

**Publicación: Revista de Derechos Reales**  
**Número 11 - Julio 2015**  
**Fecha: 30-07-2015 Cita: IJ-LXXX-989**

### **Superficie en el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación Argentina**

Por Pablo María Corna

En la época posclásica del derecho romano se buscó por parte del Estado y ciudadanos utilizar ciertos terrenos que formaban parte de su patrimonio en arrendarlos por largo término y a veces a perpetuidad a personas que tenían el derecho de edificar o plantar mediante el pago de un precio llamado pensio o solarium[1] .

En el siglo II de nuestra era ya era utilizado para asentar tribus romanizadas en la frontera del imperio como para el cultivo de vid y los olivos que demoran varios años en producir a pleno sus frutos.[2]

El pretor le concedió al locatario en los casos de arriendos perpetuos o de largo plazo acciones para protegerlo y aún para oponer excepciones a la re vindicatio del propietario. De esta manera este tipo de arrendamiento se convierte en un verdadero derecho real.

En la constitución de arriendos a largo plazo o a perpetuidad se le dio al arrendatario a) una acción in rem, para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario; b) una excepción contra la rei vindicatio del propietario y c) cualquier otra acción que tuviera necesidad para ser protegido en su derecho y posesión[3]. De esta manera, en el derecho justiniano queda consagrado en forma definitiva como un derecho real con todas las acciones protectoras de los mismos[4].

El concepto de superficie no corresponde a la extensión superficial del terreno, sino a lo que se eleva sobre él, edificaciones o plantaciones conforme lo expresa el vocablo latino: superficies, sobre la faz de la tierra[5].

#### **Antecedentes en nuestra legislación [arriba] -**

Entrado el siglo XX comenzó a entenderse en la doctrina la conveniencia de volver a introducir esta figura. Así el proyecto de Bibiloni lo había incluido como el anteproyecto de 1954 y los proyectos de 1987, 1993 y 1998.

La Ley N° 25.509 siguiendo algunos de los lineamientos del proyecto de 1998 incorpora el derecho de superficie parcialmente, como superficie forestal o de silvicultura. Ello dio lugar a discusión con respecto al significado que se le debía dar al vocablo silvicultura, el que fue interpretado en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la concepción más amplia,

debiendo quedar comprendido dentro de él, el de plantaciones teniendo de esta forma una aplicación más amplia dentro del territorio de nuestro país.

### **Naturaleza Jurídica** [arriba] -

Las antiguas teorías sobre el derecho de superficie son insuficientes para explicar las modernas aplicaciones de instituto como derecho real. Hoy nos encontramos que el derecho moderno ha evolucionado hacia una posición unívoca del derecho de dominio, sobre la antigua teoría de dos propiedades.

Primeramente enumeremos algunas de las distintas teorías con respecto a la relación jurídica con el suelo:

a) Teoría de la copropiedad: Se le atribuye una copropiedad con el dueño del terreno. Teoría errada y limitada.

b) Propiedad horizontal: Puede ser válido en países donde se utiliza este derecho para la propiedad horizontal como en Italia y Alemania.

c) Teoría de la servidumbre: Considera el uso del sobresuelo como un derecho de servidumbre. Ejemplo de ello lo tenemos en la ley suiza del 16 de marzo de 1966 que modifica el art. 779 c del código civil de dicho país y concibe este derecho como una servidumbre a favor de un tercero para construir sobre el suelo o subsuelo teniendo el derecho de conservar y utilizar lo edificado.

d) Teoría del usufructo: Considera que el superficiario tiene un usufructo con características especiales.

e) Teoría que es un derecho real sobre cosa ajena y propiedad de lo edificado o construido. [6] Esta teoría es la que nuestro código civil y comercial, siguiendo a doctrinarios españoles la acepta en el art. 2114 al establecer: Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Vemos que el código establece que en la superficie nos encontramos con un derecho sobre suelo ajeno y de una verdadera propiedad sobre lo plantado y edificado, con las más amplias facultades de usar gozar y disponer el superficiario de su derecho.

### **Modalidades** [arriba] -

ARTICULO 2115.- Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido.

También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

Siguiendo la postura del proyecto de 1998 el art. 2115 del nuevo ordenamiento, recepta tanto la superficie agrícola como la urbana, pudiéndose, constituir sobre construcciones o plantaciones existentes o futuras.

#### **Emplazamiento** [arriba] -

El art. 2116 establece: Emplazamiento. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal.

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

El derecho de superficie puede constituirse sobre el suelo de un inmueble en forma total o parcial sobre el mismo. También puede constituirse en el sobrevuelo de un edificio construido o sobre un edificio afectado a propiedad horizontal. En el caso que la extensión del inmueble afectado sea mayor a la necesaria para utilidad de la superficie esta debe ser útil para su aprovechamiento. Ejemplo de ello sería, en la forestal la construcción de galpones para guardar las maquinarias, o construcción de las oficinas para la administración; en la urbana, podría ser, jardines para embellecimiento de lo que se va a construir, pero siempre ordenado a la utilidad de lo principal.

#### **Duración** [arriba] -

A diferencia del Proyecto de 1998 que establecía en el artículo 2018 una duración máxima de cincuenta años, el nuevo ordenamiento establece que la misma puede ser de cincuenta años para la superficie de plantaciones y forestaciones y para las construcciones de setenta años, los que se cuentan desde la adquisición del nuevo derecho real. Así lo establece expresamente el art. 2117: Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las

forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

### **Constitución** [arriba] -

El código establece que solamente pueden constituir derecho de superficie los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal. Lo tenemos establecido en el artículo art. 2118: Legitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

En el caso de los condóminos deberá constar con la unanimidad de los mismos conforme lo dispone el art. 1990. En el caso de la propiedad horizontal se requiere la unanimidad y la reforma del reglamento de propiedad donde conste la facultad de constituir el derecho de superficie para elevar, entendemos que queda comprendido dentro del art. 2052.

Puede constituirse por contrato en forma onerosa o gratuita, y transmitirse por actos entre vivos o por causa de muerte, así lo establece el art. 2119: Adquisición. El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte.

Prohíbe la usucapión de este derecho salvo la prescripción breve por razones de saneamiento del mismo, estableciéndolo la parte final de la norma en comentario: No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

### **Facultades del superficiario** [arriba] -

El superficiario conserva la facultad de disponer material y jurídicamente su derecho siempre que no turbe al propietario. Ello surge del art. 2123 ya que el art. 2120 no lo relata expresamente, aunque del mismo ello se infiere.

También el superficiario puede constituir derechos reales de garantía sobre su derecho los que no deben pasar más allá del plazo máximo, lo que surge del art. 2120: 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.

También el superficiario puede afectar su derecho a la propiedad horizontal, pero el mismo no puede constituirse más allá del plazo de vigencia de la superficie. Así lo establece la segunda parte del art. 2120: 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.

Claro está, en caso de una propiedad horizontal debe estar establecido esta posibilidad en el reglamento del consorcio originario. ¿Puede existir un consorcio arriba de otro? Por lo que dispone esta norma parecería que sí. Pero el reglamento del consorcio originario de prever esa posibilidad porque deberían dejar pasar o acceder al consorcio superior. Pero la constitución de esta segunda propiedad horizontal está limitada en el tiempo, con un plazo máximo de setenta años.

### **Facultades del propietario** [arriba] -

El propietario, a diferencia de la Ley N° 25.509 art. 4 conserva sus facultades sin que pueda afectar al superficiario en el ejercicio de su posesión y sus derechos. Así, puede enajenar su propiedad, constituir derechos reales de garantía compatible con la superficie como la hipoteca, pero no la anticresis porque con ello afectaría el ejercicio de la posesión del superficiario. En el caso de aceptarse la anticresis estaríamos frente a una cesión temporal del cobro del canon.

El art. 2121 establece: 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. Tiene su fuente en el art. 2020 del Proyecto de 1998, dejando de transcribir la última parte que decía: “Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación”. Igualmente se entiende que el superficiario tiene para ello el remedio posesorio como la acción posesoria y real correspondiente.

### **Subsistencia y transmisión de las obligaciones** [arriba] -

A diferencia de la Ley N° 25.509 que lo había omitido, siguiendo las pautas del art. 2021 el art. 2123 del nuevo ordenamiento establece: Subsistencia y transmisión de las obligaciones. La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

Los aspectos fundamentales de la norma establecen:

a) La transmisión del derecho implica que se transmiten las obligaciones a cargo del superficiario al cesionario o adquirente. Como por ejemplo, la obligación del pago del canon. Si el derecho de superficie está gravado con un derecho real de garantía ¿se transmite la obligación pasivamente al adquirente? Se requiere la conformidad del acreedor para liberar al cedente. En caso que ello no se dé, el cesionario será deudor subsidiario (arts. 1632 y 1633). Si adquirió el derecho y no asumió la obligación principal su responsabilidad será solo

con la cosa (arts. 2199 y 2200). En caso de ejecución deberá ser intimado de pago previamente el deudor original y luego el tercer poseedor o adquirente.

b) La renuncia, extinción por el no uso o abandono del derecho de superficie no lo libera de sus obligaciones legales o contractuales al superficiario, las que subsistirán con los mismos alcances en que se constituyeron. Son antecedentes de esta norma el art. 2021 del proyecto de 1998 y el art. 9 de la Ley N° 25.509.

### **Destrucción de la propiedad superficiaria** [arriba] -

El art. 2122 del nuevo ordenamiento legal establece: “Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar”.

En caso de destrucción de lo construido y forestado el artículo 2028 del proyecto de 1998 establecía un plazo común de diez años. La Ley N° 25.509 en el caso de la superficie forestal o de silvicultura estableció un plazo de tres años en el art. 7. En su naturaleza jurídica estamos frente a un caso de caducidad del derecho, en la N° 25.509 era legal y en el código civil y comercial de la Nación permite modificar por acuerdo de parte. La norma no distingue si existe completa libertad para modificar el plazo, es decir ampliarlo o reducirlo. Entendemos que hay libertad para pactarlo porque está regulado como norma reglamentaria en el sentido que actúa supletoriamente. En el supuesto que haya caducado el derecho por vencimiento del plazo, ¿podrán las partes de común acuerdo restablecer el mismo derecho? Como la caducidad es inexorable e inflexible, no rigen supuestos de suspensión ni interrupción, en ese caso el único saneamiento consistirá el reotorgamiento del acto.

### **Extinción de la superficie** [arriba] -

El código civil y comercial establece en el art. 2124: “Extinción. El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar”.

Analizaremos las distintas formas de extinción:

a) Renuncia expresa: La renuncia expresa debe efectuarse por escritura pública porque todos los actos de constitución, transmisión y extinción de derechos reales debe efectuarse mediante escritura pública conforme lo dispone el art. 1017 inc. a).

Si la renuncia causa perjuicio a los acreedores podrán estos ejercer la acción de fraude del art. 338 y siguientes, y en caso de quiebra podrá ejercerse las acciones del art. 118 y 119 de

la Ley de Concursos y Quiebras. La sentencia declarará la inoponibilidad del acto frente a los acreedores.

Si la renuncia esconde una simulación para perjudicar a terceros, podrá declararse la nulidad del acto, conforme lo establece los arts. 333, 336 y 337 del nuevo ordenamiento.

b) Vencimiento del plazo: vencido el plazo el dominio se perfecciona a favor del propietario. El superficiario como poseedor se rebaja a tenedor produciéndose el constituto posesorio del art. 1923 y deberá restituir el inmueble al propietario. Si no lo hace, éste podrá ejercer la acción de desalojo.

c) Cumplimiento de una condición resolutoria: cumplida la condición la superficie se extingue y se consolida el dominio a favor del propietario. Si el superficiario no acepta que se ha cumplido la condición resolutoria deberá solicitar su reconocimiento judicialmente. Los efectos de la sentencia será retroactivo al día de su presentación.

d) Extinción por el no uso: Como ya dijimos en el caso de destrucción de lo construido o forestado el no uso implica un caso de extinción del derecho y no de prescripción. Esta forma de extinción por el no uso no está afectada por la suspensión ni interrupción de la prescripción. Vencido el plazo se extingue inexorablemente el derecho y hasta pueden hacerla valer los acreedores porque beneficia el patrimonio del propietario como garantía y prenda común.

#### **Efectos de la extinción** [arriba] -

Los efectos de la extinción lo encontramos en el art. 2125 el que dice: Efectos de la extinción. Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

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

Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

a) La primera parte de la norma establece la aplicación del principio general que el propietario es dueño de lo construido, siempre que la extinción se produzca por vencimiento del plazo legal o convencional.

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

Esto puede producir ciertas consecuencias jurídicas. Por parte de los titulares de derechos reales que gravan la superficie podrán hacer valer sus derechos. Si existe hipoteca podrán ejecutarla como si no se hubiese consolidado el derecho con la propiedad. El adquirente explotará la superficie hasta el vencimiento del plazo. Lo mismo podrá ocurrir con cualquier otro derecho que grave el derecho de superficie.

Acreedores quirografarios que han embargado la superficie: Podrán hacer valer de la misma manera su derecho, si la extinción no fue por razones legales.

Renuncia anticipada antes del vencimiento por parte del superficiario: Si lo ha hecho con la intención de perjudicar a sus acreedores a través de la acción de fraude podrán oponerla los acreedores.

En caso de quiebra, sin perjuicio de la acción de fraude la quiebra a solicitud del síndico o de algún acreedor podrá ejercer las acciones de los arts. 118 y 119 que concede la acción revocatoria concursal para declarar la inoponibilidad de la misma.

Propietario del suelo: Si existen derechos reales que gravan el suelo, estos podrán ejecutarse. Si ha habido consolidación del derecho de propiedad anticipadamente, podrán los titulares de dichos reales ejercerlos como si no hubiera consolidación del dominio.

Si son acreedores de derechos reales de garantía sobre el suelo, y la ejecución de la garantía no lograre cubrir el crédito, sobre la superficie que intenta consolidarse podrán ejercer sus derechos crediticios conjuntamente con los demás acreedores del propietario del suelo, en principio a prorrata.

Vencido el plazo legal o convencional, Habiendo hipoteca sobre el suelo, esta podrá ejecutarse y se subastará el inmueble en su totalidad y el acreedor hipotecario del suelo cobrará hasta el valor proporcional del suelo. Si existe construcción o plantación, de la misma tendrán derecho a cobrarse los acreedores quirografarios si los hay, y si el acreedor hipotecario no alcanzó a cubrir su crédito concurrirá también como quirografario y cobrará a prorrata. Si no quedan acreedores quirografarios, deberá ser entregado el sobrante al deudor.

### **Indemnización al superficiario** [arriba] -

El art. 2126 establece un sistema de indemnización al superficiario, que dice: 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.

El nuevo ordenamiento prevé un sistema de indemnización al superficiario por las mejoras producidas en el inmueble. Al respecto, el sistema de valuación puede estar previsto en el acto constitutivo de la superficie.

Si no está previsto la norma prevé que se tomará “los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”.

En el caso de plantaciones que hayan realizado en cosechas anuales, como cereales, lo lógico hubiera sido descontar los gastos de la cosecha aun no realizada (gastos de siembra y recolección) y repartir las utilidades.

En el caso de forestaciones que generalmente son a diez años, deberían descontarse los gastos efectuados en la inversión del bosque cultivado, teniendo en cuenta que los bienes de uso no inmovilizados como maquinarias le quedan al superficiario. Debería repartirse las utilidades, porque si se toma en cuenta los dos últimos años habrá un enriquecimiento sin causa a favor del propietario.

En caso de construcciones, si no realizó construcciones nuevas o mejoras en los dos últimos años el superficiario no llevaría nada. Parece excesivo

**Normas subsidiarias** [arriba] -

Los arts. 2127 2128 regulan las normas subsidiarias:

**ARTICULO 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.

**ARTICULO 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.

**Notas** [arriba] -

[1] Petit, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1961, pág. 338..

[2] Así lo señala Girad en textos, pag. 836 y 837 citado por Petit en su Tratado elemental de Derecho Romano en pág. 338.

[3] Petit, Eugene, Tratado elemental de Derecho Romano, Ed. Albatros, Buenos Aires, 1961, pág. 338.

[4] Iglesias, Juan, Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado, Ediciones Ariel, Barcelona 1958, pág. 353.

[5] Espín Canovas, Diego, Manual de Derecho Civil Español, Manual de Derecho Civil Español, Editorial Revista de derecho Privado, Vol. II, 1981 Madrid, pág. 406.

[6] Tesis que sostiene Espín Cánovas Diego , Manual de Derecho Civil Español, Manual de Derecho Civil Español, Editorial Revista de derecho Privado, Vol. II, 1981 Madrid, pág. 410.