

## **XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA**

### **El Derecho Real de SUPERFICIE en el Código Civil y Comercial de la Nación.-**

#### **Tema IV: “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”**

**Coordinador: Escribano Marcelo de Hoz**

**Autores:**

**Esc. Alicia B. ALASIA**  
**Teléfono: 4687-6080**

**Esc. Marta Inés CAVALCANTI**  
**Teléfono: 4815-1251**  
**[escribanacavalcanti@yahoo.com.ar](mailto:escribanacavalcanti@yahoo.com.ar)**

**Esc. Susana MESSINA**  
**Teléfono: 4815-1251**  
**[escribania@rossettimessina.com.ar](mailto:escribania@rossettimessina.com.ar)**

**Esc. Liliana E. PALLADINO**  
**Teléfono: 4382-9526**  
**[escribaniapalladino@fibertel.com.ar](mailto:escribaniapalladino@fibertel.com.ar)**

#### **Índice sumario**

**I.- El Derecho Real de Superficie.-**

**II.- Antecedentes.-**

**III.- Su prohibición por Dalmasio Velez Sarfield.-**

**IV.- Contenido Ley 25509-**

**V.- Regulación en el Código Civil y Comercial de la Nación.-**

**VI.- Sobreelevación.-**

**VII.- Temporalidad.-**

**VIII.- Características distintivas y ventajosas.-**

**IX.- Indemnización.-**

El Derecho Real de SUPERFICIE en el Código Civil y Comercial de la Nación.-

Tema IV: “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”

Esc. Alicia B. ALASIA

Esc. Marta Inés CAVALCANTI

Esc. Susana MESSINA

Esc. Liliana E. PALLADINO

“El derecho real de superficie, en su variante de derecho a construir sobre terreno ajeno diversifica la inversión necesaria en un emprendimiento inmobiliario, pudiendo inclusive combinarse con el derecho personal a sobreelevar y puede incluso finalizar en dominio pleno si en el contrato de superficie se le incluye una opción de compra a favor del superficiario y/o de quienes se les haya transmitido dicho derecho de superficie. Esta figura podrá asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo del superficiario que reciba dicho derecho por adquisición del inmueble construido reemplazando a la locación y cuando exista opción de compra al leasing.”-

"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, vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecido en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales" ART. 2114 C.C.y C.-

I- Toda la Doctrina al referir los antecedentes del Derecho de Superficie coincide que el mismo tiene sus orígenes en el Derecho Romano, siendo sus primeros albores las "concesiones" sobre el suelo público "ad aedificandum", practicadas en forma similar posteriormente por propietarios privados pero en ningún caso se adquiría la propiedad del suelo.- El mismo se amplía con el Derecho Pretoriano que concede una acción y un interdicto especial al adquirente de la superficie a perpetuidad.-

El Doctor Claudio Marcelo Kiper citando a Juan Iglesias sostiene que este derecho "tomó cuerpo recién durante el Bajo Imperio Romano, al ser considerado en esa época como el derecho hereditario y enajenable de usar y gozar, de la manera más amplia, de una construcción hecha sobre el suelo de otro, existente a perpetuidad o por un largo tiempo a cambio del pago de un canon".-

Los romanos, en virtud de la accesión de lo construido al derecho del propietario, sólo concebían un derecho de uso y goce.-

El concepto Moderno de los italianos, en su Código comprende el derecho de edificar y adquirir lo construido.-

El Doctor Alterini en su Tratado Exegético del Código Civil y Comercial comentado cuenta que el Código Napoleón no receptó la Superficie "por ser considerada como una de las antiguas **formas de sofocación** de la propiedad inmobiliaria", no obstante fue considerada y regulada durante el siglo XIX en Prusia, Austria, Bélgica.- Para ser admitida en el siglo XX en varios países europeos como Francia, España, Italia, Suiza, Portugal, Bélgica Alemania, Austria, Holanda siendo el Código Civil Catalán uno de los más recientes - Oriente y América tienen sus reguladores en Japón, Bolivia, Perú, Cuba, Canadá (Quebec).-

**II-** Esa expresión napoleónica de "sofocación" es la que lleva a Vélez Sarsfield al momento de redactar nuestro primer Código Civil a decir en la Nota al artículo 2503: "hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno.- El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos".- Esta opinión y sentimiento del Codificador generó además del *numerus clausus* de los derechos reales y la expresa prohibición de constituir sobre bienes raíces "derechos enfiteúuticos y de superficie", esta prohibición está contenida en el artículo 2614 del Código Civil.-

**III.** Los cambios sociales en el devenir histórico van generando nuevas necesidades que requieren una adaptación de las normas para mejorar la relación de las personas.- Las nuevas teorías como la de la "personalidad

jurídica diferenciada” y las de “empresa” entre otras, la aparición de nuevos contratos y relaciones siguiendo el concepto contractual del Código Velezano y la Ley de Sociedades implican nuevas actividades económicas a regular.- Entre muchas surge la necesidad de proteger y fomentar la actividad forestal, proponiendo inversión por parte de terceros ajenos a los propietarios de los suelos, por lo que para dar seguridad a estos y aprovechando la propiedad de suelos aptos para el desarrollo cuyos titulares no podían explotar por sí, el 11 de diciembre del año 2001 se promulga la Ley 25.509 que introduce en nuestra legislación el "derecho real de superficie" en forma restringida y solo aplicable a ese sector de la economía.- Es así como civilistas y legisladores se hacen eco de un nuevo sentir de la sociedad alejada de los temores tanto de la época napoleónica como post - colonial y con nuevos, provocados tal vez por la tala de bosques, desforestación y el permanente daño ambiental generado por diferentes factores humanos y climáticos.- Fue el Doctor Alterini uno de los importantes defensores del derecho real en protección de la actividad forestal quien llevó sus ponencias a las Jornadas de Derecho Civil españolas, reiterándolas en las Jornadas realizadas en el centro de la Mesopotamia (Corrientes).-

Asimismo, en septiembre de 2000, al realizarse en Mendoza las XXV Jornadas Notariales Argentinas, tal como propuso la Comisión 1 de "Nuevos Derechos Reales", se concluyó que debía incorporarse el Derecho de Superficie dentro del régimen de los derechos reales, y se agregó que en caso de no aprobarse el Proyecto de Unificación que lo contemplaba, debería incorporarse por una ley especial.

**IV-** Por una cuestión metodológica avanzamos hasta el año 2001, pero ya en los años sesenta y setenta, con el auge de la Propiedad Horizontal, la sociedad reclamaba indirectamente una legislación que contemplara la venta del "espacio aéreo".- La prohibición del derecho de superficie y la falta de una regulación específica fue generando nuevos temores entre los contratantes al pactar no sólo la venta de un "espacio aéreo" con el fin de construir nuevas unidades a adquirir en el futuro, sino también al reservarse el "derecho a sobreelevar" de un edificio luego de haber transferido el total del dominio del

bien o de todas las unidades resultante una vez sometido al Régimen de la ley 13512, hoy derogada.-

La contratación continúa no fue suspendida a pesar de la inseguridad del adquirente generada en el espacio de tiempo existente entre el primer contrato por el que el propietario se obligaba a ceder el "espacio" y la adjudicación de la unidad a construir.- Por el contrario, se incrementó aún más con el cambio de siglo.-

**V-** Los diferentes proyectos fueron revisando estas situaciones que hoy se encuentran contempladas en el referido artículo 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación y los catorce artículos subsiguientes del Título Séptimo del Capítulo que regula los Derechos Reales.-

A pesar de no haber transcurrido aún un año de la entrada en vigencia del Código, bastante se ha dicho de este derecho Real calificado "tripartito" porque su aplicación afecta no sólo el terreno, sino también el vuelo (espacio aéreo) y el subsuelo.- Es en esas tres dimensiones que el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones "haciéndolas propias" o constituir el derecho sobre las ya existentes.-

Son las construcciones, plantaciones, forestaciones, "rem" que constituyen la "propiedad superficiaria" y las que confirman el carácter de REAL del derecho de SUPERFICIE que exige la existencia material de las cosas para su disfrute y contraer obligaciones sobre ellas.-

Es esta una importante diferencia, marcada por la doctrina, al contemplar los contratos de venta de "espacio aéreo" o sobreelevación.- Aquí las acciones y derechos son exigibles respecto del dueño de la cosa porque se trata de un derecho PERSONAL; todas las construcciones que se realizan sobre el terreno ajeno pertenecen al propietario y los embargos sobre el mismo o las inhibiciones al propietario, afectan a esa construcción.- Esos contratos que regulan derechos personales no pueden ser oponibles a terceros, ni proteger a la cosa como de dominio de quien la construyó.- Esta afirmación se encuentra contenida en el artículo 2519 del Código Civil que establece: "todas las construcciones, plantaciones, y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare

lo contrario.- Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera sea el valor de los trabajos".-

La doctrina ha expresado que esta presunción es "iure et de iure" y que la posibilidad de probar lo contrario en cuanto a la propiedad de las construcciones ha sido un "evidente error deslizado en el artículo" pues de la filosofía del legislador, Vélez Sarsfield; y del contexto legal solo al propietario del suelo le pertenecen las construcciones.- Así el doctor Gutiérrez Zaldívar al tratar el tema ha dicho "no hay coexistencia de dominios, hay uno sólo, el del propietario del suelo, ni hay un derecho real distinto, hay un solo derecho real." y "no podemos interpretar las leyes por los agujeros".-

**VI-** Estos mismos argumentos que en su momento protegieron el dominio pleno del dueño del terreno podrían hoy, a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación, conducirnos a convertir la propiedad superficiaria, la cosa "em", en el instrumento suficiente para transformar el derecho del superficiario o del cesionario del espacio, en un dominio pleno, atento que la filosofía de este nuevo legislador es diferente.-

El artículo 1942 del C.C.y C. establece que el "dominio es perpetuo.- No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio.- No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades.....".- Así marca las diferencias con el derecho real de superficie que no es perpetuo sino un derecho "temporal", es decir, se encuentra limitado en el tiempo ya que se ejerce sobre terreno ajeno.- La ley exige un plazo en el título de adquisición.- Así no podrá exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y cincuenta años para las forestaciones y plantaciones.- Ambos plazos deben contarse desde la fecha de la adquisición y pueden ser menores.-

**VII-** Cabe preguntarse si estos plazos de orden público y automáticos puedan contribuir a que por voluntad de las partes el objeto de un contrato de cesión de espacio aéreo se transforme: 1- ) en una propiedad superficiaria cuando se haya convenido con el propietario del predio; o 2) que pueda ser objeto de dominio pleno cuando se haya convenido con el titular de un derecho de superficie sobre el vuelo con la conformidad del propietario.-

Entendemos que nada obsta a que ambas situaciones puedan llegar a concretarse.-

Teniendo en análisis la primera circunstancia, el artículo 2116 del C.C. y C. dice claramente :” el derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada con proyección en el espacio aéreo ... .- Es decir que conjugando esta norma con la legitimación dada por el artículo 2118 del mismo cuerpo legal a los titulares de derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal, estos se encuentran facultados para transformar un contrato personal de cesión de espacio aéreo en la causa o negocio causal del derecho real.- Reza el artículo 2119: ”el derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito .....”.- Entonces si bien el vínculo entre las partes subsiste del mismo modo y permanece inalterable la legitimación del derecho de uso y disfrute de la cosa, solo con la constitución del derecho real se consolida, aunque sea temporalmente.- La formalización del contrato por escritura pública que genera el título y su inscripción registral para obtener su eficacia "erga omnes" son requisitos esenciales propios de los derechos que recaen sobre cosas registrables (art. 1890 C.C. y C.).- De este modo, el poseedor de un “espacio aéreo” de contrato personal, que por voluntad del propietario se transforma en un titular del derecho real de superficie, o sea en “superficiario”, adquiere atribuciones sobre la cosa y el respeto a su disponibilidad mediante la conducta negativa del resto de no entorpecer el libre ejercicio del derecho conferido.- Estas facultades positivas en cabeza del titular del derecho le permiten disponer libremente del “espacio”, someterlo al régimen de propiedad horizontal, constituir derechos reales de garantía y no afectaran sus derechos cualquier gravamen o circunstancias que atenten contra el dominus quien si bien conserva la disposición material y jurídica del derecho de propiedad, su ejercicio no puede turbar el derecho del superficiario .-

Es importante recordar que el propietario del derecho de superficie, en general, no solo sobre el vuelo, además de estar facultado a constituir derechos reales de garantía y afectar la construcción (propiedad superficiaria) al régimen de propiedad horizontal, puede también transmitir y gravar como

inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas.- También entonces como propietario temporal, puede convenir un derecho a sobreelevar sobre alguna de esas unidades.- Es esta la segunda circunstancia que planteábamos anteriormente, si cuando el titular de un derecho real de superficie celebra un contrato personal cediendo el espacio aéreo de una propiedad superficiaria puede generar que el beneficiario del "espacio aéreo" llegue a obtener un mejor derecho que el propio .-

El artículo 2125 del CCyC dice que si el derecho de superficie se extingue antes del plazo legal o convencional los derechos reales constituidos sobre la superficie continúan gravando como si no hubiese habido extinción y "subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido... "-

¿Cuál es ese tiempo establecido?.- El mismo que se fija para el derecho real, cincuenta o setenta años según se trate de forestaciones y plantaciones o construcciones **o uno superior** que las partes pacten libremente.-

Si bien el artículo 2120 establece que el superficiario puede transmitir y gravar esos bienes como inmuebles independientes "durante el plazo del derecho de superficie", poniendo un límite temporal a la acción de "transmitir" y "gravar" nada dice respecto al plazo de otras contrataciones.- Podría entonces inferirse que un contrato que genere un derecho personal sobre el espacio aéreo podría exceder el plazo del derecho de superficie.- No parece lógico, pero no imposible.-

Por lo pronto en el caso, el ejercicio del derecho personal adquirido sobre el espacio aéreo subsistirá aunque el derecho real de superficie por diferentes razones se extinga antes del vencimiento del plazo legal o convencional.- Es decir, que el propietario legitimado deberá respetar ese derecho y facilitar el uso y goce del espacio aéreo al titular del derecho personal aunque se haya extinguido su relación con el superficiario.-

Si estuviéramos frente al propietario de un terreno que formalizó un contrato con un superficiario dedicado a la construcción de un edificio de tres plantas con unidades con características de vivienda para destinarlas a su renta, constituyendo un derecho real de superficie por el plazo de treinta años.- Transcurridos quince años, el superficiario restituyera la

propiedad superficiaria sin someter el inmueble al régimen de propiedad horizontal y mantuviera un contrato personal de cesión del espacio aéreo con un tercero, producida la extinción con las correspondientes indemnizaciones y desvinculado del superficiario, el propietario decidiera subdividir las unidades y otorgar el reglamento de copropiedad, podría sin más adjudicar la unidad construida sobre el espacio aéreo al titular del derecho personal -

De este modo el titular del derecho personal estaría en una mejor condición que el mismo superficiario.-

Debemos aclarar que se encuentra dividida la doctrina respecto a la condición jurídica de las unidades proyectadas o en construcción en un edificio dividido en propiedad horizontal y la situación dominial del concesionario de la obra, aquí de quien construyó la unidad sobre el espacio aéreo.- Así algunos autores entre ellos el Dr. Orelle ha sostenido que se trata de un derecho estrictamente personal, y para transformar en un derecho real se necesita título y modo, exige que una vez construida la unidad el o los copropietarios deben otorgar una escritura traslativa de dominio a favor del concesionario del beneficio, agrega que el acto jurídico causal debe estar revestido de las formalidades suficientes.- Mientras que por otra parte se ha sostenido que la autorización dada para sobreelevar con el consentimiento unánime de los copropietarios constituye el negocio causal que da lugar a la transmisión del dominio que se realiza por la formalización de la escritura pública de Modificación de Reglamento de Copropiedad con acuerdo unánime y sin oposición.- Según esta postura esto resulta suficiente para la transmisión dando así por abonado el crédito que tenía el constructor de la nueva unidad sin necesidad de una escritura de compraventa -

Si continuamos la lectura del artículo 2120 entendemos que el gravamen y transmisión de las unidades privativas se pueden realizar durante el plazo del derecho de superficie (un máximo de setenta años para las construcciones) "sin necesidad de consentimiento del propietario".- Es decir que si el propietario que conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho (dominus) autoriza que el derecho personal a sobreelevar exceda al plazo del derecho de superficie nada impide que así se convenga.-

Extinguida la superficie ya no por vencimiento del plazo (70 o 50 años según se trate de construcción o forestación y plantación) sino por el no uso del derecho (durante 10 años para construir o 5 para forestar), el contrato que genere la venta del espacio aéreo de la propiedad superficiaria con el consentimiento del propietario del fundo continuaría vigente.- De ser así, el titular de ese derecho personal al momento de someter el bien al régimen de propiedad horizontal podrá transformarse en propietario de una unidad con dominio "perfecto" y a "perpetuidad".-

**VIII-** Tal vez podamos afirmar, que en la búsqueda de garantías y seguridades para el adquirente de "AIRE" o "espacio aéreo", no protegido por Vélez, expuesto a la pérdida de lo construido por confusión y accesión, hoy con el espíritu del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación se encuentre en ciertas situaciones en una condición de privilegio superior al titular de un derecho de superficie, por la sola aplicación de las normas que regulan el uso, goce y disposición material y jurídica de la "propiedad superficiaria".-

**IX- SIN EMBARGO** este argumento no puede hacernos perder la importante distinción formulada ya en el derecho romano entre la "actio in rem" y "actio in personam", entre el derecho real y el derecho personal que coloca al de "superficie", en un lugar de "señorío".-

Por sus características que comparte con todo otro derecho real, se puede decir que su conveniencia se funda en que:

1- Siempre recae sobre la cosa y atribuye una esfera de acción amplia sobre ella.- Aunque limitada: a) en el tiempo (50 o 70 años); b) y por el señorío perpetuo del propietario.-

2- puede hacerse valer frente a todos o cualquier persona no individualizada.- Siempre con las limitaciones indicadas a diferencia del derecho personal que solo puede ejercerse contra una persona determinada.-

3- se le aplica la máxima "servitus in faciendo consistere nequit" tiene un deber negativo de no entorpecer su libre ejercicio.-

4- otorga un disfrute permanente.-

Hay otra característica más, y **exclusiva**, contemplada en el artículo 2126 del CCyC, que es la indemnización al superficiario, dice la

norma: “producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario...”

Este derecho, al que el propietario “dominus” puede renunciar se puede pactar tanto al momento de la constitución del derecho o posteriormente por diferentes acuerdos que las partes podrán pactar libremente.- La misma norma colabora y orienta para la determinación de un monto de indemnización expresando que “en subsidio...” se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontadas la amortización.-”

Estas características son las que se deben merituar al momento de asesorar al propietario que desea obtener un beneficio o renta sobre un inmueble por un plazo prolongado y resaltar su hegemonía sobre los contratos personales no solo de cesión de “espacio aéreo” sino también de locación, leasing y aún los reales de uso y usufructo y así darle la BIENVENIDA en nuestra legislación al proscripto derecho real de SUPERFICIE con raigambre romana.- Y hacernos eco de lo expresado por el Dr. Luis R. Arguello en su defensa a la enseñanza universitaria del derecho Romano, obligatoria en China, quien sostiene que aunque el mismo carece de vigencia positiva, mantiene su vitalidad y por ello es menester que “aprendamos de Roma a amar el derecho y a luchar por él, lo mismo que se ama la vida y se lucha por ella.....”

X- Confirmando de alguna manera lo expresado por el Antropólogo cuya cita da comienzo al presente trabajo en esa permanente búsqueda pretendemos aquí dar alguno de los argumentos que nos llevan a afirmar que: “ el derecho real de superficie, en su variante de derecho a construir sobre terreno ajeno diversifica la inversión necesaria en un emprendimiento inmobiliario, pudiendo inclusive combinarse con el derecho personal a sobreelevar y puede incluso finalizar en dominio pleno si en el contrato de superficie se le incluye una opción de compra a favor del superficiario y/o de quienes se les haya transmitido dicho derecho de superficie. Esta figura podrá asegurar el cumplimiento de obligaciones a cargo del superficiario que reciba dicho

derecho por adquisición del inmueble construido reemplazando a la locación y cuando exista opción de compra al leasing.-“

**BIBLIOGRAFÍA:**

1- "Curso de derechos reales" Marina Mariani de Vidal.

2- "Derecho Romano e instituciones de Derecho privado " Juan Iglesias.

- 3- "Código Civil y Comercial Comentado-Tratado Exegético" Jorge H.Alterini  
"Código Civil y Comercial de la Nación Comentado" Julio Cesar Rivera  
Graciela Medina.-  
"Código Civil y Comercial" Alberto J. Bueres.-  
Problemática de la sobreedificación en Propiedad Horizontal "Horacio M:  
Vacarelli.-
- 7- "Comentarios Derecho de Superficie "Liliana Abreut de Begher.-
- 8- "Derecho Reales Novedades del C.Cy Com de la Nación " Claudio Kiper.-
- 9- XVIII Jornada Notarial Cordobesa.-
- 10- XXV Jornadas Notariales Argentinas.-
- 11- "Derecho de Superficie-Fideicomiso" Maritel Brandi Taiana.-
- 12- Consulta Colegio de Escribanos - Expediente 16-030069-04.-
- 13- Crisis del Derecho "Luis. R. Arguello Revista del Notariado N° 869 página  
179".-