

UNIVERSIDAD ABIERTA INTERAMERICANA

FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS

DERECHO REAL DE SUPERFICIE

DERECHO DE SUPERFICIE FORESTAL

Alumna: NARDONI, Luciana Guadalupe.

Carrera: ABOGACÍA.

Materia: Trabajo Final.

Título a obtener: Abogada.

Tutora: PILOT, Diana.

Rosario, Mayo de 2.003.

“... En la medida en que cada individuo descansa en el asistencialismo del Estado, abandona su responsabilidad sobre la suerte y el bienestar de sus semejantes ...”

WILHELM von HUMBOLDT.  
1.972.

## AGRADECIMIENTOS.

Quiero expresar mi agradecimiento a quienes proporcionaron el espacio, el tiempo, el esfuerzo y la perseverante dedicación, necesarios para trabajar en este escrito.

Especialmente doy mi más sincero agradecimiento a mis padres, Mabel y Néstor, quienes postergaron cuestiones muy propias en aras de este resultado.

También recuerdo y dedico este trabajo a una gran persona que ya no me acompaña, mi abuelo Ernesto, quien seguramente sentiría una verdadera felicidad.

Además agradezco infinitamente el apoyo y la ayuda recibida de mi tutora , Diana Pilot, sin la cual este trabajo no hubiera sido posible.

Tengo, además, una profunda deuda de gratitud con todos aquellos que me han brindado sus aportes y su apoyo, y lamento no poder mencionarlos expresamente, dada la cantidad de personas involucradas en esta labor.

## DERECHO REAL DE SUPERFICIE. DERECHO DE SUPERFICIE FORESTAL.

### Índice.

## IDEAS INTRODUCTORIAS.

Descrédito de ciertos Derechos Reales al tiempo de sancionarse el Código Civil. Consideraciones previas.....	1
---	---

## CAPÍTULO I. Primera parte.

I.I. Política seguida por Vélez Sarsfield respecto de los Derechos Reales suprimidos.....	4
I.II. Derechos Reales suprimidos por el código pero constituídos antes de su vigencia.....	6
I.III. Derechos Reales autorizados y Derechos Reales prohibidos.....	7
I.IV. La Superficie. Derecho Romano y Derecho Español. Códigos actuales.....	9
I.V. Antecedentes legislativos del Derecho de Superficie en nuestro país. Anteproyecto Bibiloni, Proyecto de 1.936 y Anteproyecto de 1.954. Proyecto de Ley de Planeamiento Urbano y Acceso a la Vivienda de 1.984. Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1.987. Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1.993.....	11
I.VI. Valoración de los antecedentes legislativos expuestos.....	15
I.VII. Congresos y jornadas que propiciaron su implementación.....	17

## CAPÍTULO II.

II.I. El Numerus Clausus.....	20
II.II. Concepto de Derecho Real.....	21
II.III. Definición analítica y exposición de sus elementos y caracteres fundamentales.....	22
II.IV. Enumeración de los Derechos Reales.....	22
II.V. Interpretación del artículo 2.614.....	25

## CAPÍTULO III. Segunda parte.

### DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

III.I. La propiedad, concepto cambiante.....	29
III.II. Presuntos orígenes del Derecho de Superficie.....	30
III.III. Derecho de Superficie. Conceptos.....	32
III.IV. Definición.....	33
III.V. Naturaleza Jurídica.....	34
III.VI. Comparación con otros institutos jurídicos.....	35
III.VII. Manifestaciones del Derecho Real de Superficie..... (Tratadas específicamente en el capítulo VI)	36

## CAPÍTULO IV. Tercera parte.

### ELEMENTOS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

IV.A. “Elemento real u objetivo” (cosa sobre la que se ejerce el derecho). Obra propia sobre inmueble ajeno. Obra autónoma. Obra destinada a larga duración. Base material de la obra. Variantes posibles.....	40
IV.B. “Elemento personal” (los sujetos). Concedente, superficiario o dueño del suelo.	

Titular del derecho de edificar y/o superficiario. Legitimación.....	44
---	----

## CAPÍTULO V.

### FACULTADES Y CARGAS DEL CONCEDENTE Y SUPERFICIARIO.

V.A. Facultades del superficiario. Principio general. Derecho a destruir lo construído. Adquisición de tesoros. La subsuperficie. Acciones posesorias y petitorias. La indemnización. Derecho de retención.....	49
V.B. Obligaciones y cargas del superficiario. Pago del canon o solarium. Obligación de pagar contribuciones fiscales. Obligaciones que emergen del título.....	52
V.C. Facultades del dueño del suelo. Remisión. Otros derechos.....	55
V.D. Deberes del dueño del suelo. Responde por evicción. Responde por vicios redhibitorios. Otras obligaciones. Subsistencia y transmisión de las obligaciones.....	56

## CAPÍTULO VI. Cuarta parte.

### MANIFESTACIONES DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

VI.A. El "ius edificandi". La mera autorización para construir. Tránsito del "ius edificandi" a la "propiedad superficiaria". Adquisición y registración. Caracteres. Extinción. Efectos de la extinción. Normas aplicables al derecho de construir o forestar. Emplazamiento y proyección. Facultades, adquisición y extinción.....	59
VI.B. La "propiedad superficiaria". Concepto. Adquisición. Caracteres. Extinción, causales. Efectos de la extinción de la propiedad superficiaria. Normas aplicables a la propiedad superficiaria.....	69

## CAPÍTULO VII.

### VALORACIÓN CRÍTICA DE LA FIGURA.

Valoración general.....	77
Su posible aplicación a figuras existentes.....	77

## CAPÍTULO VIII. Quinta parte.

### DERECHO DE SUPERFICIE FORESTAL.

VIII.I. Consideraciones previas.....	81
VIII.II. Concepto.....	83
VIII.III. Caracteres.....	84
VIII.IV. ¿Quiénes pueden constituirlo?.....	85
VIII.V. Objeto.....	86
VIII.VI. Modo de constitución.....	89
VIII.VII. Duración.....	90

VIII.VIII. Facultades del propietario del inmueble.....	91
VIII.IX. Facultades del superficiario.....	92
VIII.X. Extinción.....	93
VIII.XI. Efectos de la extinción.....	94
VIII.XII. Breve crítica a la Ley 25.509.....	95

CAPÍTULO IX. Sexta parte.

<u>CONCLUSIÓN</u> .....	98
-------------------------	----

Bibliografía.....	107
Doctrina.....	109

IDEAS INTRODUCTORIAS.

Descrédito de ciertos Derechos Reales al tiempo de sancionarse el Código Civil.

Consideraciones previas.

Ya sea por el fracaso de la enfiteusis rivadaviana –fracaso que se debió seguramente a la situación por la que atravesaba el país, más que a la institución en sí misma- , ya por los excesos a que las vinculaciones en general y demás derechos reales medievales habían producido en Europa y en América y sobre todo en España, la mayor parte de nuestros hombres públicos, al tiempo de sancionarse el Código Civil eran decididos partidarios de restringir lo más posible la separación entre el dominio directo y el útil.

Caído Rosas una de las primeras preocupaciones de los hombres de gobierno fue la de poner un cierto orden en el régimen de la tierra pública, con respecto a la cual se había seguido una política desastrosa. Es de notar que hasta el propio Vélez se había mostrado enemigo, con una posición abiertamente contraria, de los derechos reales desmembrados.

Todo esto hace pensar que tal estado de conciencia pública del país (ley del 21 de Octubre de 1.857, poniéndose fin a la enfiteusis) frente a un artículo defectuosamente redactado, puede muy bien servirnos de interpretación.

En efecto, si el Codificador se había mostrado contrario a la enfiteusis conforme al ambiente que lo circundaba, es lógico pensar que no había de llevar al Código un instituto, que se estaba por todos y por él mismo rechazando.

Vaya lo dicho, aunque de importancia secundaria frente a todo lo que posteriormente se expondrá, para interpretar el defectuoso artículo 2.614.

El estudio del derecho de superficie sugiere, inmediatamente, complicadas concepciones del derecho de propiedad elaboradas en épocas pasadas, figuras jurídicas sin aparente interés actual y reminiscencias de épocas feudales.

Sin embargo, la figura ha tenido un verdadero reverdecimiento durante el presente siglo, tanto en el derecho europeo como latinoamericano.

Su inclusión en el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial ha motivado, en gran parte, las reflexiones que se ponen a consideración.

El Proyecto de Código Civil del año 1.995 mejora el método seguido por Vélez Sarsfield en el Libro III, De Los Derechos Reales, al incorporar al Libro V, el Título I, De Las Disposiciones Generales, donde, a través de diversos capítulos regula los principios comunes a todos los derechos reales.

Asimismo, en este Proyecto, continúan vigentes los principios de “número cerrado” y de “tipicidad”, tal cual surge de los artículos 1.817 (estructura) y 1.820 (enumeración). En este último, entre los derechos reales se enumera, en el inciso d) “la superficie”, para comenzar su regulación específica a partir del artículo 2.018.

Aquí se plantean los parámetros y ejes fundamentales, como incentivos adecuados para alentar tanto a los particulares como a las instituciones a que tengan en cuenta, en sus gestiones a corto o largo plazo, la necesidad de un desarrollo nacional garantizado y, a la adopción creciente de prácticas más eficientes que aseguren un crecimiento social y económico en armonía.

# CAPÍTULO I

**Primera Parte.**

### I.I. Política seguida por Vélez Sarsfield respecto de los Derechos Reales suprimidos.

La legislación española y aún nuestro derecho patrio anterior al Código admitían una serie de derechos reales que embarazaban a la propiedad, dificultaban su goce y su transmisión y hacían sumamente complejo el régimen del derecho sobre las cosas. Vélez adoptó el buen temperamento de suprimir algunos derechos que no desempeñaban ningún papel económico valioso ni conveniente desde el punto de vista de los intereses generales<sup>1</sup>.

Los fundamentos de tan importante reforma de la legislación de la época están dados en la nota del artículo 2.502. Dice Vélez Sarsfield que *“desde la Edad Media, las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua y por mil otros medios. En España, la constitución de rentas perpetuas como los censos creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían, y el acreedor del canon tenía derecho a perseguir la cosa a cualquier mano que pasase. Los escritores españoles se quejaban de los males que habían producido los derechos reales sobre la misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otros casos se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. La multiplicidad de los derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y pueden perjudicar mucho la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poder dividir la cosa asiento de ellos”*.

“Eran como se ve, buenas razones para eliminar derechos que perjudicaban a la propiedad. Vélez se preocupó fundamentalmente de estructurar una propiedad fuerte para crear un poderoso incentivo a la explotación de las

---

<sup>1</sup> Borda, Guillermo A. , *"Manual de Derechos Reales"* , Editorial Perrot, Buenos Aires 1.996, capítulo I, página 18.

inmensas pampas desiertas. Su reforma tuvo un fecundo significado político y económico”<sup>2</sup>.

Fue así como quedaron suprimidos los siguientes derechos reales: el de superficie, la enfiteusis, las rentas, los censos y las vinculaciones.

Respecto del derecho de superficie, consistía en el derecho del superficiario de poder hacer obras, edificios, plantaciones, sobre los cuales tenía un derecho de propiedad independiente del que correspondía al propietario del terreno, el cuál tenía derecho a hacer sótanos y otros trabajos subterráneos con tal que no perjudicasen los derechos del superficiario<sup>3</sup>.

Vélez prefirió una propiedad plena, prolongada hasta “el cielo y el infierno”, es decir, que comprendiese no sólo la superficie sino el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente. Aunque con un significado muy distinto al antiguo derecho de superficie, la ley de propiedad horizontal ha venido a revivir algunos de sus principios, al permitir la división de un inmueble por pisos o departamentos.

#### I.II. Derechos Reales suprimidos por el Código, pero constituidos antes de su vigencia.

El problema a considerar es el siguiente: ¿qué suerte corrieron los derechos reales que fueron suprimidos por el Código, pero que estaban constituidos y vigentes en la época de su sanción?. Actualmente la cuestión es meramente académica, porque a cien años de la sanción del Código estos derechos han desaparecido totalmente de la vida jurídica argentina, pero no podemos descartar

---

<sup>2</sup> Borda, Guillermo A. , "Manual de Derechos Reales" , Editorial Perrot, Buenos Aires 1.996, capítulo I, página 19.

<sup>3</sup> Vélez Sarsfield, nota al artículo 2.503 de nuestro Código Civil.

siquiera un poquito la posibilidad de que alguno de ellos aún subsista o recobre vigencia.

Desde luego, no caben dudas de que el Código no extinguió los derechos reales entonces existentes sino que prohibió que se constituyeran en lo sucesivo. Y no hubiera podido arrasar o dejar sin efecto alguno los derechos reales en ese momento vigentes, pues ello hubiera importado ni más ni menos que afectar la garantía de la propiedad, establecida en la Constitución Nacional.

Se ha dicho que todo el régimen de la propiedad hace de modo inmediato al orden público. Era evidente que no pudiera permitirse la subsistencia de derechos que la sociedad consideraba contrarios a los intereses públicos. El concepto ha quedado bien claro en la redacción del artículo 3 del Código Civil, según el cual la nueva ley se aplica de inmediato a las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Dado que nuestro derecho ya no admitía estos derechos reales suprimidos, considerándolos contrarios a los intereses generales, debió reconocerse al dueño la posibilidad de liberarse de ellos. Y la única forma justa de hacerlo, evitando lesiones al derecho patrimonial de quien era titular de un derecho real suprimido, fue demandar su anulación, ofreciendo pagar la indemnización que los jueces fijasen como justa compensación del derecho que se perdía. Ello permitió conciliar el interés del orden público implicado en esta cuestión, con el respeto por el derecho patrimonial de quien sería privado de su derecho, pero recibiendo en cambio una justa indemnización.

### I.III. Derechos Reales autorizados y Derechos Reales prohibidos.

El artículo 2.614 (no anotado por nuestro Codificador) nos dice: *“Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna”.*

Se nombran como derechos reales: enfiteusis, superficie, censos, rentas y vinculaciones. Pero, ¿cuál o cuáles de estos derechos reales están autorizados por cinco años?

Con respecto al derecho real de vinculación no se presenta cuestión alguna, en efecto la disposición jurídica es suficientemente clara, está absolutamente desechado.

En relación a las rentas el artículo tampoco ofrece vacilación, están permitidas por cinco años.

Esta autorización por cinco años ¿se extiende también a los demás derechos reales enumerados, o a alguno de ellos o no comprende a ninguno?

Procurando resolver la cuestión, cabe decir que, la “coma” con que se separa cada derecho real del que le sigue no es suficiente, pues puede dar lugar y ha dado lugar a vacilaciones y por ende a distintas interpretaciones.

Para interpretar la norma la doctrina ha dado importancia primigenia a la puntuación, descuidando y aún omitiendo otros factores que en verdad pudieron ser decisivos.

Aunque se prefiere resolver el problema por otro lado, y detenernos especialmente en la descripción de cada uno de estos derechos reales, sin embargo, como nuestra doctrina ha otorgado prevalencia a la puntuación para la interpretación de la norma, se hará luego una síntesis de ella.

A estos efectos se tendrán especialmente en cuenta, para no extenderme demasiado, los derechos reales cuestionados, sin perjuicio de la existencia de los otros mencionados por la misma norma y su breve referencia.

Para muchos autores, entre ellos Segovia, Babiloni, Salvat, Lafaille y Molinario, la autorización por cinco años se refiere a los censos y a las rentas, por lo tanto, después de la palabra superficie tendría que ir un “punto y coma” en lugar de una simple “coma”.

Tenemos también la opinión de otros autores como Llerena. Su posición implica la opinión más restringida puesto que para él no puede dudarse, cualquiera sea la puntuación, que las rentas están comprendidas en la autorización de cinco años.

Lo opuesto a Llerena, la exposición de Machado, sostiene el criterio más amplio, ya que según este último, la frase en cuestión (cinco años) comprendería a todos los derechos reales enumerados.

Por otro lado, tres notas del Codificador aclaran, si no del todo mucho el panorama y son las puestas al pie de los artículos 2.070, 2.502 y 2.503 de nuestro Código Civil. De las notas se infiere:

1. Concepción restrictiva del Codificador sobre el número de derechos reales, mira hacia el derecho clásico romano y borra casi todo el largo y bastante confuso andar medieval.
2. Elimina los derechos de enfiteusis y superficie.
3. Admite las rentas y por ende los censos, pues éstos serían una especie dentro del género de las primeras.

En una opinión fundada y firme, se piensa que por medio de la puntuación a poco o nada puede llegarse. Lo cierto que resulta de ella es que puede dar apoyo a cualquier posición. En efecto, la cláusula en cuestión “que se extiendan a mayor término que el de cinco años”, puede servir para todo, y con ello va dicho que no da seguridad a ninguna interpretación.

Otro caminos se debieron buscar y han confiado en el siguiente.

Respecto de la enfiteusis y superficie, no han sido figuras admitidas por el Código: ¿por qué?. El motivo determinante ha sido el siguiente: “hace a la esencia de estos dos derechos reales que sean perpetuos o por lo menos de larga duración”.

Es absolutamente imposible que a Vélez se le haya ocurrido instituir estos derechos reales por un plazo no mayor de cinco años, conocía muy bien el Derecho romano y el Derecho español para que se le pasara, aunque sea por la imaginación, semejante dislate.

Esta es la razón fundamental y no otra. En armonía con esto su nota al artículo 2.503.

En síntesis: la cláusula permisiva de los cinco años comprende únicamente a los censos, y en tren de aclaración, al decir únicamente censos se lo estaría utilizando como sinónimo de rentas reales. Van con lo dicho que: la enfiteusis

absolutamente prohibida, la superficie absolutamente prohibida y las vinculaciones absolutamente prohibidas.

#### I.IV. La Superficie. Derecho Romano y Español. Códigos actuales.

Derecho Romano: su nacimiento pertenece, al igual que la enfiteusis, a las postrimerías del Derecho romano, sin perjuicio, para seguir el paralelo con la otra institución, que antecedentes se encuentran en siglos anteriores.

Podemos definirla<sup>4</sup> diciendo: *“Es un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de un edificio o de una parte de un edificio”*.

El estado romano entregaba tierras a los particulares, mejor dicho a los patricios, para su cultivo, y esto dio lugar a la enfiteusis, pero cuando estas tierras se entregaban para que los particulares edificasen en ellas, tenemos el comienzo de la superficie.

Aquí tenemos la diferencia sustancial: cultivo en un caso, edificación en el otro.

En la enfiteusis el precio tomaba el nombre de pensión o canon, aquí en la superficie el término más común empleado es el de *“solarium”*.

En este precio hallamos otra diferencia: el canon hace a la esencia del derecho, el *solarium*, no. De tal manera, la superficie puede ser establecida a título gratuito.

Además el canon debía ser abonado anualmente o al menos periódicamente, el *solarium* podía ser abonado en forma global y como queda dicho, aún no existir.

Derecho español: la Edad Media extendió el derecho de superficie no sólo a lo edificado, sino a plantaciones que se hicieren en suelo ajeno.

---

<sup>4</sup> Bonfante, Pedro. *“Instituciones de derecho romano”*. Traducción de la octava edición italiana, Madrid, página 356.

Así se ha desnaturalizado este derecho real y se confunde, o al menos tiende a confundirse, con la enfiteusis.

Como por otra parte la enfiteusis también solía extenderse a lo edificado, la confusión entre ambos derechos se hace evidente.

Así no debe llamar la atención que la superficie fuera subsumida por la enfiteusis.

Los códigos españoles no se ocuparon casi de ella, sólo de vez en cuando alguna referencia más o menos aislada, algo así como al pasar.

Dentro de este orden de ideas los autores españoles suelen definir a la superficie de la siguiente manera: *“Es el derecho real otorgado a una persona para edificar o plantar en suelo ajeno, mediante el pago de un canon al dueño del mismo”*.

El derecho actual español no parece haber variado con respecto al anterior estado de cosas.

En efecto, el Código vigente no nombra a la superficie, sin embargo algunos fallos de los Tribunales han admitido su recepción sobre la base de sus artículo 1.655. Es de hacer notar también que la Ley Hipotecaria española tiene en cuenta expresamente al derecho real de superficie, como que su artículo 107, número 5º, lo declara hipotecable. En efecto, dice que *“podrán también hipotecarse los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real”*.

Códigos actuales: en el derecho moderno hay una cierta tendencia al resurgimiento de esta institución, algunos admitiendo solamente la superficie, otros, uniéndola a la enfiteusis.

El Código italiano trae este derecho en cinco artículos, a partir del artículo 952.

Conforme al primero de ellos el propietario puede constituir sobre una finca el derecho de superficie a favor de un tercero, quien se hace dueño de lo edificado.

Extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo se hace propietario del todo.

En el Código suizo lo que primero llama la atención es la metodología utilizada al tratar este derecho, como que lo trata en distintas partes del mismo.

También atrae la atención la importancia que le da a este derecho, más teniendo presente que antes de la sanción del Código casi no era conocido en Suiza. Ello podrá verificarse pasando lectura a los artículos 675 y 779.

I.V. Antecedentes legislativos del Derecho de Superficie en nuestro país.

a. Anteproyecto de Bibiloni, Proyecto de 1.936 y Anteproyecto de 1.954.

Tanto el Anteproyecto de Bibiloni del año 1.926 como el Proyecto del año 1.936 no consagraron el derecho de superficie. Ellos contienen una limitación semejante a la establecida por el artículo 2.614 de nuestro actual Código Civil.

Al igual que el Código de Vélez, en idéntico sentido, establecen el principio de "*numerus clausus*" respecto de la creación de nuevos derechos reales y se pronuncian nuevamente por la eliminación expresa del derecho de superficie.

El Anteproyecto del año 1.954, realizado por Llambías, tampoco contempla la figura en cuestión.

b. Proyecto de Ley de Planeamiento Urbano y Acceso a la Vivienda de 1.984.

Una de las primeras intenciones por reimplantar el derecho de superficie en nuestro país se da en el año 1.984, a través de una presentación realizada por el Diputado Nacional Marcelo Arabolaza, se trataba del Proyecto de "Ley de Planeamiento Urbano y Acceso a la Vivienda" .

En los fundamentos de su proyecto de ley manifestaba: "*en el presente siglo se ha iniciado en el campo internacional una significativa reacción legislativa y doctrinal a favor del derecho de superficie que se considera hoy excelente instrumento para atender a algunas necesidades jurídicas que no pueden ser satisfechas con otros medios, y fundamentalmente para atender el problema de la vivienda. El conceder solares en superficies a término en lugar de enajenarlos tiene la ventaja de evitar la especulación con edificios y terrenos, facilitar el aumento del valor del suelo a favor de la comunidad, hacer posible una influencia técnica mayor sobre la manera de construir propia de un sitio y procurar la*

*posesión de casas propias a los sectores sociales más necesitados. El instrumento se manifiesta especialmente apto para movilizar la edificación por autoconstrucción de viviendas individuales y pequeños conjuntos”<sup>5</sup>.*

En este Proyecto, trascendental antecedente, sólo el Estado, sea Nacional, Provincial o Municipal o sus organismos, podían constituir el derecho de superficie sobre inmuebles de su dominio, teniendo como principal y única finalidad destinarlos a planes de urbanización, a favor de personas de existencia visible y por un término que no podrá exceder de treinta años. Entre algunas de las obligaciones que debía cumplir el superficiario se encontraban la de destinar el bien a vivienda permanente, tener una ocupación honesta o en su defecto acreditar justa causa de desocupación, abonar el precio establecido en el negocio jurídico y mantener la vivienda en buen estado de conservación, incorporando las mejoras que establezcan las reglamentaciones o aquellas que se estipulen en el acto constitutivo. Por otro lado, transcurridos quince años de la constitución del derecho, el superficiario que hubiera cumplido con las cargas establecidas por la ley, adquiere el derecho a que se le transfiera el dominio del inmueble mediante el pago de un precio. Por otra parte, le está prohibido enajenar su derecho por acto entre vivos o acordar a terceros el uso y goce de la cosa hasta que expire el plazo establecido para el derecho de superficie, sin perjuicio de las excepciones que pueda acordar la autoridad competente en casos debidamente justificados.

*“Varias de las soluciones propiciadas en este proyecto, cuyos lineamientos generales compartimos, difieren de las propuestas para el supuesto de que los concedentes del derecho de superficie sean personas distintas del Estado, por lo que nos parece que la constitución del derecho mencionado sobre bienes del mismo debe ser objeto de una regulación especial”<sup>6</sup>.*

---

<sup>5</sup> Arabolaza, Marcelo, " Proyecto de Ley de Planeamiento Urbano y Acceso a la Vivienda mediante los Derechos de Superficie y Habitación ", Cámara de Diputados de la Nación, Buenos Aires año 1.984, página 19.

<sup>6</sup> Andorno, Luis O. , "El derecho de superficie", en J.A, año 1.985, III páginas 653 a 662.

c. Proyecto de Unificación Civil y Comercial del año 1.987.

Contando con el antecedente del diputado Arabolaza, la Comisión Especial de Unificación Legislativa Civil y Comercial, en el año 1.987, en su Proyecto de Código Civil incorpora el derecho de superficie en la enumeración del artículo 2.503 y lo regula por medio del artículo 2.614. Básicamente trataban de responder a la realidad edilicia y jurídica del país.

El artículo proyectado señala los lineamientos generales de este instituto <sup>7</sup>:

- El dueño del inmueble puede constituir el derecho real de superficie por un plazo determinado no mayor de cincuenta años.
- Puede conceder el derecho de edificar y hacer suya una construcción a efectuarse en el suelo.
- Puede realizarlo sobre construcciones ya existentes, aún en el régimen de propiedad horizontal.
- Puede enajenar una construcción existente separadamente del dominio sobre el asiento de tal construcción.
- Puede abarcar una extensión mayor que el asiento necesario para la construcción.
- El derecho a edificar sólo se adquiere por contrato y tradición o disposición de última voluntad.
- No puede ser objeto de gravámenes reales.

---

<sup>7</sup> Pilot, Diana Elena. "Derecho Real de Superficie". Diploma de distinción en el Concurso de Trabajos Jurídicos. Premio Colegio de Abogados, año 2.001.

- Se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por el no uso durante diez años y siempre por consolidación.
- La propiedad superficiaria se rige por las normas aplicables al dominio revocable sobre inmuebles.
- La renuncia o el abandono no liberan al superficiario de sus obligaciones.
- Es transferible por acto entre vivos (salvo pacto en contrario) o por muerte.
- No se extingue por destrucción de lo construido si se edifica nuevamente dentro de los diez años siguientes.
- Producida la extinción el dueño adquiere las obras efectuadas por el superficiario, pero debe indemnizarlo en la medida del enriquecimiento.

d. Proyecto de Código Único Civil y Comercial de 1.993.

El proyecto de Ley de Unificación del año 1.987, vetado por el Poder Ejecutivo, es el antecedente inmediato del Proyecto de Código Único Civil y Comercial del año 1.993.

Aquí se incorpora el derecho de superficie expresando en su texto que se trata de el derecho a edificar sobre inmuebles ajenos y hacer propio lo construido o de adquirir las construcciones aún dentro del régimen de su emplazamiento, siempre por un plazo que no exceda de cincuenta años. La construcción puede efectuarse en el suelo con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción.

#### I.VI. Valoración de los antecedentes legislativos expuestos.

Salvo el Anteproyecto de Bibiloni del año 1.936 y el de Llambías del año 1.954, que eliminaron el derecho de superficie, los tres proyectos restantes si lo han incorporado dentro de su articulado. Pueden hallarse elementos que son comunes a los tres proyectos y características que son propias de cada uno de ellos. Respecto de ellos puede mencionarse lo siguiente (si bien no se agotan aquí las cuestiones que suscita este instituto) <sup>8</sup> :

- Derecho de forestar: ninguno de estos proyectos lo contempla, adoptando la postura que sostiene que dicho derecho es privativo de la enfiteusis.
- Plazo máximo: los proyectos reconocen la necesidad de limitar temporalmente el derecho de superficie. Mientras que el Proyecto de Arabolaza establece un plazo máximo de treinta años, los Proyectos de 1.987 y 1.993 lo extienden a un plazo máximo de cincuenta años.
- Obligaciones del superficiario: el desuso y el abandono de la propiedad superficiaria no liberan al superficiario de sus obligaciones, concepto que reiteran tanto el Proyecto del año 1.987 como el del año 1.993.
- Extinción del derecho de superficie: tanto el Proyecto del año 1.987 como el del año 1.993 admiten como forma de extinción del derecho de superficie a la consolidación. En cambio, el Proyecto de Ley de Arabolaza no menciona esta forma de extinción, pero prevé la adquisición del dominio del inmueble por parte del superficiario mediante el pago de un precio, cuando éste hubiera cumplido con las cargas establecidas por ley.  
Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones realizadas

---

<sup>8</sup> Pilot, Diana Elena. "Derecho Real de Superficie". Diploma de distinción en el Concurso de Trabajos Jurídicos. Premio Colegio de Abogados, año 2.001.

por el superficiario, debiendo indemnizarlo, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento. Esta norma se repite tanto en el Proyecto del año 1.987 como en el del año 1.993. En el Proyecto de Ley del Diputado Arabolaza este ítem no se encuentra contemplado, pues el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el Estado en sentido lato.

- Objeto del derecho de superficie: la construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes, aún dentro del régimen de propiedad horizontal. Esta concepción se repite en forma idéntica en los proyectos del año 1.987 y 1.993.
- Desuso: los dos proyectos de reforma del Código manifiestan que el no uso del derecho de construir durante diez años extingue el derecho de superficie. En cambio, Arabolaza habla de las obligaciones no cumplidas por el superficiario, de lo que se infiere que no cumplidas con las cargas impuestas pierde su derecho.
- Gravámenes: existen notables diferencias entre los Proyectos del año 1.987 y 1.993 en cuanto a la constitución de gravámenes. Mientras que para el segundo el derecho de superficie puede ser hipotecado, el Proyecto de Unificación del año 1.987 lo prohíbe expresamente. Por otro lado, el Proyecto del Diputado Arabolaza prohíbe al superficiario enajenar su derecho, y siendo la constitución de gravámenes un acto de disposición debe entenderse que tales actos le están vedados.
- Dominio revocable: los Proyectos del año 1.987 y de 1.993 consideran a la propiedad superficiaria como un verdadero derecho de dominio y dentro de la clasificación del dominio, como dominio imperfecto por ser revocable.
- Destrucción de lo construido: el derecho del superficiario no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, si el

superficiario construye nuevamente en el plazo de diez años o en el menor que se determine. Así lo establecen ambos proyectos analizados.

- Derecho de tanteo: solamente el Proyecto del año 1.987 establece el derecho de tanteo o preferencia, y consiste en la obligación que tienen tanto el dueño del terreno como el superficiario, en caso de decidir enajenar su derecho, de notificar al otro su decisión, a fin de que pueda ejercer el derecho de preferencia para la adquisición del mismo.
- Constitución: con respecto a la constitución del derecho de superficie, en el Proyecto del año 1.993 se manifiesta que la misma debe hacerse mediante escritura pública por el propietario. El proyecto del año 1.987 reza que sólo se adquiere por contrato o tradición o por disposición de última voluntad. En cambio, del Proyecto de Ley del Diputado Arabolaza se deduce que sólo podrá nacer como consecuencia de un acto administrativo previo.
- Transmisión: ambos proyectos coinciden y manifiestan que el derecho de superficie es transmisible por causa de muerte.

#### I.VII. Congresos y Jornadas que propiciaron su implementación <sup>9</sup>.

Se trata de una breve mención de los Congresos y Jornadas, donde prestigiosos juristas han fundado la necesidad de incorporar este importante derecho en desuso, los que, indudablemente, sirvieron de antecedente del proyecto de Unificación Legislativa.

La IV Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, reunida en Bogotá el 30 de Abril de 1.981, propició la implantación del derecho de superficie para alentar y favorecer el

---

<sup>9</sup> Pilot, Diana Elena. "Derecho Real de Superficie". Diploma de distinción en el Concurso de Trabajos jurídicos. Premio Colegio de Abogados, año 2.001.

régimen inmobiliario, ayudando así a encontrar una adecuada solución al problema habitacional.

La XXV Jornada Notarial Bonaerense celebrada en Mar del Plata en el año 1.983 propuso la reforma del Código Civil incorporando el derecho real de superficie.

El VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid, del 22 al 26 de Octubre de 1.984, debatió sobre el derecho de superficie, recomendando su regulación en los países que no lo tienen incorporado, distinguiendo la propiedad del suelo de la propiedad superficiaria.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Corrientes en el año 1.985, se insta nuevamente la reforma al Código Civil Argentino, incluyendo el derecho real de superficie.

Ya incorporado el derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil del año 1.998, hay que destacar la buena recepción que ha tenido en el ámbito jurídico. Ha sido tratado como uno de los principales temas en:

- a) XIII Conferencia Nacional de Abogados, realizada en Jujuy del 6 al 8 de Abril del año 2.000.
- b) XXV Jornadas Notariales Argentinas, realizadas en Mendoza en el mes de agosto del año 2.000.
- c) Jornadas sobre Unificación y Reforma del Código Civil y Comercial, celebradas en Rosario el día 4 de Agosto del año 2.000.

## CAPÍTULO II

### II.1. El Numerus Clausus.

Sabido es que el Código Civil argentino, a diferencia de los otros sistemas de legislación comparada, se enrola decididamente en el principio del “número

cerrado”, es decir, no permite a las partes crear otros derechos reales distintos de los previstos en la ley ni modificar los existentes. En opinión de algunos autores, esta solución reconoce un fuerte sustrato ideológico, cual es la preeminencia del Estado sobre la voluntad de los particulares, en efecto, la intervención estatal se advierte claramente en las fuentes más importantes de la riqueza económica. No obstante, debe reconocerse que el sistema de *numerus appertus*, rige en países de muy distinta tradición jurídica y económica, y lo cierto es que, aún aceptando el *numerus clausus*, las necesidades creadas por el urbanismo tienden a la elaboración de nuevas figuras jurídicas <sup>10</sup>.

El Proyecto de Unificación se mantiene en el sistema cerrado: modifica el artículo 2.503 introduciendo el derecho de superficie y agregando el de propiedad horizontal (hoy regido por la Ley 13.512, cuya vigencia se mantiene), e incorpora en el artículo 2.617, que regula la propiedad horizontal, a los clubes de campo, parques industriales y organizaciones similares, regula en el artículo 2.715 la denominada “multipropiedad” como nuevo supuesto de condominio con indivisión forzosa.

En materia de derechos reales, la libertad individual sufre severas restricciones, tal cual surge de la letra del artículo 2.502: *“Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer”*.

No existe derecho real sin ley que expresamente lo autorice. En el régimen de los derechos reales predomina el orden público, es la ley la que los establece, los organiza en su contenido, modo de adquisición, transferencia y extinción. Esta restricción deviene como consecuencia de la naturaleza jurídica de las normas que rigen en materia de derechos reales, si los particulares pudieran crear a su voluntad este tipo de derechos, caería el orden público, la creación dependería del individuo. Si así fuera, el contenido, es decir, la reglamentación, estaría sujeta a la misma suerte. Esta postura la avala el Codificador con lo expuesto en la nota al

---

<sup>10</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia. *“Derecho real de superficie”*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1.989, página 3.

artículo 2.502 al decir: *“La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes, a la libre circulación de las propiedades”*<sup>11</sup>.

## II.II. Concepto de Derecho Real.

“Derecho Real es aquel que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona, que es el sujeto activo, y la cosa, que es el objeto” (siguiendo a *Demolombe*).

En cambio, *Aubry y Rau* decían que hay “Derecho Real cuando una cosa se encuentra sometida, total o parcialmente, al poder de una persona, en virtud de una relación inmediata, oponible a toda otra persona”.

## II.III. Definición analítica y exposición de sus elementos y caracteres fundamentales.

Allende ha elaborado una concepción que podríamos definir como neoclásica: *“El derecho real es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa determinada (objeto) una relación inmediata que, previa publicidad, obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al ius perseguendi y al ius preferendi”*.

---

<sup>11</sup> Pilot, Diana Elena. *“Derecho Real de Superficie”*. Diploma de distinción en el Concurso de Trabajos Jurídicos. Premio Colegio de Abogados, año 2.001.

#### II.IV. Enumeración de los Derechos Reales.

Adoptar el principio de *numerus clausus*, el Código de Vélez realiza la enumeración de los derechos reales en su artículo 2.503. Si bien se trata de una enumeración taxativa, ello no implica que no existan otros derechos reales, siempre que tengan su origen en la ley, mencionando como ejemplo a la Ley 13.512, la cual crea el derecho real de propiedad horizontal. *“Las necesidades creadas por el urbanismo tienden a la elaboración de nuevas figuras jurídicas”*<sup>12</sup>.

En la nota al artículo 2.503 el Codificador se refiere, expresamente, al derecho del superficiario, expresando al respecto que no lo enumera (ni a la enfiteusis) porque *“el derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”*.

A pesar de que los artículos 2.502 y 2.503 claramente manifiestan que no pueden existir otros derechos reales que los allí mencionados o creados por leyes especiales, el artículo 2.614 aparece prohibiéndolo expresamente.

Este artículo ha recibido duras críticas por parte de la doctrina respecto a la necesidad de su inclusión y también respecto a su redacción.

Refiriéndonos a su inclusión, si bien el Código adopta el principio de número cerrado, razón por la cual no podría instituirse y tornaría innecesaria su existencia, debe reconocerse, por otro lado, que siendo reconocido en nuestro tradicional derecho patrio, debía ser, por lo tanto, expresamente suprimido.

En su favor dice Andorno: *“Como se pasaba de un régimen jurídico que hasta ese momento admitía ese derecho real a otro en que se lo descartaba, nuestro Codificador quiso ser enfático al respecto, a fin de aventar cualquier duda que pudiera existir sobre el particular”*<sup>13</sup>.

En cambio Allende, adoptando una postura contraria, manifiesta que el propio artículo 2.614 carece de sentido, dando lugar a confusiones y equívocas interpretaciones. *“... si sólo pueden ser creados por la ley, no es lógico que otro artículo salga diciendo que determinados derechos reales no pueden crearse, porque no solamente esos no pueden crearse, sino ningún otro que no esté*

---

<sup>12</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia. *“Derecho real de superficie”*. Editorial Astrea, Buenos Aires 1.989, página 3.

*expresamente permitido. En definitiva, el artículo 2.614 estaría bien en una legislación que no admita el numerus clausus, pero no tiene sentido en la nuestra”* <sup>14</sup>.

El artículo 2.503 del Código Civil establece: “Son derechos reales”:

1. el dominio y el condominio.
2. el usufructo.
3. el uso y la habitación.
4. las servidumbres activas.
5. el derecho de hipoteca.
6. la prenda.
7. la anticresis.

En el derecho romano encontrábamos también entre los derechos reales el de superficie y el de enfiteusis. Bajo el régimen feudal y en las épocas subsiguientes, fueron creados otros derechos reales, como las rentas, censos, capellanías, etc.

El Código Civil los ha suprimido a todos, salvo los censos o rentas por un plazo que no exceda de cinco años, los cuales se encuentran expresamente autorizados en el artículo 2.614. Esta supresión se fundó en diversos motivos, que en síntesis pueden ser así concretados:

- esos diversos derechos daban lugar a situaciones extremadamente complicadas y perjudiciales para la buena explotación de las propiedades, porque resultaba que una persona era propietaria del suelo y otra de los edificios, árboles y plantaciones en ellos existentes.
- Desde el punto de vista económico, las rentas, censos y esas diversas desmembraciones del derecho de propiedad, constituían trabas más o menos graves para la enajenación de los bienes <sup>15</sup>.

---

<sup>13</sup> Andorno, Luis O. , *“El derecho de superficie”*, en J.A. año 1.985, III , página 653.

<sup>14</sup> Allende, Guillermo L. , *“Tratado de Enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil”* , Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1.964, página 47.

<sup>15</sup> Véase la nota del Codificador al artículo 2.502 del Código Civil.

De lo expuesto se desprende un cuestionamiento que resulta inevitable, a saber: ¿cuál es el carácter de la enumeración contenida en el artículo 2503?. ¿Es ella simplemente enunciativa o enumerativa o debe por el contrario considerarse limitativa?. Para resolver esta cuestión es necesario tener en cuenta las dos observaciones siguientes: 1º que al lado de los derechos reales expresamente enumerados en el artículo 2.503 encontramos también, como vimos anteriormente, los censos y las rentas por menos de cinco años, y 2º que en la vieja controversia sobre la naturaleza de la posesión, hay una gran parte de la doctrina, tanto nacional como extranjera, que la considera como un derecho real.

La enumeración legal, por consiguiente, debe considerarse simplemente “enunciativa o enumerativa”, en el sentido que al lado de los derechos reales expresamente enumerados en el artículo 2.503, existen otros que el mismo Código Civil reglamenta o que pueden resultar de otras leyes especiales, pero siempre será necesario que exista una ley que dé nacimiento al derecho real, porque esta clase de derechos sólo pueden ser creados y reglamentados por ella.

Respecto de su clasificación, los derechos reales pueden ser clasificados en dos grandes grupos:

- a) derechos reales sobre cosa propia : comprenden el dominio y el condominio. El dominio o derecho de propiedad es el más amplio y completo de todos los derechos reales, puesto que el titular del derecho tiene sobre la cosa objeto de él, las facultades más completas de uso, goce y disposición de la misma. El condominio constituye una simple variante del dominio, los derechos de los diversos condóminos son en esencia los mismos que tiene el propietario único, pero limitados por el concurso de los derechos iguales existentes a favor de cada uno de los otros condóminos.
- b) derechos reales sobre cosa ajena : son todos los demás que enumera nuestro Código y los que existían antiguamente, pero que éste ha autorizado dentro de cierto plazo de duración o suprimido en absoluto. Los unos aparecen como desmembraciones del derecho de propiedad, como ocurre con el usufructo, uso y habitación y con las servidumbres, la

existencia de cualquiera de estos derechos impide al propietario usar y gozar de su cosa en las condiciones o en la medida que sin ellos podría hacerlo. Los otros aparecen como derechos accesorios, constituidos en garantía del cumplimiento de obligaciones contraídas por el dueño de la cosa, tal como ocurre con la hipoteca, la prenda y la anticresis.

## II.V. Interpretación del artículo 2.614.

Debe reconocerse que el artículo en análisis cuenta con una redacción muy poco feliz. Su texto establece: *“Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, 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, ni hacer en ellos vinculación alguna”*.

El problema surge respecto del plazo que en él se establece para los diferentes derechos que se enumeran, o dicho en otras palabras, de un modo más explícito, en torno a si pueden constituirse durante el término de cinco años todos los derechos enumerados o sólo algunos de ellos. Salvat enumera las diversas posturas doctrinarias elaboradas:

1. dicha cláusula se refiere exclusivamente a las rentas.
2. la cláusula en cuestión se refiere a los censos y a las rentas.
3. ella se refiere a los derechos de superficie, enfiteusis, censos y rentas <sup>16</sup>.

Existen varias posturas al respecto. La primera posición, sostenida por Llerena<sup>17</sup>, es conocida por la doctrina como postura restringida. La siguiente, conocida como corriente intermedia, avalada por Segovia <sup>18</sup>, quien comenta que la puntuación de este artículo 2.614 tendría que ser corregida poniendo un “punto y

---

<sup>16</sup> Salvat, Raimundo M. , *“Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales)”* , Tomo I. Librería y Casa Editorial de Jesús Menéndez, Buenos Aires año 1.927, página 552.

<sup>17</sup> Llerena, Baldomero, *“Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino”* , Tomo VII, Segunda Edición, Buenos Aires año 1.901, página 442.

coma” después de la palabra superficie en vez de la “coma” que lleva. Por último, la postura amplia, es sustentada por Machado <sup>19</sup>. La doctrina moderna sigue en forma prácticamente unánime la corriente intermedia, apoyada además, en la nota del artículo 2.503 del mismo cuerpo legal.

Comparto lo expresado por la autora Diana Pilot, en su trabajo titulado *Derecho Real de Superficie* (premiado por el Colegio de Abogados en el año 2.001) cuando manifiesta que la redacción del Código peca por exceso al incluir esta norma, ya que de la coordinación de los artículos 2.502 y 2.503 resulta suficientemente claro y preciso el principio de *numerus clausus* y la enumeración de los derechos reales expresamente admitidos. De tal manera, el Codificador pudo haber obviado su inclusión, ya que del contexto de la normativa y sus notas surge nítidamente la idea de suprimir el derecho de superficie.

También adhiero a lo que allí se expresa respecto de que estos derechos reales importan una desmembración del dominio, que el legislador no reconoce dada su orientación hacia un dominio absoluto. Al igual que los romanos, consagra el principio de accesión (en este sentido lo expresan los artículos 2.518 a 2.522 y 2.587 a 2.593), con el carácter de presunción *iure et de iure*.

“Pese a todo el artículo existe, y en su redacción peca también por defecto. Sabido es que la superficie y la enfiteusis son derechos esencialmente perpetuos o de larga duración, por lo cual la limitación temporal que surge del artículo 2.614 no les sería aplicable, y en consecuencia, generalmente adherimos a la postura mayoritaria *ut supra* mencionada” <sup>20</sup>.

No se puede dejar de destacar que en el derecho moderno hay una clara tendencia al resurgimiento de esta figura, justificado ello por las ventajas económicas que acarrea y como respuesta a nuevas necesidades urbanísticas, como en oportunidad expresaran las autoras Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, además de alegarlo el Diputado Arabolaza en sus fundamentos al Proyecto de Ley de Planeamiento Urbano y Acceso a la Vivienda.

---

<sup>18</sup> Segovia, Lisandro, *“Código Civil de la República Argentina, con su explicación y crítica bajo la forma de notas”*, Tomo II, Nueva Edición, Buenos Aires año 1.933, página 113.

<sup>19</sup> Machado, José Olegario, *“Exposición y Comentario del Código Civil Argentino”*, Tomo VII. Félix Lajouane Editor. Buenos Aires año 1.900, páginas 12 y 13.

---

<sup>20</sup> Pilot, Diana Elena. "Derecho Real de Superficie". Diploma de distinción en el Concurso de Trabajos Jurídicos. Premio Colegio de Abogados, año 2.001.

## CAPÍTULO III

### **Segunda Parte.**

#### **DERECHO REAL DE SUPERFICIE.**

##### III.1. La propiedad, concepto cambiante.

Es evidente que la propiedad de nuestros días está muy lejos de las viejas concepciones romanas (también lo está la superficie). Tanto el contenido del

derecho como su extensión y restricciones, sufren hoy continuos embates, por ejemplo por parte del derecho administrativo.

El urbanismo, para algunos una verdadera rama autónoma, ha creado nuevas necesidades. Además, las nuevas formas de contratación en masa han sustituido la discusión por las convenciones predispuestas.

Por otro lado, el mantenimiento de capitales inactivos contraría no sólo el fin comunitario que se pretende hacer cumplir a la propiedad, sino el interés individual del titular a quien le resulta antieconómico.

Todo ello ha motivado una incentivación de las figuras coparticipativas, que ya no se miran con disfavor: varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa y eso es lo que importa.

Todo ello no sólo justifica la creación de nuevas figuras reales sino además la posibilidad de concebir un ensanchamiento de la noción misma de propiedad.

### III.II. Presuntos orígenes del Derecho de Superficie.

El Código Civil Argentino siguió la tradición del derecho puro de los romanos y consagró el principio de la accesión. La cuestión es sumamente clara en el derecho vigente si se piensa que:

a) los artículos 2.587 a 2.593 regulan dentro de la accesión a la edificación y plantación como modo de adquisición del dominio: el dueño del terreno hace suya la obra ejecutada por un tercero, sea de buena o de mala fe, sin perjuicio de las indemnizaciones correspondientes.

b) los artículos 2.518 a 2.522 extienden la propiedad del suelo a la del espacio aéreo, a la del subsuelo y a los accesorios que en él se encuentran, el Codificador fue más terminante que su propia fuente, pues el artículo 2.519 consagra la presunción *iure et de iure* de que las obras ejecutadas por un tercero pertenecen al dueño del suelo, por el contrario, el artículo 553 del Código Civil francés admite la prueba en contrario de la propiedad e, implícitamente, el derecho de superficie.

c) al parecer, no totalmente satisfecho con esta regulación, Vélez consideró indispensable prohibir expresamente el derecho de superficie. Allende <sup>21</sup> ha enseñado que el artículo 2.614 no tiene razón de ser en un sistema como el nuestro, que recepta el *numerus clausus*, las prohibiciones de este tipo sólo se justifican en el *numerus appertus*. En la nota al artículo 2.503 se explica que la multiplicidad de los derechos reales sobre un mismo inmueble (uno dueño del suelo, otro del edificio, otro de las plantas, etc) constituye una fuente fecunda de pleitos, dando lugar a situaciones complicadas para la buena explotación económica de los inmuebles y de su libre circulación.

d) se prohibió también el derecho de propiedad horizontal en el artículo 2.617 (posteriormente modificado por la Ley 13.512).

Este sistema, de gran simplicidad jurídica, se amoldaba a las necesidades jurídico-económicas de la época de su sanción. El inmigrante requería un régimen que ofreciera seguridad y exclusividad. Recordemos, no obstante, que el Codificador previó la limitación del dominio por las leyes especiales, obviamente, sólo se refiere a las correspondientes al subsuelo, pues en su época el fenómeno de la aeronavegación era desconocido, la propiedad horizontal no se planteaba como una verdadera necesidad dada la gran extensión de tierras, etc. Pero en nuestros días, las formas coparticipativas son igualmente una necesidad económica.

Además, hay casos en que las construcciones son más valiosas que el inmueble sobre el que se asientan, por lo que el principio de la accesión quedaría privado de fundamentación económica. Este fenómeno económico habría llevado al nacimiento de nuevas formas jurídicas, como por ejemplo el derecho de superficie.

En opinión de algunos estudiosos del derecho germánico, la superficie es una reafirmación del principio del trabajo frente al de la accesión, por el trabajo se atribuye la propiedad de la cosa a quien la ha creado con su actividad y no al dueño del suelo. Para otros, en cambio, el origen no tiene vinculación con el

---

<sup>21</sup> Allende, Guillermo L. , "Tratado de Enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil" , Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires año 1.964, páginas

principio del trabajo, sino que, conforme al derecho germánico primitivo, la cosa mueble es cuanto “la antorcha destruye” y, como la mayoría de las casas estaban construidas de madera, fue que hasta el siglo XVI se consideraron parte del patrimonio mueble y como partes esenciales del suelo, por este motivo, los edificios se permutaban o donaban independientemente del terreno.

Algunos autores han encontrado otras justificaciones económicas. Así, por ejemplo, para Trabucchi <sup>22</sup>, además de la influencia del antiguo derecho alemán (que en su opinión daba más valor al trabajo del constructor que al derecho del propietario del fundo), el desarrollo de la superficie obedece a la exigencia de legitimar las construcciones realizadas sobre terrenos de propiedad eclesiástica.

Lo cierto es que existe una pluralidad de hipótesis sobre los orígenes de la superficie y aún los más grandes estudiosos llegaron a reconocer el origen incierto de ella. En España, incluso, la superficie entra “a la sombra” de otros derechos, como son la enfiteusis, los arrendamientos vitalicios y hereditarios, etcétera.

### III.III. Derecho de Superficie. Conceptos.

Vélez Sarsfield se refiere al mismo (nota al artículo 2.503) en los siguientes términos: *“El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc. adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase el derecho del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno”*.

Para Ripert-Boulanger <sup>23</sup> : *“Este derecho consiste en ser propietario de edificios o de plantaciones realizadas en un terreno que pertenece a otro ... separando la propiedad de la superficie de la propiedad del suelo ... La palabra*

---

47 y 48.

<sup>22</sup> Trabucchi, Alberto, *“Instituciones de derecho civil”*, Tomo I, página 490.

<sup>23</sup> Ripert, Georges - Boulanger, Jean, *“Tratado de Derecho Civil”*, Tomo VI, página 220, Ediciones La Ley, Buenos Aires 1.965, citado por Liliana Mezza en las XXV Jornadas Notariales Argentinas, en Mendoza, desde el 31 de Agosto de 2.000 al 1 de Septiembre de 2.000.

*superficie no designa en este caso la superficie geométrica del suelo, sino los objetos que se encuentran en el mismo”.*

Allende <sup>24</sup>, tomando la definición de Bonfante, lo define de la siguiente manera: *“Es un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de un edificio o de una parte de un edificio”.*

Néstor J. Musto <sup>25</sup>, en su Tratado de Derechos Reales, lo define como: *“El derecho del superficiario de sembrar, plantar o edificar en un inmueble ajeno pagando un estipendio, generalmente anual, llamado solarium, a su dueño”.*

Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, en un principio, lo definen de la siguiente manera: *“El derecho real de tener y mantener temporalmente en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente”* <sup>26</sup>.

Por su parte, el autor Luis O. Andorno manifiesta: *“respecto del suelo coexisten un derecho real sui generis del superficiario con un dominio imperfecto del concedente. En virtud de tal relación real el superficiario tiene el derecho de mantener el suelo que sirve de soporte a la propiedad superficiaria de lo construido o plantado”* <sup>27</sup>.

Teniendo en cuenta los conceptos dados por los prestigiosos juristas, expuestos precedentemente, coincido y consecuentemente adhiero al concepto elaborado por la autora Diana Pilot, en su trabajo titulado *Derecho Real de Superficie*, premiado por el Colegio de Abogados de Rosario, según el cual se considera al derecho de superficie como **“el derecho real, temporario, mediante el cual una de las partes (titular de dominio del terreno) concede a la otra (superficiario), la facultad de edificar y/o plantar y/o adquirir lo ya edificado o**

---

<sup>24</sup> Allende, Guillermo L. , *“Tratado de Enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil”* , Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1.964, página 115. ( Bonfante, *“Instituciones...”* , página 356 ).

<sup>25</sup> Musto, Néstor Jorge, *“Derechos Reales”* , Tomo I, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, año 2.000, página 83.

<sup>26</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia, *“Derecho Real de Superficie”* , Editorial Astrea, Buenos Aires año 1.989, página 11.

<sup>27</sup> Andorno, Luis O. , *“El derecho de superficie”* , J.A. año 1.985, III, página 653.

**plantado, con la obligación de este último de pagar un canon”** (concepto que quedará ampliado en los capítulos posteriores, al tratarlo específicamente).

#### III.IV. Definición.

El derecho real de superficie está definido, en el Código proyectado, en el artículo 2.018 de la siguiente manera: ***“La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente, separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración”.***

A diferencia de los demás proyectos y como respuesta a innumerables reclamos captados, aquí la superficie se extiende a la actividad forestal. Se procura estimular la forestación y que sin agravios ecológicos se desarrollen industrias paralelas, de tantas repercusiones incluso para la libertad de prensa gráfica cuya suerte está unida a la disponibilidad de papel en cantidad y condiciones económicas accesibles <sup>28</sup>.

La definición citada sigue una tendencia moderna y comprende:

- a) El derecho de edificar o forestar, configurado como derecho real sobre cosa ajena.
- b) La propiedad superficiaria o derecho de superficie propiamente dicho, configurado como derecho real sobre cosa propia en el que se adquiere una cosa ya construida o forestada con prescindencia del lugar de su emplazamiento.

---

<sup>28</sup> Fundamentos del Proyecto de Código Civil, Número 285.

### III.V. Naturaleza jurídica.

De lo enunciado se desprenden, básicamente, dos posiciones acerca de su naturaleza jurídica, sin perjuicio del resto de variantes que existan:

1. Posición Unitaria: la relación superficiaria está concebida unitariamente, es decir, el superficiario tiene un derecho real de goce sobre el suelo que lo faculta a construir y adquirir lo edificado, quedando derogado el principio de accesión.
2. Posición Mixta: admiten que existen dos relaciones en el derecho de superficie, la que une al superficiario con la edificación y la que surge entre el superficiario y el dueño del suelo.

### III.VI. Comparación con otros institutos jurídicos.

Si pretendemos considerarlo un derecho real autónomo, será necesario compararlo con otras manifestaciones del derecho en las que el dominio se encuentra limitado.

Al igual que en el *usufructo*, se trata de un derecho real de uso y goce sobre suelo ajeno, pero difieren cuando se establece que la superficie es susceptible de ser gravada y que el usufructo no es gravable. Por otro lado, la superficie es transmisible por acto entre vivos o *mortis causa*, en cambio, el usufructo se extingue con la muerte del beneficiario. Además, el superficiario puede alterar la sustancia del objeto del contrato para cumplir con la finalidad del derecho, mientras que el usufructuario está obligado a respetar la forma y sustancia de la cosa.

Respecto de la *servidumbre*, la diferencia principal es que ésta necesita de dos fundos, uno dominante y otro sirviente, en cambio, el derecho de superficie

presupone la existencia de un único predio. Una diferencia radical la encontramos cuando se establece que la servidumbre no puede enajenarse sino junto con el predio al que está vinculada, en cambio, el derecho de superficie puede transmitirse con independencia del suelo al que está adherido. Por otro lado, la superficie es divisible mientras que la servidumbre es indivisible. Además, la superficie debe ser temporal mientras que la servidumbre puede ser perpetua. El derecho real de superficie se ejerce por la posesión en tanto que en las servidumbres nunca se tiene la posesión del fundo sirviente sino sólo un derecho a usar de él.

Con la *propiedad horizontal* también se establecen importantes diferencias. El derecho real de superficie supone un dominio desmembrado en dos planos, en cambio, en la propiedad horizontal el dueño adquiere el dominio de la unidad como así también el condominio de las partes comunes del edificio y una alícuota del terreno. Por otro lado, el derecho real de superficie no se extingue por destrucción de lo edificado, mientras que en la propiedad horizontal el derecho de cada propietario se extingue con la destrucción del edificio, debiéndolo reconstruir y afectarlo nuevamente.

III.VII. Manifestaciones del Derecho Real de Superficie. (Tratadas especialmente en el Capítulo VI).

De la definición proporcionada precedentemente se pueden extraer las dos manifestaciones del derecho real de superficie:

a) El denominado "*ius edificandi*" (derecho de edificar). Se trata del derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (edificar), la norma proyectada, igual que el derecho suizo e italiano, acepta como único fin el de edificar, otras legislaciones, en cambio, lo admiten también para efectuar plantaciones y cultivos. Se afirma, además, el carácter real de esta manifestación, en efecto, se trata de una relación inmediata sobre una cosa ajena, oponible *erga omnes*, desde que el superficiario tiene, en esta etapa, acciones posesorias y petitorias. Por otro lado, tiene tanta autonomía que si la construcción, finalmente, no se hace, no nacerá la propiedad

superfiliaria, sin embargo ha existido derecho de superficie. Si se construye, en cambio, el derecho de construir agota su propia función, quedando inerte, salvo su reviviscencia en caso de que la construcción sea destruida o demolida <sup>29</sup>. En síntesis, sus características fundamentales son:

- Es un derecho real autónomo sobre cosa ajena, se crea una relación inmediata entre el superficiario y la cosa ajena, la cual es oponible *erga omnes* desde que el superficiario puede ejercer acciones posesorias o petitorias.
- Es un derecho temporal, si el superficiario no edifica en el término de diez años desde que se constituyó o desde que se destruyó lo construido, se extingue.
- Es transferible, tanto por actos entre vivos como *mortis causa*. La transmisión perdura durante el plazo por el cual fue constituido el derecho de superficie.
- Su adquisición es derivada, sólo nace por contrato y tradición, o disposición de última voluntad.
- El artículo 2.026 *in fine* del Código proyectado establece que : “El derecho de construir o de forestar puede ser hipotecado”, artículo que se complementa con el artículo 2.104 que en su parte final dice: “También puede hipotecarse el derecho de superficie”.

b) La “propiedad superficialia”. Es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado. Mirado desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena, en cambio, desde la perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad. En realidad, tanto el titular del suelo cuanto el superficiario ostentan un dominio imperfecto: el del suelo, porque lo ha desmembrado, el superficiario, por ser un dominio temporal. En síntesis, las características esenciales de esta propiedad superficialia son:

---

<sup>29</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia , “El derecho real de superficie” , Editorial Astrea, Buenos Aires año 1.989, página 12.

- Es un derecho real sobre cosa propia que puede nacer de dos maneras: al adquirir el superficiario una construcción o forestación ya existente, separadamente del dominio del suelo, asiento de tal construcción o forestación, o como consecuencia de ejercer el derecho de edificar (*ius edificandi*) y efectuar así la construcción o plantación objeto de la propiedad superficiaria.
- Si bien es un derecho real, es temporal, ya que debe constituirse por un plazo determinado que no exceda de cincuenta años. El Proyecto admite la renovación en forma expresa limitándolo, nuevamente, a un lapso que no exceda de cincuenta años.
- Es transferible, tanto por disposición de última voluntad como por actos entre vivos.
- Es susceptible de hipoteca, o sea que la propiedad superficiaria puede hipotecarse por un plazo que no podrá durar más allá de la vigencia de su derecho.

Algunos autores se niegan a separar estas dos manifestaciones y afirman que el instituto se configura unitariamente, pues sólo de este modo se advierte su autonomía como derecho real. Pese a ello el Proyecto de Unificación sigue la concepción italiana y considera de vital importancia distinguir ambas manifestaciones, pues los regímenes jurídicos de una y otra son diferentes.



## CAPÍTULO IV

### **Tercera Parte.**

#### **ELEMENTOS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.**

IV.A. “Elemento real u objeto” (cosa sobre la que se ejerce el derecho).

##### I. Obra propia sobre inmueble ajeno.

El derecho de edificar se ejerce siempre sobre inmuebles ajenos. No obstante ello existen autores que creen encontrar una suerte de derecho de superficie sobre suelos propios, como serían los supuestos de reserva de

superficie antes de la enajenación del inmueble y la parcelación de terrenos antes de la construcción.

En nuestro criterio, aunque es factible la constitución del derecho de superficie concomitantemente con el acto de transmisión, no existe en tales supuestos superficie sobre suelo propio, sino que se tratará de instrumentaciones simultáneas sobre un mismo inmueble.

## II. Obra autónoma.

Lo edificado debe tener, al menos, cierta autonomía funcional, en el sentido que esta expresión tiene en la propiedad horizontal.

La exigencia de la autonomía, que impide constituir derecho de superficie sobre una habitación del inmueble únicamente, es tradicional en el derecho comparado, ella surge del BGB, la ordenanza alemana de 1.919, la ley austriaca de 1.912, el derecho suizo y el derecho español.

Generalmente la doctrina coincide con ello, el derecho de superficie no puede recaer sobre parte del inmueble, como puede ser el piso de una casa, salvo que se pueda llegar a las situaciones de armonización con el régimen de propiedad horizontal.

## III. Obra destinada a larga duración.

Aunque el texto no menciona a los edificios, sino simplemente a las construcciones o a las obras, sin distinguir, entendemos que el plazo de los cincuenta años está indicando que la norma tiene en miras construcciones destinadas a larga duración, solución que además surge del derecho de reversión, pues si el dueño adquiere las obras realizadas por el superficiario es porque no se trata de construcciones desmontables o transitorias.

Dicha solución es de vieja prosapia, en el derecho romano podían ser objeto de derecho de superficie las construcciones de cualquier especie, siempre que no estuvieren afectadas a una necesidad transitoria. Es también la solución que predomina en la doctrina comparada.

#### IV. Base material de la obra.

El derecho de superficie, en sus dos manifestaciones, puede comprender una extensión mayor a la del asiento de la construcción, en la medida en que sea útil para el superficiario, por ejemplo depósitos y jardines. Esta solución guarda analogía con la de “zonas adyacentes” en las expropiaciones.

Por otro lado, 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 la constitución de otros derechos reales, como servidumbres de paso, de agua, de vista, entre otras.

Con lo dicho, las plantaciones pueden introducirse al derecho de superficie por vía de la “mayor extensión”, no obstante, el proyecto, siguiendo la solución tradicional, sólo lo admite cuando *son un accesorio y no un fin* de la superficie, siguiendo en ello tanto al Código italiano como a la ley suiza (todo ello teniendo en cuenta que las plantaciones fueron, desde siempre, objeto del derecho de enfiteusis).

#### V. Variantes posibles.

Veamos entonces las variantes principales que admite el ejercicio del derecho de superficie.

- a) *Sobre suelo baldío o parcialmente baldío.* Puede ocurrir que un inmueble se encuentre construido en parte del terreno y entonces su propietario podrá constituir derecho de superficie sobre el sector no edificado. En este caso la superficie también puede extenderse a un sector no cubierto por la construcción a realizarse, pero siempre que sea necesaria para diversos usos, por ejemplo para la entrada y salida. Pero si el dueño del suelo necesita también de ese mismo sector, será necesario entonces la constitución de una servidumbre a favor del superficiario. En estos casos, el derecho de superficie se ejercita sobre el subsuelo, pero a los efectos de la construcción va a ser necesaria su extensión, en alguna medida, al subsuelo, por ejemplo cimientos, trabajos fundacionales, entre otros.

b) *Sobre inmueble ya edificado (derecho de sobreelevación)*. Aquí el soporte del derecho de superficie es un inmueble ya edificado, supuesto en el que se ve con claridad que el derecho de superficie es una verdadera carga que soporta el dueño del suelo.

Las dificultades que se plantean son múltiples: la cuestión no se simplifica exclusivamente con exigir una salida independiente, pues la construcción superior muchas veces necesita de la estructura inferior para otros servicios tales como desagües o cañerías. ¿Será necesaria la constitución de múltiples servidumbres?. ¿Cómo se soportarán los gastos de conservación, mantenimiento, cargas fiscales, entre otros?.

Es de suponer que el título constitutivo preverá todas estas situaciones, pero si así no ocurre, la única alternativa posible será la aplicación analógica de las normas que regulan la propiedad horizontal. Cualquier otra solución traería como consecuencia ineludible todos los peligros que Vélez señala en la nota al artículo 2.503, ya que sobre un mismo suelo existirían servidumbres, superficies, etcétera.

c) *Sobre un inmueble ya edificado y sometido al régimen de propiedad horizontal*. El derecho de superficie debe ser distinguido cuidadosamente del derecho de sobreelevación y subedificación previsto en el artículo 7º de la Ley 13.512. Como ella establece, el propietario del último piso no puede elevar nuevos pisos o realizar construcciones sin el consentimiento de los propietarios de los otros pisos o departamentos y, de la misma manera, al de la planta baja o subsuelo le está prohibido hacer obras que perjudiquen la solidez del edificio, como lo serían por ejemplo los sótanos u otras excavaciones. Toda obra nueva que afecte al inmueble común no puede realizarse sin el consentimiento de todos los propietarios.

Por su parte, el derecho italiano difiere en esta materia y establece que se tendrá derecho a sobreelevar o subedificar siempre que se indemnice y ello no cause perjuicio al resto de los condóminos.

En nuestro sistema vigente, el derecho de sobreelevar o subedificar en la propiedad horizontal comporta una modificación en el reglamento y la alteración de normas estatutarias, de ahí la unanimidad requerida para la modificación, en consecuencia, quien edificó es titular del modo que lo es

en la propiedad horizontal (sean partes privativas o comunes), no enfrentamos, en este caso, un dominio imperfecto.

En cambio, el derecho de sobreelevar o subedificar como causa eficiente de la propiedad superficiaria, otorga al titular un dominio revocable. No obstante, ante la carencia de disposiciones específicas en el título de constitución de la superficie, deberán aplicarse, por analogía, las normas sobre propiedad horizontal.

La situación descrita no se identifica con la siguiente: en un edificio por pisos, el titular no vende unidades, sino que constituye sobre ellas derechos de superficie a favor de terceros. Aquí las relaciones entre los adquirentes de superficie sobre cada una de las unidades también se rigen analógicamente por la Ley 13.512. No existen obstáculos para que un edificio con las características previstas en el artículo 1º de dicha ley sea gravado con derecho de superficie a favor de distintas personas que gozarán, sobre cada una de las unidades privativas, de un derecho de propiedad superficiaria revocable.

No debe asustar que la propiedad horizontal coexista con otros derechos reales. Es lo que acontece en el régimen vigente, de manera que, por ejemplo, un muro maestro, que es cosa común, sea al mismo tiempo medianero con el propietario del inmueble vecino.

- d) *Bajo el suelo de un inmueble construido o no construido.* Hablar de superficie para la construcción en el “subsuelo” violentaría el origen etimológico de la palabra (*super facies*: faz de la tierra), pero alejándonos de la etimología y receptando la tradición germánica, el proyecto extiende el derecho real creado a este tipo de construcciones. Es también la solución del Código Civil italiano, principal fuente del proyecto. La utilidad de la figura es notoria para la construcción de bodegas, cocheras, sótanos, entre otros. Además, permite al dueño del suelo una amplísima explotación económica del inmueble, ya que pueden coexistir la propiedad superficiaria en el sobresuelo con la del subsuelo.

#### IV.B. “Elemento personal” (los sujetos).

## I. Concedente, superficiante o dueño del suelo.

Al igual que en los demás derechos reales, el constituyente de la superficie es el propietario con capacidad de disponer.

Si un inmueble está sometido a un condominio, se requiere la unanimidad de todos los copropietarios.

Pueden serlo tanto un particular como también el Estado, sea nacional, provincial o municipal.

Si el inmueble pertenece al *dominio público* del Estado, constituirá un derecho real de naturaleza administrativa, no regido por la norma proyectada, es el caso, por ejemplo, de sepulcros en cementerios municipales, subterráneos, servidumbres aéreas, entre otros, recordando que el tema de la superficie se planteó en nuestro país, justamente, al constituirse los subterráneos de la ciudad de Buenos Aires, siendo necesario por entonces el dictado de una ley especial.

También rige el derecho público si mediante expropiación el Estado adquiere superficie o pretende pagar la indemnización mediante la constitución de tal derecho.

En cambio, si el Estado concede en superficie inmuebles de su dominio privado sí regirá la norma proyectada.

El nuevo Código Civil de Cuba, que entró en vigencia en el año 1.988, sólo admite, en cambio, que sea el Estado quien conceda en superficie, negando expresamente la posibilidad de concesión sobre terrenos de propiedad personal. Dispone, además, que puede concederse el derecho a otros Estados y a organismos internacionales para construir edificaciones necesarias para la instalación de sus misiones diplomáticas y consulares, residencia de sus miembros y otras dependencias. Permite, también, que sean las cooperativas de producción agropecuaria quienes concedan a sus miembros el derecho de superficie, pero en este caso sólo será posible si se lo destina a viviendas.

## II. Titular del derecho de edificar y/o superficiario.

También pueden serlo tanto personas públicas como privadas, pero la cotitularidad genera diversas dificultades, a saber:

- a) Si el derecho de superficie se ha constituido a favor de dos o más personas para que construyan una obra que no debe ser sometida a la Ley 13.512, son de aplicación supletoria las normas sobre condominio.
- b) Pero lo que normalmente ocurrirá es que lo construido deba someterse a la propiedad horizontal, pues la figura se incorpora para solucionar problemas habitacionales (según los autores del proyecto) y es sabido que la propiedad horizontal disminuye los costos de la construcción. Si quien construye es el Estado, nacional, provincial o municipal, a favor de futuros adjudicatarios, no debe cumplir con la afectación requerida por la Ley 19.724. En cambio, si el Estado constituye derecho de superficie a favor de una persona de derecho privado, por ejemplo una cooperativa de viviendas, y no se da el supuesto de construcción con préstamo de organismos oficiales y celebración de contratos con los futuros adquirentes a cargo exclusivo del ente edificador, previsto por la Ley 20.276, el superficiario sí deberá cumplir con los recaudos de la Ley 19.724. Igual solución corresponde si el dueño del terreno es un particular que construye para conceder en superficie.

### III. Legitimación.

El artículo 2.019 establece: *“Pueden constituir el derecho de superficie los titulares de derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”.*

De acuerdo con el artículo precedente, pueden constituir derecho de superficie los siguientes sujetos:

1. *Titulares de derecho real de dominio* (comúnmente).
2. *Titulares de derecho real de condominio.* Los condóminos sólo tienen una alícuota o porción indivisa sobre la cosa objeto del condominio, de manera que, para constituirlo, como disposición jurídica y material de la cosa, será necesaria la conformidad de todos ellos.

3. *Titulares del derecho real de propiedad horizontal.* Sólo puede ser constituido por el consorcio, considerado persona jurídica en el nuevo ordenamiento. Este derecho importa una modificación a la estructura del edificio, afectando partes comunes del mismo, como lo serían por ejemplo la azotea, en el caso de sobreelevación, o el terreno, en el supuesto de subedificación.

Aprobada por el consorcio la constitución y modificado el Reglamento de Copropiedad y Administración, la construcción, resultado del ejercicio del derecho de edificar es propiedad del superficiario en tanto dure el derecho de superficie.

También es cierto que esto podría generar múltiples situaciones de difícil solución. ¿Es la construcción realizada por el superficiario una nueva unidad dentro de la propiedad horizontal?. De acuerdo con las normas del derecho de superficie y coincidiendo con lo expresado por la abogada y docente Diana Pilot, en su premiado trabajo *Derecho Real de Superficie*, ella no constituiría una nueva unidad. Allí manifiesta que de esa manera le está vedado el derecho de participar en las asambleas y decisiones del mismo. Además opone que no contribuye al pago de las expensas comunes aún cuando estaría utilizando la infraestructura del edificio para abastecerse de los servicios. Por otra parte, vencido el plazo del derecho de superficie, ¿qué ocurre con esta nueva edificación?, ¿pasa a integrar las partes comunes del edificio o se constituirá como una nueva unidad?. Esto estaría sujeto a la naturaleza de lo edificado.

Puede plantearse también el supuesto de destrucción del inmueble que sustenta el derecho de superficie, ¿quedaría el superficiario exento de la obligación de reconstruir para el supuesto en que no se reconstruya el edificio?. Por otro lado, una vez decidida por asamblea la venta del terreno y

de los materiales del edificio, el adquirente, ¿debe respetar el derecho del superficiario?. Como se ve, quedan planteados múltiples interrogantes.

## CAPÍTULO V

### FACULTADES Y CARGAS DEL CONCEDENTE Y SUPERFICIARIO.

#### V.A. Facultades del superficiario.

##### I. Principio General.

El superficiario es un propietario temporal, y durante la vigencia de su derecho puede usar, gozar y disponer jurídica y materialmente de la construcción con las limitaciones impuestas en el título constitutivo. En consecuencia, puede construir, reconstruir, modificar, cambiar el destino de la cosa, etcétera, aún

cuando altere su sustancia. Puede constituir servidumbres, hipotecas, dar el inmueble en anticresis, locación, comodato, etcétera, total o parcialmente.

## II. Derecho a destruir lo construido.

Esta facultad, en cambio, debe ser analizada en detalles. Para algunos autores la actuación del superficiario debe ser siempre *civiliter*, por lo que debe abstenerse de utilizar sus facultades de un modo abusivo, debe abstenerse, además, de deteriorar gravemente la construcción o plantación realizada cuando el dueño pueda tener alguna facultad expectante. De la misma manera, cuando la construcción implica la contraprestación que el superficiario debe por el uso y goce de ella, o cuando la superficie se ha constituido enajenando un edificio ya existente, el superficiario está obligado a conservar la construcción, pues lo contrario significaría un enriquecimiento sin causa del superficiario, por ello, la destrucción culpable, en estos supuestos, traería como consecuencia la obligación de reparar los daños y perjuicios causados a favor del *dominus soli*.

## III. Adquisición de tesoros.

El derecho del superficiario a adquirir los tesoros ocultos ha sido un tema bastante discutido en el derecho romano.

De tal manera, para algunos autores, el superficiario tenía acción para reclamar la mitad si el tesoro estaba oculto en el edificio y éste le pertenecía.

Para otros, el derecho lo conservaba el propietario del suelo, aún en la figura que denominan “superficie completa”, por la cual el derecho real del superficiario se extiende al suelo.

En cambio, para otros, es el superficiario quien tiene derecho a apropiarse de ellos (por asimilación al dueño útil de la enfiteusis o por aplicación de otras normativas específicas).

De suma importancia y en aras de resolver dicha problemática hay que señalar y destacar que el superficiario no tiene sobre el suelo un derecho propio. No obstante ello, en realidad, la problemática carece de todo interés práctico en nuestros días.

#### IV. La subsuperficie.

Resulta de vital importancia resolver si el superficiario puede o no constituir derecho de superficie sobre la superficie concedida.

Este supuesto debe distinguirse de la transferibilidad parcial de la superficie. En efecto, el superficiario puede enajenar una cuota de su derecho, en este caso, entre el superficiario y el adquirente existirá una cotitularidad y no subsuperficie.

La problemática tendría una fácil resolución si el superficiario pretendiese constituir una superficie más allá de los límites de su título, pero lo dudoso y de difícil resolución es si puede hacerlo dentro de los márgenes de la concesión.

En principio, el superficiario no está facultado a hacerlo sin el consentimiento del dueño del suelo, respuesta que puede apoyarse en el Proyecto de Unificación, en una interpretación literal del artículo 2.614, que legitima al “dueño del inmueble”, expresión que en general se reserva para referirse al dueño del suelo.

Más allá de las múltiples dificultades prácticas que puede ocasionar la subsuperficie, la doctrina se encuentra proclive a su aceptación, en efecto, algunos autores fundan la posibilidad de subsuperficies en la facultad más amplia de enajenar, y otros en que nada impide constituir derechos sobre derechos.

En nuestro ordenamiento jurídico, en cambio, la regla es inversa en los derechos reales sobre cosas ajenas, así por ejemplo no podemos hipotecar el derecho de hipoteca, ni el de usufructo, entre otros.

#### V. Acciones posesorias y petitorias.

El superficiario tiene las acciones petitorias y posesorias frente a los terceros y al propietario del suelo, y contra éste último tiene además las acciones personales que surgen del contrato que los vincula.

Hay que destacar que el superficiario es un verdadero poseedor de lo construido y no un mero cuasiposeedor del derecho, tal como sí ocurre en la etapa del *ius edificandi*.

#### VI. La indemnización.

Producida la extinción del derecho por cualquier causa que sea, el superficiario tiene derecho a ser recompensado por el valor de las obras en la medida del enriquecimiento, salvo pacto en contrario. En principio, se trata de una solución justa, aún en caso de abandono o resolución por incumplimiento del superficiario. La regla debe ser la de la compensación para evitar el enriquecimiento injusto, pero si las partes quisieran modificar esta situación, la norma proyectada da eficacia al pacto en contrario.

No obstante ello, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en Corrientes en el año 1.985, propusieron la solución inversa, es decir, la reversión debiera operar sin indemnización, salvo pacto en contrario (en igual sentido se pronuncia la ley española de suelos).

#### VII. Derecho de retención.

Existiendo el derecho a indemnización, el superficiario tiene derecho de retención mientras no sea pagado, esto también probaría el carácter automático de la reversión, ya que sólo pueden retenerse cosas ajenas.

### V.B. Obligaciones y cargas del superficiario.

#### I. Pago del canon o *solarium*.

A diferencia del instituto de la enfiteusis, en el cual la onerosidad hace a la esencia, el convenio del cual nace el derecho de superficie puede configurar tanto un acto a título gratuito como un acto a título oneroso.

- a) El denominado *solarium* puede consistir en una suma periódica, en el pago de un precio en dinero o en la entrega de una cosa, por ejemplo de una de las unidades a construirse. Para algunos autores, en cambio, no es viable una suma periódica, pues en esos supuestos bastaría la existencia de un contrato de locación, pero para otros autores, no debe consistir en un capital único, sino en una renta denominada “pensión superficiaria”. Resulta dudoso si puede consistir en un porcentaje de la explotación, pues en ese supuesto se desdibuja la figura jurídica en cuestión, acercándose más a otras asociativas.
- b) Desde el derecho romano viene discutiéndose la naturaleza jurídica de la obligación de pagar el canon. Dada la gran discrepancia doctrinal que existe, tanto en nuestro país como en países extranjeros, es preferible conocer y comprender cuál es el sistema seguido por el artículo 2.614 proyectado, sin ingresar en la conceptualización de categorías tales como obligaciones *propter rem* y cargas reales.
1. La obligación de pagar el canon se transmite con la relación de señorío, o sea, con la enajenación del derecho de superficie.
  2. El ejercicio del derecho de abandono no libera al superficiario de la obligación de pagar el canon.
  3. Mientras no se ejercita el derecho de abandono, el superficiario responde con todo su patrimonio.
  4. El superficiario se libera de sus obligaciones personales con la transmisión del derecho.
  5. El adquirente responde con todo su patrimonio y no solamente con la cosa poseída. Ello es así por cuanto el anterior superficiario se ha liberado y falta aquí una norma similar a la del artículo 17 de la Ley 13.512 que remita al artículo 3.266 del Código Civil.

Para que se produzcan todos estos efectos, el canon debe constar en el título constitutivo o en documentos posteriores que hayan tenido acceso registral, teniendo en cuenta que nuestro sistema registral es de inscripción y no de trascrición, de manera que el Registro realiza una síntesis y en el asiento constan sólo los aspectos con trascendencia real. La publicidad de la obligación del canon es entonces *cartular*.

La transferibilidad de la obligación de pagar el canon nace de la ley, por lo que, sólo se necesita registrar el documento en el que ella consta y el adquirente deberá hacer un estudio de título en el momento oportuno.

- c) Es una cuestión algo dudosa la de la validez de la cláusula que permite resolver el derecho de superficie frente al incumplimiento del pago del canon. En principio, la norma proyectada guarda silencio al respecto, por lo que podría aceptarse su validez, pero para tener efectos frente a terceros debe encontrarse debidamente registrada, solución que emerge o se infiere de los artículos 1.346 y 2.671 del Proyecto, tratándose de cláusulas obligacionales con efectos reales.
- d) Otra cuestión de vital importancia para analizar es la de la desprotección legal del crédito, el que carece de todo privilegio frente a los demás acreedores del superficiario, a diferencia de lo que acontece con el crédito por expensas comunes en la propiedad horizontal. El propietario del suelo que quiera asegurar su crédito deberá exigir al superficiario garantías reales o personales, solución que parece adecuada no sólo porque responde a la moderna doctrina de restringir los privilegios sino porque el propietario del suelo no sólo puede exigir garantías convencionales sino también puede compensar su crédito con el de pagar las indemnizaciones al término del derecho de superficie.
- e) En principio, la acción para reclamar el pago del canon prescribe a los cinco años, tratándose de prestaciones que se pagan en períodos anuales o inferiores a él. En cambio, si se tratara de una prestación única prescribirá en el plazo ordinario o decenal, debiendo observarse las modificaciones que en materia de prescripción liberatoria introduce el Proyecto de Unificación (su sanción implicaría hacer regir la cuestión, en todo supuesto, por en plazo quinquenal).
- f) La subasta judicial del derecho de superficie produciría, sin dudas, serios inconvenientes vinculados a la obligación de pagar el canon devengado en cabeza del superficiario ejecutado. La doctrina entiende que el adjudicatario lo adquiere libre de deudas atrasadas, y en consecuencia, no se le transmite la obligación de pagar el canon que se haya devengado en cabeza del superficiario ejecutado. En consecuencia, el propietario del

suelo debe ejercer su derecho de agresión patrimonial sobre el precio obtenido en la subasta (sobre cualquier otro bien del superficiario), sin privilegio alguno, salvo que pueda invocar alguna preferencia de origen convencional. La solución no resulta injusta, ya que el propietario del suelo puede ejercer en subasta su derecho de tanteo, por lo que será preferido a otros postores que ofrezcan menor o igual valor que él. Se deja a salvo el supuesto en que se haya convenido y publicitado poner sobre el adjudicatario dichas obligaciones y por otro lado, lo expresado se refiere a las rentas devengadas antes de la subasta, porque de allí en más será el adjudicatario quien deberá pagar las que surjan del título.

## II. Obligación de pagar contribuciones fiscales.

El superficiario es propietario y, en consecuencia, en principio, pesan sobre él todas las contribuciones que gravan la propiedad. Normalmente el Fisco deberá prorratear el tributo según la utilidad, pues el derecho de superficie no siempre agota todas las posibilidades del dueño del suelo. En cambio, si la concesión superficiaria “consume” el rendimiento o productividad del suelo, los tributos estarán sólo a cargo del superficiario, si bien ello puede ser modificado, en las relaciones entre el dueño del suelo y el superficiario, por acuerdo que constará, normalmente, en el título constitutivo de la superficie (en realidad la existencia de este derecho dentro de nuestro ordenamiento obligará al estado a realizar nuevos empadronamientos y a evaluar otras posibilidades de explotación).

## III. Obligaciones que emergen del título.

Tratándose de un derecho real en el que predominan las cláusulas reglamentarias, es posible que en el título constitutivo se hayan pactado obligaciones accesorias de dar, hacer o no hacer. Dichas obligaciones, por constar en el título, también se transmiten al adquirente, pues se trata de las obligaciones personales a las que hace referencia el artículo 2.614 proyectado.

## V.C. Facultades del dueño del suelo.

### I. Remisión.

Las facultades del dueño del suelo son las correlativas a los deberes del superficiario, precedentemente analizados.

### II. Otros derechos.

Conserva todas las facultades sobre el suelo que no se incluyan en el derecho de superficie concedido y siempre que no pongan en peligro ni perjudiquen la construcción superficiaria.

## V.D. Deberes del dueño del suelo.

### I. Responde por evicción.

Si el derecho del superficiario se constituyó a título oneroso, el dueño del suelo responde frente al superficiario en los términos del artículo 2.089 del Código Civil<sup>30</sup>.

### II. Responde por vicios redhibitorios.

Si la propiedad superficiaria se ha enajenado a título oneroso, el concedente responde por los vicios ocultos del inmueble.

Si lo concedido por el dueño del suelo ha sido el *ius edificandi* y el vicio es del suelo, en principio el dueño del suelo no responde por los defectos de la obra, pues es el superficiario quien debe realizar los estudios pertinentes y todos los

gastos vinculados a esos estudios son a su cargo, salvo pacto en contrario. Si realizados los estudios se concluye en que la obra no podrá realizarse por ineptitud del suelo, entonces se habrá frustrado la causa fin del convenio y el superficiario podrá resolverlo.

### III. Otras obligaciones.

El propietario no puede obstaculizar las construcciones y debe abstenerse de todo acto turbatorio. En suma, el dueño del suelo debe abstenerse de todo lo que sea un obstáculo para el adecuado ejercicio del derecho del superficiario.

*En síntesis* : el artículo 2.020 establece: *“El propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho pero no debe turbar los derechos del superficiario. Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación”*.

El propietario del terreno, como titular de un dominio desmembrado, lógicamente conserva el *ius abutendi*, es decir, la facultad de disposición jurídica y material del inmueble, con la correlativa obligación de no turbar los derechos del superficiario. Entre las facultades de disposición destacamos la de enajenar y gravar su derecho. El superficiario cuenta con dos acciones para el caso en que el propietario turbe su derecho, la acción posesoria de mantener y la acción real reivindicatoria.

### IV. Subsistencia y transmisión de las obligaciones.

El artículo 2.021 establece: *“La renuncia por el superficiario del derecho a construir o de forestar, o el abandono de la propiedad superficiaria, no lo liberan de sus obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario”*.

De la primera parte del artículo surgen tres modos de extinción del derecho de superficie por actos unilaterales del superficiario.

---

<sup>30</sup> Según reza el artículo 2.089 del Código Civil *“el que por título oneroso transmitió derechos, o dividió bienes con otros, responde por la evicción, en los casos y modos reglados en éste*

La renuncia por parte del titular del derecho de construir o forestar, es un acto jurídico unilateral donde éste manifiesta su voluntad contraria a la subsistencia de ese derecho. La forma para este acto jurídico (al igual que para el abandono) es la escritura pública, que deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad Inmueble. Con respecto al desuso, éste implica una manifestación tácita de voluntad del superficiario contraria a la persistencia del derecho, que se infiere de su inacción por un lapso de diez años. El abandono, tercer supuesto, es un acto jurídico unilateral que se aplica únicamente a la propiedad superficiaria y que supone dos elementos: la manifestación expresa del titular superficiario de no continuar con la relación real, y por otro lado, al ser el abandono traslativo de la propiedad superficiaria a favor del titular del fundo deberá hacerse tradición de lo construido o forestado.

En cualquiera de los tres supuestos, el superficiario no queda liberado de ninguna de sus obligaciones, respondiendo con todo su patrimonio.

En la segunda parte del artículo se prevé la transmisión por actos entre vivos. Aquí el superficiario queda liberado de todas las obligaciones mientras que el adquirente será quien las asume.

## CAPÍTULO VI

### **Cuarta Parte.**

#### MANIFESTACIONES DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

##### VI.A. El “ ius edificandi”.

### I. La mera autorización para construir.

Cabe advertir que la mera autorización para construir en suelo ajeno no configura derecho real de superficie. En efecto, el derecho de superficie se diferencia, fundamentalmente, de la mera autorización para construir, en que en ésta no existe desmembración del dominio. En otros términos, toda vez que del acto constitutivo no surja la creación de un dominio revocable, no habrá superficie, y sí en el caso contrario, aunque esta palabra no se mencione.

### II. Tránsito del “*ius edificandi*” a la “propiedad superficiaria”.

El problema reside en delimitar el tránsito de un régimen a otro o, dicho en otros términos, establecer cuándo nace la propiedad superficiaria. La norma proyectada no lo explicita, pese a las consecuencias prácticas de dicha problemática.

En aras de aclarar la situación lo reglado para la propiedad superficiaria no exige que la obra esté concluida, así, sería posible hipotecar mientras se esté construyendo, sabrá el hipotecario si su garantía es suficiente o no, por supuesto que la hipoteca se extenderá a lo que se construya con posterioridad.

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

### III. Adquisición y registración.

El artículo 2.614 proyectado dispone que el derecho de edificar “sólo” se adquiere por contrato y tradición o disposición de última voluntad (en la norma proyectada ésta no es un obstáculo, pues el pago del canon no es esencial al derecho de superficie).

Por otro lado, los términos limitativos de la norma inducen a afirmar que el derecho de superficie no puede adquirirse por usucapión (ni breve ni larga).

Por constituir un derecho real sobre inmueble ajeno, el *edificandi* que nace de un contrato debe ser formalizado por escritura pública y su oponibilidad a terceros interesados requiere la inscripción registral. Estos recaudos formales son prácticamente universales.

En cuanto a la naturaleza de la inscripción, no tenemos dudas de su carácter declarativo en el derecho argentino (por oposición al carácter constitutivo que se le otorga en la legislación hispana).

En un análisis detallado encontramos que pueden coexistir el derecho de edificar y la propiedad superficiaria –ésta admite gravámenes reales y ambos son transmisibles-, y parece insuficiente reflejar en un único folio todas las mutaciones reales acaecibles. También parece extremadamente dificultoso que en un solo folio se anoten diversos derechos de superficie.

De tal manera se ha propiciado un sistema semejante al de la propiedad horizontal, es decir, un folio con diversas submatrículas, lo que no altera la naturaleza del folio real, y facilita y clarifica la situación del inmueble (esta es la solución que propiciaron las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, reunidos en Corrientes en el año 1.985, cuya conclusión N° 14 dispone: “Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real separado, pero correlacionado con la inscripción dominial” ).

#### IV. Caracteres.

Veamos ahora los principales caracteres de esta figura jurídica:

- a) *Derecho real sobre cosa ajena.*
- b) *Temporal.* El derecho de superficie no puede durar más de cincuenta años, pero además, el derecho de edificar se extingue si no se edifica en el término de diez años desde que se constituyó o desde que la obra se destruyó.
- c) *Transferible. El derecho de tanteo.* El derecho de superficie es transmisible, tanto por actos *inter vivos* como *mortis causa*, obviamente esa transferibilidad sólo opera durante el plazo de duración del derecho de

superficie. Este carácter hace sólo a la naturaleza y no a la esencia, pues se admite el pacto en contrario. El derecho de tanteo o preferencia previsto en la norma proyectada comprende, las dos manifestaciones del derecho de superficie. En consecuencia, si el dueño del suelo prefiere consolidar nuevamente el dominio, el superficiario en la etapa del *ius edificandi* no podrá transferir a un tercero. El procedimiento previsto es el siguiente: el superficiario debe notificar al dueño del suelo su decisión de transferir y todas las particularidades de la operación proyectada y, salvo que el título disponga otro plazo, el dueño del suelo debe optar en el término de diez días. La norma proyectada confiere el derecho de tanteo, tanto al propietario del suelo como al superficiario, y a pesar de ello, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes 1.985), se sostuvo, aunque minoritariamente, que el derecho debía concederse únicamente al dueño. Por otro lado, el derecho de tanteo también puede ejercerse en el caso de subasta judicial.

d) *No es susceptible de gravámenes reales.* El artículo 2.614 proyectado distingue entre el derecho de edificar (no gravable) y la propiedad superficiaria (que si lo es). La no gravabilidad del *ius edificandi* coincide con el sistema general del Código Civil que prohíbe la hipoteca sobre una hipoteca o sobre una servidumbre. Por otro lado, como el derecho de edificar puede coexistir con la propiedad superficiaria, es factible gravar obras aún no concluidas. Lo que resulta dudoso es si el derecho de edificar puede ser embargado y quienes se pronuncian por la afirmativa exponen los siguientes argumentos:

1. La regla es que todo derecho patrimonial es embargable, salvo disposición expresa en contrario.
2. La norma proyectada veda sólo la constitución de gravámenes reales y el embargo no es típicamente tal.
3. El derecho de edificar es transferible, la no embargabilidad supondría su transferencia exclusivamente extrajudicial, sin razón alguna que lo avale.

4. Embargado, este derecho real puede ser subastado. La hipótesis no es de escuela, desde que pueden existir interesados en adquirir un derecho de edificar concertado en condiciones ventajosas para el superficiario.

e) *Predominio de las normas reglamentarias sobre las estatutarias.* La presencia del orden público, aunque no es exclusiva, es dominante en los derechos reales, en efecto, prevalecen las llamadas normas estatutarias. En cambio, el derecho de edificar se rige, fundamentalmente, por el título constitutivo, de allí surgirá la determinación del objeto a construir, destino, uso, extensión, etc. Lo dudoso aquí es el efecto *erga omnes* que puedan tener o no las cláusulas incorporadas. En nuestro derecho, la tendencia es negar efectos reipersecutorios a este tipo de convenciones, prueba evidente de lo cual son los artículos 1.394 y 3.042.

f) *¿Es siempre derivativo?*. Existen al respecto posiciones sumamente encontradas en la doctrina. Algunos sostienen que “la titularidad del derecho de propiedad sobre la construcción surge de un modo originario en el constructor titular del derecho de superficie y no por efecto de una transferencia de parte del dueño del suelo, la concesión del derecho de superficie impide que la accesión opere y en consecuencia, en ningún momento el dueño del suelo ha adquirido la propiedad de lo que el concesionario construyó”, en consecuencia, se adquiere de un modo originario y no derivativo. Otros sostienen, en cambio, que el *ius edificandi* como manifestación del derecho de superficie, nunca tiene carácter originario. Para ellos es siempre derivativo, tal como emerge de la norma proyectada, pues expresamente dice que el derecho de edificar “sólo” se adquiere por contrato y tradición o por disposición de última voluntad.

## V. Extinción.

El derecho de edificar se extingue por diversas causas, tanto por las mencionadas en el proyecto como también por otras, a las que hace referencia la doctrina comparada. Entre ellas encontramos a las siguientes:

- a) *Renuncia*. Como todo derecho de contenido patrimonial, el *ius edificandi* puede ser renunciado, pero la norma proyectada aclara que no libera al superficiario de las obligaciones personales que asumió frente al dueño.
- b) *No uso durante diez años*. El no uso consiste en no edificar o no reedificar dentro del lapso fijado por la ley. La previsión del no uso como causal de extinción del derecho de superficie coincide con la que el Código Civil argentino proporciona en materia de usufructo, uso, habitación y servidumbres. Esta causal de extinción prueba que el *ius edificandi* configura un derecho real sobre cosa ajena, pues el derecho de propiedad, que se ejerce sobre cosa propia, no se extingue. Por otro lado, la existencia de esta causal patentiza que el *ius edificandi* no sólo interesa al propietario del suelo, sino a la comunidad, evitándose de este modo la especulación inmobiliaria, es que las trabas o desmembraciones del dominio tienen justificación si favorecen a la explotación del inmueble. El plazo se computa desde que el derecho se ha constituido, es decir, desde la entrega de la posesión con título, es insuficiente la fecha del título si no ha mediado posesión. Paralelamente debe recordarse que se trata de un derecho en el que predominan las cláusulas reglamentarias, razón que justifica la validez de los pactos que prevean plazos diferentes.
- c) *Cumplimiento del plazo o condición resolutoria*. Normalmente, si el superficiario no ha construido, el *ius edificandi* se extinguirá por el efecto del no uso y no será necesario esperar el vencimiento del término convencionalmente pactado al derecho de superficie. No obstante, fácticamente, puede producirse la extinción del *ius edificandi* por el vencimiento del término previsto. El *ius edificandi*, además puede estar sometido a condiciones de diverso tipo que pueden generar, si así se lo pactó, la extinción de dicho derecho.
- d) *Muerte del superficiario*. Como ya se ha expresado precedentemente, el derecho de superficie es transferible, sea *inter vivos*, sea *mortis causa*. Pero, ¿qué ocurre si el superficiario muere sin dejar herederos ni haber dispuesto de otro modo de su derecho?. En principio la solución era muy discutible en el derecho romano, pero al parecer, la opinión prevaleciente

era que en tales supuestos el Fisco resultaba *ipso iure* heredero, porque siendo el derecho de superficie una parte del patrimonio, enajenable a cualquiera, deberá seguir la suerte del resto.

Highton<sup>31</sup> ha sostenido que en supuestos tales debiera operar la reversión al propietario del suelo, produciéndose la extinción por confusión. El Proyecto de Unificación no ha previsto tan excepcional situación, por eso, la justa solución que propicia la profesora bonaerense encuentra escollos en la regulación proyectada, así, la superficie, a diferencia del usufructo, es transferible, por lo que no es ilógico afirmar (a falta de previsión legal) que no se extingue por la muerte y deban aplicarse las reglas de la sucesión vacante. Pero siendo un poco realistas, en la práctica la superficie se extinguirá por cumplimiento de los plazos, desde que el Estado generalmente no activa de modo eficaz el trámite sucesorio correspondiente en cada caso.

## VI. Efectos de la extinción.

El artículo 2.023 prevé: *“En todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones o forestaciones efectuadas que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento”.*

Como principal efecto de la extinción del derecho de superficie encontramos: el dueño de terreno adquiere las construcciones o forestaciones efectuadas.

Respecto a la indemnización a la que refiere el artículo, hubiera sido más conveniente hablar del pago de una suma de dinero, en la medida en que la construcción o forestación aumentara el patrimonio del propietario.

---

<sup>31</sup> Highton, Elena I., su *“Ponencia en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil”*, en *Corrientes* en el año 1.985.

Para ser más precisos, el término indemnización alude a un resarcimiento por daño cuando lo que se quiere evitar a través del artículo es el enriquecimiento ilícito o sin causa del propietario.

Por otro lado, de acuerdo con lo expresado por la docente y abogada Diana Pilot, en el trabajo de su elaboración precedentemente enunciado, el artículo debería contener una presunción *iuris tantum* en cuanto a que si la constitución del derecho de superficie fue realizada a título gratuito, y en tal caso, no cabrían indemnizaciones porque el dueño del terreno no se enriquecería ilícitamente y, además, al adquirir lo construido o forestado estaría compensando la gratuidad del derecho de superficie.

En caso de incumplimiento por parte del superficiario de entregar lo construido o forestado al dueño del terreno, una vez vencido el plazo pasará a ser simple tenedor y, por lo tanto, el propietario puede ejercer las acciones reales tendientes al recupero de su derecho.

En caso de incumplimiento por parte del propietario del terreno respecto del pago de la indemnización aludida, el superficiario puede ejercer el derecho de retención y las acciones tendientes al cobro.

## VII. Normas aplicables al derecho de construir o forestar.

El artículo 2.024 establece: *“El derecho de superficie se rige por las normas del derecho de construir o forestar si no se ejerce sobre una construcción o forestación concluida”*.

Incluyendo a la forestación se procura dar una solución rápida, justa y equitativa a la explotación de los bosques. Contaremos entonces con una herramienta jurídica que otorga al forestador seguridad respecto del producido de su trabajo.

## VIII. Emplazamiento y proyección.

El artículo 2.025 establece: *“La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento”*.

El primer párrafo nos demuestra gran amplitud en cuanto a la delimitación del objeto, ya que habla de la proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, si bien deja numerosos aspectos librados al acuerdo de los constituyentes.

Tal como lo expresara Jorge H. Alterini <sup>32</sup>, de combinarse ambas figuras, la superficie con la propiedad horizontal, se hace posible que las construcciones elevadas sobre la propiedad horizontal pertenezcan a terceros ajenos al sistema, lo que hará necesario que el reglamento de propiedad prevea la coexistencia de estas figuras.

El segundo párrafo del artículo nos advierte que el titular del derecho de superficie está facultado a extender el goce de su derecho sobre la parte no construida. Ello encuentra, como antecedente, al Código Alemán y, en igual sentido se pronunciaron varios países, entre ellos Perú y Bolivia.

En su oportunidad, Luis O. Andorno <sup>33</sup> ha señalado *“que ello puede resultar de particular utilidad en caso de lugares destinados a facilitar el acceso de personas o de objetos para jardines, depósitos, plantas, pequeñas construcciones para alojamiento de animales, etc”*.

#### IX. Facultades. Adquisición. Extinción.

Dice el artículo 2.026: *“El derecho de construir o de forestar otorga el uso, goce y disposición jurídica, sólo se origina por adquisición derivada y*

---

<sup>32</sup> Alterini, Jorge H. , *“ El derecho real de superficie”*, Revista del Notariado, Número Aniversario año 1.997, N° 850 , página 17.

<sup>33</sup> Andorno, Luis O. , *“ El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1.998 ”*, XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, 6 al 8 de Abril de 2.000, página 312.

*se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por no uso durante diez años. El derecho de construir o de forestar puede ser hipotecado”.*

a) Adquisición: El derecho de edificar se origina sólo por adquisición derivada (teniendo en cuenta que los modos de adquisición del dominio pueden ser originarios o derivados, según que el adquirente adquiera la cosa por sí mismo o la adquiera de otro). En los supuestos de adquisición originaria, ésta no reconoce más límites que la actividad del interesado o las disposiciones de la ley, en cambio, la adquisición derivada no otorga más derechos que los que pertenecían a su autor. Por otra parte, el dominio originario nace sin considerar que la cosa haya pertenecido anteriormente a otra persona pero, en los supuestos de dominio derivado, éste se recibe del propietario anterior, por lo que hay traspaso de dominio y se lo adquiere con las cargas, gravámenes y limitaciones que el anterior propietario haya constituido legalmente sobre la cosa <sup>34</sup>.

La doctrina discute acerca de si la prescripción es un modo originario o derivado de adquirir la cosa. *“No cabe duda de que la que no requiere justo título presenta las características de una adquisición originaria, no resultando tan simple la solución cuando media justo título, pues ello supone cierta derivación atribuida a un supuesto titular anterior, pero, a poco que se analice, se observa que, siendo la transmisión operada a non domini, mal puede hablarse de un desprendimiento voluntaria del propietario anterior, que no participó como enajenante en la transmisión. Si ello hubiera ocurrido, habría título suficiente y no mero justo título, y ya no sería necesaria la adquisición por prescripción. Por lo tanto, nos plegamos a quienes sostienen que se trata de un modo de adquisición originario”* <sup>35</sup>.

De lo expuesto surge que el derecho de superficie no puede adquirirse por usucapión.

---

<sup>34</sup> Highton, Elena I. , *“Dominio y Usucapión”* , segunda parte, Editorial Hammurabi, Buenos Aires año 1.983, página 4.

<sup>35</sup> Musto, Néstor Jorge, *“Derechos reales”* , Tomo I, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, año 2.000, página 442.

- c) Constitución: El derecho de construir o forestar es un verdadero derecho real y la forma de escritura pública se impone y es necesaria la inscripción registral para la publicidad y oponibilidad a terceros. Respecto de la técnica registral, constituido el derecho de superficie se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionado con la inscripción dominial.
- d) Facultades: se otorga al superficiario el uso, goce y disposición jurídica y material de la propiedad superficiaria. De tal manera, el derecho de superficie puede ser transmitido por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, con la salvedad que dicha transmisión se extenderá por el plazo estipulado en la constitución de dicho derecho.
- e) Extinción: el artículo 2.026 que se analiza complementa a los artículos 2.021 (extinción por renuncia, desuso o abandono) y 2.022 (extinción por consolidación), agregando como otros modos de extinción el vencimiento del plazo y cumplimiento de la condición resolutoria.
- f) Hipoteca: sólo será pasible de hipoteca la propiedad superficiaria y no el *ius edificandi*.

## VI.B. La "propiedad superficiaria".

### I. Concepto.

Es el derecho de propiedad sobre una construcción en suelo ajeno. No obstante ello, existe una moderna tendencia a considerar a la propiedad superficiaria como un verdadero dominio, aunque imperfecto.

En el Proyecto de Unificación de la legislación civil y comercial no existen dudas sobre su naturaleza, dado que la propiedad superficiaria se rige por las normas aplicables al dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por el artículo 2.614.

### II. Adquisición.

A la propiedad superficiaria puede llegarse, tanto a través del *ius edificandi* como por adquisición de una construcción ya existente. En consecuencia, la propiedad superficiaria se adquiere por los mismos modos y formas que *ius edificandi* pero, siendo la propiedad superficiaria un dominio revocable, cabe preguntarse si existen otros modos, o si dentro de éstos caben algunas particularidades. Analicemos ahora algunos modos especiales:

- a) *Por partición judicial*. En el sistema argentino proyectado, el juez no puede de oficio ni a petición de una sola de las partes adjudicar a unos herederos el suelo y a otros la superficie. Se aplica, analógicamente, lo dispuesto por el Código Civil en materia de usufructo. En cambio, si todos los herederos capaces están de acuerdo, no existirá obstáculo en este modo de partir. Lo discutible es si en este supuesto se requiere o no escrituración pública, y en ello se entiende aplicable el artículo 1.184 inciso 2º del Código Civil, es decir que, presentadas las operaciones de partición al juez, bastará su aprobación para que el Registro inscriba la superficie nacida del acuerdo de todos los herederos capaces.
- b) *Por prescripción*. La norma proyectada no regula específicamente el supuesto, pues la limitación al contrato y tradición o disposición de última voluntad está referida al derecho de edificar y, la propiedad superficiaria, en cambio, se rige por las normas del dominio revocable. Esta remisión permite las siguientes soluciones:
  1. La propiedad superficiaria puede ser adquirida por *prescripción breve*, y ello acaecerá cuando la superficie ha sido constituida por un justo título y el superficiario ejerce posesión durante diez años.
  2. En cambio, la adquisición por *prescripción larga* encuentra diversos obstáculos. No obstante, la normativa proyectada encuentra dificultades prácticamente insalvables, ya que el régimen legal es el del dominio imperfecto y éste, en cuanto tal, siempre está fundado en un título, en consecuencia, a la usucapión larga sólo podría llegarse cuando, existiendo justo título falta, no obstante, buena fe. Pero sin título no es pensable.
  3. *En subasta judicial*. La remisión a las normas del dominio revocable hace menos discutible este modo de adquirir en el ámbito de la

propiedad superficiaria, y quien así la adquiere sabe que sólo incorpora una propiedad superficiaria esencialmente revocable.

### III. Caracteres.

- a) *Derecho real sobre cosa propia.*
- b) *Temporal.* En la norma proyectada, el plazo máximo es de cincuenta años. La característica de la temporalidad aparece en la mayoría de las legislaciones, aunque el plazo máximo varía sustancialmente y algunas contienen, además un plazo mínimo. Nuestro Proyecto, en cambio, no establece un plazo mínimo, pero en los hechos, éste será siempre prolongado, pues de otro modo no se justifica la constitución de este derecho real. No aclara si es o no revocable, pero en nuestra norma proyectada no existirían inconvenientes para su renovación dentro del plazo máximo, pero fuera de él responde negativamente, en efecto, el artículo dice expresamente: “no mayor de cincuenta años”. Esta solución no impide que al vencimiento del término se constituya un nuevo derecho de superficie y, no se ha previsto para esta situación, un derecho de preferencia a favor del primer superficiario, solución que en principio parece correcta. Ello no implica negar validez al pacto expreso que establezca la preferencia. No hablamos tampoco de un derecho de tanteo, pues el titular no adquiere el derecho de superficie concedido a un tercero, sino un nuevo derecho que se le ha de conceder.
- c) *Transferible.* No obstante ello, en el proyecto del Diputado Arabolaza, el derecho es intransmisible por actos entre vivos, sin perjuicio de que la autoridad administrativa pueda acordar excepciones debidamente justificadas.
- d) *Gravable.* La propiedad superficiaria es susceptible de ser objeto de gravámenes reales compatibles con su naturaleza. Así, por ejemplo, puede ser hipotecada, gravada con servidumbres prediales, vistas, usufructo, etcétera. Esta solución, adoptada también por el derecho romano, surge de la remisión a las normas del dominio revocable.

e) *Divisible*. Se admite la posibilidad de cotitularidad en el derecho de superficie, consecuentemente, puede adquirirse o extinguirse por partes alícuotas, conforme a las reglas del condominio.

#### IV. Extinción.

Causales: la propiedad superficiaria se extingue, en principio, por los mismos modos de extinción del dominio, aunque con ciertas excepciones.

1. *Abandono*. Los romanistas discutían si el superficiario podía o no abandonar la propiedad superficiaria. Así, si el derecho de superficie se había constituido a título gratuito, la respuesta es afirmativa, en cambio, sobre el constituido a título oneroso, se encuentran soluciones diversas: Savigny respondió negativamente con el argumento de que el superficiario debe pagar el canon o *solarium*, Dernburg, en cambio, aplicó analógicamente la regla del usufructo y justificó la solución en que, si bien el propietario del suelo no cobra *solarium*, consolida el dominio con el abandono. En el derecho argentino vigente, el dominio se pierde desde que se abandona la cosa aunque otro aún no se la hubiere apropiado. Así, el artículo 2.614 proyectado hace expresa mención a este modo de extinguir la propiedad superficiaria.

El abandono configura un acto unilateral de voluntad seguido del desprendimiento de la posesión y debe ser cuidadosamente distinguido del *no uso*, que extingue el derecho de edificar. La propiedad superficiaria, en cambio, como toda propiedad, subsiste independientemente del ejercicio que se haga de ella.

Entendemos que la oponibilidad a terceros de este modo extintivo requiere de una escritura pública inscrita en el Registro, en efecto, como el abandono favorece al propietario del suelo, la figura guarda sustancial analogía con el abandono traslativo, y no parece razonable dar soluciones extremadamente diferentes a situaciones similares (adviértase que el artículo 2.609 exige título y tradición para la pérdida del dominio y, el artículo 2.505, inscripción en el Registro para la extinción de derechos reales).

Para terminar con cualquier posible discusión, el Proyecto dispone expresamente que el abandono no libera al superficiario de sus obligaciones personales, y entre ellas encontramos en pago del canon.

2. *Expropiación*. Con ella se pone a la cosa fuera del comercio, por lo que es razonable la extinción de la propiedad privada. En este caso, el justiprecio que se pague deberá distribuirse entre el superficiario y el *dominus soli*, en proporción al valor de los derechos de uno y otro al tiempo de verificarse la expropiación.

3. *Cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria*. Aquí se destaca nuevamente que la propiedad superficiaria configura un dominio revocable, en consecuencia, se extingue, al igual que todo dominio de este tipo, por el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria.

4. *Consolidación*. Opera cuando se confunden las calidades de dueño del suelo y de la edificación, a través del ejercicio del derecho de tanteo, por sucesión *mortis causa*, o por mútuo disenso o distracto, y respecto de éste último: del mismo modo que la convención unió, desunirá, aplicándose al respecto las normas generales.

5. *¿Extingue a la propiedad superficiaria la destrucción de lo edificado?*. La cuestión se encuentra discutida desde el derecho romano. Algunos sostienen que el derecho de superficie se extinguirá por la destrucción o ruina del edificio, sea que éste hubiere sido levantado o no por el superficiario. Otros, en cambio, afirman que el perecimiento del edificio no produce la extinción, correspondiendo al titular del derecho de reconstruir. Esta última tesis es la adoptada por la legislación moderna, admitiendo en todo caso el pacto en contrario. Es también la del Proyecto de Unificación, siempre que el superficiario reconstruya en el término de diez años.

El hecho de que la superficie no se extinga con la propiedad superficiaria demuestra que ésta es sólo una manifestación de aquélla y no la superficie toda, pues de existir total identidad, la destrucción del edificio debería producir la extinción del derecho de superficie. Por eso mismo, por subsistir el derecho de superficie a través del *ius edificandi*, permanece la obligación del superficiario de pagar la renta.

## V. Efectos de la extinción de la propiedad superficiaria.

En principio, con la extinción de la superficie el dueño del suelo recobra la plenitud del dominio, pues empieza a operar nuevamente el principio de la accesión.

Una primera cuestión a dilucidar es la de determinar a partir de qué momento se produce dicho efecto. Las posibles soluciones, en abstracto, son:

- a) Desde el acaecimiento de la causal de extinción.
- b) Desde la entrega de la posesión al propietario del suelo.
- c) Desde la inscripción del documento que instrumenta la causal.

Si se trata del cumplimiento del plazo o condición resolutoria, el Proyecto se pronuncia por la adquisición *ipso iure* del dominio por parte del propietario del suelo, sin necesidad de tradición previa.

Si la extinción opera por el abandono, luego de cumplidas las formalidades, comienza a operar nuevamente a favor y en contra del propietario del suelo el principio de la accesión. Otro tanto ocurre con la consolidación cuando proviene de actos *inter vivos*. En estos casos (abandono, rescisión, ejercicio del derecho de tanteo), el superficiario se convertirá en mero tenedor, pero frente a los terceros será necesaria la inscripción del documento que instrumenta el abandono o el acto que provoca la consolidación. Si la consolidación opera por causa de muerte, no será necesaria la inscripción registral para su oponibilidad a terceros, dado que el Código establece un régimen específico para la adquisición *mortis causa*.

La segunda problemática es la referente a la eficacia de los actos celebrados por el superficiario y por el dueño del suelo durante la vigencia de la superficie.

El Proyecto distingue según que la extinción opere por consolidación o por cualquier otra causal. En la norma proyectada en nuestro país, salvo el supuesto de consolidación, todos los actos celebrados por el superficiario se extinguen con la superficie, en consecuencia, los contratos de locación, los gravámenes reales, etcétera, no son oponibles al dueño del suelo.

En efecto, el penúltimo párrafo del artículo 2.614 sólo deja subsistentes, con los mismos alcances, los derechos constituidos por el superficiario cuando la superficie se extingue por consolidación. Así, un acto de administración celebrado por el superficiario, por ejemplo un contrato de arrendamiento, nunca podrá tener un plazo de duración superior al de la superficie sin el consentimiento del dueño del suelo.

#### VI. Normas aplicables a la propiedad superficiaria.

El artículo 2.027 establece: *“Si el derecho de superficie se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria a la que se le aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título”.*

La doctrina define al dominio revocable diciendo de la siguiente manera: *“se trata de un dominio que es temporario para su titular, pues está sujeto a una condición o plazo resolutorio que una vez cumplido hará volver la titularidad de la cosa al constituyente, el dominio debe resolverse al fin de cierto tiempo o al advenimiento de una condición para el efecto de restituir la cosa a su anterior propietario”*<sup>36</sup>.

Por otro lado, y atendiendo a los conceptos elaborados por la doctrina, el artículo 1.905 establece: *“Dominio resoluble es el sometido a condición o plazo resolutorios, a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa o por la ley”.*

El titular de dominio resoluble goza de iguales facultades jurídicas y materiales que el titular de dominio perfecto, debiéndose aclarar que, a diferencia de éste último, los actos jurídicos que realice quedarán sujetos a la suerte de su derecho.

---

<sup>36</sup> Highton, Elena I. , *“Dominio y Usucapión”* , Primera parte, Editorial Hammurabi, Buenos Aires año 1.983, página 159.



## CAPÍTULO VII

### VALORACIÓN CRÍTICA DE LA FIGURA<sup>37</sup>.

---

<sup>37</sup> Valoración realizada por las autoras Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia, en su libro "Derecho real de superficie", Editorial Astrea, Buenos Aires año 1.989, páginas 95 a 98.

VII.I. Valoración general: en cuanto al régimen general, no se puede emitir un juicio definitivo, sino que será su aplicación la que determinará si es éste un medio eficiente para solucionar el grave problema de la vivienda en nuestro país.

El legislador no puede cerrar las puertas a posibles medios. Es claro que los meros tipos jurídicos no transforman las realidades socio-económicas, pero no puede dudarse que las facilitan o perjudican en algunos casos.

En principio, la normativa proyectada no provocará los peligros que el Codificador señalara en la nota al artículo 2.503, en efecto, se regula a la superficie como un derecho temporario, que posibilita una mayor explotación económica del inmueble.

Por supuesto que los argentinos, al igual que los españoles, necesitaremos de un cambio de mentalidad para habituarnos y comprender que la propiedad del suelo no siempre lleva la del edificio.

VII.II. Su posible aplicación a figuras existentes (cementeros privados): existen en el tráfico negocial figuras que se adecuan satisfactoriamente al derecho de superficie. Así, por ejemplo, es frecuente que se venda un lote y que la contraprestación a cargo del comprador consista en la adjudicación de unidades a construirse, pero en este tipo de negocios, las garantías del enajenante son nulas. La superficie puede dar una solución correcta a esta difícil situación.

Por otro lado encontramos a los “cementeros privados”, respecto de los cuales el Proyecto permite someterlos al régimen de propiedad horizontal y, en efecto, ellos encontrarían una respuesta más adecuada a la realidad económico-jurídica en la superficie, no como *ius edificandi* sino como derecho del titular a tener y mantener la construcción. Por lo pronto, no se advierte ninguna analogía en el encuadre económico-social de la propiedad horizontal y el cementerio privado.

La pretendida comunidad sobre los espacios comunes no es tal, nadie se cree copropietario de los caminos de acceso, ni de las dependencias administrativas, sanitarias, de culto, etcétera. Es la entidad promotora o administradora la que toma las decisiones y la que debe quedar obligada a prestar o garantizar los servicios accesorios, como son el horario de apertura y cierre, la limpieza, la prestación de algunos servicios religiosos, etcétera.

En cambio, tipificar el derecho como superficie tiene la ventaja de su larga tradición en el derecho público, claro está que su aplicación al régimen de los cementerios privados requerirá de algunas adecuaciones derivadas, fundamentalmente, del destino de la sepultura. Ese régimen podría estar gobernado por los siguientes principios:

- a) Si existen cotitulares, sus relaciones internas se rigen analógicamente por el condominio de indivisión forzosa. Por eso, la acción de partición sólo es posible si la sepultura está desocupada, existe conformidad de todos los cotitulares y la división material es posible sin desmembramiento del derecho (por ejemplo, el superficiario ha adquirido derecho de superficie sobre un terreno para inhumar tres cadáveres, sería posible adjudicar un lugar a cada uno de sus tres herederos).
- b) Son válidas las cláusulas testamentarias que prohíben la enajenación a terceros extraños a la familia.
- c) No pueden ser objeto de hipoteca ni de contratos tales como el arrendamiento.
- d) Son inembargables e inejecutables, salvo que la sepultura se encuentre desocupada.
- e) No se pueden adquirir por prescripción larga sin título, aunque sería factible adquirir por prescripción breve el derecho superficiario constituido con justo título y buena fe y por prescripción extraordinaria con justo título y mala fe.
- f) El titular cuenta con los remedios posesorios y petitorios para la defensa de su derecho real.
- g) Debe instrumentarse un sistema para adecuar la técnica registral, dada la posibilidad de un elevadísimo número de titulares. Puede resultar conveniente adoptar un folio para el inmueble en su integralidad con diversas submatrículas y un fichero o nómina por orden alfabético que facilite registrar las cancelaciones o expediciones de certificados e informes.
- h) Aunque el cementerio pertenezca al dominio privado de un particular, se presta en él un servicio público, o al menos, un servicio público impropio, por lo que la actividad estará siempre sujeta al control estatal para el ejercicio del poder de policía mortuario.

i) Debe admitirse la concesión a perpetuidad.

## CAPÍTULO VIII

### **Quinta parte.**

#### DERECHO DE SUPERFICIE FORESTAL.

##### VIII.I. Consideraciones previas.

La Ley 25.509, dictada en el año 2.001, incorpora a nuestro ordenamiento jurídico un nuevo derecho real, la superficie forestal, y trae como consecuencia la modificación de los artículos 2.503 y 2.614 del Código Civil.

El artículo 12 de dicha ley establece: *“Modifíquese el artículo 2.614 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna”*.

Respecto del artículo 2.503 del Código Civil, la misma Ley 25.509, en su artículo 13 establece: *“Agréguese al artículo 2.503 del Código Civil como inciso 8° **\*La superficie forestal\***”*.

La incorporación de este derecho atiende y responde a la inclinación mundial en torno a la protección de los bosques naturales, sin que esto implique un menoscabo a la explotación económica de la madera.

Los autores del Proyecto expresan en sus fundamentos lo siguiente: *“Se procura que a través de este molde se estimule la forestación y que sin agravios ecológicos se desarrollen industrias paralelas, de tantas repercusiones incluso para la libertad de prensa gráfica, cuya suerte está unida a la disponibilidad de papel en cantidad, calidad y condiciones económicas accesibles”*<sup>38</sup>.

En lo que respecta a nuestro país, la *Ley de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación 24.032*, introducía el derecho de superficie en el artículo 2.614. Comprendía la concesión del derecho de edificar, haciendo el superficiario suya la construcción, o sobre construcciones ya existentes y enajenar una construcción ya existente, separadamente del dominio sobre el asiento de tal construcción.

Además establecía que el plazo no podía exceder de cincuenta años, se podía adquirir y transmitir por contrato o disposición de última voluntad, no podía ser objeto de gravámenes reales, y al extinguirse el dueño adquiriría las obras subsistentes, indemnizando al superficiario en la medida del enriquecimiento, salvo pacto en contrario.

---

<sup>38</sup> Fundamentos del Proyecto de Código Civil. Número 285.

El Proyecto de Código Civil también introduce el derecho de superficie, y lo hace a través de los artículos 2.018 a 2.023 (se infiere que este Proyecto encuentra como antecedente inmediato a la Ley 25.509 al admitir que la superficie consista en forestar un inmueble). En efecto, lo define como “el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta años”.

Tal como lo expresa la autora Beatriz Areán, el artículo 12 de la Ley 25.509 ha suprimido de la enumeración de derechos no permitidos la referencia al derecho de superficie, precisamente, por haber creado la misma ley el de superficie forestal. A pesar de esta eliminación, como se manifestará de inmediato, la superficie sigue siendo un derecho real prohibido en nuestro Derecho, con la única excepción prevista en dicha ley, por cierto muy estrecha en atención al objeto sobre el que recae.

En el derecho comparado moderno, la figura aparece en algunos Códigos Europeos, como el Suizo, el Italiano, el Portugués, el Holandés, etc.

Entre los Códigos Americanos consagran la superficie los de Quebec, Bolivia y Perú. En cuanto al Código Alemán, los artículos que éste destinaba a la superficie fueron derogados por una Ordenanza del 15/1/19, que regula el derecho de superficie hereditario.

En el mismo sentido la autora sostiene que resulta interesante destacar que el artículo 956 del Código Italiano dispone expresamente que no puede ser constituida o transferida la propiedad de las plantaciones separadamente de la propiedad del suelo. O sea que se admite la superficie sólo sobre construcciones sobre o bajo el suelo, pero no sobre plantaciones. El legislador ha considerado que, respecto de éstas últimas, no hay un título idóneo para derogar la regla del artículo 934, que atribuye al propietario del suelo cualquier plantación existente sobre o bajo éste. Este criterio que limita la superficie a las construcciones es el que imperó en la legislación europea.

#### VIII.II. Concepto.

La Ley 25.509, en su artículo 2º, lo define de la siguiente manera: ***“El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”***.

Este nuevo derecho real fue creado “de conformidad al régimen previsto en la *Ley de Inversiones para Bosques Cultivados*” (artículo 1 *in fine*). Se trata de la Ley 25.080, sancionada en diciembre de 1.999, que instituye “*un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes*”.

*“Asimismo, se podría beneficiar la instalación de nuevos proyectos forestoindustriales y las ampliaciones de los existentes, siempre y cuando se aumente la oferta maderera a través de la implantación de nuevos bosques”*.

### VIII.III. Caracteres.

Se trata entonces de un derecho real autónomo, cuyos caracteres son:

1. *Recae sobre cosa propia*. Su objeto no es el inmueble sino las plantaciones que se realicen en el mismo a partir de la constitución de la superficie a las ya existentes a esa fecha. Se trata de un derecho real sobre cosa propia pero que se ejerce sobre un inmueble ajeno, puesto que, si fuera propio, los actos que importaría su ejercicio no exteriorizarían más que la actuación de las facultades propias del dueño. Debe estar regularmente constituido, ya que de otro modo se aplicarían las reglas de la accesión, específicamente, las correspondientes a la plantación en terreno ajeno con materiales propios (artículos 2.588 y 2.589 Código Civil).
2. *Es temporario*. Según el artículo 6º, no puede tener un plazo de duración que supere los cincuenta años.

3. *Se ejerce por la posesión*. No recae sobre el inmueble, sino sobre el objeto de la superficie, esto es, las plantaciones. En consecuencia, ello importa una modificación de conceptos tradicionales en materia posesoria, tales como el que surge del artículo 2.403 del Código Civil, cuando establece que: “*La posesión de una cosa hace presumir la de las cosas accesorias a ella*”. Lo mismo sucede con el artículo 2.405 el cual dispone que: “*Cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo*”. Precisamente, el primer ejemplo deja de ser aplicable frente a la superficie forestal, pues el superficiario habrá de poseer los árboles sin el terreno en el que están plantados.
4. Es de origen *convencional*. Según el artículo 5º, sólo puede nacer de un contrato oneroso o gratuito (además hubiera sido conveniente admitir la constitución mediante un acto de última voluntad). Todo parece indicar que tampoco podría adquirirse por usucapión, a pesar de ejercerse por la posesión. Quizás el legislador haya considerado muy improbable que una persona intente usucapir la superficie en lugar de hacerlo respecto del dominio. Sin embargo, caben las mismas razones que nos conducen a admitir la usucapibilidad del usufructo por usucapión breve o larga. En efecto, suponiendo que se realiza una constitución a *non dominio*, el superficiario de buena fe podrá consolidar su derecho al cabo de los diez años de posesión de buena fe, mediante la usucapión breve. Inclusive, debería recurrir a la usucapión larga, si fuera de mala fe, aún contando con un justo título.
5. Es *exclusivo*. No admite, por su contenido, la concurrencia de titulares, si así fuera, el derecho se encontraría en estado de comunidad, por lo que habría cosuperficie forestal.
6. Es *transmisible* por actos entre vivos y por actos *mortis causa*. Aunque la ley guarda silencio, no existen motivos para sostener lo contrario, incluso, como el superficiario puede gravar la superficie con un derecho real de garantía, por ejemplo, con hipoteca, se está previendo la posibilidad de ejecución por parte del acreedor hipotecario, lo que importará la adquisición por un tercero.

#### VIII.IV. ¿Quiénes pueden constituirlo?

La primera parte del artículo 1º de la Ley 25.509 dispone: *“Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura ...”*.

Conteste con lo expresado, los únicos sujetos legitimados para constituirlo son el dueño y los condóminos y se excluye al titular de propiedad horizontal porque no resulta posible la forestación sobre un piso o departamento ni sobre cualquiera de los objetos privativos asimilados.

Dada la constitución por los condóminos, no habrá ningún problema si todos concurren al acto. Frente al silencio legislativo, cabe preguntarse si cabría constituirse la superficie sobre una parte indivisa. Si aplicáramos por analogía el artículo 2.843 del Código Civil, que faculta al condómino a dar en usufructo el objeto común en la medida de su parte indivisa, la respuesta sería afirmativa.

Tratándose de un dueño titular de un dominio revocable, sería perfectamente posible la constitución, pero la misma estaría sujeta al resultado de la resolución. No sólo el cumplimiento de la condición provocaría la extinción del dominio, sino que la superficie seguiría la misma suerte, salvo que se hubiese pactado que el efecto no fuera retroactivo (artículo 2.669).

#### VIII.V. Objeto.

De acuerdo con el artículo 1º de la Ley 13.273 (Ley de Defensa de la Riqueza Forestal), se entiende por **“bosque”** toda formación leñosa, natural o artificial, que por su contenido o función sea declarada en los reglamentos respectivos como sujeta al régimen de la ley. **“Tierra forestal”** es aquella que, por sus condiciones naturales, ubicación, constitución, clima, topografía, calidad y conveniencias económicas, sea inadecuada para cultivos agrícolas o pastoreo y susceptible, en cambio, de forestación.

Declara también de utilidad pública y sujetos a expropiación, cualquiera que sea el lugar de su ubicación, a los bosques clasificados como protectores y/o permanentes, tendientes al mejor aprovechamiento de las tierras. La expropiación será ordenada en cada caso por el Poder Ejecutivo Nacional, en cualquier tiempo que lo estime oportuno, previos los informes pertinentes y el cumplimiento de los demás requisitos establecidos en la ley de expropiación.

El artículo 16 establece que toda superficie de condición forestal que se encuentre abandonada o inexplorada por un término mínimo de diez años, queda sujeta a forestación o reforestación, pudiendo el Estado realizarla sin necesidad de expropiación.

El artículo 22 dispone que los bosques y tierras forestales que formen el dominio privado del Estado son inalienables, salvo aquellas tierras que, por motivos de interés social y previos los estudios técnicos pertinentes, se considere necesario destinar a la colonización o formación de pueblos de conformidad con las leyes respectivas.

La explotación de esos bosques se lleva a cabo mediante concesiones sujetas al pago de un aforo fijo, móvil o mixto, y podrán acordarse a personas carentes de recursos, permisos limitados y gratuitos para la recolección de frutos y productos forestales.

La ley concede una serie de ventajas impositivas, por ejemplo: las tierras con bosques protectores o permanentes sometidos a trabajos de forestación o reforestación quedarán exceptuados del pago de la contribución inmobiliaria en la parte pertinente, se declaran liberados de derechos aduaneros los equipos, útiles, semillas, estacas forestales y demás elementos necesarios para la forestación, reforestación del país y trabajos de investigación, etcétera.

Beatriz Areán, en su libro "Derechos Reales", Tomo II, manifiesta que algunas **Constituciones Provinciales** se ocupan también de la protección de la actividad forestal. Así menciona, por ejemplo, el artículo 44 de la **Constitución de Chaco** que dispone: *"El bosque será protegido con el fin de asegurar su explotación racional y lograr su correcto aprovechamiento socioeconómico integral. El Estado provincial promoverá la conservación y mejora de las especies con reposición obligatoria mediante forestación o reforestación, fomentando la radicación regional del proceso de producción y comercialización"*.

Además destaca que el artículo 49 de la **Constitución de Formosa** dispone que: *“La provincia promoverá el aprovechamiento racional de los bosques, teniendo en cuenta la necesidad de supervivencia, conservación y mejoramiento de las especies, la reposición de aquellas de mayor interés económico y la forestación de zonas de producción, tomando estas funciones a su cargo directo, en los casos de las variedades que, por sus peculiaridades, difícilmente puedan estar al alcance de la acción privada. La ley reglamentará la entrega de las superficies boscosas a la explotación privada, estableciendo el régimen de concesiones y sobre superficies que en ningún caso sean mayores de dos mil quinientas hectáreas de bosques, las que serán adjudicadas por licitación”.*

Por último nos habla de el artículo 246 de la **Constitución de Neuquén**, el que anticipa la sanción de una Ley de bosques que establecerá normas silviculturales de práctica mundial más adelantadas y fomentará la iniciativa privada y colectiva tendiente a la creación de industrias, a la explotación racional e intensiva, al aprovechamiento integral y científico de la madera, simultáneamente con un plan de forestación y reforestación que asegure la perpetuidad y acrecimiento de los bosques y propenda al autoabastecimiento de productos forestales a la provincia y a la Nación.

En el año 1.997 se sancionó la Ley 24.857, modificada por la Ley 25.080, la que establece que toda actividad forestal (entendida como el conjunto de operaciones dirigidas a la implantación, restauración, cuidado, manejo, protección o enriquecimiento de bosques nativos) y el aprovechamiento de bosques comprendidos en el régimen de la Ley 13.273 gozarán de estabilidad fiscal por el término de treinta años. Esta Ley sobre Promoción de Inversiones en Emprendimientos Forestales fue reglamentada por el decreto 133/99.

Según la autora, se entiende por *emprendimiento forestal* toda actividad vinculada a la implantación de bosques, incluyendo no sólo las específicas, como la producción del material de propagación, la preparación del sitio, la plantación, el riego, el manejo y la cosecha del bosque, sino también aquellas que tiendan a su mejoramiento o tecnificación, la protección contra plagas, enfermedades, fuegos y meteoros, y los trabajos de investigación y desarrollo, aunque no incluyan en el emprendimiento a la plantación propiamente dicha. Además expresa que, se entiende por *forestación* la siembra o plantación de especies arbóreas en sitios

que históricamente han carecido de bosques, y por *reforestación*, la acción de repoblar, tanto con especies nativas como exóticas, un sitio que ya ha soportado la cobertura de masas arbóreas. Se incluye también bajo esta denominación el enriquecimiento o restauración de bosques nativos, mediante las prácticas silvícolas más adecuadas para cada situación, que asegure un incremento en la producción de madera por unidad de superficie y el mantenimiento de la biodiversidad.

La ley concede estabilidad fiscal a los beneficiarios del régimen y alcanza, con excepción del impuesto al valor agregado, a la totalidad de los tributos, entendiéndose por tales a los impuestos, tasas y contribuciones, como así los derechos y aranceles a la importación o exportación.

Precisamente, la Ley 25.509, al crear el derecho real de superficie forestal, lo hace de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, 25.080.

En algunos casos la jurisprudencia declaró que el dominio de los bosques asentados en tierras fiscales es similar a un dominio “desmembrado”, imperfecto, porque, si bien existe, los posibles beneficios económicos que reporta están destinados a quienes, de conformidad con la ley, los aprovechan.

En síntesis, y coincidiendo con lo expresado por la autora Beatriz Areán, ***el objeto sobre el que recae el derecho real de superficie forestal será resultado de la siembra o plantación de especies arbóreas en sitios que históricamente han carecido de bosques, así como de la reforestación, o sea la acción de repoblar con especies nativas o exóticas un sitio que ya ha soportado la cobertura de masas arbóreas. También pueden ser objeto de la superficie las plantaciones existentes al tiempo de la constitución.***

Como puede verse, el artículo 2º de la Ley 25.509 contempla dos supuestos: el derecho de realizar forestación o silvicultura en el inmueble ajeno, con la facultad de hacer propio lo plantado, y el de adquirir la propiedad de las plantaciones ya existentes. En el primer caso, la superficie recién tendrá objeto cuando se haya iniciado la tarea de forestación y comiencen a adquirir vida las

especies plantadas. Mientras ello no ocurra, la situación será análoga a la que se presenta respecto del derecho de superficie tradicional, en tanto confiere el derecho a edificar sobre un terreno ajeno.

#### VIII.VI. Modo de constitución.

De acuerdo con lo establecido en el artículo 5° de la Ley 25.509: *“El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión. Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente”*.

Como puede advertirse, se aplica la teoría del título y modo. El primero debe instrumentarse mediante escritura pública porque el objeto es un inmueble por su naturaleza, por estar incorporados los árboles al suelo de una manera orgánica (artículo 2.314), más allá que el derecho esté escindido de la propiedad del terreno.

Respecto del modo, la ley habla de *“tradición de posesión”*. Habría sido más adecuado aludir a *“tradición posesoria”* o, más correctamente, a *“tradición constitutiva del derecho real de superficie forestal”*, toda vez que se está haciendo referencia no a la tradición que hace adquirir la posesión, sino a un derecho real, esto es, al modo suficiente (artículos 2.601 a 2.603 C.Civil).

Finalmente, la ley exige la inscripción del título en el Registro de la Propiedad Inmueble, aclarando que ello es requerido únicamente *“a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados”*. Aquí se aplican los principios generales en materia de publicidad inmobiliaria (artículo 2.505 del Código Civil y artículo 2° de la Ley 17.801). Sin embargo, el Registro deberá abrir un nuevo folio, aunque correlacionándolo con la inscripción dominial antecedente. Se separa así de la posición de la doctrina mayoritaria, que se inclina por la apertura de submatrículas. Esta duplicación de folios seguramente responde al propósito de evitar confusiones con respecto a los gravámenes que eventualmente podría llegar a constituir el superficiario.

#### VIII.VII. Duración.

A diferencia del resto de los derechos reales sobre cosa propia, que son perpetuos, se trata de un derecho típicamente temporal.

Su duración está limitada a un plazo máximo de cincuenta años y en caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de la ley (artículo 6º). De tal manera, si se hubiera establecido un término, por ejemplo, de setenta años, la extinción se operará inexorablemente al cumplirse los cincuenta años.

No contempla la ley la posibilidad de renovación al vencimiento del plazo máximo, sea por otros cincuenta años o por un lapso menor. Tal vez no se haya incluido esta hipótesis por entender que el desdoblamiento entre la propiedad del terreno y la de las plantaciones no debe extenderse por términos muy prolongados.

De todas maneras, el plazo de cincuenta años juega como máximo, y no habría inconveniente en que se pactase otro menor y que, al vencimiento, se pactase la renovación, siempre a condición de no exceder del tope. Hasta sería posible constituir el derecho como vitalicio, pero con la cláusula de que se extinguirá al cumplirse los cincuenta años, si el superficiario estuviera aún con vida. De no ser así, terminará con la muerte de este último.

#### VIII.VIII. Facultades del propietario del inmueble.

El artículo 3º de la Ley 25.509 dispone que *“el propietario del inmueble afectado a superficie forestal conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie forestal constituido”*. Esta apreciación aparece como redundante, pues sería de aplicación el principio de inherencia a la cosa y del *ius preferendi*, porque tratándose de un derecho real es obvio que seguirá afectando la cosa, más allá del cambio de titularidad del terreno.

Ello no se dará con frecuencia en la práctica, ya que difícilmente alguien acepte adquirir un terreno sobre el que nada podrá hacer durante la vigencia de la superficie. Lo cierto es que sí podría darse faltando pocos años para que venciere el plazo, ya que, al extinguirse la superficie forestal, el propietario del inmueble afectado extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, aunque debe indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento, salvo pacto en contrario.

Salvo enajenación, las facultades jurídicas del dueño se encuentran interdictas, ya que no puede constituir ningún derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato. Tampoco podría constituir derechos personales, como dar en locación o comodato el inmueble, aunque sí podría ejercer la facultad de abandono, el que beneficiaría al Estado (artículo 2.342).

Por otra parte, se prohíbe al propietario del inmueble afectado al derecho real de superficie forestal *“perturbar los derechos del superficiario, si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación”*. Se trata de una disposición que carece de sentido pues, como el dueño del terreno no es más que un integrante del sujeto pasivo universal frente al titular de la superficie, va de suyo que está obligado a respetarlo, lo que conlleva la obligación de no turbarlo, y con mayor razón, la de despojarlo. Tal vez el legislador haya querido decir que el superficiario está facultado para ejercer acciones posesorias frente al acto de turbación, ya que expresamente sostiene que puede exigir el cese de la turbación.

La ley guarda silencio respecto de los deberes del propietario, de modo que su situación será, frente al superficiario, la de cualquier integrante del sujeto pasivo universal. Sin embargo, respecto de las cargas, impuestos, tasas y contribuciones que pesan sobre el terreno estarán a su cargo, salvo pacto en contrario. Sólo estaría excluido el pago de la contribución inmobiliaria respecto de bosques protectores o permanentes sometidos a trabajos de forestación o reforestación, por así disponerlo expresamente la Ley 13.273, texto ordenado por el decreto 710/95.

#### VIII.IX. Facultades del superficiario.

Si bien se confieren al superficiario las facultades de uso, goce y disposición jurídica de la superficie, el alcance de ellas no es tan amplio como podría suponerse.

Respecto del uso y goce, es evidente que podrá realizar las tareas de forestación y silvicultura que desee, pero siempre estará sujeto a las reglamentaciones respectivas.

Por otro lado, adquiere la propiedad de las especies que plante, al igual que la de las ya existentes al tiempo de constitución del derecho real, por lo que está facultado para disponer de ellas material y jurídicamente.

En referencia a las facultades de disposición jurídica, pareciera que se circunscriben a la constitución de derechos reales de garantía. En consecuencia, el superficiario podría gravar la superficie con un derecho de hipoteca o de anticresis. Respecto de la hipoteca, debe quedar bien claro que sólo tendrá por objeto la superficie, de suerte tal que, en caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario no tendrá derecho alguno sobre el terreno, debiendo limitarse a ejecutar las plantaciones existentes en el mismo. En el caso de constitución de anticresis el superficiario deberá entregar la posesión al acreedor para que éste plantase los árboles y fuese cancelado su crédito con el producido de los mismos.

Aunque la ley sólo dice que la superficie puede gravarse "*con derecho real de garantía*", podría admitirse la constitución de derechos reales de disfrute, como un usufructo o servidumbres, ya que, respecto de éstas últimas, el artículo 2.998 del Código Civil permite que se establezcan sólo "*sobre una parte material*" del inmueble, "*en su superficie, profundidad o altura*". Más aún, el superficiario estaría legitimado para adquirir una servidumbre, pudiendo aplicarse por analogía las normas referentes al usufructuario.

*A fortiori*, estaría facultado para constituir derechos personales, por ejemplo, dando en locación o en comodato un sector de la superficie a un tercero, quien a su vez podría estar encargado de ayudarlo en las tareas de forestación.

Respecto del ejercicio de las acciones defensivas de la posesión, está legitimado para entablarlas, a través de todas sus variantes, incluida la defensa extrajudicial, aún contra el propietario del inmueble. Como se trata de un derecho real que se ejerce por la posesión, el superficiario podrá promover la reivindicación, de mediar un acto de despojo. Igualmente, estaría facultado para

iniciar una acción negatoria frente a un acto de un tercero que intentara arrogarse indebidamente el ejercicio de una servidumbre, así como la acción confesoria cuando se le impidiera el ejercicio de los derechos inherentes a la posesión o el de una servidumbre existente a su favor.

En cualquiera de estas situaciones, y frente a la inacción del superficiario, el propietario del terreno conserva el ejercicio de todas las acciones, en especial, de la reivindicación. En efecto, la desposesión por obra de un tercero puede importar el nacimiento de una posesión que, continuada a lo largo del tiempo, es susceptible de conducir a la adquisición del dominio por usucapión. Aunque la superficie se extinga a los tres años por el no uso, el propietario es el primer interesado en recobrar la libre disponibilidad del inmueble y en no correr el riesgo de perderlo en manos de un usurpador.

#### VIII.X. Extinción.

Según lo establece el artículo 8º de la Ley 25.509: *“El derecho real de superficie forestal se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de una condición resolutoria pactada, por consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario o por el no uso durante tres años”.*

Si bien el artículo 7º dispone que no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera que fuere la causa, ello queda condicionado a que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años. Si ello no ocurre, la destrucción de las plantaciones también determina la extinción del derecho. Como la ley habla de destrucción total o parcial, de darse el caso de que el superficiario haga nuevas plantaciones sólo sobre una parte del terreno, se extinguirá la superficie sobre la restante.

Si la extinción tiene lugar por renuncia del derecho por el superficiario, o por su desuso o abandono, aquél no queda liberado de sus obligaciones emergentes del contrato (artículo 9º).

Dispone el artículo 10: *“En el supuesto de extinción del derecho real de superficie forestal por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continúan con sus mismos alcances y efectos”.* Según la autora

Beatriz Areán, se trata de una norma ininteligible pues, si se han reunido en una misma persona la titularidad del dominio sobre el suelo y la del dominio sobre las plantaciones, no se alcanza a comprender el significado de la subsistencia de los derechos y obligaciones que antes tenían el propietario y el superficiario.

#### VIII.XI. Efectos de la extinción.

Establece el artículo 11 que: *“Producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado, extiende el dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento”*.

Operada la extinción de la superficie forestal por cualquiera de las causales antes enunciadas, las plantaciones que existieren a ese momento pertenecen al propietario del inmueble, y como se advierte, renace el dominio en su primitiva extensión material u objetiva en cuanto a los accesorios naturalmente unidos (artículo 2.519 Código Civil).

Al darse una situación análoga a la que se presenta en materia de edificación, siembra y plantación en terreno ajeno con elementos propios, el superficiario tiene derecho a ser indemnizado, en la medida en que pudiera existir un enriquecimiento. Juegan aquí elementales razones de equidad, aunque está permitido el pacto en contrario.

Probablemente cuando se esté por operar el vencimiento del plazo, el superficiario tratará de limitar sus inversiones y de aumentar sus extracciones, frente a la eventualidad de no lograr el pleno resarcimiento por parte del propietario del inmueble afectado.

VIII.XII. Breve crítica a la Ley 25.509: Coincido con los puntos planteados en el trabajo *“Derecho Real de Superficie Forestal”*, elaborado por la docente Diana Pilot, para sus clases, en el año 2.001, los que serán seguidamente expresados:

- El legislador, al dictar la Ley 25.509, modifica al artículo 2.614, suprimiendo el vocablo superficie y manteniendo la redacción original del mismo,

desaprovechando aquí la oportunidad de (siguiendo la doctrina mayoritaria), eliminar un artículo a todas luces innecesario y que presenta múltiples problemas de interpretación.

- Siendo que tanto el titular de dominio como el superficiario pueden transmitir su derecho por acto entre vivos, hubiera sido conveniente incluir el derecho de tanteo, entendiendo por tal aquel que se conceden recíprocamente el propietario del terreno y el superficiario, el primero con la posibilidad preferente de adquirir lo forestado y el segundo de convertirse en titular del suelo. De este modo se constituiría un dominio perfecto en cabeza de uno solo de los integrantes de la relación real.
- La ley no hace referencia a la evicción o vicios redhibitorios, y así lo conveniente sería adherir a la solución propiciada por las autoras Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón <sup>39</sup>, quienes sostienen que si el derecho de superficie se constituye a título oneroso, el dueño del suelo debe responder por evicción, la acción reivindicatoria interpuesta por un tercero deberá tramitarse con el superficiario y con el dueño del terreno, pues mientras uno posee lo forestado, el otro posee el suelo. Respecto de los vicios redhibitorios, si la propiedad ha sido enajenada a título oneroso, el concedente responde por los vicios ocultos del inmueble en cuestión.
- La ley no contempla los casos en que el derecho de superficie es constituido a favor de dos o más personas, por lo que deberán aplicarse, en forma supletoria, las normas sobre administración del condominio.

Conteste con la posición de la autora reconozco que, aunque sean numerosas las ventajas, también lo son los puntos disvaliosos o lagunas, de manera que sólo será posible establecer o apreciar todas las bondades del derecho que en ella se plasma a partir de su efectiva implementación.

---

<sup>39</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia, " Derecho Real de Superficie". Editorial Astrea. Buenos Aires, año 1.989.



## CAPÍTULO IX

### **Sexta parte.**

### **CONCLUSIÓN.**

En el derecho moderno hay una fuerte tendencia al resurgimiento de ésta institución. En consecuencia, el derecho de superficie ha recobrado vitalidad en este último siglo y en la normativa vigente importa un valioso paliativo de las

deficiencias habitacionales, como una cuestión sumamente preocupante de nuestra sociedad en estos tiempos.

De acuerdo a la manera o modo en que se lo trata e incluye dentro del proyectado Código Civil del año 1.998, este derecho no modifica la esencia del sistema de los derechos reales previsto por Vélez Sarsfield porque, fundamentalmente, se respetan los principios de número cerrado y tipicidad.

Por otro lado, la adopción de esta figura jurídica implica la aceptación e incorporación de un nuevo criterio respecto de la propiedad de la tierra, su función económica y su aprovechamiento social, a tal punto que las propiedades especiales o las denominadas nuevas formas de dominio (por ejemplo clubes de campo o cementerios privados) encontrarían cabida en el derecho de superficie, adecuando el actual ordenamiento jurídico a las tendencias modernas en la adquisición, transmisión y extinción del dominio.

Resulta aceptable y además recomendable (plausible innovación) la extensión de la propiedad superficiaria a inmuebles forestados o para forestar, en consonancia con las tendencias y exigencias mundiales modernas respecto de la protección de los bosques naturales, sin que ello implique menoscabar la explotación de la madera.

Expresadas las virtudes del instituto y la conveniencia de su inclusión o reincorporación al sistema caben enumerar además las críticas y/o falencias de las que, analizadas con un amplio criterio, adolece el Proyecto del año 1.998.

Si bien el Proyecto es muy claro respecto al modo de constitución, adquisición y extinción del derecho de superficie, hubiera sido conveniente incluir el derecho de tanteo, y de la manera propuesta por el Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1.987 (es aquel que se conceden recíprocamente el propietario del terreno y el superficiario, el primero con la posibilidad preferente de adquirir lo edificado y el segundo de convertirse en titular del suelo, y de esta manera se constituiría un dominio perfecto en cabeza de uno solo de los integrantes de la relación real).

Tampoco se hace referencia en el Proyecto a la evicción y vicios redhibitorios. Respecto de la evicción, lo conveniente sería inclinarnos hacia la solución propiciada por Aída Kemelmejer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, quienes sostienen que si el derecho de superficie se constituye a título oneroso, el

dueño del suelo debe responder por evicción, la acción reivindicatoria interpuesta por un tercero deberá tramitarse con el superficiario y con el dueño del terreno, pues mientras uno posee el edificio, el otro posee el suelo. Respecto de los vicios redhibitorios, si la propiedad ha sido enajenada a título oneroso, el concedente responde por los vicios ocultos del inmueble, en cambio, si lo concedido es el *ius edificandi* y el vicio es del suelo, en principio, el dueño del suelo no responde por los defectos de la obra, pues es el superficiario quien debe realizar los estudios pertinentes <sup>40</sup>.

En relación a los inmuebles sometidos al régimen de propiedad horizontal, la inclusión del derecho de superficie resultará muy apropiada a fin de dar un marco jurídico más adecuado a las convenciones que se realicen (por ejemplo las que permiten la instalación de carteles publicitarios, antenas de telefonía, etcétera).

Otro problema no planteado en el Proyecto es el de la constitución del derecho de superficie a favor de dos o más personas, ya sea por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, y estimo que en tales supuestos se aplicarán supletoria y analógicamente las normas del condominio.

Cabe destacar luego que, si bien el derecho es en sí un sistema complejo, que alberga tantas virtudes como desventajas, la abnegación y provecho del derecho real de superficie sólo quedarán demostrados con su efectiva implementación en la realidad jurídica.

Más allá, concretamente en la realidad social, necesitaremos de un cambio en la mentalidad, para habituarnos y comprender que la propiedad del suelo no siempre lleva consigo la propiedad de lo edificado o plantado, muy lejos de las antiguas concepciones y directrices romanas.

Además, un punto sumamente importante para destacar es que, al disponer la economía nacional de este nuevo derecho real, se mejorará el aprovechamiento de las tierras, hoy en estado improductivo, valorizando a las mismas, tanto en su precio como en la renta, incluso para alternativas sustitutas.

---

<sup>40</sup> Kemelmajer de Carlucci, Aída - Puerta de Chacón, Alicia, "*Derecho Real de Superficie*", Editorial Astrea, Buenos Aires año 1.989, página 85.

Por otro lado, el derecho real de superficie forestal otorga al forestador la seguridad jurídica sobre el producido de su trabajo, ya que, en el estado actual de la legislación argentina las plantaciones realizadas en un inmueble ajeno son del propietario de la tierra, con la consiguiente inseguridad del plantador, que asume un riesgo de largo plazo para poder ver fructificar su inversión, en la renta generada por la venta del producto finalmente obtenido.

La República Argentina dispone de amplias extensiones destinadas a la actividad forestal, las que con instrumentos adecuados pueden realizarse a pleno, satisfaciendo la demanda externa de madera industrializable de alta calidad, sin desmedro de sus bosques naturales, que necesariamente responden a otro interés del ecosistema, como es el de la preservación del hábitat.

Solamente faltaba otorgar la suficiente seguridad jurídica, la que se logrará mediante la sanción de una ley que permita al sector empresarial poner manos a la obra para transformar un país, con el concurso de los excelentes profesionales de que dispone, para que fuera considerado granero del mundo, ya que tiene el potencial necesario para constituirse en una reserva forestal del mismo.

Respecto de la finalidad de esta figura, precisamente, se persigue obtener el mayor aprovechamiento económico de los inmuebles y abaratar los costos de adquisición. En los fundamentos del Proyecto se explica que el derecho de superficie es una herramienta atractiva para estimular la construcción y la forestación, toda vez que posibilita al titular del suelo que no puede o no quiere edificar o forestar, incorporar riqueza a su propiedad mediante inversiones que realice un tercero en su terreno. Por su parte, quien construya o foreste, adquiere la propiedad de lo construido o forestado por el lapso de tiempo razonable que justifica su inversión.

Además, se considera conveniente su implementación en terrenos del Estado (Nacional, Provincial o Municipal) para llevar adelante distintos planes sociales o económicos, sin que deba desprenderse de su propiedad.

Es indudable que el derecho, como sistema normativo destinado a reglar las relaciones entre los individuos de una misma sociedad, para que pueda ser aceptado y aplicado por todos los hombres de ese grupo, debe reflejar necesariamente la realidad social y económica. Por consiguiente la creación, modificación e interpretación de las normas jurídicas imponen, además de un

conocimiento profundo de la materia legal, una valoración de los factores económicos y sociales que de una u otra forma podrían afectarse según la aplicación que se haga de las normas positivas.

Si se tiene en cuenta que el derecho está llamado a acompañar los cambios socio-económicos, surge claramente la necesidad de contar, por una parte, con principios generales rectores y, por la otra, con normas ágiles y adaptables a la realidad del país.

Por otro lado, es importante destacar que el derecho real de superficie obviamente quiebra el principio de la accesión (superficie sólo *cedit*), que es de la esencia de la extensión del dominio privado, siendo ello así porque, con la constitución de este nuevo derecho real, es posible realizar una notoria diferenciación, a la vez que una clara coexistencia entre el derecho real de dominio del propietario y el derecho real de superficie del superficiario.

De no existir esa posibilidad, todo lo que se edifique o plante por un tercero en el inmueble de titularidad dominial ajena le pertenecería al dueño del fundo en toda su extensión y nunca a quien realizara los trabajos de plantación o edificación sobre dicho predio.

No obstante lo dicho, no debe sorprendernos ni preocuparnos la consagración legislativa de un derecho real que se erija como excepción al principio de que “superficie sólo *cedit*”, porque por ejemplo, en el régimen del condominio de muros o medianería, que el propio Código Civil admite y regula, también ocurre un apartamiento de dicho principio.

En las últimas décadas ha adquirido mayor fuerza la corriente que, desde lo económico, propicia un mayor y mejor aprovechamiento de la tierra, incluyendo tanto lo que pueda erigirse en la superficie (construcciones y plantaciones) como lo que debería ser explotado en el subsuelo. Muchos negocios abortan anualmente por la imposibilidad de instrumentar una explotación forestal que pueda mantenerse aislada del suelo, ya que las distintas formas contractuales de las que se derivan derechos personales no brindan suficientes garantías jurídicas a quienes deben invertir ingentes sumas de dinero tanto en activo fijo como en maquinarias. De allí que en estos casos se tiende a enmarcar el negocio jurídico en un acuerdo tal que brinde al futuro forestador un derecho real, resultando insuficientes los actualmente permitidos en el Código Civil.

La actividad agropecuaria, de gran importancia para el sector económico de nuestro país, no siempre se realiza en forma directa, sino que las más de las veces se caracteriza por ser llevada a cabo en forma de cooperación asociativa, de manera tal que las relaciones convergen a un fin común que es el desarrollo de la explotación. En este marco se concretan relaciones jurídicas que se subsumen en las figuras del arrendamiento rural, la aparcería, la mediería, el pastaje y el pastoreo, que resultan insuficientes para los emprendimientos de largo aliento, en los que se requiere la seguridad jurídica que sólo un derecho real puede otorgar.

Otro tanto podría decirse de las tierras improductivas, cuya titularidad está en cabeza de los Estados Nacional, Provincial o Municipal, sobre las que podrían realizarse construcciones sin costo alguno para las alicaídas finanzas públicas. En estos supuestos, la implementación del derecho real de superficie implicaría un total aprovechamiento de las tierras fiscales para su explotación forestal a través del desmonte natural y la reforestación.

En teoría y desde el punto de vista fáctico, nada impide que una persona sea titular de un derecho real sobre un terreno y un sujeto distinto lo sea respecto de una construcción o plantación adherida a ese mismo terreno. La aceptación o no de esa realidad desde lo jurídico dependerá del esquema filosófico que se adopte respecto de la propiedad de la tierra, su función económica y su aprovechamiento social.

Desde ese derecho de propiedad absoluto, al menos en la letra de la ley, se ha ido evolucionando hacia un concepto de solidaridad social que motorizó muchas de las reformas legislativas habidas, no sólo en nuestro país, sino en la mayoría de los esquemas jurídicos: por ello, desde una nueva óptica de la extensión del derecho de dominio y atendiendo a un mejor aprovechamiento social y económico de la tierra, no existe impedimento para instaurar en nuestra legislación el derecho de superficie, y desde esa premisa profundizar en su contenido.

En una opinión personal, me manifiesto decididamente partidaria de incorporar el derecho de superficie (incluyendo la superficie forestal) a nuestro derecho positivo, conforme a las consideraciones formuladas oportunamente en este trabajo.

En efecto, las ventajas que brindaría la incorporación de dicho derecho real, serían a mi juicio, entre otras, las siguientes: en primer lugar permitiría el aprovechamiento de un terreno baldío por parte de su propietario que no tuviere dinero para edificar o forestar el mismo y que tampoco deseara vender o locar dicho inmueble. Por otra parte, el derecho de superficie permitiría asimismo un aprovechamiento del subsuelo, con independencia del suelo, que en la actualidad se halla vedado a la luz de los artículos 2.518, 2.519 y conexos del Código Civil, consagradorios de la regla de accesión.

El derecho de superficie podría asimismo ser útil en los planes de urbanización, en la construcción de viviendas y en una ampliación de los beneficios del régimen de propiedad horizontal.

También se propone para ser aplicado a las denominadas nuevas formas de dominio (clubes de campo, tiempo compartido y cementerios privados).

Conforme se puede apreciar del análisis de diversas autoridades doctrinarias del derecho civil, no es pacífica la doctrina sobre la conveniencia o inconveniencia de que se plasme en la legislación, normas que revivan el derecho de superficie, y se suma además, que en la mayoría de las legislaciones consultadas muy pocas veces se ha contemplado para que se aplique este derecho real a la plantación de árboles o para la explotación de bosques.

Es importante señalar el equívoco de Vélez Sarsfield al tiempo de la sanción del código, ya que vuelve al sistema romano puro sobre la institución, en efecto, dice el Codificador “que el derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”.

Actualmente, y sin intención de ser reiterativa, el grave problema del país es la deforestación con sus implicancias sobre el medio ambiente y especialmente sobre el suelo, de allí que siempre la forestación constituye una fuente de enriquecimiento de la materia orgánica del suelo y por ende del valor de la propiedad.

Desde otro punto de vista, y atento el potencial económico del país, no se puede seguir legislando con un espíritu individualista. Necesitamos concretar una institución que permita que otros hagan lo que uno no puede o no quiere o no sabe hacer. En efecto, una conciencia forestal sería más efectiva que un cúmulo de artículos sobre los que hipotéticamente se proyectarían futuros pleitos.

Más de cien años de cultura individualista han dejado de lado el rol productivo de la propiedad. Esta institución permite abrir las puertas al nuevo derecho, el derecho forestal, que se viene, inexorablemente, como punto de partida de la revolución blanca (madera), que en la actualidad ya ha superado en un 50% en importancia global a la histórica producción mundial de agricultura y ganadería.

No hay razón para mantener hoy críticas, como las que el Codificador realizó a la institución, porque si queremos poner en marcha el país, no podemos detenernos a pensar en la vieja propiedad individual, sino que debemos entrar en la dinámica de los derechos que aseguren el aprovechamiento integral y racional de los recursos. Además, este es el concepto actualizado de una nueva Argentina, generadora de fuentes de trabajo (tan necesarias en la actualidad), ya que tenemos 16.000.000 hectáreas potenciales forestables, equivalente a los mismos puestos de trabajo, si es que nos decidimos a ser, además, un país forestal, y nos animamos a romper con los limitados encasillamientos del usufructo.

El derecho de superficie permite que el propietario, sin desprenderse del bien, pueda percibir anticipadamente una renta importante (en caso de que sea oneroso) y se despreocupe del tiempo, o sea una forma concreta de terminar con la cultura cortoplacista del país. El inverso, conocedor del negocio no tiene problemas de esperar, combinando plantaciones o entrar directamente en la etapa industrial, si se trata de montes existentes. Esto a su vez favorece la inversión, porque si bien el costo de la tierra es muy inferior en la Argentina al de otras partes del mundo, tenemos la desventaja de la ubicación y la distancia: por lo que el derecho de superficie forestal va a contribuir a bajar más el costo de la tierra, brindando una nueva ventaja comparativa.

El derecho real que se crea cuenta con notorias ventajas respecto de otras instituciones, como el usufructo, que se aplicará supletoriamente: no se extingue con la muerte del superficiario, puede hacerse por cincuenta años, lo puede constituir tanto el Estado como cualquiera de sus reparticiones, el suelo forestal puede ser gravado por otros derechos reales, no tiene limitaciones en orden a la transmisión, se pueden ejercer todas las acciones inherentes a la propiedad, el superficiario deja de ser un nuevo tenedor precario, y establece entre otras cosas,

el derecho de preferencia, y los plazos están vinculados con la necesidad de ecologismo productivo.

Creo que, de esta manera, se abrirán las puertas del corazón productivo de todo el país a la inversión y fundamentalmente al trabajo. Pero por sí solo esto no alcanza, sino que será necesario que el Poder Ejecutivo Nacional disponga de una política precisa sobre recursos renovables, la vinculación con el crédito interno y externo y sobre todo la continuidad de proyectos que exterioricen la aplicación concreta del derecho que se crea.

Todo lo expuesto lleva a mi opinión en el sentido de considerar no sólo conveniente sino necesario para el desarrollo económico y urbanístico, sobre todo de las economías regionales, la incorporación del derecho de superficie entre los derechos reales permitidos por la legislación positiva.

Finalizando, cabe ponderar positivamente el régimen postulado para el derecho de superficie por el Proyecto del año 1.998, como así reconocer la preocupación y el esfuerzo de los integrantes de la Comisión Redactora por capitalizar las sugerencias vertidas en los ámbitos académicos, encaminadas a lograr su perfeccionamiento. Las dudas planteadas sobre algunos aspectos de las normas diseñadas son demostrativas de lo inacabado de toda obra humana. No obstante, convirtiéndose el texto comentado en ley vigente, seguramente, la doctrina y jurisprudencia despejarán, en el tiempo, con su interpretación aquellas dificultades que pudiere suscitar la aplicación de tan interesante figura jurídica.

Contando hoy con la existencia de un importantísimo instrumento, como lo es la Ley 25.509, quedan cubiertas muchas de esas innumerables dudas y lagunas mencionadas, dándonos además el puntapié inicial para concretar o alcanzar aquellos fines u objetivos tan perseguidos en materia de derecho forestal y seguridad jurídica.

Al respecto considero que la inversión forestal, alentada por nuestra Ley 25.509 (aunque indirectamente, por medio de la seguridad jurídica que nos brinda), constituye un “verdadero potencial de crecimiento”, toda vez que, actualmente, se observa a esta actividad como una fuente receptora de distintas opciones de inversión, dado que se le reconocen características que la hacen apropiada para satisfacer una amplia gama de posibilidades.

Además, la posibilidad de aprovechamiento de los recursos forestales que brinda la vigente Ley 25.509 requiere del gerenciamiento especializado de un proyecto a mediano y largo plazo, pero con la diferencia de que los bosques constituyen una riqueza renovable.

Por otra parte, la vigencia de dicha ley demuestra la positiva recepción, en la legislación argentina, de lo que ya puede encontrarse, desde hace largo tiempo, en la legislación comparada, como una razón primordial más para pasar del diseño a la implementación de este nuevo tipo de derecho real de superficie, de aplicación a las actividades forestales, plasmado en el texto de la plausible Ley 25.509.

#### BIBLIOGRAFÍA.

1. **Allende**, Guillermo L., "Tratado de Enfiteusis y demás Derechos Reales suprimidos o restringidos por el Código Civil", Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, año 1.964.
2. **Alterini**, Jorge Horacio, "Derecho Real de Superficie", Revista del Notariado, Número Aniversario, año 1.997, N° 850.
3. **Andorno**, Luis O., "El Derecho de Superficie", en J.A. año 1.985, III-página 653.

4. **Andorno**, Luis O., "El Derecho Real de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1.998", XIII Conferencia Nacional de Abogados, Jujuy, 6 al 8 de Abril de 2.000.
5. **Areán**, Beatriz, "Derechos Reales". Tomo II. 6º Edición renovada y ampliada. Hammurabi, José Luis Depalma Editor. Buenos Aires, 2.003.
6. **Bonfante**, Pedro, "Instituciones de Derecho Romano", Traducción de la octava edición italiana, Madrid.
7. **Borda**, Guillermo A., "Tratado de Derecho Civil. Derechos reales". Tomo I. Tercera edición actualizada. Editorial Perrot, Buenos Aires.
8. **Borda**, Guillermo A., "Manual de Derechos Reales", Editorial Perrot, Buenos Aires, año 1.996.
9. **Highton**, Elena I., "Dominio y Usucapión" (Primera y Segunda parte), Editorial Hammurabi, Buenos Aires, año 1.983.
10. **Kemelmajer de Carlucci**, Aída – **Puerta de Chacón**, Alicia, "Derecho Real de Superficie", Editorial Astrea, Buenos Aires 1.989.
11. **Ley 25.509** (sancionada y promulgada en el año 2.001).
12. **Mariani de Vidal**, Marina, "Curso de Derechos Reales", Editorial Zavalía, Buenos Aires, República Argentina, Abril de 1.986.
13. **Musto**, Néstor Jorge, "Derechos Reales", Tomo I, Editorial Astrea, Ciudad de Buenos Aires, año 2.000.

14. **Ponencias 2.000**, XXV Jornadas Notariales Argentinas, Mendoza, Agosto de 2.000.
15. **Proyecto de Código Civil**, Decreto 685/95.
16. **Salvat**, Raimundo M., "Tratado de Derecho Civil Argentino" (Derechos Reales). Quinta edición actualizada por Manuel J. Argañarás, Tomo I, Buenos Aires, año 1.961.

#### DOCTRINA.

- "**Derecho Real de Superficie**", por: *DIANA ELENA PILOT*, abogada y profesora de Derechos Reales. Diploma de distinción en el Concurso de Trabajos Jurídicos. Premio Colegio de Abogados, año 2.001.
- "**Derecho real de superficie forestal**" (comentario con motivo de un proyecto de ley): por *Emilio A. Díaz Reyna*, profesor titular de Derecho Civil IV (Reales), Universidad Nacional de Córdoba. Publicado en: **La Ley**, T 1.993 - B, sección doctrina, página 903.

- **“Los fondos fiduciarios de inversión directa y el derecho real de superficie, pilares para el desarrollo forestal argentino”**, por: *Alicia E. Goldenberg y Manuel C. Gómez De La Lastra*. Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, 1.998-III, página 763.
- **“El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1.998”**, por: *Luis O. Andorno*. Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, 2.000-II, página 890.
- **“Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie”**, por: *Lilian N. Gurfinkel de Wendy*. Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, 2.001-I, página 973.
- **“Nueva versión del derecho real de superficie”**, por: *Alicia Puerta de Chacón*. Publicado en: *Jurisprudencia Argentina*, 2.001-II, página 836.