientan la adquisición, tampoco es válida la superficie adquirida por uno de ellos sobre el fundo común pues, por aplicación del principio *nemine res sua servit* (propio de la servidumbre pero extensivo a cualquier gravamen), solo podría constituirse una superficie sobre un inmueble ajeno (arg. art. 2114).²⁸

En la posición contraria encontramos a Kiper:

Quien adquiera el derecho real de superficie debe ser una persona distinta del dueño del suelo, pues aquí también rige la máxima *nulli res sua servit*. No obstante, sí sería posible que el superficiario fuese condómino del terreno.²⁹

No vemos motivos para negarle al condómino la posibilidad de ser constituido en titular de un derecho real de superficie sobre la cosa de su cotitularidad, pues en virtud del régimen aplicable en materia de condominio respecto de los actos de disposición jurídica y material y de mejoras sobre la cosa común (arts. 1983, 1989 y concordantes), claramente no podría el condómino pretender realizar construcciones y plantaciones para hacerlas exclusivamente suyas, de manera que no parece justo privarlo de la posibilidad de acceder –con la conformidad de los restantes condóminos– al régimen del derecho de superficie, de lo contrario entendemos que se estaría violentando el principio de igualdad consagrado en el artículo 16 de la [Constitución Nacional](#), pues se pondría al condómino en una posición evidentemente desventajosa frente a terceros que, por el solo hecho de no integrar el condominio, sí podrían ser titulares de derecho de superficie y, eventualmente, hacer suyas las construcciones o plantaciones sobre el inmueble. Por último, el artículo 2118 incluye entre los facultados para constituir derecho de superficie a los titulares de propiedad horizontal, lo que exige también ciertas reflexiones.

Preliminarmente, debe recordarse que, conforme al artículo 2037, el derecho real de propiedad horizontal es el que le acuerda a su titular facultades de uso, goce y disposición jurídica y material sobre partes propias y partes comunes de un edificio. Se establece una inescindibilidad e interdependencia entre esas partes y las facultades que sobre ellas se ejercen y que, atento a lo establecido en el artículo 2043, lo que constituye parte propia o privativa son las cosas o partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos portantes, las puertas, ventanas, artefactos y los revestimientos, incluso de los balcones.³⁰ Como vemos, y de acuerdo a lo que

27. Art. 1990 CCCN: “Disposición y mejoras con relación a la cosa. La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos”.

28. ZELAYA, Mario, “Superficie”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 179.

29. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 256.

30. Se consagra así legislativamente el concepto de “cubo de aire”. En este sentido, se ha sostenido: “en materia de propiedad horizontal la diferencia entre «cosas propias» y «cosas comunes» es muy artificiosa, porque en suma todo el edificio es común y solamente es propio un sector circundado por cosas comunes [...] Lo propio es sola-

legalmente constituye la parte propia o privativa sobre la cual el titular del derecho real de propiedad horizontal puede desplegar la facultad de disposición material y jurídica, resulta difícil imaginar la posibilidad de que el titular de un derecho real de propiedad horizontal pueda, individualmente, constituir un derecho de superficie respecto de su unidad funcional.

Si bien resulta difícil admitir esta posibilidad, no ocurre lo mismo cuando se trata de hacer lo propio sobre partes comunes del edificio. En este caso, debe recordarse que el artículo 2116, al legislar sobre el emplazamiento, establece:

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

Esto posibilita en consecuencia que la parte libre del terreno en el cual se emplaza la construcción o bien la parte superior del edificio o cualquier otro sector común (un jardín por ejemplo) pueda ser objeto de derecho real de superficie.

Es importante remarcar que en caso de que el inmueble hubiese sido afectado al régimen de propiedad horizontal, mediante la aprobación del pertinente plano especial y el otorgamiento del reglamento de propiedad horizontal mediante escritura pública (artículo 2038), pero sin que se hubiera transferido aún ninguna unidad funcional, no estaremos propiamente ante “derecho real de propiedad horizontal” sino ante un “estado de propiedad horizontal”, periodo en el cual, no habiéndose generado todavía la relación comunitaria que define la dinámica del régimen de propiedad horizontal, será el dueño del edificio el que podrá tomar la decisión de constituir derecho de superficie, sin necesidad de recurrir a asambleas ni a los mecanismos que a continuación se especificarán.

Habiendo nacido ya el derecho real de propiedad horizontal, por pertenecer las unidades funcionales a distintos propietarios, resulta imperioso tener presente que, en virtud de lo normado en el artículo 2052, toda mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes que implique realizar excavaciones o elevar nuevos pisos requiere de la aprobación unánime de todos los propietarios, por lo que la constitución del derecho real de superficie sobre sectores comunes del edificio encuadra dentro de la previsión de este artículo, tornando exigible la unanimidad.

Parece oportuno destacar que las cosas y partes comunes no forman parte del patrimonio de la persona jurídica consorcio, sino que su propiedad corresponde, bajo la forma de un condominio con indivisión forzosa perdurable, a todos los propietarios de las unidades funcionales del edificio, lo que debe tenerse en cuenta a la hora de definir los legitimados para constituir este derecho y las consecuencias jurídicas derivadas de la extinción del derecho de superficie.

Con respecto a la legitimación, perteneciendo las partes y sectores comunes a los propietarios y no al consorcio, son estos propietarios quienes deberán otorgar el acto

mente un «cubo de aire» delimitado por planos horizontales y verticales comunes y todo lo que está dentro de ese espacio” (extracto del fallo de primera instancia confirmado por la CNCiv, Sala C, el 19/9/1989 [*La Ley*, t. 1991-A, p. 333], citado por ZELAYA, Mario, [comentario a los arts. 2114-2128], en Lorenzetti, Ricardo L. [dir.], *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015, p. 457).

de constitución del derecho real de superficie. Si bien para poder aprobar este contrato será necesario convocar a asamblea y alcanzar la unanimidad exigida por el citado artículo 2052, no es esta una manifestación orgánica del consorcio, considerado como persona jurídica, sino más bien una expresión de las reglas que rigen el derecho real de condominio por imperio de la primera parte del artículo 1990 más arriba transcrito. Esto quiere decir que la escritura pública por la cual se ha de constituir el derecho real de superficie sobre una parte o cosa común no podría ser otorgada por el administrador como órgano del consorcio sino por los copropietarios, quienes, no obstante, podrían apoderar al administrador, aunque este, en tal caso, no ejercería la representación orgánica de la persona jurídica consorcial sino que actuaría como representante convencional de lo consorcistas.

Otra consecuencia de esta distinción radica en que al extinguirse el derecho real de superficie y recobrar plena vigencia el principio de que la superficie accede al suelo –que será analizado más adelante–, las construcciones que hubiere realizado el superficiario pasan a ser cosas y partes comunes del edificio, engrosando en consecuencia el patrimonio de los propietarios y no el del consorcio, correspondiendo a aquellos, personalmente considerados, hacer frente a la indemnización correspondiente. Habiendo admitido la posibilidad de que el superficiario sea un condómino, del mismo modo podría aceptarse la constitución de un derecho real de superficie sobre cosas o partes comunes a favor de un propietario de una unidad funcional emplazada en el propio edificio (art. 2053), no debiendo identificarse la figura que estamos analizando con la cláusula de sobreelevación habitualmente previstas en algunos reglamentos.

La sobreelevación es la facultad de elevar nuevos pisos o construcciones en las plantas superiores de un edificio o en otros espacios libres de construcciones, como jardines, terrazas de uso exclusivo, espacios destinados a guardacoches de planta baja, etc.³¹ La gran diferencia entre el derecho de superficie y la cláusula de sobreelevación es que, en el primer caso, las construcciones que realice el superficiario se incorporarán a su patrimonio a título de dominio revocable (propiedad superficiaria), en tanto que, en el segundo caso, el beneficiario de la cláusula de sobreelevación se convertirá en titular de un derecho de propiedad perfecto respecto de las construcciones que realice.³²

Pese a que la normativa no hace mención a ellos de manera específica, consideramos que los titulares del derecho real de conjunto inmobiliario también están legitimados para constituir derecho real de superficie, pues, en primer lugar, los conjuntos inmobiliarios constituyen una “propiedad horizontal especial” (art. 2075) y, por otro lado, atento a que la unidad funcional puede estar construida o en proceso de construcción, parece absolutamente viable que, a través del derecho real de superficie, sea el superficiario quien

31. TRANCHINI, Marcela H., “Propiedad horizontal. Cuestiones vinculadas a su objeto”, en AA. VV., *LI Seminario Laureano A. Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006 (junio).

32. En idéntico sentido, se ha sostenido: “cuando pensamos en aplicar el derecho de superficie a la propiedad horizontal, naturalmente lo relacionamos con la sobreelevación; es decir, sobre parte común libre. La diferencia radica en los efectos o consecuencias que se generan en cada caso. En el supuesto del derecho de sobreelevar se generan nuevas unidades funcionales y, ratificado el plano PH y modificado el reglamento, se adjudica el dominio pleno y perpetuo al beneficiario del derecho a sobreelevar. En cambio, el derecho de superficie sobre una superficie común de propiedad horizontal genera para el superficiario un derecho sobre cosa propia pero temporario” (COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. [cfr. nota 22], p. 305).

realice la construcción o, incluso, plantación (piénsese en las clubes de chacras donde las unidades funcionales pueden ser destinadas a actividades vinculadas a la agricultura).

Por otro lado, creemos admisible que el Estado nacional, provincial o municipal constituya derecho real de superficie sobre inmuebles de dominio privado, posibilidad esta que muestra mayor potencialidad sobre todo en miras a promover políticas tendientes a paliar la crisis habitacional. En caso de que se pretendiera hacer lo propio sobre un inmueble de dominio público, la situación no podrá regirse por la reglas de la legislación civil, sino por las normas del derecho administrativo, siendo conveniente el dictado de una legislación especial.

Finalmente, es importante tener en cuenta que cuando se pretendiera construir derecho real de superficie sobre inmueble ganancial o sobre un inmueble propio en el que está radicada la vivienda familiar, deberá contarse con el asentimiento del cónyuge del constituyente, conforme a lo establecido en los artículos 470, inciso a), y 456, respectivamente.

3.5. Adquisición

Bajo el título “adquisición”, el artículo 2119 legisla sobre los modos de adquirir y transmitir el derecho de superficie (en sus dos planos, es decir, abarca tanto el derecho a plantar, forestar o construir como la propiedad superficiaria) en los siguientes términos:

El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

Del texto de la norma puede concluirse que se distingue entre el acto de constitución del derecho real de superficie y el acto de transmisión, toda vez que mientras la constitución, es decir, el acto jurídico que va a dar origen al derecho necesariamente deberá ser de naturaleza contractual, la transmisión del derecho de superficie ya constituido puede darse, en cambio, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte (sobre la transmisibilidad nos explayaremos al abordar las facultades jurídicas del superficiario).

El acto constitutivo siempre deberá otorgarse bajo la forma de escritura pública (art. 1017, inc. a) y deberá ser inscripto en el registro inmobiliario para su oponibilidad a terceros (art. 1893). Si la constitución se hiciera sin exigirle al superficiario contraprestación alguna se estará frente a un contrato gratuito al que se le aplicarán subsidiariamente las normas de la donación (art. 1543) y, en caso de que la constitución sea a título oneroso, deberán tenerse presentes las normas de la compraventa, permuta o del contrato que más se adecúe a las condiciones concretas según la contraprestación a la que se hubiera obligado el superficiario.

Pensamos que en cuanto a los modos de constitución de este derecho real resulta aplicable lo establecido en el artículo 2134 respecto del usufructo, es decir, que el derecho real de superficie podrá nacer cuando:

- a) se transmite el derecho de superficie con reserva de la nuda propiedad;
- b) se transmite la nuda propiedad con reserva del derecho de superficie; o
- c) se transmite la nuda propiedad a una persona y derecho real de superficie a otra.

Claro está que en estos casos deberá el notario tomar todas las precauciones necesarias para dotar al acto constitutivo de las reglas y especificaciones que regirán la dinámica contractual.³³

Nos permitimos disentir respetuosamente con la posición de algunos autores, como Kiper, para quien “la superficie puede ser constituida por testamento”³⁴, pues nos parece evidente que la legislación vigente –y tal como lo hacía la Ley 25509 de Superficie Forestal (en su art. 5)– no permite la constitución por actos de última voluntad, toda vez que, siendo sustancialmente de orden público, la normativa regulatoria de los derechos reales no puede echarse mano en esta cuestión al argumento según el cual “lo que no está prohibido debe considerarse permitido”.³⁵

Respecto de la prescripción adquisitiva larga, el artículo de referencia expresamente le deniega procedencia, lo que resulta lógico pues difícilmente quien ha ostentado la posesión de una edificación o plantación, de manera pública, pacífica e ininterrumpida por el lapso de veinte años, pretenda ser declarado solo dueño de lo emplazado sobre el suelo, excluyendo de su acción el terreno sobre el cual se asienta.

Sí se admite, en cambio, la prescripción breve como modo de adquisición como una herramienta para sanear un justo título –debiendo aplicarse en este caso las previsiones del artículo 1902–. Y resulta especialmente útil esta figura en los casos en los que el adquirente no puede acogerse a la protección acordada por el artículo 392 por haber adquirido de quien no era titular del derecho de dominio, condominio o propiedad horizontal.

3.6. Facultades del superficiario

Habiendo analizado cómo se adquiere el derecho real de superficie, corresponde ahora analizar qué facultades ostenta el superficiario. Al respecto, el artículo 2120 dispone:

El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

Del análisis sistemático de las normas del CCCN podemos reconocer las siguientes facultades acordadas al titular del derecho real de superficie.

33. En opinión contraria, cfr. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 16.

34. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 262.

35. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), pp. 308 y ss.

3.6.1. Facultades materiales

Según lo que se hubiere pactado en el contrato constitutivo, el superficiario podrá plantar, forestar o construir sobre la rasante, el espacio aéreo o el subsuelo del inmueble ajeno –es lo que prevé la primera parte del artículo 2115– y, luego de realizadas esas plantaciones o construcciones, ejercer las facultades de uso y goce sobre las mismas.

El derecho real de superficie puede constituirse sobre construcciones o plantaciones ya existentes, supuesto en el cual las facultades materiales del superficiario se encaminarán, en principio, no a la actividad constructiva o forestal sino al uso y goce de las construcciones o plantaciones aportadas por el nudo propietario. Es dable destacar que, en tal caso, si nada se dice, el superficiario podrá realizar nuevas construcciones sobre esas edificaciones preexistentes o bien desforestar o cosechar para luego hacer nuevas plantaciones y, finalmente, realizar amplios actos de disposición material. Contrariamente, puede que la finalidad perseguida por los contratantes sea exclusivamente brindarle al superficiario el derecho de usar, gozar y disponer de las construcciones o plantaciones existentes, excluyendo la facultad de realizar nuevas obras o plantaciones, sujetando la vigencia del derecho de superficie a la subsistencia de las construcciones o plantaciones originarias (téngase presente que, conforme al art. 2122, puede pactarse la extinción del derecho real de superficie ante la destrucción de lo plantado, forestado o construido).

Importante es destacar finalmente que, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2116 –y que ya fuera mencionado al abordar lo referente al emplazamiento del derecho– las facultades materiales podrán extenderse a una superficie mayor a la necesaria para realizar las plantaciones o construcciones, siempre que sea útil para su aprovechamiento.

3.6.2. Facultades jurídicas

Facultades que le competen al superficiario desde el punto vista jurídico:

- a) *Transmisibilidad del derecho*: Si bien no está prevista la transmisión del derecho del superficiario en el texto del artículo 2120, la posibilidad surge de lo establecido en los artículos 2119 y 2123.

Tal como surge del citado artículo 2119, la transmisión puede darse mediante actos entre vivos y por causa de muerte (por las reglas de la sucesión *ab intestato* o por vía testamentaria).

La doctrina se muestra dividida sobre la posibilidad de restringir o prohibir la transmisibilidad del derecho de superficie.³⁶ No obstante –y ante la particularidad de este derecho y la importancia que pueden revestir en la dinámica contractual las condiciones personales del superficiario, especialmente en la faz inicial, cuando aún no hay propiedad superficiaria–, nos inclinamos por admitir la validez de cláusulas tendientes a restringir la libre transmisibilidad de este derecho exigiendo, por

36. Por la posición que se inclina por la negativa, ver: KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 271; y ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 195. A favor de la cláusula limitativa de la facultad de transmitir el derecho de superficie, ver: COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 311; y ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, N° 850, 1997, pp. 9-22 (incorporado a: ALTERINI, Jorge H. [dir.] y ALTERINI, Ignacio E. [coord.], *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 2012, p. 1088).

ejemplo, la conformidad del nudo propietario o bien la constitución de garantías suficientes por parte del adquirente, aplicando en este último caso lo dispuesto en el artículo 2142, referente a la transmisión del derecho real de usufructo en virtud de la remisión contenida en el artículo 2127.

- b) *Constitución de derechos reales de garantía*: De acuerdo al texto del artículo 2120, el titular del derecho real de superficie puede “constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria”, resultando imperioso distinguir los dos planos o manifestaciones que puede asumir el derecho de superficie. En efecto, y atendiendo a que el párrafo transcrito se refiere a “derechos reales de garantía” en plural, parece necesario recordar que mientras no haya propiedad superficiaria, el derecho real de superficie se traduce en un derecho real sobre cosa ajena, que le confiere a su titular la facultad de plantar, forestar o construir. Por tal motivo, en esta etapa solo parece admisible la constitución del derecho real de hipoteca, no pareciendo posible la constitución de un derecho real de anticresis, pues este exige la entrega de la posesión de una cosa registrable individualizada, lo que resulta imposible en este caso toda vez que el superficiario solo tiene para ofrecer el “*ius edificandi*” –del que ya hemos hablado–³⁷. La hipoteca, en cambio, al no suponer tradición del objeto sobre el que recae, puede constituirse tanto sobre el derecho a plantar, forestar o construir como así también sobre la propiedad superficiaria.

Adviértase que en el primer caso estaremos ante un caso de derecho real constituido sobre un bien que no es cosa, expresamente aceptado por la legislación vigente en su artículo 1883 *in fine*. Resulta plausible esta decisión del legislador, pues precisamente es en esta etapa en la que el superficiario más necesita acceder al crédito para poder llevar adelante la construcción, plantación o forestación que han motivado la constitución del derecho real de superficie, por lo que acertado es brindarle una herramienta de este tipo para facilitarle la obtención de la financiación requerida.

Consideramos, junto con Kiper, que en caso de que se constituyera hipoteca sobre el *ius edificandi* cuando la plantación o construcción se hubiere realizado, el derecho real de garantía se extenderá, por la figura de la subrogación, a lo plantado o edificado, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.³⁸

Lógicamente, pudiendo el derecho de superficie –en cualquiera de sus dos planos– ser objeto de derecho real de garantía, queda en evidencia también que podrá ser embargado y subastado, aun por acreedores quirografarios.

- c) *Constitución de derechos reales de disfrute*: Corresponde analizar si puede el superficiario constituir derechos reales de disfrute sobre las plantaciones o edificaciones sobre las que recae su propiedad superficiaria, para lo cual debemos recurrir a normas que no están contenidas en el capítulo referente al derecho real de superficie. En efecto, una primera respuesta la encontraremos en el artículo 2131 en el que se incluye al superficiario entre lo legitimados para constituir derecho real de usufructo. Ante esto, teniendo en cuentas las remisiones contenidas en el artículo

37. ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 193.

38. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 267.

2155 –referente al derecho real de uso– y el artículo 2159 –referente al derecho real de habitación– cabe concluir que el superficiario puede constituir cualquiera de estos derechos reales de disfrute.

Por su lado, y con relación a la constitución de derecho real de servidumbre, el artículo 2168 establece: “están legitimados para constituir una servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión”. Por ello, atento a lo establecido en el artículo 1891, debemos concluir que siendo la superficie un derecho real que se ejerce por la posesión, el superficiario se encuentra legitimado para constituir derecho real de servidumbre.

- d) *Afectación al régimen de propiedad horizontal y enajenación y gravamen de unidades funcionales*: el artículo 2120, en su segundo párrafo, expresamente le permite al superficiario afectar las construcciones incorporadas a su patrimonio al régimen de propiedad horizontal, salvo que se hubiere pactado lo contrario, de manera tal que si nada se ha estipulado debemos entender expedita la posibilidad de afectar la edificación a este régimen especial. El propio artículo se encarga de establecer que en tal caso se dará una anomalía pues, por las propias particularidades del derecho de superficie, estaremos ante un régimen de propiedad horizontal donde el terreno no constituye una parte común, sino que pertenecerá al dueño del suelo, configurándose una excepción al categórico artículo 2041 que califica al terreno como cosa necesariamente común. Evidentemente, esta posibilidad de afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal estará encaminada a dar origen a unidades funcionales autónomas por lo que parece lógico que se autorice al superficiario a gravar o enajenar “las viviendas, locales u otras unidades privativas”. Consideramos importante advertir que la enajenación de estas unidades privativas no debe confundirse con la transmisión del derecho real de superficie pues lo que aquí se transfiere es un derecho real de propiedad horizontal revocable, en consecuencia, los adquirentes de estas unidades no asumen las obligaciones contraídas oportunamente por el superficiario y, en caso de destrucción total, no podrá invocar el *ius edificandi*, aplicándose en este supuesto, respecto de los adquirentes, lo establecido en el artículo 1907, extinguiéndose el derecho real de propiedad horizontal.
- e) *Constitución de derechos personales*: Teniendo el superficiario amplias facultades de uso y goce sobre lo plantado y construido resulta innegable que se encuentra legitimado para constituir derechos personales a través de contratos como la locación o el comodato.
- f) *Afectación al régimen de vivienda*: Entre los argumentos esgrimidos para defender la legitimación socio-económica del derecho real de superficie se destaca su aptitud para “impulsar la actividad de la construcción, tan necesaria para paliar la crisis habitacional”.³⁹ Por lo tanto, parece forzoso permitirle al superficiario la posibilidad de afectar al régimen de protección a la vivienda consagrado por los artículos 244 y siguientes la edificación que, siendo objeto de su propiedad superficiaria, constituye su vivienda.

39. LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 14), p. 443.

Por otro lado, no vemos impedimento alguno en admitir tal expediente pues, independientemente del argumento axiológico arriba esgrimido, la manera en que están redactados algunos pasajes de las normas específicamente destinadas a regular el régimen tuitivo de referencia nos permiten incluir al superficiario entre los legitimados. En tal sentido, el artículo 245 define como legitimado al “titular registral”, y el artículo 246 incluye como beneficiario al “propietario constituyente”. Consideramos que precisamente el superficiario es “titular registral” de un derecho real que le otorga facultad de uso, goce y disposición material jurídica sobre lo construido –en el supuesto bajo análisis, afectado a vivienda– y –tal como lo dijéramos al abordar la naturaleza jurídica del derecho real de superficie– entendemos que el superficiario, cuando hay propiedad superficiaria, es **propietario** de un verdadero dominio revocable sobre lo edificado. Consecuentemente, consideramos subsumible al superficiario en la figura de legitimados para instar la afectación al régimen de vivienda.

Por último, y solo para reforzar los argumentos arriba esgrimidos, adviértase que pese a que las normas reseñadas en ningún momento mencionan al titular de derecho real de propiedad horizontal o conjunto inmobiliario, no existe jurista que haya sostenido que, dada esa falta de mención expresa, no puedan estos sujetos afectar a vivienda sus unidades. Cabe destacar que en caso de que el superficiario efectivamente afecte la edificación a este régimen, se aplicarán las consecuencias jurídicas propias del mismo, por lo que no podrán los acreedores ejecutar la propiedad (salvo lo establecido en los incisos del art. 249), la afectación se subrogará al precio o indemnización que recibiera el superficiario (art. 248, con especial vinculación al art. 2126), serán aplicables las restricciones en materia de transmisión (art. 250), etc.

- g) *Aclaraciones comunes*: analizadas las facultades que competen al superficiario es propicio dejar constancias de dos reflexiones aplicables a los supuestos analizados: 1) todos los derechos, tanto reales como personales, que el superficiario constituya no podrán exceder el plazo de duración del derecho de superficie; 2) deberá tenerse presente que toda enajenación o gravamen tendrá que respetar la exigencia del asentimiento conyugal establecida en el artículo 470 y, si el superficiario hubiera radicado en la construcción su vivienda familiar, se tornará aplicable el artículo 456 con su amplio alcance.

3.7. Facultades del propietario del suelo

Tal como se advirtiera precedentemente, el derecho real de superficie configura una carga o gravamen respecto del dueño del suelo, en los términos del artículo 1888 (2º párrafo). En consecuencia, puede afirmarse que este es titular de un dominio imperfecto conforme a lo establecido en los artículos 1946 y 1964 *in fine*, por lo que puede ser considerado nudo propietario.⁴⁰ En esa tesitura, el artículo 2121 dispone que “el propietario conserva

40. ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/2/2016 (t. 2016-A, p. 1117, cita online AR/DOC/507/2016).

la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario”.

Teniendo en cuenta la dinámica del derecho real de superficie y las facultades que este acuerda el superficiario queda claro que muy pocos serán los actos de disposición material o jurídica que el nudo propietario podrá otorgar. A título de ejemplo podemos incluir la constitución de derecho real de hipoteca sobre la nuda propiedad, supuesto en el cual ninguna molestia se le ocasionaría el superficiario pues en caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario solo subastaría la nuda propiedad, por lo que el adquirente deberá respetar el derecho real de superficie constituido. Lo mismo cabe decirse en caso de enajenación de la nuda propiedad. Podría también pensarse –al menos hipotéticamente– que habiendo constituido un derecho real de superficie sobre la rasante o con proyección en el espacio aéreo, luego se constituye otro derecho real de superficie, a favor de un tercero, con proyección al subsuelo, supuesto en el cual el nudo propietario solo conservaría un derecho de propiedad sobre una franja del inmueble “aprisionada” por los derechos reales ajenos.

En cuanto a los actos de disposición material, se muestran aún más difíciles pues estos tienen una aptitud naturalmente más invasivas. Podemos imaginar, en sentido similar al último de los ejemplos dados, que habiéndose constituido un derecho real sobre rasante o con proyección en el espacio aéreo, el nudo propietario realiza excavaciones u obras subterráneas.

Asimismo, pueden incluirse como facultades del nudo propietario: recibir el canon que se hubiere estipulado y extender el dominio a lo plantado forestado o construido que subsiste una vez extinguido el derecho de superficie. Y como obligación, cabe sumar la de pagar la indemnización al extinguirse el derecho de superficie, salvo pacto en contrario.⁴¹

3.8. Destrucción de la propiedad superficiaria

El artículo 1907 expresamente dispone que los derechos reales se extinguen “por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción”. Precisamente, el artículo 2122 prevé:

La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

Esto quiere decir que, salvo que se pacte lo contrario, el derecho real de superficie configura una excepción legal a la regla del artículo 1907, autorizando a reconstruir la cosa y así evitar la extinción del derecho siempre que se respeten los plazos a tal efecto establecidos. El artículo requiere cierto esfuerzo por parte del intérprete en virtud de que la fórmula empleada exige algunas precisiones.

Preliminarmente, debemos recordar que –tal como lo manifestáramos al tratar acerca del concepto y naturaleza jurídica del derecho real de superficie– este derecho

41. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 324.

presenta dos planos: por un lado, el derecho a plantar, forestar o construir que constituye un derecho real sobre cosa ajena (derecho de superficie en sentido estricto) y, por otro, la manifestación consistente en la propiedad sobre lo plantado, forestado o construido, el cual constituye un derecho real sobre cosa propia (propiedad superficiaria).

Hecha esta aclaración, parece que el artículo confunde derecho de superficie en sentido estricto con propiedad superficiaria, pues establece que es la propiedad superficiaria lo que no se extingue por destrucción de lo plantado, forestado o construido, cuando – teniendo en cuenta lo destacado en el párrafo precedente – claramente la propiedad superficiaria no puede subsistir sin que exista la cosa propia del superficiario (plantación o edificación) que le sirva de objeto. El artículo debe ser interpretado de manera tal que, destruido el objeto de la propiedad superficiaria, no se extingue el derecho real de superficie en sentido estricto, consecuentemente, producida la destrucción nace –o renace– plenamente el derecho de plantar, forestar o construir, por lo que se produce una metamorfosis de la propiedad superficiaria, dando paso a la facultad de plantar o edificar (derecho de superficie en sentido estricto).⁴² Por lo precedentemente expuesto, resultaba más adecuada la terminología empleada en el artículo 7 de la Ley 25509, la que, al abordar este supuesto, se refería al derecho real de superficie forestal y no a la propiedad superficiaria.

Importante es destacar que para que no extinga del derecho de superficie, la ley exige que su titular reconstruya o vuelva a plantar o forestar dentro del plazo establecido por la ley, esto es: seis años para el caso de construcciones y tres años para el caso de plantaciones. Este plazo comienza a computarse desde el momento en que se produce la destrucción y, como señala Kiper –citando a Puerta de Chacón–, en caso de que se inicie la reconstrucción o replantación y luego se suspenda, “el plazo no comienza a computarse entero nuevamente [...] se trata de plazos de caducidad que no se interrumpen ni suspenden”.⁴³

Efectivamente, y como sostuviera oportunamente Alterini al analizar el citado artículo 7 de la Ley 25509,

... para que se extinga el derecho de superficie, es preciso que a la destrucción de lo plantado se sume una conducta omisiva del superficiario [...] Así, si bien el autor de la ley acepta la suspensión del principio de la accesión, como una excepción justificada por las necesidades del desarrollo económico, en caso de que ese despliegue productivo no se concreta, desaparecen las razones que habilitan la excepción a la regla y como consecuencia dispone la extinción del derecho.⁴⁴

Por último, es importante tener en cuenta que esta solución legal admite pacto en contrario, en consecuencia las partes podrán estipular que producida la destrucción se operará

42. Cabe recordar que el objeto de la propiedad superficiaria pueden ser plantaciones o construcciones hechas por el propietario del suelo, y que se incorporan al patrimonio del superficiario precisamente por la constitución del derecho de superficie, o bien ser aquellas fruto o consecuencia del ejercicio del derecho de plantar o construir. En este último supuesto, ante la destrucción de las plantaciones o construcciones, hay un verdadero renacimiento de las facultades primigenias.

43. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 278.

44. LAFAILLE, Héctor, ob. cit. (cfr. nota 14), pp. 516 y ss.

inmediatamente la extinción del derecho de superficie. En caso de que se decidiera acordar en tal sentido, y atento a que la norma solo habla de destrucción, será conveniente que en el mismo contrato los otorgantes especifiquen que se entenderá por destrucción, si se aplicará la extinción aún en caso de destrucción parcial y, en ese caso, cuál será el porcentaje o parámetro de referencia, etc. Por último, consideramos que este pacto en contrario admitido por la ley, solo se refiere a la posibilidad de estipular la extinción en caso de destrucción, y no autoriza a modificar los plazos legales fijados para la reconstrucción o reforestación, tal como sí lo preveía el artículo 2028 del [proyecto de código civil y comercial de 1998](#).

3.9. Extinción

Entrando ya en la recta final del presente ensayo, nos abocaremos a analizar la regulación atinente a la extinción del derecho de superficie, partiendo a tal fin de lo establecido en el artículo 2124, que literalmente reza:

El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

Consideramos conveniente realizar el análisis de esta materia haciendo foco en tres ejes principales: el alcance de la norma transcripta, las causales de extinción y sus efectos.

3.9.1 Alcance del artículo 2124

El citado artículo inicia así: “el derecho de construir, plantar o forestar se extingue”; por lo que podría pensarse que este artículo solo regula la extinción del derecho de superficie propiamente dicho y que no sería aplicable a la propiedad superficiaria. Ante esto, autores como Kiper consideran que hay aquí un defecto de redacción, pues de lo contrario, desde el momento en que el superficiario construye, planta o foresta, su derecho quedaría excluido de las normas que regulan la extinción y se convertiría en perpetuo, lo que resulta inadmisibles en nuestra legislación donde el derecho de superficie es, por definición, temporario. Así, este autor manifiesta:

De lo contrario, bastaría que el superficiario iniciara su actividad para convertir a su derecho temporario en un perpetuo, lo que sería absurdo. El artículo debería decir que “el derecho del superficiario se extingue por”...⁴⁵

En sentido similar se pronuncia Zelaya, para quien, no obstante la letra del artículo 2124, los modos de extinción regulados en dicha norma, con excepción del “no uso”, “también son aplicables cuando ya existen construcciones, plantaciones o forestaciones, es decir, en caso de «propiedad superficiaria»”.⁴⁶

45. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 279.

46. ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 209.

Por su lado, resultan sumamente interesantes –y nada desechables– las consideraciones que al respecto hace Dodda, para quien, haciendo una interpretación sistemática de las normas del CCCN y teniendo especialmente en cuenta la remisión dispuesta por el artículo 2128 a las normas del dominio revocable como régimen supletorio atinente a la propiedad superficiaria, cabe sostener:

En consecuencia, según la norma en análisis, el derecho a plantar, forestar o construir (*ius edificandi*) se extingue por renuncia expresa; vencimiento del plazo; cumplimiento de una condición resolutoria; por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

La propiedad superficiaria se extingue por destrucción de lo plantado, forestado o construido en el caso de que el superficiario no vuelva construir dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres para replantar o reforestar, excepto pacto en contrario (art. 2122); vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria (arts. 1965 y 2128); por abandono y consolidación (art. 1907).⁴⁷

Lo cierto es que, más allá de las disquisiciones doctrinarias sobre el alcance del artículo 2124, puede hacerse un abordaje conjunto de las causales en él reguladas marcando, en los casos que correspondiere, las particularidades o excepciones a tener en cuenta respecto de la propiedad superficiaria.

3.9.2. Causales de extinción

Siguiendo la enumeración hecha en el artículo 2124, el derecho de superficie se extingue por:

- a) *Renuncia*: Este acto jurídico consiste básicamente en la dejación voluntaria que, de manera expresa o tácita, se hace de una cosa o derecho.⁴⁸ Claro está que, en el contexto de la norma bajo análisis, esta causal de extinción solo se configurará cuando se realice de manera expresa (la voluntad abdicativa evidenciada tácitamente o por meros hechos corresponde ser encuadrada en la causal de “no uso”). Teniendo en cuenta que se trata de modo de extinción de un derecho real sobre un inmueble, la renuncia debe formalizarse por escritura pública y ser inscripta en el registro inmobiliario (artículos 1017 inciso a) y 1893). Cabe destacar que la renuncia no libera al superficiario de sus obligaciones (art. 2123) y, además, hasta que no se cumple el plazo contractual o legal, deja subsistente los derechos reales o personales que este hubiera constituido (art. 2125).
- b) *Vencimiento del plazo*: Tal como ha quedado dicho, una de las notas características del derecho de superficie en la legislación argentina es su carácter temporario. En consecuencia, esta causal siempre estará presente en defecto de las restantes. Se trata, claro está, de un plazo resolutorio, que en principio deberá estar estipulado en el contrato constitutivo y que, en ningún supuesto, podrá exceder los plazos

47. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 335.

48. FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, t. 6, Buenos Aires, Abecé, 1961, p. 281.

legales máximos –setenta años para construcción y cincuenta años para plantación y forestación– establecidos en el artículo 2119.

Dable es resaltar –como se verá más adelante– que la extinción del derecho real de superficie por vencimiento del plazo es la única causal que produce, concomitantemente, la extinción de todos los derechos reales o personales que el superficiario hubiere constituido (art. 2125).

- c) *Cumplimiento de una condición resolutoria*: Conforme al artículo 343, “se denomina condición a la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto”. Por tal motivo, en caso de haberse estipulado que el derecho del superficiario se hubiera de extinguir al acaecer un acontecimiento futuro e incierto, al producirse este queda liquidado su derecho.

Parece oportuno destacar que si esta condición resolutoria se cumple antes del vencimiento del plazo contractual o legal, no acarrea la extinción de los derechos constituidos por el superficiario, configurándose una importante diferencia respecto del régimen jurídico aplicable en materia de dominio revocable, al cual remite el artículo 2128.

- d) *Consolidación*: Se configura cuando una persona adquiere la propiedad del suelo y el derecho real de superficie, pudiendo esto ocurrir en cabeza del nudo propietario, del superficiario o incluso de un tercero ajeno a la relación originaria. Si bien la consolidación está regulada en el artículo 1907 como causal de extinción de derechos reales sobre cosa ajena, nada impide aplicarla también en el caso de que existiera propiedad superficiaria, que –como se ha aclarado anteriormente– constituye un derecho real sobre cosa propia, pues por el desdoblamiento que este derecho produce entre la propiedad del suelo y de lo plantado o construido, resulta procedente en este caso.
- e) *No uso*: Atento a que el derecho de superficie tiende a dinamizar el aprovechamiento de bienes inmuebles, fomentando su explotación productiva, es lógico que, si el superficiario no hace uso de sus facultades de construir, plantar o forestar dentro de un plazo razonable, se lo sancione con la pérdida de su derecho. Al respecto la norma distingue según la finalidad perseguida con la constitución del derecho de superficie: si fue con objeto constructivo se acuerda un plazo de diez años, en cambio, si fue constituido para plantar o forestar, el plazo es de cinco años. Ahora bien, respecto de esta causal hay opiniones encontradas en la doctrina acerca de su aplicabilidad respecto de la propiedad superficiaria. En efecto, Kiper se inclina por la respuesta afirmativa, configurándose la causal en caso de que el superficiario no explote la edificación o plantación. El autor cita a Mariani de Vidal en cuanto afirma:

El contemplar el “no uso” o “desuso” como causal de extinción para ambas modalidades del derecho de superficie se compadece con la finalidad del fomento perseguido por la ley, en aras del interés comunitario, al que no favorecería la existencia de desmembraciones estériles al dominio (*Derecho real de superficie forestal cit.*).⁴⁹

49. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), pp. 282 y ss.

Zelaya, en cambio, sostiene que no es posible extender la causal de desuso a la propiedad superficiaria.⁵⁰ En igual sentido se manifiesta Dodda, quien considera que, respecto de esta propiedad, el no uso solo genera su extinción cuando el superficiario, frente a la destrucción de su objeto, no vuelve a construir o a replantar o forestar dentro de los plazos acordados en el artículo 2122.⁵¹ En el mismo orden de ideas se expiden Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón: “La propiedad superficiaria, en cambio, como toda propiedad, subsiste independientemente del ejercicio que se haga de ella”.⁵²

Creemos oportuno destacar que cuando el artículo 2123 hace referencia al “desuso” y al “abandono”, no está regulando causales de extinción autónomas. Efectivamente, el desuso es el “no uso” y el abandono, cuando es meramente fáctico o de hecho, es precisamente desuso, en tanto que si hubiera manifestación expresa de voluntad de abandonar la cosa, instrumentada formalmente, estaremos ante una renuncia expresa. Lo cierto es que, por imperio del citado artículo 2123, el no uso no libera al superficiario de sus obligaciones.

Creemos acertado destacar la opinión de Gurfinkel de Wendy, quien entiende que esta causal no solo se configurará ante la conducta omisiva o inactiva del superficiario sino “también cuando las obras realizadas se apartan de lo pactado en el acto de constitución”.⁵³

- f) *Otras causales*: Pese a no estar expresamente previstas en la normativa específicamente regulatoria del derecho de superficie, cabe incluir como causales de extinción a las siguientes: acuerdo extintivo, cese de la existencia de la persona jurídica a favor de quien se constituyó el derecho, expropiación del objeto y destrucción o pérdida del inmueble sobre el que recae el derecho (ejemplo: avulsión).⁵⁴

3.9.3. Efectos de la extinción

Para adentrarnos en el análisis de las consecuencias jurídicas derivadas de la extinción, debemos tener presente lo dispuesto en el artículo 2125:

Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

50. ZELAYA, Mario, ob. cit. (cfr. nota 28), p. 214.

51. COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., ob. cit. (cfr. nota 22), p. 335.

52. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit. (cfr. nota 19), p. 59.

53. GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., [comentario a los arts. 2114-2128], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 704.

54. KIPER, Claudio M., ob. cit. (cfr. nota 11), p. 281.

La letra de la norma pone en evidencia que los efectos jurídicos de la extinción difieren según el derecho del superficiario se hubiera extinguido por cumplimiento del plazo legal o contractual o bien por alguna de las otras causales.

Tal como lo sostuviéramos precedentemente, la constitución del derecho real de superficie implica una suspensión del principio de accesión, el que se mantiene latente en una especie de letargo. Por tal motivo, al producirse la extinción del derecho real de superficie, el dominio recobra plenamente su elasticidad y el derecho de propiedad del nudo propietario (dueño del suelo) abraza o envuelve también las plantaciones o construcciones que pertenecieran al superficiario.

Ahora bien, solo en caso de extinción por cumplimiento del plazo legal o convencional esto se produce de manera plena y automática, haciéndose el propietario del suelo dueño de lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. En cambio, cuando la extinción se produce antes de que llegara a cumplirse ese plazo, las consecuencias son diferentes porque, si bien hay una “reactivación” del principio de accesión y el propietario del suelo extiende su dominio a las construcciones o plantaciones subsistentes, lo cierto es que, para proteger a los terceros que han contratado durante la vigencia del derecho de superficie, la ley se encarga de aclarar que los derechos reales y personales **constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.**

Se consagra así, respecto de esos terceros, la inoponibilidad de la extinción operada (art. 382 *in fine*), pues ellos han contratado teniendo en cuenta el plazo del contrato constitutivo o el plazo legal, por lo que, privarlos de sus derechos ante un hecho o acto jurídico que ocasiona la extinción anticipada del derecho de superficie, produciría un gran inseguridad jurídica, convirtiendo al derecho de superficie en letra muerta.

Importante es destacar que, producida la extinción, el propietario del suelo hace suyas las plantaciones o construcciones existentes, sin necesidad de tradición, por lo que, en caso de que el superficiario no entregara la posesión de la cosa, queda constituido como un poseedor en nombre del dueño, conforme al artículo 1968, aplicable por expresa remisión contenida en el artículo 2128.

Atento a que se produce este incremento patrimonial por parte del dueño del suelo, el artículo 2126 establece que se le deberá abonar al superficiario una indemnización, para evitar que se configure un enriquecimiento sin causa. Esta indemnización será la que las partes, de común acuerdo, hubieren fijado, ya sea en el contrato constitutivo o en convenios posteriores. En caso de que no hubiere mediado acuerdo al respecto, será el juez quien deba decidir sobre el parámetro que el propio artículo 2126 se encarga de establecer disponiendo que deberán tomarse en cuenta “los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

Consideramos procedente pactar que la indemnización se efectivice en especie, particularmente mediante la entrega en propiedad al superficiario de parte de lo construido, especialmente en el caso de edificios de departamentos u oficinas. De esta manera, podría acordarse que, producida la extinción, el dueño del suelo –que hace propio todo lo construido en el terreno– afecte la edificación al régimen de propiedad horizontal y transfiera a quien fuera superficiario la cantidad de unidades acordadas en concepto de indemnización. En esa dinámica contractual, el derecho de superficie aparece como una

opción en los casos de inversiones inmobiliarias en las que un sujeto aporta el terreno y otro el desarrollo de la obra, pudiendo constituir a favor del desarrollista un derecho de superficie sujeto a la condición resolutoria de la conclusión de la obra proyectada, pactando un plazo máximo razonable a tal fin y acordando que, al concluirse el edificio y operarse la extinción del derecho de superficie, el dueño del suelo, luego de afectar a propiedad horizontal, le transfiera al desarrollista cierta cantidad de las unidades construidas. De esta manera, el propietario del terreno queda garantizado, toda vez que solo se ha desprendido de la superficie y eventualmente recuperará pleno vigor el principio de accesión y, por su parte, el desarrollista no ostentará un mero derecho personal sobre el inmueble sino uno de carácter real con la oponibilidad *erga omnes* y demás prerrogativas correspondientes a esta categoría jurídica.⁵⁵ Hasta que se efectivice la indemnización, el superficiario podrá ejercer derecho de retención por aplicación de lo dispuesto en el artículo 2587.

Finalmente, debe recordarse que la propia ley autoriza el pacto en contrario, de manera tal que es absolutamente válida la cláusula contractual en virtud de la cual se disponga que el superficiario nada reciba en concepto de indemnización.

4. Conclusión

- El CCCN incorpora por primera vez a nuestro ordenamiento positivo el derecho real de superficie en su máxima amplitud, aceptando su constitución con fines de construcción como así también de plantación y forestación.
- Entendemos que este derecho real aparece como una herramienta interesante para dinamizar la explotación de inmuebles cuyos propietarios no quieren o no pueden realizar actividades productivas sobre los mismos, especialmente en materia constructiva.
- En este sentido, consideramos que tal vez sean los inmuebles de dominio privado del Estado los que mayor potencialidad presentan para ser asiento de esta nueva herramienta jurídica, pues permitirá darle a estos un destino socialmente útil –especialmente en materia habitacional– sin exigir desprendimiento patrimonial definitivo.
- El desarrollo de la figura en el ámbito privado dependerá de la evolución en las costumbres de la sociedad. En materia habitacional, principalmente, aún resulta culturalmente difícil de concebir la posibilidad de desdoblarse y separar la propiedad de las construcciones de la propiedad del suelo, como así también aceptar la adquisición de dominios revocables sobre edificaciones destinadas a vivienda. Tal vez los primeros pasos se darán en construcciones destinadas a actividades comerciales (locales, oficinas, etc.) pues en estos casos resulta mucho más acorde a estos destinos la aplicación de propiedad temporaria.
- Desde el punto de vista jurídico, y salvo las observaciones que se han hecho en cuanto a algunas deficiencias en la regulación, creemos que el plexo normativo

55. Esta idea fue ampliamente desarrollada y fundamentada en VILLANUEVA, Antonio M., “El derecho de superficie y el condominio vinculado”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 895, 1987, p. 979.

se muestra completo y adecuado para regir la dinámica de la figura sin mayores inconvenientes.

- Como operadores jurídicos debemos asumir el desafío de profundizar en el estudio de esta figura y rescatar las ventajas que puede otorgar a la dinámica productiva de los bienes inmuebles, desprendiéndonos de preconceptos fuertemente arraigados luego de casi 150 años de vigencia de una legislación que siempre vio con malos ojos al derecho de superficie.
- El cambio cultural que se necesita para darle efectiva vida al derecho de superficie en nuestra realidad socio-económico deberá partir de los profesionales del derecho. Perdámosle el miedo entonces y démosle una oportunidad a esta institución.

5. Bibliografía

- ABELLA, Adriana N. y MARIANI DE VIDAL, Marina, “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, Thomson Reuters, 23/2/2016 (t. 2016-A, p. 1117, cita online AR/DOC/507/2016).
- ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, N° 850, 1997, pp. 9-22 (incorporado a Alterini, Jorge H. [dir.] y Alterini, Ignacio E. [coord.], *Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales*, t. 7, Buenos Aires, La Ley, 2012).
- CORNEJO, Américo A., “El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial”, en *La Ley*, Buenos Aires, La Ley, t. 1987-D.
- COSTANZO, Mariano y DODDA, Zulma A., [comentario a los arts. 2114-2128], en Lamber, Néstor D. en Clusellas, Gabriel [coord.], *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos*, t. 7, Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.
- FERNÁNDEZ DE LEÓN, Gonzalo, *Diccionario jurídico*, t. 6, Buenos Aires, Abecé, 1961
- GAYO, *Instituta*, libro 2.
- GURFINKEL DE WENDY, Lilian N., [comentario a los arts. 2114-2128], en Medina, Graciela y Rivera, Julio C. (dirs.), Esper, Mariano (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*, t. 5, Buenos Aires, La Ley, 2015.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída R. y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, *Derecho real de superficie*, Buenos Aires, Astrea, 1989.
- KIPER, Claudio M. (dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- LAFAILLE, Héctor, *Derecho civil. Tratado de los derechos reales*, t. 6, Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2011, 2ª ed. (actualizada y ampliada por Jorge H. ALTERINI).
- LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene, “Objeto del derecho real de superficie. Con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25509”, en *Revista del Notariado*, N° 867, 2002, pp. 41-62.
- MACHADO, José O., *Exposición y comentario del Código Civil argentino*, t. 7, Buenos Aires, Ed. Científica y Literaria Argentina, 1922.
- MOREIRA, Laureano A., “El derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa”, en *El Derecho*, Buenos Aires, Universidad Católica Argentina, t. 128, 1998.
- TRANCHINI, Marcela, “Propiedad horizontal. Cuestiones vinculadas a su objeto”, en AA. VV., *LI Seminario Laureano A. Moreira*, Buenos Aires, Academia Nacional del Notariado, 2006 (junio).
- VILLANUEVA, Antonio M., “El derecho de superficie y el condominio vinculado”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 895, 1987.
- ZELAYA, Mario, “Superficie”, en Kiper, Claudio M. (dir.), *Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación*, t. 3, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.
- [comentario a los arts. 2114-2128], en Lorenzetti, Ricardo L. (dir.), *Código Civil y Comercial comentado*, t. 9, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2015.