



Universidad de San Andrés

Departamento de Derecho

Abogacía

Derecho Real de Superficie en la Argentina

Alumno: Benjamín García Hamilton

Legajo: 25172

Carrera: Derecho

Tutor: Sebastián Elías



Universidad de

- Título: “Derecho Real de Superficie en la Argentina”
- Alumno: Benjamín García Hamilton
- Legajo: 25172
- Carrera: Derecho
- Tutor: Sebastián Elías

Derecho Real de Superficie en la Argentina

Introducción

El 1 de enero de 1869 el Congreso de la Nación sancionó la ley 340, donde se aprobó a libro cerrado¹ el Código Civil de la República Argentina (CC), redactado por el doctor Dalmasio Veléz Sarsfield. Este cuerpo normativo estuvo muy influenciado por el derecho continental, la doctrina francesa, anglosajona y romanista, entre otros; como también los códigos de Chile y el *Esboço* de Freitas en el Brasil.

El proyecto de código fue muy bien recibido por el entonces presidente Domingo Faustino Sarmiento, por lo que ordenó su promulgación sin revisión alguna por parte del Poder Legislativo. Una vez en vigencia, tuvo buenas críticas por los juristas de aquella época.

En este sentido, el jurista e historiador Ricardo Zorraquín Becú afirmó: “este Código fue uno de los más perfectos del mundo por su método, la riqueza de su contenido y la novedad de algunas construcciones jurídicas que hasta entonces no habían llegado a tener estado legislativo” (Tau Anzoátegui & Martiré, 2003)² (Tau Anzoátegui y Martiré, 2003, pp. 575).

Como es de público conocimiento, este Código Civil tuvo vigencia en la Argentina durante todo el siglo XX con pocas modificaciones; las más relevantes se dieron en la segunda mitad del siglo. Las características más importantes del Código de Vélez fue tanto el énfasis en el reconocimiento de los derechos individuales (propios de aquella época), como también la priorización de la autonomía de la voluntad.

Poco a poco y a medida que la sociedad y las costumbres fueron cambiando, se fue llevando a una mayor flexibilización en la interpretación de muchas normas del Código, hasta que finalmente se produjo la reforma mas importante en 1968. Fue con la sanción la ley 17.711

¹ Que haya sido aprobado a libro cerrado quiere decir que el cuerpo normativo en discusión no fue revisado ni discutido por los legisladores al momento de sancionar la ley 340. Una de las críticas que se le hicieron a esta ley y su promulgación fue la falta de debate por parte de la sociedad. Cabe tener en cuenta que para este período la Argentina estaba aún transitando su proceso de formación como Nación por lo que necesitaba rápidamente afianzar sus instituciones y brindar seguridad jurídica teniendo normativo en funcionamiento.

² Para más detalles sobre la redacción del Código de Vélez, sugiero el libro “Manual de Historia de las Instituciones Argentinas” de Víctor Tau Anzoátegui.

bajo el gobierno de facto del General Onganía. Una comisión de juristas presidida por Guillermo A. Borda³ “preparó la modificación de algunos puntos concretos del Código y leyes complementarias, que insufló en las legislación civil un espíritu más solidario, superando criterios excesivamente individualistas que caracterizan al antiguo código” (Martiré, 2003)(Tau Anzoátegui y Martiré, 2005, pp. 729).

Sin embargo, a pesar de estas reformas producidas, muchos de los criterios individualistas, conservadores y “rígidos”, siguieron vigentes. En palabras de la ex presidenta de la Nación, Dra. Cristina Fernández de Kirchner, los Códigos Civil y Comercial “eran instrumentos que databan de la época de las carretas, en un mundo en donde las transformaciones han sido tan vertiginosas, que exigían una adecuación de estos elementos básicos de la Nación”⁴. Es por ello que la entonces presidenta, mediante el decreto 191/11 dispuso la creación de una comisión de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial⁵. De este modo, se estableció un mecanismo para convocar a juristas y así elaborar un anteproyecto que luego fue girado al Poder Legislativo donde se constituyó una comisión bicameral para la reforma y unificación de ambos Códigos. En palabras de la Dra. Fernandez de Kirchner “se disparó una interacción profunda a lo largo y a lo ancho del país. Hubo 18 audiencias públicas en distintos puntos del país” (Casa Rosada. Presidencia de la Nación, 2014)⁶.

Finalmente, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCyC) fue presentado el 7 de octubre de 2014 y entró en vigencia el 1 de agosto de 2015, ofreciendo una alta gama de nuevos derechos en las distintas materias que regula. Según los expertos, el nuevo Código busca, “*aggiornarse* al modo de vida de la sociedad actual” (La Nación, 2015). Entre

³ Guillermo Borda fue ministro de Interior entre 1967 y 1969 durante el gobierno de facto de Juan Carlos Onganía. Fue quien impulsó y lideró la reforma del Código Civil con la sanción de la ley 17.711. Introdujo una profunda transformación en la obra de Vélez, incorporando nuevas nociones y principios como el abuso de derecho (art. 1071), la lesión (art. 954), la teoría de la imprevisión (1198), la efectiva aplicación del principio de la buena fe, entre otros. (Arias de Ronchietto, 2011)

⁴ Esta es la definición que utilizó Fernández de Kirchner en el acto de promulgación del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación en la Casa Rosada, el día 7 de octubre de 2014.

⁵ Esta Comisión estuvo integrada por los juristas Ricardo Lorenzetti, Elena Highton de Nolasco y Aída Kammelmajer de Carlucci.

⁶ Recomiendo la lectura del discurso entero que brindó la presidenta en el acto de promulgación del nuevo CCyC en el siguiente link: <https://www.casarosada.gob.ar/informacion/archivo/27984-acto-de-promulgacion-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion>

los nuevos derechos que se reconocieron, está el “derecho real de superficie” que fue agregado a la lista taxativa de derechos reales, en el artículo 1.887 del CCyC.

Objetivo

A lo largo de este trabajo, voy a investigar y analizar si se utiliza o no la figura del derecho real de superficie en la Argentina. Voy a demostrar las dificultades y temores que hay actualmente en la sociedad que, por el momento, se muestra reacia para el uso y aceptación de esta figura, que empezó a regularse de manera amplia en la Argentina a partir de la promulgación del nuevo CCyC el 1 de agosto de 2015.

También voy a ofrecer soluciones y propuestas que considero ayudarán a generar confianza y aceptación en la figura del derecho de superficie como una nueva alternativa de derecho real que ofrece las suficientes garantías para la explotación y aprovechamiento de los bienes inmuebles, según cada caso en particular⁷.

Metodología

Para llevar a cabo la investigación, en primer lugar analizaré doctrina sobre este ¿nuevo?⁸ derecho que se agregó a la lista taxativa de derechos reales en la Argentina.

A continuación intentaré responder por qué Vélez Sarsfield se negó tan rotundamente a agregar “el derecho real del superficiario” en la lista de los derechos reales del artículo 2.503 del CC; siendo un instituto aceptado y utilizado anteriormente desde el derecho romano⁹. Luego analizaré brevemente qué rol cumple el *numerus clausus* en esta investigación.

En segundo lugar haré una reseña histórica sobre cómo surgió este derecho, principalmente en el Imperio Romano y que problemas se buscó resolver con esta figura.

En tercer lugar, voy a analizar derecho comparado. Para ello voy a enfocarme en cómo y con qué fines se utiliza esta figura en Brasil y Colombia.

⁷ Recordemos que la superficie en la Argentina se puede utilizar en un sentido amplio y puede ser usado tanto para la construcción, plantación y/o forestación.

⁸ Pongo entre signos de interrogación este término por que es nuevo para el derecho argentino, pero es una figura que ya existía desde siglos atrás, como se verá en los próximos puntos del trabajo.

⁹ En el Imperio romano este derecho ya estaba reconocido como un *idus in re aliena*, (derecho que recae sobre otro dominio, limitado).

En cuarto lugar, voy a indagar sobre los intentos de incorporar esta figura jurídica en la Argentina antes de su regulación en el nuevo CCyC. Para ello voy a revisar las conclusiones de las Jornadas de Derecho Civil que hubieron en los últimos tiempos referidos a este tema, junto con el proyecto de reforma del Código Civil de 1.998 donde se buscó incluir el derecho real de superficie, aunque no prosperó; hasta que finalmente se logró incluirlo con la sanción de la ley 25.509 de superficie forestal.

En quinto lugar, analizaré cómo está regulado el derecho real de superficie en el nuevo CCyC de la Nación. Y, para finalizar, entrevistaré a escribanos para poder mostrar cómo es el panorama actual respecto al uso del derecho de superficie en Argentina¹⁰, si se utiliza la figura o no.

En base a estas investigaciones, haré mis conclusiones personales.



¹⁰ Voy a contactarme con escribanos de la CABA y de Tucumán para ver si tienen escrituras y casos de superficie.

Derecho Real de Superficie en la Argentina.

1. Definición y doctrina

Para dar inicio al presente trabajo, me parece importante analizar y definir en qué consiste el derecho real de superficie¹¹. Considero que no puedo dejar de lado la definición del codificador Vélez Sarsfield en su nota al artículo 2.503:

“El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, (...) con tal de que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno.”

Otra definición, más precisa tal vez, es la de Mariana Mariani de Vidal quien lo explica diciendo que es “el derecho real en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo), o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho real temporario, enajenable y transmisible *mortis causa* (conf. nota al art. 2503, Cód. Civil)” (Mariani de Vidal 2004, pp. 63).

Como podemos ver, se basa en una separación del derecho real. Donde, por un lado, tenemos un sujeto quien goza temporalmente del derecho de edificar o plantar y/o es dueño de lo edificado o plantado ‘superficiario’. Mientras que, por otro lado, tenemos otro sujeto que es el titular/dueño del terreno de manera separada a lo edificado o plantado allí.

Ambos pueden usar, gozar y/o disponer de su respectiva propiedad siempre que no perjudique al otro. Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón lo explican diferenciando el “*ius edificandi* que es el derecho de usar un inmueble ajeno con un fin determinado (construir o plantar...) y la *propiedad superficiaria* que es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado” (Rivera y Medina, 2016, pp. 691).

¹¹ El Digesto romano lo define como “Llamamos cosas superficiarias a las que se levantaron en solar tomado en arrendamiento; cuya propiedad es por derecho civil y natural de aquel de quien también es el suelo” D.43.18.2.

2. El rechazo del codificador

Esta figura real (en la que hay un dueño titular del inmueble y otro dueño temporal de lo construido o plantado allí) fue rechazada por Vélez Sarsfield de la lista de derechos reales del artículo 2.503 del Código Civil, lo que considero correcto.

Para entender esto, me parece que hay que tener en cuenta el momento y las circunstancias sociales y políticas en las que el Código fue redactado.

Como dije anteriormente el CC fue sancionado en un contexto en que la Argentina estaba atravesando grandes turbulencias políticas, económicas y sociales. El país estaba en pleno auge de su surgimiento como Estado y fue una condición necesaria contar con cuerpos normativos y leyes que garantizaran y sirviesen de base para la formación de la Nación.

De esta manera el Código Civil de Vélez fue de suma importancia y sirvió como un trascendental aporte para este proceso de formación.

En cuanto al libro III del Código, referido a los Derechos Reales, podríamos afirmar que fue lo suficientemente completo y también acertado en su tratamiento y regulación. Si bien, podría cuestionarse el hecho de no haber incluido el derecho real de superficie en este cuerpo, mi posición personal es que fue correcto por parte de Vélez haberlo excluido, como así también excluyó la propiedad horizontal¹².

Las razones de tal descarte están en la nota del artículo 2.502. Como se puede ver, Vélez lo hizo por cuestiones de eficacia tanto jurídicas como económicas. Desde un punto de vista jurídico, el codificador consideraba que tener una multiplicidad de derechos reales sobre los mismos bienes (por ejemplo, un sujeto propietario del terreno, y otro sujeto propietario de lo construido o plantado sobre ese terreno) sería motivo de innumerables peleas, litigios y estorbos. Esto generaría graves consecuencias desde el punto de vista económico: los bienes perderían valor y se perjudicaría tanto la explotación de esos bienes y recursos como también su libre circulación¹³. “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”, dice su nota al artículo 2.503.

¹² Si bien estos derechos se regularon posteriormente mediante leyes sancionadas por el Congreso de la Nación y fueron agregados en la lista de derechos reales del nuevo CCyC. Cabe señalar que en el período en que Vélez sancionó el CC, estos Derechos Reales todavía no existían o eran poco comunes como la propiedad horizontal. Es razonable la idea de que Vélez no los incluyó dado que iban a generar mayores inconvenientes para ese entonces.

¹³ Misma razón por la que también se prohibió expresamente el derecho de propiedad horizontal en el art. 2617 que fue modificado posteriormente por la ley 13.512 hoy derogada con la sanción del nuevo CCyC.

Considero que es importante entonces, tener en cuenta el contexto y las circunstancias económicas, jurídicas, políticas y sociales que estaba atravesando el país al momento de la redacción y promulgación del Código. Era entonces el pleno auge de la implementación de las políticas migratorias durante el gobierno de Sarmiento, donde se buscaba atraer inmigrantes con el fin de desarrollar la Nación y explotar los abundantes recursos naturales, era necesario contar con normas acordes para cumplir con ese fin. De este modo es acertada conclusión de David Nicolás Brizuela¹⁴, que expresa que Vélez buscó incentivar a la explotación de las enormes pampas desérticas creando normas de propiedad que fueran útiles para tal fin y descartando aquellos derechos que no asegurasen para ese entonces una correcta efectividad y conveniencia desde el punto de vista económico y jurídico, como eran la superficie y la enfiteusis en ese entonces (Brizuela, 2015).

Cabe tener en cuenta en este punto la teoría de Thomas W. Merrill & Henry E. Smith, respecto los ‘costos de estandarización’ contra los costos de la ‘libertad total’ en materia de derechos reales¹⁵. En este sentido, incluir la superficie en el CC en durante el siglo XIX (donde no había medios de comunicación e información como en la actualidad) habría sido totalmente costoso, imposible e ineficiente llevar registros de los distintos tipos de derechos y dueños que involucran un determinado bien (Merrill & Smith, 2000). Por ello para este período fue correcta la apreciación del codificador en excluir la superficie del CC.

En virtud de ello, podemos concluir que Vélez se preocupó principalmente por instrumentar normas que garantizaran un derecho de propiedad lo suficientemente sólido y pleno. El codificador confiaba en que la propiedad debía ser plena “hasta ‘el cielo y el infierno’ comprendiendo no sólo la superficie sino el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente” (Brizuela, 2015).

3. *Númerus Clausus*

No podemos dejar de lado referirnos al principio del *númerus clausus* (o número cerrado) al hablar de Derechos Reales. Pues son conceptos que no pueden ser analizados de manera separada, ya que se complementan uno con el otro; de modo que el *númerus clausus*

¹⁴ En la Jornada Civil de Bahía Blanca de 2015, Comisión N 14: “Derechos Reales de Superficie y Enfiteusis”.

¹⁵ Esta interesante teoría se la puede encontrar en el siguiente link
<https://dash.harvard.edu/handle/1/9414573>.

está presente en ¿casi?¹⁶ todos los ordenamientos jurídicos modernos (como el brasilero, italiano, alemán, suizo, entre otros). En aquellos países donde no se establece el *numerus clausus*, igualmente de alguna manera tratan de incluirlo por una cuestión de eficiencia y conveniencia.

El derecho argentino recepta expresamente este principio tanto en el Código Civil de Vélez como el nuevo CCyC.

El art. 2.502 del Código de Vélez decía:

“Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.”

El codificador explica en las notas de los art. 2.502 y 2.503 cuáles son las razones de esta disposición: “El Derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales (...)”.

Paralelamente, en el nuevo CCyC se mantienen los mismos lineamientos del CC de Vélez en lo referido al *numerus clausus*. Esto puede verse en el artículo 1884 que reafirma este principio diciendo:

“La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura.”

¹⁶ Según Kemelmajer y Puerta de Chacón “el sistema del número abierto es el aceptado por los Códigos español, francés e italiano de 1865” (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989, pp.2). Por otro lado, en Puerto Rico el derecho real de superficie no está tratado en sus cuerpos normativos, pero luego del caso “Lozada Ocasio v. Registrador” (diciembre de 1970) fue creado jurisprudencialmente. En dicho caso la Corte Suprema argumentó que el ordenamiento jurídico de ese país sigue el sistema del “*numerus apertus*” por lo que se convalidó un contrato de superficie entre privados, sin estar este derecho regulado en las leyes portorriqueñas (Molina Portella, 2017).

Por lo tanto, se puede definir el *numerus clausus* como el principio que consiste en la prohibición a los particulares en crear o modificar los derechos reales según su arbitrio, necesidad o conveniencia. Sólo el Estado por medio de sus poderes públicos (Poder Legislativo) puede crear, modificar o dar nacimiento a los derechos reales. Esto significa que los sujetos pueden contratar o ejercer sus derechos reales únicamente en base a los derechos enumerados en las leyes o códigos. Nuestro CCyC enumera los derechos reales en el art. 1.887, mientras que el Código anterior lo hacía en el art. 2.503¹⁷.

Una buena forma de comprender el *numerus clausus* es contraponerlo con el principio de autonomía de la voluntad. Tanto el Código de Vélez (en su artículo 1.197)¹⁸ como el nuevo CCyC (en los arts. 958 y 2.651) disponen este principio y sus límites de manera similar¹⁹. Mariani de Vidal lo explica de la siguiente manera: “el *numerus clausus* crea una gran valla a la autonomía de la voluntad, que, en cambio, juega con amplitud en materia de derechos creditorios (personales o contractuales)” (Mariani de Vidal, 2004, pp.66). Esto significa que, en nuestro derecho, los sujetos tenemos por un lado la libertad de contratar y de realizar actos jurídicos de la manera en que se estime conveniente. Es decir, hay una amplia variedad de derechos y formas en que podemos ejercerlos libremente, haciendo uso de la autonomía de la voluntad (siempre que sean jurídicamente posibles, de buena fe y no vayan en contra del orden público, la moral o buenas costumbres). Mientras que, por otro lado, en lo referido a los derechos reales, predomina la tipicidad y éstos están delimitados en una corta lista “taxativa”²⁰ del artículo 1.887 del CCyC ofreciendo poca cantidad de opciones.

Si bien, a pesar de la prohibición a los particulares a crear nuevos derechos reales, la lista taxativa de derechos enumerados en el Código ofrece a los sujetos múltiples maneras de combinarlos y así poder ejercerlos en base a las necesidades y conveniencia de cada uno. Una

¹⁷ Me parece importante destacar que la lista original del Código Civil de Vélez era menos abarcativa que la del CCyC actual. Con el correr de los años, a medida que iban surgiendo nuevas necesidades, se fueron incluyendo nuevos derechos como la propiedad horizontal, la superficie forestal, o los tiempos compartidos mediante leyes que fue sancionando el Poder Legislativo y que finalmente se incluyó en la lista taxativa de derechos reales del 1887 del nuevo Código Civil.

¹⁸ Artículo 1197 Código Civil de Vélez Sarsfield: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.”

¹⁹ No me quiero explayar mucho ni cruzarme al campo de los contratos u obligaciones. Por lo que me parece innecesario transcribir ambos artículos; de todos modos creo que la idea queda clara.

²⁰ Pongo taxativa entre comillas porque en el párrafo siguiente se analizará que tan rígida es esta cuestión y si tiene vías de escape.

forma de entender esta cuestión es siguiendo a los autores Thomas W. Merrill y Henry E. Smith. Para explicar el *númerus clausus*, ellos lo comparan con el abecedario y sostienen que el abecedario ofrece un número acotado de letras, pero con distintas combinaciones que permiten encontrar un vocabulario múltiple. Lo mismo ocurre con los derechos reales y el *númerus clausus*, donde encontramos en las leyes una lista de derechos que es acotada, pero los particulares tienen una infinidad de maneras de combinarlos según la situación y necesidad de cada uno. Así los sujetos tienen amplias alternativas para ejercerlos (Merrill & Smith, 2000).

B. Reseña histórica del derecho de superficie

1) Derecho romano.

Me parece importante dedicar unas palabras para resumir como surgió este derecho real. La hipótesis más firme y aceptada por la doctrina es la que postula que esta figura se remonta al derecho romano.

En el derecho romano, al analizar como se conformaba la sociedad, vemos que eran pocas las personas capaces de adquirir derechos y contraer obligaciones. “Sujeto de derecho es aquel en quien, sobre la humana condición, concurren otras tres: la de ser libre, ciudadano y *sui iuris*” (Iglesias, 1972, pp. 111). Esto significa que, para gozar de plena “capacidad jurídica” tal como hoy la conocemos, tienen que cumplirse una serie de condiciones: ser libre (*status libertatis*) y ciudadano (*status civitatis*). Requisitos a los que no cualquier persona podía tener acceso en el derecho romano.

En lo que refiere al derecho de propiedad, sólo los ciudadanos romanos con ciudadanía plena (*civis optimo iure*) eran quienes podían ejercer derechos de adquirir y transmitir la propiedad civil. Los sujetos pertenecientes a este estado social (*status civitatis*) eran los únicos que se encontraban facultados para ejercer toda suerte de derechos²¹ (Iglesias, 1972).

²¹ En la ley romana, la sociedad no se divide en base a “clases sociales” sino entre “estados sociales”. Las personas se dividían en libres y esclavos. Los esclavos carecen de libertad, capacidad jurídica personal y patrimonial. Solo pueden tener una poca cantidad de bienes o dinero para su disfrute o administración, pero la posesión y propiedad son de su *dominus*. Por otro lado, dentro de las personas libres, su capacidad jurídica, civil y su suerte de derechos varía de mayor a menor entre: los ciudadanos, los latinos y los peregrinos. A su vez hay sub-clasificaciones en estos tres niveles, pero considero que es irrelevante entrar en tanto detalle.

A su vez, en esta materia no existía una definición técnico-jurídica del “dominio” como si lo hay en los códigos actuales²². De todos modos, diferentes autores (como Edmundo Gatti o Juan Iglesias) coinciden en afirmar que el dominio se utilizó en la ley romana en su sentido más amplio. De acuerdo con Gatti muchos juristas partiendo sobre la base del *Corpus Juris*²³, atribuyeron al derecho romano “la definición del dominio como ‘derecho de usar y disponer la cosa propia’” (Gatti).

También, cabe resaltar que la propiedad romana presenta las siguientes características que considero importantes de mencionar: por un lado, es ejercida de manera “ilimitada” en el sentido de que se ejerce de manera absoluta y exclusiva; y por otro lado tiene una “virtud absorbente” en el sentido que “todo lo que está en el fundo (tesoros, plantas, semillas, edificios aluviones, etc.) pertenece al propietario del mismo (...)” (Iglesias, 1972, pp. 248).

Paralelamente, de acuerdo con las *Institutas*²⁴ de Gayo, todo lo que se agregue sobre un bien inmueble necesariamente pertenecerá al titular dueño de dicho bien “*superficies solo cedit*”. Éste es un principio (de accesión) que estaba establecido textualmente en el libro II de las *Institutas* donde afirma que “Lo que otro edifica en terreno nuestro, aunque lo edificase por su cuenta, se hace nuestro por Derecho natural, porque la construcción cede al terreno” (Pardo Gato, 2011, pp. 20)²⁵.

De acuerdo con David Nicolás Brizuela²⁶, durante la época Republicana²⁷ los grandes centros urbanos sufrieron un enorme crecimiento poblacional. Si bien los romanos se iban expandiendo territorialmente, los centros urbanos eran escasos e insuficientes para contener esta

²² En nuestro CCyC lo define y clasifica en los artículos 1.941 al 1.946, dedicándole un capítulo a esta materia. En el Código de Vélez se lo define en el artículo 2.506 y lo clasifica en los artículos que siguen.

²³ El *Corpus Iuris Civile*, es un cuerpo normativo que recopila constituciones y jurisprudencia romana ordenado por el Emperador Justiniano entre los años 527 y 533 d. C.

²⁴ Las *Institutas* (Instituciones) de Gayo, forman parte de *Corpus Iuris Civile*, consistían en un manual de educación y formación para los estudiantes del derecho escrito en el siglo II d. C.

²⁵ Esto tiene correlato con el principio de “virtud absorbente” nombrado anteriormente que significa que todo elemento que está, se incorpora o construye sobre el terreno como ser plantas, edificios, etc. pertenecen al propietario del mismo.

²⁶ Titular de Cátedra de Derecho Romano en la Universidad Nacional de la Rioja.

²⁷ El período de la República comprende desde el 510 a. C. hasta el siglo 4 d. C. poniendo fin a la Roma primitiva donde gobernaba una Monarquía. Caracteriza este período la nueva forma de organización política y social que culmina sentando las bases de un gobierno republicano.

expansión. La población se trasladaba de zonas rurales a las ciudades principalmente en búsqueda de mejores condiciones laborales y comerciales.

Este crecimiento urbano derivó en un problema desconocido hasta entonces que fue la escasez de vivienda. Ante la falta de espacio urbano para contener el crecimiento la población, surgió el derecho de superficie como una respuesta y solución al carácter antieconómico²⁸ del concepto romano del dominio explicado anteriormente (Brizuela, 2015)²⁹.

C. Derecho comparado

Al analizar las normativas en distintos países me pareció innecesario comparar las normas y tratamientos referidas al derecho real de superficie, debido a que las diferencias que hay entre un país y otro son pocas e irrelevantes, por lo que tornarían esta sección monótona y abrumadora. Es por ello que prefiero hablar de países que llamaron mi atención en cuanto al uso que le dan a esta institución y que considero podría servir a que nuestros legisladores traten de imitarlas para resolver los problemas que la Argentina tiene en común con los países que voy a citar.

1) Brasil

El primer caso que resultó llamativo e innovador³⁰ es el de la República Federativa del Brasil.

Allí derecho de superficie ya estaba incluido en el *Institui* o Código Civil de 2.002³¹, donde se lo regula de maneras muy similares a la de nuestro CCyC, presentando pocas diferencias doctrinarias. Por ejemplo, el Código brasileiro resuelve como será la indemnización en caso de

²⁸ Antieconómica en el sentido de que las tierras no eran lo suficientemente bien explotadas.

²⁹ En “Derecho real de superficie. El equilibrio entre la construcción de viviendas y el medio ambiente”. Comision 14 de Derecho real de superficie y enfiteusis.

³⁰ Innovador en el sentido en que buscan utilizarlo como medio para resolver el problema de la escases de vivienda.

³¹ Según el profesor Rodrigo Momberg Uribe, investigador jurídico de la Universidad de Medellín, el nuevo Código de Brasil se caracteriza principalmente por hacer hincapié en su sentido social, a diferencia del Código anterior de 1912 que se caracterizaba por su individualismo. (Momberg Uribe, 2014)

expropiación del bien donde se constituye el derecho real de superficie. Determina que, en caso de extinción del derecho de superficie como consecuencia de expropiación, la indemnización corresponde al propietario y al superficiario de acuerdo con el valor correspondiente del derecho real de cada uno. Y también resuelve que, en caso de venta de uno de los inmuebles, el superficiario o propietario tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones.³²

Pero el derecho de superficie tuvo una mayor relevancia con la sanción de la ley federal 10.257 conocida como “Estatuto de la Ciudad”. Esta ley se sancionó con el fin de reglamentar el capítulo II de ‘Política Urbana’ de la Constitución de 1.988. Con esta norma, se buscó ofrecer respuestas al problema del déficit habitacional que sufre el país, urbanizar los barrios y viviendas informales y garantizar el acceso a la vivienda digna ofreciendo para ello una serie de herramientas jurídicas y potestades a los gobiernos estatales y municipales para poder hacer frente a esta crisis habitacional.

Como es de público conocimiento, Brasil se caracteriza por sus altos niveles de desigualdad social y ello se ve reflejado en la cantidad de asentamientos informales. En la segunda mitad del siglo pasado se produjo una importante migración de la población desde zonas rurales a los centros urbanos en búsqueda de mejores oportunidades y ofertas laborales. Muestra de ello lo ofrece el Instituto Pólis al afirmar que en la década de 1.960 a 1.970, la población urbana pasó de ser un 44,7 % al 55,9 % de la población total; mientras que, en este mismo período, la población rural pasó del 55,3 % al 44,1 % de la población total. Es decir que, en 10 años la relación entre la población urbana frente a la población rural se contrapuso. Siguiendo con la misma línea, para el año 2.000 “el 81,2 % de la población brasileña vivía en las ciudades (...) en las 500 ciudades de mas de 50.000 habitantes viven casi las $\frac{3}{4}$ partes de toda la población del país” (Pólis, 2002).

Este crecimiento urbanístico desenfrenado e incontenible trajo como principal consecuencia el crecimiento de centros urbanos informales, conocidos como ‘favelas’. Como consecuencia, la mayoría de las ciudades quedaron contrastadas entre barrios con la mejor infraestructura y calidad de vida, mientras que por otro lado y a muy poca distancia resaltan los hogares más precarios e irregulares. Éstos no pueden contar con los servicios e infraestructura esenciales y en

³² Esto puede verse en los artículos 1.373 y 1.376. Por otro lado la definición del derecho de superficie está en el art. 1369, donde la diferencia que tiene con la definición del CCyC es que prohíbe la obra en el subsuelo, salvo que sea inherente al objeto de consesión.

muchos casos están fuera de control por parte del gobierno³³. La mayoría de estos asentamientos se establecieron en propiedades estatales o zonas ambientalmente peligrosas, donde gente de bajos ingresos solamente tiene la posibilidad de instalarse o comprar en el mercado negro parcelas (en connivencia con el poder político) que resultan ser más baratas por no contar con ningún tipo de infraestructura³⁴.

Como respuesta a este problema, se hicieron varias reformas en los últimos tiempos. En primer lugar, con la reforma constitucional de 1.988 se incluyó un capítulo de ‘Política Urbana’ que posteriormente, luego de intensos debates y movilizaciones, terminó siendo reglamentado con la sanción y promulgación de la ley del ‘Estatuto de Cidade’. Posteriormente, en 2.003 entró en vigor el nuevo Código Civil con una visión más social que el Código anterior, donde predominan principios jurídicos más solidarios y se agregó el derecho real de superficie (Momberg Uribe, 2014).

El Estatuto de la Ciudad “reglamenta y crea nuevos instrumentos para la construcción de un nuevo orden urbano (...) e identifica estrategias e instrumentos de regularización de asentamientos informales en áreas públicas y privadas” (Pólis, 2002). En suma, lo que busca la ley es reglamentar y ofrecer una “caja de herramientas” jurídicas y políticas como también directrices a los gobiernos estatales y municipales para que puedan llevar a cabo planes de urbanización. Una de estas “herramientas” que ofrece es la superficie, que está en la lista del art. 4 de la ley y regulado en el capítulo VII del Estatuto de manera similar al Código Civil brasileño.

Me parece importante que se incluya la superficie como una de las herramientas para llevar a cabo este plan de urbanización en el sentido de que se puede ofrecer a los sectores carenciados la posibilidad de poder construir su vivienda en terrenos ajenos. De esta manera podrán gozar de ser propietarios de sus hogares con justo título y de manera legal. Y a su vez, los terrenos aptos para construir podrán ser explotados sin necesidad de que sus dueños se vean obligados a venderlos o sean usurpados. Ante esta situación, los beneficiarios son

³³ Similar a lo que ocurre casi todas las ciudades de América Latina. En la Ciudad de Buenos Aires crecieron enormemente los centros urbanos de las periferias con condiciones habitacionales muy precarias.

³⁴ De acuerdo con el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadísticas, para el año 2010 fueron más de 11,4 millones de personas las que viven en las favelas. Según este instituto es casi el doble de personas en comparación con 5 años atrás. Esto muestra que a pesar del crecimiento económico que atravesó el país en la década de 2010, el problema siguió vigente y sin poder resolverse. (Notimérica, 2011)

tanto los titulares de los inmuebles (públicos como privados) como también quienes se encontraron en la necesidad de usurpar un terreno para poder construir su propia vivienda.

2) Colombia

Otro caso que me llamó la atención es el de la República de Colombia. Si bien, el artículo 665 del Código Civil define los derechos reales y enumera una lista “taxativa”³⁵, no está incluido el derecho de superficie. Sin embargo, posteriormente, en su artículo 739 autoriza a sembrar o construir en terreno ajeno.

Lo curioso en este país con respecto al uso del derecho de superficie es el Tratado de Paz que firmó el gobierno colombiano con el grupo guerrillero de las FARC. En efecto, en noviembre de 2016 firmaron un tratado con el propósito de poner fin a la lucha armada entre ambos sectores después de 50 años de enfrentamiento. Este acuerdo, en el punto I, busca llevar a cabo una “reforma rural integral”, para una redistribución de la tierra, mejorar su capacidad productiva y reconocer nuevos derechos al campesinado y sectores vulnerables de las zonas rurales³⁶. Una de las herramientas con las que se intentará cumplir su objetivo es el derecho real de superficie que se estableció en el decreto 902 de 2017³⁷.

Paralelamente, el gobierno presentó en mayo del año pasado un “Proyecto de Ley de Tierras” que busca modificar el artículo 665 al agregar el derecho de superficie en la lista de derechos reales.

Alejandro Reyes Posada³⁸, advierte que “el proyecto trae una figura novedosa para crear un mercado de usos de la tierra como derechos reales, heredables o transferibles por escritura

³⁵ Artículo 665 del Código Civil de Colombia dice: “*Derecho real es el que tenemos sobre una cosa sin respecto a determinada persona. Son derechos reales el de dominio, el de herencia, los de usufructo, uso o habitación, los de servidumbres activas, el de prenda* y el de hipoteca. De estos derechos nacen las acciones reales.*” Como se puede ver, no están enumerados todos los derechos reales, por eso es que pongo taxativa entre comillas.

³⁶ Acuerdo final de Paz firmado entre presidente Juan Manuel Santos y el Comandante del Estado Mayor de las FARC Timoleón Jimenez.

³⁷ Este decreto, es el que reglamenta la Reforma Rural Integral establecido en el Punto I del tratado de paz.

³⁸ Reyes Posada es abogado de la Universidad Javeriana de Bogotá y Sociólogo con Master de UC Berkeley. Entre otras cosas se dedica a la investigación y actualmente es asesor del ministro de

pública, conocido en otros países como derecho real de superficie” (Perfetti del Corral, 2017). A su vez, Rocío del Pilar Peña Huertas y María Mónica Parada Hernández manifiestan en su artículo de *El Espectador* del 1 de mayo de 2017, que de este modo “el derecho real de superficie se convierte en un mecanismo para que los empresarios y agroindustriales desarrollen sus proyectos productivos a costa de los baldíos de la Nación y de pequeños y medianos propietarios que carezcan de recursos para poner en marcha sus propios proyectos productivos” (Peña Huertas & Parada Hernández, 2017).

En otras palabras, la manera en que se busca implementar la figura del derecho real de superficie en Colombia es permitiendo a los campesinos y empresarios que hacen uso y explotan los terrenos, muchas veces de manera irregular, puedan hacerlo de manera legal sin necesidad de tener que usurpar ni transferir la titularidad. A su vez, los propietarios de terrenos que no cuenten con recursos suficientes para explotarlas tienen la posibilidad de ofrecerlos para que otros inversores lo hagan sin necesidad de transferir o perder su titularidad. Así, se les reconoce la titularidad a sus dueños (y principalmente al Estado) y se ofrece al campesinado o a los empresarios y/o inversores la posibilidad de trabajar y explotar la tierra y sus recursos como lo vienen reclamando.

Este asunto generó controversia pues, muchos opositores al acuerdo de paz argüían que este acuerdo consistía en regalar parcelas de tierras tanto a los sectores revolucionarios, como así también a los grandes empresarios, lo que generaría mayor desigualdad; pero Peña Huertas y Parada Hernández lo desmienten afirmando que “(el acuerdo de paz) de ninguna forma estuvo concebido para entregar territorios a las FARC, para profundizar los problemas de inequidad agraria ni para otorgar beneficios a los grandes empresarios (...)” (Peña Huertas & Parada Hernández, 2017).

D. La experiencia en Argentina

1) Intentos de incluir la superficie en nuestro ordenamiento.

El caso de Argentina es diferente al de los países analizados recientemente. Pues, como dije anteriormente, el derecho de superficie estaba expresamente prohibido en el Código Civil de

agricultura de Colombia. Se especializa en temas relacionados con conflictos por la tierra, grupos paramilitares y guerrilleros, control estatal del territorio, políticas agrarias, entre otros. Su sitio web oficial es: <https://alejandroyesposada.wordpress.com/about/> (Alejandro Reyes Posada, 2018)

Vélez en el art. 2.614³⁹ y en la nota del art. 2.503 al decir “No enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar”. Si bien los proyectos de reforma sin éxito que hubieron en 1.926, 1.936 y 1.954 (proyectadas por Juan Antonio Bibiloni y Jorge Joaquín Llambías, juristas de enorme prestigio e influencia en el derecho argentino) no incluyeron la superficie, manteniendo así una posición similar a la de Vélez Sarsfield (Sáenz, 2018).

Del mismo modo en que hubieron intentos de reformas (y modernización) de los Códigos Civil y Comercial en la Argentina, desde el sector doctrinario y académico también prevaleció la idea de incluir la superficie en nuestro ordenamiento como nuevo tipo de derecho real.

En primer lugar, en las conclusiones de las “IX Jornadas Nacionales de Derecho Civil” celebrada en la ciudad de Mar del Plata en 1.983, no se hace referencia al derecho de superficie, pero sí hay una comisión dedicada al “derecho a la preservación del medio ambiente, responsabilidad por daño ecológico”. Me parece importante nombrar esto, por que considero que esta comisión fue uno de los puntapiés para la sanción de la ley 25.509.

Luego, a partir de las “X Jornadas de derecho Civil” celebradas en Corrientes en 1.985, el derecho de superficie comenzó a ser aceptado por la doctrina argentina, por lo que en las conclusiones afirman que “*de lege ferenda* resulta conveniente regular el derecho de superficie”. En estas conclusiones se recepta el derecho de superficie en un sentido amplio, es decir para forestación y construcción.

Años más tarde, a diferencia de los proyectos anteriormente nombrados, la superficie fue repetidamente incluida en los proyectos de reforma (y unificación) de los Códigos Civil y Comercial de 1.987, 1.991 y 1.998⁴⁰, aunque sin éxito alguno (Gurfinkel de Wendy, 2016)⁴¹.

A saber:

³⁹ Art. 2.614 del Código Civil de Vélez Sarsfield: “*Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna.*”

⁴⁰ Me parece muy extenso e innecesario extenderme explicando cada proyecto, creo que con nombrarlos y hacer una breve referencia a cada uno es suficiente.

⁴¹ Una síntesis de los diferentes intentos de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial de los últimos tiempos se puede encontrar en el decreto 1710/2008 de “creación de la Comisión para la elaboración del proyecto de ley de reforma, actualización y unificación de los Códigos Civil y Comercial”. Allí se explican brevemente y cronológicamente los distintos proyectos de reforma que hubo.

El primero de ellos fue el del año 1.987, que incluyó en la lista de los derechos reales el derecho de superficie, quedando regulado dentro de las restricciones y límites del dominio, “(...)se trata de la limitación mas importante al dominio, en cuanto restringe fuertemente, desde el punto de vista cuantitativo, el señorío físico sobre el suelo” (Kemelmajer de Carlucci & Puerta de Chacón, 1989).

Osvaldo Camisar, fue uno de los juristas que participó activamente en la elaboración del Anteproyecto y resalta que entre los méritos del proyecto se destacaban los siguientes “(...) creaba un sistema integral de derecho privado; introducía importantes reformas en instituciones tradicionales (personas, régimen societario, contratos, obligaciones, derechos reales, régimen de contabilidad, compraventas, normas relacionadas con el régimen bancario) (...) y también incorporaba nuevos institutos del ámbito civil y comercial”. De acuerdo con este jurista, en las normas proyectadas se destaca la idea de “modernización del derecho privado” (Camisar, 2007). Este Anteproyecto de reforma y unificación fue aprobado por ambas Cámaras del Congreso de la Nación, pero finalmente fue vetado por el entonces presidente Carlos Saúl Menem⁴².

El segundo intento de reforma y unificación fue el proyecto de 1.993 pero considero que al haber sido tan reciente al veto anterior, contó con poca relevancia y apoyo político. Fue aprobado por la Cámara de Diputados pero nunca fue tratado por el Senado. Tanto este proyecto como el de 1.987 contemplaban el derecho de superficie pero solamente para construcciones, dejando de lado la plantación.

Por último, el proyecto de 1.998 tuvo una perspectiva diferente, ya que fue el primer intento de reforma y unificación de los Códigos Civil y Comercial luego de la reforma constitucional de 1.994. En la nota de elevación del proyecto, la Comisión de reforma afirma que, en cumplimiento a lo ordenado por el decreto del PEN 685/95, buscaron incorporar en el proyecto aquellas instituciones que se consideren necesarias para “acompañar el proceso de modernización que ha emprendido el país”, atendiendo a las directrices y lineamientos de la reforma de 1.994, y a los Tratados de jerarquía constitucional de acuerdo con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional (Proyecto, 1998). Este proyecto, establecía el derecho de superficie

⁴² Considero que este Proyecto fue el más importante. En primer lugar por haber sido el primer intento profundo de reforma luego de la ley 17.711 en 1.968; y en segundo lugar por que fue aprobado por ambas Cámaras del Congreso e incluso contó con el aval del entonces presidente Menem. Lamentablemente fue vetado por el Poder Ejecutivo por recomendación del ministro de economía Domingo Cavallo por contener normas de contenido indexatorio que eran contrarias al plan de convertibilidad vigente por la ley 23.928 (Wayar, 2012).

tanto para las plantaciones como la construcción y sirvió como fuente y guía para el CCyC de 2.015⁴³. Fue aprobado por la Cámara de Diputados pero finalmente no fue sancionado.

2) Ley de Superficie Forestal 25.509

Finalmente en el año 2.001 se incorporó a la lista cerrada de derechos reales del Código Civil la superficie forestal gracias a la sanción de la ley 25.509.

Esta ley surgió con fines de reglamentar el artículo 41 de la Constitución Nacional⁴⁴ que fue agregado con la reforma de 1.994 y refiere al cuidado del medio ambiente. De ello se sigue que la ley 25.509 fue sancionada para promover la forestación y la silvicultura; tal como su nombre ‘Ley de Superficie Forestal’ lo indica, dejando de lado la superficie edificada⁴⁵. Es por ello que me atrevo a decir, esta ley fue insuficiente en sí misma para regular el derecho de superficie propiamente dicho, por lo que fue motivo de objeciones.

Por su parte, las XIX Jornadas de derecho Civil de Rosario, hicieron sus críticas a la ley por considerar que “Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos” (XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Rosario y Universidad Católica Argentina, 2003)⁴⁶.

⁴³ Si vemos las normas referidas a la superficie, muchas de ellas utilizaron como fuente las normas del Proyecto de Código Unificado de 1998.

⁴⁴ Art. 41 de la Constitución Nacional: *“Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales (...).”*

⁴⁵ Dice el art. 1 de la ley 25.509: *“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”.*

⁴⁶ Recomiendo ver las conclusiones de las XIX Jornadas de Rosario en:

<http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/91-2003-xix-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-rosario-y-universidad-catolica-argentina-rosario>.

A su vez, cabe resaltar que esta ley “surgió con características propias y diferentes a los lineamientos que marcaron los distintos antecedentes legislativos previos” (Abreut de Begher, 2015).

Por último, estimo que, en coincidencia con lo que expresa Andrea Salvini, esta norma no fue muy bien recibida por la sociedad en general, por no haber tenido la suficiente difusión y por ende a causa del desconocimiento de la sociedad en el uso de este nuevo tipo de derecho (Salvini, 2017).

E. Nuevo Código Civil y Comercial.

1) Análisis del CCyC

Como dije anteriormente y es de público conocimiento, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación entró en vigencia el 1 de agosto de 2015. En este finalmente se incluyó el derecho de superficie en un criterio amplio⁴⁷, incluyendo la posibilidad (o el derecho) de forestar, plantar, o construir; o un derecho sobre lo ya forestado, plantado o construido en un terreno ajeno.

El art. 2114 del CCyC lo define de la siguiente manera:

"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".

En primer lugar me parece importante señalar que con la incorporación del derecho de superficie en el CCyC, se deja de lado el principio de ‘accesión’ que analizamos anteriormente y que caracterizó durante décadas (si no siglos) nuestra legislación. Se produce entonces un quiebre del principio *superfice solo cédit* (Bergher, 2016).

⁴⁷ En el caso de Bolivia, por ejemplo, se regula por un lado el derecho a construir “derecho real inmobiliario”, mientras que por otro lado se regula la propiedad superficiaria que excluye las plantaciones y refiere a “tener como propio la cosa edificada sobre terreno ajeno” (40 Jornada Notarial Bonaerense).

Esto por más secundario que parezca, va a significar un cambio en nuestro conocimiento y presunción respecto del concepto de dominio que tenemos adquirido en nuestra cultura.

Como analizamos en el Punto I, vimos que el CCyC prevé dos situaciones para la superficie. Por un lado cuando su objeto es un derecho (de forestar, plantar o construir); y por otro lado cuando su objeto es la propiedad de lo ya forestado plantado o construido⁴⁸.

Otra particularidad que ofrece el CCyC es la posibilidad de que pueden constituir este derecho “los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”⁴⁹.

Como podemos ver, hay una amplia gama de legitimados a constituir la superficie; la única excepción son los inmuebles de dominio público del Estado que están excluidos incluso en caso de que hubiese alguna norma de derecho administrativo que reglamente este tipo de situación. (Gurfinkel de Wendy, 2016).

El propietario del terreno es titular del dominio de manera plena y perfecta, pero al momento de constitución del derecho de superficie (a favor del superficiario) el dominio será desmembrado y pasará a ser imperfecto y limitado. Mientras dure el derecho de superficie, podrá disponer jurídica y materialmente de su dominio pero siempre que su acción no turbe el derecho del superficiario. Esto significa que el propietario tiene una obligación de abstención, hasta que finalice el plazo estipulado que no puede ser superior a los setenta años para las construcciones y cincuenta años para las plantaciones⁵⁰.

Sin embargo y de todos modos, el propietario conserva “la potestad de constituir otros derechos reales de usufructo o garantía, en la medida que no imposibiliten el ejercicio del derecho del superficiario” (Gurfinkel de Wendy, 2016).

El CCyC dedica un artículo a nombrar las facultades del superficiario que también es titular del dominio pero de manera limitada, ya que sus acciones no pueden turbar el derecho del propietario y estará sujeto también al plazo estipulado. En palabras de Gurfinkel de Wendy, “nacida la propiedad separada, o adquirida la ya existente, el superficiario tiene sobre la misma los derechos de un dueño, incluyendo la disposición material, claro está que limitada al tiempo de duración de su derecho”. Entre estos derechos y facultades, está incluida la de constituir

⁴⁸ Incluyendo en claquier caso el subsuelo y/o el vuelo.

⁴⁹ Art. 2118.

⁵⁰ Vimos anteriormente que la superficie es un derecho temporal. Puede ser renovado, pero en ningún caso puede superar el plazo máximo establecido en el art. 2117 CCyC.

derechos reales de garantía (hipoteca y anticresis)⁵¹. El superficiario está facultado a constituir derechos reales de garantía sobre su propiedad superficiaria, sobre lo construido, plantado o forestado. Esto siempre de manera que no turbe al propietario y limitado al plazo de duración.

También se permite al titular del derecho de superficie afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal. Esto me parece importante para fomentar las inversiones en desarrollos inmobiliarios donde el superficiario pueda someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal siempre que se trate de un derecho a construir, y no haya pacto en contrario entre el propietario y superficiario. De ser así, el superficiario podrá transmitir o gravar las unidades funcionales de manera independiente del terreno durante el plazo estipulado de duración del derecho de superficie.

A su vez, se permite que un inmueble sea gravado con el derecho real de superficie en su totalidad o en una parte determinada incluyendo el subsuelo y el espacio aéreo.

El CCyC también regula los casos de extinción del derecho de propiedad superficiaria y esto va a depender si se trata de un derecho de superficie o de la titularidad de la propiedad superficiaria. En caso que se destruya la propiedad superficiaria, el derecho se extingue si no se construye nuevamente en el plazo de 6 años, o de 3 años si no se vuelve a plantar o forestar. Mientras que frente al derecho de construir, plantar o forestar, éste se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, y/o por consolidación; como también por el no uso durante diez años para el derecho de construir y de cinco para el derecho de plantar o forestar (art. 2.124)⁵².

Para finalizar, en cuanto a los efectos de la extinción, el principal efecto es que una vez finalizada la superficie por cumplimiento del plazo legal o convencional, el propietario del suelo hace suyo lo construido plantado o forestado; es decir el propietario vuelve a tener un dominio pleno y perfecto sobre el terreno y lo que haya sobre él. A su vez, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, salvo que haya pacto en contrario y el monto será el que acuerden las partes al momento de constituir el derecho real de superficie o en algún acuerdo posterior. El legislador, lo que busca con esto según Gurfinkel de Wendy, es evitar que haya un enriquecimiento sin causa por parte del dueño del terreno.

⁵¹ Vale recordar que la prenda recae sobre bienes muebles, pero el derecho real de superficie recae siempre sobre bienes inmuebles.

⁵² Por 'no uso' debe entenderse no sólo por la inacción del titular del derecho de construir, plantar o forestar sino también cuando las obras realizadas se apartan de lo que fue pactado al momento de constitución del derecho (Gurfinkel de Wendy, 2016).

Como puede verse, la reglamentación que ofrece el nuevo CCyC nos permite gozar este derecho de diferentes maneras y con diversos fines. Si bien tiene normas de orden público que no se pueden violar (como por ejemplo los plazos máximos, las facultades del superficiario y del propietario, etc.) me atrevo a afirmar que no hay lagunas normativas en la regulación de este derecho y que el CCyC ofrece una amplia gama de maneras y facultades a los sujetos que lo pueden ejercer.

2) La realidad de los hechos

Si bien en agosto pasado se cumplieron tres años de la sanción del nuevo CCyC y de la incorporación del derecho de superficie a nuestro derecho, la realidad actual nos muestra que, por el momento, no hay registros ni uso de esta figura. Tampoco hay conocimiento en la sociedad de su existencia y sus ventajas, por lo que prefiere resguardarse bajo otras figuras similares y más reconocidas.

La escribana Isabel María Padilla, afirmó que en su escribanía⁵³ (donde hay cuatro registros notariales) no tienen ningún registro de derecho real de superficie que hayan realizado desde la vigencia del CCyC hasta la actualidad.

Manifiesta que recibieron unas pocas consultas sobre esta figura en casos donde el dueño de un inmueble muestra interés de realizar una inversión (principalmente algún tipo de desarrollo inmobiliario), pero no cuentan con el capital suficiente para ello. Se trata de situaciones en que hay sujetos que quieren explotar sus terrenos pero sin desprenderse de la titularidad.

En casos como este, claramente la mejor figura para llevar a cabo el proyecto es la superficie, donde la inversión y el riesgo lo asumiría el superficiario, ya que el propietario no necesita poner dinero y el inmueble sigue siendo suyo.

Pero, lamentablemente en los propietarios terminan optando y prefiriendo otras figuras jurídicas más conocidas como la permuta por futuras unidades funcionales a construir, o algún otro negocio que ya conocen y en los que cuentan con mayor experiencia. La razón de esto es que hay poca o nula experiencia con la superficie como tampoco es conocida por los inversores, quienes optan por usar otras figuras con un marco jurídico menos incierto, como por ejemplo, la permuta que es la más común y en la que hay mayor experiencia según la citada escribana⁵⁴.

⁵³ La escribanía Padilla está radicada en la ciudad de San Miguel de Tucumán. Cuenta con larga trayectoria tanto en la provincia como en la región del Noroeste argentino.

⁵⁴ En este sentido, me parece que estas figuras en las que buscan resguardarse los inversores es una buena forma de entender la teoría anteriormente citada (pág. 9) de Merrill y Smith sobre la metáfora del

En líneas similares declaró la escribana Eugenia Elizalde quien trabaja para la escribanía Yofre de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Afirma que en su escribanía no hay un solo derecho de superficie registrado hasta el momento. Al igual que la escribana Padilla, manifiesta que a pesar de las pocas consultas recibidas por los inversores interesados en explotar su bien inmueble, prefieren ampararse bajo figuras jurídicas con las que tienen mayor conocimiento y experiencia. Las más comunes son la permuta y el fideicomiso inmobiliario.

Ambas escribanas consideran que la figura de la superficie es una buena opción para desarrollar una inversión, como también para realizar la explotación de un bien inmueble sin perder la titularidad. Coinciden en afirmar que los inversores y propietarios muestran poco interés, primero por que es una figura que es de larga duración, segundo por que hay poca o nula experiencia en Argentina que sirva para usar como modelo entonces lo ven como riesgoso e inseguro incursionar en una figura de la que desconocen con qué inconvenientes y riesgos pueden encontrarse (especialmente si se tiene en cuenta la inestabilidad que caracteriza a nuestro país).

Padilla, considera también a la superficie como una ‘propuesta superadora’ a los arrendamientos de largo plazo. Pero, como vimos, por el momento los inversores no se sienten ‘incentivados’ en usar esta figura.

F. Conclusión.

Personalmente considero que la superficie es poco usada en nuestro derecho no solo por la falta de garantías y experiencia en torno con esta figura, sino que también por una cuestión cultural.

Nuestro país, a lo largo de su historia, se caracterizó por poseer un amplio territorio y falta de población. Esto muestra que nunca tuvimos que afrontar el problema de la falta de territorio, como ocurrió en el período de la República en Roma, lo que trajo como resultado el surgimiento del derecho de superficie; o como ocurre en las grandes ciudades de Brasil que llevó a que se dicte la ley del ‘Estatuto de la Ciudad’ anteriormente analizada.

Esto trae aparejado que durante generaciones conocemos y ejercemos el derecho de propiedad de manera amplia y perpetua. Del mismo modo que en las *Institutas* de Gayo durante

abecedario, donde contando con un número limitado de letras, podemos combinarlos en una cantidad enorme de palabras.

el Imperio Romano, donde el principio ‘*superficies solo cedit*’, que se traduce en que todo lo que haya sobre un bien inmueble, necesariamente pertenecerá a su dueño.

Hay también que tener en cuenta que en nuestra sociedad siempre tuvimos familiarizada esta idea: la del dominio pleno y perpetuo, donde el propietario de un bien inmueble lo es también de todo lo que haya construido o plantado en él y sin límites temporales. Es por ello que nos resulta raro comprender y nos cuesta tener en cuenta al derecho de superficie como un tipo de derecho real en nuestro ordenamiento jurídico. En un mismo sentido, coincide la escribana Padilla al afirmar que “en general, nuestra sociedad tiene un rechazo al dominio de tipo revocable, especialmente cuando se trata de vivienda”.

Como todo cambio cultural en una sociedad tan diversa como la argentina, será cuestión de años, sino décadas, cambiar este paradigma de derecho de propiedad y dominio perpetuo. De a poco el cambio se irá produciendo con las nuevas generaciones junto con una nueva mirada sobre la realidad social y en la manera de buscar respuestas y soluciones a las necesidades actuales. Siguiendo a Brizuela, tenemos que modificar aquella concepción social que no acepta que la propiedad de un inmueble sea no lleve consigo la propiedad del suelo en la que está edificado, o viceversa.

También será necesario que desde el Estado se incentive a los inversores a que se involucren bajo esta figura, de modo que se logre un mejor aprovechamiento de la tierra tanto en el sentido económico, como también en el sentido social y ambiental.

Los buenos resultados se podrán ver con el paso del tiempo, mientras tanto la sociedad irá tomando conocimiento y familiarizándose con esta nueva concepción del dominio.

G. Referencias.

- 19º Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Universidad Nacional de Rosario y Universidad Católica Argentina, R. (2003). *Instituto de Derecho Civil*. Obtenido de <http://www.derechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/index.php/17-jornadas-nacionales-de-derecho-civil/91-2003-xix-jornadas-nacionales-de-derecho-civil-universidad-nacional-de-rosario-y-universidad-catolica-argentina-rosario>.
- 33º Jornada Notarial Argentina. (Septiembre de 2018). Derechos reales de garantía constituídos por el superficiario. Obtenido de http://www.cfna.org.ar/documentacion/jornadas-2018/jornada-notarial-argentina-xxxiii/TEMA_II_-_Saenz.pdf.

- 40° Jornada Notarial Bonaerense. (Noviembre de 2017). Obtenido de <http://www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema1/T1-CUELLO-SIOLOTTO-GARATE-HUESO-MUGUERZA-y-ZALAZAR-Derecho-real-de-superficie.pdf>.
- Abreut de Begher, L. (15 de Julio de 2015). Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación. *Sistema Argentino de Información Jurídica*. Recuperado de [http://www.saij.gob.ar/liliana-abreut-begher-comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-dac150402-2015-07-15/123456789-0abc-defg2040-51fcanirtcod?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%](http://www.saij.gob.ar/liliana-abreut-begher-comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-dac150402-2015-07-15/123456789-0abc-defg2040-51fcanirtcod?q=moreLikeThis%28id-infojus%2C%20numero-norma%5E4%2C%20tipo-documento%5E4%2C%20titulo%20).
- Arias de Ronchietto, C. E. (mayo-junio de 2011). Obtenido de <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/ponencias/guillermo-antonio-bordarias.pdf>.
- Bergher, L. A. (2016). Los cambios en el Código Civil y Comercial sobre los derechos reales. *Estudios de derecho privado*, 25-43.
- Brizuela, D. N. (octubre, 2015). El derecho real de superficie. Equilibrio entre la construcción de viviendas y el medio ambiente. *Jornada Nacional de Derecho Civil de Bahía Blanca 2015*. Obtenido de <https://jndcbahiablanca2015.com/wp-content/uploads/2015/09/Brizuela-el-derecho.pdf>.
- Camisar, O. (25 de julio de 2007). *Iruya.com*. Obtenido de <http://noticias.iruya.com/salta/index.php/cultura-mainmenu-747/educacion/universitarias/1005-a-20-aos-del-proyecto-de-unificacin-de-la-legislacin-civil-y-comercial-argentina.html>.
- Decreto 902 de 2017. Presidencia de Colombia. Obtenido de <http://es.presidencia.gov.co/normativa/normativa/DECRETO%20902%20DEL%2029%20DE%20MAYO%20DE%202017.pdf>.
- Fernández de Kirchner, Cristina. *Casa Rosada. Presidencia de la Nación*. (07 de octubre de 2014). Obtenido de <https://www.casariosada.gob.ar/informacion/archivo/27984-acto-de-promulgacion-del-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-palabras-de-la-presidenta-de-la-nacion>.
- Gatti, E. (s.f.). *Propiedad y dominio*. Obtenido de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/24/propiedad-y-dominio.pdf>.
- Gurfinkel de Wendy, L. (2016). Superficie. En J. C. Rivera, y G. Medina (Eds.), *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (pp. 690-709). Buenos Aires: La Ley.

- Iglesias, J. (1972). *Derecho Romano*. Barcelona: Ariel.
- Instituto Pólis. (2002). *El Estatuto de la Ciudad*. Obtenido de http://www.cafedelasciudades.com.ar/imagenes/Estatuto%20de%20la%20Ciudad_Brasil.pdf.
- Kemelmajer de Carlucci, A., y Puerta de Chacón, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Astrea.
- La Nación. (1 de agosto de 2015). *Entra en vigencia hoy el nuevo Código Civil de la Nación*. Obtenido de <https://www.lanacion.com.ar/1815430-entra-en-vigencia-hoy-el-nuevo-codigo-civil-de-la-nacion>.
- Machicado, J. (2007). *Corpus Iuris Civilis*. Centro de Estudio de Derecho. Recuperado de <http://ermoquisbert.tripod.com/pdfs/cic.pdf>.
- Mariani de Vidal, M. (2004). *Derechos reales*. Buenos Aires: Zavalia.
- Merrill, T., & Smith, H. E. (2000). *Principle, Optimal Standardization in the Law of Property: The Numerus Clausus Principle*. Recuperado de <https://dash.harvard.edu/handle/1/9414573>.
- Molina Portella, A. M. (2017). Derecho real de superficie en el derecho comparado americano. *Jornada Notarial Bonaerense*. Obtenido de <http://www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema1/T1-MOLINA-PORTELA-Derecho-real-de-superficie.pdf>.
- Momberg Uribe, R. (2014). El Código Civil brasileiro de 2002: nuevos principios para el derecho de contratos. *Opinión Jurídica - Universidad de Medellín*, pp. 159-172. Recuperado de <http://www.scielo.org.co/pdf/ojum/v13n26/v13n26a11.pdf>.
- Notimérica. (21 de diciembre de 2011). *Mas de once millones de brasileños viven en favelas, casi el doble que hace cinco años*. Obtenido de <https://www.notimerica.com/sociedad/noticia-brasil-mas-once-millones-brasilenos-viven-favelas-casi-doble-hace-cinco-anos-20111221220546.html>.
- Pardo Gato, J.R. (junio, 2011). *La justicia universal*. Madrid: Difusión Jurídica y Temas de Actualidad S.A. Obtenido de https://books.google.com.ar/books?id=6_SzEwEHtfGc&pg=PA20&lpg=PA20&dq=institutitas+de+gayo+2.73&source=bl&ots=r2C8ycM5rZ&sig=ee26hfUQ3WD2-VcRjtqehyqE1Lk&hl=es&sa=X#v=onepage&q=institutitas%20de%20gayo%202.73&f=false.

- Peña Huertas, R., y Parada Hernández, M. (1 de mayo de 2017). Lupa al proyecto de Ley de Tierras. *El Espectador*. Obtenido de <https://www.elespectador.com/economia/lupa-al-proyecto-de-ley-de-tierras-articulo-691848>.
- Perfetti del Corral, J. J. (28 de abril de 2017). El derecho real de superficie. *El Colombiano*. Obtenido de <http://www.elcolombiano.com/opinion/columnistas/el-derecho-real-de-superficie-YL6409089>.
- Tau Anzoátegui, V. y Martiré E. (2005). *Manual de Historia de las Instituciones Argentinas*. Buenos Aires: Librería-Editorial Histórica.
- Wayar, E. C. (1 de abril de 2012). Un Código Civil que capta la Argentina del siglo XXI. *La Gaceta*. Obtenido de <https://www.lagaceta.com.ar/nota/484079/politica/codigo-civil-capta-argentina-siglo-xxi.html>.

