

UNIVERSIDAD

**SIGLO**



La educación evoluciona

***INCORPORACION DEL DERECHO REAL DE  
SUPERFICIE EN LA CLASIFICACION DE LOS  
DERECHOS REALES.***

**TRABAJO FINAL DE GRADUACION.**

**Franco Gustavo Isidori**

**VABG 2585**

**D.N.I. N°: 31402564**

**Abogacía**

**2019**

## **RESUMEN**

### **Palabras claves: Superficie derecho real sobre cosa propia.**

El presente trabajo final de graduación aborda la incorporación del derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial y su ubicación dentro de la clasificación de los derechos reales establecida por el artículo 1888 de dicha norma.

Este derecho real, se encontraba prohibido en el Código Civil, habiéndose incorporado con la ley 25.509 de Superficie Forestal, pero sólo se refería a los casos de forestación o silvicultura.

El Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora este derecho dentro de los derechos reales, en forma amplia, es decir para construcciones, plantaciones y forestaciones.

En el artículo 1888, el C.C.C.N. realiza una clasificación de los derechos reales en: derechos reales sobre cosa propia y derechos reales sobre cosa ajena, ubicando a este derecho en una u otra, según sea su modalidad.

El objetivo de este Trabajo Final de graduación ha sido el análisis de la ubicación de este derecho en la clasificación efectuada por el artículo 1888, tratando de determinar cuál es el fundamento para realizar la misma.

## **ABSTRACT**

### **Keywords: Real right surface over own thing**

The present final graduation work addresses the incorporation of the real surface right in the Civil and Commercial Code and its location within the classification of real rights established by article 1888 of said law.

This real right was prohibited in the Civil Code, having been incorporated with Law 25,509 of Forest Area, but it only referred to cases of afforestation or forestry.

The Civil and Commercial Code of the Nation, incorporates this right within the real rights, in a broad way, that is, for constructions, plantations and afforestation.

In article 1888, the C.C.C.N. realizes a classification of real rights in: real rights over own property and real rights over another's property, placing this right in one or the other, depending on its modality.

The objective of this Final Work of graduation has been the analysis of the location of this right in the classification made by Article 1888, trying to determine what is the basis to perform it.

## **Índice General.**

### **Introducción.**

#### **1.- Capítulo 1: Derecho real de superficie: Evolución Histórica.....9**

1.1- El derecho real de superficie en Roma.....9

1.2.- El derecho real de superficie en el Código Civil (código velezano)..... 11

1.3.-El derecho real de superficie en la Ley 25.509.....12

1.3.1.- Concepto.....14

1.3.2.- Plazos.....14

1.3.2.- Adquisición.....14

1.3.3.- Objeto.....15

1.3.4.- Constitución.....16

1.3.5.- Legitimación.....16

1.3.6.- Extinción..... 16

1.3.7.- Efectos.....17

1.3.8.- Derecho comparado.....

#### **2.- Capítulo 2: Regulación del derecho real de superficie.....20**

2.1.- El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación (C.C.C.N.).....20

2.1.1.- Concepto.....20

2.1.2.- Plazos.....20

2.1.3.- Adquisición.....20

2.1.4.- Objeto.....22

2.1.5.-Constitución.....	23
2.1.6.- Legitimación.....	25
2.1.7.-Extinción.....	26
2.1.8.- Efectos.....	27
2.1.9.- Aplicación.....	

**3.- Capítulo 3: El derecho real de superficie: derecho real sobre cosa propia.....30**

3.1.-Normas complementarias.....	30
3.2.- Principio de accesión.....	31
3.3.- Modalidades.....	32
3.4.- Clasificación.....	33
3.5.- Fundamento de la clasificación.....	34

**Conclusiones.**

**Bibliografía.**

## **Introducción.**

El Código Civil y Comercial de la Nación, realiza una enumeración de los derechos reales, incorporando en la misma el derecho real de superficie en su artículo 1887.

En dicho ordenamiento este derecho se encuentra conceptualizado en el artículo 2114. De allí surge que se extiende su ámbito de aplicación en relación al que regulaba la Ley 25.509; otorgando ahora a su titular facultades para plantar, forestar o construir; o, sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, tal como lo establece el artículo 2115; brindando de esta manera la nueva legislación una nueva herramienta jurídica que tiene repercusiones en la práctica, atento que podría ser éste un nuevo medio de acceder a la vivienda.

El Derecho real de superficie incorporado al C.C.C.N., presenta algunas diferencias con el establecido en la Ley 25.509, de Superficie Forestal.

En cuanto a la incorporación dentro de la clasificación de los derechos reales establecida por el artículo 1888: ¿Brinda el Código Civil y Comercial de la Nación algún criterio a los fines de determinar si el derecho real de superficie debe considerarse como un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena?

El artículo, distingue entre derechos reales sobre cosa propia o derechos reales sobre cosa ajena, efectuando una enumeración de los derechos reales sobre cosa propia y, dejando incorporados por exclusión, el resto de los derechos reales dentro de la clasificación como derechos sobre cosa ajena. Asimismo, establece que los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales con relación al dueño de la cosa. Es así que no podemos decir que brinda un criterio sino que directamente enumera cuáles son derechos reales sobre cosa propia, quedando por exclusión cuáles son los derechos reales sobre cosa ajena.

En el presente trabajo se pretende demostrar que el derecho real de superficie es un derecho real sobre cosa propia, para ello necesitamos antes establecer qué se entiende por derecho real sobre cosa ajena y qué por derecho real sobre cosa propia.

A tales fines se comenzará con la evolución de este derecho comenzando por Roma, el Código Civil y la Ley 25.509.

Luego, se expondrá la regulación de este derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación, para finalizar con las distintas modalidades y la inclusión del mismo en la clasificación de los derecho reales, planteando por un lado, si al estudiar el derecho real de superficie, habrá que acotarse a lo que expresa el artículo y diferenciar si existe o no propiedad superficiaria para considerarlo como derecho real sobre cosa propia o ajena, o, si siempre se deberá considerar a este derecho como un derecho real sobre cosa propia.

### **Objetivos.**

#### a) Objetivo General

Analizar la incorporación del derecho real de superficie en el C.C.C.N., y su inclusión como derecho real en la clasificación establecida por el artículo 1888 de dicho ordenamiento.

#### b) Objetivos Específicos

1.- Desarrollar la evolución del derecho real de superficie comenzando por Roma para culminar con el Código Civil y Comercial de la Nación.

2.- Brindar las normas que regulan este derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación.

3.-Analizar la clasificación de los derechos reales y la incorporación de este derecho en dicha clasificación.

4.- Determinar que sucede con la incorporación de este derecho y el principio de accesión que se le confiere al titular del derecho real de dominio en el C.C.C.N.

### **Metodología.**

Siendo los tipos de estudio mayormente utilizados, los exploratorios, descriptivos, explicativos y correlacional y atento que, mediante el presente trabajo pretendemos realizar un estudio del derecho real de superficie dentro de nuestro sistema jurídico, ya que estaba primero suprimido como derecho real y luego, regulado en una forma limitada; el tipo de investigación que utilizamos es el descriptivo y exploratorio. En

relación al primero, hemos seleccionado un derecho, recogido la información legislativa y doctrinaria (atento que al ser un nuevo derecho la jurisprudencia es escasa) y realizado una descripción sobre el tema. De esta manera, se brindará información de las normas que lo regulan, cómo sería su aplicación y las dificultades interpretativas que presentan algunos de sus aspectos.

Así, atento que esta incorporación tiene características novedosas, hemos establecido un marco de ideas generales, a los fines de analizar el derecho bajo estudio, por ello consideramos que también hemos trabajado con un tipo de estudio exploratorio.

En cuanto al método, sabemos que se clasifican en los que son de carácter cualitativo y cuantitativo, pudiendo combinarse ambos.

El método utilizado, es el cualitativo, ya que intentamos profundizar sobre el derecho real de superficie, interpretar y comprender sus normas.



***CAPITULO I:***  
***DERECHO REAL DE SUPERFICIE.***  
***EVOLUCION HISTÓRICA.***

## **Introducción.-**

Para comenzar con el análisis del derecho real de superficie, será necesario analizar cómo ha ido evolucionando en el transcurso del tiempo.

Se comenzará con el nacimiento de este derecho, su prohibición en el Código Civil, haciendo mención de las normas y notas en las cuales fundamenta su falta de tratamiento como derecho real y su posterior incorporación con la Ley 25.509.

Posteriormente, se hará referencia a algunos aspectos de este derecho, en el derecho comparado.

### **1.- El derecho real de superficie en Roma.**

El derecho real de superficie nació en Roma por obra del pretor. Los pretores eran los magistrados de Roma que se ocupaban de administrar justicia.

La enfiteusis y la superficie, tienen lugar con posterioridad a las servidumbres prediales y personales. Eran instituciones bastante análogas que carecieron de sanción por el iuris civile y que no eran reconocidas como derechos reales por la jurisprudencia clásica.

En el derecho romano, la superficie rompe con el principio que establecía que la superficie accede al suelo. Y tendía a satisfacer las necesidades de los ciudadanos en materia de edificios.

Las autoridades Romanas y sus municipios, otorgaban a particulares autorizaciones para que puedan construir edificios en terrenos públicos y gozar de ellos, a cambio del pago de una suma fija pagada de una sola vez o una renta anual. Podía constituirse a título oneroso o gratuito y como el edificio estaba incorporado a un fundo que tenía el carácter de público, se transformaba en cosa pública. No obstante, el que gozaba de aquellas construcciones, se encontraba en una situación similar a la de un propietario, ya que podía disponer ampliamente de él y el Estado, mientras que pague la merced, no tenía interés en retirar la autorización conferida.

Iglesias, expresa: tal como se sabe, el derecho real de superficie tomó cuerpo, recién durante el Bajo Imperio Romano, al ser considerado en esa época como el derecho hereditario y enajenable de usar y gozar de la manera más amplia de una

construcción hecha sobre el suelo de otro, existente a perpetuidad o por un largo tiempo, a cambio del pago de un canon al propietario.

Arguello Luis, decía: podemos decir que la superficie nace como una solución transaccional que efectúa el Estado ante la ocupación de las tierras públicas por los particulares. Así, en el caso de que los particulares hayan edificado la tierra y la estén usufructuando, el Estado para no desposeer completamente a los particulares, decide que el particular usufructúe la construcción que él mismo ha realizado.

En el derecho Justiniano la superficie aparece estructurada como un derecho real propio. Este derecho podía constituirse por actos de última voluntad, o por convención. En este segundo supuesto podía serlo a título oneroso o gratuito. Además, confería ciertos derechos al superficiario y le imponía obligaciones. Así, el superficiario, tenía interdictos para defender esta situación y tenía también la posibilidad de iniciar las acciones reivindicatoria, confesoria y negatoria. En cuanto a las obligaciones, debía realizar las reparaciones que sean necesarias a los fines el mantenimiento de la cosa, y pagar los impuestos y cargas que pesaban sobre el edificio. En el caso que el derecho sea constituido a título oneroso, era su obligación pagar al dueño el canon.

Eran causales de extinción de este derecho, la pérdida total del fundo; si existía un plazo, se extinguía por el cumplimiento del mismo; si estaba sometido a condición resolutoria, se extinguía al producirse la misma; y también por confusión o por el consentimiento mutuo de las partes.

En la Edad Media se produce una extensión del derecho real de superficie, ya que no abarcaba sólo lo edificado, sino que también se extendía a las plantaciones.

Este derecho ha sido consagrado en la antigua legislación española, siendo suprimido por nuestro codificador (Vélez Sarsfield) juntamente con el derecho real de enfiteusis.

## **2.- El derecho real de superficie en el Código Civil.**

En lo que a nuestro derecho se refiere, en el Código Civil, Vélez Sarsfield, en el artículo 2503 que enumeraba los derechos reales, no incluía el derecho real de

superficie; y en su nota expresaba: *“No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque en este código no pueden tener lugar”*.

Luego, continuaba diciendo: “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil de dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos ”<sup>1</sup>

Y el artículo 2614 expresaba en su primera parte: “Los propietario de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie... ”<sup>2</sup>.

Regía el principio de accesión, de modo que el dueño del suelo extiende su derecho por encima y por debajo.

No obstante que el Código Civil no lo admitía, la realidad social mostraba la necesidad de que este derecho sea regulado, así era posible que una persona fuera dueña de un terreno, pero no tenga -debido a su carencia económica-, la posibilidad de explotarlo, y, por otra parte, que exista otra persona que quiera invertir en ese inmueble a largo plazo y que no encuentre seguridad en otros derechos que eran admitidos por el código.

La no admisión del derecho de superficie se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni, en el Proyecto del año 1936 y en el Anteproyecto de Llambías.

En el año 1984, se lleva a cabo en Madrid, el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, donde estaba previsto el debate sobre el Derecho de Superficie y el Registro. En la misma se encontraba coordinando la delegación argentina el Dr. Alterini Jorge. La ponencia presentada en dicho congreso por la delegación argentina, en la cual se diagrama la estructura de este derecho, que estaba suprimido, tuvo como consecuencia la inclusión del Derecho de superficie como tema en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Corrientes en 1985.

Dichas Jornadas, llevadas a cabo en la ciudad de Corrientes en el año 1985, se pronunciaban sobre la necesidad de que se regulara el derecho real de superficie para la instrumentación de negocios modernos y para el mejor aprovechamiento de los bienes. Todo ello, a pesar de la prohibición expresa por el Código Civil. En dichas Jornadas, se

---

<sup>1</sup> Código Civil de la República Argentina- Nota al Art. 2503.

<sup>2</sup> Código Civil de la República Argentina- Art. 2614.

da un aval definitivo al derecho real de superficie, siendo receptada esta postura en el Proyecto de Código Civil Unificado del año 1998, que lo conceptualizada en su artículo 2018 y establecía su proyección en al artículo 2025 que decían:

“Artículo 2018. “Definición: 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 los cincuenta (50) años contados desde su celebración”<sup>3</sup>.

Artículo 2025: “Emplazamiento y proyección. La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun 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”<sup>4</sup>.

### **3.- El derecho real de superficie en la Ley N° 25.509.**

En el año 2001, se sanciona en nuestro país la Ley N° 25.509. Ésta, contenía 15 artículos en los cuales se crea y regula el derecho real de superficie forestal. Los antecedentes de esta ley surgen de la ley llamada “De inversiones para bosques cultivados”, cuyo número es 25.080. Así ambas leyes debían complementarse para su aplicación y se debió modificar los artículos pertinentes en el Código Civil, a los fines de la armonización de estas leyes con las normas del mismo. Por ejemplo, había que establecer que sucedía con la creación de este derecho real y la denominada verticalidad como principio natural del dominio, que se encuentra reflejada en los artículos 2518, 2519 y 2520 del Código Civil anterior.

La Ley 25.509, modifica el artículo 2614 del Código Civil anterior y agrega este derecho al artículo 2503, a través de un nuevo inciso, el 8°. A partir de allí este nuevo derecho queda integrando la enumeración de los derechos reales.

---

<sup>3</sup> Proyecto de Código Civil unificado- Año 1998- Art. 2018.

<sup>4</sup> Proyecto de Código Civil unificado- Año 1998- Art. 2025.

La creación de este derecho por la Ley 25.509, sólo se refería a los casos de forestación o silvicultura por parte de un tercero en un terreno ajeno, ello surge de lo conceptualizado en su artículo 2.

En cuanto a sus objetivos, se mencionan entre otros, posibilitar que la explotación forestal alcance un desarrollo más sostenido y extendido; facilitar la inversión de los interesados, en virtud de que pueden explotarlo sin adquirir la superficie a explotar; e implementar un mercado foresto-industrial organizado y plural.

Sancionada en el año 2001, la Ley N° 25.509, en sus quince artículos crea y regula el derecho real de superficie forestal.

Con dicha ley, se produce la modificación del artículo 2614 del Código Civil y se agrega este derecho al artículo 2503, a través de un nuevo inciso, el 8°, todo ellos mediante los artículos 12 y 13 de la ley. A partir de allí este nuevo derecho queda integrando la enumeración de los derechos reales.

Artículo 12: “Modifícase el artículo 2614 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera: Artículo 2614: Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, 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”.

Artículo 13: “Agrégase al artículo 2503 del Código Civil como inciso 8° “La Superficie Forestal”.

La creación de éste derecho se encuentra regulado en el artículo 1 que dice:

“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, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley”.

### **3.1.- Concepto.**

El derecho de superficie forestal conceptualizado en el artículo 2 de la Ley 25.509 cuando reza:

“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”

Establece en primer lugar la autonomía de este derecho. Luego establece que es sobre cosa propia. En relación ello se advierte que incluye este derecho como derecho real sobre cosa propia, diferenciándose así de la nueva regulación, que no siempre lo califica de este modo.

### **3.2.- Plazos**

Establece asimismo la temporalidad, esto quiere decir que establece un plazo, así su artículo 6 dice: “El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley”

Se diferencia de la nueva regulación, en relación a la renovación del plazo. Es decir que impone un plazo de duración para este derecho, no admitiendo la posibilidad de renovar el mismo.

### **3.3.- Adquisición.**

En relación a la adquisición, el artículo 5° de esta Ley, limita la adquisición del derecho de superficie al contrato oneroso o gratuito, a pesar de lo cual alguna doctrina ha entendido que la transmisión por muerte, en tanto adquisición derivada, no queda expresamente prohibida.

Dicho artículo reza:

“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”.

La formalidad requerida es, al igual que el regulado en la actualidad, la escritura pública y también se impone el requisito de la inscripción a los fines de la oponibilidad.

### **3.4.- Objeto**

En relación al objeto del derecho esta ley imponía restricciones en relación a la condición del inmueble; debía ser apto para forestación o silvicultura. Esta caracterización del inmueble surge de la remisión que hace el artículo 1<sup>o</sup> de la Ley 25.509 a la ley 25.080.

La ley habla de superficie forestal, esto incluye lo relativo a los bosques y aprovechamiento de leñas. La silvicultura hace referencia al cultivo de bosques o montes.

La Ley 25.080, contiene una definición de bosque en su artículo 4<sup>o</sup>, de allí surge una definición más acotada y la Ley 25.509 deberá seguir sus lineamientos. Así el mismo dice:

“ Entiéndase por bosque implantado o cultivado, a los efectos de esta ley, el obtenido mediante siembra o plantación de especies maderables nativas y/o exóticas adaptadas ecológicamente al sitio, con fines principalmente comerciales o industriales, en tierras que, por sus condiciones naturales, ubicación y aptitud sea susceptibles de forestación o reforestación y que al momento de la sanción de la presente ley no estén cubiertas por masa arbóreas nativas o bosques permanentes o protectores, estos últimos definidos previamente como tales por las autoridades provinciales, salvo la existencia de un plan de manejo sustentables para bosques degradados a fin de enriquecerlos, aprobado por la provincia respectiva”.

---

<sup>5</sup> Artículo 1<sup>o</sup>: “.inmueble susceptible de forestación o silvicultura de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados...”.



### **3.5.-Constitución.**

En cuando a la forma de constitución, al tratarse antes y ahora de un derecho real, serán necesarios los mismos requisitos: el título y el modo.

### **3.6.- Legitimación.**

La legitimación está regulada en el artículo 1º, al crearse el derecho. Se advierte una diferencia en la legitimación para constituir este derecho, así esta ley legitima sólo a los titulares de dominio y condominio, no siendo posible la constitución por los titulares del derecho de propiedad horizontal, como lo prevé el nuevo código.

Artículo 1º: “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, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley”.

En relación a las partes también se hable del propietario y el superficiario como partes de este derecho.

En cuanto a las facultades, la ley, confería facultades de uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno, también se prevé que puede gravarla con derecho real de garantía.

### **3.7.- Extinción.**

El artículo 8 de la Ley 25.509, refiere a la extinción del derecho:

“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”.

No se advierten diferencia en cuanto a las formas de extinción, pero si en relación al plazo de no uso requerido que trae aparejada la extinción del derecho. Así, se establece un plazo de 3 años.

### **3.8.- Efectos**

En cuanto a los efectos, no se observan diferencias con el nuevo régimen, éstos se encuentran regulados en los artículos 9, 10 y 11 de la ley: Artículo 9º: “La renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones”.

Estableciendo el artículo 10º: “En el supuesto de extinción del derecho real de superficie forestal por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos”.

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

#### **Derecho comparado:**

A continuación, se hará referencia a algunos aspectos del derecho de superficie en el derecho comparado.

En el nuevo Código Civil del Brasil, Ley 10.406/2002, uno de cuyos antecedentes es el proyecto Brasileño del Código Civil de 1975, se dice que “el propietario puede conceder a otro derecho de construir o de plantar en su terreno, por tiempo determinado, mediante escritura pública debidamente inscrita en el Registro de Inmuebles (art. 1368)”. Como se advierte, se admite no solamente la posibilidad de construir en terreno ajeno, sino también la de plantar en el mismo.

En Bolivia, en los artículos 201 a 209, el Código Civil de 1976 regula separadamente el derecho a construir y a la propiedad superficiaria, excluyendo las plantaciones. Respecto del primero, el artículo 201 establece que el propietario de un terreno puede darle a otro, por testamento o por contrato oneroso o gratuito, del derecho a construir para que el concesionario adquiriera la propiedad de lo construido. Este derecho está calificado como “real inmobiliario”(inc. 2º). En cuanto a la propiedad superficiaria, que también es calificada como real, tanto puede estar referida a tener como propia la cosa en terreno ajeno, como adquirirla por legado o transferencia de una

construcción ya existente, siempre que constituya una propiedad separada del suelo y del subsuelo, o por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno (art. 203). La duración no puede superar los 30 años.

En Chile, al derecho real de superficie el Código Civil le dedica un solo artículo concretamente el 1611.

En el derecho comparado moderno, podemos observar que se ha producido un resurgimiento del derecho real de superficie.

Este derecho aparece admitido por las legislaciones de España<sup>6</sup>; Italia<sup>7</sup>; Francia<sup>8</sup>; Portugal<sup>9</sup>; Bélgica<sup>10</sup>.

En relación a la duración, en el derecho comparado existen múltiples criterios sobre la duración de la superficie.

Así, el carácter de perpetuidad ha subsistido en el Código de Portugal y el Código de Quebec.

Alemania e Italia, cuyos Códigos Civiles optaron por la perpetuidad, disminuyeron el plazo máximo a 99 años a través de sus leyes de 1919 y 1971, respectivamente.

En el Código de Perú, también se estableció un plazo de 99 años. La legislación suiza de 1965 contempla una duración de 100 años.

---

<sup>6</sup> Artículos 287/290 del texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana.

<sup>7</sup> Artículos 952/956 del Código Civil de 1942.

<sup>8</sup> Reconocida por el artículo 553 del Código Civil en forma implícita.

<sup>9</sup> Código Civil de 1967, artículos 1524/1542.

<sup>10</sup> Legislación de 1924.

En el Código del Japón, las partes pueden prever su duración, pero si no lo hicieren, los tribunales pueden determinarla entre 20 y 50 años, según las circunstancias.

En España, la legislación del suelo de 1992 mantiene los plazos de 75 años para las superficies constituidas por el Estado y de 99 para las establecidas por particulares.

En Bolivia, se prevé un plazo de 30 años.

En relación a la indemnización prevista para la extinción del derecho de superficie, en el derecho comparado, la ley del suelo española de 1992, al igual que su antecedente de 1975, desecharon cualquier indemnización.

El Código de Bolivia en cambio, establece que se deberá pagar el valor de la construcción apreciado al hacerse el pago, salvo pacto o disposición contrarios.

El Código del Perú, impone el reembolso del valor de la construcción. Lo que deberá dejarse de lado si las partes han establecido algo distinto.

El Código de Portugal, reconoce el derecho de indemnización, dispone que éste debe calcularse según las reglas del enriquecimiento sin causa, salvo pacto en contrario.

El Código de Quebec prevé una indemnización equitativa.

En cuanto a la naturaleza jurídica, en el derecho comparado, el Código italiano describe a la superficie como el derecho no sólo de hacer una construcción, sino también de mantenerla.

Asimismo, los Códigos de Italia y Portugal, el derecho de superficie es caracterizado como derecho real sobre cosa propia desde su nacimiento, si se constituye a través de la enajenación de una construcción ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento.

### **Conclusiones.**

Este capítulo refleja la evolución del derecho real de superficie, naciendo en el derecho romano con una solución que el Estado efectúa, autorizando a los particulares a utilizar las tierras públicas mediante el pago de una renta anual.

En el derecho Justiniano la superficie aparece estructurada como un derecho real propio. Ya en esta época se confería al superficiario ciertos derechos (interdictos acciones) y se les imponía obligaciones (reparaciones necesarias y el pago de impuestos).

El Código Civil no lo admitía, pero la realidad social mostraba la necesidad de que este derecho sea regulado.

La Ley 25.509, es la que incorpora este derecho y modifica el artículo 2614 del Código Civil anterior y agrega este derecho al artículo 2503, a través de un nuevo inciso, el 8°. A partir de allí este nuevo derecho queda integrando la enumeración de los derechos reales.

La creación de este derecho por la Ley 25.509, sólo se refería a los casos de forestación o silvicultura por parte de un tercero en un terreno ajeno.

En lo referente al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora este derecho en sus dos facetas, tanto para la plantación y forestación de predios, modalidad que ya existía en nuestra legislación desde la sanción de la ley de la ley 25.509 del año 2001, como para la construcción en terrenos, siendo esto novedoso para nuestro derecho y recepta el instituto de países como España, Francia, Alemania y Brasil entre otros y de los anteproyectos de reforma del código de nuestro país, que modernizan la teoría de la propiedad de las cosas catalogando como un derecho de propiedad autónomo a aquél que se ejerce sobre las cosas creadas por la actividad humana.

El derecho de superficie viene a modificar la idea que tenemos tan arraigada del tradicional dominio perpetuo.

***CAPITULO II:***  
***REGULACION DEL DERECHO REAL DE***  
***SUPERFICIE.***

## **Introducción.**

En el presente capítulo se desarrollará cómo ha sido regulado este derecho en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Se hará mención al *numerus clausus* imperante en materia de derechos reales, desarrollando cómo se incorpora este derecho en la nueva legislación, así, se hará referencia al concepto, modalidades, objeto, constitución, adquisición.

### **1.-El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación.**

Aparecen en el nuevo ordenamiento, como nuevos derechos reales: los conjuntos inmobiliarios (arts. 2073 a 2086), regulados como propiedades horizontales especiales (art. 2075, 2º párrafo CCCN); el tiempo compartido (art. 2087 a 2102), que ya existía como contrato regulado por ley 26356, que conserva su vigencia en el presente código, salvo los arts. 3, 4, 5 y 9; el cementerio privado (art. 2103 a 2113); y el derecho de superficie, que sólo existía en su versión forestal o de silvicultura en la ley 25509 de 2001.

El derecho real de superficie, se caracteriza por su limitada duración de cincuenta o setenta años, según se trate de forestaciones y plantaciones, o de edificaciones respectivamente.

No obstante la temporalidad mencionada, creemos que la esencia de este derecho se encuentra en el aprovechamiento diferenciado del dueño del suelo y del dueño de la superficie.

Se han contemplado variantes de este derecho, como son las construcciones o plantaciones “sobre la rasante, vuelo y subsuelo, y con distintas modalidades, como ocupar todo el inmueble ajeno o una parte de él.

El C.C.C.N., en el Libro Cuarto, en el artículo 1887 enumera los derechos reales, incorporando como derecho real en su inciso g), la superficie. Así, el derecho real de superficie quedaría inserto dentro del *numerus clausus* establecido por dicho artículo.

En derecho argentino, los derechos reales sólo pueden ser creados por ley. Por eso decimos, que, en materia de derechos reales, se adopta el sistema del *numerus clausus*, para así diferenciarlo del *numero apertus*, donde los particulares, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, pueden establecer derechos reales atípicos.

El Derecho real de superficie, se encuentra regulado en dicho código en el Título VII del Capítulo 3, artículos 2114 a 2128.

“El derecho real de superficie implica una división horizontal del inmueble, sea que se constituya sobre el ras del suelo, sobre una parte elevada del inmueble o bajo el subsuelo”<sup>11</sup>.

En el C.C.C.N., este derecho, se encuentra conceptualizado en el artículo 2114. De allí surge que se extiende su ámbito de aplicación en relación al que regulaba la Ley 25.509; otorgando ahora a su titular facultades para plantar, forestar o construir; o, sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, tal como lo establece el artículo 2115; brindando de esta manera la nueva legislación una nueva herramienta jurídica que tiene repercusiones en la práctica, atento que podría ser éste un nuevo medio de acceder a la vivienda.

Observamos que es un derecho temporario, esto lo diferencia de los derechos reales de dominio y condominio, que, siendo derechos reales sobre cosa propia, son perpetuos. Así está destinado a durar el plazo que las partes han convenido, siempre respetando el plazo máximo fijado por ley, según sea el caso.

### **1.1.- Concepto. Caracteres.**

El artículo 2114 lo conceptualiza cuando reza:

“El derecho real de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y

---

<sup>11</sup><http://www.acaderc.org.ar/los-derechos-reales-incorporados-en-el-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-y-la-publicidad-registral->



plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales<sup>12</sup>.

Del concepto legal surge la estructura de un derecho que, además de reconocer sus diferentes objetivos o destinos (plantar, forestar, construir), se pueda constituir abarcando el subsuelo, el suelo o rasante, y el vuelo del inmueble involucrado.

### Caracteres.

a) Real: este carácter surge de la enumeración del C.C.C.N. cuando lo incorpora como derecho real. Por otra parte, el superficiario tiene facultades para interponer acciones posesorias y reales para defender su derecho.

b) Principal: todos los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía (Artículo 1889).

c) Temporal: la ley le establece un plazo máximo al derecho de superficie.

d) Transmisible: La transmisión puede ser por actos entre vivos o mortis causa, a título oneroso o gratuito.

e) Gravable: el superficiario podrá constituir derecho real de hipoteca sobre el derecho de construir o de forestar, permitiendo así, la obtención de créditos.

f) Registrable: tratándose de un derecho real tiene vocación registral.

## **1.2.-Plazos**

El artículo que conceptualiza este derecho, comienza estableciendo el carácter temporario del mismo, es decir, que está destinado a durar por un determinado tiempo. Ello quiere decir que se deberá constituir por un plazo máximo. Este plazo puede ser convenido por las partes, no obstante, la ley fija un plazo máximo de duración de setenta o cincuenta años según el caso. Además, la norma permite la prórroga de los mismos, pero ésta no podrá exceder los plazos máximos. Así, si por convención las partes deciden constituir un derecho real de superficie para construir y el plazo fijado

---

<sup>12</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 2114.

por ambas es de cincuenta años, podrán, prorrogarlo a su término sólo por veinte años más, atento que la ley establece setenta, como plazo máximo para las construcciones. El plazo se computará desde la adquisición del derecho.

Lorenzetti expresa que “aunque el código no lo dice expresamente, podría pactarse la duración subordinada a una condición resolutoria, en lugar de un plazo, en tanto no se excedan los máximos legales”<sup>13</sup>.

La ley impone entonces una limitación en el tiempo: duración máxima de 50 años para las plantaciones o de 70 años para las construcciones. Se piensa que, en lo referido a emprendimientos comerciales o industriales, sería aconsejable prever un plazo menor, lo que podrá ser convenido y expresado en el acto de constitución.

Ello, a fin de darle una mayor fluidez a este derecho y entonces ser aplicado a mayores casos.

### **1.3.- Adquisición**

Según lo establecido por el artículo 2119, este derecho puede constituirse por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Así, el derecho real de superficie requiere de la convención de las partes. El código no admite la prescripción larga pero sí la prescripción breve.

En cuanto a la forma de constitución, al tratarse su objeto de un inmueble, es necesario que el acto se otorgue por escritura pública, ello se acuerdo a lo establecido por el artículo 1017 del C.C.C.N que dice:

“Escritura pública: deben ser otorgados por escritura pública:

- a) los contratos que tienen por objeto la adquisición, modificación o extinción de derechos reales sobre inmuebles. Quedan exceptuados los casos en que el acto es realizado mediante subasta proveniente de ejecución judicial o administrativa;
- b) los contratos que tienen por objeto derechos dudosos o litigiosos sobre inmuebles,

---

<sup>13</sup>Lorenzetti, R., L. (2015). Código Civil y Comercial de la Nación comentado., Tomo IX, Ed. Rubinzal-Culzoni. Bs. As.

- c) todos los actos que sean accesorios de otros contratos otorgados en escritura pública,
- d) los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley, deben ser otorgados en escritura pública”<sup>14</sup>.

Además de este requisito en cuanto a la forma, será necesaria la inscripción en el Registro General de la Provincia a los fines de su publicidad y oponibilidad a terceros, todo ello según lo establecido por el artículo 1893 que reza:

“La adquisición o transmisión de derechos reales constituidos de conformidad a las disposiciones de este Código no son oponibles a terceros interesados y de buena fe mientras no tengan publicidad suficiente. Se considera publicidad suficiente la inscripción registral o la posesión, según el caso. Si el modo consiste en una inscripción constitutiva, la registración es presupuesto necesario y suficiente para la oponibilidad del derecho real. No pueden prevalecerse de la falta de publicidad quienes participaron en los actos, ni aquellos que conocían o debían conocer la existencia del título del derecho real”<sup>15</sup>.

#### **1.4.- Objeto.**

En relación al objeto, es preferible un derecho de superficie puro, o sea, que se aplique exclusivamente a las construcciones (Alemania, Suiza, Italia) y no extenderlo a las plantaciones (Francia, España, Portugal, Japón, Quebec, Holanda), pues de otro modo se recrearía elípticamente la enfiteusis, desprestigiada por el resonante fracaso de la legislación patria que la reconoció y de allí su supresión por Vélez Sársfield (art. 2614 del Cód. Civ.) <sup>16</sup>

El objeto del derecho real de superficie, cualquiera sea su modalidad, no puede ser otro que un inmueble. Además, dicho inmueble debe ser ajeno. La incorporación de este derecho, permite que el titular dominial pueda aprovechar el inmueble de diferentes maneras, atento que se le permite dividirlo materialmente.

En relación al objeto el artículo 2116 dice:

---

<sup>14</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 1017.

<sup>15</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 1893.

<sup>16</sup> <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/28729.pdf>.

“El derecho real de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo, o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento”<sup>17</sup>.

Contempla el artículo 2116 del C.C.C.N., la posibilidad de constituir este derecho sobre todo el inmueble o sólo sobre parte de él. Cuando hablamos en este caso de parte de un inmueble, deberemos aclarar que esta parte, a los fines de la constitución de este derecho, deberá estar materialmente determinada. Asimismo, contempla este artículo la posibilidad que el superficiario pueda plantar, edificar o forestar sobre suelo ajeno y también le da la posibilidad de hacerlo sobre el subsuelo o vuelo ajeno.

“El emplazamiento remite al principio de especialidad objetiva y, por consecuencia, a las disposiciones de la ley 26.209/2006 de Catastro Nacional específicamente a su art. 4° cuyo texto reproducimos: *“A los efectos de esta ley, denominase parcela a la representación de la cosa inmueble de extensión territorial continua, deslindado por una poligonal de límites correspondiente a uno o más títulos jurídicos o a una posesión ejercida, cuya existencia y elementos esenciales consten en un documento cartográfico, registrado en el organismo catastral”*.

De manera que, para alcanzar la determinación de su inmueble, el propietario debe contar con un documento cartográfico registrado por el organismo catastral en el que esté individualizada la parcela como superficie de extensión territorial continúa deslindada mediante polígonos. Para el caso de ocuparse una parte determinada de este inmueble, también deberá contarse con otro documento cartográfico que identifique la autonomía de su situación parcelaria. Descartamos la posibilidad de que el derecho real se pueda constituir sobre una parte indivisa del inmueble, según lo previsto en el art. 1883 CC yC, porque se opone al criterio que inspira el principio de determinación en el ámbito de los derechos reales”<sup>18</sup>.

---

<sup>17</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 2116.

<sup>18</sup> Código Civil y Comercial comentado, Tomo V, Libro Cuarto, Artículos 1882 a 2276, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado / Gustavo Caramelo ;Sebastián Picasso ; Marisa Herrera. - 1a ed. - Ciudad Autónoma de BuenosAires : Infojus, 2015., pag. 227 y 228.

## 1.5.- Constitución

El derecho real de superficie, se adquiere cuando se reúnen los dos requisitos necesarios para la constitución del derecho real: el título y el modo.

El Código Civil y ahora el Código Civil y Comercial de la Nación, se apartaron del modelo francés en cuanto a la constitución de los derechos reales. En el derecho francés el sólo consenso del transmitente y adquirente producía la transmisión del derecho real.

El artículo 577 del C.C. y el 750 del C.C.C.N. establecen que es necesaria la tradición de la cosa para la adquisición del derecho real, ya que antes de ésta el acreedor no adquiere el derecho real.

Característica ésta además que lo diferencia de los derechos personales, ya que estos últimos se constituyen sólo con el título (consenso, convenio o contrato).

Cuando hablamos de título hacemos referencia al hecho o acto jurídico que es causa fuente del derecho. Entonces cuando nos referimos al título, estamos hablando de causa fuente del derecho. Este título además, debe ser suficiente.

El concepto de título suficiente está dado en el nuevo CCCN en su artículo 1892 cuando dice... “...se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real”.

El modo aparece como la efectivización de las pretensiones de los sujetos de la causa. El modo por excelencia es la tradición.

Referencia a estos dos requisitos hacen los artículos 750:

Establece el artículo 750<sup>19</sup>: “Tradición. El acreedor no adquiere ningún derecho real sobre la cosa antes de la tradición, excepto disposición legal en contrario”

---

<sup>19</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 750.

Artículo 1892: “Título y modos suficientes. La adquisición derivada por actos entre vivos de un derecho real requiere la concurrencia de título y modo suficientes. Se entiende por título suficiente el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tiene por finalidad transmitir o constituir el derecho real. La tradición posesoria es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales que se ejercen por la posesión. No es necesaria, cuando la cosa es tenida a nombre del propietario, y éste por un acto jurídico pasa el dominio de ella al que la poseía a su nombre, o cuando el que la poseía a nombre del propietario, principia a poseerla a nombre de otro. Tampoco es necesaria cuando el poseedor la transfiere a otro reservándose la tenencia y constituyéndose en poseedor a nombre del adquirente. La inscripción registral es modo suficiente para transmitir o constituir derechos reales sobre cosas registrables en los casos legalmente previstos; y sobre cosas no registrables, cuando el tipo del derecho así lo requiera. El primer uso es modo suficiente de adquisición de la servidumbre positiva. Para que el título y el modo sean suficientes para adquirir un derecho real, sus otorgantes deben ser capaces y estar legitimados al efecto. A la adquisición por causa de muerte se le aplican las disposiciones del Libro Quinto”<sup>20</sup>.

Así desde que el superficiario adquiere este derecho por título y modo, quedará constituido el derecho real de superficie.

El Código Civil y Comercial de la Nación en el artículo 2120 en su segundo párrafo establece que el titular de la propiedad superficiaria puede afectar a propiedad horizontal y puede transmitir y gravar las unidades resultantes sin necesidad de consentimiento del propietario, durante el plazo del derecho de superficie.

Entonces las partes pueden, en el acto de constitución del derecho real de superficie acordar, que el titular del derecho real de superficie sobre las construcciones existentes, o una vez construidas por él, las afecte a derecho real de propiedad horizontal.

Ante este supuesto, pueden convenir que dicho derecho subsistirá una vez cumplido el plazo del derecho de superficie, e incluso pactar que las enajenaciones que haya realizado el superficiario de unidades funcionales subsistirán una vez finalizado el plazo del derecho de superficie.

---

<sup>20</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 1892.

Ello, siempre que en el acto constitutivo se haya prohibido expresamente hacerlo.

## **1.6.- Legitimación**

Están legitimados para constituir el derecho real de superficie los titulares de derecho reales de dominio, condominio y propiedad horizontal:

a) Titulares del derecho real de dominio:

Siendo el derecho real de dominio el derecho que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, es claro que los titulares de este derecho estén facultados para constituir derecho de superficie.

b) Titulares de derecho real de condominio:

En el caso de los condóminos será necesaria la conformidad de todos los cotitulares, tal como lo exige el artículo 1990:

“Disposición y mejoras con relación a la cosa. La disposición jurídica o material de la cosa, o de alguna parte determinada de ella, sólo puede hacerse con la conformidad de todos los condóminos. No se requiere acuerdo para realizar mejoras necesarias. Dentro de los límites de uso y goce de la cosa común, cada condómino puede también, a su costa, hacer en la cosa mejoras útiles que sirvan a su mejor aprovechamiento.

c) Titulares del derecho real de propiedad horizontal:

En este caso, podemos tener distintos supuestos:

1) Que los copropietarios constituyan un derecho de superficie, sobre el inmueble ya sometido a propiedad horizontal: el requisito es la decisión unánime de todos los copropietarios.

2) Que un copropietario constituya la superficie sobre su unidad funcional;

c) Que el superficiario afecte a propiedad horizontal lo construido.

Podemos distinguir dos sujetos en la constitución de este derecho: el propietario y el superficiario. Así, ambos tienen facultades.

Al superficiario, se le otorgan facultades materiales y jurídicas. Las facultades materiales que tiene el superficiario sobre el inmueble ajeno, son las de uso y goce, ellas se encuentran establecidas en el artículo 2115 del C.C.C.N.

En relación a las facultades jurídicas, tendrá la disposición jurídica de lo que es objeto de su derecho. En consecuencia, los actos de disposición, al ser un derecho temporario, se extinguirán juntamente con la extinción de dicho derecho. Así, el derecho de construir, plantar o forestar o la propiedad superficiaria, pueden ser objeto de derechos reales de garantía. Así, el artículo 2120 establece:

“Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

Las facultades del propietario, surgen del artículo 2121 del código, el cual establece que conservará la disposición material y jurídica. El límite es que no podrá con su ejercicio, turbar el derecho del superficiario. Artículo 2121: “Facultades del propietario. El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario”<sup>21</sup>.

### **1.7.-Extinción**

En cuanto a las causales de extinción, el artículo 2124 establece:

“El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación, y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho de plantar o forestar”<sup>22</sup>

En relación a estas causales diremos lo siguiente:

---

<sup>21</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 2121.

<sup>22</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 2124.



- a) Renuncia: el artículo establece que la misma debe ser expresa y además deberá instrumentarse por escritura pública e inscripta en el Registro.
- b) Vencimiento del plazo: como hemos manifestado el derecho real de superficie es un derecho real temporario, por ello, el vencimiento del plazo acordado por las partes en la convención o, el cumplimiento del plazo establecido por la ley, producirá la extinción del derecho.
- c) Cumplimiento de una condición resolutoria: las partes podrán fijar la condición resolutoria que resolverá el derecho, no obstante, si transcurren 50 o 70 años sin que la misma se haya cumplido debe tenerse por extinguido el derecho.
- d) Consolidación: esta figura se da cuando en una misma persona se reúnen los derechos del propietario y superficiario, deberá también en este caso, instrumentarse por escritura pública e inscribirse a los fines de la oponibilidad.
- e) No uso: a los fines de producirse la extinción por esta causa, debemos distinguir si el objetivo de la superficie es construir, entonces aquí el no uso durante el plazo de diez años producirá la extinción del derecho, o, si tuvo por finalidad la de plantar o forestar, en donde el plazo será de cinco años.

Renuncia expresa, puede ser renunciado, y todo ello en virtud de que estamos hablando de un derecho con contenido patrimonial, entonces puede ser renunciado.

Así, se producirá la extinción cuando el titular del derecho abdique del mismo.

El código explicita que dicha renuncia debe ser expresa, no es admisible la renuncia tácita, ya que ésta no se presume, pues ha de ser clara, terminante e inequívoca y resultar de manifestaciones expresas hechas a tal fin.

Se debe aclarar que dicha renuncia no libera al superficiario de las obligaciones personales que asumió frente al dueño conforme las estipulaciones hechas en el contrato constitutivo.

La renuncia no puede afectar los derechos de terceros que contrataron con el propietario superficiario, ya que persistirán hasta el vencimiento del plazo de constitución de la superficie.

En relación a otra de las causales como lo es el vencimiento del plazo, al expresarse que se trata de un derecho temporario, va de suyo que una de las causales de su extinción sea, por su propia naturaleza, el transcurso del plazo máximo fijado por la ley o bien el estipulado en el contrato constitutivo.

Otras de las causales previstas por la norma es el cumplimiento de condición resolutoria: cuando hacemos referencia al derecho de edificar, éste puede estar sometido a condiciones de diversos tipos que pueden generar, si así se lo pactó, la extinción del derecho.

No se debe olvidar que, en el derecho real de superficie, predominan las cláusulas reglamentarias de constitución que las partes intervinientes pactaron libremente de modo convencional.

En relación a la consolidación: ésta, opera cuando se confunden las calidades de dueño del suelo y del derecho a edificar, es decir cuando la totalidad de ambas titularidades coincidieren en un mismo sujeto.

Finaliza la norma con el no uso: El no uso consiste en no edificar o no reedificar dentro del lapso fijado por la ley.

## **1.8.-Efectos**

El artículo 2125 del C.C.C.N, reza:

“Al momento de la extinción del derecho real de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiere habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido”<sup>23</sup>.

---

<sup>23</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 2125.

En primer lugar y en relación al dominio que tenía el dueño, este derecho se va a expandir hacia lo que ha agregado el superficiario. Estos efectos están previstos cuando el derecho real de superficie se extingue por el cumplimiento del plazo convencional o legal. En este supuesto, es adquisición se produce libre de los derechos reales o personales impuestos al superficiario. Cabe aclarar que esta adquisición es automática, es decir que se produce sin necesidad de que se efectúe la tradición de la cosa. El dominio del dueño se va a extender a lo plantado o construido.

En segundo lugar, si la extinción se produce antes del plazo señalado, los derechos reales y personales que habían sido constituidos se mantienen hasta el vencimiento del plazo y deberán ser respetados, ello, a los fines de no defraudar los intereses de los terceros.

Otro de los efectos es el previsto por el artículo 2126 del código. Dijimos que el dueño readquiere la propiedad plena, consecuencia de esto es que extiende su dominio a todo lo aportado por el superficiario. Para evitar un enriquecimiento es que la norma prevé que el superficiario sea indemnizado. Esta regla no es de orden público y podrían las partes pactar la no indemnización o que se efectúe a favor de un tercero.

Artículo 2126: “Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”<sup>24</sup>.

Cuando deba indemnizarse, se tomará a tales efectos el monto fijado por las partes en el acto constitutivo, o en acuerdos posteriores. En el supuesto de no haberse previsto, se tomarán los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada su amortización.

En relación a la indemnización, no deberá acotarse exclusivamente a lo monetario, sino que podrían convenirse, en el caso de que se refiera a la construcción, en la entrega de una o varias unidades construidas, según sea el caso. Sobre todo, si se trata de conjuntos inmobiliarios.

---

<sup>24</sup> Código Civil y Comercial de la Nación- Art. 2126.

## **Aplicaciones.**

Si bien el derecho real se superficie en su versión amplia, es nuevo en nuestra legislación, en las distintas Jornadas Notariales que se han llevado a cabo, analizando este derecho se han propuesto diversas aplicaciones, a saber:

1.- Caso de un predio afectado a propiedad horizontal con unidades funcionales en construcción o a construir, por ejemplo un parque industrial, donde el dueño de la unidad funcional no cuenta con el capital suficiente para llevar a cabo la construcción del galpón perteneciente a su unidad, podría entonces encomendar la construcción del galpón a una empresa que lo ocupará y lo explotará por un tiempo determinado, por ejemplo siete años, constituyendo por ese período derecho real de superficie con la obligación de construir el galpón.- El superficiario obtendría el beneficio de, durante ese período, desarrollar su actividad allí o alquilar la unidad funcional, y obtener una utilidad o rentabilidad, y a su vez el propietario del suelo transcurrido los siete años tendría un galpón que valorizaría su predio, sin haber efectuado inversión alguna, más que al finalizar la indemnización complementaria.-

2.- Caso de derecho de superficie aplicado a la construcción de un emprendimiento: Por ejemplo se podría implementar para el desarrollo de un Centro Comercial, donde hay o un conjunto de propietarios que tienen la tierra pero no tienen dinero para llevar a cabo la construcción de los locales, patio de comida, estacionamiento, o simplemente no quieren lidiar con la 11 responsabilidad que esto genera.- Entonces se podría delegar la construcción del predio a otra persona, ya sea física o jurídica. El superficiario se encargaría de la construcción y como contraprestación podría obtener el beneficio que se genere por el alquiler, de dichos locales por determinado tiempo.- Al finalizar el contrato el propietario se quedaría con los locales y a cambio podría indemnizar al superficiario con la entrega de algunos locales.-

3.- Sabemos que cada día hay mayor cantidad de vehículos y que existe ya hoy un déficit de cocheras importante, el propietario de un lote de terreno, que planea edificar sobre el suelo del mismo, podría constituir derecho de superficie a favor de un tercero y delimitar el espacio existente en el subsuelo de la propiedad para la creación de las cocheras en el mismo, durante el derecho de superficie, el superficiario se quedaría con las utilidades o rentas de las cocheras y vencido el plazo el propietario contará con las cocheras.- Esto nos llevaría al interrogante si un mismo propietario puede constituir dos o varios derechos de superficie distintos sobre una misma propiedad al mismo tiempo, es decir uno en el espacio aéreo y otro en el subsuelo.- A este interrogante consideramos que sí se podría y que no habría ninguna incompatibilidad en la

medida en que al constituirse el derecho de superficie en ambos casos se deje asentado con croquis y/o plano pertinente que superficie será específicamente la afectado ya sea determinarse tanto en sentido horizontal como vertical.-

4.- Caso de un predio afectado a propiedad horizontal con unidades funcionales en construcción o a construir, por ejemplo un parque industrial, donde el dueño de la unidad funcional no cuenta con el capital suficiente para llevar a cabo la construcción del galpón perteneciente a su unidad, podría entonces encomendar la construcción del galpón a una empresa que lo ocupará y lo explotará por un tiempo determinado, por ejemplo siete años, constituyendo por ese período derecho real de superficie con la obligación de construir el galpón.- El superficiario obtendría el beneficio de, durante ese período, desarrollar su actividad allí o alquilar la unidad funcional, y obtener una utilidad o rentabilidad, y a su vez el propietario del suelo transcurrido los siete años tendría un galpón que valorizaría su predio, sin haber efectuado inversión alguna, más que al finalizar la indemnización complementaria.-

### **Conclusiones.**

El Código Civil y Comercial de la Nación, incorpora el derecho real de superficie dentro de los derechos reales al efectuar la enumeración de los mismos en el artículo 1887.

Así, el derecho real de superficie quedaría inserto dentro del *numerus clausus* establecido por dicho artículo.

El Derecho real de superficie, se encuentra regulado en dicho código en el Título VII del Capítulo 3, artículos 2114 a 2128.

Este derecho que se lo define como derecho real, cuyo objeto es siempre un inmueble o parte del inmueble, que se caracteriza por su temporalidad, cuyos límites máximos no podrán ser más de cincuenta o setenta años según el caso y su legitimación restringida a los titulares de derecho real de dominio, condominio y propiedad horizontal; teniendo como principal efecto que al momento de la extinción del derecho real de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

El derecho de superficie, va a tornarse cada día más aplicable, ello dado la amplitud de situaciones que permiten esta figura, especialmente en los casos relacionados con emprendimientos inmobiliarios.

El derecho de superficie le asigna un rol importante a la autonomía de la voluntad, dejando librada algunas cuestiones a la voluntad de las partes. Por ello consideramos que será fundamental dejar en claro mediante cláusulas en la escritura de constitución lo esencial de este derecho.

Se considera fundamental que al constituirse el derecho de superficie se deje especialmente establecido la limitación temporal del mismo.

También será necesario delimitar su objeto, ¿se trata de todo o parte del inmueble?

***CAPTULO III:***

***EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE:  
DERECHO REAL SOBRE COSA PROPIA.***

## **Introducción.**

En el presente capítulo, se comenzará con las normas complementarias aplicables a este derecho.

En virtud que el principio de accesión sigue vigente en nuestro derecho, se hará referencia al mismo y a las consecuencias que produce la constitución de este nuevo derecho real, sobre dicho principio.

Posteriormente se desarrollarán las modalidades de este derecho, para culminar con la clasificación de los derechos reales y la incorporación de este nuevo derecho en dichas clasificaciones.

### **1.- Aplicación complementaria de otras normas**

El C.C.C.N, establece la aplicación de otras normas a este derecho en sus artículos 2127 y 2128. Estos artículos por una parte hacen referencia a las normas aplicables al derecho de superficie y, por otra parte, a las normas aplicables a la propiedad superficiaria. Artículo 2127: “Normas aplicables al derecho de superficie. Son de aplicación supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo”.

Artículo 2128: “Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título”.

En relación a las primeras, establece que son aplicables las limitaciones del uso y goce que se aplican en el derecho real de usufructo, no obstante, la última parte brinda la posibilidad que las partes hayan pactado algo diferente en el acto constitutivo.

Al referirse a las normas aplicables a la propiedad superficiaria, establece que: si el derecho real de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación que



ya existe, debe recurrir supletoriamente a las normas previstas para el dominio revocable.

## **2.- Principio de accesión.**

Antes de referirnos al principio de accesión, debemos recordar que el derecho real de dominio es aquel derecho real que concede las más amplias facultades a su titular, es decir el derecho de disponer, usar y gozar de su objeto.

Estas son las tres facultades más importante derecho real. En efecto, se advierte con facilidad que, a medida que van desapareciendo o menguando las dichas prerrogativas, comienzan a aparecer las demás figuras jurídico reales

El código velezano en sus artículos 2518, 2519 y 2520, reflejaba la denominada verticalidad del derecho real de dominio. Así, quien era propietario del suelo, lo era también del subsuelo y del espacio aéreo. Esta es la regla, que reconoce excepciones, el derecho real de superficie implica una de ellas.

Artículo 2518: “La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio”.

Artículo 2519: “Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera que sea el valor de los trabajos”.

Artículo 2520: “La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos”.

Como surge de estos artículos, existe una regla general, que establece que lo plantado o construido sobre el suelo accede al mismo, es lo que se conoce como “superficie solo cedit”.

Entonces, podemos decir que la propiedad del suelo comprende a los objetos que se incorporen a él. Según la antigua y conocida máxima “el dominio se extiende desde el cielo hasta el infierno”.

Con la incorporación del derecho real de superficie en el nuevo código, el artículo 1945, al regula la extensión del derecho real de dominio, lo hace de igual manera exceptuando sólo los casos de propiedad horizontal y superficie. No obstante, se presume que dichas construcciones, siembras o plantaciones, son efectuadas por el dueño, admitiendo prueba en contrario.

Así en su artículo 1945 reza:

“Extensión. El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie. Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario”

Por aplicación del principio por el cual se establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal, la norma consagra en materia de dominio el llamado principio de accesoriedad, por el cual todo lo que sea accesorio del objeto del derecho de dominio, un complemento por adherencia natural o artificial, acompañará la titularidad de este.

La misma norma, hace una excepción cuando se refiere a la propiedad horizontal y del derecho real de superficie.

Esta norma, es armónica con lo establecido por el artículo 230 del Código Civil y Comercial de la Nación, que define como cosas accesorias a “...aquellas cuya existencia y naturaleza son determinadas por otra cosa de la cual dependen o a la cual están adheridas...”.

En el caso de la superficie, la constitución del derecho real de superficie implica una suspensión del principio de accesión, el que se mantiene “oculto” e inactivo por todo el tiempo que dura la superficie. Una vez producida la extinción de este derecho real de superficie, el dominio recobra plenamente su elasticidad y el derecho de propiedad del nudo propietario

(dueño del suelo) alcanza las plantaciones, forestaciones o construcciones que pertenecieran al superficiario.

### **3.- Modalidades.**

El artículo 2115 del C.C.C.N., establece las distintas modalidades del derecho real de superficie, a saber:

- a) Se constituye el derecho real otorgando las facultades al superficiario de construir, plantar o forestar y adquirir la propiedad de ello, independientemente de la propiedad del suelo, y
- b) El derecho de superficie es concedido sobre una plantación o construcción existente ya en el inmueble.

Estas modalidades que puede dar nacimiento a este derecho real, están íntimamente vinculadas con la naturaleza jurídica del dicho derecho. Ello es así, atento que, en la clasificación efectuada por el artículo 1888 del C.C.C.N., en su primer párrafo, incorpora a este derecho como un derecho real sobre cosa propia o ajena, según su modalidad.

Entonces, la primera modalidad que puede adoptar este derecho, es aquella donde el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo o subsuelo de un inmueble que es ajeno. Así le da la posibilidad de hacer suyo aquello que construyó, plantó o forestó.

La segunda, es aquella en que ya existen plantaciones, construcciones o forestaciones y se le atribuye al superficiario la propiedad sobre éstas.

### **4.- Clasificación**

En relación a los derechos reales, el C.C.C.N., nos brinda una nueva clasificación. Así el artículo 1888 distingue entre derechos reales sobre cosa propia o ajena; el 1889, derechos reales accesorios y principales, el 1890, derechos reales sobre cosas registrables y no registrables y el 1891 habla de los cuáles son los derechos que se ejercen por la posesión y cuáles no.

Así el artículo 1888 dice:

“Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena. Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado”.

En esta clasificación, la norma enumera cuáles son los derechos reales sobre cosa propia, y establece que el resto, es decir los no enumerados como derechos reales sobre cosa propia, son derechos reales que recaen sobre cosa ajena.

Ventura Gabriel, en relación a esto ha dicho: Merced a haber formulado esta distinción, el legislador podría haber prescindido de enumerar los sujetos legitimados activos, para constituir ciertos derechos. Así debería haberlo hecho al establecer la legitimación activa para constituir hipoteca, por ejemplo, en el art. 2206 CCC, en el que, a cambio de haber acudido a la enumeración, podría simplemente haber expresado que tienen la facultad de constituir derecho de hipoteca todos los titulares de derechos reales sobre cosa propia. Tenemos otros ejemplos haciendo un recorrido por otras normas que aluden también a legitimación, en las que el legislador prescinde, en general, de acudir a las clasificaciones que se han formulado en esta parte del código; en especial la que aquí analizamos. Así lo vemos en el artículo 2131 CCCN que al determinar la legitimación necesaria para constituir usufructo acude a la enumeración, cuando expresa que pueden hacerlo: “...el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer”. En verdad, para guardar coherencia con la clasificación de la parte general de los derechos reales, el legislador debería haber expresado simplemente que pueden constituir derecho de usufructo los titulares de derechos reales sobre cosa propia. Al mismo tiempo esta actitud hubiera justificado plenamente una clasificación doctrinaria en un precepto legal.

El artículo 1889 reza: “Derechos reales principales y accesorios. Los derechos reales son principales, excepto los accesorios de un crédito en función de garantía. Son accesorios la hipoteca, la anticresis y la prenda”.

Este artículo clasifica a los derechos según sea independiente o dependa de otro derecho, en este último caso dependerán de otro derecho personal que garantizan.

La norma mencionada, no hace más que distinguir lo que ya la doctrina venía haciendo, es decir clasificar los derechos en principales y accesorios.

Continúa expresando Ventura, en este caso en particular, la clasificación tiene especial repercusión respecto de algunos modos de extinción, en aplicación del proloquio “*accessorium sequitur sum principale*”, pues mientras los principales tendrán necesariamente previstos en ley general o particular cada causa de extinción, tal como lo expresa el art. 1907 del CCCN, como ocurre por ej. con el usufructo, art. 2152, el uso, art. 2155, o las servidumbres, art. 2182; ello no será menester cuando se trate de los derechos reales de garantía, ya que respecto de éstos su extinción también se producirá cuando se extinga el derecho principal, en aplicación del citado proloquio. Así se determina expresamente para los derechos reales de garantía, en el primer párrafo del artículo 2186 CCCN que dice: “Los derechos reales de garantía son accesorios del crédito que aseguran, son intransmisibles sin el crédito y se extinguen con el principal, excepto en los supuestos legalmente previstos

La tercera clasificación de encuentra en el artículo 1890 y dice:

“Derechos reales sobre cosas registrables y no registrables. Los derechos reales recaen sobre cosas registrables cuando la ley requiere la inscripción de los títulos en el respectivo registro a los efectos que correspondan. Recaen sobre cosas no registrables, cuando los documentos portantes de derechos sobre su objeto no acceden a un registro a los fines de su inscripción”.

Respecto de la clasificación contenida en la norma que estamos anotando, ya se venía sosteniendo con énfasis que el avance de la ciencia del derecho había menoscabado la practicidad de la clasificación romanista clásica que efectúa Vélez Sársfield, entre cosas muebles e inmuebles, a partir del art. 2313 de su código. La naturaleza fáctica de moverse o no moverse en realidad poco aportaba a la problemática jurídica de los nuevos tiempos. En efecto, más diferencias pueden advertirse entre las cosas registrables o no registrables que entre las cosas muebles e inmuebles. De manera pues que, aun sin eliminarse por completo, esta nueva clasificación de las cosas, distinguiendo las registrables de las no registrables, pasó a sustituir en gran medida la diferencia entre muebles e inmuebles. Al mismo tiempo, tal como aquí lo

vemos, ha generado forzosamente la distinción entre derechos reales sobre cosas registrables y sobre cosas no registrables.

La última clasificación se encuentra en el artículo 1891 que reza:

“Ejercicio por la posesión o por actos posesorios. Todos los derechos reales regulados en este Código se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Las servidumbres positivas se ejercen por actos posesorios concretos y determinados sin que su titular ostente la posesión”.

El artículo sienta una regla general, ya que la posesión es, en casi todos los supuestos, la forma normal de ejercer los derechos reales.

La excepción a este principio estaría dada por la hipoteca y la prenda sin desplazamiento.

Esta clasificación es muy importante, ya que aportará un elemento fundamental para determinar la legitimación activa de algunas acciones reales.

En el presente apartado, nos centraremos en la primera clasificación del C.C.C.N., es decir la establecida por el artículo 1888, atento que es de suma importancia. El mismo artículo, 1888 dice que determinar si un derecho real es sobre cosa propia o ajena, importará constituir o no, una carga o gravamen con relación al dueño de la cosa.

Se han desarrollado anteriormente las modalidades del derecho real de superficie. Las mismas, se relacionan directamente con dicha clasificación, pues como se advierte del articulado, según se adopte una u otra modalidad, el derecho real de superficie supondrá un derecho real incluido dentro de la clasificación sobre cosa propia o sobre cosa ajena.

Entonces, según lo expuesto, la primera modalidad que puede adoptar este derecho, es aquella donde el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo o subsuelo de un inmueble que es ajeno. Así le da la posibilidad de hacer suyo aquello que construyó, plantó o forestó.

La segunda, es aquella en que ya existen plantaciones, construcciones o forestaciones y se le atribuye al superficiario la propiedad sobre éstas.

## **5.- Fundamento de la clasificación**

En relación a dicha clasificación los autores expresan lo siguiente:

Lorenzetti expresa: Todo parecería indicar que el hecho de asumir la propiedad de lo plantado, construido o forestado por aquel a cuyo favor se constituyó el derecho es lo que decide al legislador a atribuirle la calidad de derecho sobre cosa propia, sin advertir que, hasta tanto la plantación, forestación o construcción no exista, el superficiario ejercerá la actividad sobre una cosa indudablemente ajena.

En opinión de Andorno, cuando el derecho se constituye sobre un inmueble ajeno baldío (sin plantaciones), se experimenta una verdadera metamorfosis, toda vez que el derecho de forestar nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre cosa propia una vez concretada la plantación. Se regula así el llamado “derecho de plantar”, siguiendo los lineamientos del Código Civil Italiano de 1942 (arts. 952,955 y cons.), aún cuando este cuerpo legal se circunscribe al “derecho de edificar”, al igual que el Código Civil de Bolivia de 1976. El nuevo Código Civil de Brasil, vigente a partir del 11 de Enero de 2003, también prevé la posibilidad de que el propietario conceda a otro el “derecho de plantar en su terreno por tiempo determinado” (art. 1368).

Kiper expresa: “Cabe entender, ante lo categórico del artículo 1888, que recae sobre cosa propia, aunque el inmueble sea ajeno. Claro que es sobre cosa propia si hay plantaciones, forestaciones o construcciones; no mientras el espacio esté vacío.

Mariani de Vidal dice: en su primera modalidad; el derecho de superficie presenta a su vez dos planos: uno, antes y durante la construcción o plantación, etapa en la cual el derecho se configura como un derecho real sobre una cosa ajena (el suelo asiento de la construcción o plantación); el otro se manifiesta una vez realizada la construcción o plantación, cuando nace la propiedad superficiaria; el derecho real se convierte en derecho real sobre cosa propia ( lo construido o plantado)...En su segunda modalidad: nace como derecho real sobre cosa propia pues recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, en forma separada de la propiedad del suelo...”.

Al respecto, Alterini expresó que “es recomendable que el derecho de superficie presente dos planos, uno durante la construcción en la que el derecho se configura como derecho real sobre cosa ajena, y otro plano, cuando aparece la propiedad superficiaria y entonces el derecho de superficie se convierte en derecho real sobre cosa propia”.

De Reina Tartiere, expresa que hay una contradicción manifiesta al referirse la norma del artículo 2 de la ley 25.509 a “derecho real sobre cosa propia, constituido sobre inmueble ajeno”.

De lo expuesto anteriormente surgiría que algunos autores, califican al derecho real de superficie como derecho real sobre cosa propia sólo cuando la cosa ya está edificada, sembrada o plantada.

El fundamento de esta desatinada distinción radicaría en que antes de estar sembrado o edificado el inmueble, no habría cosa sobre la que aplicar derecho real alguno.

Ventura, sostiene que en general, la doctrina nacional, ha confundido el fundamento de la distinción y ha interpretado que cuando el legislador califica un derecho real como “sobre cosa propia” alude a la propiedad del inmueble sobre el que se ha constituido” y que “... dado que no surge muy claramente de la norma, corresponde aclarar que el “fundamentum divisionis” utilizado para esta categorización no es que el derecho real se constituya sobre un “inmueble propio o ajeno”. En realidad, la norma apunta a determinar la legitimación o grado de legitimación dispositiva de su titular. Si el derecho real es sobre cosa propia, como regla general el titular tendrá plena disposición jurídica de la cosa: podrá transferirla, gravarla, le podrá ser embargada y hasta subastada por sus acreedores; mientras si se trata de un derecho real sobre cosa ajena, salvo algunos supuestos como el usufructo, la cosa que constituya su objeto no podrá ser enajenada ni gravada. Como surge del precedente párrafo, nada tiene que ver la propiedad del inmueble sobre el que el derecho se asienta, sino la intensidad de sus facultades dispositivas, las que constituyen prerrogativas brindadas por el “ius abutendi” dentro del haz de facultades que genera el dominio”.

Atento a lo expuesto, analizaremos cuáles son las facultades conferidas a los titulares de los derechos reales sobre cosa propia.

El CCCN, enumera en el artículo 1887, cuáles son los derechos reales: dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, superficie, el usufructo, el uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda y anticresis. Disponiendo luego que los primeros seis, son derechos reales sobre



cosa propia, el séptimo, según el caso será derecho real sobre cosa propia o que recaer sobre cosa ajena, y los últimos siete son derechos reales que recaen sobre cosa ajena.

Comenzaremos analizando las facultades de los derechos reales que se incluyen dentro de los derechos reales sobre cosa propia.

Al regular el dominio perfecto en su artículo 1941<sup>25</sup>, dice que otorga a su titular, las facultades de usar, gozar y disponer, material y jurídicamente de la cosa, a las que se denominan como *ius utendi* (usar), *ius fruendi* (gozar) y *ius abutendi* (disponer material y jurídicamente). Este haz de facultades es una de las características de este derecho, y nos referimos a ellas cuando decimos que el dominio es absoluto.

En el derecho real de condominio, habrá que diferenciar si se trata de toda la cosa o de una parte indivisa. Así, el artículo 1986<sup>26</sup>, establece que cada condómino puede usar y gozar de la cosa común, y el 1989<sup>27</sup> dice que cada condómino puede enajenar y gravar la parte indivisa y los acreedores pueden embargarla y ejecutarla, estableciendo el 1990 que en relación a toda la cosa o, a una parte materialmente determinada, tienen la disposición material y jurídica, limitando dicha facultad a la necesidad de conformidad del resto de los condóminos.

En el caso del derecho real de propiedad horizontal, ya desde el concepto brindado por el artículo 2037<sup>28</sup>, surge que las facultades otorgadas al titular son las de usar, gozar y disponer material y jurídicamente, es decir que tiene todas las facultades.

---

<sup>25</sup> Artículo 1941: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga a su titular todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”.

<sup>26</sup> Artículo 1986: “Uso y goce de la cosa. Cada condómino conjunta o individualmente, puede usar y gozar de la cosa común sin alterar su destino. No puede deteriorarla en su propio interés u obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos”.

<sup>27</sup> Artículo 1989: “Facultades con relación a la parte indivisa. Cada condómino puede enajenar y gravar la cosa en la medida de su parte indivisa sin el asentimiento de los restantes condóminos. Los acreedores pueden embargarla y ejecutarla sin esperar el resultado de la partición, que les es inoponible. La renuncia del condómino a su parte acrece a los otros condóminos”.

<sup>28</sup> Artículo 2037: “Concepto. La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”.

Luego en el artículo 2045<sup>29</sup>, se establece que el propietario puede enajenar y constituir sobre ella derechos reales y personales.

Seguiremos con los conjuntos inmobiliarios. En el caso de este derecho real, el artículo 2075<sup>30</sup> en su segundo párrafo, establece que deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal, ello es así por tratarse de una propiedad horizontal especial.

En el caso del derecho real de tiempo compartido, la doctrina ha señalado que va de suyo que el titular puede poseer y usar de la sepultura conforme a su destino, como también disponer de esta sea por actos entre vivos, o bien por vía testamentaria, (79) lo que deriva de los principios generales de los derechos reales (art. 1882 CC yC).

Hicimos referencia a cada uno de los derechos reales que se encuentran incluidos dentro de la clasificación de derechos reales sobre cosa propia. Seguidamente, analizaremos cuáles son las facultades que tiene el titular del derecho real de superficie para luego determinar, su ubicación dentro de la clasificación efectuada por el artículo 1888 del CCCN.

En el derecho real de superficie incorporado al C.C.C.N., se permite que el superficiario pueda plantar, edificar o forestar sobre suelo ajeno, pero también puede hacerlo sobre el subsuelo o el vuelo ajeno. No obstante que el inmueble sea ajeno, el superficiario hace suyo lo construido, plantado o forestado.

Al tratar el artículo 2114 donde la norma de un concepto de superficie, establece que este derecho otorga a su titular facultades:

---

<sup>29</sup> Artículo 2045: “Facultades. Cada propietario puede, sin necesidad de consentimiento de los demás, enajenar la unidad funcional que le pertenece, o sobre ella constituir derechos reales o personales. La constitución, transmisión o extinción de un derecho real, gravamen o embargo sobre la unidad funcional, comprende a las cosas y partes comunes y a la unidad complementaria, y no puede realizarse separadamente de éstas”.

<sup>30</sup> Artículo 2075: “Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción.

Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial. Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real”.

- a) de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir,
- b) o esas facultades sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

De este artículo surge que en las dos modalidades que la norma prevé para el derecho real de superficie, su titular tiene todas las facultades: usar, gozar y disponer material y jurídicamente. No obstante ello, el artículo 1888 en su clasificación, establece que sólo es un derecho real sobre cosa propia si existe propiedad superficiaria. Asimismo, el artículo 2120 del C.C.C.N., en relación a las facultades conferidas dice:

“Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie. El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

Del artículo precedente surge que el superficiario puede constituir derechos reales de garantía sobre su derecho. Los derechos reales de garantía son la hipoteca, prenda y anticresis, en este caso en particular podrá constituir hipoteca y anticresis. Se encuentran legitimados para ello por los artículos 2206 y 2213 que dicen:

Artículo 2206.- “Legitimación. Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie”.

Artículo 2213.- “Legitimación. Pueden constituir anticresis los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, superficie y usufructo”.

En relación a la afectación al régimen horizontal por el superficiario, es viable, separando el terreno que le pertenece al propietario, respetando la limitación temporal establecida por el artículo 2117.

Luego el artículo 1888, establece que “...los demás recaen sobre cosa ajena”. Ellos son el usufructo, uso, habitación, servidumbres y los derechos reales de garantía: hipoteca, prenda y anticresis”.

A medida que el código regula cada uno estos derechos reales sobre cosa ajena, se advierte que estas facultades en algunos casos se encuentran en cabeza de personas diferentes, así, por ejemplo, en el derecho real de usufructo, por la denominada elasticidad del derecho real de dominio, algunas de estas facultades se ceden al usufructuario, quedando así separadas las mismas. Por un lado, tendremos la facultad de disposición material y jurídica en cabeza del nudo propietario, y por otro, la facultad de usar y gozar de la cosa en cabeza del usufructuario.

### **Conclusiones.**

En el presente capítulo, se analizó por una parte, la incidencia de este derecho real de superficie en el principio de accesión imperante en el derecho real de dominio.

Por otro lado, partiendo de las modalidades del derecho real de superficie, desarrollamos la incorporación de este derecho en una de las clasificaciones de los derechos reales, particularmente la que los distingue en derechos reales sobre cosa propia o sobre cosa ajena.

Así, se expusieron las opiniones de varios autores, cada uno con su postura sobre el tema; algunos considerándolo como derecho real sobre cosa ajena, otros sobre cosa propia y hasta incluso aquellos que consideran que se produce una transformación de este derecho que nace como derecho real sobre cosa ajena, para convertirse posteriormente en derecho real sobre cosa propia.

## **Conclusiones.**

En el presente trabajo, se desarrolló el derecho real de superficie. Se comenzó con la evolución de dicho derecho, teniendo nacimiento junto con la enfiteusis en Roma.

El Código de Vélez, no incorpora este derecho en la enumeración que establecía de los derechos reales en su artículo 2503. En la nota de dicho artículo afirma que no puede tener lugar, prohibiendo su constitución en el artículo 2614. No obstante, este derecho ha sido reconocido en países como España, Italia, Francia, Portugal, Bélgica, Chile.

En el año 2001, se sanciona la Ley 25.509 de Superficie Forestal, mediante la cual se crea y regula este derecho. La misma contenía quince artículos. La sanción de esta ley implica un cambio en el criterio utilizado por Vélez Sarsfield, produciendo la modificación del artículo 2614 del Código Civil y agregándose este derecho al artículo 2503 a través de un nuevo inciso, el 8°. A partir de allí este nuevo derecho queda integrando la enumeración de los derechos reales. La Ley 25.509 sólo se refería a los casos de forestación o silvicultura por parte de un tercero en un terreno ajeno.

El Código Civil y Comercial de la Nación, cuya entrada en vigencia fue en agosto de 2015, mantiene la incorporación del derecho real de superficie, lo que surge de la enumeración efectuada por el artículo 1887.

En este nuevo ordenamiento, el derecho real de superficie es tratado en el Título 7, del Capítulo 3, del Libro IV, en los artículos 2114 a 2128. En el C.C.C.N., se regula este derecho en forma más amplia que la ley 25.509. Así, ya no sólo se refiere a los casos de forestación o silvicultura, sino que refiere a forestación, plantaciones o construcciones.

Este nuevo Código efectúa una clasificación de los derechos en sus artículos 1888 a 1891 inclusive.

En el presente trabajo se desarrolló la evolución del derecho real de superficie, ya que el mismo comenzó estando prohibido por el codificador, a ser posteriormente incorporado en una forma restringida, regulándose en su forma más amplia en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Atento ésta incorporación en su forma más amplia, es que se analizó la inclusión del mismo en la clasificación de los derechos reales establecida en el Código Civil y Comercial de la Nación, puntualizando en aquella que se relaciona con la naturaleza jurídica de este derecho. Para ello, se analizó la afirmación brindada por el artículo 1888 del nuevo ordenamiento. Ello, atento que la misma enumera cuáles son los derechos reales sobre cosa propia, para concluir que los no enumerados aquí, recaen sobre cosa ajena, sin expresar cuál es el criterio que permite incluir un derecho en una u otra clasificación.

Se analizó esta clasificación conjuntamente con el concepto y modalidades del derecho real de superficie.

En el desarrollo del presente trabajo se expusieron las diferentes posturas doctrinarias, atento que los autores discrepan sobre la naturaleza jurídica de este derecho.

El derecho real de superficie debe incluirse como derecho real sobre cosa propia, en todas sus modalidades. Ello es así, atento que comparto con quiénes sostienen que el fundamento para efectuar una clasificación tan importante como lo es determinar si un derecho real es sobre cosa propia o sobre cosa ajena, esta dada por las facultades conferidas a su titular.

A esta conclusión, se llega a partir del análisis de este derecho y de las facultades conferidas en cada uno de los derechos reales enumerados como derecho real sobre cosa propia en el artículo 1888 del C.C.C.N., de lo cual surge que sus titulares en estos casos, tienen facultades dispositivas.

Las facultades pueden ser de uso, goce y disposición material y jurídica. A medida que se regulan cada uno de los derechos reales, los derechos reales sobre cosa propia o que recaen sobre cosa ajena, se advierte que a veces su titular goza de todas estas facultades conjuntamente, otras veces alternadamente y otras veces directamente cede las mismas

Analizando los derechos incluidos como derechos reales sobre cosa propia en el artículo 1888 y lo regulado para el derecho real de superficie, en sus dos modalidades, surge que el titular de este derecho tiene las facultades de uso, goce y disposición

material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o esas facultades sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

En el presente trabajo se sostiene que el fundamento para incluir a un derecho real en una u otra clasificación, es la facultad dispositiva que se confiere al titular del derecho. Es por ello que, al titular del derecho real de superficie, se le concede el uso, goce y disposición de la cosa. Dichas facultades surgen del concepto dado por el artículo 2114 y de las conferidas por el artículo 2120, donde se establece que son conferidas en las dos modalidades previstas para la constitución de este derecho.

La incorporación del derecho real de superficie, permitirá, en el transcurso del tiempo y cuando sea más conocido y aceptado por la sociedad, un mejor aprovechamiento económico de la tierra.

Creemos que es un instrumento apto para promover e impulsar el crecimiento y desarrollo económico.

La sanción de la ley 26.994, ha sido el punto de partida para incorporar estos nuevos derechos, que serán luego corregidos en su aplicación, con el paso del tiempo.

Es necesario que nos aboquemos al estudio de este nuevo derecho, ya que es nuestra labor, asesorar e informar a las partes sobre esta nueva figura.

Como profesionales del derecho, debemos profundizar, además de instruir acerca de este cambio, con el fin de que la sociedad se adapte al mismo, y modifique la idea arraigada por la cual no se aceptaba esta nueva visión de la tridimensionalidad de la propiedad.

## **Bibliografía.**

### **\* Doctrina.**

**ABREUT de BEGHER, Liliana**, Año 2015, “Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, en <http://www.infojus.gov.ar>.

**ALBA CRESPO, Juan José**, Año 1993, “Derecho Romano II”, Ed. EUDECOR S.R.L, Primera Edición,

**ALLENDE Guillermo L.**, Año 1964, “Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos”, Buenos Aires, Abeledo Perrot.

**ANDORNO, Luis**; Año 2003, “Superficie Forestal” en Lexis Nexis, Jurisprudencia Argentina, Núemro Especial, Bs. As. 2003-

**ANDORNO, Luis**, El derecho real de superficie, en J.A. 1985-III-.

**ANODRNO, Luis**, *Los Derechos Reales en el nuevo Código Civil de Brasil, con particular referencia al derecho de superficie*, en Zeus del 15 y 16-4-2002.

**ARGUELLO, Luis R.**; Año 1987, “Manual de Derecho Romano”, 2da. Ed. Astrea, Bs. As.

**CALEGARI DE GROSSO, Lydia**, “El derecho real de superficie forestal ley 25.509”, JA 2002-III, fasc. 13.

**CARAMELO, Gustavo ; PICASSO, Sebastián ; HERRERA, Marisa.**, “Código Civil y Comercial comentado, Tomo V, Libro Cuarto, Artículos 1882 a 2276”, 1a ed. Infojus- Ciudad Autónoma de Buenos aires.

**IGLESIAS, Juan**, *Derecho Romano. Instituciones de derecho privado*, Barcelona, 1965.

**DE REINA TARTIERE, Gabriel**, “Derecho Real de Superficie Forestal”, Ed. Abaco, Bs. As., 2003.

**Colegio de Escribanos de Capital Federal**, Año 1997, Derecho Real de Superficie – Revista del Notariado 850 – Numero Aniversario.



**GUILLARTE ZAPATERO, Vicente;** “El derecho de superficie”, Ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

**HIGHTON DE NOLASCO, Elena I.** Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales. (En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sta. Fe, Rubinzal Culzoni. Tomo 2012, n° 2).

**KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida** “Pautas para Interpretar el Código”, Ed. Astrea, Bs. As, 2015.

**KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTAS DE CHACÓN, Alicia,** “Derecho real de superficie”, Astrea, Buenos Aires, 1989.

**KIPER Claudio,** “Tratado de Derecho Reales- Tomo II”, Ed. Rubinzal- Culzoni- 1ª edición, año 2016.

**LORENZETTI, Ricardo L.** Código Civil y Comercial de la Nación, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

**MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana,** “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”- Tomo 1, Ed. Zavalía, Bs. As., 2016.

**MOREIRA, Laureando Arturo.** “Academia Nacional del Notariado”, LXIX Seminario Teórico – Práctico. Tema: El derecho de superficie.

**MOLINA QUIROGA, Eduardo,** “Manual de derechos reales”, Buenos Aires: La Ley, 2015.

**MUSTO, Néstor J.** Derechos reales, Bs. As., Astrea, 2000. tomo 2.

**X JORNADAS NACIONALES DE DERECHO CIVIL,** Corrientes, 1985.

**REVISTA DEL NOTARIADO Nro 850,** Año 1977; “Derecho Real de Superficie”.

**RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela.** Código Civil y Comercial de la Nación. Bs. As., La Ley, 2014.

**VENTURA Gabriel,** “Los Derechos Reales incorporados en el código civil y comercial de la nación y la publicidad registral”. Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

**ZAVALA, Gastón Augusto.** “Derecho Real de Superficie”. Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires número 936.

**\* Legislación.**

Ley 25.509 de “Derecho Real de Superficie Forestal”.

Código Civil Ley 340.

Código Civil y Comercial de la Nación.