

## Comentario al derecho de superficie del proyecto de Código Civil y Comercial Unificado

Pablo María Corna  
Carlos Alberto Fossaceca (h)

### **I. Incorporación del derecho de superficie al Código Civil** [arriba] -

El proyecto 2012 lo disciplina como un derecho real perteneciente al Libro Cuarto, Título VIII. En la actualidad se encuentra previsto parcialmente en la Ley N° 25.509, pues Vélez Sarsfield lo prohibió en el art. 2614 del Cód. Civ. originario; dispone en su art. 14 que consiste en una normativa “complementaria del Cód. Civ.”.

### **II. Antecedentes** [arriba] - [1]

Se conserva en cierta medida la estructura de la Ley N° 25.509, la cual es derogada por la ley aprobatoria del cuerpo normativo en análisis (artículo 3, inciso a). Ha ejercido mucha influencia el Proyecto del 98, que en 11 artículos (arts. 2018-2023) y con mejor técnica, reglamenta el instituto en estudio como a ponencia de la delegación argentina en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral, celebrado en Madrid en 1984 y las recomendaciones de las X y XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, acaecidas en Corrientes 1984 y Rosario en 2003, respectivamente.

### **III. Ubicación** [arriba] -

Se lo prevé en el Título VIII del Libro Cuarto, entre los derechos reales de propiedad horizontal (Título VII) y usufructo (Título IX). La misma tesitura adopta el art. 1887 en su enumeración.

Es correcto su emplazamiento debido a la amplitud de las potestades que confiere a su titular, las más amplias que pueden desmembrar al dominio.

### **IV. Metodología** [arriba] -

El título VIII del Libro Cuarto no se encuentra subdividido por ninguna sección. De forma más apropiada, el Proyecto del 98 agrupaba en diferentes capítulos las disposiciones comunes y las particulares de cada especie de superficie.

### **V. Recepción de la superficie urbana** [arriba] -

Es su más importante innovación, elección que, también, implementaba el Proyecto del 98. Aparejará muchos beneficios en el ámbito de la construcción (brindó mucha utilidad en la recuperación de la Alemania de la posguerra), teniendo su origen en la locatio ad edificandum romana.

## **VI. Diferencia con el usufructo** [arriba] -

Puede colegirse de su comparación: 1.-) El objeto del derecho de superficie estriba en un inmueble (art. 2116) mientras que el usufructo puede recaer en una cosa no fungible, un derecho (sólo en los casos en que la ley lo prevé), una cosa fungible cuando recae sobre un conjunto de animales ó el todo o una parte indivisa de una herencia cuando este derecho real de cuño clásico es de origen testamentario (art. 2130). 2.-) Las figuras del inventario (art. 2137) y de la garantía suficiente (art. 2139) de este último no se encuentran reproducidas en la normativa de la superficie. 3.-) El usufructo puede ser vitalicio para la persona física (arts. 2142 y 2152, inc. a), modalidad no concebible para la superficie (art. 2117). 4.-) Le cabe a la persona jurídica la titularidad del derecho de superficie urbana durante setenta años (artículo 2117), en el otro, el forestal sólo por un periodo máximo de cincuenta años (art. 2152, inc. b). 5.-) El lapso de no uso como causal de extinción en el usufructo radica en los diez años (art. 2152, inciso c); coincide tal duración para la hipótesis de la superficie urbana, siendo el de la forestal cinco años (art. 2124). 6.-) El usufructo resulta ser un derecho intransferible mortis causa (art. 2140); lo que no ocurre en la superficie (art. 2119).

## **VII. Definición** [arriba] -

El concepto brindado en el art. 2114 sigue la estructura de la definición prevista en el art. 2 de la Ley N° 25.509. Ha eliminado la referencia “sobre cosa propia” que provocaba confusión. No hace en ella mención a la propiedad superficiaria. Art. 2114: “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”.

El Proyecto del 98 lo definía en forma más simple y técnica en su art. 2018: “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”.

## **VIII. Especies** [arriba] -

Se deduce la existencia de dos: art. 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”.

#### *VIII. A. Derecho de superficie propiamente dicho:*

Resulta ser un derecho real sobre cosa ajena: el poder jurídico de construir o plantar en terreno ajeno. Goza como tal de la defensa de las acciones posesorias y reales (Título XIV del Libro Cuarto).

#### *VIII.B. Propiedad superficiaria*

Constituye un derecho real sobre cosa propia. Es una virtualidad del anterior pues el superficiario hace suyo lo plantado, forestado o construido o aquéllas existentes en el inmueble.

Esta manifestación bifronte (Alterini J.H) se inspira en los lineamientos instaurados en el Cód. Civ. y Comercial Italiano de 1942.

#### **IX. Régimen supletorio del derecho de superficie** [arriba] -

Innovando en este tópico, dado la carencia de regulación en la actual normativa, el art. 2127, sin perjuicio de los que las partes hubieran pactado, remite a las reglas relativas a las limitaciones del uso y goce que disciplinan el derecho de usufructo. Art. 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”.

Cabe realizar dos observaciones: la primera estriba en que no condice con una adecuada técnica legislativa el reenvío por parte de un derecho de potestades mayores a las prescripciones de un derecho de menor amplitud; tal opción podría tener asidero en el Cód. Civ. actual dada la prohibición originaria del Codificador de la figura de la superficie. La segunda radica en la carencia de un artículo con tal epígrafe en el Título IX, perteneciente al usufructo.

El Proyecto del 98 adoptó otra tesitura en su art. 2024: se regía el mentado derecho por las normas del de derecho de construir o forestar, si no se ejercía sobre una construcción o forestación concluida. Caso contrario, resultaba ser una hipótesis de propiedad superficiaria.

## **X. Régimen supletorio de la propiedad superficiaria** [arriba] -

Se le aplica las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles (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). El proyecto del 98 propició tal solución en su art. 2027.

La opción es adecuada, ya que al finalizar el derecho de superficie, el dueño del suelo readquiere el dominio en su anterior plenitud.

## **XI. Modalidad** [arriba] -

Se observan:

### *XI.A. Superficie agrícola:*

Debe ser entendida como que abarca cualquier tipo de plantación, tanto la forestación como la silvicultura. No se consigna la vinculación con el régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, que prevé el art. 1 de la Ley N° 25.509.

### *XI.B. Superficie urbana*

Recae sobre el aspecto edilicio. Permite el desarrollo de construcciones.

## **XII. Constituyente** [arriba] -

Consigna el art. 2118 que se encuentra legitimados los titulares de los derechos reales sobre cosa propia y parcialmente propia: dueño, condómino o propietario de una unidad funcional afectada al régimen de Propiedad Horizontal; este último resulta un agregado novedoso pues el art. 1 de la Ley N° 25.509 no lo menciona. Reproduce el art. 2019 del Proyecto del 98 que con más atinado criterio reglaba este punto inmediatamente después de la definición del derecho real. art. 2118.- “Legitimación. Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”.

### **XIII. Superficialio** [arriba] -

Puede ser una persona física o jurídica. El proyecto no contiene ninguna limitación al respecto. Cabe la posibilidad de concurrencia de cotitulares de ambas especies.

### **XIV. Objeto** [arriba] -

Recae sobre la totalidad del inmueble o una parte material de él (artículo 2116 “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”).

Se innova siguiendo las recomendaciones de las XIX Jornadas de Derecho Civil permitiendo que la extensión del inmueble sea mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción; no obstante, tal ampliación se condice con la utilidad en el aprovechamiento (El Proyecto del 98 ya lo había consagrado en su art. 2025). Tal es la hipótesis de un galpón decon destino para el acopio de materiales.

El objeto de la propiedad superficial estriba en las edificaciones, plantaciones o forestaciones. Las nombradas siguen participando de su naturaleza inmobiliaria igual que el suelo conforme el art. 225 del proyecto.

### **XV. Extensión** [arriba] -

Debe ser distinguida del concepto de emplazamiento como hiciera el Proyecto del 98 en el acápite de su art. 2025. Puede extenderse hacia el sobresuelo como al subsuelo, de acuerdo al art. 2116.

### **XVI. Fuente** [arriba] -

El art. 2119 hace mención a los actos a los actos inter vivos, siguiendo las líneas del art. 5 de la Ley N° 25.509. No admite la prescripción adquisitiva como modalidad de adquisición, aclarando la cuestión, dado la falta de mención en la actual normativa sobre este extremo; sólo permite la breve en aras de sanear el título.

Guarda silencio sobre la posibilidad de constitución a través de la vía testamentaria, subsistiendo la discusión doctrinaria al respecto. El Proyecto del 98 lo permitía en su art. 2026 al mencionar como causales las hipótesis de “adquisición derivada”.

#### **XVII. Cumplimiento del modo suficiente** [arriba] -

Aunque no reproduzca este capítulo el art. 4 de la actual normativa, será insoslayable la realización de la tradición y la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble, este último para otorgar al derecho de superficie oponibilidad hacia los terceros interesados de buena fe.

No es menester una norma expresa dado que resulta suficiente con la prescripción del art. 1892 del Título I “Disposiciones Generales” del Libro Cuarto, de aplicación general. También, cabe destacar en este sentido la subsistencia de la Ley N° 17.801, que ha sido objeto de pequeñas modificaciones en el Anexo II que se aduna, para adecuarla a la futura vigencia del cuerpo normativo en consideración.

#### **XVIII. Plazo** [arriba] -

Depende de la modalidad elegida: setenta años para la superficie urbana y cincuenta años para la agrícola; siguiendo para este último igual lapso adoptado en el art. 6 de la Ley N° 25.509. Se computan ambos a partir de la adquisición del título (art. 2117), es decir, cuando sean cumplidos los recaudos de título y modo suficiente. Cabe la posibilidad de prorrogarlos, siempre dentro de los parámetros máximos permitidos; se contará el nuevo transcurrir a partir de la celebración del acto.

No se ha establecido un plazo mínimo para el instituto, objeto del análisis. Tampoco la sanción legal si el periodo establecido excede el autorizado: de acuerdo a los principios jurídicos, debería ocurrir la adecuación temporal, modalidad de saneamiento de los actos jurídicos, que los reduce a la máxima amplitud temporal posible (setenta o cincuenta años, según sea el supuesto de hecho)[2]. Art. 2117.- “Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de SETENTA (70) años cuando se trata de construcciones y de CINCUENTA (50) 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”.

El Proyecto del 98 instauraba como periodo de vigencia de hasta cincuenta años.

#### **XIX. Transferencia** [arriba] -

Cabe transmitirlo, de acuerdo al art. 2119, ya mediante actos inter vivos, a título oneroso o gratuito, ya sea que ocurra la muerte de su titular. (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. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título”.

Si se produce tal fenómeno jurídico, la citada transmisión comprende las obligaciones del superficiario (art. 2123, primer párrafo, que reproduce el art. 2021, segundo párrafo, del Proyecto del 98. El art. 2123 del proyecto 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”.

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

Ellas son:

### *XX.A. Ius possidendi:*

En razón de que la superficie es un derecho que se ejercita a través de la posesión, puede ejercer las servidumbres reales que gravan al inmueble y exigir el respeto de los límites impuesto en el Capítulo 4, Título III, del Libro Cuarto (art. 1932)

### *XX.B. Actos de administración*

Goza de tal potestad: verbigracia, los contratos de arrendamiento que concierte resultarán válidos.

### *XX. C. Actos de disposición:*

Le cabe practicarlos ya sea en su faz material o jurídica: le es lícito tanto construir un nuevo piso como enajenar la cosecha recolectada. No se configura obstáculo para que enajene su derecho.

### *XX.D. Adquisición a través de la propiedad superficiaria:*

Tal es lo que regla el art. 2115, primer párrafo, en cuanto hace propio lo plantado, forestado o construido.

### *XX.E. Posibilidades de constituir derechos reales de garantía:*

Se encuentra previsto que el objeto de las mentadas garantías recaiga tanto sobre el derecho de superficie como también sobre la propiedad superficiaria; cuestión omitida en la actual normativa y aceptada en forma pacífica por la doctrina (artículo 2120, primer párrafo: “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”e).

Coincide con la postura adoptada en el art. 2026, segundo párrafo del Proyecto del 98 y con la declaración de la Comisión 4 de las IX Jornadas de Derecho Civil. Son idóneas para ello la hipoteca y la anticresis.

#### *XX.F. potestades en la superficie urbana:*

De acuerdo a la tesis recepcionada en el art. 2120, segundo párrafo, se le permite al superficiario afectar la construcción realizada al régimen de la Propiedad Horizontal, subordinado su vigencia a la duración de su derecho real. “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”.

Podrá concertar la enajenación y constituir derechos reales de garantía en las unidades funcionales que ha levantado. Tales negocios resultarán eficaces mientras exista la superficie.

Podrán subsistir los mentados efectos después de tal extinción si el propietario del suelo ha dado su consentimiento para ello.

#### *XX.G. defensa de las relación de poder y del derecho real:*

Aunque el articulado comentado no lo menciona, se encuentra tutelado por los remedios que se otorgan en el Título XIV del Libro Cuarto, es decir ejercer las acciones posesorias y reales.

#### **XXI. Obligaciones del superficiario** [arriba] -

Debe cumplir, en calidad de poseedor, con las cargas reales, medidas judiciales inherente a la cosa, los límites impuestos en el Capítulo 4, Título III, del Libro Cuarto; también, debe restituir la cosa a quien tenga el derecho de reclamarla (art. 1933).



La renuncia, abandono o la omisión de ejercer sus facultades no empecen a la subsistencia de las obligaciones que ha contraído (artículo 2123, primer párrafo).

## **XXII. Facultades del propietario del suelo** [arriba] -

Es titular de un dominio imperfecto. Conserva, en palabras del art. 2121, “la disposición material o jurídica que corresponde a su derecho”. Tales potestades incluyen la posibilidad de enajenar su derecho real, típico de las hipótesis de dominio desmembrado. No se ha incorporado un derecho de preferencia que había sido auspiciado en el Proyecto de Unificación de 1987 en su art. 2614.

Mejora la redacción del art. 3 de la Ley N° 25.509, no reproduciendo el art. 4 acerca de la imposibilidad de constituir derecho de disfrute o garantía. Es correcta tal supresión pues la importancia del límite de estas facultades radica en impedir la perturbación de los derechos del superficiario, encontrándose legitimado para constituirlos, siempre que respete el ejercicio de las potestades de aquél. art. 2121 del proyecto: “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”.

## **XXIII. Obligación del propietario del suelo** [arriba] -

No debe turbar el derecho del superficiario.

Se estimo útil en el Proyecto del 98 agregar que si aquél infringe la manda legal, “el superficiario puede exigir el cese de la turbación” (artículo 2020), teniendo al efecto la legitimación para ejercer las acciones posesorias y reales. Debe entenderse que las mismas facultades goza el superficiario en el actual proyecto (doctrina del art. 2247).

## **XXIV. Extinción** [arriba] -

### *XXIV.A. Causales:*

De acuerdo al artículo al art. 2124, ellas son: 1.-) Renuncia expresa. 2.-) Vencimiento del plazo pactado o el máximo permitido. 3.-) Cumplimiento de una condición resolutoria. 4.-) Consolidación: reunión en una misma persona de las calidades de propietario del suelo y superficiario. 5.-) Desuso: diez años para el supuesto de superficie edilicia y cinco años para el caso de plantaciones y forestaciones. Debe ser adicionado el abandono ya que el art. 2123 lo distingue de la renuncia. Resulta similar al contenido del artículo 2026 del Proyecto del 98, a excepción que preveía un lapso común de diez años para el no uso.

Se ha estimado más ventajoso ampliar el plazo de tres años contemplado en el art. 7 de la Ley N° 25.509. 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 (10) años, para el derecho a construir, y de CINCO (5), para el derecho a plantar o forestar.

#### *XXIV.B. Destrucción de la propiedad superficiaria*

No constituye su mera ocurrencia una causal de extinción, salvo pacto en contrario (art. 2122. 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 (6) años, que se reduce a Tres (3) años para plantar o forestar).

Si transcurrido tres o seis años, dependiendo si la modalidad concertada es la superficie agrícola o urbana, respectivamente, el titular no ha realizado acto de edificación, cultivo o plantación alguno, el derecho real en ponderación deja de existir.

El lapso elegido deviene una opción intermedia en virtud que la actual normativa estima prudente el período de tres años (artículo 7 de la Ley N° 25.509) y el art. 2028 del Proyecto del 98 lo situó en diez años con la posibilidad de acordar uno menor.

Debe ser diferenciado de la destrucción del inmueble en donde se asienta el derecho de superficie. Tal fenómeno provoca la extinción tanto del derecho de superficie como el del propietario del suelo.

#### *XXIV.C. Efectos*

La virtualidad radica, empleando la terminología del art. 2125 del proyecto, en que el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. De esta manera, la regla captada en la máxima romana superficie solo cedit recobra su imperio.

En el supuesto de extinción del derecho de superficie antes del cumplimiento del plazo acordado, adopta la solución del art. 10 de la Ley N° 25.509: los derechos reales y personales subsisten. El propietario debe soportarlos como si la institución comentada se encontrase vigente. Resultaría gramaticalmente más adecuado que el segundo y tercer párrafo del art. 2125 se fundiesen en uno solo.

La hipótesis de la consolidación se encuentra incluida dentro del ámbito de aplicación de la citada norma. Hubiera sido preferible su mención expresa como lo hace el art. 2022 del

Proyecto del 98. art. 2125. Del proyecto 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”.

#### *XXIV.D. Indemnización para el superficiario*

Tal consecuencia obedece a la circunstancia que el dueño del suelo adquiere la propiedad superficiaria. Es una decisión legislativa correcta.

La ley delega en la autonomía de la voluntad los parámetros de valuación. No es menester determinarlos en el acto constitutivo, cabe concertarlos en acuerdos posteriores.

Si no se ha previsto el punto en cuestión, se toma los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años. La amortización ocurrida debe ser descontada (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 (2) últimos años, descontada la amortización).

Resulta más específico que el art. 11 de la actual normativa. El Proyecto del 98 empleaba, siguiendo el método del Cód. Civ. Portugués, la medida del enriquecimiento sin causa en su art. 2023. Es clara la intención de apartarse de la declaración de lege ferenda N° 11 de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985): “sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario”.

---

[1] En el antiguo derecho español, en las Partidas que estuvieron vigente hasta la entrada en

vigencia del Cód. Civ. redactado por Vélez, la superficie permitía dividir un inmueble por capas, lo más común era el propietario del suelo y el del subsuelo. A veces se confundía con la enfiteusis. Para evitar dudas Vélez la suprime expresamente en el art. 2614 y en el art. 2617 prohíbe la división en horizontal de los edificios. Ver Allende, Guillermo L. "Tratado de Enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Cód. Civ.", Abeledo - Perrot, Buenos Aires 1964, página 115 y ss.

[2] Ver Alterini, Jorge Horacio; Corna, Pablo María; Angelani, Elsa Beatriz; Vázquez, Gabriela Alejandra; "Teoría General de las Ineficacias", Ed. La Ley, 2000, pág. 68