

**EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE PARA CONSTRUIR EN ARGENTINA: LAS  
DIMENSIONES DEL INMUEBLE AFECTADO COMO OBJETOS AUTÓNOMOS,  
LA PUBLICIDAD INMOBILIARIA Y SU REPERCUSIÓN CON DISCIPLINAS  
VINCULADAS**

**Por Jorge Raúl Causese<sup>1</sup>**

*Fecha de recepción: 13 de febrero de 2023*

*Fecha de aprobación: 17 de febrero de 2023*

ARK CAICYT: <http://id.caicyt.gov.ar/ark:/s23470151/vvogwznej>

## **Resumen**

El objetivo esencial del presente trabajo es establecer, frente al supuesto de constituirse el derecho de superficie para construir que, del soporte físico que le sirve de apoyo –el inmueble, terreno, solar o predio–, se desprenden tres dimensiones: la rasante o suelo, el vuelo y el subsuelo y que, a cada una de ellas, corresponde atribuirles autonomía sin que ello implique la generación de nuevos derechos reales.

En su caso se determinará el volumen del espacio libre de toda ocupación que se decida utilizar, a través de la planimetría necesaria la que servirá de base para generarlo.

El documento cartográfico que se diseñe de ningún modo genera una situación jurídica, se trata de un instrumento útil para llevar a cabo los actos legalmente exigibles para constituir el derecho real de superficie con el aludido objetivo.

---

<sup>1</sup> Abogado egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires (UBA). Doctor en Derecho por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES). Autor y coautor de obras de derecho. Docente universitario (UBA y UM). Publicista.

Corresponderá la intervención de las dependencias catastral y registral inmobiliaria a fin de que se cumplan las respectivas incumbencias publicitarias.

Con el apoyo de doctrina relevante se examinan las respectivas disposiciones legales.

La metodología de la investigación es explicativa y básica, superadora de las limitaciones que trae aparejada la sobreelevación.

Autores nacionales y extranjeros de igual modo que las diversas codificaciones fueron debidamente glosadas.

La aceptación de la propuesta conlleva incentivar los procesos de inversión financiera, aumentar considerablemente todos los factores que intervienen en la construcción contribuyendo a remediar, en su medida, el déficit habitacional e incrementar la participación de todos los operadores del derecho.

## **Abstract**

The essential objective of this paper is to establish, in the event of constituting the surface right to build, that three dimensions emerge from the physical support that serves as support -the property, land, plot or property-: the ground or ground , the flight and the subsoil and that, to each of them, it corresponds to attribute autonomy without implying the generation of new real rights.

In your case, the volume of the free space of any occupation that is decided to be used will be determined, through the necessary planimetry, which will serve as the basis to generate it.

The cartographic document that is designed in no way generates a legal situation, it is a useful instrument to carry out the legally required acts to constitute the real right of surface with the aforementioned objective.

The intervention of the cadastral and real estate registry agencies will correspond in order to comply with the respective advertising responsibilities.

With the support of relevant doctrine, the respective legal provisions are examined.

The research methodology is explanatory and basic, overcoming the limitations that superlevation brings with it.

National and foreign authors as well as the various codifications were duly glossed.

Acceptance of the proposal entails encouraging financial investment processes, considerably increasing all the factors involved in construction, helping to remedy, to the extent, the housing deficit, and increasing the participation of all right operators.

## **Resumo**

O objetivo essencial deste trabalho é estabelecer, no caso de constituição do direito de superfície para construir, que três dimensões emergem do suporte físico que o suporta -a propriedade, terreno, lote ou propriedade-: o terreno, o vó e o subsolo e que, a cada um deles, corresponde atribuir autonomia sem implicar a geração de novos direitos reais.

No seu caso, será determinado o volume do espaço livre de qualquer ocupação que se decida utilizar, através da planimetria necessária, que servirá de base para gerá-lo.

O documento cartográfico que se desenha de forma alguma gera uma situação jurídica, é um instrumento útil para realizar os atos legalmente exigidos para constituir o direito real de superfície com o referido objetivo.

A intervenção dos órgãos cadastrais e de registo predial corresponderá ao cumprimento das respetivas responsabilidades publicitárias.

Com o respaldo da doutrina pertinente, examinam-se os respectivos dispositivos legais.

A metodologia de pesquisa é explicativa e básica, superando as limitações que a superelevação traz consigo.

Autores nacionais e estrangeiros bem como as várias codificações foram devidamente glosados.

A aceitação da proposta implica incentivar processos de investimento financeiro, aumentando consideravelmente todos os factores envolvidos na construção, ajudando a colmatar, na medida, o défice habitacional e aumentando a participação de todos os operadores de direitos.

### **Palabras clave**

Dimensión, rasante, vuelo, subsuelo, volumen, planimetría, registración,

### **Keywords**

dimensio, floor, flight, subsoil, volumen, planimetry, registration.

### **Palavras chave**

Dimensao, terra, voo, subsolo, volumen, planimetría, cadastro.

## **1. Introducción**

Esta exposición constituye un resumen de nuestra Tesis Doctoral para la obtención del Título de Doctor en Derecho, otorgado por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), elaborada bajo la tutoría de la Doctora Marta Etel Cazayous.

La investigación acometida, cualitativa, no experimental, básica y descriptiva buscó responder este interrogante: ¿qué alcance tienen las facultades del superficiario respecto del objeto sobre el que ejercerá su derecho en Argentina?

Desde la perspectiva de ese interrogante sostuvimos esta hipótesis: suelo/ rasante, vuelo y subsuelo constituyen las dimensiones autónomas del inmueble que se afecta al derecho real de superficie para construir en el ámbito territorial de Argentina, oponibles desde su registración inmobiliaria.

Nos impusimos dos tipos de objetivos. Uno general, consistente en determinar qué alcance tienen las facultades del superficiario respecto del objeto sobre el que ejercerá su derecho en Argentina, con la finalidad última de consagrar la autonomía de las dimensiones de los inmuebles que serán afectadas al derecho de superficie para construir.

Nos referimos al suelo, al vuelo y al subsuelo, proyectando sus efectos en la órbita del derecho administrativo, sobre los indicadores urbanísticos, respecto de la publicidad inmobiliaria y con relación a la economía. Esta consagración no implica crear nuevos derechos reales, manteniendo el suelo su condición de referencia primordial y necesaria para la operatividad de tales dimensiones.

Entre los objetivos específicos se ubican: a) reconocer la concepción del derecho real de superficie por el derecho romano; b) determinar su recepción en el derecho civil europeo continental y su advenimiento en el latinoamericano; c) incursionar en el articulado del Código Civil de Quebec, Canadá, en tanto fue citado como fuente del regulado en el CCCN (ley 26.994/2014); d) predecir los eventos registrales inmobiliarios que son consecuencia necesaria de la constitución del derecho de superficie para construir, de la propiedad superficiaria y de la publicidad de los actos que se otorguen a su respecto y finalmente e) proponer, dentro de la estructura del Art. 1884 del CCCN., al tiempo en que se constituya derecho de superficie para construir o sobre construcciones ya existentes en el inmueble de que

se trate, que se le reconozcan como sus dimensiones autónomas las antes referidas: rasante o suelo, vuelo y subsuelo.

Va de suyo que, para alcanzar este último objetivo, se deberá contar con el respaldo de las normas administrativas que dicten los organismos de aplicación, y que la edificabilidad se ajustará a los metrajes constructivos que admitan las respectivas comunas.

Por escritura pública se constituirá el derecho, registrándolo oportunamente.

En la economía se provoca la asistencia financiera, el aumento de la actividad laboral y profesional involucradas y el incremento de los espacios construidos para diversos destinos.

El interés demostrado desde lo urbanístico y la necesidad de paliar un déficit habitacional al que todavía no se le ha encontrado solución, le dan sentido y utilidad a nuestra propuesta.

Desde nuestra investigación cualitativa y con un diseño no experimental, explicativo y básico concluimos que, conferir autonomía a las tres dimensiones de los inmuebles afectados al derecho de superficie para construir, será un aporte sustancial al derecho, multiplica sus posibilidades operativas e implica validar opciones ventajosas para los usuarios.

En cuanto a la metodología empleada para la composición de nuestra tesis, apelamos a diferentes unidades de análisis.

Una primera y esencial fue el documento CCCN y la regulación contenida en el Título VII de su Libro Cuarto, abarcando los artículos: 2114 al 2128 inclusive relativos al derecho real de superficie.

El examen principió indagando su justificación en el derecho romano y la mecánica que hizo posible su acceso a nuestro país.

Siguió a la anterior, a partir de lo dispuesto sobre la estructura de los derechos reales en el Título I del Libro cuarto del CCCN., analizar las Disposiciones Comunes que forman parte de ese título.

La tercera unidad de análisis estuvo vinculada, por un lado, con lo dispuesto por el Art. 2120 y su réplica en el Art. 2131, ambos del CCCN., normas relativas a la constitución del derecho real de usufructo por el superficiario y, por otro, con el derecho real de superficie forestal, regulado a través de la derogada ley 25.509/2001.

La cuarta estuvo dedicada a las planimetrías, actividad desplegada a través de las producciones cartográficas necesarias en cumplimiento de lo dispuesto por la ley 26.209/2007 de Catastro Nacional.

La última unidad de análisis fue la concerniente a la publicidad inmobiliaria, y su documento lo constituyó la ley 17.801/68.

Priorizamos establecer el sentido correcto del vocabulario utilizado, de manera de adoptarlo en su cabal significado.

En buena parte de nuestra tesis el abordaje de la indagación fue selectivo. Ello así porque en la técnica de análisis se abarcó a las fuentes primarias, consistentes en las regulaciones legales que se hubieran dictado y, en una segunda etapa, a los contenidos de las fuentes secundarias, aquellas donde trascendieron las doctrinas emitidas.

## **2. Conocimiento acumulado sobre la temática de nuestra investigación**

Nos propusimos una lectura inferencial del derecho de superficie en tanto noticia relevante en el universo de los derechos reales.

Así advertimos que el Art. 2114 del CCCN (2014) concibe al derecho de superficie: a.) parapetándolo en la nómina de los derechos reales del artículo 1887 del mismo cuerpo legal y con la calidad de temporario, b.) como el que le otorga a su titular (vale aclarar que se trata de quien accede a este derecho de superficie y no del propietario del predio que se afecta), sobre un inmueble ajeno: las facultades específicas de uso, goce y disposición material y jurídica de un derecho.

El ejercicio de ese derecho podrá consistir en plantar, forestar o construir, sin indicadores sobre cuál debería ser el estado del inmueble –esto es si tiene o debe estar libre de todo tipo de mejoras-, o que se lleve a cabo sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo. Esto último es reproducción textual de lo que dice la norma ya citada.

Estos dos centros de imputación diferenciados se integran, cada uno de ellos, con las estipulaciones sobre el modo del ejercicio individual, ajustado al plazo de duración que se haya establecido. Todo ello bajo los parámetros del Título VII del CCCN (2014) que regula este derecho de superficie y leyes especiales de aplicación.

La equívoca técnica empleada para redactar el texto del artículo. 2114 no debe impedir lecturas alternativas.

Desde este posicionamiento afirmamos que ambas actividades se podrán desenvolver en el terreno, el vuelo o el subsuelo del inmueble ajeno involucrado.

La primera situación que la norma concibe se vincula con la actividad del superficiario desarrollada sobre un predio libre de mejoras y/o accesiones de cualquier tipo. Dicha actividad se podrá proyectar hacia el vuelo y/o hacia el subsuelo tratando de alcanzar el objetivo que se estableció en el acto constitutivo del derecho.

En este caso, la ocupación del vuelo y/o del subsuelo es una resonancia inmediata de lo actuado por él o por los sujetos a cuyo favor se constituyó el derecho de superficie. Es un efecto natural, obvio, ineludible. La actividad, inexorablemente, habrá de ocupar esos espacios.

Se descarta que ellos gocen de algún tipo de autonomía o que ella se les pueda atribuir.

En la segunda situación se reconoce que ya existen plantaciones forestaciones o construcciones producidas por el propietario del inmueble, quien luego devendrá en constituyente del derecho de superficie sobre ellas a favor de un tercero que pasará a ser su propietario.



Dentro del anecdotario sin autoría que alude al surgimiento del derecho de superficie, circulan varias versiones. Entre ellas: a.) que ello ocurrió con los contratos que la Reina Dido o Elisa de Toro celebrara con las tribus bereberes que vivían en Numidia para adquirir sus tierras, donde fundaría la ciudad de Cartago, sede de su reinado; b.) que el nacimiento obedeció a lo que establecía la *lex romana Icilia* del año 456 a. c., que le confería a los plebeyos el derecho de construir en el monte Aventino. Si lo edificado se desarrollaba en altura, los pisos se dividían entre sus constructores; c.) también se aludía a las leyes agrarias de los años 111 y 133 a. c que, en las proximidades de los acueductos, admitían construir ocupando suelo público por lo que se debía abonar un canon llamado censo.

La lectura de *Van Wetter* (1909), sosteniendo que en el derecho romano se había extendido el derecho de superficie a las plantaciones, fue replicada por Allende (1964) señalando que, de esa lectura, se infiere una conclusión errónea y que, del mismo modo que ocurrió con la enfiteusis, la superficie nace en el período final del derecho romano empleándola en los campos fiscales.

Con un claro perfil simplificador Castán Tobeñas (1957) señaló que el derecho de superficie provenía de la concesión pretoriana vigente en la época post clásica. En su apoyo glosa a De Ruggiero (1945), para quien aquel derecho se instala en la órbita estatal, a propósito de las concesiones que se otorgaban para edificar en terrenos del dominio público del estado, luego extendida a las propiedades de los particulares, significando una atenuación, dispuesta por el Pretor, del principio de que todo lo que acceda a un terreno del dominio de otro le pertenece a este último.

En el medioevo se admitió un derecho de superficie bifronte porque se lo podía aplicar a las plantaciones y a las edificaciones. Toda vez que la enfiteusis también abarcaba lo edificado, subsumir ambos derechos fue una consecuencia inevitable sin provecho ostensible. Esto se evidenció en el derecho intermedio asumiendo la estructura de un dominio dividido.

La recepción del derecho de superficie en la codificación continental europea no fue uniforme.

Abreut de Begher (2015) señala que algunos ordenamientos legales lo adoptaron limitando su constitución sólo con el objetivo de construir tal como ocurrió, por caso, con el Código Civil Alemán (BGB), con el Código Suizo (*Code Civil Suisse*) regulado en el Art. 675 y con el Código Civil Italiano (*Codice Civile Italiano*) aprehendido desde el Art. 952 al 956 inclusive.

Seguidamente se examinó el texto originario el BGB que regulaba el derecho de superficie en los artículos 1012 a 1017, articulación luego eliminada del BGB y sustituida por un conjunto de normas que atendiera de manera más específica y completa a este derecho real.

En el año 1919 se sanciona la Ordenanza sobre arrendamiento que entró a regir a partir del 22 de enero de ese año, trasformada en el año 2007 en ley sobre derecho de superficie, que se mantiene vigente con ligeras modificaciones.

Castro Hernández y Clérici (2002) entienden que la aludida ordenanza derogó las disposiciones del BGB dejando a salvo los derechos de superficie ya existentes. En sentido contrario opinó Mariani de Vidal (2002) sosteniendo que con esta nueva normativa se conservó la esencia de las disposiciones anteriores.

Luego del examen anterior indagamos sobre el *Code Civil Suisse* (1907) cuyo artículo 675, bajo el título Derecho de superficie, en dos párrafos establece las siguientes previsiones: Que los edificios y demás obras excavadas o tapiadas en suelo ajeno, o de cualquier forma incorporados permanentemente al suelo o subsuelo, pueden tener un propietario especial, cuando su existencia se inscriba en el registro de la propiedad como servidumbre. Que este derecho no se aplica a los pisos individuales de un edificio.

El derecho de superficie vuelve a ser objeto de tratamiento en varios apartados del Art. 779 que son referenciados separadamente.

A continuación, abordamos el decreto real del 16 de marzo de 1942, publicado el 4 de abril de ese mismo año, con el que entró en vigencia el *Codice Civile Italiano*.

En el título III, abarcando los artículos 952 a 956 inclusive, se regula el derecho de superficie. Se llevó a cabo un minucioso examen de estas disposiciones. Todas estas previsiones son aplicables al caso de concederse el derecho de construir bajo el suelo.

Las costumbres impuestas por los romanos después de conquistar las Galias sobrevivieron sin dificultad hasta que proliferaron las controversias sobre la observancia de sus disposiciones. En aras de superar esta dificultad se dictó la Ordenanza Montils-les-Tours (1454) por la que se dispuso que las costumbres locales consten por escrito, de manera que sólo se podrán alegar aquellas que estuvieran redactadas.

En rigor de verdad la instrumentación escrita de estas costumbres fue operativa durante el reinado de Luis XII (1498-1515).

Laurent (1873) relata que la venta de un bosque se hacía con reserva de la propiedad del terreno. Se enajenaba sólo el derecho de ocupar el bosque en forma perpetua aprovechando la arboleda existente y la que se produjera en el futuro. Judicialmente se calificó a esta transferencia como la constitución de un derecho de superficie el que, por otra parte, era de uso habitual.

El Código Civil francés (1804) se apartó de lo que admitía el antiguo derecho y, por ende, no consideró normativamente al derecho de superficie, al menos no lo hizo de manera expresa. Era una consecuencia de su irrestricta adhesión al número limitado de los derechos reales. Se glosaron los artículos 552 y siguientes de este cuerpo legal haciendo hincapié en los contenidos de sus disposiciones.

Henri, León y Jean Mazeaud (1969), afirmando que el derecho de superficie no es ni una copropiedad ni una servidumbre, que es temporario y que a su término todo lo construido o plantado le pertenecerá al dueño del suelo, señalan que este tipo de

cláusulas se pactaron en los arrendamientos rurales, dando lugar a una configuración particular de aquel derecho.

Planiol y Ripert (1946) elaboran una propuesta más contundente sosteniendo que la ley francesa acepta que la superficie existe separada del suelo y ambos elementos del inmueble como propiedades independientes.

Josserand (1951) no duda en atribuirle al superficiario un derecho de propiedad señalando que, cuando este derecho existe, se advierten dos propiedades superpuestas que las separa un plano horizontal: el suelo. Desde esta perspectiva, agrega, la superficie no es ni un usufructo ni una servidumbre.

Hasta la sanción de su Código Civil regía en Portugal la ley del 22 de junio de 1948, conocida como ley de inquilinato dictada con el propósito de paliar el déficit habitacional. Llevaba como título: “Ley para fomentar la construcción de habitaciones y para regula los arrendamientos urbanos.”

Fuentes Lojo (1969) señala que, en esta ley, al titular del derecho de superficie se lo denomina superficiario, que se trata de una propiedad imperfecta y que está sujeta a inscripción registral, que enajenable por título oneroso o gratuito, transmisible por sucesión y susceptible de hipoteca.

Esta ley fue aplicable hasta que se sancionó el Código Civil, en cuyo Art. 3° se prevé la derogación de toda norma legal que se refiera a lo que en ese código se regula.

A través del decreto ley 47.344 se sanciona el Código Civil de Portugal (1967), estableciendo su artículo 2° que regiría a partir del 1 de junio de 1967.

En el Título V y desde el artículo 1524, le da recepción el derecho de superficie admitiendo que se constituya para plantar o construir, pudiendo ser temporario o perpetuo. Fueron examinadas todas sus disposiciones.

Andorno (1985) apela a una versión local acerca de qué es el derecho de superficie en ese país, calificándolo como el derecho real de tener una cosa propia incorporada en terreno ajeno.

La experiencia española atravesó distintos estadios.

Tempranamente Allende (1964) señaló que los códigos españoles desconocieron al derecho de superficie no obstante lo cual, judicialmente, se admitió su recepción con el respaldo del artículo 1655 de su Código Civil (1989).

Examinado ese cuerpo legal y teniendo en cuenta que su última actualización data del 5 de julio de 2021, advertimos que en la Sección 2ª relativa a los foros y otros contratos análogos al de enfiteusis, el texto de ese artículo no ha tenido cambios respecto al que el citado jurista glosa en su obra. Fueron glosados estos contenidos.

Agregó Allende (1964) un detalle no menor que patentiza cierta desarticulación normativa. En efecto, aludió a lo que establece el artículo 107 del Reglamento Hipotecario, hoy Ley Hipotecaria (1947) actualizada al 3 de junio de 2021, con el mismo texto que el nombrado había glosado.

Esa norma integra el Título V referido a las hipotecas, forma parte de la Sección 1ª sobre ese derecho real de garantía y dice: “Podrán también hipotecarse: (...) Quinto. Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real.”

Abarcando todas las disposiciones legales que fueron aludidas se podría inferir que, en el derecho civil español, se admitiría la existencia del derecho de superficie. Esto así no obstante que, del Art. 1655 del Código Civil Español (1889), concordado con el Art. 1611 de ese mismo cuerpo legal, se deduce que el de superficie está asimilado al censo enfiteútico cuando se lo constituye sin tiempo y, cuando está limitado temporalmente, al arrendamiento. En la celebración válida de estos acuerdos y respecto de sus efectos, la normativa aplicable es la de las respectivas regulaciones.

El acontecer precedente reconoce como epílogo lo que establecen los artículos 40 y 41 de la ley sobre el régimen del suelo y ordenamiento urbano (2008), finalmente reguladores del derecho de superficie en el territorio español.

Fueron referidas ambas disposiciones glosando sus respectivos contenidos circunstanciando, además, lo relativo a las registraciones previstas.

Abreut de Beguer (2015), en nota 9 de su comentario y con cita de Flah y Smayevsky (2003), hace constar que lo concerniente a la aludida registración, está contemplado en el Art. 16 del Reglamento Hipotecario (1947) y que es establecido como recaudo formal. Esto así a punto tal que, si no se verifica, se considerará que el derecho de superficie no existe.

En Bulgaria, a través de la Ley sobre Propiedad (1951) dictada por su parlamento, se establecieron directivas mediante cuya aplicación fue operativo el derecho de superficie. Así consta en sus artículos 63 al 67 inclusive.

En esta regulación se prevé: la cesión que el propietario de un terreno puede hacer a favor de un tercero para que construya sobre su superficie y sea su propietario. También que ese derecho se le otorgue a otro sobre un edificio construido sobre el terreno sin dejar de ser propietario de este último.

Quien resulte propietario de la construcción no puede utilizar del terreno más que aquella porción indispensable para aprovechar lo edificado. Al respecto puede estipularse lo contrario.

Al vencimiento del plazo convenido el propietario del suelo adquiere gratuitamente lo construido y puede disponer de ello libremente.

El propietario readquiere el derecho de construir que ha transferido, si el superficiario no hace uso de él durante cinco años. Fuentes Lojo (1969) critica el texto del artículo que contempla este supuesto sin advertir que, claramente, no se incurre en ninguna confusión.

Trasparentamos la aparición del derecho de superficie para, luego, referenciar las codificaciones en la Europa continental agregando expresiones autorales que se difundieron localmente.

Desde esta revisión queda revelada cierta uniformidad en la adopción codificada del derecho de superficie en la mencionada demarcación territorial. Esto así porque en los requisitos que se deben observar para constituirlo se pone de relieve las diferencias que existen en sus respectivas articulaciones. En algunos casos se lo

prevé sólo para la construcción y en otros, muy pocos, se lo admite también para plantaciones.

Esta circunstancia ubica al derecho de superficie que se regula en el CCCN entre los concebidos con la mayor amplitud de objetivos.

De todas las codificaciones y regulaciones examinadas la que trasciende y se destaca respecto de las demás, inclusive de la local, es la contenida en los artículos 40 y 41 de la ley española sobre régimen del suelo y ordenamiento urbano (2008). Ello es consecuencia de admitirse que el derecho de superficie para construir puede abarcar la rasante, el vuelo y el subsuelo del predio involucrado. Naturalmente dejando a salvo que la admisión no disimula la falta del cortejo de las disposiciones necesarias para implementarlo y prever sus consecuencias posibles.

### **3. El derecho de superficie para el codificador Vélez Sársfield: la incorporación de este derecho en las codificaciones americanas**

Nuestro Codificador diseñó una estructura rígida para los derechos reales, disciplinándolos al amparo de un número limitado y la doctrina respondió con los argumentos que fueron expuestos y examinados particularmente (Alterini, 2003). La clausura en el número de los derechos reales que se admitían, consagrada en el artículo 2503 del CC (1869) y la sanción dispuesta en el artículo anterior (2502), fueron principios esenciales que el Codificador plasmó con inocultable precisión.

La rigurosidad con la que el Codificador Vélez Sarsfield (1869) estructuró el régimen de los derechos reales quedó evidenciada en el artículo 2502 y en su nota y en la nota al artículo siguiente.

En la primera norma establece que los derechos reales sólo pueden ser creados por disposición legal y que la constitución o la modificación de los que se admiten, sea por contrato o por disposición de última voluntad, sólo valdrá como constitución de derechos personales si como tal pudiera valer.

De su nota se colige claramente cuáles eran, para este enorme jurista, las diferencias ostensibles entre el derecho romano y el medieval. Pondera que, en este último, la multiplicación de los derechos reales provocó el aumento de los pleitos perjudiciales que se suscitaron. (Allende, 1964) y que, en el primero, además de la propiedad sólo se reconocía un número determinado de derechos reales.

Esa filiación romanista lo era, específicamente, hacia el derecho romano clásico, en el que la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que traía aparejado que el propietario del suelo lo era también de las construcciones o plantaciones aun hechas por un tercero con sus materiales, a tal punto que, si se dueño hubiese pretendido vender la finca sin el solar, el adquirente no habría llegado a ser propietario de ella.

Todas estas evidenciadas se plasmaron en la nota al artículo 2503 en la que directamente descarta a la superficie y a la enfiteusis, con fundamento en evitar instituir derechos reales de larga duración o a perpetuidad.

Las manifestaciones que se puede encontrar en el CC., y en la legislación posterior, léase: derecho minero, sitios con restos arqueológicos, aguas subterráneas, sepulcros, medianería y la propiedad horizontal, disociando la propiedad del suelo y la propiedad de lo plantado o construido, no tuvieron eco en los proyectos de 1926, 1938 y 1954 ya que no le dieron recepción al derecho de superficie.

Seguidamente se abordaron los contenidos de los siguientes códigos. En algunos casos, por sus particulares especificaciones, reproducimos el texto de nuestro examen y así lo hacemos notar.

El Código Civil de Bolivia (1975), vigente desde el 2 de abril de 1976, fue alcanzado por la ley 018 que dispuso la derogación de todas las disposiciones de ese código que se opongan a sus estipulaciones. Esta ley se dictó con intervención del Órgano Electoral Plurinacional sin modificar el articulado que citamos.

El artículo 111 establece un principio cardinal relativo al alcance del derecho de propiedad sobre el territorio. Así dispone que la propiedad del suelo se extiende al



subsuelo y sobresuelo, prolongados desde el área limitada por el perímetro superficial hasta donde tenga interés el propietario para el ejercicio de su derecho.

En las secciones II y III y abarcando desde el artículo 203 al 209 inclusive del Capítulo V titulado: De la propiedad del sobresuelo y de la propiedad separada del subsuelo, integrante del Título III relativo a la propiedad, se establecen las normas aplicables al derecho de superficie.

Se examinaron ambas secciones.

El contenido del derecho se regula por acuerdo de partes.

Las dos causales de extinción del derecho de superficie están previstas en el Art. 207 y están referidas a los modos de extinción de la propiedad compatible con el derecho de superficie o por vencimiento del término pactado, convirtiéndose el dueño del suelo en propietario de la construcción, más allá de las indemnizaciones acordadas.

Salvo disposición en contrario, al derecho de superficie se le aplican las normas de la propiedad inmobiliaria en la medida de su compatibilidad. Así lo dispone el Art. 208.

En el Código Civil de Perú (1984) la descripción del contenido relativo al derecho de superficie debe comenzar en el Art. 881 en el que se dispone que: "Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes." Se nota la influencia de nuestro Código Civil (1869), desde lo que disponía el Art. 2502, dado que ese criterio ya había sido reconocido por el cuerpo legal anterior.

El alcance y el plazo legal del derecho (máximo 99 años) de superficie lo establece el Art. 1030, donde admite la constitución del derecho de superficie confiriéndole al superficiario la facultad de tener, por tiempo determinado, una construcción como propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. El plazo máximo de este derecho no podrá exceder de los 99 años y, a su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto en contrario.

No hay identidad entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria sino una relación de causa a efecto. La propiedad superficiaria es la que construye el superficiario y su causa legal y alcance lo constituye el derecho de superficie. La propiedad debe su existencia al derecho de superficie de manera que, extinguido el derecho desaparece la propiedad superficiaria.

Puede constituirse por acto entre vivos o por testamento y que es transmisible salvo prohibición expresa. (Art. 1031).

El contrato es la forma usual y se distinguen estas variantes para constituirlo: la concesión del derecho de construir; transferir una construcción que existe y la celebración de un contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno. Se describieron estos tres supuestos.

No se encontraron precisiones sobre la forma instrumental que se exigiría para constituir este derecho. Desde esta perspectiva ese acto estaría sujeto a la libertad de formas que predica el Art. 143.

La extensión del derecho de superficie puede abarcar partes del suelo que no se utiliza para la construcción pero que facilitan su aprovechamiento (Art. 1032).

La destrucción de lo construido no extingue el derecho de superficie (Art. 1033). Se duda acerca de que, legalmente, se admite la reconstrucción.

La extinción del derecho de superficie provoca la terminación de los derechos concedidos por el superficiario a favor de terceros (Art. 1034).

En Cuba el Código Civil fue aprobado por la Asamblea Nacional a través de la promulgación de la ley 59 (1987). Por sus características especiales se examinaron con detalle sus disposiciones lo que se reproduce.

En el Capítulo III del Título III relativo a “Otros derechos sobre bienes” y abarcando desde el artículo 218 al 225 inclusive, se regula al derecho de superficie.

La concesión de este derecho a personas naturales o jurídicas, a título oneroso o gratuito, es una facultad privativa del estado, teniendo por objeto los terrenos que le pertenezcan, a fin de que se destinen a edificar viviendas, a otras construcciones o a

otras actividades determinadas. La prerrogativa estatal es indiscutible, ello así a tenor de que este derecho no puede concederse sobre terrenos de propiedad personal (Art. 218).

Las misiones diplomáticas y consulares que se instalen en Cuba, sus miembros, sus demás dependencias; la instalación de sedes de organismos internacionales y/o de representaciones extranjeras, del personal que preste servicios, podrán ocupar terrenos de propiedad estatal mediante la concesión del derecho de superficie (Art. 219).

Se amplía la nómina de los legitimados para conceder este derecho a las cooperativas de producción agropecuaria y sus miembros son habilitados como destinatarios. El objetivo es la construcción de viviendas (Art. 220).

El título constitutivo del derecho de superficie debe contener especificaciones relativas a: extensión, término, estructura, naturaleza y destino de las construcciones y actividad específica que se desarrollará en el terreno (Art. 221).

La concesión del derecho no puede exceder de cincuenta (50) años, prorrogable por la mitad del término original mediando acuerdo convenido antes del vencimiento del primer plazo (Art. 222).

El derecho de superficie es transferible salvo disposición en contrario en el título constitutivo (Art. 223).

Su extinción se puede producir por alguna de las causas generales de las relaciones jurídicas o: por extinción de la persona jurídica superficiaria; por no observar las condiciones bajo las que se lo concedió; por inacción dentro de los dos (2) años siguientes a ser concedido, salvo que por ley se establezca un término diferente o por destrucción de lo edificado y de sus instalaciones salvo que se reconstruya en el plazo que se establezca en el título constitutivo o en el que se fije judicialmente (Art. 224).

Al producirse la extinción del derecho de superficie las construcciones e instalaciones se revierten al propietario del terreno (Art. 225).

En la República Federativa de Brasil su Código Civil (2002) contempla el derecho de superficie en el Título IV del Libro III relativo al derecho de cosas, abarcando desde el artículo 1369 al 1377 inclusive.

Sucintamente se describen sus contenidos.

El propietario de un predio puede conceder a terceros el derecho de construir o plantar por tiempo determinado, mediante escritura pública que se deberá inscribir en el Registro Inmobiliario. Este derecho no le autoriza al superficiario a realizar obras en el subsuelo, salvo que fuera inherente al objeto de la concesión (Art. 1369).

La concesión puede ser convenida a título oneroso o gratuito. En caso de ser onerosa las partes deberán establecer si habrá un único pago o si será hecho en cuotas (Art. 1370).

El superficiario responderá por las expensas y tributos que pesen sobre el inmueble (Art. 1371).

El derecho de superficie se puede transferir a tercero y, por muerte del superficiario, a sus herederos (Art. 1372).

En un único párrafo se establece que el concedente no podrá percibir bajo título alguno, ningún tipo de pago por la transferencia.

En caso de enajenación del inmueble o del derecho de superficie, el superficiario o el propietario tendrán derecho de preferencia en igualdad de condiciones (Art. 1373).

Si el superficiario le da al terreno un destino diferente de aquel por el que fuera concedido la concesión se puede resolver y ello puede ocurrir antes de su vencimiento (Art. 1374).

Extinguida la concesión lo construido o plantado pasa a pertenecerle al propietario en dominio pleno, independientemente del pago de las indemnizaciones pactadas (Art. 1375).

En caso de extinguirse el derecho de superficie como consecuencia de una expropiación indemnizable, el propietario y el superficiario tienen derecho a percibir el valor correspondiente al derecho real de cada uno (Art. 1376).

Los derechos de superficie constituidos por personas jurídicas de derecho público se rigen por este código, salvo disposición en ley especial (Art. 1377).

En los Estados Unidos Mexicanos la constitución del derecho de superficie es dependiente de una importante labor probatoria.

En efecto, en su Código Civil Federal (1928) el artículo 896 establece que todas las obras, siembras y plantaciones, así como las mejoras y reparaciones ejecutadas en un terreno, se presumen hechas por el propietario a su costa, mientras no se pruebe lo contrario.

Esta norma reconoce como fuente disposiciones similares de códigos europeos respaldados por esta regla procesal: el que afirma o reclama tiene sobre sí la carga de la prueba.

Este panorama se completa con lo que dispone el artículo 2899: Cuando el suelo pertenece a una persona y el edificio a otra, ésta puede hipotecar el edificio sin que el gravamen comprenda la rasante.

No obstante, la precariedad normativa, es razonable admitir que en México se puede constituir el derecho de superficie. Y sin lugar a dudas se lo puede afectar con el derecho real de hipoteca.

A modo de compendio de lo expuesto afirmamos que, de la rigurosidad Velezana en el diseño del régimen legal de los derechos reales sumada a su tajante negativa de aceptar la incorporación del derecho de superficie, se pasó a la composición legislativa de los códigos americanos. Éstos, con variantes muchas veces motivadas por razones de corte político y con ciertas limitaciones operativas, regularon el derecho real de superficie.

Quedó marcada la evolución conceptual en materia de derechos reales, demostrada por la recepción que tuvo el derecho de superficie y esto así más allá de los perfiles, algunos aceptables y otros opinables de las regulaciones instauradas.

Es inevitable la comparación del contenido de estos antecedentes legales con el régimen instituido en el CCCN.

Como resultado de este cotejo corresponde respaldar el que se adopta en este último porque, no obstante, lo que sugerimos incorporar en esta tesis y otros detalles que aportó la doctrina especializada, es claro, coherente, debidamente estructurado, incorpora variables que viabilizan novedosas alternativas negociales y plantea derivaciones registrales de notable utilidad.

#### **4. La superficie forestal como nuevo derecho real: algunos fundamentos propiciatorios de un nuevo régimen legal**

El legislador argentino fue precavido. Tuvo muy presente la sanción prevista en el ya aludido artículo 2502 del CC (1869) y durante años se llamó a silencio en orden a la instauración legal de nuevos derechos reales, entre ellos el de superficie. No nos satisface ninguna otra explicación para semejante comportamiento.

Las evidencias demostrativas de estas conductas se encuentran en los desatendidos proyectos de reforma de la legislación civil sustantiva de 1987, 1993 y 1998, donde se incluyeron propuestas de recepción del derecho de superficie.

La postura del legislador, descalificada por algunos porque encerraba una postergación inexplicable, para otros justificada porque obedecía a la posibilidad de aplicar los derechos reales más semejantes aprovechando la versatilidad con la que el Codificador pergeñó el régimen de los admitidos.

La clausura en el número de tales derechos recién fue superada con la sanción de la ley 25.509 (2001) que habilita legalmente al derecho real de superficie forestal, incluyéndolo como inciso 8º en el artículo 2503 del CC (1869).

Finalmente, en el artículo 3º de la ley 26.994 (2014) entre otras leyes se deroga la 25.509 (2001).

Sintetizando sus características cabe mencionar las siguientes: afectaba inmueble ajeno, era exclusivo, temporal, transmisible, convencional y formal. Su constitución estaba condicionada a que recayera sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura.

La síntesis anterior fue nada más que una insinuación del contenido de esta derogada ley. Preferimos abordarla con detenimiento, aun a riesgo de incurrir en alguna reiteración, por tratarse de un antecedente de enorme valor frente a la concepción tan hermética que el Codificador Vélez Sarsfield adoptó en su CC (1869).

Para la descripción que encaramos nos nutrimos de la que elaboró Mariani de Vidal (2002), por la claridad de su enfoque casuista y sistemático, acompañado de apreciaciones que permiten comprender cabalmente el contenido de la derogada ley 25.509 (2001).

Por otra parte, compartimos con la autora darle a esta ley una calurosa bienvenida dentro de un contexto en el que, desde hace mucho tiempo, no se legislaba sobre derechos reales y menos atribuyéndole al sancionado la calidad de autónomo. Fue una bocanada de oxígeno dentro del desordenado tumulto en el que se suceden normas de cualquier tipo y calibre.

Siguiendo el desarrollo de esta doctrinaria, como concepto y de manera simple a este derecho lo define como aquél en virtud del cual le es concedido a quien resulte 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 trasmisible *mortis causae*.

Mariani de Vidal (2002) examina la ley 25.080 (1998 que instituye un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, régimen del que se podrán

beneficiar las instalaciones de nuevos proyectos foresto industriales y las ampliaciones de los existentes, siempre que se aumente la oferta maderera a través de la implantación de nuevos bosques.

En esta ley y a sus efectos se determina qué se entiende por bosque implantado o cultivado, aludiéndose a los que se obtienen mediante siembra o plantación de especies maderables, nativas y/o exóticas adaptadas ecológicamente al sitio, con fines principalmente comerciales o industriales, en tierras que por sus condiciones naturales y aptitud sean susceptibles de forestación o reforestación y que, al momento de la sanción de la presente ley, no estén cubiertas por masas arbóreas nativas o por bosques permanentes o protectores, estos últimos definidos previamente como tales por las autoridades provinciales, salvo la existencia de un plan de manejo sustentable para bosques degradados a fin de enriquecerlos, aprobado por la provincia respectiva.

En continuado con el análisis de la ley 25.080 (1998) Mariani de Vidal (2002) señala que resultarán de aplicación en las provincias que adhieran expresamente a su régimen, mediante el dictado de las pertinentes normas provinciales.

Los beneficios de la ley se otorgan a los titulares de emprendimientos inscriptos en un registro habilitado a tales efectos y cuyo proyecto de inversión, avalado por profesionales competentes, haya sido aprobado por la Autoridad de aplicación. Puede tratarse de personas físicas o jurídicas que realicen efectivas inversiones en las actividades objeto de la presente ley. Previene lo que en esta ley se advierte acerca de que los bosques deberán desarrollarse mediante el uso de prácticas enmarcadas en criterios de sustentabilidad de los recursos naturales renovables, a cuyo fin todo emprendimiento forestal o foresto industrial, para ser contemplado dentro del presente régimen, deberá incluir un estudio de impacto ambiental y adoptar las medidas adecuadas que aseguren la máxima protección forestal, las que serán determinadas por la Autoridad de Aplicación, que evaluará anualmente estos aspectos, a través de lo actuado por la dependencia administrativa que tenga competencia específica en la materia.



Esto tiene como propósito asegurar el uso racional de los recursos promoviendo las inversiones en su ámbito confiriéndosele a los protagonistas un tratamiento fiscal favorable. Este tratamiento consiste en un régimen de estabilidad fiscal de hasta treinta años a partir de la fecha de aprobación del proyecto respectivo, un régimen especial de reintegro del Impuesto al Valor Agregado aplicable exclusivamente a la parte forestal y también un régimen especial de amortización del impuesto a las ganancias y de avalúo de reservas.

Al mismo tiempo, la aprobación de estatutos e instrumentos constitutivos y su inscripción estarán exentos de todo impuesto nacional que grave el acto, incluido el impuesto de sellos, tanto para el otorgante como para el receptor, debiendo las Provincias que adhieran al régimen de la ley establecer normas análogas en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones. El otro medio de promoción, siempre que se trate de extensiones inferiores a las quinientas hectáreas, consiste en la posibilidad de recibir un apoyo económico no reintegrable, cuyo alcance está regulado en esta ley 25.080 (1998).

La mencionada ley aprehende las dos modalidades del derecho de superficie a las que antes nos refiriéramos: al superficiario puede concedérsele la facultad de realizar sobre la superficie de un inmueble ajeno forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado -esta es una modalidad- o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes -esta es la otra modalidad-. Para nuestra autora ambas modalidades resultan beneficiosas, pues si la primera fomentará la forestación, la segunda promoverá la explotación de plantaciones ya existentes que el propietario del suelo no quiera o no pueda trabajar, lo cual también acarreará resultados positivos para la comunidad.

En orden a la naturaleza jurídica del derecho real de superficie forestal, Mariani de Vidal (2002) entiende que, desde la propia preceptiva legal, es caracterizado como derecho real autónomo sobre cosa propia. Que se trata de un derecho real autónomo implica que, cualquiera de las dos modalidades que se adopte, siempre existirá un

derecho real desde su constitución. No sólo habrá derecho real cuando ya en el inicio exista una propiedad superficiaria, así sucederá cuando el derecho se conceda respecto de plantaciones existentes. También existirá derecho real ab initio cuando se conceda el derecho de plantar con la facultad, una vez realizada la plantación, de hacer propio lo plantado.

La ley considera que el derecho que crea es siempre un derecho real sobre cosa propia, lo cual en mi opinión no es del todo exacto. El tema se vincula con el objeto del derecho de superficie, el cual involucra -por ejemplo- el muy relevante del derecho real de garantía que el superficiario está autorizado a constituir.

Si el derecho de superficie se constituye respecto de plantaciones existentes, aparecerá la propiedad superficiaria desde el origen, por lo que parece claro que se estará desde el origen frente a un derecho real sobre cosa propia.

Su objeto será la plantación existente, pasible de categorizar como cosa con arreglo al derogado artículo 2311 del CC (1869), objeto que tendrá existencia actual -no futura-, que es uno de los requisitos que debe reunir el objeto de los derechos reales.

La cuestión no es tan simple en el caso de la otra modalidad que puede adoptar el derecho de superficie según la ley. En efecto, ya hemos visto que cuando el derecho no se concede sobre plantaciones ya existentes, hasta que la forestación no sea realizada el derecho del superficiario a forestar -aunque lleva en sí mismo el germen de una propiedad superficiaria- pareciera que no recae sobre una cosa propia, ya que la plantación no existe al momento de constituirse el derecho y el inmueble que se forestará será ajeno por hipótesis.

Tal circunstancia permite sostener que el objeto de esta modalidad del derecho real de superficie forestal, mientras la forestación no se materialice, es el espacio, que sería en este supuesto el objeto propio, de existencia actual.

No compartimos esta posición porque el espacio -más allá del concepto filosófico que acerca de él se pueda tener- es una no-cosa, ya que desde el punto de

vista jurídico es el vacío y no constituye objeto de relaciones jurídicas, aun cuando el espacio sea el ambiente o lugar en el que se encuentran las cosas y se desarrolla la actividad humana.

En el régimen jurídico aplicable en la especie las cosas son sólo los objetos materiales susceptibles de tener un valor según el derogado artículo 2311 del CC (1869) y únicamente las cosas pueden ser objeto de los derechos reales.

Mientras la ley no declare aplicables al espacio las disposiciones referentes a las cosas -como se hizo respecto de la energía- el espacio no puede ser considerado una cosa. Pero, si el espacio no es el objeto del derecho real de superficie en este caso, ¿cuál será su objeto mientras la plantación no se realice?

Entiendo que su objeto será el inmueble ajeno donde se llevará a cabo la plantación, naciendo la propiedad superficiaria (objeto propio: la forestación realizada) cuando ésta se concrete y a medida que se concrete, teniendo lugar la transformación automáticamente

La ley 25.509 (1998) no descarta esta conceptualización, pues otorga al superficiario el derecho de uso, goce y disposición de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes.

Mariani de Vidal concluye su abordaje sobre este tema señalando que, aunque la ley no lo prevea expresamente, el derecho de superficie podría comprender una extensión del inmueble mayor que la estrictamente necesaria para la forestación, ocupándola con la maquinaria indispensable para la siembra o para la explotación. Esta extensión habrá menester de una cláusula expresa en el título constitutivo.

Respecto de la cuestión del plazo Mariani de Vidal (2002) confirma que se trata de un derecho temporario y no perpetuo. Tal parece que se estimó inconveniente que se prolongue en forma indefinida la desmembración del dominio, que podría esterilizarlo, y por eso le ha fijado un término.

Del desarrollo de nuestra tesis priorizamos los temas que consideramos más relevantes dentro del contexto expositivo de la autora que nos sirve de fuente esencial.

Conjetura Mariani de Vidal (2002) que el superficiario puede haber asumido en el contrato de creación distintas obligaciones -relativas, por ejemplo, a la clase de especies a plantar, modo de explotación, etc., que fijarán los contornos de su derecho-. Y como el contrato legalmente puede ser oneroso o gratuito, también puede haberse obligado a pagar un precio o canon, ya sea de una vez -al constituirse el derecho- o a través de pagos periódicos. Asimismo, el nudo propietario o el superficiario, o ambos, pueden haberse reservado en el contrato el derecho de ser preferidos si ofrecen colocarse en igualdad de condiciones, para el caso de que uno u otro decidieran enajenar su derecho.

Estas obligaciones, agrega la autora, plantean algunos problemas de gran importancia, que la ley 25.509 (2001) ha contemplado sólo de manera parcial, lo que resulta ciertamente criticable. Pues habida cuenta el propósito de fomento de la actividad de forestación que la ley persigue, no debió omitir la regulación de aspectos que involucran a la claridad y seguridad del vínculo. En primer lugar, el incumplimiento de las obligaciones asumidas abre un par de interrogantes que, judicialmente, deberían ser asumidos y resueltos. Ellos son: por un lado, el ejercicio del pacto comisorio tácito previsto en el derogado artículo 1204 del CC (1869) y, por el otro, si ese pacto puede ser expreso.

Frente a la falta de una regulación específica en la ley 25.509 (2001) y tratándose de un derecho disponible, la respuesta afirmativa a ambos interrogantes parece que se impone. Nos confirma en esta conclusión el hecho de que la ley regule como una de las causales de extinción del derecho de superficie al cumplimiento de la condición resolutoria pactada ya que, justamente, la condición resolutoria pactada podrá ser la no satisfacción por parte del superficiario de las obligaciones asumidas en el contrato (v.gr. falta de pago del canon).

Ahora bien, se presenta la cuestión de establecer cuál sería la suerte de las obligaciones asumidas por el superficiario en caso de que transmita su derecho. La ley 25.509 (2001) no se ocupa del tema en forma puntual. No obstante, como en ella se establece que la renuncia del derecho por el superficiario o su abandono no lo liberan de sus obligaciones podría aplicarse, respecto del superficiario que transmite su derecho, el mismo razonamiento que se decidió aplicar en relación con las expensas comunes no pagadas respecto de sectores privativos afectados al régimen horizontal. Vale señalar que, en tales supuestos, la enajenación de la unidad no libera al anterior propietario de la deuda por expensas comunes devengada durante su titularidad. El abandono que se menciona en la ley 25.509 (2001) podría entenderse comprendido cualquier acto de abdicación de su derecho por parte del copropietario, salvo el caso de liberación expresa emanado del nudo propietario.

En este contexto corresponde indagar, sugiere nuestra autora, en qué situación queda el adquirente del derecho que le transfiere el superficiario. El asunto es delicado puesto que, en nuestro derecho positivo, no hay obligación que corresponda a derechos reales, doctrina legal contenida en el derogado artículo 497 del CC (1869) y las obligaciones que fueran pactadas como accesorias de un derecho real afectarán sólo a quien las acordó y a sus herederos.

Asimismo, sólo una disposición expresa de la ley podría convertir a esas obligaciones en ambulatorias o *propter rem*. Con tan breve precepto se hubieran aventado innumerables discusiones e inseguridades. Tal vez los problemas podrían diluirse en la práctica incorporando en el contrato de constitución una cláusula que subordine la transmisión del derecho al consentimiento del nudo propietario, para posibilitar que éste, antes de autorizarla, exija la asunción de las referidas obligaciones por el adquirente. O si el superficiario tiene el cuidado de vincular a sus obligaciones al propio sucesor particular en virtud del título de transferencia.

Mariani de Vidal (2002) completa este tema acotando que -aunque no se trata, desde luego, de obligaciones- el superficiario deberá respetar las restricciones y límites impuestos por la ley al propietario.

De acuerdo con lo previsto en el artículo 2 de la ley 25.509 (2001), nuestra autora confirma que el superficiario queda autorizado a constituir derecho real de garantía.

En el concepto de Mariani de Vidal (2002), estas expresiones suscitan algunos interrogantes. En primer lugar: de qué derecho real de garantía se trata Dado que no hay una norma específica que lo individualice, teniendo en cuenta la vigencia del número cerrado de derechos reales, se podrá entender aludido alguno de los derechos reales de garantía que nuestro ordenamiento admite. En segundo lugar: cuál de los permitidos. Más allá de que resulta inexplicable y lamentable esta referencia genérica de la ley -que observa la costumbre bastante difundida de prescindir, al legislar, del uso de un lenguaje técnico cuidado y preciso, tan necesario para conjurar dificultades interpretativas-, este derecho real de garantía no puede ser otro que la hipoteca.

A esta altura acota Mariani de Vidal (2002): desde que el superficiario tiene el derecho de disposición jurídica, no se advierte porqué la ley menciona al derecho real de garantía en singular, ya que el superficiario podría también echar mano del derecho real de anticresis, al menos cuando haya nacido la propiedad superficiaria.

En tercer lugar: qué es lo que se puede gravar, atento que al decir la ley pudiendo gravarla, pareciera involucrar sólo a la propiedad superficiaria. En este contexto, la autora se pregunta si el superficiario podría gravar la superficie del inmueble ajeno, sobre la cual adquiere el derecho de plantar y hacer propio lo plantado y, en esta línea conjetural, si puede afectar la propiedad que adquiera de plantaciones ya existentes o la cosa propia a la que se refiere la norma cuando califica a la superficie de derecho real autónomo sobre cosa propia temporario.

Interpreta la autora que, una interpretación razonable, es la que conduce a concluir en que el superficiario tiene la facultad de constituir la garantía real que menciona la ley, sea una u otra de las dos modalidades con las que se haya dado nacimiento a la superficie; en otras palabras: le compete la facultad de constituir la garantía desde el nacimiento de la superficie, tanto si la superficie consiste en el derecho de plantar y hacer propio lo plantado como si consiste en adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes.

Puede impresionar un poco esta solución ya que, si bien no habría inconvenientes en aceptar que la hipoteca pueda constituirse sobre las plantaciones - sea existentes o ya realizadas por el superficiario-, puesto que contaríamos con una cosa sobre la cual la garantía ha de recaer, el asunto se complica cuando la superficie consista en la facultad de plantar y hacer suyo lo plantado, mientras no sea efectuada la forestación. Ello ponderando la doctrina que emanaba de lo dispuesto en el derogado artículo 3120 del CC. (1869), aunque la lectura de su nota nos convence de que las objeciones que allí plantea el Codificador Vélez Sarsfield no resultarían predicables respecto de la superficie forestal.

Negar al superficiario la facultad de constituir el gravamen en este último supuesto es privarlo de la posibilidad de conseguir fondos a través del crédito -o al menos dificultarle su logro- en el momento que más los necesita y en el que con mayor facilidad podrá obtener financiación, por tratarse del momento inicial de la explotación emprendida y en virtud del largo plazo por el que puede ser constituida la superficie.

Es por eso que, aunque la ley no es del todo clara -o tal vez porque no lo es-, entiendo que esta interpretación más valiosa puede ser sostenida. Y no debemos escandalizarnos en tanto, si bien se mira, aparecería configurada una hipoteca sobre derecho: el derecho del superficiario -que en el caso que estoy considerando consistirá en plantar y hacer suya la plantación, de donde ése será el sustrato de la garantía y lo que deberá ejecutarse si se produjera un incumplimiento-.

Porque, como antes dijimos, el principio del *numerus clausus* va dirigido a los contratantes y no al legislador, que puede regular el estatuto de los derechos reales que admita del modo que mejor lo considere conveniente.

Por último, se debe considerar el caso de que el gravamen recayera sobre el derecho de plantar. En tal supuesto es razonable meditar acerca de que va a suceder cuando la forestación esté concluida.

Para Mariani de Vidal (2002), el surgimiento de la propiedad superficiaria como desarrollo del derecho de forestar, trae como consecuencia que el gravamen pasará a afectar a la forestación que se haya generado. Ello sin necesidad de acto alguno, ni del nudo propietario ni del superficiario, pues la transformación del derecho de plantar en derecho sobre lo plantado opera automáticamente.

No obstante, siempre resultaría prudente que -a fin de evitar conflictos interpretativos- los notarios explicitaran en el instrumento de la constitución que el gravamen constituido respecto del derecho de forestar pasará a afectar automáticamente y sin solución de continuidad a las plantaciones cuando éstas se realicen.

Un tema concomitante para nuestra autora concierne al siguiente supuesto: si la hipoteca -para ambas modalidades del derecho de superficie- resultará aceptable para las entidades financieras, puesto que se extinguirá con la extinción de la superficie, salvo que lo fuera por consolidación, único supuesto para el cual la ley dispone que los derechos y obligaciones de propietario y superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos. Empero, todo dependerá de la época en que se constituya el gravamen, atento la larga vida por el que puede ser convenido el derecho de superficie.

Las acciones posesorias y petitorias también son contempladas en este completo y sistemático estudio abordado por Mariani de Vidal (2002). A su respecto sostiene que, como el superficiario es poseedor legítimo y titular de un derecho real, le asisten las acciones posesorias y petitorias contempladas en el derogado CC



(1869), así como los interdictos regulados en las leyes procesales, tanto contra el nudo propietario como respecto de terceros. Esto es así por aplicación de los principios comunes, aun cuando la ley 25.509 (2001) sólo contempla la posibilidad de que el superficiario demande el cese de turbaciones provenientes del nudo propietario.

La excedente exposición de Mariani de Vidal (2002), en cuyos textos nos hemos apoyado para exteriorizar todos los costados que ofrecía la derogada ley 25.509 (2001) y que tanto sirvió para el dictado del actual régimen del derecho real de superficie, regulado en la ley 26.994 (2014), es epilogada por ella señalando que su estudio no es sino una primera aproximación al nuevo instituto, elaborado sobre la base del articulado de la nueva ley. No pretende, como dije al principio, agotar la totalidad de las aristas y problemas que con el andar de su aplicación seguramente suscitará. Se trata sólo de un aporte que se endereza a su comprensión y que ojalá contribuya a que el derecho real de superficie forestal se difunda y utilice.

Por nuestra parte agregamos que la derogación de la ley 25.509 (2001), dispuesta en el inciso a.) del artículo 3° de la ley 26.994 (2014), que había establecido y regulado el derecho de superficie forestal, no descarta que, con arreglo a lo que dispone el segundo párrafo del artículo 2116 del CCCN (2014), esto es, cuando se deba tener en cuenta la utilidad para el aprovechamiento según el destino al que se aplique el derecho de superficie, en el caso específico de la forestación o silvicultura, se deberán observar las disposiciones del texto actualizado de la ley 25.080 (1998) de inversiones para bosques cultivados.

Como lo adelantamos, la mención de la derogada normativa regulatoria del derecho real de superficie forestal, por lo que significó como antecedente para el dictado del vigente régimen del derecho real de superficie en los términos de la ley 26.994 (2014).

El proyecto de Código Civil que presentó la comisión designada por el Poder Ejecutivo Nacional (1995), conocido como Proyecto 98, fue acompañado por fundamentos en los que se aludía al derecho real de superficie. Ese Proyecto

constituyó una de las fuentes esenciales para elaborar el Proyecto 2012 luego convertido en ley 26.994 (2014).

En aquellos fundamentos se señaló que la prohibición del derecho de superficie por el artículo 2614 del CC (1869) aleja a nuestro derecho del más prestigiado derecho comparado pues, entre otros países, lo admiten Francia España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza Japón, Bolivia, Perú, Cuba y hasta el casi reciente Código de *Québec* de 1991.

Nuestras glosas anteriores, sobre varios de los mencionados códigos, fue oportuna. Permite inferir cuáles de sus normas se tuvieron en cuenta a los efectos de redactar nuestro régimen legal vigente aplicable al derecho de superficie.

Así, por caso, los planos que se distinguen en el Código Civil Italiano (1942) artículo 952, o el reconocimiento de la indemnización debida al superficiario en el Código Civil de Portugal (1967) artículo 1538.2.

El hecho de aludir al Código Civil de la provincia de *Québec*, Canadá (1991), que reemplazó al del Bajo Canadá, aprobado legislativamente en 1865, vigente a partir del 1º de julio de 1866, nos animó a considerar sus disposiciones en detalle.

El nuevo cuerpo legal, promulgado en el año 1991 y puesto en vigencia el 1º de enero de 1994, se ubica entre las codificaciones más modernas, circunstancia cronológica que justifica considerar sus disposiciones sobre el derecho de superficie.

En el Código que nos ocupa a este derecho se lo titula Propiedad Superficiaria, integra el Capítulo IV del Título Tercero, relativo a las modalidades de la propiedad y forma parte del Libro Cuarto dedicado a los bienes. Ocupa desde el artículo 1110 al 1118 inclusive.

Normativamente la propiedad superficiaria es el resultado de separar del derecho de propiedad que recae sobre un inmueble, la cesión del derecho de accesión o la renuncia a sus beneficios. (Art. 1110)

Este artículo, sin aludir a ningún derecho real, describe el escenario en el que se genera la propiedad superficiaria a través de la cesión o la renuncia del principio

de accesión, apartándolo del derecho de propiedad que recae sobre un objeto inmobiliario.

Bajo estos parámetros la propiedad superficiaria es identificada en las construcciones, obras o plantaciones posicionadas sobre inmueble que pertenece al propietario del subsuelo. Así lo dispone el artículo 1011.

Por su parte la accesión es un modo de adquirir bienes, artículo 916, y la voluntaria o artificial está contemplada en el artículo 955 refiriéndose a las aludidas construcciones, obras o plantaciones sobre un inmueble que se presumen hechas por el propietario a su costa y que le pertenecen.

Entendemos que la resignación del propietario al principio de accesión, constituye el mecanismo que le da autonomía a los derechos de superficiario. Ello así a través del juego coherente de esa resignación con lo que disponen los artículos 951 –que extiende la propiedad del inmueble al suelo, espacio aéreo y subsuelo-, 954 –referido a los supuestos de accesión inmobiliaria, y el 956 –relativo a la adquisición de las construcciones, obras o plantaciones por el propietario del inmueble-.

Los artículos 1111 y 1112 tienen características que llaman la atención, sobre todo porque patentizan hasta qué punto el régimen de este derecho en el Código que estamos examinando, es ajeno a la estructura del regulado en el CCCN.

Efectivamente, no establece cuáles son las facultades del superficiario y respecto de qué dimensiones del inmueble puede ejercerlas. Cabe recordar lo que indica el artículo 951 citado antes.

Es cierto que se admite que el superficiario acuerde con el propietario del inmueble el uso del subsuelo. En ausencia de la necesaria convención lo transforma al primero en titular de la servidumbre necesaria para que ejerza sus derechos sobre esa dimensión del inmueble.

En este Código cada uno de estos protagonistas soportan las cargas de sus respectivos derechos.

La propiedad superficiaria puede ser perpetua o fijarle un término (Art. 1113) y concluye por tres causas: 1.) reunión de las calidades de propietario del subsuelo y de la superficie en una misma persona, dejado a salvo los derechos de terceros; 2.) por cumplirse la condición resolutoria y 3.) por llegarse al término establecido. (Art. 1114).

La pérdida total de la propiedad superficiaria que identificamos en las construcciones, obras o plantaciones ocurrirá si se prescindió del beneficio de la accesión, sea por cesión o sea por renuncia. (Art. 1115).

Cuando finaliza la propiedad superficiaria el propietario del subsuelo la adquiere pagándole su valor al superficiario. Es posible hacer acuerdos por las diferencias de valor u otras circunstancias concomitantes, por caso, la adquisición de los derechos en juego. (Art. 1116 y 1117).

La falta de acuerdo determina la intervención jurisdiccional. (Art. 1118).

Razones hermenéuticas nos impulsaron a considerar las disposiciones contenidas en el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña (2006), Capítulo IV relativas al Derecho de Superficie, abarcando los seis incisos de su artículo 564. Sucesivamente glosamos sus textos, para nosotros vinculantes por su proximidad técnica y funcional con la regulación finalmente sancionada.

Se lo califica como derecho real limitado, que recae sobre finca ajena. Atribuye la propiedad separada de las construcciones o plantaciones que estén sobre ella, temporalmente. Por virtud de este derecho se mantienen separadas la propiedad de lo que se construye o planta de la del terreno o suelo en que se hace.

Pueden ser objeto del derecho de superficie las construcciones o plantaciones anteriores a la constitución del derecho, las que pueden estar sobre o bajo el nivel del suelo. También puede recaer sobre las construcciones o plantaciones que se le autoriza llevar cabo a su titular.

La legitimación para constituirlo se les atribuye a titulares de derechos reales posesorios y que tenga la libre disposición de la finca de que se trate. Debe

instrumentarse en escritura pública estableciendo: duración, con el límite de 99 años, características de las obras o plantaciones existentes o futuras y el plazo para hacerlas, delimitación del espacio físico que se empleará, ajustándose a las disposiciones administrativas y urbanísticas aplicables, canon o precio que abonará el superficiario, oposición del derecho de superficie a terceros obtenida que sea su inscripción en el Registro de la Propiedad.

En los dos incisos siguientes se establecen las pautas para instaurar un régimen jurídico voluntario que podrán celebrar los legitimarios con los superficiarios.

La extinción del derecho de superficie puede ocurrir por cualquiera de las causas generales de extinción de los derechos reales. Esto provoca que lo construido o plantado pase pertenecerle al propietario del suelo sin contraprestación a su cargo, salvo pacto en contrario.

## **5. Apostillas al derecho real de superficie en gestación: la doctrina expuesta, el nuevo régimen legal, nuestra posición**

La investigación acometida encaró la revisión de los mensajes que los especialistas emitieron, frente a la casi cierta sanción de un nuevo ordenamiento normativo civil y comercial.

A pesar de ciertos avatares poco claros que rodearon la definitiva sanción del CCCN, se examina con detalle el articulado que concierne al derecho real de superficie.

La doctrina posterior, obviamente, es objeto de nuestras consideraciones.

Mediante decreto 191 se creó la comisión que tuvo a su cargo elaborar el Proyecto de Ley de Reforma, Actualización Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación. Ese decreto fue emitido por el Poder Ejecutivo Nacional.

Dicha comisión se integró con los doctores Elena Highton de Nolasco y Ricardo L. Lorenzetti, ministros de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y la profesora Aída Kemelmajer de Carlucci.

A través del Mensaje 884 de fecha 7 de junio de 2012 el Poder Ejecutivo Nacional remitió al Congreso de la Nación el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación.

A fin de llevar a cabo la tarea de codificación se conformó una Comisión Bicameral que incorporó 168 modificaciones afectando 311 artículos de los 2671 proyectados, presentando los dictámenes elaborados.

La Cámara de Senadores le dio media sanción el 28 de noviembre de 2013 y la Cámara de Diputados la sanción definitiva el 1º de octubre de 2014. El 7 de octubre de 2014 se promulga la ley 26.994 que aprueba el Código Civil y Comercial de la Nación, que entrará en vigencia el 1º de enero de 2016.

Mediante ley 27.077 (2014) se dispuso que la ley 26.994 (2014) entrara en vigencia el 1º de agosto de 2015.

En el proyecto que finalmente fue convertido en ley 26.994 (2014), el derecho real de superficie está articulado con su numeración actual e idénticos sus contenidos. La única variante es que en el Proyecto se lo incluía en el Título VIII mientras que en la aludida ley forma parte del Título V del Libro cuarto.

Todo indicaría que la comisión Bicameral, ponderando la propuesta ofrecida por el Proyecto 98, último elaborado con el casuismo que también destaca al Proyecto 93 (1993), amalgama una regulación final con aspectos que la completan de manera muy conveniente.

La sucinta glosa sobre el derecho de superficie que se proyectaba, redactada en los Fundamentos que acompañaron el Anteproyecto de Código Civil y Comercial, invita a considerar los que se sostuvieron acompañando al Proyecto 98 (1998). Ello así por lo sustancial de su contenido y porque anticipan con claridad el régimen legal que se propone.

Esto lo advertimos sin perjuicio de las convicciones que nos llevaron a plantear esta tesis.

Luego de examinar con detalle la doctrina extranjera especializada, abordamos la de nuestros autores, entre otros: Suares (1965), Cornejo (1987), Gurfinkel de Wendy (2012).

En el Título VII del Libro Cuarto del CCCN (2014) y abarcando desde el artículo 2114 al 2118 inclusive, se regula al derecho real de superficie, jerarquía legal que le es atribuida e la primera de esas normas confirmando la nominación que se le asigna en el artículo 1887 de ese mismo código. Sucesivamente describimos los contenidos de cada una de sus normas.

El primer objeto de este derecho es una cosa inmueble que debe ser ajena y, por su constitución, se le confieren al superficiario las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica para que ejercite los derechos de plantar, forestar o construir.

El segundo objeto está determinado en lo plantado, forestado o construido en el inmueble ajeno, ocupando el terreno, el vuelo o el subsuelo, pudiendo dar origen a un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena según así resulte de lo convenido en el acto constitutivo.

Por cuanto se trata de un derecho real temporario, lo que así se determina en su estructura, la fijación de un plazo es un requisito primordial el que deberá figurar en el título suficiente que respalde su constitución, juntamente con las demás modalidades, ajustadas a esta regulación específica y otras leyes especiales de aplicación.

El superficiario puede construir, plantar o forestar ocupando aquellos espacios que nombramos y puede hacer propio el resultado de tales actividades. De igual modo puede construirse este derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones que ya existan atribuyéndole al superficiario su propiedad. Cualquiera sea la

modalidad que se adopte, el derecho del propietario del predio coexiste con el derecho del superficiario.

El espacio físico que se ocupará con el derecho de superficie que se constituya, que puede afectar a todo el inmueble o sólo una parte determinada de él, se proyectará al espacio aéreo o al subsuelo. También puede constituirse sobre construcciones que ya existan, aun sometidas al régimen de la propiedad horizontal. En el caso que se ocupe sólo una parte del inmueble para cualquiera de los objetivos previstos, ésta debe ser útil para su aprovechamiento.

Si el objetivo es construir, el plazo que se establezca en el título constitutivo no podrá exceder de los setenta (70) años y si lo fuera plantar o forestar el máximo será de cincuenta (50) años. Estos plazos se cuentan desde la fecha de adquisición de este derecho y son susceptibles de prórroga siempre que no se exceda del plazo máximo permitido.

La legitimación para constituir el derecho de superficie se les confiere a los titulares de los derechos de dominio, condominio y propiedad horizontal.

Al derecho de superficie se lo puede contratar a título oneroso o gratuito, puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No se lo puede adquirir por usucapión y la prescripción breve sólo es admisible para el saneamiento del justo título.

Al superficiario se le confiere la facultad de constituir derechos de garantía, tanto sobre su derecho de construir, plantar o forestar como sobre la propiedad superficiaria. En cualquiera de estos casos el plazo no podrá exceder el de duración del derecho de superficie. Además, puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno del propietario, salvo pacto en contrario. Dentro del plazo del derecho de superficie puede transmitir o gravar como inmuebles independientes los sectores privativos que construya, sin requerir el consentimiento del propietario.



El límite de las facultades que conserva el propietario sobre su derecho, consistentes en la disposición material y jurídica, es que no podrá ejercerlas si perturba el derecho del superficiario.

La destrucción de lo construido forestado o plantado no extingue el derecho de superficie, toda vez que el superficiario construya dentro del plazo de seis (6) años, reducido a tres (3) para plantar o forestar.

Si el superficiario transmite su derecho ello abarca todas sus obligaciones. La renuncia a su derecho, el desuso o el abandono no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales.

Las causales de extinción del derecho de construir, plantar o forestar son las siguientes: renuncia expresa; vencimiento del plazo; cumplimiento de una condición resolutoria; consolidación y no uso durante diez (10) años para el derecho a construir y de cinco (5) para el derecho a plantar o forestar.

Si el derecho se extingue por el cumplimiento del plazo legal o convencional, el propietario hace suyo lo construido, plantado o forestado libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario. Si la extinción del derecho de superficie se produce antes, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiera habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. También subsisten los derechos personales por el tieso establecido.

La extinción del derecho de superficie genera la obligación del propietario del suelo de indemnizarlo, salvo pacto en contrario. Se establecen pautas para determinar el valor de la indemnización en susidio de lo acordado.

Al derecho de superficie se le aplican, supletoriamente, las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo pactado en el acto constitutivo.

A la propiedad superficiaria existente se le aplican las reglas de las que produzca el superficiario, quedado ésta sujeta a las normas del dominio revocable compatibles, no modificadas por este título.

Al desarrollo anterior le siguieron algunas consideraciones sobre la visión catastral y registral inmobiliaria incursionando, relativamente, en algunas Disposiciones Técnico Registrales.

A continuación, anticipamos nuestro criterio frente al contexto legal del que dimos cuenta señalando que, dado el supuesto de constituirse el derecho de superficie para construir, el espacio libre por sobre lo edificado le pertenece al constituyente del derecho, esto es: al propietario del inmueble.

La disponibilidad útil de ese espacio libre por y para el propietario, está sujeta al hecho de que las construcciones a realizar por el superficiario terminen en un cerramiento hermético. Si así no ocurre o se emplean elementos de relativa consistencia, se tornaría impracticable aprovechar ese espacio aéreo o vuelo de lo edificado.

Nada obsta utilizar el subsuelo para constituir el derecho de superficie para construir.

Descartamos que, desde la preceptiva legal, el vuelo haya sido concebido prescindiendo de la existencia de un apoyo material que permita su efectivo empleo.

La titularidad del vuelo en cabeza del propietario constituyente ocurre también en el caso de que el derecho de superficie se haya conferido sobre construcciones existentes en el inmueble sobre el que recae.

La disponibilidad efectivamente cierta del vuelo en los casos indicados, le confiere a su titular la facultad de constituir sobre él el derecho real de superficie para construir. Esto así independientemente de que también lo verifique respecto del subsuelo del inmueble que le sirve de soporte material.

La necesidad de la planimetría guarda relación con la que se reclama en el Art. 2116 del CCCN (2014) con cita de la ley 26.209 en el orden local.

El acto constitutivo del derecho de superficie sobre el vuelo o el subsuelo se deberá otorgar por escritura pública (Art. 1017, inc. a.) CCCN (2014) y su inscripción en el registro inmobiliario provoca su oponibilidad a terceros interesados.

La cuestión registral abarcará una exposición casuista de las diferentes etapas por las que atravesó hasta su consagración legal en la Argentina, incluyendo el tratamiento específico dado a la registración del derecho de superficie, nomenclador de los datos indispensables a tales efectos y el carácter atribuible a la inscripción de los espacios autónomos del inmueble involucrado.

A propósito, es dable señalar que aquella registración determina la generación de distintos folios complementarios para publicitar las situaciones y relaciones jurídicas que sean consecuencia del ejercicio de las facultades que son propias del superficiario.

Todos estos folios derivan del que contiene la matrícula del inmueble del propietario constituyente.

Finalmente, a modo de compendio, dijimos que, sin lugar a dudas, la regulación del derecho real de superficie articulada en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014) reúne condiciones relevantes, ello así no obstante nuestros reparos en cuanto a la inconsistencia que justificó nuestra tesis.

Su estructura cubre casi la totalidad de sus posibilidades operativas, bien que dejando abiertas las derivaciones registrales a que aquellas da lugar. En ese orden de ideas aportamos soluciones integrales abarcando, claro está, las que se puedan suscitar de darse pie a las autonomías de las dimensiones que predicamos cuando el derecho de superficie se constituye para construir.

Una, quizá la principal, de las condiciones relevantes de su estructura, es la posibilidad de constituirse, tanto por el propietario como por el superficiario, derechos reales de garantía. Tales otorgamientos se presentan como medios óptimos para incentivar la inversión, tanto privada como pública, en particular cuando el derecho de superficie se otorga para construir.

Las expresiones vertidas por sus autores al comentar la regulación del derecho de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación (2014), es consistente en cuanto se refiere a valorarlo destacando, en especial, la circunstancia que anotamos sobre la constitución de derechos reales de garantía.

## **6. Las inconsistencias de la regulación vigente: catastro y planimetría**

La técnica de redacción empleada en la formulación de los artículos que abarcan al derecho real de superficie, es la referencia esencial en la que sostuvimos la estructura de esta tesis.

Por su indudable relevancia para asegurar el principio de especialidad objetiva y dar respuesta a la publicidad necesaria en aras de lograr la mentada oponibilidad de los derechos reales, se abordaron, en este apartado, la función catastral y, en el siguiente, la registral.

En el artículo 2114 del CCCN (2014), norma con la que se inicia la regulación del derecho real de superficie, se le confiere al superficiario, su receptor y en cuyo favor se constituye afectándose un inmueble ajeno, una facultad múltiple: uso, goce y disposición material y jurídica. El ejercicio de esta facultad se practicará en relación, o respecto, o sobre el derecho de plantar, forestar o construir. En esta situación jurídica se ubica el primer centro de imputación normativa.

Sin solución de continuidad aparece el segundo y concierne a que las aludidas facultades se ejercerán sobre lo plantado, forestado o construido agregándose, sin signo gráfico que denote pausa, en el terreno, el vuelo o el subsuelo.

La imprecisión es evidente. Debí emplearse el signo adecuado que separe el elemento objetivo sobre el que se ejercerán las facultades, a fin de evitar que se interprete que sólo se ejecutarán respecto de lo que ya estaba plantado, forestado o construido sobre el inmueble ajeno.

No encontramos que la doctrina se haya detenido en lo que advertimos. Por caso hace hincapié en el desdoblamiento de este derecho separando sus dos manifestaciones, De una parte, la facultad tripartita ya conocida y por otra el derecho de usar y gozar lo que se haya producido en el inmueble, designado como propiedad superficiaria, polarización en la que vemos enrolados a los comentaristas.

El predicamento del principio *superficie solo cedit* no fue obstáculo para que hicieran pie posturas de avanzada, esgrimidas con el propósito de liberar de semejante atadura al inmueble que lo tiene como objetivo. Con esta finalidad se propicia abandonar la concepción bidimensional del inmueble, representada en un documento cartográfico (usualmente denominado plano), para visualizarlo en las fracciones que forman parte de él, verticalmente, en sentido positivo abarcando el vuelo y negativo abarcando al subsuelo.

Se trata de una visión que coadyuva a la celebración de negocios y vínculos jurídicos, independientemente de los que es habitual convenir teniendo como objeto sólo la rasante de un inmueble.

Con destacable anticipación Savatier (1967) pontificaba que, a su tiempo, el espacio cúbico acotado estará integrando el tráfico negocial con independencia del suelo sobre el que reposa.

En esta línea de pensamiento lo encontramos a Garrido de Palma (1969), autor que advirtió sobre la inconsistencia del principio romano *superficie solo cedit* porque está en contra de la realidad contractual y económica. Su evidencia la revela el diferente valor de la construcción respecto de la rasante, aumentando la cotización del inmueble edificado respecto del que está libre de mejoras.

La invocación del vuelo incluso del subsuelo se explica para sustentar no sólo que esos espacios se ocupen por la silvicultura o la forestación, en este caso innecesario porque ello es un efecto natural, una resonancia inmediata de este tipo de actividades, pero adecuado cuando ella concierne a la construcción. Obviamente porque lo que se edifique se elevará ocupando el vuelo y, en su medida el subsuelo.

Urbaneja (2019) se posiciona con un criterio para nosotros opinable, advirtiendo que, si se constituyera un derecho de superficie que abarcara la totalidad de los planos horizontal y vertical, no quedaría ninguna facultad para el titular del suelo. Desde nuestro punto de vista el autor no ha considerado que, al propietario del terreno, le queda la libre disponibilidad del subsuelo, espacio sobre el que podría constituir derecho de superficie. Por otra parte, no se debe mirar con disfavor el supuesto que el propietario haya constituido derecho de superficie sobre la rasante para construir y que le confiera a otro el derecho de superficie sobre el espacio aéreo que quede habilitado luego de terminada la construcción. Está claro que la convalidación de este acontecer es dependiente de que se acepte la autonomía de los tres espacios que se le deben reconocer a los inmuebles, punto esencial de nuestra tesis.

Va de suyo que, con lo anotado en párrafos anteriores, no se agotan las observaciones que se le pueden imputar a este artículo en particular y también al régimen instaurado. Restaría establecer, entre otros aspectos, precisiones orientadoras sobre la fecha en que se tendrá por constituido el derecho real de superficie, los alcances de la intervención del organismo catastral y las repercusiones registrales consecuentes.

Todo lo anterior y aún más justificó que la técnica de redacción empleada en el artículo 2114 del CCCN (2014), constituya la referencia esencial en la que apoyamos la estructura de nuestra tesis, respecto de la cual algo adelantamos glosando afirmaciones de Urbaneja (2019)

Respecto de ella y de la investigación involucrada hicimos referencia al supuesto de que el derecho de superficie se haya constituido para construir, a fin de tener en cuenta que, si lo que se va a edificar o lo que ya exista construido en el inmueble ajeno no tienen cierre superior o se emplean elementos de relativa consistencia, tal como ocurre con la instalación de parques eólicos, plantas de silos, galpones metálicos provistos de techos parabólicos u otras obras de similares

características ello implica, para el propietario del terreno, que para él sea impracticable utilizar el vuelo resultante.

Claro está que, aun en estos casos, ese propietario puede utilizar el subsuelo para constituir el derecho real de superficie, obviamente sólo para construir.

Descartamos la presunción de que, desde la preceptiva legal, el vuelo haya sido concebido prescindiendo de la existencia de un apoyo material que permita su efectivo empleo. Sería ilógico y contrario a leyes físicas elementales.

La existencia del vuelo o volumen y, desde esta percepción, su autonomía, fue nuevamente puesta en evidencia por *Savatier* (1967), partiendo de proponer como deber de los juristas, apoderarse y anexionar al derecho la tercera dimensión de Euclides. Sostuvo este autor que la cosa inmueble, así denominada porque está perpetuamente fija al globo terrestre, es usualmente dibujada como una porción de su superficie y se la designa con el nombre de parcela.

A todo evento, agrega, es incompleta esa representación del inmueble y, por otra parte, inconsistente para el Derecho salvo que a esa superficie se le adicione un volumen. Indispensable sumarle, además, la parte inferior de esa superficie: el subsuelo que siempre formará parte aquella.

Estas situaciones de hecho son registradas por los organismos catastrales, previa verificación que los agrimensores las hacen constar en los estados parcelarios que producen., dando pie a la emisión de los certificados pertinentes.

Papaño (2012) acomete un minucioso desarrollo de los antecedentes legislativos que conciernen a la labor de estos organismos, señalando que el decreto ley 20.440 (1973) fue el último régimen nacional que reguló el funcionamiento de los catastros territoriales pertenecientes a las distintas jurisdicciones del país. Esta regulación fue operativa desde su entrada en vigencia hasta la promulgación de la ley 22.287 (1980). Antes regía la ley 14.159 (1952).

Por la ley 21.848 (1978) se sustituyó el artículo 57 del decreto ley 20.440 (1973) estableciéndose que la Nación y las provincias debían dictar las regulaciones locales para la aplicación progresiva de los artículos 48 a 50 de este último.

Mediante ley 22.287 (1980) se dispuso la suspensión de los artículos 5 a 57 inclusive del decreto ley 20.440 (1973).

Finalmente, por el artículo 19 de la ley 26.209 (2007) se derogan las leyes 20.440 (1973), 21.848 (1978) y 22.827 (1980).

Con la sanción de la ley 26.209 (2007) se puso fin al vacío de regulación legal que provocó la suspensión dispuesta por la ley 22.287 (1980), lo que dejó librado a la pericia de los funcionarios responsables la conducción de las dependencias catastrales y la implementación de los procedimientos necesarios.

Desde su función primordial de registro de cosas, la estructura y objetivos de los Catastros Territoriales en nuestro país, han tenido en mira proveer con la mayor seguridad posible los datos que identifican a los objetos inmobiliarios que componen su territorio.

La confiabilidad de la información catastral está directamente vinculada con la aplicación de los recursos técnicos más avanzados y con la actualización permanente de los mecanismos para registrar aquellos objetos, teniendo a la parcela como la unidad esencial a fin de alcanzar ese propósito.

Es de este modo que los organismos catastrales contribuyen a la inequívoca certeza de la que deben estar dotados los actos y hechos jurídicos cuando tienen por objeto una cosa inmueble.

Por tal razón en nuestro medio, siendo ajena a la función catastral garantizar la propiedad de tales objetos, calificar o descalificar los títulos que se invoquen, las reglamentaciones que se sancionen girarán en torno a la optimización de los sistemas de información territorial a través de la reorganización de las estructuras vigentes, la utilización de metodología contemporánea para la cartografía aplicable, determinando el alcance de la obligatoriedad de registrar que se establezca y a la instauración o



renovación de los mecanismos de control necesario, con la conveniente participación de las comunas por su intermediación con los espacios que integran sus respectivas jurisdicciones.

Papaño (2012), autor al que apelamos en el examen de esta temática por la completitud con la que la abarca, incursiona en la delimitación de los elementos de la parcela, señalando que ella resultará: cuando se trate de derechos reales sobre una cosa inmueble, de los títulos jurídicos que se invoquen, y, en tanto comprenda expectativas de derecho con idéntico objeto, de la posesión ejercida sin tales títulos.

La ubicación geo referenciada alude a la localización de la parcela dentro del territorio en la que se ubique. Se comprenden en esta localización la de los inmuebles cuya mensura se apoya en una expectativa de derecho por el ejercicio de su posesión sin título.

La configuración parcelaria traducirá la situación física o estado de hecho del inmueble a través de los indicadores de los títulos que justifiquen el dominio invocado refiriendo, de existir, otras constancias actualizadas registradas por el organismo catastral.

Las medidas lineales, angulares y de superficie del inmueble completan la configuración de la parcela.

Concluye la norma señalando que todos estos elementos constituyen el estado parcelario del inmueble. El empleo del vocablo constituyen no parece adecuado porque, para la propia ley, la constitución del estado parcelario está sujeta al cumplimiento de una instancia registral que actúa como condicionante de la publicidad ulterior, según veremos. Hubiera sido preferible utilizar el término integran porque refleja con mayor precisión de qué manera es completo el estado parcelario de un inmueble.

En los artículos 6°, 7°, 8° y 9° la ley 26.209 (2007) se ocupa, sucesivamente, de la determinación, la constitución y la verificación de la subsistencia del estado parcelario, indicando el procedimiento que deben actuar los profesionales

competentes para alcanzar estos estadios catastrales, sujeto a las formalidades técnicas y reglamentarias que se fijen localmente.

Se examinaron las diferentes temáticas incluidas en este articulado.

Para finalizar señalamos que en el Artículo 17 de la ley 26.209 (2007), ubicado en su Capítulo VI relativo a las Disposiciones complementarias o transitorias, se establece una metodología gradual y progresiva para que los organismos catastrales de cada jurisdicción apliquen las normas referidas a la constitución del estado parcelario y su registración, ajustándose a la función que les es propia.

La confección del estado parcelario, preludio técnico necesario para alcanzar la certificación catastral, debería ser un ejercicio previo, por caso, al acto de celebrar operaciones inmobiliarias. De tal forma, en las tratativas preliminares los interesados tendrán noticia de las diferencias que se hubieren detectado entre el estado parcelario y los antecedentes registrados por el catastro y podrán arbitrar los medios necesarios para regularizar la situación.

Esta ley 26.209 (2007) estructura la publicidad de los datos registrados por el organismo catastral, utilizando como medio la certificación que refiere el artículo 11º, la que se expedirá en la forma y condiciones que establezcan las legislaciones locales. Para la expedición debe estar asegurada la vigencia de su previa determinación.

Se reitera que la certificación parcelaria es sólo conducente a la publicidad de la determinación de los inmuebles y que, por lo tanto, carece de energía probatoria de la legitimación sustantiva. No obstante, su procedencia es comprensible a los efectos de la mutación jurídica de los derechos reales que tengan a los inmuebles como objeto, por cuanto contiene información suficiente sobre el soporte físico territorial de tales derechos.

Con ese propósito el artículo 12º de la ley 26.209 (2007) establece cuáles son los actos jurídicos para cuyo otorgamiento será necesario contar previamente con la certificación catastral habilitante precisando que se trata de los que constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmueble. El contenido de la

certificación será referenciado en la escritura pública que sirva de continente al acto jurídico que se otorgará o en el documento legal correspondiente.

Entre otras especificaciones corresponderá mencionar: a.) la nomenclatura de la parcela y su número de partida inmobiliaria; b.) descripción de la parcela, medidas lineales y de superficie, su ubicación y linderos; c.) información consignada sobre eventual multiplicidad de inscripciones; restricciones y permisos o concesiones administrativas; afectación por expropiación; restricciones u otras limitaciones impuestas al inmueble; radicación de juicios de usucapión.

Esta norma pone en evidencia la necesaria comunicación que debe existir entre el Catastro Parcelario y el Registro de la Propiedad, para que la realidad física actualizada sea aprehendida por el derecho. Además, confirma la delimitación de las respectivas funciones registrales: de cosas y de documento o títulos respectivamente, y descarta cualquier tipo de interferencia entre ellos.

La certificación catastral no será requerida a los efectos de inscribir en el Registro de la Propiedad la cancelación de derechos reales, y constitución de bien de familia, usufructo, uso y habitación, e inscripción de embargos y otras medidas cautelares. Se explican estas excepciones por los contenidos de los actos llevados a registrar, caracterizados todos ellos por el mantenimiento de las titularidades que surgen de los respectivos asientos, lo que justifica que no sea necesario acreditar el estado parcelario actualizado de los inmuebles de que se trate.

El artículo 13 de la ley 26.209 (2007), ratificando la correspondencia funcional que debe existir entre el registro catastral y el de la propiedad inmueble, dispone que, a los efectos de las inscripciones de los actos jurídicos citados en el artículo 12 de la aludida ley en el Registro de la Propiedad Inmueble, se acompañará a la documentación correspondiente el certificado catastral, sin cuya presentación no procederá la inscripción definitiva.

El artículo 14 de la ley les asigna a los organismos catastrales de cada jurisdicción determinar, a los fines fiscales, la valuación parcelaria de su territorio, lo

que permitirá incorporarle a la parcela ese dato calificado como complementario en el apartado II, del inc. a.) del artículo 5º de la ley 26.209 (2007).

Se completó el análisis de la ley 26.209 (2007) aludiendo al Artículo 16 de la ley, que le confiere al Consejo Federal del Catastro (de cuya creación se ocupa el artículo anterior) un protagonismo relevante en la coordinación de las metodologías para valorar inmuebles, ello así con el propósito de que se alcance un único criterio y que del mismo se les participe a los organismos de recaudación tributaria de todo el país.

Finaliza esta norma estableciendo que el Consejo Federal del Catastro contribuirá a coordinar las metodologías para evaluar los inmuebles con la finalidad de unificar criterios, destinados a informar a los organismos tributarios pertinentes en toda la Nación.

Por último, se establece que esta ley es complementaria del Código Civil (1869) y que se derogan las leyes 20.440 (1973), 21.848 (1978) y 22.287 (1980), ya identificadas.

Bajo ese marco legal ajustarán su cometido los respectivos organismos de las distintas jurisdicciones, evitándose así que cada una de éstas fije parámetros diversos que, además de resultar extraño en la teleología de la ley, no contribuirían a bonificar la necesaria consistencia de cualquier régimen catastral.

La registración de los datos inmobiliarios que sistematicen las dependencias catastrales constituyen el sustento material de las relaciones de derecho en general y de las de los derechos reales en particular lo que permite, con relación a tal objetivo, ubicar a la ley 26.209 en la órbita jurídica.

Toda vez que los derechos reales están regidos por normas sustancialmente de orden público no cabe duda que, en cuanto atañe al objeto de aquellos derechos, corresponde asignarle a esta regulación catastral idénticas características, integrándose al conjunto de instituciones del ordenamiento legal dirigidas a afianzar la seguridad jurídica.

Los derechos de propiedad que tengan como objeto una cosa inmueble, resultarán de los títulos jurídicos que se invoquen, y las expectativas de derecho con idéntico objeto, de la posesión ejercida sin tales títulos.

La determinación de la realidad física actualizada de cada uno de los inmuebles que componen el espacio territorial de las distintas jurisdicciones, se logra a través del reconocimiento, en su lugar de ubicación, de sus elementos esenciales, los que se representarán gráficamente, elemento este último que sirve de soporte físico a la ulterior registración.

La finalidad publicitaria de la ley se entronca con la de registrar aquella determinación actualizada y se justifica como mecanismo para exteriorizar la respectiva información. A tal fin en ella se ha regulado la expedición del certificado catastral del que, a todo evento, se deberá dar curso, con o sin observaciones.

Este certificado, si bien no tiene fuerza probatoria de la legitimación sustantiva, resulta procedente porque se ajusta al principio de especialidad en cuanto al objeto de los derechos reales, a los efectos de la mutación jurídica o tráfico de tales derechos.

En nuestra reflexión final señalamos que la predicada existencia del vuelo y del subsuelo como dimensiones de su sustento material necesario: el terreno, y a partir de la autonomía que se les debe asignar a las tres, les corresponde a los organismos catastrales certificar su idoneidad para ser objeto de los actos jurídicos que se otorguen a fin de constituir el derecho real de superficie para construir.

Se tendrá en cuenta, con lo advertido sobre las construcciones sin cerramientos sólidos que, en todos los demás casos, existiendo construcciones o facultándose a construir, el vuelo sobreviniente le pertenece al propietario del terreno, respecto del cual también podrá constituir otro derecho real de superficie con idéntico destino hasta agotar la altura permitida por el código de edificación aplicable.

Dado que el dominio del subsuelo le sigue perteneciendo al dueño del terreno, aquel objeto podrá afectarlo al derecho real de superficie para construir.

Del mismo modo que para constituir el derecho real de superficie sobre el terreno, sea para construir o sobre construcciones existentes, fue necesario verificar su estado parcelario y obtener el necesario certificado catastral, idéntico procedimiento se deberá llevar a cabo respecto del o de los vuelos que se utilicen, o del subsuelo en su caso, estableciendo los volúmenes que serán empleados con las construcciones a edificar.

Contribuyó a comprender la función catastral el pormenorizado análisis de su ley nacional y que compendiamos en los párrafos precedentes.

Las derivaciones que impliquen la intervención del organismo registral inmobiliario fueron consideradas en el siguiente capítulo, según lo anticipáramos.

## **7. Rasante, vuelo y subsuelo como dimensiones autónomas: el factor registración inmobiliaria**

Arribados a esta instancia presentamos las dimensiones de la cosa inmueble a las que corresponde atribuir autonomía, sin que esto signifique generar nuevos derechos reales y, sucesivamente, dejamos expuestas varias precisiones vinculantes.

Que esas dimensiones son visualizadas a través de su comportamiento funcional.

Que la determinación de los estados parcelarios como preludio de la participación catastral es motivo de consideración en simultáneo con las instancias publicitarias para alcanzar la oponibilidad necesaria.

Que las dimensiones de la cosa inmueble son identificables a través de estas designaciones: la rasante o suelo, el vuelo y el subsuelo.

Rasante y subsuelo no requieren demasiadas explicaciones para comprender a qué espacios del inmueble nos estamos refiriendo.

En el Diccionario de la lengua española (2021) la acepción del término vuelo, referida al campo del derecho, está descripta aludiendo a que, en algunas divisiones

tradicionales de la propiedad, equivale al derecho al arbolado con separación del que otra persona tenga sobre el suelo.

Desde la acepción descripta y como aproximación conceptual dentro del ámbito jurídico, el vuelo se relaciona con la noción de volumen, esto es, al menos para Matheu Delgado (2011), el espacio a ocuparse con lo que el propietario del predio tenga pensado edificar. Como derivación, apunta este autor, se dará origen a los dominios distintos, uno el del dueño del suelo y otro el del vuelo o de lo que se haya edificado.

Idéntica concepción bifronte deduce Messineo (1954) aludiendo a que el derecho del propietario se extiende, naturalmente, a todo lo que exista por encima o por debajo del suelo o terreno pero que, cuando la propiedad es inmobiliaria, lo que exista sobre el suelo tiene autonomía respecto del suelo propiamente dicho y, por supuesto, del subsuelo. De manera que, en el caso de este tipo de propiedad caracterizada por su especial objeto, estaremos en presencia del derecho de superficie.

Este derecho, para Messineo (1954), puede originarse a través de dos procedimientos, exigidos por los singulares requisitos necesarios que señala para que sean operativos. El primero cuando se desemboca en el derecho de superficie como resultado de separarse la propiedad del suelo de la propiedad del sobresuelo. El segundo cuando el propietario del suelo le concede a otro el derecho de hacer y mantener por encima del suelo una construcción futura, que éste va a adquirir de manera automática. Messineo (1954) reconoce que existen dificultades para que, el derecho personal de construir se convierta, automáticamente, en un derecho real de propiedad sobre lo construido en cabeza del concesionario.

Para nosotros, las dificultades que el autor glosado expone se verán superadas mediante asignarles virtualidad legal a los espacios autónomos en que se descompone la cosa inmueble toda vez que, obviamente, estemos frente a la constitución del derecho real de superficie para construir.

Es tiempo de advertir, de otorgarse el pertinente acto constitutivo del supuesto que acabamos de mencionar, el predicamento que le atribuimos al régimen horizontal, sobre todo a partir de lo que se establece en el segundo párrafo del artículo 2120 del CCCN (2014). Oportunamente examinaremos pormenorizadamente la aplicación fáctica de esta previsión.

Consideramos relevante glosar parte de las expresiones de Linares de Urrutigoity y Pujol de Zizzias (2002), analizando el derecho real de superficie forestal regulado a través de la ley 25.509 (2001), pero haciendo pie en la postura que estas autoras esgrimen respecto del espacio como objeto de este nuevo derecho real.

Justificamos su tratamiento porque plantea un criterio que se aproxima, relativamente, al que nosotros sustentamos, lo que se visibilizará apelando a los contenidos puntuales del enjundioso aporte de las citadas autoras. A modo de corolario puntualizaremos los argumentos que la alejan de la postura que sostenemos con nuestra tesis.

Es de toda evidencia el esfuerzo importante de las nombradas por destacar la presencia del espacio como objeto al que, presuntamente, correspondería atribuirle algún tipo de calificación legal.

En esta línea de pensamiento Linares y Pujol (2002) puntualizan que se abocaron al análisis de la posibilidad de la inclusión del espacio como objeto de este nuevo derecho real, para luego estudiar si el espacio puede ser objeto de un derecho real en forma independiente de su emplazamiento, si la superficie desmembra el derecho de dominio del propietario del suelo y cuáles son las consecuencias prácticas de nuestra postura.

Avanzando en su desarrollo Linares y Pujol (2002) se preguntan si puede considerarse al espacio aéreo como objeto de los derechos reales.

En respuesta argumentan que la principal objeción que ha existido en el mundo jurídico para sostener que el espacio no puede ser considerado objeto de los derechos



reales, es que éste no es una cosa que exista materialmente, preconcepto que parece irrefutable para muchos juristas, pero que es totalmente discutido en filosofía.

En consecuencia, agregan, las negociaciones sobre el espacio aéreo entran en la órbita de los derechos personales.

No se les escapa que se ha dicho que el espacio no es cosa sino medio en que se encuentra la cosa y que es necesario para la existencia y ejercicio de la cosa y del derecho sobre la cosa, es decir que se trataría de un concepto de relación. Que es simple vacío y que por sí no da utilidad alguna.

Sin embargo, sostienen, también podría llegar a deducirse que el espacio aéreo es una cosa porque, desde el derogado CC (1869), se admite que el propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo y que puede extender en él sus construcciones y demandar la demolición de las obras del vecino.

Aunque parezca que, legislativamente, se pudo haber considerado al espacio como cosa, el Codificador Vélez Sarsfield no lo admitió como objeto (independiente del suelo) de un derecho real autónomo (el derecho de superficie). Las razones que tuvo para no admitir este derecho, son el posible desmejoramiento de los bienes raíces y el hecho de que dicha figura podría ser fuente de pleitos. Debe advertirse, respecto de esta última objeción, que no existía en la época del Codificador un sistema de publicidad suficiente.

Linares y Pujol (2002) aluden a la cita de Carlos Maiorca (1934) afirmando que la solución afirmativa de la propiedad sobre el espacio está admitida desde el punto de vista del derecho romano, del derecho intermedio, del derecho germánico, del derecho civil italiano y del derecho extranjero... (según el cual, en el contrato constitutivo de superficie se enajena la propiedad del espacio).

Luego discurren acerca de la siguiente conjetura: si el legislador no quiso que el espacio fuera considerado objeto del derecho real sobre la unidad funcional privativa, no debió haber utilizado la expresión espacios susceptibles de aprovechamiento independiente para evitar confusiones. Ahora, si se admitiera la

premisa de que el espacio puede ser objeto de un derecho real, como la propiedad horizontal, podríamos concluir que también puede ser objeto del derecho real de superficie.

Al respecto pensamos que, más allá de la intencionalidad legislativa, es necesario ser cuidadoso con la lectura de ciertas disposiciones legales.

Así debe ocurrir con los aludidos términos: espacios susceptibles de aprovechamiento independiente. Éstos fueron empleados en la órbita del régimen horizontal, tanto en el proyectado como en el vigente, dentro del marco conceptual asignado a la unidad funcional.

Consideramos arriesgado aproximar aquellos términos con una noción de espacio que empatiza con la idea de espacio aéreo. En tal sentido y desde el concepto de unidad funcional donde se inserta la terminología empleada, tales espacios deben estar determinados en un plano específico asimilándose a la porción de territorio que servirá de asiento a la edificación que se construya para servir al destino que se haya previsto.

Linares y Pujol se preguntan si la constitución de un derecho de superficie divide el derecho de dominio respondiendo que, si una persona tiene derecho a construir o forestar sobre el espacio aéreo, pero no puede apoyar su construcción sobre el suelo, no le sirve su derecho, a causa de la ley de gravedad. Parecería, entonces, que el derecho real de superficie, en muchas ocasiones, tendrá una naturaleza mixta, principalmente derecho real sobre la cosa propia, a la que se le suma un derecho sobre la cosa ajena de manera accesorio y, aun cuando exista propiedad superficiaria, podría coexistir junto con el derecho real sobre cosa propia (la construcción o plantación) un derecho sobre la cosa ajena, que puede consistir en tener apoyada la cosa propia sobre el suelo ajeno, en hundir sus raíces sobre suelo ajeno o en el derecho a pasar sobre inmueble ajeno lo cual limitará rotundamente el derecho de dominio del titular del suelo, desmembrándolo. Así, el propietario del suelo que ha dado en superficie el subsuelo y la superficie tiene una posibilidad de disfrute

material del suelo prácticamente nula porque suelo sin espacio aéreo ni subsuelo no puede brindar mucha utilidad material.

El interrogante que plantean las autoras no debería tener como respuesta que el derecho de superficie para construir o forestar se confiera sobre el espacio aéreo.

Nuestra postura al respecto es bifronte. Si el derecho de superficie se confiere para forestar, es evidente que el superficiario, a través de la actividad que tendría que poner en juego, terminará ocupando el espacio aéreo del inmueble que se afecte al constituir el derecho de superficie. Se trata de una consecuencia natural e inevitable.

Sostenemos que, de ninguna manera es concebible que el derecho de superficie para forestar se confiera derechamente sobre un espacio aéreo, siquiera pretendiendo asignarle algún tipo de autonomía.

Si no hay una plataforma física para sembrar la especie arbórea que se pretende obtener, jamás habrá forestación.

Distinto es el supuesto de que se confiera el derecho de superficie para construir porque, en tal caso, luego de terminada la construcción del edificio que ocupe la rasante, hará su aparición el espacio aéreo que circunde lo edificado y que le pertenece al propietario del predio.

Este poder de disposición es el que lo legitima para constituir un nuevo derecho de superficie, a lo que nosotros sumamos la conveniencia de que, a ese espacio aéreo, se lo admita como dimensión autónoma junto con la rasante y el subsuelo. Claro está, sólo aplicable cuando las dimensiones a las que propiciamos darle autonomía como elementos desglosados de la cosa inmueble que soporta la constitución del derecho de superficie.

Linares y Pujol concluyen señalando que lo más coherente es considerar al derecho de superficie como un derecho real sobre objeto propio, que generalmente acarrea también una desmembración del derecho de dominio del titular del suelo ajeno, tomando una fisonomía más bien mixta. Ya que muchas veces, aunque el espacio que se encuentra en la superficie sea propio, se trabajará sobre suelo ajeno,

se penetrará en él y hasta en su subsuelo con cimientos y raíces, y se limitará la facultad de disposición material del propietario del suelo, sobre la parte del suelo en la que se apoya la construcción o forestación y sobre la parte de éste necesaria para el aprovechamiento de la construcción o forestación.

No compartimos esta conclusión por considerarla inconsistente. En efecto, no encontramos posible que al derecho de superficie (lato sensu) se lo califique como derecho real sobre objeto propio sin que, previamente, se establezca quien fue el legitimado activo para constituirlo y, en tal caso, cuál fue el objeto y el destino tenido en cuenta por las partes.

Toda vez que el propietario del suelo sea quien constituye el derecho de superficie, ejerciendo su indudable legitimación y que, por ello, se afecta la rasante del inmueble que le pertenece, no abrigamos ninguna duda acerca de que está generando un derecho real sobre cosa ajena. Que, luego de producido el elemento material derivado del destino para el que se lo constituyó y seguidamente, por una disposición legal, el superficiario pasa a ser dueño de los elementos materiales que incorporó con su actividad y titular de un derecho real sobre cosa propia.

En este apartado pusimos al descubierto los eslabones esenciales de nuestro proyecto –las dimensiones autónomas del solar que sirve de apoyo físico al derecho de superficie- sin soslayar, al contrario, penetrando de lleno en la cuestión del espacio aéreo, para culminar con el examen casuista de toda la normativa que regula en nuestro país la registración inmobiliaria (ley 17.801). Para llevarlo a cabo apelamos al excelente desarrollo acometido por Dodda y Urbaneja (2019) a cuya extensa exposición debemos remitir.

Consideramos indispensable enfocarnos en dos regulaciones muy importantes, la que concierne a la función catastral, ya expuesta, y la que le corresponde a la registración inmobiliaria. Respecto de esta última actividad vale recordar uno de sus pormenores legales más significativos y relevantes. Nos referimos a la expedición del certificado de dominio con reserva de prioridad cuya aceptación irrestricta fue

elocuente. En cuanto al tratamiento de las citadas regulaciones, remitimos a sus respectivos textos.

De sus contenidos son ostensibles los ámbitos urbanístico y administrativo que abarcan, ambos interferidos por el derecho civil, que tienen un rol decisivo al tiempo en que se ejerciten facultades sobre el inmueble que se afecte con el derecho de superficie cuando se constituye para construir.

En todo este devenir ubicamos a los elementos necesarios y principales para la existencia y operatividad de los espacios autónomos que son un desprendimiento natural de la cosa inmueble, en los casos en que el derecho de superficie se constituye para construir. En su descripción se distinguen claramente los elementos subjetivo y objetivo que se deben dar cita posibilitando el ejercicio legal del derecho de superficie.

Estas consideraciones fueron propicias para explicar, justificar y ejemplificar el funcionamiento y la trascendencia de las dimensiones de la propiedad inmueble cuya autonomía predicamos.

## **8. Esquema final**

Finalizamos este resumen haciendo constar los detalles operativos que se deberán tener en cuenta toda vez que se preste conformidad a nuestra propuesta, relativos a la constitución del derecho real de superficie en su variante para construir:

1) La totalidad de los actos constitutivos deben otorgarse por escritura pública. De su texto deberá resultar que se le reconoce autonomía a la rasante, el vuelo y el subsuelo como espacios que se derivan del inmueble involucrado. Para los respectivos actos constitutivos del derecho real de superficie para construir, su autorizante deberá requerir los certificados registrales y administrativos necesarios.

2) Las partes pueden celebrar el pertinente contrato a título oneroso o gratuito y debe mediar entrega material del bien de que se trate.

3) El derecho de superficie también puede adquirirse por partición privada o judicial y por subasta pública.

4) Se admite constituirlo afectando una edificación construida por el propietario del predio (variante a), o sobre la rasante de un inmueble (variante b), o sobre el espacio aéreo de lo construido por un superficiario determinado en plano redactado a los efectos de individualizarlo (variante c).

5) En todos los casos se genera un derecho real autónomo sobre cosa ajena.

6) La legitimación activa para estos otorgamientos le corresponde, en todas las variantes, al propietario del predio, quien deberá acreditar título suficiente y cumplimiento íntegro del modo suficiente.

7) La legitimación pasiva podrá ser ejercida por una persona física o jurídica asumiendo la calidad de superficiario.

8) El uso, goce y disposición material y jurídica de lo construido y de lo que construyan los superficiarios, en adelante denominada propiedad superficiaria, mediando su adquisición por los superficiarios, serán facultades cuyo ejercicio se establecerá convencionalmente por las partes apelando.

9) La enajenación a terceros de las construcciones que le pertenecen al superficiario, importa que lo adquirido por aquellos queda subordinado a la validez temporal del derecho de este último.

10) La magnitud del volumen edificable y sus distintas superficies serán determinadas por el propietario constituyente del derecho a favor de los superficiarios.

11) Los superficiarios están autorizados a constituir derechos reales de garantía sobre la propiedad superficiaria que hayan adquirido.

12) Las partes establecerán los plazos que regirán para los derechos reales de superficie para construir que acuerden celebrar. En ningún caso la prórroga del que se hubiera establecido podrá superar el máximo legal de 50 años.

13) La transferencia del derecho del superficiario abarca las obligaciones que haya asumido.

14) El ejercicio de la posesión legítima por el superficiario y su calidad de titular de un derecho real, lo habilita a interponer todas las defensas legalmente admitidas.

15) La oponibilidad a terceros interesados, de los contratos que celebren el propietario y los superficiarios, será dependiente de su registro por el organismo con competencia en el territorio donde se ubiquen los inmuebles que se afecten con derecho real de superficie para construir.

16) A los efectos registrales, el o los autorizantes de los actos constitutivos que se otorguen, expedirá las primeras copias o testimonios necesarios.

17) Los asientos que sea necesario verificar, a propósito de los contratos registrables, deberán estar referidos a la matrícula del inmueble que le sirve de objeto físico a la constitución del derecho real de superficie para construir.

18) Corresponderá darle apertura a los folios complementarios que permitan publicitar: a todos los vínculos contractuales celebrados por el propietario y los superficiarios, a los derechos reales de garantía que otorguen los superficiarios, a las construcciones afectadas al régimen horizontal dándole autonomía registral a las unidades funcionales que formen parte de los distintos edificios, a sus actos dispositivos y a las garantías que las afecten. En todos estos asientos será obligatorio que conste el plazo de duración del derecho real de superficie para construir que se hubiera convenido por las partes.

19) Todas las registraciones aludidas, que se verifiquen efectivamente, no convalidan los defectos que pudieran afectar a los títulos invocados.

20) Supletoriamente se aplicarán las normas pertinentes de la ley registral inmobiliaria 17.801 (1968) actualizada.

21) Subsidiariamente se aplicarán las normas contenidas en el Título VII del Libro Cuarto del CCCN (2014).

A todo evento será necesario que las normas tributarias contemplen la situación de los sujetos involucrados, arbitrando la sanción de las regulaciones que tornen operativo al derecho de superficie para construir. Esto así por cuanto es innegable que constituye una herramienta útil para canalizar proyectos y negocios inmobiliarios ocupando, además, a los operadores en derecho.



## 9. Bibliografía y fuentes de información

### 9.1 Bibliografía

Abreut de Begher, L. N., e Iturbide, G. (2005). Reflexiones sobre el nuevo derecho real de superficie forestal. *La Ley On Line*.

Abreut de Begher, L. N. (2015). Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. *Sistema Argentino de Información Jurídica*.  
<http://www.saij.gob.ar/liliana-abreut-begher-comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-dacf150402-2015-07-15/123456789-0abc-defg2040-51fcanirtcod?q=%20%20autor%3AAbreut%20AND%20autor%3Ade%20AND%20autor%3ABegher&o=0&f=Total%7CTipo%20de%20Documento/Doctrina%7CFecha%7COrganismo%7CPublicaci%F3n%7CTribunal%7CTema%7CEstado%20de%20Vigencia%7CAutor%7CJuridicci%F3n&t=1>

Allende, G. L. (1964). *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*. Abeledo Perrot.

Alterini J. H. (2003). Superficie forestal. *Revista del Notariado*, 873, 121-126.

Castán Tobeñas, J. (1957). *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Reus.

Cornejo, A. A. (1987). El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial. *La Ley, D*, 1200.  
<https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F>

%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&b  
hcp=1

De Ruggiero, R. (1945). *Instituciones de Derecho Civil*. Reus.

Dodda, Z. A., y Herrera, V. I. (2019). El derecho registral. En E. G. Clusellas (coord.).  
*Código Civil y Comercial comentado, anotado y concordado* (T. 9, pp. 1-26).  
Astrea.

Fuentes Lojo, J. V. (1969). *Suma de la propiedad por apartamentos*. Bosch.

Garrido de Palma, V. M. (1969). *Revista de derecho notarial*. Colegios Notariales de  
España.

Gurfinkel de Wendy, L. N. (2012). Superficie. En J. C. Rivera, J. C. (dir.), y G. Medina  
(coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación  
2012* (pp. 1043-1051). Abeledo Perrot.

Josserand, L. (1951) *Derecho Civil* (Trad. S. Conchillo y Manterola). Bosch; Ejea.

Laurent, F. (1873). *Principes de Droit Civil Francais* [Principios de Derecho Civil  
Francés] (Vol. 8). B. C. y Cie.

Linares de Urrutigoity, M. D., y Pujol de Zizzias, I. (2002). Objeto del derecho real de  
superficie forestal. *Revista del Notariado*, 867.

[https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&b  
hcp=1](https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&bhcp=1)

Maoirca, C. (1934). *Lo spazio e i limite della proprietà fondiaria* [El espacio y los límites de la propiedad de la tierra]. Instituto Giurídico de la R. Univsersitá.

Mariani de Vidal, M. (1997). *Curso de derechos reales*. Zavalía.

Mariani de Vidal, M. (2002). Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. *La Ley*, 2002(F), 1415.  
<https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&hcp=1>

Matheu Delgado, J. A. (2011). *Derechos de vuelo y subsuelo: doctrina registral y jurisprudencial*. Dykinson.

Mazeaud, J., y Henri, L. (1969). *Lecciones de derecho civil. Parte segunda* (Vol. IV, Trad. L. Alcalá Zamora y Castillo). Ejea.

Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial* (T. III). (Trad. S. Melendo). Ejea.

Papaño, R. J. (2012). *Derecho Civil* (T. 2) *Derechos Reales* (3a ed.). Astrea.

Planiol M., y Ripert, G. (1946). *Tratado práctico de derecho civil francés*. s.n.

Pujol de Zizzias, I., y Linares de Urrutigoity, M. D. (2002). Objeto del derecho real de superficie forestal. *Revista del Notariado*, 867.  
<https://signon.thomsonreuters.com/?productid=WLAR&returnto=https%3A%2F>

%2Finformacionlegal.com.ar%2Fmaf%2Fapp%2Fauthentication%2Fsignon&b  
hcp=1

Savatier, R. (1967). La propiedad del espacio. *Revista de derecho urbanístico*, 1(1).

Suares, C. M. (1965). La enfiteusis, el derecho de superficie y los censos. *Revista Notarial*, 763, 1923-1953.

Urbaneja, M. E. (2019). Ley 17.801. En E. G. Clusellas (coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado* (T. 9, pp. 27-401). Astrea; Fen.

## **9.2 Fuentes de información**

Código Civil [BGB]. 18 de agosto de 1896 (Alemania).

Código Civil. Decreto ley 12.760 de 1975. 6 de agosto de 1975 (Bolivia).

Código Civil de Cataluña. Ley 5 de 2006. 22 de junio de 2006 (España).

Código Civil. Ley 59 de 1987. 12 de abril de 1988 (Cuba).

Código Civil. Real decreto de 1889. 24 de julio de 1889 (España).

Código Civil. Decreto ley 47344 de 1966. 25 de noviembre de 1966 (Portugal).

Código Civil. Decreto ley 295 de 1984. 24 de julio de 1984 (Perú).

Código Civil Federal. 28 mayo, 14 julio y 31 agosto 1928 (México).

Código Civil. 21 de marzo de 1804 (Francia).

Código Civil. 16 de marzo de 1942 (Italia).

Código Civil. 10 de diciembre 1907 (Suiza).

Código Civil y Comercial de La Nación. Ley 26994. 1 de octubre de 2014.  
(Argentina)

Ley de régimen de suelo y ordenación urbana. 12 de mayo de 1956. España.  
<https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1956-7013>

Ley para fomentar la construcción de habitaciones y para regular los arrendamientos  
urbanos. 22 de junio de 1948. Portugal.

Ley sobre propiedad. 8 de febrero de 1951. Bulgaria.

Ley 8. Sobre régimen de suelo y ordenación urbana (2007). España.  
<https://www.boe.es/eli/es/l/2007/05/28/8-23266/284>.

Ley 340. Código Civil de la Nación (1969).  
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do;jsessionid=CE8D739ADBAAD3B76430382B4CA4BDDDB?id=109481>

Ley                    14.159.                    Catastro                    Nacional                    (1952).  
[http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/225000-  
229999/227217/norma.htm](http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/225000-229999/227217/norma.htm).

Ordenanza Montils-les-Tours 1454.