



**UNIVERSIDAD DE CIENCIAS EMPRESARIALES Y
SOCIALES**

Título de la Tesis:

**La aplicación del derecho real de superficie edilicia en el
derecho real de propiedad horizontal**

Tesis de Doctorado en Derecho con orientación en Derecho Privado

Autor/a: Ethel Humphreys

Directora de Tesis: Graciela Lovece

Fecha de presentación: 13/11/2016.

Resumen

El derecho real de superficie importa una nueva concepción del derecho de propiedad. Es un instituto complejo en lo que hace a su regulación e implementación.

Vélez Sarsfield determinó un sistema de la propiedad basado en un esquema simple. La realidad jurídico-social-económica que imperaba en derredor del año 1869, se encontraba condicionada por la necesidad de imprimir un sistema legal encolumnado en dos tópicos: la seguridad y la exclusividad. De este modo, se erigió el derecho de propiedad. Esta concepción fue una consecuencia predecible y concordante con lo preceptuado en el Constitución Nacional de 1853; en donde se protegía con mayor ahínco a la propiedad privada que a la vida humana.

Por entonces, tanto el derecho de superficie, como el derecho de propiedad horizontal, se encontraban proscriptos en los arts. 2614 y 2617 del Código Civil derogado, respectivamente.

Desde entonces, cuestiones sociales, políticas y económicas impusieron modificaciones en la legislación referidas a la temática vinculada con nuestra tesis. En el año 1948, se sancionó la Ley de Propiedad Horizontal (Ley N° 13.512); en el 2001, la de Superficie Forestal (N° 25.509); y, en el año 2014 el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley N° 26.994), que comenzó a regir a partir del 1° de agosto de 2015.

En el último cuerpo legislativo se reguló la superficie en su modalidad amplia: edilicia y forestal. Su ámbito de aplicación permite que ella pueda constituirse sobre una propiedad horizontal.

La hipótesis que se intenta validar responde a las bondades de la concertación de aquella situación fáctico-jurídica.

Consideramos que, con su establecimiento, muchas bondades habrán de encontrarse, atento al beneficio y provecho económico que obtendrán tanto el superficiario como el titular del suelo de un inmueble sometido al derecho real de propiedad horizontal.

Índice general

Temática	Página
Introducción	18
Capítulo 1: Estado del arte	24
Capítulo 2: El derecho de propiedad	46
1. Consideraciones preliminares	48
2. Evolución histórica	48
2.1. Los orígenes de la propiedad	48
2.2. La propiedad en la Edad Media	50
2.3. La Revolución Francesa. El liberalismo	50
2.4. La propiedad socialista y el neoliberalismo	51
2.5. La propiedad como un derecho natural	52
2.6. La propiedad en el Código Civil	53
3. La protección constitucional de la propiedad	54
4. Diferencias entre el derecho de propiedad y el derecho real de dominio	59
4.1. El derecho de propiedad: Sus alcances e implicancias	59
4.2. El derecho real de dominio: Sus alcances e implicancias	60
4.3. Colorario	60
5. El derecho real de dominio argentino y fuente en la legislación extranjera	61
5.1. El derecho real de dominio en la legislación de Argentina	61
5.1.1. El concepto	62
5.1.2. Los caracteres	66
5.1.2.1. La exclusividad	66
5.1.2.2. La perpetuidad	67
5.1.2.3. La absolutez	68
5.1.2.4. La abstracción	72
5.1.2.5. La elasticidad	72
5.1.2.6. La indeterminación	72

5.1.3. La clasificación del dominio	72
5.1.3.1. La extensión del dominio	78
5.1.3.1.1. El principio y las presunciones	79
5.1.3.1.2. La prolongación del dominio	80
5.1.3.1.3. Los accesorios de la cosa	81
5.1.3.1.4. Los frutos y los productos de la cosa	82
5.1.4. Los modos de adquisición del dominio	82
5.1.5. El derecho real de dominio en la legislación de Quebec, Canadá	85
5.1.6. El derecho real de dominio en la legislación del Perú	87
5.1.7. El derecho real de dominio en la legislación de España	88
5.1.8. El derecho real de dominio en la legislación de Uruguay	89
5.1.9. El derecho real de dominio en la legislación de Francia	89
5.1.10. El derecho real de dominio en la legislación del Brasil	90
5.1.11. Conclusiones	90
6. Vinculación del derecho de propiedad y del derecho real de dominio con el derecho real de superficie	91
7. Conclusiones	91
Capítulo 3: Derecho real de superficie: Antecedentes históricos	93
1. Consideraciones preliminares	94
2. La superficie en el derecho romano	95
2.1. Algunas referencias	95
2.2. Su génesis legal	96
2.3. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015)	98
3. La superficie en el derecho germánico	100
4. La superficie en el derecho italiano	103

5. La superficie en el derecho español	106
6. Conclusiones	114
Capítulo 4: Derecho real de superficie en el Derecho Español	115
1. Consideraciones preliminares	117
2. La concepción del derecho de propiedad	117
2.1. La propiedad desde el punto de vista del derecho constitucional	117
2.2. La propiedad desde el punto de vista del derecho civil	126
2.2.1. La extensión del derecho de propiedad y su contenido	126
2.2.2. El suelo	127
3. Los derechos reales en España	128
4. La definición del derecho de superficie	130
5. Tipos de superficies contempladas	132
6. Caracteres	133
7. Naturaleza jurídica	133
4. Elementos	134
8.1. Los elementos personales	134
8.2. El elemento real	135
8.3. El elemento formal	135
8.4. El elemento temporal	136
9. El derecho de superficie y el derecho común y el urbanístico	136
10. El derecho de superficie y el derecho de accesión	136
10.1. La propiedad del suelo	136
10.1. El derecho de accesión y la superficie	137
11. Ámbito de aplicación del derecho	138
11.1. Onerosidad vs. gratuidad	138
11.2. Derechos del superficiario	139
11.2.1. Transmisibilidad	139
11.2.2. Gravamen	139
11.2.3. Facultad de división horizontal	139
11.3. Derechos del titular del suelo	140
11.3.1. Gravamen y transmisibilidad	140
11.3.2. Hipoteca	140
11.4. La extinción del derecho de superficie	141

11.5. Efectos de la extinción del derecho de superficie	142
12. Conclusiones	142
Capítulo 5: Derecho real de superficie en el Derecho del Perú	143
1. Consideraciones preliminares	144
2. La concepción del derecho de propiedad	144
2.1. La concepción constitucional del derecho de propiedad	144
2.2. La concepción civilista del derecho de propiedad	155
2.2.1. La definición	155
2.2.2. Los caracteres	155
2.2.3. Los límites del ejercicio	155
2.2.4. Las restricciones al derecho de propiedad	156
2.2.5. El derecho de propiedad según la jurisprudencia peruana	157
3. La definición del derecho de superficie	157
4. Caracteres	158
5. Tipos de superficies contempladas	159
6. Ámbito de aplicación del derecho	159
6.1. Modos de constitución	159
6.2. Modalidades	160
6.3. Transmisibilidad	160
6.4. Extensión del derecho de superficie	160
6.5. El plazo	161
6.6. La destrucción de lo construido y la superficie	161
6.7. La extinción del derecho de superficie	161
6.8. Los efectos de la extinción del derecho de superficie	161
7. Conclusiones	162
Capítulo 6: Derecho real de superficie en el Derecho Cubano	163
1. Consideraciones preliminares	164
2. La concepción del derecho de propiedad	164
2.1. Peculiaridades de la Constitución Cubana	164
2.2. La propiedad en la Constitución Cubana	165
2.3. La propiedad en el Código Civil de Cuba	168

2.3.1. El Decreto Ley 50/1992	168
2.3.2. El Código Civil cubano	168
2.3.2.1. El Código Civil y el derecho de propiedad	168
2.3.2.2. El Código Civil y los derechos reales	171
2.3.2.2.1. Su estructura legal	171
2.3.2.2.2. Algunas vicisitudes del derecho de propiedad civil	172
2.3.3. La protección de la propiedad	175
2.3.4. Reaconto de leyes dictadas en relación a la vivienda	176
3. La definición del derecho de superficie	177
4. Caracteres	177
5. Tipos de superficies contempladas	178
6. Ámbito de aplicación	178
6.1. La titularidad del inmueble	178
6.2. El legitimado para su constitución	178
6.3. El superficiario	178
6.4. Requisitos de constitución	179
6.5. Modalidades	180
6.6. Plazo	180
6.7. La transferibilidad	180
6.8. La extinción del derecho de superficie	180
6.9. Efectos de la extinción del derecho de superficie	181
6.10. La superficie perpetua	181
7. Conclusiones	183

Capítulo 7: El derecho real de superficie en el derecho argentino bajo la mirada del Código Civil, los Proyectos y las Jornadas Nacionales

1. Consideraciones preliminares	187
2. Concepto del derecho real de superficie	187
2.1. La definición	187
2.2. Su fuente	188
2.3. El concepto	189
3. El derecho real de superficie, junto con otros derechos reales	

proscriptos, en el Código Civil derogado	191
3.1. <i>Introito</i>	191
3.2. La proscripción del art. 2614 del Código Civil derogado	192
3.2.1. La letra del art. 2614 del Código Civil derogado y su abordaje preliminar	192
3.2.2. Los derechos nominados en el art. 2614 del Código Civil derogado	193
3.2.2.1. Los censos	194
3.2.2.2. La enfiteusis	196
3.2.2.3. La renta	200
3.2.2.4. Las vinculaciones	201
3.2.2.4.1. Los mayorazgos	202
3.2.2.4.2. Las capellanías	202
3.2.2.4.2.1. Las capellanías eclesiásticas	203
3.2.2.4.2.2. Las capellanías seculares	203
3.2.3. El análisis del art. 2614 del Código Civil derogado	203
3.3. El emblemático caso jurisprudencial	204
3.4. El sistema cerrado de creación de los derechos reales en el Código Civil derogado	208
3.4.1. El <i>numerus clausus</i>	213
3.4.2. La tipicidad	215
4. El derecho real de superficie en los Proyectos de modificación del Código Civil	218
4.1. Algunas particularidades en torno al Código Civil velezano	224
4.2. El Proyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Proyecto de 1954	224
4.3. Los Proyectos de modificación del Código Civil de los años 1987, 1993 y 1998	227
4.3.1. Algunas peculiaridades de los tres Proyectos	230
4.3.2 El tratamiento del derecho real de superficie en el Proyecto de modificación del Código Civil del años 1998 y su correlación con los de los año 1987 y 1993	231
4.3.2.1. El concepto	232
4.3.2.2. El plazo	233
4.3.2.3. La propiedad superficiaria	233

4.3.2.4. La propiedad superficiaria como tipo de dominio imperfecto	234
4.3.2.5. La adquisición derivada	235
4.3.2.6. La legitimación activa	236
4.3.2.7. La extensión de hecho del derecho	236
4.3.2.8. Las facultades del superficiario	236
4.3.2.9. La reconstrucción o reforestación	237
4.3.2.10. Las causales de extinción	237
4.3.2.11. Los efectos de la extinción del derecho real de superficie	238
4.4. Proyecto del año 2012	239
5. El derecho real de superficie en las Jornadas Nacionales	240
5.1. Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil	240
5.2. Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil	243
5.3. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil	246
6. Conclusiones	247
Capítulo 8: El derecho real de superficie forestal	249
1. Consideraciones preliminares	251
2. Concepto	253
3. Las peculiaridades de la implementación de la Ley 25509	254
3.1. Las repercusiones de su sanción en relación a la extensión del derecho real de dominio	254
3.2. El nacimiento de la concepción del derecho real de superficie forestal	256
3.3. Los antecedentes parlamentarios de la Ley N° 25509	257
3.4. Los fundamentos de la Ley N° 25.509	259
3.5. Las modificaciones que impuso la Ley N° 25.509 al Código Civil velezano	260
3.5.1. La modificación del art. 2614 del Código Civil velezano	261
3.5.2. La consideración como derecho real con ciertos límites	261
3.5.3. La implementación de la Ley de Superficie Forestal	262
4. Naturaleza jurídica	262

5. Caracteres	263
6. Alcances	266
6.1. La modalidad del derecho real de superficie permitido	266
6.1.1. La forestación	266
6.1.2. La silvicultura	266
6.2. La Ley N° 25.080	267
6.2.1. Algunas particularidades del entorno legal	267
6.2.2. Algunas particularidades de su implementación	269
6.2.3. Peculiaridades de la Ley N° 25.080	273
6.2.4. El ámbito de aplicación de la Ley N° 25.080 en referencia a la Ley N° 25.509	274
7. Los sujetos	275
8. Derechos y obligaciones del superficiario	276
9. Derechos y obligaciones del titular dominial	277
10. Instrumentación	277
11. Registración	278
12. La duración del derecho real de superficie forestal	279
13. Extinción del derecho real	279
14. Efectos de la extinción del derecho real	280
15. Conclusiones	281
Capítulo 9: El derecho real de superficie edilicia bajo la égida del Código Civil y Comercial de la Nación	282
1. Consideraciones preliminares	284
2. Prieta síntesis en base a su consideración	285
2.1. Algunas particularidades del Código Velezano en relación al sistema vigente	285
2.2. Los fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012	287
3. El derecho real de superficie en la concepción del derecho comparado	288
4. Concepto	302
4.1. El concepto en el Código Civil y Comercial de la Nación	302

4.2. Las definiciones doctrinarias	303
4.3. La definición del derecho real de superficie edilicia	303
5. Naturaleza jurídica	304
6. Modalidades	304
7. Caracteres	305
8. Objeto	306
8.1. El inmueble como objeto	306
8.2. El vuelo, rasante o subsuelo	306
9. El emplazamiento	308
9.1. El art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación	308
9.2. La extensión del terreno a gravar	309
10. Los legitimados	310
11. El plazo	311
12. El superficiario es titular de un dominio imperfecto	313
13. Modos de adquirir el derecho	313
13.1. Contrato	314
13.2. Usucapión corta	317
13.3. Actos de última voluntad	317
13.4. Otros modos	318
14. Los derechos del superficiario	318
14.1. Las facultades materiales del superficiario	318
14.1.1. Derecho de construir, plantar o edificar	318
14.1.2. Derecho de hacer suyo lo plantado, forestado o edificado por el tiempo que dure la superficie	319
14.1.3. Convenir una superficie mayor que la necesaria para la realización de su proyecto, siempre que ello sea imprescindible	319
14.2. Las facultades jurídicas del superficiario	320
14.2.1. Constituir derechos reales de garantía	321
14.2.2. Afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal	322
14.2.3. Constituir derechos reales de disfrute	323
14.2.4. Efectuar actos de disposición	323
14.2.5. Exigir el cese de la turbación	324

14.2.6. Constitución de derechos personales	324
15. Las obligaciones del superficiario	324
16. Derechos del titular dominial del suelo	325
17. La destrucción de la propiedad superficiaria	326
18. Extinción del derecho real	327
19. Efectos de la extinción	328
19.1. Readquisición del dominio pleno para el titular dominia l	329
19.2. La indemnización	330
20. Conclusiones	330
Capítulo 10: El derecho real de superficie edilicia y el derecho real de propiedad horizontal	332
1. Consideraciones preliminares	334
2. El derecho real de propiedad horizontal	334
2.1. La propiedad horizontal en el Código velezano	334
2.2. Los proyectos legislativos	336
2.3. La propiedad horizontal en la Ley N° 13.512	337
3. La propiedad horizontal concebida como derecho real en el Código Civil y Comercial de la Nación	338
3.1. Algunas vicisitudes del régimen imperante	338
3.2. El principio de estructura legal o del <i>numerus clausus</i>	338
4. La definición	339
4.1. La propiedad horizontal definida por el Código Civil y Comercial de la Nación	339
4.2. Los conjuntos inmobiliarios	339
5. El objeto del derecho real de propiedad horizontal	341
5.1. La delimitación del objeto	342
5.2. Las cosas y partes comunes	342
5.3. Las cosas y partes propias	345
5.4. Los bienes del Consorcio de Propietarios	346
6. El Consorcio de Propietarios	346
7. Los subconsorcios	347
8. Las expensas	348

9. Las asambleas	350
9.1. Las mayorías y el quórum	350
9.2. La convocatoria	352
9.3. Las atribuciones legales	352
9.4. La referencia circunstanciada	354
9.5. La acción de nulidad	354
9.6. La asamblea judicial	354
10. El Reglamento de Propiedad Horizontal	356
11. El administrador	358
11.1. Su definición	358
11.2. La designación, la duración y la remoción	361
11.3. Los derechos y las obligaciones	362
12. El Consejo de Propietarios	363
13. Las obras en la Propiedad Horizontal (obra nueva, innovación y simple mejora)	364
14. Las reparaciones urgentes	366
15. La sobreelevación	367
16. El grave deterioro o destrucción del edificio	370
17. Las infracciones	371
18. Conclusiones	372

Capítulo 11: El derecho real de superficie edilicia

y su causa fuente. Las implicancias	374
1. Consideraciones preliminares	376
2. La Constitucionalización del Derecho Privado	376
3. El contrato y sus características	377
3.1. Algunas particularidades de los contratos	377
3.2. La definición	379
3.3. La clasificación de los contratos	379
3.4. La autonomía de la voluntad	380
3.4.1. La autonomía	380
3.4.2. La autonomía de la voluntad en el Código Civil	382
3.4.3. La autonomía de la voluntad en el Código Civil	

y Comercial de la Nación	383
3.4.3.1. La libertad de contratación	383
3.4.3.2. Los límites a la autonomía de la voluntad	385
4. La autonomía de la voluntad y los contratos	385
4.1. Las bases de la contratación	385
4.2. Las negociaciones contractuales	387
5. El principio del <i>numerus clausus</i> y el orden público en materia de derechos reales	388
5.1. El orden público y la estructura legal o <i>numerus clausus</i>	388
5.2. Las nuevas formas de propiedad y el sistema <i>del numerus clausus</i>	389
5.3. El semi-coto a la autonomía de la voluntad	390
6. El derecho real de superficie como contrato innominado	394
6. 1. El contrato innominado de superficie	394
6.2. El contrato de superficie en relación a las otras clasificaciones consideradas por el Código Civil y Comercial de la Nación	395
7. Las posibles formas de concertación del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal	395
7.1. Consideraciones preliminares	396
7.2. El superficiario y el titular dominial extinguida la superficie edilicia	396
7.2.1. La situación del inmueble en el cual existe superficie no construida	398
7.2.2. La situación del inmueble en el cual existe una edificación inconclusa	399
8. Conclusiones	400
Capítulo 12: Marco metodológico	402
Capítulo 13: Conclusiones	411
Bibliografía y fuentes de información	424

Abreviaturas

\$a:	Pesos Argentinos.
%:	Por ciento.
(h.):	Hijo.
2ª:	Segunda.
3ª:	Tercera.
4ª:	Cuarta.
5ª:	Quinta.
6ª:	Sexta.
9ª:	Novena.
A.C.:	Antes de Cristo
ABGB:	<i>Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Australiano)
Actualiz.:	Actualización.
Actualiz.:	Actualizada.
Ampl.:	Ampliada.
ap.:	Apartado.
APO:	Abeledo Perrot On Line.
aps.:	Apartados.
art.:	Artículo.
arts.:	Artículos
BGB:	<i>Bürgerliches Gesetzbuch</i> (Código Civil Alemán)
BOE:	Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
C.A.B.A.	Ciudad Autónoma de Buenos Aires.
CCyC:	Código Civil y Comercial de la Nación.
CC:	Código Civil.
C. C.:	Código Civil.
c.:	Contra.

C.A.B.A.:	Ciudad Autónoma de Buenos Aires
C.N.:	Constitución Nacional
c/:	Contra:
C1a Civ. y Com.:	Cámara Primera en lo Civil y Comercial.
C1a Civ. y Com.:	Cámara Primera en lo Civil y Comercial.
Cas.:	Casación.
CC:	Código Civil.
ccdantes.:	Concordantes.
CCiv. y Com.:	Cámara Civil y Comercial.
CCyC :	Código Civil y Comercial de la Nación.
CNCiv.:	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
CNCiv.:	Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.
Cód. Civil:	Código Civil.
Cód.:	Código.
Com.:	Comercial.
Comp.:	Compilador.
conc.:	Concordante.
Consid.:	Considerando.
Coord.:	Coordinador.
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos.
Corte IDH:	Corte Interamericana de Derechos Humanos. Corte Suprema.
CS:	Corte Suprema de Justicia de la Nación.
D.:	Digesto
D.C.:	Después de Cristo.
DGRN:	Dirección General de los Registros y del Notariado.
Dir.:	Director.
Dir.:	Directores.
DJ:	Doctrina Judicial.
Dres.:	Doctores.
ed.:	Edición.
ED:	El Derecho.
ej.:	Ejemplo.

Esp.:	Especial.
etc.:	Etcétera.
Excma.:	Excelentísima.
Exp.:	Expediente.
Expte.:	Expediente.
F.O.S.:	Factor de Ocupación del Suelo.
F.O.T.:	Factor de Ocupación Total.
Gral.:	General.
I.V.A.:	Impuesto al Valor Agregado.
inc.:	Inciso.
incs.:	Incisos.
JA:	Jurisprudencia Argentina.
LL:	La Ley.
LLBA:	La Ley Buenos Aires.
LLC:	La Ley Córdoba.
LLLitoral:	La Ley Litoral.
LLO:	La Ley On Line.
m2:	Metros cuadrados.
Nac.:	Nación.
Nº:	Número.
Nros.:	Números.
Núm.:	Número.
OAS/OEA:	Organización de los Estados Americanos.
P. ej.:	Por ejemplo.
P.G.O.U.:	Plan General de Ordenación Urbana.
par.:	Parágrafo.
párr.:	Párrafo.
párr.:	Párrafo.
pto.:	Punto.
Ref.:	Referencia
Reg.:	Registro.
Reimpr.:	Reimpresión.
Res.:	Resolución
RH.:	Reglamento Hipotecario.

RJC:	Revista Jurídica de Cataluña.
SAIJ:	Sistema Argentino de Información Jurídica.
SC:	Suprema Corte.
SC:	Suprema Corte.
SP:	Parte del inmueble.
STC:	Superior Tribunal Constitucional.
sum.:	Sumario.
Supl.:	Suplemento.
T.:	Tomo.
Trad.:	Traducción.
TS:	Tribunal Supremo de España.
U.R.S.S.:	Unión de las Repúblicas Socialistas
Soviéticas.	
v.:	Versus.
vs.:	Versus.
v.gr.:	verbi gracia.
Vol.:	Volumen

Introducción

El derecho real de superficie importa una nueva concepción del derecho de propiedad. Es un instituto complejo, que ha recibido numerosos detractores, en torno a su regulación e implementación.

Vélez Sarsfield enumeró expresamente entre los derechos reales prohibidos al derecho de superficie, en el art. 2614 del Código Civil. El fundamento radicó en la imposibilidad de concebir una multiplicidad de derechos sobre un mismo objeto, de acuerdo a lo expresado en la nota al art. 2503 de ese código de fondo (Allende, 1964; Gatti y Alterini, 1974; Humphreys, 2014 y Legón, 1942).

La propiedad fue erigida en base a un esquema simple. La realidad jurídico-social-económica, que imperaba en derredor del año 1869, se encontraba condicionada por la necesidad de imprimir un sistema legal encolumnado en dos tópicos: la seguridad y la exclusividad. Ello fue una consecuencia predecible y concordante con lo preceptuado en el Constitución Nacional de 1853; en donde se protegía con mayor ahínco la propiedad privada que a la vida humana.

El principio imperante, entonces, en materia de propiedad, era el de *superficie solo cedit*, en cuanto importa que, lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Este principio cedería frente a la regulación como derechos reales de los dos institutos en crisis (superficie y propiedad horizontal).

En ese orden de ideas, se reguló a la accesión como un modo de adquisición del derecho real del dominio (art. 2524 y ccdantes., Cód. Civil). En virtud de este modo, todo lo adherido, en forma natural o artificial al inmueble era de propiedad del titular dominial de la heredad al cual la cosa accedía.

En el año 2001 distinta realidad económica imperaba. Existían muchos terrenos respecto de los cuales, sus titulares se encontraban impedidos de producir mediante ellos un rédito económico mayor al que tan sólo brinda revelar su titularidad. También, lo hacían quienes contaban con patrimonio para invertir pero no ostentaban la propiedad de terrenos. Así, entre otras circunstancias se sancionó, bajo la Ley N° 25.509, la superficie forestal (Taiana de Brandi y Brandi Taiana, 2011). Ella fue concebida como un derecho real

autónomo. De este modo, continuaba calificándose de derecho real prohibido a la superficie edilicia.

Cierto es que la concepción velezana en torno al objeto de los derechos reales fue mantenida hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Entonces, se ha reglado que pueden ser objeto de los derechos reales no solamente las cosas en su totalidad; sino también, parte de ellas e incluso los bienes.

A su vez, se ha recogido el bregó doctrinario en torno a la implementación del derecho real de superficie en sus dos acepciones. Entonces, se encuentra enumerado como un derecho real en el art. 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La superficie edilicia se caracteriza, de conformidad con lo preceptuado por el art. 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación, por ser un derecho real temporario mediante el cual el titular dominial transmite el vuelo, rasante o subsuelo de la cosa o sobre ella, a fin de que el superficiario erija construcciones. Esta acepción de la superficie se encuentra limitada al plazo máximo de setenta años.

En este contexto el interrogante de esta investigación es: ¿Cuáles son los efectos que imprime el derecho real de superficie edilicia respecto del derecho real de propiedad horizontal?.

A esos efectos, hemos planteado diferentes objetivos: uno general y seis específicos.

El objetivo general trazado se encontrará orientado a circunscribir los efectos del derecho real de superficie edilicia en torno al derecho real de propiedad horizontal.

Los objetivos específicos, que devienen del general, se circunscriben en diferentes tópicos.

Uno de ellos se encuentra encaminado a analizar la conveniencia de la concertación de un derecho real de superficie edilicia sobre parte de una heredad, en la cual se ha concertado un derecho real de propiedad horizontal, a fin de evitar los efectos típicos de extinción de la superficie edilicia.

De ese modo, habremos de realizar un estudio crítico de la legislación argentina, en relación a la problemática, que se suscitaría en el tema planteado.

También, abordaremos la superficie edilicia y su relación con el derecho real de propiedad horizontal y al derecho real de dominio.

En ese orden de ideas, compararemos la superficie con la propiedad horizontal, en torno a su estructura legal.

Ello aparejará el estudio y evaluación de las dimensiones sociológicas y dikelógicas en nuestro sistema positivo; juntamente con la evolución legislativa.

En vista de esos objetivos hemos planteado la siguiente hipótesis: El principal efecto que imprime el derecho real de superficie edilicia en el ámbito de la propiedad horizontal es la viabilidad de su concertación en un marco de seguridad jurídica.

Ella habrá de ser contrastada a lo largo del desarrollo de los capítulos de la presente tesis.

En el segundo capítulo se estructurará la evolución del derecho de propiedad.

En su génesis, la propiedad fue colectiva por cuanto se consideraba de titularidad de la tribu. Con la Ley de las XII Tablas, se ha transformado individual, atento a su adjudicación a distintas familias.

En el derecho romano, la propiedad, de las personas y las cosas, se encontraba en cabeza del *pater familiae*, se determinó que la propiedad fuese individualista, centrándose en cabeza de los distintos grupos familiares.

Con la firma del Tratado de Verdún, en el año 843, la propiedad puesta en cabeza de los señores feudales era compartida con los reyes. Ello, importó una bifurcación del dominio. Excepcionalmente, existían tierras alodiales o libres, con alcance semejante al del derecho romano.

Con el devenir de la burguesía y el aumento del poder de la monarquía, se comenzó a concebir un derecho de propiedad semejante al romano.

La Revolución Francesa (1789) impuso que aquella bifurcación se tornara abstracta y que dominio fuese concebido como un derecho individual, exclusivo y absoluto (art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano). Ello fue adoptado por la mayoría de las legislaciones dictadas en consecuencia.

En Argentina, la propiedad nació como derecho individual, siguiendo la concepción romanista (Kiper y Otero, 2010). Ella goza de protección constitucional (Preámbulo y arts. 14, 14 *bis*, 17, 28, 18, 32 y 75, incs. 12 y 22).

Los vocablos “propiedad” y “dominio”, parecerían ser sinónimos; empero, nos encontramos en una relación de género a especie. Ello cual surge de copiosa jurisprudencia (CS, “Horta c/Harguindeguy”, “Mango c/Traba” y “Bordieu c/Municipalidad de la Capital Federal”).

El art. 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación, tipificó al derecho real de dominio en consonancia con legislaciones extranjeras (art. 947, Cód. de Quebec; art. 923, Cód. de Perú; art. 348, Cód. de España; art. 486, Cód. de Uruguay; art. 544, Cód. Francés y art. 1228, Cód. del Brasil).

La propiedad actual está muy lejos de las viejas concepciones romanas y de las veleznas (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003).

En el tercer capítulo se abordará, de manera sucinta, la historia que antecede al tratamiento jurídico del derecho real de superficie, que actualmente rige en nuestro país. Historia que fuera construida bajo distintos ejidos en relación a la concepción de la propiedad.

A esos fines referenciaremos al derecho romano, al derecho germánico, al derecho italiano y al derecho español.

En el cuarto capítulo, en el quinto y en el sexto, estudiaremos y reflexionaremos en torno a la regulación del derecho real de superficie en el derecho Español, Peruano y Cubano, respectivamente.

Si bien el derecho real de superficie ha sido incluido en varias legislaciones del mundo moderno, a fin de evitar exceder el objetivo de la presente tesis, abordaremos el estudio de las regulaciones efectuadas en un país europeo y en dos americanos, en particular.

En relación al continente antiguo, hemos considerado aconsejable circunscribirnos a España, atento a nuestra raíz histórica.

Respecto del continente americano, hemos hecho lo propio con Perú por haber integrado parte de nuestro virreinato y pertenecer al mismo bloque jurídico, el continental romanista; y Cuba, atento a su diferente concepción de la propiedad, que disiente con la que fue concebida en nuestro país.

El séptimo capítulo lo dedicaremos al tratamiento brindado al derecho real de superficie en el derecho argentino, desde la óptica del derecho civil derogado, los Proyectos de modificación del código velezano y las Jornadas Nacionales de Derecho Civil, convocadas las respectivas comisiones para el tratamiento de la temática, objeto de la presente tesis. .

El derecho de superficie ha debido afrontar un largo y profuso camino hasta poder ser regulado en toda su extensión.

Eventos nacionales han bregado en pos de la regulación del derecho real de superficie. Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil han propuesto conclusiones *de lege lata* y *de lege ferenda* en torno a la ley 25.509. (Capón Filas, 1986; Alterini, 2011; Díaz Reyna, 1993; Flah y Smayevsky, 1988 y Kiper, 2007).

También, abordaremos los distintos proyectos de modificación del CC. Entre otros, los de los años 1987, 1993 y 1998 (Alterini y Pratesi, 2012). Y, en particular, la ley 25.509, de “Superficie forestal” y su implementación legislativa.

El octavo capítulo nos referiremos al derecho real de superficie forestal, con sus alcances e implicancias y determinaremos su ámbito de aplicación.

En el noveno capítulo trataremos el derecho real de superficie bajo la legislación actual. Especial relevancia se le dará a una de sus acepciones, el derecho real de superficie edilicia. Éste constituye una innovación introducida por el Código Civil y Comercial de la Nación (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1997; Smayevsky, Corna, Vázquez y Alterini, 2011, Braidot, 2015, López de Zavalía, 1992).

En lo que hace a esa modalidad, las particularidades que rigen este tópico, las desarrollaremos exhaustivamente, mediante un análisis exegético de la nueva estructura legal (Andorno, 1985 y Cornejo, 2001).

En el décimo capítulo trataremos la constitución del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal.

De este modo, abordaremos el alcance del objeto de los derechos reales con particular implicancia en el derecho real de propiedad horizontal.

A su vez, formalizaremos, críticamente, el análisis de los efectos de la extinción de la superficie. Luego, los contrastaremos con la propiedad horizontal, la protección jurídica del derecho de propiedad, la atribución de la titularidad de la propiedad y los alcances de la titularidad dominial respecto de una unidad funcional con más el porcentaje atribuible en torno a ella.

En el onceavo capítulo, delimitaremos las implicancias del contrato y su consideración como causa fuente del derecho real de superficie edilicia. En miras a ello, se trazarán sus efectos. Se estudiará la causa fuente de la

constitución de una contratación relativa al tema en memoria y sus implicancias.

A su vez, se desarrollarán las implicancias de la constitución de la superficie edilicia en la propiedad horizontal. De este modo, se tratarán de abordar diferentes temáticas que brinden posibles soluciones a los posibles conflictos que podrán plantearse. Ambos derechos reales serán tamizados a través de las condiciones socio-económicas-financieras actuales.

La hipótesis que trataremos de demostrar en el presente trabajo es: El principal efecto que imprime el derecho real de superficie edilicia en el ámbito de la propiedad horizontal es la viabilidad de su concertación en un marco de seguridad jurídica.

Por lo tanto, de confirmarse aquélla, el discurso dominante dará acabada respuesta al vacío legislativo y propenderá a considerar la constitución del derecho real de superficie edilicia en un derecho constituible, dotado de seguridad jurídica.

Capítulo 1: Estado del Arte

A fin de abordar la temática de la tesis planteada, con el objetivo de corroborar la hipótesis hemos debido afrontar diversos dilemas que se nos han planteado. El cuestionamiento obedece a la novedad del tema afrontado; por cuanto se trata de un derecho real nuevo en la República Argentina.

A esos efectos, consultamos la bibliografía nacional de mayor tradición y envergadura en materia de derechos reales. Lo propio hacemos en la de los derechos personales.

La necesidad de consultar doctrina extranjera se nos erige cual clamor, motivado por intentar descubrir y conocer el tratamiento del derecho real de superficie edilicia y/o forestal, que prestigiosos tratadistas y autores efectúan, del instituto.

En aras de realizar una investigación propia de una tesis, también examinamos legislación nacional y extranjera, eventos académicos y jurisprudencia.

La tesis la principiamos con el estudio del derecho de propiedad. En su abordaje partimos de la consideración de tratarse de un derecho natural inherente a toda persona.

A esos fines comparamos trabajos que he realizado; como los comentarios al Código Civil y Comercial de la Nación, en derecho real de dominio, donde he indagado sobre los inicios y comienzos del derecho.

La obra de Musto (2014), junto con la de Hedemman (1995), es de vital importancia a la hora de ahondar en su evolución, partiendo del derecho romano. En relación a este último, el libro de Louzan de Solimano (1993) es una prestigiosísima obra de consulta, en la que se desgaja el derecho romano desde todas sus aristas.

El Tratado de Derechos Reales de Kiper (2016), merece especial consideración en relación al abordaje de la exégesis de la propiedad; como así también, al sistema feudal, en donde especial hincapié efectúa, teniendo en cuenta la desigual relación existente entre los señores feudales y los aldeanos.

La consulta de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano y las obras de Badeni (2002), Borda (1994) y Novillo Corvalán (1979), las consideramos como obligatorias, a la hora de inquirir, respecto de las causas y efectos que produce la Revolución Francesa de 1789. En ese análisis comprobamos que la bifurcación del dominio, existente hasta entonces, devino abstracta. En esa sintonía, el dominio se transforma en un derecho individual, exclusivo y absoluto, cual afirma doctrina estudiada y la Declaración mencionada.

El Manual de Derechos Reales de Mariani de Vidal (1989), lo encaramos con la finalidad de incorporar los conceptos del sistema económico imperante en el liberalismo con la estructura del Estado gendarme.

Continuamos nuestra investigación, afinando los conocimientos otrora adquiridos, respecto de la propiedad socialista y el neoliberalismo. Con prístina locución, Moisset de Espanes (1994) aborda la Revolución Rusa de 1917, sus causas y consecuencias.

Intentando indagar en la propiedad concebida como un derecho natural, consultamos las Encíclicas *Mater et Magistra* del Papa Juan XXIII (1961), la *Rerum Novarum* del Papa León XIII (1891), la del *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XI (1931) y la *Papolorum Progressio* del Papa Paulo VI (1967); y la obra de Fleitas Ortiz de Rosas donde descubrimos que la Iglesia no se opone al disfrute personal y/o común de los bienes, con la consecuente distribución del excedente. Así por cuanto la propiedad es un derecho de todos, es un derecho natural.

Las obras de Kiper y Otero (2010), Highton (1983), Humphreys (2014), Novillo Corvalán (1979), Mariani de Vidal (1989), Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1995) y Smayevsky y Humphreys (2005), las tomamos como referencia a los fines de emprender el análisis de la propiedad en el Código Civil. La primera arista que observamos, fue la posición individualista que le imprimió Vélez Sarsfield en el Código Civil. El colorario de ello, lo consagra en la definición en el derecho real de dominio del art. 2506. Las críticas que leímos de los doctrinarios referenciados no creemos que nos hayan logrado conmover a la hora de denostar la obra velezana; empero sí, coincidimos con la modulación de la absolutez que le imprimió la ley 17.711. Arista que advertimos conserva el Código Civil y Comercial de la Nación.

La Constitución Nacional la estudiamos para adquirir los conocimientos necesarios relativos a la protección que le brinda a la propiedad (arts. 14; 14 *bis*; 17; 18; 28; 32; 75, inc. 12; 75, inc. 17 y 75, inc. 22); junto con la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 21, incs. 1 y 2); la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 17, incs. 1 y 2); y algunas sentencias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (“Horta” -1922-, “Mango” -1925- y “Bourdieu” -1925-), que nos indujo a comprender que la propiedad se integra por todo aquello que trasciende a la materialidad de las cosas.

Esa conclusión nos ha conducido a decidir que la propiedad constituye el género del derecho real de dominio. Para ello, consultamos a: Badeni (2004), Dalla Vía (2006), Gelli (2008), Linares Quintana (1979), Smayevsky y Humphreys (2005), entre otros.

Al derecho real de dominio actual, lo analizamos partiendo de los Fundamentos del Anteproyecto 2012, donde leemos se realiza su raigambre romanista, que se plasma en la letra del art. 1941 y concordantes.

Consultamos las obras de Alterini, Ameal y López Cabana (1998); Bidart Campos (2001); Mariani de Vidal y Abella (2016); Kiper (2012, 2015 y 2016); Highton (1983); Flah y Smayevsky (1996); Smayevsky y Humphreys (2005); Humphreys E. y Humphreys E. (h.) (2014); Orelle, Armella y Causse (1995); Bono (1997); Bressan (1999); Camerini (2011); Carregal (2010); Favier Dubois (h.) (2010); Hayus (2005); Mosset Iturraspe, Paolantonio y Rivera (1995); Iturbide (2011); Juyent Bas y Molina Sandoval (2007); Kiper y Lisoprawsky (2012); Lisoprawsky (1998 y 2007); López de Zavalía (1995); Vázquez (1998); Molina Sandoval (2009); Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1993); Goldenberg y Humphreys (2004); Cifuentes y Sagarna (2005); Árraga Penido (1996): entre otras; junto con sentencias dictadas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (1922, 1925, 1981, 1982 y 1994), las Salas C (1965) y D (1980) de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, la Sala I de la Cámara Civil y Comercial de San Isidro (1980), la Cámara Civil y Comercial de Bell Ville (1993), la Sala II de la Cámara Civil y Comercial de Morón (1997), entre tantas otras. Ello lo hacemos a fin de abordar al derecho real de dominio cual es concebido en nuestra legislación actual; en relación a su concepto, caracteres, clasificación, extensión, los modos de adquisición y su extinción.

Nuestra curiosidad “dominial” nos lleva a estudiar:

1) La legislación de Quebec (Canadá): El *Code Civil Du Québec* y autores como Melkevik (2012) nos hicieron advertir algunas diferencias en cuanto a su redacción; mas no, a su concepción.

2) La legislación del Perú: La Constitución, el Código Civil y autores como Avendaño Valdez (2011), nos permiten afirmar que el “bien común” es un tópico primordial a tenerse en cuenta en su conformación.

3) La legislación de España: La Constitución, el Código Civil y Vázquez Iruzubieta (2016), nos ayudan a descubrir que median tan sólo diferentes estructuras semánticas al reglar el derecho.

4) La legislación de Uruguay: El Código Civil nos permite referenciar el especial hincapié que se hace a la arbitrariedad del poder de usar y disponer de la cosa. Diferencia sustancial con nuestro derecho.

5) La legislación de Francia: El Código Civil nos brinda un alcance similar al argentino, a cuya conclusión nos ayuda a arribar García (2010).

6) La legislación del Brasil: El Código Civil no define al derecho real de dominio; empero sí enumera las facultades de su titular. Estos nos permite afirmar la clara diferenciación de tratamiento con la legislación argentina vigente.

Finalizamos el tratamiento del derecho real de dominio acudiendo a consultar a Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa (2003) a fin de manifestar que aquél guarda íntima vinculación con el derecho real de superficie.

Averiguamos el origen histórico y los antecedentes del derecho real de superficie. Su génesis es incierta cual nos indican González (1992) y Maynz (1993). Lo cierto es que la mayoría sindicamos al derecho romano; por mayoría referimos a: Bonfante (2002), Maynz (1993), Peña Guzman y Arguello (1995), Castán Tobeñas (1994), Di Pietro (1999), Pastori (1962), Bonfante (1925), Novello (2004), Zaera García (2002), entre otros). Este concepto que se ratifica con las Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015). La obra del pretor es quien da lugar a su nacimiento como instituto. Primigeniamente, lo concebimos como derecho personal; y, luego como derecho real, a partir del derecho romano post clásico.

Nuestra curiosidad nos conduce a demandar datos del derecho italiano, alemán y español, donde descubrimos que la regulación del derecho de superficie ha sido diferente en ellos. Italia y Alemania refiere a una sola de sus modalidades, la edilicia, para paliar déficits habitacionales; y se diferencian ambas con Italia, porque ésta, proscribiera expresamente a la forestal. España ha admitido tanto la modalidad forestal como la edilicia.

Lo que exponemos surge del estudio del BGB alemán; Constitución Española; la Ley de Suelo y la Ley Hipotecaria Española; los Códigos Civiles de 1851 y 1882 de España; y del Código Civil de Italia y nos enseñan Fernández Salas (2012); Zimmermann (1996); Von Oefele y Karl (2008); Baumarkt (2010); De los Mozos (1972); Alterini (1997); González Fortunatti (2014); Munguijón y Adrián (1927); Margadant (1960); Díaz Bautista (1987); Richard (2011); González Martínez (2009); Castán Tobeñas (1994); Díez Picazo y Gullón (1977); entre otros.

Necesitamos comparar lo hasta aquí aprehendido con la legislación de extraña jurisdicción. Esa carestía nos surge de nuestro irrefrenado sentimiento de intentar dar solución a temas que presentan vacíos o lagunas; o tal vez, constituyan una fuente fecunda de conflictos en el futuro, en el ordenamiento jurídico argentino. Uno de esos tópicos urticantes lo hemos planteado en nuestra hipótesis.

Las legislaciones de tres países son sobre las cuales decidimos indagar. De ese modo lograremos asimilar su tratamiento y considerar las diferentes aristas que cada Estado le imprime al derecho real de superficie.

Iniciamos ese estudio con el derecho español, atento a que cimentó, de alguna manera, nuestro derecho patrio. A esos fines estudiamos la propiedad con sus alcances e implicancias y el derecho real de superficie.

Conforme nos enseña la Constitución española, la propiedad es privada. Ella, pese a que no la encontramos integrando el bloque de los derechos fundamentales, sí lo es. No obstante, el amparo no puede ser la acción a entablar a la hora de verse cercenado el derecho.

En España, el art. 33 de la Constitución Nacional proclama el derecho a la propiedad privada y a la herencia; consagra su función social y establece su inviolabilidad.

En consonancia con ello, leemos que el art. 348 del Código Civil español define a la propiedad en el ámbito civil, que guarda consonancia con nuestro derecho.

La finalidad social de la propiedad española es prioritaria, cual surge de la lectura de una sentencia, en pleno, del Superior Tribunal Constitucional de España (1987). Antes, ostentaba un carácter individual.

La Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones Nº 6/1998, referida al régimen urbanístico, nos confirma que la propiedad privada desaparece cuando el suelo se ve afectado por un proceso urbanizador; atento a que éste prima por sobre aquél.

En el ámbito del derecho español también rigen las regulaciones de propiedad efectuadas por el Consejo Europeo. El Protocolo Adicional, del 20/03/1952, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ratificado por España el 02/11/1990, donde reconocen el derecho a la propiedad privada.

Leyendo a Rogel Vide (2010), Corvo López (2010), Castán Tobeñas (1957), Vide (2016) y González (2008) advertimos que la concepción de la propiedad española es tridimensional.

No obstante ello, tomamos en cuenta las enseñanzas de Torres Vázquez (2006), quien nos indica que el sistema que rige en materia de creación de los derechos reales es abierto o *numerus apertus*; a diferencia de nuestro derecho argentino, en el que rige el principio del número cerrado o *numerus clausus*.

A su vez, de la lectura de las obras de Álvarez Caperochipi (2005), Planiol (1996), Díez-Picazo (1997), Cooter (2004) y Román García (1994), podemos concluir que el poder ilimitado de creación de los derechos reales no es absoluto, por cuanto el Estado le proporciona al individuo una esfera de acción. El orden público, la moral y las buenas costumbres funcionan como coto del principio creador.

Ahora bien, en materia de derechos reales además juega como tope el mismo concepto de derecho real; por cuanto es un derecho subjetivo de contenido patrimonial que recae directa e inmediatamente sobre una cosa, parte de ella o un derecho. Su titular goza del derecho de exclusión frente a la intromisión de un tercero, conforme leemos de Román García.

En el derecho español, cual indicáramos, no media una tipología legal de los derechos reales. No obstante ello, debe señalarse que la Ley Hipotecaria menciona ciertos derechos reales, como por ejemplo: dominio, usufructo, uso y habitación, enfiteusis, hipoteca, censos y servidumbres.

A modo de ejemplo podemos citar al derecho real de usufructo, que se encuentra definido en el art. 467 del Código Civil español. El texto dispone:

El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley autoricen a otra cosa. Similar situación se evidencia con el derecho real de uso (art. 523 del Código Civil Español).

Aquí se evidencia que los particulares pueden introducir variaciones (Avendaño Arana, 1999) en la figura del usufructo y en el uso. Ello podrá hacerse, siempre y cuando, no contraríen las leyes, la moral o el orden público, de conformidad con lo estatuido por el art. 1255 de ese plexo normativo.

El establecimiento de parámetros o límites precisos dentro de los cuales los particulares podrán crear o modificar derechos reales es la base del funcionamiento del sistema del *numerus apertus*, cual afirman Díez-Picazo (1976), Ramírez Cruz (2003) y Álvarez Caperochipi (2005).

Indagando el derecho español descubrimos que la Ley de Suelo es la que define al derecho de superficie (actual art. 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo). Su definición consideramos que es harto rica en contenido y alcances. De la letra de la glosa individualizada, leemos que caracteriza al derecho real de superficie como a una atribución temporal al superficiario de construir o edificar en la rasante, el vuelo o el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad superficiaria en forma independiente de la del terreno.

Similar alcance nos han dado al contenido del derecho autores como Roca Sastre y Roca-Sastre (1979). Del art. 30.3 del Reglamento Hipotecario o Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria, nos parece que sólo la modalidad edilicia es la permitida o regulada.

Empece ello, diversos tipos de superficie se encuentran regulados en el derecho español. A esos fines analizamos el art. 40 del Texto Refundido de la

Ley del Suelo 2008, el art. 30.3 del Reglamento Hipotecario y, el art. 3.3 de la Ley 55/1980, del mismo nombre y concluimos que, tanto al forestal como la edificación se encuentran contempladas en la regulación española.

Cierto es que también descubrimos que la superficie urbana, tiene dos variantes, la privada y la pública. Esta última no la encontramos, tal cual acaece en la legislación de España. La pública es la que se hace sobre un suelo sometido al Plan General de Ordenación Urbana (P.G.O.U.).

Para llevar a cabo el estudio de sus elementos: personales, reales, formales y temporales consultamos: el Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008, el Código Civil de Cataluña, la Ley 1922 y las Resoluciones DGRN del 27 de octubre de 2007 y del 25 de junio de 1993. Ellos guardan meridiana similitud con lo que pregonamos en nuestra legislación.

Cuando leemos a Blasco Gascó y Cechini Rosell (2001) y González (2001), manifestamos que el ámbito tridimensional del derecho de propiedad español lo descubrimos en cuanto a la propiedad del suelo, la propiedad de la superficie y la propiedad de lo que está por debajo de la superficie.

De Los Mozos (1993) y Vide (2016) nos aleccionan respecto al derecho de accesión en la legislación española, el que descubrimos que tiene similar alcance al de la argentina.

De la lectura de los autores individualizados como del estudio que realizamos de doctrinarios españoles de la talla de Álvarez Caperochipi (1987) y Díez-Picazo (1977), entre otros, confirmamos que la regulación del derecho de superficie en España no es unívoca. Además, que son tres tipos de superficies las consagradas (rústica, urbana y urbanística).

Entonces podemos decir que si bien, tal vez no en esencia, sino en método e incumbencias se diferencia el derecho español del derecho argentino en la regulación del derecho real de superficie.

De la legislación española pasamos al continente americano; más específicamente a América del Sur, en donde seleccionamos al país del Perú para estudiar al derecho real de superficie.

Abordamos su estudio en similar sintonía que con el derecho español.

Partimos desde la concepción constitucional de la propiedad, dada por la Constitución peruana del año 1993, que la considera un derecho absoluto, limitado por el interés social.

Avendaño (2009) y Rioja Bermúdez (2009) nos enseñan que el derecho de propiedad en el Perú goza de protección constitucional. Esta afirmación la encontramos refrendada en diversas sentencias del Tribunal Constitucional del Perú; como por ejemplo en la dictada en el Expte. N° 00005-2006-AI o en el Expte. N° 0048-2004-PI.

Ese máximo Tribunal ha manifestado que el Estado social y democrático respeta los principios democráticos tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley, en el Expte. N° 0008-2003-AI-TC; ésta entre tantas otras referencias que podemos hacer en torno a la protección constitucional de la propiedad.

La concepción civilista de la propiedad la estudiamos del Código Civil peruano y de autores como Maish Von Humboldt (1984); Peña Bernaldo de Quiroz (1986); Romero Romaña (1974); Castañeda (1952) y Valencia Zea (1958); entre otros, quienes la consideran como a un poder jurídico. Ello tal vez, en cierta medida, consideramos que guarda semejanza con el derecho argentino actual. A su vez, lo propio consideramos que acaece con sus caracteres, límites al ejercicio del derecho de propiedad junto con sus restricciones y demás tópicos que integran el instituto. También, reseñamos nueva jurisprudencia para referir a la protección y al ámbito de aplicación del derecho de propiedad dado por los Tribunales peruanos, donde se lo consagra como aun derecho real exclusivo (CS, 1995 y 1997).

El Código Civil peruano dedica cinco artículos al derecho real de superficie (arts. 1030 a 1034). En consonancia con el nuestro, pero en su acepción edilicia, es que regula el derecho, derivándolo al límite temporal de noventa y nueve años.

El abordaje del derecho civil cubano; en particular, el del ámbito de los derechos reales nos es sumamente interesante y rico en contenido. Su concepción política y social nos llama particularmente la atención y nos constriñe a desentrañar su contenido.

La Constitución que rige en Cuba, sancionada en 1976, nos conduce a una institucionalización del orden socialista existente otrora en esa isla, al decir de Fernández Bulté (1997 y 2008).

Su régimen constitucionalista se erige en una economía dirigida por el Estado cubano, basada en los pilares de la justicia social, igualdad, solidaridad

humana y bienestar individual, cual nos aleccionan Cutie Mustelier y Méndez López (2008).

Autores cubanos de la talla de Álvarez Tabío (1981), Mir Pérez (2008) y Rodríguez Saif (1999) nos enseñan que la propiedad en Cuba se instituye bajo una forma estatal socialista, enarbolada en tres formas, que otrora eran cinco: estatal socialista (art. 15, Constitución 1976), de las cooperativas (art. 20, Constitución 1976) y de los agricultores pequeños (arts. 20 y 21, Constitución 1976), personal (art. 22, Constitución 1976) y de las Organizaciones Políticas, sociales y de masas (art. 23, Constitución 1976).

La Constitución cubana no consagra a la propiedad como a un derecho protegido constitucionalmente, cual nos adiestran Villabella Amengol (2002) y Pérez Royo (2003). Empece ello, otros sí, como Mustelier (1997), Cutie Mustelier y Méndez López (2008); y, en cierto modo, Villabella Armengol (2002).

El Decreto Ley 50/1992, dictado en miras a atraer inversiones de capitales extranjeros reguló la propiedad de las empresas de capitales mixtos o empresas mixta. Estos, advertimos que se encuentran contemplados en el Código Civil.

El Código Civil cubano de 1988, modificado por la Ley N° 65, Ley General de Vivienda, de ese mismo año, trata en el Libro Segundo el derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes.

La definición del art. 129.1 se asemeja a nuestro derecho, en una primera impresión, aseveramos que ello no es así. Nuestro fundamento radica en la concepción socialista del derecho de propiedad.

Aprendimos que el Código Civil cubano estructura los derechos reales bajo los tipos de aprovechamiento (propiedad, copropiedad, posesión, usufructo y superficie), de adquisición preferente (tanteo y retracto) y de garantía (prenda, retención, la hipoteca naval y la hipoteca aérea).

En particular, la superficie se encuentra integrada por una ley especial; cual acaece con tantos otros derechos reales.

Castellanos nos ilustra sobre las diversas leyes que han sido dictadas en Cuba en relación a la vivienda. A saber: Ley de Reforma Urbana (1960), Ley General de la Vivienda (1984), Segunda Ley General de la Vivienda (1988),

Decreto-ley 211 (2000) y Decreto-ley 288 (2011). Este último, restableció y reguló la compraventa de viviendas.

De él aprendimos que, los propietarios pueden permutar, donar, adjudicar o vender su casa a otros cubanos y las viviendas de cubanos que abandonen definitivamente la propiedad se traspasa a los copropietarios o a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

El art. 218 reconoce como un derecho real al derecho de superficie. A diferencia de nuestra legislación es el Estado quien ostenta la calidad de titular dominial; o bien, una cooperativa.

La superficie admitida por el derecho cubano, es la edilicia. Ella puede ser constituida sobre un terreno sin edificación existente o con una ya construida o principiada su construcción. Es decir que, la propiedad del inmueble no puede ser de origen personal.

El plazo máximo por el cual se puede constituir es de cincuenta años. Este sólo puede prorrogarse por la mitad del término originario y peticionarse, por su titular, antes de la fecha de vencimiento del término primigenio.

El art. 223 del Código Civil cubano consagra su transferibilidad y el art. 224 enumera las causales de extinción (extinción de la persona jurídica, conculcación de lo pactado, no inicio del ejercicio del derecho dentro de los dos años siguientes a su concesión; excepto que legalmente se imponga otro término diferente, destrucción de las edificaciones e instalaciones; con excepción de su reconstrucción en el plazo que se ha señalado o que sea decidido por un Tribunal, en su defecto). A ellas deben adicionársele: consolidación, renuncia, revocación, expropiación, confiscación y que el cooperativista deje de formar parte de la cooperativa.

Debemos referenciar que, en el caso de personas naturales, su fallecimiento no produce la extinción del derecho de superficie, atento a que se aplican las reglas de la sucesión intestada. En el caso de no existir herederos, se transmite de puro derecho al Estado, de conformidad con lo normado por el art. 546.1b) del Código Civil Cubano.

La Ley General de Viviendas (1988) establece en su artículo 1º que la finalidad tuitiva de la ley es lograr que toda familia ostente una vivienda confortable.

La Resolución 2/91, regula la modalidad perpetua del derecho real de superficie, en consonancia con la Ley General de la Vivienda y la Resolución N° 10/2006 del Instituto Nacional de la Vivienda.

La regulación del derecho de superficie en Cuba ha tenido un sostenido desarrollo. Los cambios económicos, sociales, políticos y jurídicos que ha experimentado, han llevado a contemplar al derecho real de superficie con las vicisitudes señaladas.

Una vez que, dedicamos nuestro estudio al derecho comparado de los países sindicados, decidimos interiorizarnos en el derecho argentino.

En mira a esos fines abordamos el derecho real de superficie en el régimen legal argentino bajo la égida del Código Civil derogado, los Proyectos de modificación de la obra velezana y las Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Conforme nos enseñan Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa (2003), el derecho de superficie nos impone un apartamiento de la concepción romana originaria y de la instituida por Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield.

En primer lugar, consideramos necesario contemplar la definición dada por el Código Civil y Comercial de la Nación al derecho real de superficie (art. 2114). Esta definición, según nuestro entender, guarda consonancia con la que ha efectuado la Ley N° 25.509 -hoy derogada- en el art. 2º, complementada con el art. 1º, de ese cuerpo legal.

Allende (1985 y 1988); Alterini (1986); Andorno (2000); Bellotti (2000); Calegari de Grosso (2002); Capón Filas (1985); Cornejo (1989); Cura Grassi (1998); Flah y Smayevsky (1988); Gatti (1984); Goldenberg (1998); Goldenberg y Gómez de La Lastra (1998); Gutiérrez Zaldívar (2000); Highton (1988); Humphreys; Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa (2003); Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989); Kiper (1988 y 2016); Mariani de Vidal y Abella (2015); Puerta de Chacón (2001); Pujol de Zizzias y Linares de Urrutigoity (2002); Spota (1988); Taiana de Brandi y Brandi (2002); y la Sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1985), nos permite afirmar que el derecho de superficie nace como una necesidad de paliar una situación imposible de resolver sin su establecimiento.

Diversos conceptos analizamos a fin de arribar al propio. Así, consultamos a Roca Sastre (1961); Ripert y Boulanger (1956); Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989); Mariani de Vidal y Abella (2015); Kiper (2016); Iturbide (2016); Taiana de Brandi y Brandi (2011); De la Riva (2016); Balán (2015); Alterini, J. H. (1981); Molina Quiroga (2015); entre otros.

De este modo, afirmamos que la nota al art. 2503 del Código Civil velezano guarda cierta simetría con las enumeradas y con la que rige en el sistema del Código Civil y Comercial de la Nación.

Recordamos que bajo el imperio del código velezano, el derecho real de superficie, era un derecho real prohibido. Así, plexo normativo civil lo estatúa en el art. 2614.

Junto con el derecho real de superficie, proscribió, en aquella norma a los siguientes derechos reales: censos y rentas constituidos por un período superior al de cinco años, enfiteusis y vinculaciones (mayorazgos y capellanías).

De Reina Tartiére (2004), Castán Tobeñas (1951), Allende (1964), la Ley de Enfiteusis de 1826, Halperín Donghi (2005), Clavero (1974), Levaggi (1992) y la sentencia dictada por la Sala G de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 31 de Julio de 1984, en los autos: “Cincotta de Rebagliati, Angélica y otros c. Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires”, entre otros, nos han permitido interiorizarnos en el ámbito de aplicación de los derechos reales instituidos como prohibidos y en las razones que Vélez Sarsfield consideró válidas para establecerlos como derechos reales con acogida desfavorable por entonces en la legislación imperante, hoy derogada.

El sistema de creación de derechos reales que rige es el de estructura legal o número cerrado *-numerus clausus-*, que importa que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley y que las partes no pueden conculcar normado ni crear nuevos. A esos fines, consultamos las obras de: Cossari y Cossari (2015); Puig Brutau (1994); Gardella y Diez-Picazo (2008); Gatti (1975); Alterini (1981); Mariani de Vidal (1989); de Castro y Bravo (1985); Wolff (1971); Salvat (1961); Lafaille y Alterini (2010); Humphreys (2015 y 2016); Kiper (2016); entre otros; un fallo de la CCiv. y Com. de Santa Fe de 1973 y las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil junto con las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

.Analizamos los diferentes Proyectos de modificación del Código Civil, centrándonos en el derecho real de superficie; con más sus respectivos antecedentes de codificación.

En ese orden de idea descubrimos que las principales fuentes que Vélez Sarsfield tomó en consideración a la hora de elaborar el Código Civil, en el año 1869 fueron: el derecho romano, en especial Savigny; el derecho canónico: la legislación colonial española; el Código Civil de Francia y sus comentaristas; el Código Civil de Chile (obra de Bello) - fuente de 170 artículos: y, el *Esboço de um Código Civil para o Brasil* de Teixeira de Freitas. Así también que en menor medida referencia a: el Código Civil del Estado de Louisiana, de 1824; el Código Civil de los Estados sardos; el Código Civil de Italia, de 1865; el Código Civil de Prusia, de 1794; el Código Civil sajón; el Código Civil bávaro; el Código Civil de Austria, de 1811; el Código Civil de Rusia (en realidad, era una compilación; y diversos doctrinarios y juristas (Florencio García Goyena, autor de un proyecto de Código Civil para España; Story y Foelix -en derecho internacional privado-; Serrigny -en derecho administrativo-; Kent; Chaveau-Hele; Massé; Cujas; Heineccius; Domat; Pothier; entre otros).

Nos dedicamos a analizar los Proyectos de reforma de Bibiloni, el de 1936 y el de 1954, en los cuales cayó en derrotero nuestra suerte por intentar verificar el tratamiento del derecho real de superficie en sus textos.

La misma fatalidad, según nuestro leal saber y entender, no corren los Proyectos de modificación del Código Civil de los años 1987, 1993 y 1998. En ellos advertimos que se incorpora al derecho de superficie como a un derecho real. El mismo halo mantuvo el Anteproyecto de Código, elaborado en el año 2012; que constituye la actual antesala del texto del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente.

Avanzando en el estudio de la temática de la tesis, nos surgió como obligatorio referenciar las tres Jornadas Nacionales de Derecho Civil donde se ha abordado la temática en cuestión.

Tanto las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, como las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil han bregado por la incorporación al sistema legislativo vigente, del derecho real de superficie en su más amplia concepción. La superficie edilicia y la superficie forestal; ambas como dos

aristas de la misma cara, fueron proclamadas con verdadero vigor, como derecho real a incorporarse en la legislación civil.

Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que hemos consultado, han dedicado una de sus Comisiones al estudio de su exégesis. En miras a ello, consideramos imperioso su tratamiento y abordaje. Las cinco ponencias presentadas, refieren al derecho romano como punto de partida del derecho real de superficie vigente.

Consideramos pertinente dedicar un capítulo al derecho real de superficie forestal, creado por la Ley N° 25.509, en el año 2001.

Cual nos cuenta Alterini (2011), la ley se ha alejado de la orientación del derecho comparado, al admitir sólo la superficie forestal.

Mediante ese derecho, se permite satisfacer tanto las necesidades del propietario del suelo como las de un forestador, cuando ambos no cuentan con la suficiente solvencia económica para forestar en suelo propio o ser titular dominial. De este modo, como sostiene Cossari (2012), se crea un marco de seguridad jurídica.

A su vez, imprime un impacto positivo en la economía, al referir del Goldenberg (2003).

Belluscio y Zannoni (1998) sostienen que la temporalidad es un requisito necesario e inmodificable.

Bueres y Highton (2012), Mariani de Vidal (2001) y Gómez de la Lastra (2012) nos proporcionan un concepto del derecho real de superficie forestal, que guarda relación con lo dispuesto por los arts. 1° y 2° de la Ley N° 25.509.

A esos efectos, consultamos las recomendaciones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en donde se ha votado mayoritariamente que la naturaleza jurídica del derecho real de superficie forestal es mixta.

Los fundamentos de sanción de la mentada ley imprimen el verdadero sentido de la creación del derecho real, ceñida su actividad a la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados (Ley N° 24.080, modificada por la Ley N° 25.080).

A los fines de analizar las repercusiones de la sanción de la Ley de Superficie Forestal, debemos estudiar la extensión del derecho real de dominio estatuida en el art. 2518 del Código Civil derogado, explicitado por un fallo de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (1980), en relación a

las líneas verticales y no perpendiculares que delimitan su extensión. Ésta debe interpretarse de acuerdo a los principios constitucionales y de los Tratados Internacionales que gozan de rango constitucional, cual se recomendó en las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, en el 2013.

Con la sanción de la Ley N° 25.509 se permite que coexistan dos propiedades independientes sobre un mismo terreno y en forma temporal: la propiedad del terreno y la propiedad superficiaria. El debate parlamentario, que cuestionó el plazo de duración (5/15 años), selló su suerte con la sanción, que lo impuso en 50 años.

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil han bregado, por la recepción de la superficie pura (edilicia y forestal); y también: Alterini (2011), Díaz Reyna (1993), Flah y Smayevsky (1988), Humphreys (2014 y 2016) y Kiper (2007 y 2016), entre otros.

Para estudiar los caracteres del derecho real acudimos a Gómez de la Lastra (2012), Messineo (1954), Andorno (2002), Mariani de Vidal (2002), Linares de Urrutigoit y Pujol de Zizzias (2002), Alterini (2011), Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989).

Adentrándonos en su objeto, la forestación y la silvicultura, tomamos en cuenta la Ley N° 25.080, el Decreto 133/99, la Ley N° 13.273 (Ley de Bosques), el Proyecto de Berlín (1995), el Protocolo de Kyoto (1997) (elaborado en el seno de la Tercera Conferencia de las partes de la Conferencia Marco de las Nacionales Unidas sobre cambio climático), a Conferencia de Partes de Buenos Aires (1999) y la Ley N° 19.995.

Consideramos ilustrativo representar en gráficos las áreas de bosques nativos; los porcentajes de territorio explotado y disponible; y, las diferentes superficies existentes de bosques nativos, superficies implantadas, superficies cosechadas y la producción desde el año 1969 hasta el año 2011.

Analizamos el ámbito de aplicación de la ley; y, en especial, respecto de la registración consultamos a López de Zavalía (1983), Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989), Mariani de Vidal (2002) y Goldenberg (2004).

Al son de lo expuesto, hacemos nuestras las palabras de De Los Mozos (1991), Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989) y Gurfinkel de

Wendy (2001) a fin de reiterar las bondades y ventajas de la ley otrora sancionada, empece su limitación en cuanto al objeto.

Cuando finalizamos con el estudio de la legislación derogada, decidimos hacerlo propio con el Código Civil y Comercial de la Nación, haciendo especial hincapié en el derecho real de superficie edilicia.

Roca Sastre (1961) y Álvarez Caperochipi (1987) nos inscriben como punto de partida el derecho romano; y así descubrimos que guarda íntima relación con el derecho de propiedad.

Junto con Barbieri, Benincasa y Espinosa (2003) hacemos referencia a la esencia económica del instituto.

Nos instruimos con Mariani de Vidal (2002) respecto a las razones de su proscripción hasta la sanción de la Ley N° 25.509.

Los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación nos han interiorizado respecto de las razones que motivaron la inserción de la superficie en su modalidad amplia.

Lo propio hicimos con la legislación que rige en Alemania, donde se admite la superficie edilicia; Austria, hace lo propio; Bolivia, con la edilicia y la forestal; Canadá (en el Código de Quebec), que admite la superficie pura; Cuba, que refiere a la edilicia; España, a ambas; Francia, donde se alude indirectamente a la superficie pura; Italia, que regula la edilicia y proscribire la forestal; Perú, legisla la edilicia; entre otros. A fin de reforzar su estudio consultamos a Abreut de Begher (2015) y a Kiper (2015 y 2016).

Nos informamos con Allende (1985 y 1988); Alterini (2012); Andorno (2000); Belloti (2000); Calegari de Grosso (2002); Capón Filas (1985); Cornejo (1989); Cura Grassi (1998); Flah y Smayevsky (1988); Gatti (1984); Goldenberg (2002); Goldenberg y Gómez de La Lastra (1998); Gutiérrez Zaldívar (2000); Highton (1988); Humphreys (2014 y 2016); Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa (2003); Iturbide (2016); Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989); Kiper (1988, 2014 y 2016); Puerta de Chacón (2001); Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1997); Smayevsky, Corna, Vázquez y Alterini (2011); Braidot (2015); Pujol de Zizzias y Linares de Urrutigoity (2002); Spota (1988); Díaz Reyna (1993); Diez-Picazo y Gullón (1998); Taiana de Brandi y Brandi Taiana (2002); entre otros, en lo que refiere al concepto del derecho real de superficie,

modalidades, caracteres, legitimados, plazo, extinción del derecho real y sus efectos.

Y, a las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario (2003), para descubrir su naturaleza mixta.

Estudiamos en base a un cuadro la relación de la producción sostenible en base a la superficie apta para forestar en nuestro país, para desentrañar una de sus modalidades; y a otro, para clarificarnos en uso de la tierra por regiones en hectáreas.

Al aprender sobre el vuelo, la rasante y el subsuelo, elementos sobre o en los cuales puede constituirse el derecho real de superficie, tomamos anotación de los conocimientos de Mariani de Vidal y Abella (2016) y de lo expresado en el Código de Quebec y en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

Para introducirnos en el emplazamiento leímos a Slemenson (2002); y en la extensión del terreno a gravar, su caracterización como dominio imperfecto, los derechos y facultades del superficiario y del titular del suelo y los modos de adquirir el derecho, a Kiper (2015 y 2016) y Humphreys (2014 y 2016). Respecto de la última temática consultamos la Ley N° 17.801 y la Disposición Técnico Registral N° 3/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En lo atiente a la constitución de un derecho real de garantía sobre la propiedad superficiaria y ante la diversidad de criterios existentes, sostenemos que son viables todos aquellos que refieran a inmuebles. Los datos necesarios los obtuvimos de: Cossari y Luverá (2002); De la Reina Tartièrre (2003); Kiper (2016) y Humphreys (2014 y 2016).

Nos ocupamos luego de desentrañar la propiedad horizontal, primer lugar; para luego hacer lo propio con el derecho de sobreelevación y la superficie edilicia.

Para comprender los alcances del derecho real de propiedad horizontal, debemos acudir a la regulación velezana. En ella se encontraba proscripto en el art. 2617, por considerar el codificador que, también, constituía una fuente fecunda de conflictos.

Highton (1979) discurre que la proscripción obedece a las amplias extensiones de territorio existentes, por entonces; junto con la escasa cantidad

de habitantes. A lo cual Laquis y Siperman (1966), suman la concepción liberal de Vélez Sarsfield y la poca conciencia comunitaria de la población.

Goldenberg y Humphreys (2004) refieren que ha sido considerada por el codificador como una restricción y límite al dominio.

López Domínguez (1946) resalta que la proscripción velezana fue un ejemplo en su tiempo.

Referimos, luego a diversos proyectos legislativos que existieron antes de la sanción de la Ley N° 13.512, Ley de Propiedad Horizontal. Consultada la obra de Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1997), podemos referenciar que ellos fueron: el Código Civil y Comercial de la Nación presentado por el Senador Alejandro Russo, en el año 1928; el anteproyecto de Bibiloni, del año 1931; el anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1936; el anteproyecto de 1954; el Código Civil y Comercial de la Nación del Diputado Leónidas Anastasi, de 1938; el Código Civil y Comercial de la Nación del Diputado Sanmartino de 1946; y, el Código Civil y Comercial de la Nación del Senador Alberto Teisaire fue el que, aprobado a libro cerrado, se convirtió en la Ley N° 13.512.

En el año 1948 se ha sancionado la Ley N° 13.512 que instituyó a la propiedad horizontal como a un derecho real.

Humphreys (2015) y Raisberg e Iturbide (2012) dan cuenta de realidad socio - cultural y económica que imprime la regulación horizontal de la propiedad.

El Código Civil y Comercial de la Nación, define al derecho real de propiedad horizontal en el art. 2037. Esta normativa será de aplicación subsidiaria a los conjuntos inmobiliarios, concebidos como derechos reales; atento a que deben someter su estructura legal a la de la propiedad horizontal.

Kemelmajer de Carlucci (1999) ha sostenido que estos emprendimientos importan una nueva realidad social, económica y cultura, que va creciendo día a día en su estructura. Bilbao Aranda (2016) nos ilustra sobre sus características, que guardan relación con lo estatuido por el art. 2074 del Código Civil y Comercial de la Nación.

A los fines de establecer el objeto de la propiedad horizontal, Alterini (2012), Kiper (2015), Mariani de Vidal (1974), Goldenberg y Humphreys (2004) y Gurfinkel de Wendy (2013), nos reseñan al inmueble edificado y sus

peculiaridades; junto con un fallo dictado por la Sala C de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

El establecimiento del Consorcio de Propietarios como persona jurídica, en los arts. 148, inc. h) y 2044 del Código Civil y Comercial de la Nación, sella la suerte de quienes no lo consideraban así. A esos fines consultamos a: Laquis (1989, 1958 y 1985); Salas (1995); Salas, Trigo Represas y López Mesa (1999); Zannoni (1977); Borda (1974); Laje (1949); Highton (1979); Goldenberg y Humphreys (2004); Humphreys (2015); Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1997); Kiper (2016); Silvestre de Aimó y Quintana (1985); Spota (1961); Vítolo (2016); Costantino (2013); entre otros y un fallo dictado por la Sala H de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en el año 1998.

Los subconsorcios, ente novedoso creado por la nueva legislación, que se adaptan a una realidad circunstanciada; junto con la temática de las expensas y el certificado de deuda por expensas, son temas que para su estudio acudimos a Kiper (2016).

En relación a las asambleas, hicimos lo propio con Highton (1979); Raccitti (1975); Mariani de Vidal (1974) y Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1997), quienes resaltaron las bondades del funcionamiento de este órgano de la propiedad horizontal y realizaron comentarios referidos a los distintos tipos.

Laquis, Flah y Smayevsky (2000) nos aleccionan sobre el reglamento de propiedad horizontal, en el sentido de considerarlo como a un dispositivo orgánico.

El segundo órgano de la propiedad horizontal, que destacamos, es el administrador. Figura que importa el desempeño de su actividad conforme las normas estatutarias, legales y convencionales. Su incumplimiento trae aparejada su responsabilidad en los límites y la extensión del art. 1749 del Código Civil y Comercial de la Nación, conforme nos cuenta Cossari (2016).

El tercer órgano de la propiedad horizontal es el Consejo de Propietarios, cuya recepción legislativa fue aceptada con beneplácito, atento a que contempló los clamores doctrinarios de Gabás (1992) y Cossari y Luna (2004); entre otros.

Su existencia facultativa y obligatoria a la vez, según la nueva legislación, importa el ejercicio de funciones estatuidas legalmente, que no

reemplazan a la figura del administrador; excepto en los casos que ella misma especifica.

Las obra nuevas, las innovaciones y las simples mejoras de la Ley N° 13.512, fueron receptadas en el Código Civil y Comercial de la Nación en dos artículos (2051 y 2052), bajo otra denominación y con redacción, tal vez, no tan simplista a la hora de aplicarla a la realidad fáctica de la vida consorcial.

La sobreelevación, sobreedificación o sobreconstrucción es un derecho personal que no ha tenido especial y particular regulación en el nuevo Código; como así tampoco, en la derogada. Gabás (2013) refiere a ello. Esas obras se realizan sobre el vuelo del inmueble edificado o en superficies descubiertas, como nos ilustran Tranchini (2005) y Moreira (2012). La concesión de ese derecho cobra una singular importancia en el tráfico inmobiliario, según las palabras de Cossari (2016) y Posteraro Sánchez (2006).

Las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil ha propiciado los pactos de sobreelevación; empece ello, su suerte fue adversa en el campo de los derechos reales.

Las causales de extinción de la propiedad horizontal fueron estudiadas bajo las directrices de Kiper (2016), Goldenberg y Humphreys (2004); y, el régimen de infracciones, además, bajo el tamiz de la jurisprudencia; en especial, de la sentencia dictada por la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, del año 1971 y de las palabras de Alterini (1981).

A fin de dar cierre a nuestra tesis hemos abordado la temática de la causa fuente de la superficie edilicia, que es el contrato. Sus normas son contestes con el bloque constitucional; nacido como tal bajo la óptica de la constitucionalización del derecho privado. En relación a ello, consultamos a Martínez (2015), Mosset Iturraspe (2004) y a un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (2012).

Nuestro objetivo de analizar a los contratos y su regulación se vio cumplido al consultar las obras de Lorenzetti (1996); Junyent Bas y Garzino (2015); López de Zavalía (2016); Stiglitz (2012); entre otros.

Para adentrarnos en el principio de la autonomía de la voluntad, como sistema rector de creación de los derechos personales y sus implicancias en materia contractual, acudimos a Minyersky (2014), Orgaz (2009), Nino (1989), Kemelmajer de Carlucci (2015), Hofft (1999), Kitainik (2015), Rosseau (1750),

Alberdi (1993), López de Zavalía (2016), Bidart Campos (2001), Badeni (2004), Weingarten (2003), Tozzini (2012), entre otros. Allí comprendimos que es diametralmente opuesto el sistema de los derechos personales al de los derechos reales. En éste, aquélla no campea; sino, el principio de estructura legal o *numerus clausus*. Con las enseñanzas de Diez Picazo (2008), Gatti (1975), Alterini (1981), Kiper (2016), Humphreys (2014, 2015 y 2016) y Gardella (2001), aprendimos ello; como así también que, tal principio cede en sólo algunos artículos (arts. 1995, 2038, 2056, 2120, 2122, 2126, 2132, 2138, 2162, 2165, 2166, 2167, 2216 y 2225).

La causa fuente del derecho real de superficie enviste las características de ser un contrato innominado, bilateral, a título oneroso, conmutativo y formal, conforme la clasificación esbozada por el Código Civil y Comercial de la Nación. A los fines de consultar algunas de esos caracteres, leímos a Freytes (2013).

Las posibles formas de concertación del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal las hemos desarrollado en el punto 7 del Capítulo 11.

Concluimos, luego, de brindar un pormenorizado análisis de las situaciones jurídico-fácticas existentes en la actualidad, que con grandes expectativas y ansias celebramos este tipo de contratos, a los fines de viabilizar la circulación de los bienes; esencia básica en la cual se ciñen los derechos reales.

Capítulo 2: El derecho de propiedad

1. Consideraciones preliminares.
2. Evolución histórica.
 - 2.1. Los orígenes de la propiedad.
 - 2.2. La propiedad en la Edad Media.
 - 2.3. La Revolución Francesa. El liberalismo.
 - 2.4. La propiedad socialista y el neoliberalismo.
 - 2.5. La propiedad como un derecho natural.
 - 2.6. La propiedad en el Código Civil.
3. La protección constitucional de la propiedad.
4. Diferencias entre el derecho de propiedad y el derecho real de dominio.
 - 4.1. El derecho de propiedad: Sus alcances e implicancias.
 - 4.2. El derecho real de dominio: Sus alcances e implicancias.
 - 4.3. Colorario.
5. El derecho real de dominio argentino y fuente en la legislación extranjera.
 - 5.1. El derecho real de dominio en la legislación de Argentina.
 - 7.1.1. El concepto.
 - 7.1.2. Los caracteres.
 - 5.1.2.1. La exclusividad.
 - 5.1.2.2. La perpetuidad.
 - 5.1.2.3. La absolutez.
 - 5.1.2.4. La abstracción.
 - 5.1.2.5. La elasticidad.
 - 5.1.2.6. La indeterminación.
 - 7.1.3. La clasificación del dominio.
 - 5.1.3.1. La extensión del dominio.
 - 5.1.3.1.1. El principio y las presunciones
 - 5.1.3.1.2. La prolongación del dominio.
 - 5.1.3.1.3. Los accesorios de la cosa.
 - 5.1.3.1.4. Los frutos y los productos de la cosa.
 - 7.1.4. Los modos de adquisición del dominio.

- 7.1.5. El derecho real de dominio en la legislación de Quebec, Canadá.
 - 7.1.6. El derecho real de dominio en la legislación del Perú.
 - 7.1.7. El derecho real de dominio en la legislación de España.
 - 7.1.8. El derecho real de dominio en la legislación de Uruguay.
 - 7.1.9. El derecho real de dominio en la legislación de Francia.
 - 7.1.10. El derecho real de dominio en la legislación del Brasil.
 - 7.1.11. Conclusiones.
- 8.** Vinculación del derecho de propiedad y del derecho real de dominio con el derecho real de superficie.
 - 9.** Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

La propiedad es un instituto del derecho natural y es inherente a toda persona. Como tal, y en su amplia extensión, es un derecho que goza de protección constitucional. La legislación de fondo es la encargada de delimitar su alcance y contenido, en relación a la implementación de su reglamentación.

El eje rector del presente capítulo lo constituye el desentrañar la relación existente entre el derecho de propiedad, el derecho real de dominio y el derecho real de superficie. Ello, sin realizar mayores miramientos a éste último, en atención a que su temática la desarrollaremos en los capítulos venideros.

A esos fines, realizaremos una aproximación a lo planteado, junto con un tratamiento destacado de los derechos de propiedad y de dominio.

2. Evolución histórica

2.1. Los orígenes de la propiedad

En su génesis, la propiedad fue colectiva. Era considerada de titularidad de la tribu; y no, de un individuo en particular.

El cultivo de la tierra era efectuado por todos sus integrantes. Con el devenir de los años, porciones de ella fueron atribuidas, en forma temporal, a distintas familias, a fin de que las trabajasen; y así, satisfacer sus necesidades, del producido.

Esta forma de propiedad colectiva comenzó a coexistir con la propiedad privada que ostentaba cada uno de los integrantes de las tribus con sus elementos de trabajo, vestimenta, etc. (Humphreys, 2014).

La mayoría de los autores referencia que, la evolución de la propiedad principia con la comunitaria o de grupo, para luego hacerse familiar; y, después, convertirse en individual (Musto, 2000).

La evolución no fue uniforme en todos los pueblos. Empece ello, se vislumbran ciertas constantes. Ciertamente es que, en el derecho romano la

propiedad tiene apariencia de individualista. El poder se concentraba en el *pater familiae*, Éste era el representante y la cabeza de su linaje (Hedemann, 1995).

Con la Ley de las XII Tablas, la propiedad se ha transformado en individual, atento a su adjudicación a distintas familias.

En el derecho romano, la propiedad se centraba en cabeza del padre de familia. Él ostentaba amplios poderes de sus posesiones, que incluían personas y cosas y su destino.

En los primeros tiempos, la única propiedad que se conocía era la quiritaria; es decir, la de los ciudadanos romanos. Por entonces, para ser dueño se requería: a) ser ciudadano romano, b) tratarse de *res Mancipi* y c) adquirirse el dominio por *manipatio* o por *in iure cessio*.

En el derecho romano sólo podía ser titular de dominio quiritario quien fuese propietario romano o un latino que gozara del *ius commercium*; la cosa debía pertenecer al suelo romano y fuera *mancipi* –cosas que debían ser adquiridas a través de la *manipatio*, que era un procedimiento solemne. Ello, en contraposición con las *nec Mancipi*, que se transmitían por la simple tradición. Además debía ser adquirida conforme al derecho civil (*manipatio* o *iure in cessio*).

La *manipatio* es un modo de adquisición del dominio por medio de cual se realiza una venta formal y simbólica delante del *libripens*, que es quien sostiene la balanza de bronce. Participan del acto cinco ciudadanos romanos y púberes, que actúan en calidad de testigos. El *libripens* debía manifestar: Yo afirmo que esto me pertenece conforme al derecho de los *quirites* y que lo adquiero con este cobre y esta balanza (Louzan de Solimano, 1993).

La *in iure cessio* es otro modo de adquirir la propiedad, manifestándose a través del traspaso de la propiedad verificada ante el magistrado y hecha en forma de proceso. El adquirente demandaba ante el juez el dominio de la cosa como si ya fuera suya. El propietario guardaba silencio y el magistrado adjudicaba el dominio al comprador (Louzan de Solimano, 1993).

La nueva concepción de familia que trascendió a ella, determinó que la propiedad fuera individualista, centrándose en cabeza de los distintos grupos familiares.

2.2. La propiedad en la Edad Media

Al firmarse el Tratado de Verdún, en el año 843, se ha concebido a la titularidad de la propiedad en relación al sistema feudal imperante. Ese hito histórico importa el nacimiento de la Edad Media. Entonces, los nietos del Emperador Carlomagno, se dividieron el Imperio. La propiedad en cabeza de los señores feudales era compartida con los reyes.

Técnicamente, esa concepción ha importado una bifurcación del dominio. Ello implicó que el dominio directo era del señor feudal; en tanto que, el útil, del vasallo. Sólo excepcionalmente existían tierras alodiales o libres, con alcance semejante al del derecho romano.

Fácticamente, podía vislumbrarse que el señor feudal, que vivía en su castillo, poseía un feudo, que se encontraba dividido en:

- a. Tierras señoriales
- b. Tierras censuales.
- c. Tierras comunales.

Las tierras señoriales eran las tierras explotadas por el señor feudal, que trabajaban sus siervos durante tres días a la semana. Como contraprestación, recibían la protección del señor feudal y la posibilidad de vivir en caseríos, allí ubicados.

Las tierras censuales eran las tierras que el señor feudal le prestaba a los campesinos para que explotasen. Como contraprestación, debían pagar un tributo.

Las tierras comunales eran los bosques y terrenos, que eran explotados conjuntamente por el señor feudal y los aldeanos (Kiper, 2016).

Con el devenir de la burguesía y el aumento del poder de la monarquía, se comenzó a concebir un derecho de propiedad semejante al romano.

2.3. La Revolución Francesa. El liberalismo

La Revolución Francesa, que tuvo lugar en el año 1789, marcó el final de feudalismo. Uno de sus efectos fue la renuncia de los señores feudales a su dominio útil. Ello implicó que aquella bifurcación se tornara abstracta y se

concebiera al dominio como a un derecho individual, exclusivo y absoluto (art. 17 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano).

La propiedad fue concebida como un derecho inviolable y sagrado (Badeni, 2002; Borda, 1994 y Novillo Corvalán, 1979).

Esa concepción de la propiedad como un derecho absoluto, exclusivo y perpetuo, fue adoptada por la mayoría de las legislaciones dictadas desde entonces. El ejercicio de ese derecho siempre habrá de contener ciertas limitaciones, en miras al interés de la comunidad.

El sistema económico por entonces imperante, liberalismo, basó su estructura en un Estado gendarme y en el principio de *laissez faire, laissez passer*, importando grandes abusos por parte de los ricos. Ello en pos del proletariado, cuyo principal capital era su trabajo (Mariani de Vidal, 1989).

El art. 544 del Código de Napoleón sintetiza la nueva concepción de la propiedad bajo el siguiente texto: La propiedad es un derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta, con tal que no se haga de él un uso prohibido por las leyes o los reglamentos.

2.4. La propiedad socialista y el neoliberalismo

Los socialistas y los marxistas pregonan la supresión de la propiedad privada. Este pregón tiene dos vertientes. Un grupo, nacido bajo los mandatos de la Revolución Rusa de 1917, consideraba que la propiedad debía ser colectiva; en tanto que otro, que debía ser privada pero restringida en base al interés social.

Los socialistas consideran que la propiedad no es privada, pertenece al Estado.

Los países erigidos sobre la doctrina comunista han concebido a la propiedad como un derecho inherente al Estado. Es decir, que ese derecho era de propiedad del Estado (art. 21 de las Bases de la Legislación Civil de la U.R.S.S.); quedando relegada a los particulares, la titularidad de bienes destinados a la satisfacción de sus “necesidades materiales y culturales” (art. 25 de las Bases de la Legislación Civil de la U.R.S.S.) (Moisset de Espanes, 1994).

Los embates socialistas (propiedad concebida como pública) hicieron vibrar a esos tópicos, dando lugar al nacimiento del neoliberalismo. Este movimiento fue cimentado en similares bases y penetró en esfera particular. De este modo, fueron mayores las restricciones que ostentaba el propietario.

El neoliberalismo, sin abandonar los principios de su antecesor, abrió camino a una intervención estatal en los ámbitos privados. La propiedad privada sufrió mayores restricciones en miras al interés social. Tanto el interés particular como el social debían verse satisfechos. Ello se produce cuando el tenedor de la riqueza la emplea para la satisfacción de las necesidades colectivas. El principal precursor de este pensamiento fue León Duguit.

2.5. La propiedad como un derecho natural

Desde otro punto de vista, coetáneo, la propiedad fue considerada como un derecho natural; es decir, como inherente a la persona, porque se funda “sobre la prioridad ontológica” y es de “finalidad de los seres humanos particulares, respecto a la sociedad” (párr. 21, Encíclica *Mater et Magistra*, Papa Juan XXIII, 1961. En el mismo sentido: Encíclica *Rerum Novarum*, Papa León XIII, 1891; Encíclica *Quadragesimo Anno*, Papa Pío XI, 1931 y Encíclica *Populorum Progressio*, Papa Paulo VI, 1967).

La Iglesia Católica basó su concepción sobre la base de considerar a la propiedad privada como un derecho natural (Fleitas Ortiz de Rosas, 1975). Ese derecho no se opone al disfrute común de los bienes.

En sí, tiene un doble objetivo: la satisfacción de las necesidades personales de su titular y las sociales, con la consecuente distribución del excedente o sobrante. Esa postura fue defendida por Santo Tomás de Aquino, que se basó en la Encíclica *Rerum Novarum* del Papa León XIII, elaborada en el año 1891; que fue conteste con la *Quadragesimo Anno* del Papa Pío XI, en el año 1931 y la Encíclica *Populorum Progressio* del Papa Paulo VI, en el año 1967.

Esa última es una de las Encíclicas que, en forma más tangente, expresa la concepción eclesiástica. Parte de la idea de que Dios ha determinado que la tierra y todo lo que en ella se encuentra tiene la finalidad de

ser usada por los hombres y los pueblos, sin distinción. Los bienes que se han creado y los que se creen, tienen por destino su distribución justa a todos. La vara que habrá de medirla es la justicia junto con la caridad. La caridad será justipreciada según la necesidad de los pueblos, cual pregonan los Padres de la Iglesia. Haciendo suyas las palabras de Ambrosio, el Papa Paulo VI exagera que los bienes que uno entrega a los pobres sale del patrimonio del cedente, para ingresar al de aquél que lo recibe. Ello, atento a que la tierra fue dada para todos y no únicamente para los ricos.

A eso agrega que, si bien la propiedad privada es un derecho de todos, no lo es con los caracteres de incondicionalidad y absolutez para alguno en particular. Aquí el trazo habrá de realizarse en la necesidad de quien posee bienes. Si el uso exclusivo que uno hace de ellos supera la necesidad del titular y otros padecen necesidades, no media razón alguna para reservárselos. La utilidad común es el límite del ejercicio del derecho. Quienes deben procurar dirimir el conflicto entre derechos adquiridos y necesidades de la comunidad son aquéllos que ostentan el poder público.

2.6. La propiedad en el Código Civil

En la República Argentina, la propiedad ha nacido como un derecho individual, siguiendo la concepción romanista (Kiper y Otero, 2010).

El Código Civil derogado optó por una posición individualista de la propiedad. En ella, el poder sobre la cosa era absoluto. Su propietario podía degradarla o destruirla, sin ningún tipo de miramiento.

Ese plexo normativo había establecido el concepto del derecho real de dominio en el art. 2506. De su texto se leía que: “El dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona”.

La definición dada por Vélez Sarsfield había sido objeto de numerosas críticas; entre ellas (Highton, 1983; Humphreys, 2014; Novillo Corvalán, 1979; Mariani de Vidal, 1989; Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1995 y Smayevsky y Humphreys, 2005):

- 1) Era inexacta atento a que todo derecho real sometía la cosa a la voluntad y acción de una persona.
- 2) Era incompleta porque omitió incluir los caracteres de absoluto y exclusivo.
- 3) Era redundante al manifestar que la cosa se sometía a la voluntad y acción de una persona porque la voluntad importa la acción y también la omisión.
- 4) Era omisiva porque habría que agregársele al concepto la frase “de una manera absoluta, exclusiva y perpetua”.
- 5) No era muy feliz, atento a que todos los derechos reales sobre la sustancia implicaban la sujeción de una cosa a la voluntad y acción de una persona.

La reforma del año 1968, con la Ley N° 17.711, suavizó la absolutez del poderío e intentó equilibrarlo, poniéndole coto con la evitación del abuso del derecho.

El Código Civil y Comercial de la Nación continúa con esa senda y progresa en los límites a la absolutez, planteada por Vélez Sarsfield. De este modo, mantiene la teoría del abuso del derecho, refiere a Tratados de Derechos Humanos, legisla sobre los derechos de incidencia colectiva, reconoce la propiedad comunitaria indígena, otorga protección a la vivienda, brinda protección a la sustentabilidad de los ecosistemas, entre tantos otros tópicos.

3. La protección constitucional de la propiedad

La Constitución Nacional protege el derecho de propiedad en diversas normas; y en su Preámbulo, alude a ella.

En el Preámbulo refiere a la promoción del “bienestar general”, como manda estandarizada a todo ciudadano; en cuanto a derecho ostensible.

En su texto, la tratan y aluden a ella los siguientes artículos: 14 (derecho de usar y disponer libremente de la propiedad), 14 *bis* (defensa del bien de familia), 17 (inviolabilidad de la propiedad), 18 (prosperidad del país), 28 (proscripción de alterar los principios constitucionales), 32 (dictado de leyes y

reglamentos), 75, inc. 12 (reglamentación de los derechos), art. 75, inc. 17 (propiedad comunitaria indígena) y 75, inc. 22 (jerarquía constitucional de Tratados Internacionales).

Entonces, el derecho de propiedad goza de jerarquía constitucional.

El artículo 14 de la Constitución Nacional reconoce las libertades de trabajar, de ejercer toda industria lícita, de comerciar y de usar y disponer de la propiedad, al manifestar que: “Todos los habitantes de la Nación gozan de los siguientes derechos conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; a saber: ... de usar y disponer de su propiedad”.

El artículo 17 sostiene que la propiedad es inviolable y que sólo puede privarse mediante una sentencia fundada en ley o una expropiación por razones de utilidad pública declarada por ley; así determina: “La propiedad es inviolable, y ningún habitante de la Nación puede ser privado de ella, sino en virtud de sentencia fundada en ley”.

Se ha afirmado que ese precepto constitucional protege, con igual fuerza y eficacia, tanto los derechos personales como los constituidos por el derecho real de dominio y sus desmembraciones (CS, 1922).

La Convención Americana sobre Derechos Humanos, en el artículo 21 registra el derecho a la propiedad privada, señalando que toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes (inc. 1) y que no puede ser privada de sus bienes, salvo en caso de expropiación (inc. 2).

Más genéricamente, la Declaración Universal de Derechos Humanos establece, en su artículo 17, que toda persona tiene derecho a la propiedad, individual y colectivamente (inc. 1) y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad (inc. 2).

La Suprema Corte de Buenos Aires ha considerado que el derecho de propiedad constituye uno de los pilares básicos de toda organización social. Como tal, ante las exigencias de legalidad y razonabilidad, debe encontrarse sujeta a determinadas limitaciones. Así por cuanto, los derechos que gozan de protección constitucional no son absolutos.

También que, limitaciones y reglamentaciones ponen coto a la no debida correspondencia entre iguales derechos de otros sujetos. La función social es uno de los parámetros que imprime el beneficio general y el Estado, a través

del ejercicio del poder de policía es el encargado de guardar la debida correspondencia de los derechos (SC Buenos Aires, 1979).

Nuestra Corte Suprema de Justicia de la Nación, en tres de sus sentencias más importantes, fue quien definió el sentido de esa expresión.

En el fallo “Horta, José v. Harguindeguy, Ernesto” (CS, 1922), dijo que:

Sea poco o mucho aquello que se quita al propietario por acción de la ley, ya no es posible conciliar a ésta con el art. 17 de la Constitución, que ampara la propiedad contra los actos de los particulares y contra la acción de los poderes públicos; que protege todo aquello que forma el patrimonio del habitante de la Nación, trátase de derechos reales o de derechos personales, de bienes materiales o inmateriales, que todo eso es propiedad, a los efectos de la garantía constitucional (11 párr.).

En el caso, un locatario entabla demanda por consignación de alquileres, invocando la ley de emergencia 11.157, la que reduce compulsivamente el precio del alquiler pactado en el contrato de locación. El locador contesta demanda e impugna la consignación, al considerar que existe contrato de locación con vencimiento en 1923, al que deben, las partes, someterse “como a la ley misma”

(art. 157, Código Civil). Asimismo, plantea la inconstitucionalidad de la ley 11.157.

La Corte revocó la sentencia recurrida, pues al aplicarse la ley impugnada en un caso en el cual existía contrato de locación anterior a la promulgación de la ley, y de término obligatorio, alteró -con perjuicio del recurrente-, los derechos que ese contrato le confería, privando al locador de su propiedad.

Otro de los fallos mencionados es: “Mango, Leonardo v. Traba, Ernesto” (CS, 1925), en el cual nuestra Corte Suprema determinó que:

Por consiguiente, se ha aplicado una ley a una nueva situación definitivamente establecida, dando ello por resultado la anulación por la sola virtualidad de dicha ley de una sentencia firme que imponía al locatario la obligación de restituir el inmueble arrendado y que, correlativamente, reconocía el derecho del recurrente a recuperar la posesión material del bien (2º párr. Considerando: En cuanto al

fondo del asunto) ... Que esos mismos principios constituyen en el caso una valla infranqueable a la aplicación de la ley impugnada, pues si en la causa precedentemente citada (“Horta c/Harquindeguy”) el derecho del locador emanaba de un contrato, en la especie sub lite tiene su fundamento en la sentencia ejecutoriada. En uno u otro caso hay un derecho adquirido, con la diferencia de que en el que nos ocupa esa adquisición es irrevocable como que ha merecido el reconocimiento y la sanción de la justicia (Fallos, t. 317, p. 204) (4º párr., Considerando: En cuanto al fondo del asunto) ... El derecho reconocido al recurrente por la sentencia de desalojo se relaciona con los bienes; es un derecho patrimonial y, por lo tanto, una propiedad en el sentido constitucional. Luego citó a un fallo de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el cual se expresó que “la palabra ‘propiedad’ comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad (5º párr. Considerando: En cuanto al fondo del asunto).

Lo determinado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación constituye una aplicación más de su pensamiento, en cuanto considera que: el derecho reconocido por una sentencia de desalojo se relaciona con los bienes; es un derecho patrimonial y, por lo tanto, una propiedad en el sentido constitucional, por lo cual la decisión que por aplicación retroactiva de la ley a un caso ya juzgado suprime o altera el derecho patrimonial adquirido en virtud de aquel juzgamiento, atribuye a dicha ley una inteligencia incompatible con la inviolabilidad de la propiedad asegurada por el art. 17 de la Constitución.

Este fallo fue dictado en el marco de un juicio de desalojo, se sentenció haciendo lugar a la demanda promovida; decisión que quedó firme. Sin perjuicio de ello, tal pronunciamiento fue dejado sin efecto cuatro meses después, a mérito de lo dispuesto en la Ley N° 11.318 —de carácter ocasional y de emergencia—. Dicha norma prorrogó el término de las locaciones fijado mediante la Ley N° 11.156, que había sido sancionada como precepto de derecho común y de legislación permanente. Aquélla se encontraba destinada a dar una estabilidad razonable a los arrendamientos, que no tuviesen plazo contractual, y a morigerar la opresión económica que pudiera ejercerse contra los inquilinos, en situaciones anormales derivadas de la escasez de vivienda.

Interpuesto el recurso extraordinario, la Corte Suprema de Justicia de la Nación revocó la sentencia apelada.

El tercero de los fallos a los que aludimos es: “Bourdieu, Pedro Emilio v. Municipalidad de la Capital” (CS, 1925), en la cual nuestra Corte consideró que:

las palabras “libertad” y “propiedad” comprensivas de toda la vida social y política, son términos constitucionales y deben ser tomados en el sentido más amplio. El término ‘propiedad’, cuando se emplea en los arts. 14 y 17 de la Constitución o en otras disposiciones de ese estatuto, comprende, como lo ha dicho esta Corte, ‘todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad (3º párr., Considerando: en cuanto al fondo del asunto).

Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce, así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de ‘propiedad’” (Goldenberg y Humphreys, 2004, p. 21).

La libertad de usar y disponer de su propiedad es un complemento de la libertad del trabajo y del derecho de propiedad. ... No basta reconocer la propiedad como derecho inviolable. Ella puede ser respetada en su principio, y desconocida y atacada en lo que tiene de más precioso, en el uso y disponibilidad de sus ventajas (Alberdi, 1993, p. 17).

Todo derecho tiene un valor reconocido por la ley. En ese orden de ideas, surge el principio de los derechos adquiridos. A esos efectos, se ha sostenido que, ellos no pueden alterarse por una ley posterior. El principio de la no retroactividad dejaría de ser considerado como una norma infraconstitucional y se confundiría con la garantía de inviolabilidad de la propiedad (CS, 1994). Los derechos deben ser reglamentados y su reglamentación no puede afectar los derechos adquiridos.

No obstante ello, en algunos supuestos se les ha puesto coto y ello fue convalidado por el máximo tribunal, en ocasión de determinadas situaciones de

emergencia por las cuales habría atravesado nuestro país (CS, 1934, 1944, 1959 y 2004, entre otros).

4. Diferencias entre el derecho de propiedad y el derecho real de dominio

Los actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad integran el derecho de propiedad. Se encuentran amparados por el art. 17 de la Constitución Nacional (Bidart Campos, 2001). Por lo tanto, no corresponde identificar el derecho de propiedad con el derecho real de propiedad, atento a que constituye un reduccionismo inútil (Badeni, 2004; Bidart Campos, 2001; Dalla Vía, 2006; Gelli, 2008; Linares Quintana, 1979).

Los vocablos “propiedad” y “dominio”, parecerían ser sinónimos. Ello, en virtud de que en sendas oportunidades, así ha sido utilizado por nuestro codificador, Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield (Humphreys, 2014). Empero, no lo son.

4.1. El derecho de propiedad: Sus alcances e implicancias

“La ‘propiedad’, que goza de protección constitucional (arts. 14 y 17 C.N.), “comprende todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad’ (CS, 1925).

“Siendo la propiedad la reunión de todos los derechos posibles sobre una cosa, un derecho completo, ninguna causa nueva de adquisición puede agregársele, cuando él existe en su plenitud y perfección (nota al art. 2.509, Cód. Civil)” (CCiv. y Com., Junín, 1984).

La propiedad importa una comprensión de todo lo que se tiene y se puede llegar a tener. La potencialidad de la incorporación de “algo” al patrimonio de una persona, también integra esa noción.

La propiedad no encuentra límites en su contenido; con excepción de las leyes que reglamentan el derecho.

4.2. El derecho real de dominio: Sus alcances e implicancias

El dominio tiene un significado específico, es el derecho real más pleno o extenso que una persona puede poseer sobre una cosa (Smayevsky y Humphreys, 2005).

Si bien en sendas oportunidades han sido utilizados como sinónimos los vocablos de dominio y propiedad, no significan lo mismo.

Bajo el imperio del código velezano acaecía la misma situación. Vélez Sarsfield utilizaba en forma indistinta ambos vocablos. Propiedad y derecho real de dominio eran empleados como sinónimos en los arts. 2351, 2757, 2758, 3.766, entre otros; y también como sinónimo de derecho patrimonial en los arts. 732, 1457, 1459, entre otros.

El Código Civil y Comercial de la Nación, al regular el derecho real de dominio, en numerosas oportunidades a su titular se lo denomina “dueño”, en otras se alude a él como “propietario” (v.gr.: arts. 1.954, 1.958 y 1.982).

4.3. Colorario

De lo expuesto puede argüirse que, se estaría frente a una relación de género – especie; tomando en consideración, el objeto que tutelan. La propiedad es el género. Ella abarca a todos los bienes. El derecho real de dominio es la especie. Éste sólo refiere al objeto de los derechos reales (Humphreys, 2014).

La jurisprudencia ha establecido que, el concepto jurídico de dominio es menos extenso que el concepto jurídico de propiedad; y que, éste comprende a aquél. La propiedad, que goza de protección constitucional, no es sólo el derecho real de dominio; sino toda aquello que ostente calidad o contenido patrimonial e integre el patrimonio de una persona (C1a Civ. y Com., La Plata, 1974).

Si bien esta diferenciación es meramente técnica; lo cierto es que en la cotidianeidad del mundo jurídico propiedad y dominio, junto con su familia de palabras, son empleadas como sinónimos.

5. El derecho real de dominio argentino y fuente en la legislación extranjera

5.1. El derecho real de dominio en la legislación de Argentina

En el Libro Cuarto: “Derechos Reales”, Título III, se encuentra regulado del derecho real de dominio. El título se encuentra dividido en cuatro capítulos; y el segundo, subdividido en cinco secciones. Desde el art. 1941 al art. 1982, en cuarenta y un artículos, regla a ese derecho real.

A efectos de dar cabal comprensión al tratamiento brindado por la nueva legislación, corresponde referenciar los Fundamentos del Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012. De su letra puede leerse:

La regulación del dominio comienza por las disposiciones generales que constituyen una parte general pues, como regla, las piezas del Código deben estar precedidas por ciertas normas comunes, aplicables a la generalidad de los derechos reglamentados en el Título, a fin de impedir duplicaciones innecesarias.

Para introducir, se da la definición. La referencia es, en primer lugar, al dominio perfecto (más adelante se incluye el imperfecto), que tiene las facultades más completas de usar, gozar y disponer y los caracteres de perpetuo, exclusivo y absoluto. Se aclara, sin embargo, en el mismo artículo, que tales cualidades existen dentro de los límites previstos por la ley. Todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio, por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo.

Se tiene presente que el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad, de manera que no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al bloque constitucional (artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional), según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social.

Los indicados caracteres se desarrollan en los siguientes artículos, en sus varias connotaciones, algunas de las cuales –según sus críticos- habían sido omitidas en el Proyecto de 1998.

Se continúa con los modos de adquisición del dominio, para hacer referencia a las cosas muebles no registrables que son susceptibles de apropiación detallando en algunas pocas normas, y en la medida de lo necesario, las diversas hipótesis en cuanto a cosas apropiables o no apropiables, tesoros y cosas perdidas. Posteriormente, se pasa al tratamiento de la transformación, y de la accesión tanto de muebles como de inmuebles.

También en breves normas se desarrolla el dominio imperfecto, su adquisición y extinción y los respectivos efectos. Se da cuenta de que el dominio fiduciario se trata en las normas del contrato de fideicomiso a las que se remite.

Este Anteproyecto no habla de restricciones sino de límite al dominio y evita el casuismo del Código vigente. Hay cierto apartamiento del Proyecto de 1998, al disponer que las normas son subsidiarias frente a regulaciones administrativas son las relativas a la vecindad, pues las referidas a los márgenes a la disposición jurídica, jamás serían susceptibles de modificación por una norma de menor jerarquía.

Con algunas pequeñas modificaciones, se mantienen en los términos del Código Civil relativos a las molestias excesivas provenientes de actividades en inmuebles vecinos, según el enunciado proveniente de la reforma de 1968, norma que constituyó un acierto, tiene cuantiosa jurisprudencia consagrada por sus pautas de razonabilidad en el uso regular de la propiedad y no merece un cambio por estar a la altura de los tiempos.

Cual se colige de la lectura de los Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial, el dominio fue estatuido bajo un régimen de raigambre continental romanista y ha seguido la tradición romana, en su letra.

5.1.1.El concepto

El art. 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación define al derecho real de dominio, bajo el rótulo de: "Dominio Perfecto", con el siguiente texto:

El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario.

Esta norma es concordante con lo estatuido por la nueva legislación en los arts.: 10 (abuso del derecho), 1688 y 1704 (facultades en el dominio fiduciario), 1882 (concepto de derecho real), 1887, inc. a) (número cerrado), 1888 (presunción de libertad), 1889/91 (clasificación de los derechos reales), 1906 (transmisibilidad), 1964 (dominio imperfecto), 1966 (facultades en el dominio revocable) y 2263 (prueba en la acción negatoria).

El art. 1887 enumera al derecho real de dominio como a uno de los derechos reales, en el inciso a). De este modo, cumple con el principio del *numerus clausus* (número cerrado), reglado en el art. 1884. Éste impone que todo lo atinente a un derecho real, en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción, habrán de regirse por la ley que los crea.

El nuevo código no establece causales propias de extinción del dominio perfecto. A los fines de determinar si media o no extinción del derecho real de dominio, deberá acudirse a la parte general. De la letra del art. 1907 del Código Civil y Comercial de la Nación habrá de desprenderse que: “se extinguirá por destrucción total de la cosa (cabría agregar su consumo total) y por su abandono” (Mariani de Vidal y Abella, 2016, p. 96).

De ese principio, deriva el de la tipicidad, que importa que el contenido de un derecho real deba encontrarse inserto en la ley marco. En esa sintonía en el artículo 1941 se formula su concepto. Este nuevo concepto del derecho real de dominio difiere del que existía en el derogado código velezano, en torno a su alcance. A esos efectos, será necesario efectuar algunas referencias históricas.

El art. 1941 del nuevo código al establecer el concepto del derecho real de dominio resalta que es aquél que “otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer materialmente de una cosa, dentro de los límites previstos en la ley”. Esos lineamientos imponen que el dominio será perfecto, salvo prueba en

contrario. Ese encuadramiento que otorga la norma importa aludir a una de las clasificaciones del derecho real de dominio, que posteriormente será abordada.

El concepto, dado por este nuevo plexo normativo, merece ciertas consideraciones, a saber:

1) Alude solamente al carácter de absolutez del derecho real, no incluyéndose al de exclusividad, que hace a su esencia.

2) Describe innecesariamente el alcance del carácter de absolutez del dominio, sin consideración de los otros caracteres.

3) Incluye una clasificación del dominio en su definición, la de “dominio perfecto”, tratando al “dominio imperfecto”, en otro artículo, al final del Capítulo, el art. 1946.

4) Intenta establecer el ámbito de aplicación del derecho real de dominio, aludiendo a su contenido normal y anormal, al establecer que las facultades pueden ser ejercidas “material y jurídicamente sobre la cosa”, imponiéndole –en principio- como límite la ley; y en artículos posteriores, el nuevo código aborda la temática indicada en particular.

Este nuevo concepto es similar al dado por el código napoleónico. En su art. 544 se lee: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de las cosas de la manera más absoluta”.

También, es conteste con los lineamientos establecidos por la Ley I del Título XXVII de la Partida Tercera, en cuanto dispone que el dominio es el poder que un hombre tiene en su cosa de hacer de ella lo que quisiere según Dios y según Fuero, debiendo hacerlo de manera que no haga daño ni atropello a otro.

Tal vez, debería haberse tomado como indicativa la definición elaborada por Freitas en su Esbozo. En el art. 4071 ha estipulado que:

es el derecho real, perpetuo o temporal, de una sola persona, sobre una cosa propia, mueble o inmueble, con todos los derechos sobre su sustancia y utilidad, o solamente su sustancia, o sobre su sustancia con algunos derechos sobre su utilidad.

Sería quizá, de un mayor acierto legislativo, el haber incluido en su concepto el carácter de exclusivo y excluir el alcance del carácter de absolutez;

como así también, en forma conteste con los demás conceptos de los derechos reales que establece el Código Civil y Comercial de la Nación, en el artículo dedicado a su concepto, sólo referirse a éste y no incluir una subclasificación en su contenido.

Además de la connotación social que imprime el ya citado artículo 1941, que al proyectar al dominio perfecto lo enmarca "dentro de los límites previstos por la ley", en los Fundamentos se expone que en la definición

se aclara, sin embargo... que tales cualidades existen dentro de los límites previstos por la ley. Todos los derechos, ciertamente también el dominio, se admiten conforme a las leyes que reglamentan su ejercicio; por otra parte, debe tratarse de un ejercicio regular, siendo especialmente aplicable la normativa de la parte preliminar de este Código en cuanto llama la atención contra el ejercicio antifuncional y abusivo.

Corresponde como último tópico, resaltar el interés social que prima a la hora de regular este derecho, cuya exégesis fue encuadrada en el código velezano. De la exposición de motivos de nueva normativa en su proyecto originario se concluye que:

se tiene presente que el derecho a la propiedad privada vincula tanto el interés de su titular como el provecho de la sociedad, de manera que no puede ejercerse en forma egoísta ni en perjuicio del interés social. Resulta ineludible tomar en consideración el artículo 21 del Pacto de San José de Costa Rica, incorporado al bloque constitucional (artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional), según el cual toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes; y que la ley puede subordinar tal uso y goce al interés social

y que "no habla de restricciones sino de límites al dominio y evita el casuismo del Código vigente".

5.1.2.Los caracteres

Los caracteres del derecho real de dominio son seis. Tres de ellos, surgen del Código Civil y Comercial de la Nación; y, los restantes, de una creación doctrinal.

Los tres primeros, que habrán de enumerarse, se encuentran en el código de fondo; en tanto que los otros, son de elaboración doctrinaria.

Ellos son:

- 1) Exclusividad.
- 2) Perpetuidad.
- 3) Absolutez.
- 4) Abstracción.
- 5) Elasticidad.
- 6) Indeterminación.

5.1.2.1. La exclusividad

La exclusividad se encuentra especialmente contemplada en el art. 1943 CCyC, en cuanto establece que: “El dominio es exclusivo y no puede tener más de un titular. Quien adquiere la cosa por un título, no puede en adelante adquirirla por otro, si no es por lo que falta al título”.

Este carácter “es pues su naturaleza, y concentra en una sola persona todos los derechos que pueden jurídicamente recaer sobre una cosa” (Kiper, 2015, p. 211).

La exclusividad, si bien es un carácter que hace a la naturaleza del derecho real juntamente con los otros cinco caracteres enunciados en el art. 1941 (absolutez, perpetuidad, abstracción, elasticidad e indeterminación), es esencial. Ese atributo obedece a que de no encontrarse presente, no se está frente a este derecho real. Si la exclusividad se encuentra conculcada, se estará ante al derecho real de condominio y no al de dominio, con los alcances estatuidos por el art. 1983.

La exclusividad del derecho real de dominio presenta tres tópicos:

- 1) Una sola persona puede ser titular en el todo de una cosa.

2) El titular dominial no puede tener otro derecho real constituido a su favor sobre la cosa objeto de su derecho.

3) El carácter excluyente.

En rigor de verdad, en el art. 1943 se encuentran contempladas las dos primeras acepciones; en tanto que la tercera, en el art. 1944 juntamente con el art. 1977, ubicado en el capítulo dedicado a los límites al dominio.

5.1.2.2. La perpetuidad

La perpetuidad está normada en el art. 1942 al establecer que el dominio “No tiene límite en el tiempo y subsiste con independencia de su ejercicio. No se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, excepto que éste adquiera el dominio por prescripción adquisitiva”.

El carácter perpetuo del dominio es un carácter que hace a la naturaleza del derecho real, más no a su esencia. La circunstancia que haga a su naturaleza y no a su esencia importa que este carácter pueda verse conculcado, en los límites establecidos por la ley y aún continuar siendo dominio. En estos supuestos se estaría frente a un dominio imperfecto; que según la letra del art. 1946, ellos pueden ser: dominio fiduciario, dominio revocable o dominio desmembrado. Estos tres tipos de dominio se caracterizan por que encuentra el carácter de perpetuo condicionado. Si el dominio se encuentra sometido a una condición o a un plazo resolutorios, se estará frente a un dominio desmembrado o a un dominio fiduciario. Si se encuentra gravado con otro derecho real, se estará frente a un dominio desmembrado.

El art. 1942 establece que “El dominio es perpetuo”. Este carácter presenta dos connotaciones que se encuentran contempladas en la letra de su texto. Ellas son:

1) El dominio es atemporal.

2) El dominio no se extingue por el no uso o no ejercicio del derecho.

Este artículo puede ser considerado como una receptación legal de lo aclamado por la doctrina. En un solo artículo limita su alcance y establece su contenido. Evitando así confusiones y la necesidad de hacer interpretaciones armónicas de varias normas para determinarlos.

En nuestro sistema legal el dominio es perpetuo y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo a menos que deje de poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste adquiera el dominio (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 1980).

Con ese sumario, se comprende el contenido del carácter que abordamos.

5.1.2.3. La absolutez

La absolutez tiene establecido su alcance en el art. 1941. en cuanto explicita las facultades que ostenta todo titular en relación a la cosa. Así impone que el dueño se encontrará revestido de “todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley”.

La absolutez significa que este derecho real otorga la mayor cantidad de facultades que su titular puede tener sobre una cosa. Por lo tanto, se dice que el propietario goza de los siguientes derechos:

- 1) *Ius utendi*: Facultad de usar de una cosa.
- 2) *Ius fruendi*: Facultad de gozar de una cosa y percibir los frutos
- 3) *Ius abutendi*: Facultad de disponer material y jurídicamente de una cosa.

Tal vez, el haber signado tan sólo que otorga la facultad de disponer, implícitamente se aludía a sus alcances materiales y jurídicos. Esos adjetivos intentaron delimitar el alcance de la facultad mentada, quizás en modo redundante.

“Claro está que también estas facultades sufren limitaciones, y habrá que estar en cada caso a lo que dispone su título o la ley que regla su derecho” (Kiper, 2016, p. 247).

La facultad de disponer materialmente de una cosa significa el poder ejercer el señorío sobre su sustancia de acuerdo al destino económico de la cosa en respeto de los límites impuestos por la ley.

La facultad de disponer jurídicamente de una cosa importa la realización de los actos jurídicos permitidos por la ley, pudiendo ser la transmisión del derecho real o bien, el establecimiento de un gravamen sobre la cosa, la constitución de un derecho personal o su abandono.

A los tres *ius* enumerados debe sumársele un cuarto, que es el *ius possidendi*. Este poder importa la facultad de poseer la cosa por sí o por otro.

La jurisprudencia se ha manifestado en el sentido de afirmar que la perpetuidad del dominio y que él subsiste con independencia de su ejercicio. Se sostiene que el propietario reviste esa calidad hasta tanto no sea despojado de la cosa por otro, mediando el tiempo requerido legalmente para que el despojante adquiera el derecho real (CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 1980).

En base a lo expuesto, es dable inferir que, el art. 1941 se determina la extensión del derecho real de dominio. En base a su alcance puede sostenerse que el contenido se encuentra delimitado positiva y negativamente (Highton, 1983).

En la faz positiva, se vislumbran las facultades que el titular dominial tiene. Aquélla tiene una doble connotación. Una positiva, que importa todo lo que el titular puede hacer; y una negativa, el poder de excluir a terceros consagrada en el art. 1944, bajo el rótulo de "Facultad de exclusión" y en el art. 1.977, tratado como una restricción y límite al dominio, intitulado: "Instalaciones provisionales y paso de personas que trabajan en una obra". Ambos serán abordados en los comentarios a las respectivas normas.

En la faz negativa, se comprenden las limitaciones legales impuestas exclusivamente a este derecho real. Ellas pueden ser ordinarias o extraordinarias, dependiendo de si se refieren a los límites o a las cargas y gravámenes, respectivamente.

Pareciera ser que la absolutez sería el carácter esencial del dominio atento a que se encuentra contenida en su definición. Ello no es así por cuanto el carácter esencial del dominio continúa siendo, como en el código velezano, la exclusividad.

Este carácter del dominio no debe ser confundido con el carácter absoluto de los derechos reales. La absolutez de los derechos reales importa su oponibilidad *erga omnes*; es decir, que pueden ser opuestos a toda la comunidad. Esta característica es propia de los derechos reales y lo es en

contraposición con la oponibilidad relativa que ostentan los derechos personales, atento a que su exigibilidad es sólo entre partes.

Los Jueces sostienen que el principio de relatividad de los derechos es la que califica al derecho de propiedad como absoluto. En miras a ello, los derechos individuales, que son limitados y limitables, no pueden ser ejercidos causando un detrimento del bien común (CNCiv., sala D, 1980).

El carácter absoluto del dominio importa el otorgamiento de las mayores y más amplias facultades que un titular puede tener sobre una cosa. Cual se refiriera, esas facultades no son ilimitadas, atento a que encuentran su límite en la ley.

El titular dominial podrá ejercer su derecho respetando los principios generales del derecho; y, en particular los límites que se encuentran reglados en el código de fondo. También deberá hacer lo propio con la normativa de derecho público.

“El derecho de propiedad está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, pero el poder de reglamentar el derecho sustancial no llega a consentir la posibilidad de invalidarlo” (CS, 1981).

El no considerar los límites legales importaría avalar una concepción antisocial. Este fue el espíritu que se ha respetado del Código Civil derogado, cuya esencia ha sido explicada por el codificador en la nota al art. 2.513:

Es preciso reconocer que siendo la propiedad absoluta, confiere el derecho de destruir la cosa ... Importa, sin embargo, observar que los excesos en el ejercicio del dominio son en verdad la consecuencia inevitable del derecho absoluto de propiedad, pero no constituyen por sí mismos un modo de ejercicio de este derecho que las leyes reconocen y aprueban.

Su texto debe integrarse con la nota al art. 2.611 en donde se ha referido a los límites al dominio:

Estas disposiciones no tienen en realidad otro objeto que el de determinar los límites en los cuales debe restringirse el ejercicio normal del derecho de propiedad, o de conciliar los intereses opuestos de los propietarios vecinos.

Del alcance otorgado por el art. 1941 se infiere que, todos los demás derechos reales son desmembraciones del derecho real de dominio, atento al alcance de las facultades que su titular ostenta. El mayor desmembramiento que puede sufrir del derecho real de dominio es el usufructo, atento a que en éste sólo se le impone al titular del derecho real de disfrute el no alterar la substancia. El resto de los derechos reales sobre cosa ajena, participan de este desmembramiento pero en menor medida

El titular dominial puede desmembrar su derecho real como considere conveniente. A través de la celebración de los contratos marcos de los distintos derechos reales, con los cuales quiera gravar la cosa, podrá transferir el dominio útil (facultades de usar y gozar y percibir los frutos); más nunca, podrá hacer lo propio con la facultad de transmitir el dominio, que siempre quedará en su cabeza. De lo contrario, importaría para él la extinción de su titularidad, en relación al objeto de su derecho.

Las facultades del dueño de la cosa no son absolutas, por cuanto deben ser ejercidas en base a los límites establecidos por el código de fondo y el derecho público.

En base a estos lineamientos nuestra jurisprudencia ha manifestado que si quien entabla una demanda sostiene que es propietario de una cosa, refiere a las facultades de poseer, usar, gozar, disponer o servirse de una cosa, siendo ellas inherentes a la propiedad. En consecuencia, quien acciona judicialmente aduce la posibilidad de ejecutar todos aquellos actos jurídicos que sean posibles legalmente respecto de la cosa sometida a su propiedad. (CCiv. y Com., Morón, Sala II, 1997).

Ese derecho de propiedad se encuentra limitado en exigencias impuestas por el derecho administrativo. El coto a la absolutez es la convivencia social. Esas limitaciones junto con las reglamentaciones al derecho consagrado en el art. 14 de la Constitución Nacional importan la compatibilidad de éste con otros derechos que conforman el interés superior de la comunidad (CNCiv., Sala C, 1965).

El dueño de la cosa goza de los *ius* otorgados por la ley y puede aprovechar la cosa y explotarla en la forma que considere más conveniente, haciendo lo propio con los beneficios y las ventajas que aquella pudiera darle (frutos naturales, industriales y civiles).

Son tan amplias las facultades que se le otorgan al dueño de una cosa que su extensión impide que el titular grave su cosa con otro derecho real a su favor. Afirmar lo contrario, importaría conculcar la misma naturaleza del dominio.

5.1.2.4. La abstracción

La abstracción es un carácter del dominio creado por la doctrina. Cuando se alude a él se refiere a que “el dominio no aparece como un conjunto de facultades o suma de ellas, sino como una variedad infinita de éstas que asume un aspecto unitario” (Highton, 1983, p. 39).

Este carácter sigue intacto en la actualidad, al igual que los de elasticidad e indeterminación.

5.1.2.5. La elasticidad

La elasticidad alude a que “el contenido del dominio no puede delimitarse en sentido afirmativo sino que sólo puede determinarse negativamente, enumerando lo que el dueño no puede hacer” (Highton, 1983, p. 40).

5.1.2.6. La indeterminación

La indeterminación significa que “el dominio se comprime cuando queda disminuido o limitado por la existencia de otro derecho real sobre la cosa y, desaparecida la presión, readquiere su volumen primitivo” (Highton, 1983, p.40).

5.1.3.La clasificación del dominio

El art. 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que: “El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”. En contrapartida al dominio imperfecto, surge que el dominio puede ser imperfecto.

De la letra del art. 1946 se lee que: “El dominio es imperfecto si está sometido a condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales”.

El nuevo código dedica un capítulo a regular lo atinente al dominio imperfecto.

De lo aquí expuesto, puede colegirse que, desde el punto de vista del derecho privado, el dominio puede clasificarse en dominio perfecto o dominio imperfecto.

Será perfecto cuando no se encuentre sometido a una condición resolutoria o a un plazo resolutorio o sujeto a un gravamen; y en caso contrario, será imperfecto.

La presunción *iuris tantum* establecida en el art. 1941 importa establecer que el principio que rige en materia del derecho real de dominio, es que el dominio siempre se presume perfecto, salvo prueba en contrario. Esa prueba en contrario quedará en cabeza de quien intente demostrar que el dominio es revocable, fiduciario o desmembrado. Es decir que, se encuentra sometido a una condición o a un plazo resolutorios o se gravada con un derecho real.

Tal vez, podría haberse considerado continuar con los lineamientos establecidos por Vélez Sarsfield, quien ha dedicado un artículo en particular a abordar la temática de la clasificación del dominio, habiendo destacado, en su nota, la completitud de la clasificación. Es decir, que en una lectura integral del art. 2507 del Código Civil derogado, con más su nota, la clasificación de este derecho real se agotaba.

El art. 2507 del código velezano disponía:

El dominio se llama pleno o perfecto, cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas. Se llama menos pleno, o imperfecto, cuando debe resolverse al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición, o si la cosa que forma su objeto es un inmueble, gravado respecto de terceros con un derecho real, como servidumbre, usufructo, etcétera.

En la nota al art. 2.507 se leía:

Muchos autores dividen la propiedad, en propiedad soberana del Estado y en propiedad del derecho civil, en otros términos, en dominio eminente y dominio civil. La Nación tiene del derecho de reglamentar las condiciones y las cargas públicas de la propiedad privada. El ser colectivo que se llama el Estado, tiene, respecto a los bienes que están en el territorio, un poder, un derecho superior de legislación, de jurisdicción y de contribución, que aplicado a los inmuebles, no es otra cosa que una parte de la soberanía territorial interior. A este derecho del Estado, que no es un verdadero derecho de propiedad o dominio, corresponde sólo el deber de los propietarios de someter sus derechos a las restricciones necesarias al interés general, y de contribuir a los gastos necesarios a la existencia, o al mayor bien del Estado ... Hay otro dominio que se llama 'dominio internacional'. Todo lo que antes hemos dicho de los derechos absolutos y de los derechos reales, es exactamente aplicable al dominio internacional, o propiedad de Estado a Estado. No consiste en una relación especial de acreedor y de deudor entre una Nación y otra, sino en una obligación general de todas las Naciones, obligación pasiva, como toda la que es relativa a los derechos reales, obligación de inercia, de respetar la acción de cada pueblo sobre su territorio, no turbarla, ni imponerle obstáculo alguno. La Nación considerada en su conjunto, tiene respecto a las otras Naciones los derechos de un propietario. El pueblo considerado como poder soberano, tiene sobre su territorio una acción aún más alta, el ejercicio de un derecho de imperio, de legislación, de jurisdicción, de mando y de administración, en una palabra, un derecho de soberanía en toda la extensión del territorio. Se puede decir entonces, que el dominio internacional es el derecho que pertenece a una Nación de usar, de percibir sus productos, de disponer de su territorio con exclusión de las otras naciones, de mandar en él como poder soberano, independiente de todo poder exterior, derecho que crea, para los otros estados, la obligación correlativa de no poner obstáculo al empleo que haga la Nación propietaria de su territorio, y de no arrogarse ningún derecho de mando sobre este mismo territorio.

De lo expuesto se podía argüir, y bajo la égida del nuevo código también, que el dominio se clasifica en: dominio público y dominio privado.

El dominio público puede subclasificarse en: dominio internacional y dominio eminente; y, el privado en: dominio perfecto y dominio imperfecto.

El dominio será público cuando ostenta su titularidad el Estado Nacional, Provincial o Municipal. Este derecho se encuentra legislado por el derecho público.

Existen dos categorías de bienes que integran el dominio público del Estado. Por un lado se encuentran los públicos y por el otro, los patrimoniales. Los públicos son los bienes respecto de los cuales el Estado ostenta un poder de policía; más no su titularidad. En cambio, en los patrimoniales, sí es titular. La propiedad pertenece al pueblo. En base a ello, mal puede sostenerse que éste sólo ostenta un derecho de uso común sobre los bienes públicos. Así por cuanto la titularidad del pueblo se esgrime en el principio de soberanía y pertenece al pueblo en su carácter de sociedad jurídicamente organizada. (CNCiv., Sala D, 1980).

El dominio será privado si su titularidad se encuentra en cabeza de una persona de carácter privado.

El dominio será internacional si pertenece a una Nación e implica las facultades de usar, gozar y percibir los frutos que sus territorios producen, debiendo ser respetada en el ejercicio legítimo de sus derechos por las demás Naciones.

El dominio será eminente si es soberano. Es el que se encuentra en cabeza del Estado para establecer su organización.

Es una potestad legislativa, jurisdiccional, expropiatoria e impositiva que el Estado posee sobre todas las propiedades existentes dentro de su ámbito espacial (Highton, 1983). Mal puede afirmarse que pertenece al dominio provincial, en ejercicio de su dominio eminente la tierra, cuyo límite sudeste es el mar, cuando se ha acreditado su compra (CS, 1982). Este tipo de dominio no es absoluto.

El dominio será perfecto cuando su titular, una persona física o jurídica de carácter privado, ostente las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de la cosa sin ninguna limitación o restricción, salvo las impuestas por la ley. En el código velezano se estableció que el dominio será pleno o perfecto cuando es perpetuo y la cosa no está gravada con ningún derecho real hacia otras personas.

El dominio será imperfecto cuando se encuentre sometido a una condición o plazo resolutorios, o si la cosa está gravada con cargas reales. El

código velezano dispuso que fuera imperfecto o menos pleno si debe ser resuelto al fin de un cierto tiempo o al advenimiento de una condición o si la cosa que forma su objeto se encuentra gravada con un derecho real.

El plazo no se encuentra definido en el Código Civil y Comercial de la Nación, que dedica tres artículos a su tratamiento (arts. 350 a 352). En el art. 350, alude a las especies de plazo: “La exigibilidad o la extinción de un acto jurídico pueden quedar diferidas al vencimiento de un plazo”.

La obligación está sujeta a un plazo cuando su exigibilidad depende del acaecimiento de un hecho futuro y cierto, que ocurrirá fatal o necesariamente (Alterini, Ameal y López Cabana, 1998).

La condición, conforme define el art. 343, es: la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto.

Cual se insinúa, en el Código Civil y Comercial de la Nación se han eliminado los sinónimos de “pleno” y “menos pleno”, que eran empleados en el Código Civil derogado como sinónimos de “perfecto” e “imperfecto”, respectivamente.

El dominio será pleno si sus caracteres de absolutez y perpetuidad no se encuentran cercenados. Ello se concluye de lo normado por el art. 1964 del nuevo código en cuanto explicita: “Son dominios imperfectos el revocable, el fiduciario y el desmembrado”. Es decir, que sólo podrán constituirse tres tipos de dominios imperfectos: el dominio revocable, el dominio fiduciario y el dominio desmembrado.

El dominio desmembrado, de acuerdo al art. 1946, es aquél que en el cual su objeto se encuentra gravado con una carga real.

El dominio revocable es definido en el art. 1965 como aquél que es sometido a condición o plazo resolutorios a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien se la transmitió.

El dominio fiduciario, conforme el art. 1701, es el que se adquiere con razón de un fideicomiso constituido por contrato o por testamento, y está sometido a durar solamente hasta la extinción del fideicomiso, para el efecto de entregar la cosa a quien corresponda según el contrato, el testamento, o la ley. En forma conteste el art. 1.666 define al contrato de fideicomiso como aquél que se celebra cuando una parte, llamada fiduciante, transmite o se

compromete a transmitir la propiedad de bienes a otra persona, denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario. La ley 24.441, en su art. 1º, dispone que:

Habrá fideicomiso cuando una persona (fiduciante) transmita a otra la propiedad fiduciaria de bienes determinados a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

Técnicamente, se est  frente a la noción corriente de negocio fiduciario. Es una declaración de voluntad del fiduciante de investir al fiduciario de una posición jurídica frente a terceros, con fin que excede el práctico visualizado por las partes, con la carga de devolver el derecho, de acuerdo a lo acordado en el contrato de fiducia (Flah y Smayevsky, 1996).

“No debe confundirse al dominio fiduciario con el acto o negocio fiduciario. Este último es la relación contractual o testamentaria, la causa fuente, mientras que el primero es el derecho real que emerge de aquélla. No todo negocio fiduciario tiene por fin constituir un dominio fiduciario (v.gr., cuando se transmiten bienes que no son cosas). No hay que olvidar que mediante el contrato de fideicomiso el fiduciante puede transmitir al fiduciario un derecho de dominio u otra clase de derecho patrimonial (v.gr., un título de crédito); sólo en el primer caso se puede hablar de dominio fiduciario. Esta idea se halla plasmada en la ley 24441, cuyo art. 11 dispone que ‘Sobre los bienes fideicomitados se constituye una propiedad fiduciaria que se rige por lo dispuesto en el título VII del libro III del Código Civil y las disposiciones de la presente ley cuando se trate de cosas, o las que correspondieren a la naturaleza de los bienes cuando éstos no sean cosas’” (Kiper, 1997, 874).

El dominio fiduciario es un tipo de dominio imperfecto, ninguna duda cabe al respecto a pesar de que cierto sector de la doctrina lo ha considerado como a un derecho real autónomo (Orelle, Armella y Causse, 1995) o a un cuasidominio (Bono, 1997).

En consecuencia, puede concluirse que (Armella, 2015; Bressan, 1999; Camerini, 2011; Carregal, 2010; Favier Dubois (h.), 2010; Hayus, 2005; Highton, Mosset Iturraspe, Paolantonio y Rivera, 1995; Humphreys, Edmund y Humphreys, Ethel, 2014; Iturbide, 2011; Juyent Bas y Molina Sandoval, 2007; Kiper, 2012, 2015 y 2016; Kiper y Lisoprawsky, 2012 y 2014; Lisoprawsky, 1998 y 2007; López de Zavalía, 1995; Malumián, Diplotti y Gutiérrez, 2006; Molina Sandoval, 2009; Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1993):

1) El carácter de absoluto se verá conculcado al crearse un dominio desmembrado. Es decir, al verse la cosa objeto del derecho real, gravada con otro derecho real; por ejemplo: hipoteca, prenda, usufructo, uso, habitación, etcétera.

2) El carácter de perpetuo se verá atacado si se celebra un dominio revocable o un dominio fiduciario; es decir, si se pacta que su existencia se encuentre condicionada a un plazo determinado o al cumplimiento de una condición. Son imperfectos debido a que en ellos no se encuentra presente uno de los caracteres del dominio que es la perpetuidad (Vázquez, 1998).

5.1.3.1. La extensión del dominio

El art. 1945 del Código Civil y Comercial de la Nación refiere a la “extensión” del derecho real de dominio. Su glosa impone:

El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales.

Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.

Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario.

El dominio se extiende a subsuelo y al espacio aéreo, con las limitaciones estatuidas por las leyes especiales y en la medida de la posibilidad de su aprovechamiento; y es en base a ellas que, se adjudica su titularidad.

Así también, juegan como límite las connotaciones que imprimen el derecho real de superficie y el derecho real de propiedad horizontal.

Quien es titular de una cosa, extiende su dominio a todos los objetos que conforma un todo con ella y a sus accesorios.

5.1.3.1.1. El principio y las presunciones

El art. 1945 es un colorario del principio que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La glosa establece dos clases de presunciones en torno a la extensión del derecho real de dominio. Una de ellas *iuris et de iure* y otra *iuris tantum*.

La presunción que no admite prueba en contrario, es la que establece que: “El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios”. Esta premisa significa que, si un tercero que ha realizado trabajos de construcción o de siembra o cualquier otro pretende su titularidad, ello no tiene cabida favorable en nuestro derecho. Ello no obsta a que, no se vea obligado a indemnizar, al tercero ante un reclamo por los gastos que efectuara.

La otra presunción, sí admite prueba en contrario, en cuanto dispone que las construcciones, plantaciones y obras que existen en un inmueble pertenezcan al dueño; siempre y cuando, no se pruebe lo contrario.

En particular, respecto de las construcciones impone un límite en torno a la extensión del derecho del propietario de un terreno, en miras al interés público que ha observado, al reglar los derechos reales de propiedad horizontal y superficie. De haberse optado por la constitución de cualquiera de los dos derechos reales individualizados, no tendrá cabida el principio general que establece que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

La norma comentada establece las pautas que deben tomarse en consideración a los fines de determinar la extensión de los límites físicos del derecho real de dominio. Los puntos a los que se refiere son:

- a) La prolongación por debajo y por encima del suelo.
- b) La extensión a los accesorios de la cosa.
- c) La extensión a los frutos y a los productos de la cosa.

5.1.3.1.2. La prolongación del dominio

La norma referenciada establece como principio que el “dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales”.

En torno al subsuelo, el dominio se extiende en toda su profundidad. El límite de la extensión se encuentra dado por lo reglado por las leyes especiales.

De este modo habrá que acudir a las normas que imponen el Código de Minería. El régimen estatuido para las minas, lo clasifica en distintas categorías. Las que interesan, en el particular, son las individualizadas en la tercera categoría, que son las sustancias pétreas y las que sirven para materiales de la construcción y los ornamentos. A su respecto, se impone que ellas son de propiedad del dueño del terreno.

También, deberán tenerse en cuenta los preceptos de los códigos de edificación y toda otra disposición que haga lo propio.

Corresponde tomar en cuenta que la delimitación fáctica de la titularidad de un inmueble es una temática compleja, al intentar establecer demarcación en relación a la superficie, altura y profundidad. A esos fines, debe acudirse a las normas del Derecho Administrativo. Éste los impone en: superficie, altura (líneas imaginarias perpendiculares, paralelas a los límites de su superficie hasta alcanzar el plano límite del dominio público del Estado sobre el espacio aéreo marcados por el máximo aprovechamiento razonable del inmueble), subsuelo (líneas imaginarias delineadas desde el centro de la tierra hasta donde se extiende el dominio del Estado) (Mariani de Vidal y Abella, 2016).

En relación al espacio aéreo la titularidad dominial se extiende en toda su altura sin limitación alguna, con similares características que la del suelo. El titular puede, en virtud del alcance dado por la norma extender sus construcciones sin ninguna otra limitación que la establecida por el derecho

público. Como derivado de este principio, el dueño puede demandar la demolición de obras que avancen sobre su terreno.

Además de la normativa catastral existente en la materia, debe advertirse que el Código Aeronáutico impone algunas restricciones a los propietarios en miras a los fines tenidos en cuenta para la navegación aérea. Es decir que, no podrá prohibir el dueño de un terreno el paso de aeronaves por su dominio aéreo; tampoco, impedir el despegue de una nave o su aterrizaje, en caso de que ello fuere necesario para lograr la consecución del objetivo tenido en miras para la navegación aérea. Ello siempre y cuando, tales acciones no deriven en un ejercicio irregular del derecho; supuestos en los cuales se torna de aplicación la facultad excluyente del dominio.

El dueño deberá acatar la normativa pública y la privada a la hora de extender su dominio. Los límites reglados en el nuevo código que son reglados en el Capítulo 2, son de orden público; y su observancia es obligatoria.

A modo ejemplificativo puede afirmarse, que el propietario de un terreno no podrá construir más allá de determinada altura, no podrá poner obstáculos que impidan el desplazamiento de aeronaves, por ejemplo: antenas; o sí deberá colocarlas para facilitar el vuelo de las naves, dependiendo de las circunstancias del caso.

5.1.3.1.3. Los accesorios de la cosa

La titularidad dominial se extiende a los accesorios de una cosa. Los accesorios pueden ser naturales o artificiales. Es decir, aquéllos en los cuales no ha intervenido el hombre o aquéllos que son producto del obrar humano, respectivamente.

De este modo, se presume que las construcciones efectuadas por el dueño de un terreno, fueron realizadas por él y a él le pertenecen. Si, en la realidad de los hechos, ello no ha acaecido de ese modo, quien las hubiere realizado tiene derecho a probar lo contrario. De tener acogida favorable su pretensión, tendrá derecho a ser indemnizado sobre la base de los costos de su trabajo, pero nunca podrá pretender que se le atribuya la propiedad de su labor.

Es decir que, respecto a lo existente sobre el suelo, el código no estatuye dos propiedades diferenciadas en relación al suelo y a las mejoras o a lo sobre él existente, en este artículo como otrora fuera el derecho de superficie, que ahora se encuentra reglado en toda su extensión y será objeto de comentario en los respectivos artículos.

En ese mismo sentido, se atribuye al propietario de la superficie el dominio de los accesorios; y, respecto de ellos se presume que fue él quien ha realizado las mejoras, plantado o construido.

5.1.3.1.4. Los frutos y los productos de la cosa

La presunción que impera en materia de frutos es que ellos pertenecen al dueño de la cosa que los genera.

Este principio cede frente a un derecho personal o a un derecho real concertado a su favor. Como ejemplo de un derecho personal puede citarse a la locación. Y como derecho real al usufructo o al uso.

También, cederá frente al poseedor de buena fe que los hubiera percibido.

5.1.4. Los modos de adquisición del dominio

Los modos de adquisición del dominio son los hechos o los actos de los que puede derivarse la adquisición del derecho real de dominio.

El Código Civil y Comercial de la Nación dedica el Capítulo 2 a tratar a los modos especiales de adquisición del derecho real de dominio. En contraposición, se advierte que existe un modo general de adquisición de este derecho real. Bajo una nueva concepción metodológica, este nuevo plexo normativo ha decidido establecer una parte general en la cual se reglan los modos de adquisición de los derechos reales sin distinción de sus tipos; y, a cuyo efecto se remite a su lectura.

Empece ello, se ilustrará en prieta síntesis su alcance.

El dominio, conforme la una de la clasificaciones de los derechos reales, es un derecho real que se ejerce por la posesión. A los fines de su adquisición habrá que acudir a la a “Teoría del Título Suficiente y del Modo Suficiente”.

El título suficiente es el acto jurídico bilateral que tenga por objeto la adquisición de un derecho real y que cumpla con las condiciones de fondo y de forma establecido por la ley, debiendo ser además idóneo para la adquisición del derecho real de que se trate (Goldenberg y Humphreys, 2004). Es el antecedente en el cual se basa la transmisión del dominio (Cifuentes y Sagarna, 2005). Es el acto jurídico-causa traslativa del derecho real que, en el caso de inmuebles, debe cumplir con una formalidad que la ley exige: la escritura pública. “Como una suerte de axioma, podemos concluir con que el título suficiente es el contenido y la escritura pública el continente” (Árraga Penido, 1996, 921). “Consiste en alguna de las formas de adquisición del dominio ... Y en el caso de que la ley requiera una formalidad ‘ad solemnitatem’, debe estar revestido de ésta” (CCiv. y Com., Bell Ville, 1993, 209).

El modo suficiente es la tradición constitutiva de derechos reales que consiste en la entrega material voluntaria y en la recepción voluntaria de una cosa, en las cuales el transmitente o *tradens* y el que la recibe o *accipiens* deben ser capaces para poder hacerlo y deben realizarlo de conformidad con las distintas formalidades prescriptas por la ley .

En el siguiente gráfico se ilustrarán los requisitos que serán necesarios para poder ser el dueño de una cosa, en base a la teoría del título suficiente y el modo suficiente, que es aplicable a todo derecho real que se ejerce por la posesión. A saber:

Cosas	Título suficiente	Modo suficiente
Mueble común o no registrable	---	Tradición traslativa de dominio
Mueble registrable (en el supuesto de automotores, por ejemplo, se requiere la inscripción como requisito indispensable para el nacimiento del	---	Tradición traslativa de dominio o tradición ficta. En este último supuesto, no se juzga perfeccionado el modo suficiente hasta tanto no se entre en posesión de

derecho real)		la cosa.
Inmueble	Contrato. Éste debe ser elevado a la forma de escritura pública.	Tradicón traslativa de dominio o tradición ficta. En este último supuesto, no se juzga perfeccionado el modo suficiente hasta tanto no se entre en posesión de la cosa.

El derecho real de dominio se adquiere cuando se cumplen con el modo suficiente (tradicón traslativa de dominio) y el título suficiente (contrato elevado a la forma de escritura pública).

En el nuevo código se estructuran cinco secciones que abordan la temática. La primera de ellas refiere a la apropiación; la segunda, a la adquisición de un tesoro; la tercera, al régimen de las cosas perdidas; la cuarta, a la transformación y accesión de cosas muebles y; la quinta, a la accesión de cosas inmuebles.

La apropiación es el modo de adquisición de dominio mediante la aprehensión de una cosa mueble no registrable y sin dueño, conforme surge de la letra del art. 1947 del Código Civil y Comercial de la Nación. De su texto se lee:

El dominio de las cosas muebles no registrables sin dueño, se adquiere por apropiación.

a. son susceptibles de apropiación:

- i. las cosas abandonadas;
- ii. los animales que son el objeto de la caza y de la pesca;
- iii. el agua pluvial que caiga en lugares públicos o corra por ellos.

b. no son susceptibles de apropiación:

- i. las cosas perdidas. Si la cosa es de algún valor, se presume que es perdida, excepto prueba en contrario;
- ii. los animales domésticos, aunque escapen e ingresen en inmueble ajeno;
- iii. los animales domesticados, mientras el dueño no desista de perseguirlos. Si emigran y se habitúan a vivir en otro inmueble, pertenecen al dueño de éste, si no empleó artificios para atraerlos;
- iv. los tesoros.

La adquisición de un tesoro es un modo de adquirir el dominio por la aprehensión de una cosa mueble de valor, sin dueño conocido y oculta en otra cosa mueble o inmueble. El art. 1951 CCyC refiere a los tesoros.

Respecto del régimen de las cosas perdidas, como objetos susceptibles de ser adquiridos como propiedad, el 1955 CCyC, estatuye bajo el rótulo de: “Hallazgo”, que:

El que encuentra una cosa perdida no está obligado a tomarla, pero si lo hace asume las obligaciones del depositario a título oneroso. Debe restituirla inmediatamente a quien tenga derecho a reclamarla, y si no lo individualiza, debe entregarla a la policía del lugar del hallazgo, quien debe dar intervención al juez.

En relación a la transformación, el primer párrafo del art. 1957 CCyC, dispone:

Hay adquisición del dominio por transformación si alguien de buena fe con una cosa ajena, mediante su sola actividad o la incorporación de otra cosa, hace una nueva con intención de adquirirla, sin que sea posible volverla al estado anterior. En tal caso, sólo debe el valor de la primera.

La accesión se configurará cuando una cosa mueble se adhiera a otra y de este modo, la adherencia importe un todo inescindible en el cual no sea posible fácticamente establecer los límites entre la cosa adherida y la cosa a la cual la adhesión se perfeccionó (Humphreys, 2014). Ella puede tener lugar mediante: aluvión (art. 1959, CCyC); avulsión (art. 1961, CCyC) y/o plantación, siembra o construcción (art. 1962, CCyC).

5.1.5.El derecho real de dominio en la legislación de Quebec, Canadá

La recodificación del derecho civil de Quebec fue una empresa que demoró alrededor de 30 años. En el año 1994 comenzó a regir el nuevo *Cpde Civil Du Québec*.

El Código civil de Quebec contiene un enunciado completo de reglas que a menudo adoptan la forma de principios generales destinados a reglamentar todo conflicto que pueda surgir.

El código se encuentra fraccionado en diez libros.

En lo que atañe a la materia comúnmente comprensiva del derecho de bienes, se ha considerado que no se ha caracterizado de revolucionaria. Posee una reglamentación de la indivisión simple y de la copropiedad de inmuebles; un capítulo especial para superficie y otro para enfiteusis; como así también, aunque con mayor color, de la fiducia y de la administración de bienes de otro.

En Quebec el derecho civil está fundado en el Código napoleónico adoptado en Francia, el derecho penal y el derecho civil en vigor en Canadá se derivan de las leyes y el derecho consuetudinario inglés.

De la “Disposición Preliminar” que encabeza el nuevo Código se lee: “El Código Civil de Québec rige, en armonía con la Carta de derechos y libertades de la persona y los principios generales del derecho, las personas, las relaciones entre personas y los bienes”.

El Código está constituido por un conjunto de reglas que, en todas las materias a la que se refieren la letra, el espíritu o el objeto de sus disposiciones, establece en términos expresos o de forma implícita, el derecho común. En estas materias, se constituye el fundamento de las demás leyes que pueden adicionarse al Código o derogarlo (Melkevik, 2012).

El art. 947 del Código Civil de Quebec define al dominio. De su texto se lee: “La propiedad es el derecho de usar, de gozar y disponer libremente y completamente de un bien, con la reserva de los límites y condiciones de ejercicio fijadas por la ley”.

Cual se advierte, esta norma ha obrado como fuente de la actual redacción del art. 1941 del CCyC.

Las diferencias que pueden señalarse son en cuanto a su redacción más no a su contenido. A saber:

1. El Código de Quebec detalla “disponer libremente”.
El CCyC, reseña: “disponer material y jurídicamente”.
2. El Código de Quebec refiere a “un bien”.

El CCyC, alude a “una cosa” (debiendo recordarse que los bienes también pueden ser objeto de los derechos reales, en los casos expresamente previstos).

3. El Código de Quebec indica: “Con la reserva de los límites y condiciones de ejercicio fijadas por la ley”.

El Código Civil y Comercial de la Nación, hace lo propio con: “dentro de los límites previstos por la ley”.

5.1.6.El derecho real de dominio en la legislación del Perú

El Código Civil peruano no refiere a dominio en su texto sino a “propiedad”.

En el art. 923 define a la propiedad, bajo el siguiente texto:” La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley”.

Con cierta semejanza al Código Civil y Comercial de la Nación, el Código Civil peruano define a la propiedad. No obstante ello, reconoce cuatro facultades implícitas al derecho de propiedad: el derecho de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. En cambio nuestro Código Civil y Comercial de la Nación lo hace respecto de: “usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa”.

Además de la señalada diferencia: “bien/cosa” y de el empleo de sinónimos: “disfrutar/gozar”, el Código Civil Peruano le reconoce una cuarta facultad que es la de reivindicar. En nuestro derecho la acción reivindicatoria es una acción que ostenta todo titular de un derecho real que se ejerce por la posesión, cuando se ve despojado de la cosa o del bien.

La cuarta facultad, contenida en el art. 923 del Código Civil Peruano, indica que los atributos clásicos de la propiedad son el uso, el disfrute y la disposición. La reivindicación no es propiamente un atributo sino el ejercicio de la persecutoriedad, que es una facultad de la cual goza el titular de todo derecho real (Avendaño Valdez, 2011).

Tal vez, podría referenciarse extensamente a ello, pero consideramos que excede del ámbito de la presente tesis.

El art. 923 del código peruano también introduce como límite el interés social, que nuestro Código Civil y Comercial, no lo hace. Respecto del “interés social” se ha sostenido que el nuevo código peruano ha aludido a él atento a que cuando fue redactado, se encontraba vigente la Constitución del año 1979, que en su art. 124 imponía el uso de los bienes en armonía con el interés social. La Constitución Peruana vigente, en el art 70, ahora refiere a “bien común”. Debiendo entenderse que se refiere con esos vocablos al bien general.

5.1.7.El derecho real de dominio en la legislación de España

El derecho de propiedad en el derecho español encuentra su amparo constitucional en el art 33 de la Constitución española.

El Código Civil en su artículo 348 define la propiedad como un "derecho a gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

Cual se advierte sigue los lineamientos del derecho romano.

Es el art. 348 CC el que da, más que una definición legal del derecho de propiedad, un indicación clara de los aspectos que contiene tal derecho, centrándolo en dos: el goce y disposición de una cosa. Usarla en todos los sentidos en que una utilidad práctica sea posible y un poder de disposición que sólo lo tiene quien ostenta el título de propietario” (Vázquez Iruzubieta, 2016).

La diferencia que puede señalarse con respecto a la definición brindada por el CCyC del derecho real de dominio es que el código de fondo argentino incluye a la facultad de “disponer material y jurídicamente”; en tanto que el ibérico, no.

En torno a la calidad de las potestades, el código argentino refiere a “facultades” y el español a “derechos”.

Además de diferenciarse porque el ordenamiento legal civil y comercial argentino regla el “dominio”; y, el civil español, a la “propiedad”.

5.1.8.El derecho real de dominio en la legislación de Uruguay

Especial consideración merece el tratamiento del derecho de dominio en Uruguay.

El art. 486 del Código de Uruguay dispone: “El dominio es el derecho de usar y disponer de una cosa arbitrariamente, no siendo contra la ley o contra derecho ajeno”.

Cual se advierte, se alude a la arbitrariedad del uso y la disposición. Esa arbitrariedad no es absoluta, cual pareciera en primera impresión; sino que, se encuentra limitada por la ley y por el ejercicio de un derecho ajeno.

Esos dos son los límites del uso y disposición de una cosa.

También se advierte que, no incluye la facultad de disponer jurídica y materialmente de una cosa. Ella tal vez se encuentre comprendida en la arbitrariedad indicada.

Con una mirada exegética puede sostenerse que Uruguay alude a “derecho” y Argentina a “facultad”.

5.1.9.El derecho real de dominio en la legislación de Francia

El art. 544 del Código Civil Francés en tanto lo regula: “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa de la manera más absoluta, siempre que no se haga de ella un uso prohibido por las leyes o por los reglamentos”. Su alcance es similar al otrora dado por Vélez Sarsfield.

La interpretación más extendida y tradicional de ese texto en la historiografía jurídica ha sido la de afirmar que aquí se recogería de manera paradigmática la concepción liberal individualista que había inspirado también el proceso revolucionario francés; se había consagrado el derecho a usar y abusar de la cosa objeto del dominio prácticamente sin consideración a los demás ... tiene un carácter eminentemente subjetivo (García, 1996, p. 10).

La propiedad en el sistema jurídico francés ha nacido como un derecho eminentemente subjetivo, sin limitaciones en relación a las facultades de su titular.

5.1.10. El derecho real de dominio en la legislación del Brasil

El Código de Brasil que no define al derecho real de dominio; no obstante ello, describe las facultades de las cuales ostenta el titular dominial en el art. 1228, de cuya letra se lee:

El propietario tiene la facultad de usar, gozar y disponer de una cosa, y el derecho de poder reclamarla de quien injustamente la posea o detente. El derecho de propiedad debe ser ejercido en consonancia con sus finalidades económicas y sociales y de modo que sean preservados, de conformidad con lo establecido en la ley especial, la flora, la fauna, las bellezas naturales, el equilibrio ecológico y el patrimonio histórico y artístico, como también evitar la polución de las aguas.

Si bien, el derecho brasileño no define al derecho real de dominio, su cuerpo normativo se caracteriza por enumerar las facultades y características del derecho.

5.1.11. Conclusiones

De lo expuesto en este punto, dable es indicar que el art. 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación, tipificó al derecho real de dominio en consonancia con lo efectuado por algunas legislaciones extranjeras reseñadas.

Si bien, en ocasiones y cual se referenciara, la definición brindada por la legislación actual argentina difiere en algunas temáticas y terminologías respecto de sus fuentes; todas ellas han servido para amalgamarse en la redacción que ostenta el art. 1941, basándose en las bases pétreas de nuestro sistema jurídico que impera en materia de derechos reales.

6. Vinculación del derecho de propiedad y del derecho real de dominio con el derecho real de superficie

El derecho real de superficie se encuentra íntimamente vinculado al derecho de propiedad. Cual se refiriera, al tratar esa temática en el derecho real de dominio, corresponde resaltar que su alcance se ha ido modificando a través de los tiempos. La propiedad de nuestros días está muy lejos de las viejas concepciones romanas; como así también, de aquellas que nuestro codificador tuvo al sancionar nuestro Código Civil (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003).

El dominio como derecho real más pleno o perfecto, es una especie dentro del género “propiedad”; y en ella descansa la posibilidad de su desmembración y eventualidad de poder gravarla con un derecho real de superficie.

Es decir, que temporalmente el derecho de propiedad permite al titular dominial establecer una propiedad diferente sobre su cosa, relacionada con el rasante, vuelo o subsuelo, cuyas plantaciones, forestaciones o edificaciones serán de titularidad del superficiario por el tiempo y bajo las condiciones que la legislación de fondo impone.

7. Conclusiones

El derecho de propiedad en nuestro sistema jurídico fue impetrado a través de una concepción liberal, pregonada por nuestro primer codificador, en la legislación civil de fondo. En su texto, ha instaurado un uso arbitrario e ilimitado sobre la cosa, que fue atemperado por la reforma efectuada, mediante la Ley N° 17.711, al Código Civil.

Vélez Sarsfield ha tomado como referencia, además del contexto político – social imperante en la época de la sanción del Código Civil, conteste con la Constitución Nacional otrora vigente, que protegía con mayor ahínco a la propiedad privada que a las personas.

El Código Civil y Comercial de la Nación, ha tomado como base el esquema atemperado del código civil y lo ha amalgamado con los principios que rigen nuestro derecho.

Además, la legislación vigente ha tomado en cuenta los códigos civiles de Quebec, del Perú, de España, del Uruguay, de Francia y del Brasil para brindar una definición del derecho real de dominio, como especie del derecho de propiedad, en consonancia con el espíritu imperante de constitucionalización del derecho privado.

La propiedad como género y el dominio como especie son tópicos esenciales que deben abordarse a la hora de intentar contrastar la hipótesis de la presente tesis. El dominio se ve desmembrado con la concertación de una superficie sobre él; y es en este punto, donde el derecho de propiedad cobra su plena virtualidad.

Capítulo 3: Derecho real de superficie: Antecedentes históricos

1. Consideraciones preliminares.
2. La superficie en el derecho romano.
 - 2.1. Algunas referencias.
 - 2.2. Su génesis legal.
 - 2.3. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015).
3. La superficie en el derecho germánico.
4. La superficie en el derecho italiano.
5. La superficie en el derecho español.
6. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

A fin de comenzar con el estudio histórico del derecho real de superficie es imperioso determinar su origen.

La historia no es pacífica en cuanto a su génesis.

Algunos autores como Pufendorf, Leyser y Hert, señalan el inicio del derecho real de superficie en un contrato celebrado por la Reina Dido, fugitiva de Elisar, celebró un contrato con los númidas para adquirir el terreno donde habría de fundar Cartago. El territorio que compró, según cuenta la leyenda, fue de una extensión equivalente a una piel de toro. La adquisición se encontraba sujeta a un tiempo, que era el necesario para que sus compañeros descansaran (González, 1922).

En cambio, Danz, Dittmar y Puchta, señalan como hito histórico la *Lex Icilia* de Aventino, del año 298 de la fundación de Roma. En relación con ello, Dionysius relata que mediante ella se permitía a los plebeyos que habitasen un determinado territorio y construyesen en él edificios, que los dividían horizontalmente, pudiendo habitarlos (González, 1922).

Maynz indica la *Lex Thoria Agraria*, del año 111 A.C., que refería a la superficie de tierras sin brindar mayores detalles (Maynz, 1993).

La mayoría de los autores reconocen el inicio del derecho real de superficie en el derecho romano, en la época de la República, cuando tenía un carácter eminentemente público (Bonfante, 2002; Maynz, 1993; Peña Guzmán y Arguello, 1955; Castán Tobeñas, 1994; entre otros).

A los fines de comprender la exégesis del derecho real de superficie se han seleccionado algunos pueblos y se ha intentado realizar una prieta síntesis del contexto histórico – político – socio – económico. Los derechos de los pueblos que hemos elegido, han sido: el derecho romano, el derecho alemán, el derecho español y el derecho italiano. Las razones que lo motivaron fue su rica trayectoria jurídica, la que será abordada en los acápite venideros.

2. La Superficie en el derecho romano

2.1. Algunas referencias

Situado el origen del derecho real de superficie en el derecho romano, deberemos reseñar su evolución.

Pareciera ser que, el derecho real de superficie en el derecho civil romano no tenía posibilidad de ser considerado como tal.

El *Ius Civile* impedía su concertación como derecho real y lo consideraba como a un derecho personal.

Lo cierto es que, frente a algunas situaciones de extrema injusticia, en las que mediaba un ejercicio abusivo de los derechos de los propietarios de los terrenos, el derecho pretoriano lo introdujo como a un derecho real, dotándolo de una acción pretoriana. Mediante éste, quienes hubiesen construido en suelo ajeno se encontraban legitimados para iniciar una acción a fin de obtener su propiedad o a interponer un interdicto.

La obra del pretor es la que da nacimiento al derecho de superficie como a un derecho real.

Empece ello, no se ha considerado al superficiario como dueño, ni a la superficie como propiedad.

Cual hemos referido, la *Lex Thoria Agraria* refiere solamente a la existencia de posesiones.

Según Tito Livio, luego de un incendio acontecido en el año 210 A.C., existían en el Foro determinados negocios llamados *tabernae*; y entre ellas, las de los banqueros (*argentarii*). Estos negocios debían estar vinculados con la concesión de superficie (Di Pietro, 1999).

En el año 193 D.C., Adrastus, guardián de la Colonia Antonia, obtuvo un permiso (*et habeat sui juris*) para elevar un edificio junto a las columnas de Marco Aurelio. El permiso fue concedido por Septimio Severo. El alcance de aquél, implicaba que tendría la construcción para sí (*sui iuris*), debiendo pagar un solárium (*praestatus secundum exemplum ceterorum solarium*).

Según se relata, en el mes de septiembre de 1877, se ha encontrado una inscripción en el Monte Citorio que indica ello (Petit, 2007). Entonces,

podemos afirmar que esa situación puede ser sindicada como una especie de concesión *ad aedificandum* sobre un suelo público (Pastori, 1962).

En el Siglo II D.C., el Decurión de Puteoli, requiere que se le permita a un particular elevar un edificio sobre una tierra de propiedad de la comuna, pudiendo gozar de la construcción de por vida (*uti frui*) sin pago de canon alguno. A su muerte, aquél pasaría a manos de los *munícipes* (Di Pietro, 1999).

Tal vez, confundiéndose con la génesis del derecho real de condominio, se señala el testimonio de Dionisio (10,32), quien reseña que varias personas que han construido casas, han soportados los gastos en común y habitando diferentes pisos, de los cuales adquirirían su propiedad. La idea se gesta en el derecho mencionado; más no, en el de superficie, atento a que para que ella se encuentre presente, la propiedad del suelo debe pertenecer a otro (Pastori, 1962).

Lo cierto es que la representación de la propiedad superficiaria se atribuye a la de una habitación o cámara a personas que no son propietarios del suelo y/o del edificio (Bonfante, 1925).

2.2. Su génesis legal

Cual se reseñara, la mayoría de los autores han considerado que, bajo el impero de la Roma Republicana, el derecho de superficie ha nacido con carácter eminentemente público.

Empece ello, obligado es indicar que los entonces jurisconsultos romanos, lo hacen con el derecho privado. Más específicamente, con el contrato de arrendamiento. Gayo apuntaba “*Superficiarias sedes apellamus quoe in conducto solo positae sunt*”. (Llamamos casas superficiarias a las construídas en suelo arrendado) y Paulo (D. 39. 2. 1. 18. pár. 4. de *damno infecto*) califica de superficiario al que construye en suelo arrendado (*superficiarius*), “*qui in conducto, superficiem imposuit*” (Novello, 2004).

Sin embargo, también se ha sostenido que su génesis, en todo el período clásico, fue publicista. Para ello acuden a la invasión de Roma por parte de los Galos, en el año 338 A.C., cuando queman la ciudad. Al recuperar el estado romano su territorio, dicta una reglamentación para los pueblos

vencidos. La norma determinaba que el terreno del Estado, en parte habría de ser dividido y asignado a particulares (*assignatio, ager assignatus*), vendido (*ager quaestrus*) o liberado para su ocupación por parte de los ciudadanos mediante el pago de un quinto o un décimo de las rentas (*ocupatio, ager occupatorii*).

A partir de la extensión territorial del imperio romano, los titulares de grandes propiedades públicas o privadas, no querían o podían explotarlas. Para estas situaciones se recurrió al contrato de locación, cuyo plazo máximo era de cinco años. A su vez, los problemas urbanos de los ciudadanos romanos eran importantes, comenzando a multiplicarse las construcciones verticales, sobre todo a partir del siglo III A.C.

En referencia a ello podemos comentar que en los inicios, las construcciones (*tabernae*) tan sólo podían tener dos plantas. La planta baja se destinaba al negocio familiar; y, la otra a la vivienda. Con las guerras, masivamente comenzó la inmigración a la urbe y las construcciones se extendieron, sobre todo en los últimos años de la República, a la altura de seis o siete pisos. La construcción se dividía en varias viviendas (*coenacula* o *coenacula meritoria*). Si el piso superior era destinado a la cena, se lo denominaba: *coenaculum*; y, si lo era el subsuelo: *Kripta*. Los dueños podían conceder en superficie distintas plantas, conservando para sí su titularidad (Di Pietro, 1999).

A la par del proletariado urbano existía una burguesía naciente que no podía adquirir una vivienda. Entonces, las casas destinadas a alquiler (*insula*) mutaron en edificios. Ellas convivían junto con las típicas casas de los romanos adinerados, de planta horizontal con patio central del que salían habitaciones (Zaera García, 2002).

Como colorario del acápite, podemos indicar que, la superficie nació ante la necesidad de remediar las consecuencias antieconómicas del concepto romano del dominio.

Ante la inmigración masiva, se ha moldeado un nuevo tipo de locación: la superficie. De este modo se acerca a los derechos reales por cuanto, el locatario era considerado superficiario y el locador, cedente. El superficiario era protegido mediante una acción pretoriana, denominada: *superficiebus*, de su derecho de goce.

Desde el año 305 D.C., período Post – Clásico, se legitimó al superficiario para entablar una acción real (*actio in rem*), contra el dueño del suelo. De este modo, la superficie se transformó en un derecho real autónomo, inalienable y transmisible a los herederos.

En el período de Justiniano (527 a 565 D.C.), el derecho de superficiario es *cuasi* absoluto.

2.3. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bahía Blanca, 2015)

La Comisión N° 11 de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en la ciudad de Bahía Blanca, en octubre del año 2015, dedicada al Derecho Romano, abordó la temática de los “Derechos reales de superficie y enfiteusis”.

En su seno se afrontaron las cinco ponencias presentadas y se elaboraron conclusiones particulares de cada una de ellas.

La primera ponencia intitulada: “El derecho de Superficie – Un derecho real urbano”, fue presentada por Lydia E. Calegari de Grosso, quien ha referenciado el inicio de ese derecho en el derecho romano con la labor o actividad del pretor.

La segunda ponencia intitulada: “El Derecho Real de Superficie. Su Regulación en el Derecho Romano y su proyección al Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, fue formulada por María Elena Bazán y Mónica Villagra. Como conclusión de sus exposiciones, se ha informado que: el derecho fue esbozado en el *Corpus Iuris Civile*, trascendiendo la necesidad de su regulación en cada Proyecto de Unificación presentado para reformar el Código Civil velezano. El derecho se ha “tímidamente” incorporado como Derecho Real de Superficie Forestal, mediante la sanción de la Ley 25.509. Luego, lo fue hecho “en toda su potencialidad”, en el Código Civil y Comercial. Las ponentes han afirmado que el Derecho Romano sigue alimentando nuestra legislación.

La tercera ponencia intitulada: “El Derecho Real de Superficie en el actual Código Civil y Comercial. Su origen en las fuentes Romanas”, fue

defendida por José Carlos Costa. El disertante ha considerado que el concepto del derecho real de superficie, sus características, sus modos de constitución y de extinción, los derechos de las partes y los efectos del derecho real, contemplan el origen romanista.

La cuarta ponencia intitulada: “Extinción del Derecho Real de Superficie”, fue propuesta por Valeria Andrea Gallo junto con Hernán Luis Lamothe. Su defensa se circunscribió a analizar los efectos del derecho real respecto de los terceros, situación que excede del tratamiento abordado en el presente acápite.

La quinta ponencia intitulada: “El Derecho Real de Superficie en Roma. Su influencia en nuestro Derecho Civil”, fue abordada por Marisa Domínguez junto con Graciela Fernández. En torno a ello, se ha afirmado que su origen se remonta a la labor del pretor romano. Allí, se la asimilaba a un *ius in re aliena*, en virtud de que la propiedad se regía por el principio de *superficie solo cedit*. Con la labor compiladora justiniana se la reconoció como a un derecho real sobre cosa ajena.

Efectuadas las defensas expuestas y luego de un rico debate, la Comisión ha elaborado la siguiente conclusión, votada por unanimidad:

El derecho real de Superficie es una creación propia del Derecho Romano, que comenzó a desarrollarse a través de la tarea del Pretor, quien la protegió como una situación de hecho mediante acciones útiles y luego con los interdictos. Primero se aplicó en terrenos públicos y con posterioridad en el ámbito privado. Pero es en el derecho Justiniano donde se lo menciona con precisión como derecho real sobre cosa ajena, afectando a las construcciones. El derecho de Superficie cumplió en el Derecho Romano una función social, a fin de superar la grave problemática habitacional. Dalmacio Vélez Sarsfield rechazó la admisión de este derecho de Superficie por las razones político-económicas existentes en ese momento en nuestro país, mientras que en el ámbito del derecho comparado siempre fue receptado. Por ello vemos con satisfacción la incorporación del derecho de Superficie en el nuevo Código Civil y Comercial, y somos optimistas en el sentido de su aplicación práctica, sin perjuicio de reconocer que es un nuevo desafío para nosotros como profesionales del derecho, para la doctrina y la jurisprudencia, el análisis y la implementación de esta institución, proponemos su enseñanza teniendo en cuenta sus raíces Romanas.

Como colorario, podemos afirmar que, se ha considerado que el origen del derecho real de superficie es el derecho romano; y que si bien, Vélez Sarsfield la ha proscrito en el Código Civil derogado, aquél fue posteriormente incorporado en nuestra legislación. Primero como forestal, con la Ley 25.509; y, luego también, como edilicia, con el Código Civil y Comercial de la Nación. Finalmente, aconsejan que para el análisis y la implementación del derecho real deberán tenerse en cuenta las raíces romanas.

3. La superficie en el derecho germánico

Los códigos europeos eran netamente individualistas en relación al derecho de propiedad. En la época de la codificación del viejo continente grandes extensiones de terreno se encontraban en manos de la Iglesia y de la Nobleza. Muchas de ellas no eran trabajadas.

Los códigos civiles han rezagado el tratamiento de los derechos reales, atento a que constituían importantes restricciones para el poderío y ejercicio del derecho de propiedad por parte de sus titulares (Fernández Salas, 2012).

El derecho alemán, en relación al derecho italiano y al derecho español, ha sido de avanzada.

Así por cuanto, el derecho italiano tan sólo lo trata en unos pocos artículos, los arts. 952 a 956 del *Codice Civile*; y España, lo hace en dos legislaciones en forma poco armónica: Ley de Suelo y Reglamento Hipotecario.

El Código Civil Alemán, *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), ha sido sancionado en el año 1900. Su sanción obedeció a la necesidad de la búsqueda de una unificación legislativa.

Debe recordarse que históricamente, el antiguo Sacro Imperio Romano Germánico fue invadido por Napoleón I. Desde ese entonces, Siglo XX, su dispersión legislativa era importante.

En referencia a ello puede citarse que imperaban: el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* –en Austria-, el *Preußisches Allgemeines Landrecht* –en Westfalia-, el Código de Napoleón -en las Provincia del Rin, Alsacia y

Lorena-, el *Badisches Landrecht* –en Baden-, etcétera (Zimmermann, 1996. Trad. libre de: Ellwardt).

Las enseñanzas y los métodos de la Escuela Pandectística y de la Escuela Histórica del Derecho impregnaron de racionalismo al BGB alemán.

La Escuela Pandectística fue una doctrina jurídica europea, posterior al humanismo jurídico y anterior a la codificación, que alcanzó su apogeo en Alemania en el Siglo XIX.

El Pandectismo se caracterizaba por analizar los textos del derecho romano, empleando el método de la dogmática jurídica; es decir, buscando la extracción de principios, así como la deducción de conceptos nuevos, basados en la abstracción a partir de conceptos anteriores.

La Escuela Histórica del Derecho, de origen alemán en el Siglo XIX, considera que la exégesis del Derecho debe situarse en la evolución histórica de un determinado pueblo, cuyo espíritu se manifestaba originariamente en forma de costumbres y tradiciones. Su nacimiento obedece a una oposición al movimiento codificador. Entre sus partidarios más notables podemos nombrar a: Savigny, Puchta, Jakob y Wilhelm Grimm, Eichhorn, Niebuhr y Windscheid. Todos sus trabajos partieron de la Escuela Pandectista, terminando por establecer una "jurisprudencia de conceptos" (*Begriffsjurisprudenz*). Ella fue criticada por Rudolf Von Ihering, quien defendía una vuelta a la realidad social en su denominada jurisprudencia de intereses.

El BGB también importó ideas sociales liberales que imperaron a finales del Siglo XVIII. La concepción individualista de la propiedad fue una de ellas. Ello se produjo como consecuencia del tratamiento del derecho incitado, desde la Revolución Francesa (Von Oefele y Karl, 2008. Trad. libre de: Ellwardt).

Técnicamente, el Código Civil Alemán es un código estructurado de manera sistemática.

Partiendo de la base que el derecho de superficie importa una separación de la propiedad y una limitación para el titular dominial, tan sólo se le han dedicado seis artículos (arts. 1012 a 1017). Así:

1. El art. 1012, establecía una definición del derecho de superficie.
2. El art. 1013, se intitulaba: "Extensión a una parte del terreno no necesaria para la construcción".
3. El art. 1014: "Prohibición de la limitación a una parte de un edificio".

4. El art. 1015: “Formalidad para la constitución del derecho”.
5. El art. 1016: “No extinción en caso de destrucción de la construcción”.
6. El art. 1017: “Aplicación de las normas sobre predios a la superficie”.

Se ha considerado que por su incompleta regulación, se han originado múltiples disputas jurídicas (Von Oefele y Karl, 2008. Trad. libre de: Ellwardt).

En virtud de ello, diez años después se propició una reforma del Código Civil Alemán, que se caracterizó por su tinte eminentemente socio- económico, relacionado con la Reforma del Suelo (*Bodenreformer*).

En relación a ello, obligado es traer a colación que luego de la Primera Guerra Mundial, el problema social que acuciaba lo constituyó el acceso a la vivienda. Entonces, la superficie fue vista con ojos atractivos, atento a que importaba la posibilidad de poder acceder a una vivienda con menores costos que hacerlo respecto de una propiedad entera.

La Reforma del Suelo empleó el instituto para paliar las especulaciones de la tierra y brindar la posibilidad a los habitantes de adquirir una vivienda (Fernández Salas, 2012).

A fin de evitar renovaciones contractuales conflictivas, se la estipulado al derecho de superficie una duración de 99 años. Ella no era heredable, considerando que la descendencia del superficiario podría hacerse de su propio patrimonio.

El 15 de enero de 1919 se dictó la Ordenanza sobre Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsverordnung*), que con algunas reformas se mantiene vigente hasta la fecha. En el año 2007 se transformó la Ordenanza en una Ley sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsgesetz*).

La actual Ley sobre el Derecho de Superficie consta de 34 artículos de fondo. Así:

1. Los arts. 1 a 13, abordan el contenido legal y contractual del derecho, el canon, el rango, la aplicación de las normas sobre predios y la edificación como parte del derecho de superficie.
2. Los arts. 14 a 17, son normas registrales.
3. Los arts. 18 a 22, tratan el financiamiento de la construcción el edificio a través de una hipoteca, entre otros temas.
4. Los arts. 23 a 25, refieren a los seguros de edificación y a la ejecución forzosa de la edificación y del suelo.

5. Los arts. 26 a 34, determinan los efectos de la extinción del derecho (renovación, derecho de reversión, resolución, etc.).

La constitución de una superficie ha resultado sumamente atractiva, desde entonces, para la adquisición de una vivienda. Así lo es, máxime si se lo compara económicamente con la adquisición de una propiedad mediante una hipoteca, por tener ésta costos mayores comparados con el pago de un canon por la superficie. Se ha calculado que media una relación de mitad a total (Baumarkt, 2010).

El derecho alemán se ha dedicado a regular al derecho real de superficie tan sólo en una de sus acepciones, la inmobiliaria. Este derecho a diferencia del italiano, no proscribire la forestal (art. 4217).

4. La superficie en el derecho italiano

En el año 1865 se promulgó el primer Código Civil en Italia. Su texto se encontraba influido por legislación napoleónica; es más, su estructura era idéntica. La obra contenía tres libros, a saber:

- a. Libro Primero, dedicado a las personas.
- b. Libro Segundo, a los bienes, la propiedad y sus cambios.
- c. Libro Tercero, a la forma de adquirir y transmitir la propiedad y otros derechos sobre las cosas.

El art. 446 del Código Civil Italiano de 1865, similar al art. 551 del Código de Napoleón, que introduce a la propiedad superficiaria como a un derecho independiente de la propiedad del titular del suelo. A pesar de ello no se la reconoce como a un derecho real.

En Italia, no obstante que con argumento en el art. 448 del Código Civil de 1865, que se corresponde con el art. 553 del Código francés, también se arguyó en favor del derecho de superficie (De los Mozos, 1972); recién lo incorporó expresamente el Código Civil de 1942, que contiene una valiosa regulación en los arts. 952 a 956 (Alterini, 1997).

En el año 1924, se ha formado una comisión reformadora, que tardó dos décadas en elaborarlo.

Se ha sostenido que es una síntesis de dos modelos antagónicos, el francés y el alemán; más no, su copia atento a que posee características propias que le otorgan autonomía. Su división es diferente a la del Código Napoleónico y no contiene una parte general, como el del derecho alemán (Gonzalez Fortunatti, 2014).

El Código de 1942 es unificador, atento a que unifica el derecho civil con el comercial terrestre y laboral.

El Código Civil de 1942 contiene (The Cardozo Electronic Law Bulletin):

- a. Preámbulo: “Disposiciones de legislación en general” (31 arts.)
- b. Libro Primero: “De las personas y del derecho de familia” (arts. 1-455).
- c. Libro Segundo: “De las sucesiones por causa de muerte” (arts. 456-809).
- d. Libro Tercero: “Propiedad y demás derechos reales” (arts. 810-1172).
- e. Libro Cuarto: “De las obligaciones y los contratos” (arts. 1.173-2059).
- f. Libro Quinto: “De derecho de trabajo” (arts. 2060-2642).
- g. Libro sexto: “De la tutela de los derechos” (arts. 2643-2969).

En particular, en el Libro Tercero, trata a la superficie como a un derecho autónomo, en los arts. 952 a 956.

El art. 952 dice:

Constitución del derecho de superficie. El propietario puede construir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad de ella. Igualmente puede enajenar la construcción de la propiedad ya existente, separadamente de la propiedad del suelo.

El art. 953 pregona: “Constitución por tiempo determinado. Si la constitución del derecho fue hecha por un plazo determinado, a la expiración del derecho de superficie expira y el propietario de la tierra se convierte en el propietario del edificio”.

El art. 954 dispone:

Extinción del derecho de superficie. La extinción del derecho de superficie a la expiración importa la extinción de los derechos reales impuestos por el titular de la superficie. Las cargas impuestas sobre el

terreno que se extiende hasta el edificio, a excepción de las hipotecas, con el primer párrafo del art. 2816. Los contratos de arrendamiento (1596), que se refieren a la construcción, no duran si no fuera por el año en curso siguiente a la fecha de cierre (999). A los que perecen del edificio no importa, salvo pacto en contrario, la extinción del derecho de superficie. El derecho a construir en un terreno ajeno se extingue por la prescripción como consecuencia de la no utilización prolongada durante veinte años (2934 en adelante, 2816).

El art. 2816 impone:

Hipoteca sobre los derechos de superficie. Las Hipotecas que tengan por objeto el derecho de superficie (952 y siguientes) vencen en el caso de la devolución de la superficie en planta propietario de la expiración del plazo. Sin embargo, si el titular de la superficie tiene derecho a una cuota, las hipotecas registradas contra él se resuelven en la misma consideración. Las hipotecas registradas contra el propietario del terreno no se extiende a la superficie. Si otras causas se unen en la misma persona el derecho del propietario de la tierra y la del titular de la superficie, las hipotecas sobre uno y sobre el derecho continúan pesando por separado los derechos mismos.

El art. 955 determina: Construcción debajo de la tierra. Las disposiciones anteriores también se aplicarán en el caso y se ha concedido el derecho de hacer y mantener los edificios debajo del suelo de los demás.

El art. 956 expresa: Prohibición de la propiedad separada de las plantaciones. La plantación de la propiedad no puede establecerse o transferir (821) por separado de la propiedad de la tierra.

Entonces, del art. 952 podemos afirmar que se vislumbran dos situaciones:

- a. El derecho del superficiario sobre el suelo (hacer y mantener construcción).
- b. El derecho del superficiario de propiedad sobre la construcción.

Extinguido el derecho, como derecho temporario que es, se extingue en un plazo determinado. Acaecido ello, todo lo celebrado en torno a él y vuelve a cabeza del titular dominial lo cedido.

La no construcción no extingue el derecho, a menos que no se efectuó actividad alguna por el plazo de veinte años.

La superficie legislada por el código italiano es la edilicia; estando proscripta la forestal.

La superficie edilicia refiere a lo construido sobre el vuelo del suelo o por debajo de él (subsuelo).

5. La superficie en el derecho español

Transcurrida la Segunda Guerra Púnica, Roma dominaba España.

La Segunda Guerras Púnica o Guerra de Aníbal o Guerra contra Aníbal, se prolongó desde el año 218 hasta el año 201 A.C. y participaron combatientes en el Mediterráneo occidental y oriental. El conflicto se estableció entre Cartago y la República Romana. Se les llama "Guerras Púnicas" debido la palabra latina *Punici*, derivada de *Phoenici*, hace referencia a Cartago de ascendencia Fenicia (Historia Universal, 2010).

El conflicto inició cuando Cartago capturó la ciudad ibérica de Sagunto, un aliado nominal de Roma. El general cartaginés Aníbal estaba decidido a aniquilar a Roma. A falta de un poder naval, Aníbal tuvo un gran ejército, incluido elefantes a través de Francia y sobre los Alpes en Italia. La llegada del ejército de Aníbal en Italia desencadenó numerosas rebeliones contra el dominio romano y Aníbal derrotó decisivamente a Roma en una serie de batallas aplastantes sobre los ejércitos romanos como la batalla de la Trebia y la emboscada en el Lago de Trasimeno donde las tropas romanas fueron cercadas y destrozadas. Roma se basó en el empleo de la Estrategia de Fabián Máximo (dictador romano) quien decidió evitar el conflicto directo con Aníbal en Italia, sino mantenerlo ocupado mientras que los romanos fueron capaces de conquistar con éxito la región de Iberia. Aníbal no tenía equipo de asedio adecuados para tomar Roma y no podía llamar a los refuerzos de Cartago por falta de poder naval. El general Asdrúbal proveería a Aníbal en los

Alpes con un segundo ejército, pero fue derrotado antes de llegar a Aníbal (Historia universal, 2010).

Como era costumbre, el Senado romano enviaba una comisión de diez hombres al pueblo dominado. Ellos se reunían con el jefe victorioso; y este grupo, con los principales gobernantes de los perdidosos. Quienes acataban sus preceptos, eran premiados con un *status* similar a la de los ciudadanos romanos. Así por cuanto se les concedía cierta autonomía de gobierno y privilegios especiales.

En el año 132 D.C. los romanos dictaron leyes denominadas *Lex Proventiae* o *Formula Proventiae*, desconociéndose aún su contenido (Munguijón y Adrián, 1927).

Tito Flavio Vespasiano, Emperador del Imperio Romano desde el año 69 hasta su muerte -23/06/79-) concedió el derecho latino a toda España.

Caracalla, nacido como *Lucius Septimius Bassianus*, fue un emperador romano (211–217), con el nombre oficial de *Marcus Aurelius Severus Antoninus Augustus*. Aquél sobrenombre se debe a una capa larga de origen galo cuyo uso introdujo en Roma. Él fue quien otorgó ciudadanía romana a todos los súbditos ingenuos, aplicándose en su totalidad el derecho romano (aunque de cierto modo convivía con el derecho indiano).

En el año 506 Alarico II (Rey de los visigodos desde el año 484 hasta el 507), publicó el “Código o Brevario de Alarico”. Éste era una colección de derecho romano destinada a la raza hispano – latina. De este modo, el derecho romano cobró absoluto vigor (Margadant, 1960).

El Fuero Juzgo o *Liber Judiciorum* o *Lex Gothica*, código legal visigodo promulgado primero por Recesvinto en el año 654 y posteriormente, en una versión completada, por Ervigio (681). Esta versión romance se ha atribuido tradicionalmente a Fernando III (Prieto Bances, 1948). El Fuero Juzgo se aplicó a godos e hispanos – romanos. Su esencia fue una transacción entre el rigorismo derecho romano, las costumbres godas respetuosas de los derechos humanos y el sentido común del derecho canónico.

La “Etimología de San Isidoro de Sevilla” (*Etymologiae u Originum sive etymologiarum libri viginti*), importó la continuación de las enseñanzas romanas, a pesar de la invasión árabe (Siglo VII). El procedimiento de enseñanza que lo caracteriza, le da su nombre. Éste se basaba en la

explicación de cada palabra relacionándola con el tema. Fue escrita por Isidoro poco antes de su muerte, en la plena madurez (627–630), a petición de Braulio, obispo de Zaragoza. Fue uno de los textos más usados durante la Edad Media y el Renacimiento, posibilitándose de este modo, la perpetuación de la cultura romanística.

En el Siglo XI el derecho romano fue objeto de estudio científico. Un siglo después, sí lo fue. Allí cobró renombre la Escuela de Bologna donde grandes jurisconsultos acudían a escuchar las enseñanzas de Irnerio, fundador de la Escuela de los Glosadores. Ella se caracterizaba por empelar junto con el método de trabajo basado en la glosa, el proceso de sacralización al que fueron sometidos los textos justinianeos, al tiempo que se les atribuía una autoridad cercana a la religión bíblica, fue nota caracterizadora del íter seguido por los glosadores (Díaz Bautista 1987). En el Siglo XIII, la *Glossa ordinaria* o *Magistralis*, obra de Francisco Arcussio, compendio de las principales glosas, cerró este trabajo.

En el Siglo XIV la Escuela de los Bartolistas, impuso el resurgimiento de la jurisprudencia romana científica. Su creador, Bartolo de Sasso Ferrato, descartó a la glosa e impuso la dialéctica romana, adaptándolo a la práctica.

Las invasiones sarracenas (siglos IV a XIII) confinan la cultura científica y desintegran el imperio de Carlomagno. Europa fue penetrada por vikingos y sarracenos, que llegaron por mar, y los húngaros, que vinieron por tierra. Luis el Piadoso el Imperio Carolingio fue incapaz de resistirlos. De esta manera, durante los siglos IX y X, Europa Occidental estuvo a merced de las bandas invasoras.

Desde fines del Siglo XII y a principios del Siglo XIII, comienzan a cobrar preponderancia los jurisconsultos canónicos, concedores del derecho romano.

El Código de las Siete Partidas fue redactado durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), en la Corona de Castilla. Es un cuerpo jurídico, caracterizado por la uniformidad jurídica del Reino, continuó el legado del romano.

Fernando III de Castilla, llamado: “el Santo”, fue rey de Castilla entre 1217 y 1252 y de León entre 1230 y 1252. Cuando accedió al trono, en 1217, su reino no rebasaba apenas 150.000 kilómetros cuadrados; en 1230, al heredar León, añade otros 100.000 kilómetros cuadrados y, a base de

conquistas ininterrumpidas, logrará hacerse con 120.000 kilómetros cuadrados más. Fue canonizado en 1671, siendo papa Clemente X, y reinando en España Carlos II (Richard, 2011).

Fernando III formó un Consejo de Sabios y comenzó a elaborar el *Septenario*, obra aprobada unificadora del derecho, por su hijo, Alfonso X, atento a su muerte antes de que ello sucediese.

Alfonso X, Rey Sabio, Rey de Castilla entre 1252 y 1284, continuó con esa línea de trabajo, dando lugar al “Fuero Real” (recoge la tradición jurídica española) y a las “Siete Partidas” (recoge el derecho romano y el derecho canónico -1256/1263-).

A pesar de la publicación de las Partidas en España se siguieron utilizando el Fuero Juzgo, el Fuero Real y fueros municipales.

En ese período fue sumamente difícil dilucidar la aplicación del derecho real de superficie atento a que las relaciones jurídicas giraban sobre la propiedad rústica (González Martínez, 2009).

No faltan en los Fueros (por ejemplo en el de Pajares León (...)) preceptos sobre las facultades que al solariego se le conceden para abandonar el suelo, llevándose los muebles, entre los cuales figuran los materiales de construcción, que no estén íntimamente unidos al terreno. Como así tampoco faltan en las Ordenanzas de los Consejos autorizaciones para que en sus montes se hicieran zahúrdas y asientos para la cría de puercos o ganados, que corresponden a las cabañas de los precuarrii romanos. Ni dejan de existir al lado de nuestras catedrales edificios destinados a las necesidades del culto, venta de objetos piadosos y habitación de tejedores, azabacheros, bordadores, labrantes, albañiles que gozan de un derecho de superficie, teniendo sus casas en terrenos de la Iglesia (González Martínez, 2009, p. 254).

Recién en la Ley 74, integrante de las Leyes de Toro que fueron promulgadas en las Cortes de Toro en 1505, apareció una reseña del superficiario asimilable al titular del derecho de enfiteusis. Es un derecho real y perpetuo en cuya virtud, el titular (enfiteuta) puede usar y disfrutar de la cosa ajena de la manera más amplia, salvo dos obligaciones substanciales de conducirse como se conduce en su casa un buen padre de familia, y de pagar una renta o pensión anual. Se trata entonces de un derecho sobre cosa ajena,

que se aproxima al derecho de propiedad. Puede recaer sobre cualquier tipo de bien, mueble o inmueble, pero en la práctica sólo lo hizo sobre fundos rústicos, a su vez, el uso y disfrute de la cosa es ilimitado, y perpetuo, o por lo menos a plazo muy largo, en la práctica, para más de 100 años. El propietario se desprende, entonces, del *ius utendi*, del *ius fruendi*, y conserva para sí, de forma muy limitada el *ius abutendi* (Filosofía & Derecho, 2011).

En 1562 se dicta la “Nueva Recopilación de las Leyes de España”, cuya nueva edición es encargada a Juan de Reguera Valdelomar, quien la presenta en 1802 y se la conoce con el nombre de la “Novísima Recopilación”.

La Novísima Recopilación, redujo a un solo cuerpo la normativa existente. En ella existen pocas disposiciones referidas al *ius superficiarium* (González, 1922):

1. Ley Octava, Título XIII, Libro X, una nota refiere:

Siempre que cualquiera dueño de las casas del Real Sitio de Aranjuez quiera vender alguna o algunas, sea obligado a hacerlo saber a los Oficiales de dicho Sitio Real, para que dando éstos noticias de ello, pueda S.M. tomarlas por el tanto, como dueño del suelo en que están edificadas (González, Jerónimo, 1922, p. 256).

2. La Ley Cuarta, Título XXIII, Libro VII, contenía reglas que debían respetarse para aumentar las habitaciones y conceder solares o casas bajas a censos reservativos al solicitar que fueran edificadas o reconstruidas.
3. La Ley 20, Título XXIV, Libro VII, concedía plantaciones en las orillas pantanosas o insalubres de ciertos ríos.

En 1861, se sanciona la Ley Hipotecaria. En el art. 107, punto 5, permite gravar con hipoteca al derecho real de superficie, siempre y cuando se salvaguarden los derechos de propiedad. Igual texto se repite en las reformas de la Ley Hipotecaria de los años 1862 y 1942 (Pantoja y Llovet, 1861).

El referido artículo dispone:

Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan:

Primero.- El edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del

derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado ...

Quinto.- Los derechos de superficie, pastos, aguas leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes de la propiedad.

El art. 16 del Reglamento hipotecario estatuye en el inc. 2º:

2. El derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, haciendo suyas las edificaciones resultantes, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3º. del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas para su establecimiento.

b) (Anulado por el art. 1 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por Sentencia del TS de 31 de enero de 2001. Ref. BOE-A-2001-6394).

c) (Anulada el art. 1 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por Sentencia del TS de 24 de febrero de 2000. Ref. BOE-A-2000-7605.)

d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción.

Aquí se consideró al derecho de superficie como a un derecho real, que podía tener por objeto la edificación o la plantación en suelo ajeno. En el contrato constitutivo podía pactarse o no el pago de un canon. La forma más usual era la onerosa. Es por ello que se la ha considerado como una especie de censo (Castán Tobeñas, 1994). Éste es el derecho real constituido sobre inmuebles fructíferos que faculta para exigir un canon o pensión anual con cargo a los frutos de aquéllos.

Junto con Ley Hipotecaria debe referenciarse la Ley de Suelo Española. Este texto normativo regula los derechos y obligaciones de los propietarios de terrenos. Refiere al derecho urbanístico, abordando el derecho a edificar y el valor del suelo. La primera de ellas fue promulgada en el año 1956 y la más reciente data del año 2008, cuyo texto fue modificado en el año 2015.

La Ley de Suelo del año 2008 trata al derecho de superficie en los arts. 40 y 41; y el 1º determinan su objeto. Así:

1. El art. 1º dispone:

Objeto de esta ley.

Esta ley regula, para todo el territorio estatal, las condiciones básicas que garantizan:

a) La igualdad en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales, relacionados con el suelo.

b) Un desarrollo sostenible, competitivo y eficiente del medio urbano, mediante el impulso y el fomento de las actuaciones que conducen a la rehabilitación de los edificios y a la regeneración y renovación de los tejidos urbanos existentes, cuando sean necesarias para asegurar a los ciudadanos una adecuada calidad de vida y la efectividad de su derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada.

Asimismo, establece esta ley las bases económicas y medioambientales del régimen jurídico del suelo, su valoración y la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en la materia.

2. El art. 40 determina:

Valoración del suelo en régimen de equidistribución de beneficios y cargas.

1. Cuando, en defecto de acuerdo entre todos los sujetos afectados, deban valorarse las aportaciones de suelo de los propietarios partícipes en una actuación de urbanización en ejercicio de la facultad establecida en la letra c) del apartado 2 del artículo 13, para ponderarlas entre sí o con las aportaciones del promotor o de la Administración, a los efectos del reparto de los beneficios y cargas y la adjudicación de parcelas resultantes, el suelo se tasará por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación.

2. En el caso de propietarios que no puedan participar en la adjudicación de parcelas resultantes de una actuación de urbanización por causa de la insuficiencia de su aportación, el suelo se tasará por el valor que le correspondería si estuviera terminada la actuación, descontados los gastos de urbanización correspondientes incrementados por la tasa libre de riesgo y la prima de riesgo.

3. El art. 41 establece:

Régimen de la valoración.

La valoración se realiza, en todo lo no dispuesto en esta ley:

a) Conforme a los criterios que determinen las Leyes de la ordenación territorial y urbanística, cuando tenga por objeto la verificación de las operaciones precisas para la ejecución de la ordenación urbanística y, en especial, la distribución de los beneficios y las cargas de ella derivadas.

b) Con arreglo a los criterios de la legislación general de expropiación forzosa y de responsabilidad de las Administraciones Públicas, según proceda, en los restantes casos.

De esta forma se intenta establecer una valuación no sobredimensionada de suelo, a fin de facilitar el acceso a una vivienda por parte de aquellos quienes no pueden adquirir la propiedad del suelo.

Los Códigos Civiles de 1851 y 1882, en el art. 359, vuelen a la doctrina romana pura de la accesión, pero conciben al derecho de superficie como a una especie de contrato (enfiteusis, renta o arrendamiento) (González Martínez, 2009).

Como en el derecho español, el sistema de creación de los derechos reales es abierto, nada obsta lo expuesto a que también pueda ser transmitido como un derecho real.

En prieta síntesis, siguiendo las palabras de Diez Picazo y Gullón puede decirse que (Diez Picazo y Gullón, 1977):

1. El derecho al goce de una vivienda digna es uno de los dogmas constitucionales impuestos en su carta magna.

El art. 47 de la Constitución Española dispone: “Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, que genere la acción regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La

comunidad participará en las plusvalías urbanística de los entes públicos”.

2. La Ley de suelo del 12 de mayo de 1956, introduce el derecho de superficie. Esa ley fue reformada en los años 1976, 1998 y 2008.
3. La Ley Hipotecaria, en su reforma del año 1959, es la que regula su implementación.

6. Conclusiones

El derecho real de superficie es una herramienta jurídica con una historia larga que se remonta hasta el Derecho Romano. Si bien su génesis, tal vez ha sido discutida, es la labor del pretor quien obsta a su nacimiento.

El derecho de superficie ha nacido como un derecho personal, como una especie de locación con connotaciones propias. Luego el pretor le dio protección al superficiario, legitimándolo con un interdicto. El derecho romano postclásico fue el momento en el cual se le otorgó el carácter de derecho real (Roca Sastre, 1961). Su primera protección fue el interdicto de *superficiebus* y luego, la *actio de superficie* (Alvarez Caperochipi, 1987).

La superficie nació como un remedio a una situación poblacional, con su carácter edilicio. Razones económico sociales fueron las que motivaron su creación y la concepción de una propiedad separada del suelo.

Lo propio aconteció en Alemania y en Italia. Italia, a diferencia de Alemania, proscribió expresamente la superficie forestal. España, en cambio, ha admitido los dos tipos de superficies: la edilicia y la forestal.

Capítulo 4: Derecho real de superficie en el Derecho Español

1. Consideraciones preliminares.
3. La concepción del derecho de propiedad.
 - 2.1. La propiedad desde el punto de vista del derecho constitucional.
 - 2.2. La propiedad desde el punto de vista del derecho civil.
 - 2.1.1. La extensión del derecho de propiedad y su contenido.
 - 2.1.2. El suelo.
3. Los derechos reales en España.
4. La definición del derecho de superficie.
5. Tipos de superficies contempladas.
6. Caracteres.
7. Naturaleza jurídica.
8. Elementos:
 - 8.1. Los elementos personales.
 - 8.2. El elemento real.
 - 8.3. El elemento formal.
 - 8.4. El elemento temporal.
9. El derecho de superficie y el derecho común y el urbanístico.
10. El derecho de superficie y el derecho de accesión.
 - 10.1. La propiedad del suelo.
 - 10.2. El derecho de accesión y la superficie.
11. Ámbito de aplicación del derecho.
 - 11.1. Onerosidad vs. gratuidad.
 - 11.2. Derechos del superficiario.
 - 11.2.1. Transmisibilidad.
 - 11.2.2. Gravamen.
 - 11.2.3. Facultad de división horizontal.
 - 11.3. Derechos del titular del suelo.
 - 11.3.1. Gravamen y transmisibilidad.

11.3.2. Hipoteca.

11.4. La extinción del derecho de superficie.

11.5. Efectos de la extinción del derecho de superficie.

12. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

La elección de España, como objeto de estudio y comparación con el derecho real que rige en la Argentina, obedece a que las raíces de nuestro derecho han sido cimentadas sobre sus bases.

No obstante ello, en materia de derechos reales difieren en determinados principios, partiendo del sistema de creación de ese tipo de derechos. El país del viejo continente impone como principio rector el del *numerus apertus* o número abierto; a diferencia del nuestro, que lo es el del *numerus clausus* o número cerrado.

El derecho de propiedad, como ellos denominan a nuestro derecho real de dominio, comparte esencia con el argentino; al igual que el derecho de superficie.

En relación a la superficie corresponde mencionar que, una de sus modalidades no se encuentra expresamente contemplada en nuestro derecho, que es aquella cuyo titular dominial es el Estado.

A fin de adentrarnos en el desarrollo del presente capítulo, habremos de partir de la concepción del derecho de propiedad, para finalizar con el estudio atomizado del derecho de superficie.

2. La concepción del derecho de propiedad

2.1. La propiedad desde el punto de vista del derecho constitucional

La propiedad es un concepto jurídico recogido en el artículo 33 de la Constitución Española, del año 1978. La norma se encuentra ubicada en el Título I, intitulado: "De los derechos y deberes fundamentales", Capítulo Segundo: "Derechos y libertades", Sección 2ª: "De los derechos y deberes de los ciudadanos".

Su texto impone:

Se reconoce el derecho a la propiedad privada y a la herencia.

La función social de estos derechos delimitará su contenido, de acuerdo con las leyes.

Nadie podrá ser privado de sus bienes y derechos sino por causa justificada de utilidad pública o interés social, mediante la correspondiente indemnización y de conformidad con lo dispuesto por las leyes

Lo cierto es que no se encuentra ubicada en el listado de los derechos fundamentales reconocidos por esa carta magna. Ello importa que la conculcación del derecho de propiedad no puede ser objeto de un recurso de amparo. El fundamento lo radica en su no inclusión en los arts. 15 a 29 de la Constitución Española, en donde se enumeran los derechos fundamentales. Entre ellos encontramos:

1. En el art. 15, el derecho a la vida y a la integridad física y moral, bajo el siguiente texto:

Todos tienen derecho a la vida y a la integridad física y moral, sin que, en ningún caso, puedan ser sometidos a tortura ni a penas o tratos inhumanos o degradantes. Queda abolida la pena de muerte, salvo lo que puedan disponer las leyes penales militares para tiempos de guerra

2. En el art. 16, los derechos a la libertad ideológica, religiosa y de culto y a la no obligación de declarar en contra de las creencias, bajo el siguiente texto:

1. Se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación, en sus manifestaciones, que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley.
2. Nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias.
3. Ninguna confesión tendrá carácter estatal. Los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones.

3. En el art.17, el derecho a la identidad y a la seguridad, bajo el siguiente texto:

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, sino con la observancia de lo establecido en este artículo y en los casos y en la forma previstos en la ley.
2. La detención preventiva no podrá durar más del tiempo estrictamente necesario para la realización de las averiguaciones tendentes al esclarecimiento de los hechos, y, en todo caso, en el plazo máximo de setenta y dos horas, el detenido deberá ser puesto en libertad o a disposición de la autoridad judicial.
3. Toda persona detenida debe ser informada de forma inmediata, y de modo que le sea comprensible, de sus derechos y de las razones de su detención, no pudiendo ser obligada a declarar. Se garantiza la asistencia de abogado al detenido en las diligencias policiales y judiciales, en los términos que la ley establezca.
4. La ley regulará un procedimiento de "habeas corpus" para producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente. Asimismo, por ley se determinará el plazo máximo de duración de la prisión provisional.

4. En el art. 18, los derechos al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen; la inviolabilidad del domicilio; la inviolabilidad de la correspondencia; el secreto de las comunicaciones, bajo el siguiente texto:

1. Se garantiza el derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen.
2. El domicilio es inviolable. Ninguna entrada o registro podrá hacerse en él sin consentimiento del titular o resolución judicial, salvo en caso de flagrante delito.
3. Se garantiza el secreto de las comunicaciones y, en especial, de las postales, telegráficas y telefónicas, salvo resolución judicial.
4. La ley limitará el uso de la informática para garantizar el honor y la intimidad personal y familiar de los ciudadanos y el pleno ejercicio de sus derechos.

5. En el art. 19, los derechos de libre elección de la residencia y de libre circulación, bajo el siguiente texto:

Los españoles tienen derecho a elegir libremente su residencia y a circular por el territorio nacional.

Asimismo, tienen derecho a entrar y salir libremente de España en los términos que la ley establezca. Este derecho no podrá ser limitado por motivos políticos o ideológicos.

6. En el art. 20, los derechos enumerados en el punto 1, bajo el siguiente texto:

1. Se reconocen y protegen los derechos:

a) A expresar y difundir libremente los pensamientos, ideas y opiniones mediante la palabra, el escrito o cualquier otro medio de reproducción.

b) A la producción y creación literaria, artística, científica y técnica.

c) A la libertad de cátedra.

d) A comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. La ley regulará el derecho a la cláusula de conciencia y al secreto profesional en el ejercicio de estas libertades.

2. El ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa.

3. La ley regulará la organización y el control parlamentario de los medios de comunicación social dependientes del Estado o de cualquier ente público y garantizará el acceso a dichos medios de los grupos sociales y políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad y de las diversas lenguas de España.

4. Estas libertades tienen su límite en el respeto a los derechos reconocidos en este Título, en los preceptos de las leyes que lo desarrollen y, especialmente, en el derecho al honor, a la intimidad, a la propia imagen y a la protección de la juventud y de la infancia.

5. Sólo podrá acordarse el secuestro de publicaciones, grabaciones y otros medios de información en virtud de resolución judicial.

7. En el art. 21, el derecho de reunión pública y pacífica, bajo el siguiente texto:

1. Se reconoce el derecho de reunión pacífica y sin armas. El ejercicio de este derecho no necesitará autorización previa.

2. En los casos de reuniones en lugares de tránsito público y manifestaciones se dará comunicación previa a la autoridad, que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes.

8. En el art. 22, el derecho de asociación, bajo el siguiente texto:

1. Se reconoce el derecho de asociación.
2. Las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito son ilegales.
3. Las asociaciones constituidas al amparo de este artículo deberán inscribirse en un registro a los solos efectos de publicidad.
4. Las asociaciones sólo podrán ser disueltas o suspendidas en sus actividades en virtud de resolución judicial motivada.
5. Se prohíben las asociaciones secretas y las de carácter paramilitar.

8. En el art. 23, el derecho a participar en los asuntos públicos, bajo el siguiente texto:

1. Los ciudadanos tiene el derecho a participar en los asuntos públicos, directamente o por medio de representantes, libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal.
2. Asimismo, tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, con los requisitos que señalen las leyes.

9. En el art. 24, el derecho a la tutela jurisdiccional, bajo el siguiente texto:

1. Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión.
2. Asimismo, todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.
La ley regulará los casos en que, por razón de parentesco o de secreto profesional, no se estará obligado a declarar sobre hechos presuntamente delictivos.

10. En el art. 25, los derechos al juicio justo y a la reinserción social, bajo el siguiente texto:

1. Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.
2. Las penas privativas de libertad y las medidas de seguridad estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados. El condenado a pena de prisión que estuviere cumpliendo la misma gozará de los derechos fundamentales de este Capítulo, a excepción de los que se vean expresamente limitados por el contenido del fallo condenatorio, el sentido de la pena y la ley penitenciaria. En todo caso, tendrá derecho a un trabajo remunerado y a los beneficios correspondientes de la Seguridad Social, así como al acceso a la cultura y al desarrollo integral de su personalidad.
3. La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad.

11. En el art. 26, el derecho que deviene de la siguiente proscripción, cuyo texto dice:

Se prohíben los Tribunales de Honor en el ámbito de la Administración civil y de las organizaciones profesionales.

12. En el art. 27, los derechos a la educación y a la libertad de enseñanza, bajo el siguiente texto:

1. Todos tienen el derecho a la educación. Se reconoce la libertad de enseñanza.
2. La educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales.
3. Los poderes públicos garantizan el derecho que asiste a los padres para que sus hijos reciban la formación religiosa y moral que esté de acuerdo con sus propias convicciones.
4. La enseñanza básica es obligatoria y gratuita.
5. Los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados y la creación de centros docentes.
6. Se reconoce a las personas físicas y jurídicas la libertad de creación de centros docentes, dentro del respeto a los principios constitucionales.

7. Los profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca.

8. Los poderes públicos inspeccionarán y homologarán el sistema educativo para garantizar el cumplimiento de las leyes.

9. Los poderes públicos ayudarán a los centros docentes que reúnan los requisitos que la ley establezca.

10. Se reconoce la autonomía de las Universidades, en los términos que la ley establezca.

13. En el art. 28, el derecho a sindicarse libremente y el derecho a huelga, bajo el siguiente texto:

1. Todos tienen derecho a sindicarse libremente. La ley podrá limitar o exceptuar el ejercicio de este derecho a las Fuerzas o Institutos armados o a los demás Cuerpos sometidos a disciplina militar y regulará las peculiaridades de su ejercicio para los funcionarios públicos. La libertad sindical comprende el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, así como el derecho de los sindicatos a formar confederaciones y a formar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas. Nadie podrá ser obligado a afiliarse a un sindicato.

2. Se reconoce el derecho a la huelga de los trabajadores para la defensa de sus intereses. La ley que regule el ejercicio de este derecho establecerá las garantías precisas para asegurar el mantenimiento de los servicios esenciales de la comunidad.

14. En el art. 29, el derecho a peticionar individual y colectivamente, bajo el siguiente texto:

1. Todos los españoles tendrán el derecho de petición individual y colectiva, por escrito, en la forma y con los efectos que determine la ley.

2. Los miembros de las Fuerzas o Institutos armados o de los Cuerpos sometidos a disciplina militar podrán ejercer este derecho sólo individualmente y con arreglo a lo dispuesto en su legislación específica.

Cual se infiere, el derecho de propiedad no figura en la mentada enumeración. Sí lo hace en el art. 33 de la Constitución española, en donde se efectúan las siguientes proclamas:

1. En el primer párrafo: Otorga rango constitucional a los derechos a la propiedad privada y a la herencia.
2. En el segundo párrafo: Consagra la función social de la propiedad.
3. En el tercer párrafo: Establece la inviolabilidad de la propiedad, a menos que expropiación. En este supuesto deberá existir:
 - a. Causa justificada de utilidad pública o interés social.
 - b. La correspondiente indemnización.
 - c. La determinación legal de ella.

Por ser un precepto constitucional, su regulación debe encontrarse contenida en una ley nacional. Así el art. 348 del Código Civil español establece que la propiedad es "un derecho a gozar y disponer de la cosa sin más limitaciones que las establecidas en las leyes".

La interpretación de esta norma de fondo no puede colegir en que el dominio es un concepto abstracto. Los motivos radican en la progresiva incorporación de las finalidades sociales. Estas se corresponden con el uso y aprovechamiento de los bienes sobre los cuales recae el derecho de propiedad. (Sup.Trib.Constitucional, en pleno, 1987).

El derecho de propiedad fue concebido como un derecho individual hasta el año 1978; allí cobró cariz social, revistiendo el carácter de una institución jurídica objetiva limitada por el interés social.

Por lo tanto, la concepción plasmada por la Constitución Española de la propiedad se encuentra integrada por un tinte individualista y un tinte social. Ambos constituyen un contenido inescindible a la hora de determinar su alcance.

Por ser un derecho estatutario, la configuración del derecho de propiedad recae en manos del Estado, quien puede modificarlo.

La Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones N° 6/1998, referida al régimen urbanístico, confirma que la propiedad privada desaparece cuando el suelo se ve afectado por un proceso urbanizador; atento a que éste prima por sobre aquél. Tal vez, en este supuesto pueda afirmarse que, el derecho de propiedad abandona entonces el ámbito del derecho civilista.

La Ley del Suelo N° 8/2007, del 8/5/2007, también afecta al art. 22 de la Constitución Nacional. La Exposición de Motivos de esta ley ofrece tres razones que imponen su aprobación en esas condiciones; a saber:

1. Las ocho innovaciones legislativas producidas en los doce últimos años importan una limitación al desarrollo de competencias de las Comunidades Autónomas.
2. No se regulan técnicas urbanísticas como los tipos de planes o las clases de suelo. Ello importa que la ley no se defina como urbanísticas, sino como régimen del suelo, cuya competencia corresponde al Estado en virtud de lo normado por el primer párrafo del art. 149.1.1 de la Constitución española.
3. La ley recoge la preocupación de la Comunidad Europea en relación a la consideración del valor medioambiental del suelo urbano y rural.

A esos fines el Gobierno dictó, mediante delegación legal, el Real Decreto Legislativo Nº 2/2008, del 20/06/2008, que aprueba la Ley del Suelo.

En el ámbito del derecho español también rigen las regulaciones de propiedad efectuadas por el Consejo Europeo. El Protocolo Adicional, del 20/03/1952, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ratificado por España el 02/11/1990, reconoce en su art. 1º el derecho a la propiedad privada.

Su texto, intitulado: "Protección de la propiedad", dispone:

Toda persona física o jurídica tiene derecho al respeto de sus bienes.

Nadie podrá ser privado de su propiedad sino por causa de utilidad pública y en las condiciones previstas por la ley y los principios generales del Derecho Internacional.

Las disposiciones precedentes se entienden sin perjuicio del derecho que tienen los Estados de dictar las leyes que estimen necesarias para la reglamentación del uso de los bienes de acuerdo con el interés general o para garantizar el pago de los impuestos, de otras contribuciones o de las multas.

La norma transcrita consagra:

1. El derecho a la propiedad privada que ostenta toda persona física o moral.
2. La proscripción de su privación sin que medie causa de utilidad pública, legalmente prevista.
3. El derecho de los Estados a sancionar sus leyes a los fines de la reglamentación derecho de propiedad, que deberá hacerse

conforme el interés general o la garantía del pago de impuestos u otras tributos (contribuciones o multas).

De lo expuesto se colige que, la concepción individual y social de la propiedad de la Constitución Española, trasciende el derecho de propiedad del Código Civil Español.

La titularidad dominial referencia a un derecho real de ejercer todas las facultades que el derecho imprime a su dueño sobre un bien, cuya génesis refiere al derecho romano.

Las mentadas facultades no se encuentran identificadas en la definición que la normativa de fondo española brinda al derecho de dominio.

Tal vez, se podría afirmar que se asimila a la primigenia dada por Vélez Sarsfield en el Código Civil argentino.

2.2. La propiedad desde el punto de vista del derecho civil

2.2.1. La extensión del derecho de propiedad y su contenido

El derecho de propiedad, en el sistema jurídico español, sólo se encuentra circunscripto por la delimitación catastral o perimetral. Su extensión es ilimitada.

Lo expuesto da contenido a la teoría del interés del propietario formulada por Ihering, que adiestra el ámbito tridimensional de la propiedad. Éste llega hasta donde lo haga el interés del su propietario (Rogel Vide, 2010; Corvo López, 2010; Castán Tobeñas, 1957 y González, 2008). El jurista sostenía que el dominio del suelo comprende el espacio y el subsuelo con el único límite del interés del dueño. Ello era conteste con la llamada “jurisprudencia de los intereses”, en la que prima el interés enfrentado.

La extensión vertical de la propiedad es ilimitada. En cuanto a su límite se ha dicho que esa no delimitación importa una exageración del gusto oriental (González, 2008); por cuanto, nadie puede llegar a las estrellas y que los infiernos no tienen, propiamente, acomodo en las entrañas de la tierra (Vide, 2016).

No obstante ello, debe aclararse que el art. 350 del Código Civil español, no induce ni introduce, como límite, al interés del propietario.

2.2.2.El suelo

La palabra suelo, que deviene del latín *solum*, alude a la superficie de la tierra. Y con aquélla se alude a la heredad o fundo.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo, aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 (20/06/2008) y modificado por la Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas, no contiene una definición del suelo.

Ese plexo normativo en su Exposición de Motivos refiere al suelo como a un recurso económico, natural, escaso y no renovable. A lo largo de su articulado se limita a la división del suelo en rural – destinado al uso agrícola, ganadero, forestal, cinegético o a cualquier otro vinculado a la utilización racional de los recursos naturales- y urbanizado -esté o no edificado, destinado a ese fin-.

Empero sí define: finca y parcela, en el art. 17.1. a esos efectos dice que:

1. Finca es “la unidad de suelo o de edificación ... que puede situarse en la rasante, el vuelo o el subsuelo”.

La finca es una porción de superficie terrestre. Estos son identificados con referencias relacionadas con los puntos cardinales y el sistema métrico decimal. La identificación ha evolucionado hasta llevar la operación geométrica a los archivos registrales correspondientes.

2. Parcela es “la unidad de suelo, tanto en la rasante como en el vuelo o en el subsuelo, que tenga atribuida edificabilidad y uso, o solo uso urbanístico independiente”.

Entonces, tanto las fincas como las parcelas pueden estar situadas en el vuelo, el subsuelo o la rasante.

La rasante es la parte delimitada y medida de la faz de la tierra, que puede ser objeto de deslinde o amojonamiento.

El art. 6 del Real Decreto Legislativo 1/2004, del 5 de marzo de 2004, que aprueba el Texto Refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario prescribe que se considerarán a los fines de la inscripción la parcela o parte del suelo enclavada

en un término municipal y cerrada por una línea poligonal que la delimita su ámbito espacial; como así también, las construcciones emplazadas.

Esa concepción bidimensional de la tierra fue superada por la tridimensional (suelo, vuelo y subsuelo).

3. Los derechos reales en España

A diferencia del sistema argentino, el derecho español no establece una tipología sistemática y taxativa de los derechos reales. El sistema imperante en materia de creación de los derechos reales es el *numerus apertus*.

La voluntad de las partes es la que impera en materia de creación de los derechos reales. Ellas son quienes pueden crear los derechos que consideren oportunos.

Tal vez podría decirse que, su contracara es el *numerus clausus* o número cerrado, que impone lo contrario y que su creación sólo puede tener causa en la ley. Este sistema, de raigambre romana tiene por fin principal la no disminución del valor absoluto de la propiedad.

El sistema de número abierto nace en la Edad Media, con el feudalismo. Éste sistema se caracterizaba por la puesta, prácticamente, fuera del comercio de la propiedad. Así por cuanto, el uso que se le daba a la misma lo era solamente en beneficio de los señores feudales. Su comercio se vinculaba al enriquecimiento y a su señorío (Torres Vásquez, 2006).

En esa época ha nacido el sistema de las vinculaciones, donde se encontraba dividida la propiedad. En ese sistema coexistían tanto el dominio directo como el dominio útil. Este tipo era denominado propiedad de manos muertas, tipo integrado también por los mayorazgos y las capellanías.

Entrado el Siglo XVIII, se ha vuelto al sistema de la propiedad desvinculada. Ese retorno se produjo principalmente, luego de la Revolución Francesa de 1789 (Álvarez Caperochipi, 2005).

El sistema de número abierto no importa que las partes puedan crear o modificar los derechos reales existentes a su libre albedrío. Existen principios de orden público que limitan o cercenan su contenido.

Ello es así, aún cuando no medie precepto legal que imponga esa proscripción (Planiol, 1996).

En el sistema del *numerus apertus* prima el principio de la autonomía de la voluntad o autonomía privada.

La autonomía privada es el poder de dictarse a sí mismo la ley o el precepto; es el poder de gobierno de uno sobre sí mismo (Díez-Picazo, 1997).

La autonomía privada refiere al ámbito de autodeterminación de la persona. Es su propia libertad en ejercicio de sus facultades jurídicas (Román García, 1994).

Es el poder que tiene un sujeto para reglamentar y ordenar las relaciones jurídicas de las que forma o formará parte (Díez-Picazo, 1997).

Ese poder no es absoluto. El Estado es quien proporciona una esfera de acción al individuo, dentro de la cual él podrá desenvolverse con total libertad, dictando sus leyes.

Esa esfera de acción se ve enmarcada por el orden público, la moral y las buenas costumbres.

Los propietarios gozan en, ese aspecto, de la máxima libertad para la producción de riquezas. Las finalidades tenidas en miras por ellos al contratar se encuentran teñidas de una importante subjetividad. Esa libertad no importa la conculcación de los derechos de terceros, donde también verá su coto (Cooter, 2004).

Ahora bien, en materia de derechos reales, además, juega como tope el mismo concepto de derecho real; por cuanto es un derecho subjetivo de contenido patrimonial que recae directa e inmediatamente sobre una cosa o un derecho. Su titular goza del derecho de exclusión frente a la intromisión de un tercero (Román García, 1994).

En el derecho español, cual indicáramos, no media una tipología legal de los derechos reales. No obstante ello, debe señalarse que, la Ley Hipotecaria menciona ciertos derechos reales, como por ejemplo: dominio, usufructo, uso y habitación, enfiteusis, hipoteca, censos y servidumbres.

A modo de ejemplo podemos citar al derecho real de usufructo, que se encuentra definido en el art. 467 del Código Civil español. El texto dispone: “El usufructo da derecho a disfrutar los bienes ajenos con la obligación de conservar su forma y sustancia, a no ser que el título de su constitución o la ley

autoricen a otra cosa. Similar situación se evidencia con el derecho real de uso”.

Aquí se evidencia que los particulares pueden introducir variaciones (Avendaño Arana, 1999) en la figura del usufructo (y al uso). Ello podrá hacerse siempre y cuando no contraríen las leyes, la moral o el orden público, de conformidad con lo estatuido por el art. 1255 de ese plexo normativo.

El establecimiento de parámetros o límites precisos dentro de los cuales los particulares podrán crear o modificar derechos reales es la base del funcionamiento del sistema del *numerus apertus* (Díez-Picazo, 1976; Ramírez Cruz, 2003 y Alvarez Caperochipi, 2005).

4. La definición del derecho de superficie

En la legislación española, la Ley del Suelo es la que brinda una definición del derecho de superficie.

Ese plexo normativo establece los derechos y las obligaciones de los titulares dominiales de heredades. Refiere en su esencia, al derecho urbanístico. Su articulado contempla lo atinente al derecho a edificar y al valor del suelo.

La primera Ley del Suelo fue promulgada en el año 1956. Fue objeto de sendas modificaciones; la más reciente, fue realizada en el año 2008. Este texto, fue refundido en el año 2015. El Real Decreto Legislativo N° 7/2015, del 30 de octubre, fue la norma por la que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

El actual artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo la define bajo las siguientes palabras:

El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario

la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

La doctrina española lo ha definido como aquél derecho que

tiene por objeto tener o mantener en terreno o inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida por medio del ejercicio de un derecho anejo de construir o plantar, o en virtud de un acto de adquisición de una edificación o plantación preexistente (Roca Sastre y Roca-Sastre, 1979, p. 648).

Conforme se define, la superficie a la que se alude es la superficie edilicia y a la forestal o de plantaciones o rústica.

No obstante ello, la superficie que impera en el régimen español es la superficie pura; es decir, la edilicia.

El art. 30.3 del Reglamento Hipotecario o Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria, refiere a ella desde el punto de vista registral y su letra es tenida en cuenta en la definición brindada. Su texto dispone:

El derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas se inscribirá en el folio de aquella sobre la que se constituya; en la inscripción se harán constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, así como el destino de éstas y de las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipulados, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración Forestal o de los particulares.

De lo expuesto, podríamos esbozar una definición del derecho de superficie español. A esos fines podemos afirmar que el derecho de superficie es un derecho temporal que otorga a su titular la facultad de construir sobre el suelo, vuelo o subsuelo de otro y el derecho de apropiarse de lo construido.

Quien se syndica como *dominus soli*, propietario del suelo, constituye sobre el terreno un derecho real a favor de un tercero. Éste adquiere un *ius edificandi*, que comprende el derecho a construir y mantener lo construido por encima y por debajo de la heredad.

5. Tipos de superficies contempladas

El tipo de superficie contemplado por el derecho español es la superficie en su modalidad edilicia. Aunque también tiene cabida la forestal.

El art. 40 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008, posibilita la constitución de un derecho de superficie sobre fundos rústicos. A éste refiere el art. 30.3 del Reglamento Hipotecario, que permite sembrar y plantar sobre éstos, y un derecho de superficie sobre montes vecinales en mano común, a efectos de llevar a cabo, en los mismos, instalaciones, edificaciones o plantaciones, derecho al que se alude en el art. 3.3 de la Ley 55/1980, del mismo nombre.

Relevando el sistema jurídico español, afirmamos que en él se reconocen tres tipos de superficie:

1. La Rústica.

Refiere al cultivo de las fincas mediante una figura nueva. La regulación se encuentra en la Ley de Montes Vecinales de 1980 y el art. 30 RH.

2. La Urbana Común.

Facilita la edificación por una nueva figura. Está regulada en los arts. 1611 y 1654 del Código Civil, en el art. 107 de la Ley Hipotecaria y en el art. 16 del Reglamento Hipotecario.

3. La Urbanística o Urbana Especial.

Refiere a la edificación realizada sobre un suelo sometido al Plan General de Ordenación Urbana (P.G.O.U.). Está regulada en la norma que rige ese plan.

En principio el propietario de un terreno está facultado para construir en él y apropiarse de lo construido. Cuando se trata de un derecho sometido a un P.G.O.U. el propietario sólo tiene facultar de construir tras adquirir el derecho a urbanizar y al aprovechamiento urbanístico, correspondiéndole la propiedad de lo edificado si la construcción se ha atendido a la licencia de obras, al P.G.O.U. y en general a la legislación urbanística. Ello no es específico del superficiario, pero le afecta indirectamente.

Esa regulación tan dispersa plantea importantes problemas de coordinación y de rango como el valor de la regulación de Ley del Suelo, si ella se refiere a la superficie urbanística o al derecho de superficie en general o la relación entre el Reglamento Hipotecario y el Código Civil y la Ley Hipotecaria.

En principio se diría que la Ley del Suelo sólo regularía la superficie urbanística, pero el problema viene dado porque esa Ley de 1956 presenta una serie de singularidades muy destacadas en esta figura, que no cuadran bien con las orientaciones del Código Civil y de la Ley Hipotecaria. El art. 16 del Reglamento Hipotecario recogió esas singularidades y, a diferencia de la Ley del Suelo, que es ley especial, el reglamento hipotecario es norma general de segundo grado.

6. Caracteres

El derecho de superficie español, presenta los siguientes caracteres:

1. Es un derecho real.

Aún cuando el Código Civil español no contenga una definición, cual el argentino, lo es atento su creación por ley.

2. Es un derecho temporario.

Atento a que su la ley fija un plazo máximo de duración del derecho.

3. Es un derecho real de naturaleza mixta.

Temática que será abordada posteriormente.

4. Su objeto lo constituye la rasante, el vuelo o el subsuelo de una finca.

5. La finalidad de su constitución refiere a la adquisición y manutención de edificaciones.

6. El superficiario mantiene la propiedad temporal sobre lo edificado.

7. La propiedad separada del suelo del superficiario coexiste con la propiedad del titular dominial.

7. Naturaleza jurídica

Conforme surge de la misma definición de la Ley de Suelo, el derecho de superficie español es un derecho real de naturaleza mixta.

La naturaleza mixta del derecho real de superficie obedece a que puede ser considerado tanto un derecho real sobre cosa propia como un derecho sobre cosa ajena.

Será considerado un derecho real sobre cosa propia cuando en el momento en el que principia el derecho median edificaciones ya construidas o principiadas.

Será considerado un derecho real sobre cosa ajena cuando en el inicio de la superficie no medie construcción o edificación alguna.

8. Elementos

El derecho de superficie tiene tres tipos de elementos:

1. Personales.
2. Real.
3. Formal.
4. Temporal.

8.1. Los elementos personales

Los elementos personales son:

a. Capacidad.

La superficie, como todo acto de disposición, requiere capacidad para disponer por parte del constituyente.

b. Legitimación:

- i. Sólo puede ser constituida por quien sea propietario (art. 40.2, Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008).
- ii. También podría, conforme lo dispone el art. 564.3.1 del Código Civil de Cataluña, los titulares de derechos reales posesorios que tengan la libre disposición de la finca afectada.
- iii. Puede ser constituida por el Estado (Ley 1922).

La Resolución DGRN -Dirección General de los Registros y del Notariado-, del 27/10/2007, declara la constitución de un derecho de

superficie en un terreno integrante del patrimonio municipal de la Comunidad Autónoma de Madrid.

- c. Puede constituirse a título oneroso o gratuito. También por vía de reserva en caso de transmisión de la finca (art. 40.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008).

8.2. El elemento real

El elemento real es el inmueble. La superficie se constituye sobre un inmueble (rasante, vuelo o subsuelo); pudiendo efectivizarse sobre edificaciones preexistentes, viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

El art. 41.4 del Texto Refundido de la Ley de Suelo 2008 determina que para que el derecho de superficie constituido sobre el suelo se extienda al subsuelo, debe pactarse expresamente. De lo contrario, ello no es viable.

Si el derecho se constituye sobre el vuelo o bajo el suelo de una edificación preexistente, su ejercicio da lugar a una propiedad temporal, no integrándose el propietario al régimen de propiedad horizontal. Esta situación marca una diferencia con el derecho de sobre - edificación, en el cual acaece lo contrario.

Si el derecho se constituye sobre una edificación existente, sobre ella pasa a recaer el derecho de propiedad temporal del superficiario, cual surge del art. 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008.

La Resolución DGRN, del 25 de junio de 1993, admite la inscripción de una obra nueva cuyo derecho de superficie recaiga sobre una porción del terreno, sin necesidad de separarlo.

8.3. El elemento formal

El art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 dispone que la formalización del derecho de superficie en escritura pública y la inscripción son requisitos que obstan a la validez del derecho y a su oponibilidad *erga omnes*.

8.4. El elemento temporal

El art. 40.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 impone que la duración del derecho debe constar en la escritura pública; que no podrá exceder de noventa y nueve años.

9. El derecho de superficie y el derecho común y el urbanístico

Las normas que del derecho común y del derecho urbanístico que referencian al derecho de superficie son:

1. El art. 1611 del Código Civil español establece que no será aplicable al derecho de superficie la normativa que rige la redención de los censos. Prohibición que se repite en el art. 1655 de ese plexo normativo con similar alcance.

2. La Ley del Suelo, de 28 de mayo de 2007, abordó el derecho de superficie en los arts. 35 y 36 (actuales arts. 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, del 20 de junio de 2008).

3. El art. 16.1 del Reglamento Hipotecario (reformado por Real Decreto del 4 de septiembre de 1998) y el art. 30.3 de esa norma establecen los requisitos de la inscripción del derecho de superficie urbana y rústica. El art. 107.5 de ese cuerpo normativo permite la hipoteca del derecho, que se deduce transmisible.

10.El derecho de superficie y el derecho de accesión

10.1. La propiedad del suelo

El Código Civil Español refiere a la superficie al tratar el derecho de propiedad (arts. 348/352) y no en el bloque normativo que alude al derecho de accesión. El Código dedica un capítulo a esta temática, luego de abordar el contenido del derecho de propiedad, principiando en el art. 353.

En el art. 350 trata los alcances de la propiedad del suelo y refiere al derecho de superficie como a uno que se encuentra incluido en ella, juntamente con el que alude a lo que está por debajo de ella.

De la letra del art. 350 del Código Civil español se lee:

El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella y puede hacer, en él —en el terreno—, las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía.

Entonces puede colegirse que sindica tres ámbitos de aplicación del derecho de propiedad:

1. La propiedad del suelo.
2. La propiedad de la superficie.
3. La propiedad de lo que está por debajo de la superficie.

El propio concepto de dominio exige que la propiedad inmobiliaria no se reduzca a una superficie plana y estrictamente bidimensional, porque ello impediría al propietario cualquier acto de ejercicio de sus facultades, convirtiendo la propiedad en una pura entelequia (Torres Lana, 1991).

La superficie no es un lugar geométrico que alude a dos dimensiones; en tanto, son dos fusionadas en una. De este modo media comunión y equiparación entre el vuelo y la superficie (Blasco Gascó y Cechini Rosell, 2001). Tal vez, ello no sería tan así, por superficie no debe entenderse el lugar geométrico de dos dimensiones, sino más bien el suelo, con cuanto en él se apoya (González, 2005).

10.2. El derecho de accesión y la superficie

El derecho de accesión se encuentra definido en la legislación española. El art. 353 del Código Civil español precisa su contenido y alcance y lo induce bajo

el siguiente texto: La propiedad de los bienes da derecho, por accesión, a todo lo que ellos produce, o se les une o incorpora, natural o artificialmente.

Es decir que, el hecho de ser titular de un derecho de propiedad implica el derecho de accesión, que comprende:

1. Todo lo que el terreno produce.
2. Todo lo que se une al terreno.
3. Todo lo que se incorpora al terreno, de manera natural o artificial.

Lo expuesto guarda relación con lo establecido en el art. 385 del Código Civil español. Esta norma dispone que lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos pertenece en propiedad a los dueños de las heredades.

Entonces, tanto lo plantado, como lo edificado y lo sembrado acceden a la propiedad del dueño del terreno.

Atento su contenido, doctrinarios españoles se han alzado manifestando que ello debería integrar el contenido del derecho de propiedad (De Los Mozos, 1993). De este modo, se patentizaría el principio que sostiene que el dueño del terreno ostenta el derecho de ocupación sobre el vuelo y el subsuelo, que se corresponden con el siguiente adagio latino: *res nullius cedit ocupanti* (Vide, 2016).

11. Ámbito de aplicación del derecho

11.1. Onerosidad vs. gratuidad

El art. 40.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 dispone que el derecho de superficie puede ser constituido a título oneroso o gratuito.

El título oneroso puede constituir en:

1. Una suma alzada.
2. Un canon periódico.
3. Una adjudicación de viviendas, locales, derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo.
4. Varios de ellos a la vez.

Todo ello sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo acordado.

11.2. Derechos del superficiario

11.2.1. Transmisibilidad

El art. 41.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 declara que el derecho de superficie es transmisible con las limitaciones fijadas en el contrato constitutivo.

11.2.2. Gravamen

El art. 41.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 declara que el derecho de superficie puede ser objeto de gravamen con las limitaciones fijadas en el contrato constitutivo.

El art. 107.5 de la Ley Hipotecaria permite la hipoteca del derecho de superficie, que queda extinguida cuando se extingue aquél; excepto que sea por causa voluntaria –renuncia del superficiario-.

11.2.3. Facultad de división horizontal

El art. 41.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 faculta al superficiario a dividir en propiedad horizontal la propiedad superficiaria si las características de lo construido así lo permiten.

De su texto se lee:

Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de

superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Por lo tanto, podrá someter lo construido al régimen de la propiedad horizontal cuando así se permitiere y se lo hará con independencia del terreno que pertenece al titular dominial.

La constitución en propiedad horizontal trae aparejadas, al superficiario, las siguientes facultades:

1. Trasmitir como fincas independientes las viviendas, locales y elementos privativos.
2. Gravar las fincas independientes mencionadas.

Ambos actos jurídicos los podrá realizar sin necesidad de contar con el consentimiento del titular dominial.

El art. 41.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 consagra la prohibición legal de adquisición preferente o transmisión del derecho por parte del propietario. Su excepción la constituye la convención.

11.3. Derechos del titular del suelo

11.3.1. Gravamen y transmisibilidad

El art. 41.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 permite al titular del suelo a las facultades de transmitir y gravar su propiedad con independencia del derecho de superficiario y sin su consentimiento.

En relación al subsuelo, le corresponden las mismas facultades, por cuanto pertenece al titular dominial. Así será, siempre y cuando no se lo haya incluido en el derecho de superficie. En este caso no podrá hacerlo.

11.3.2. Hipoteca

Extinguido el derecho de superficie y gravado el suelo con un derecho real de hipoteca, el art. 41.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008, extiende legalmente el gravamen a la edificación efectuada por el superficiario.

En cuanto a la hipoteca constituida por el propietario del suelo, se admite en la doctrina el pacto por el cual a la extinción del derecho de superficie la hipoteca sobre el suelo se extiende a la edificación.

11.4. La extinción del derecho de superficie

El art. 41.5 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2008 dispone:

El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.

La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

De la norma transcrita surge que las causales de extinción del derecho de superficie son:

1. La no edificación en el plazo previsto en el título constitutivo y de conformidad con la normativa territorial y urbanística.
2. Por el transcurso del plazo pactado.
3. Consolidación.

A estas causas deben sumárseles:

1. Renuncia.

2. Resolución por falta de pago.
3. Destrucción material de la cosa (que se admite su reconstrucción en el derecho de Navarra y en el Catalán).
4. Incumplimiento de las condiciones previstas para la concesión por parte de un Ente Público, que importa la resolución en vía administrativa y la cancelación de su inscripción (Resoluciones DGRN del 27 de octubre de 2008 y del 29 de enero de 2009).

11.5. Efectos de la extinción del derecho de superficie

La extinción del derecho de superficie conlleva la extinción de todos los derechos que el superficiario hubiera concedido sobre la cosa objeto de su propiedad, lo cual no ocurriría si la extinción del derecho de superficie fuera por renuncia o consolidación, ya que continuará existiendo el derecho de superficie por el tiempo que falte.

12. Conclusiones

El derecho de superficie en el derecho español se encuentra regulado en diferentes estamentos. Tres tipos de superficie son las reconocidas por régimen jurídico del viejo continente, a saber:

1. La superficie rústica (regulada en La Ley de Montes Vecinales de 1980 y en el art. 30 del Reglamento Hipotecario).
2. La superficie urbana (regulada en los arts. 1611 y 1654 del Código Civil, art. 107 de la Ley Hipotecaria y art. 16 del Reglamento Hipotecario).
3. La superficie urbanística (reglada por el sistema del P.G.O.U.).

Las dos primeras guardan similitud con las modalidades que contempla la legislación argentina (forestal y edilicia).

A diferencia del régimen jurídico imperante en la Argentina, existen varias normas dispersas en varias legislaciones que contemplan el derecho real. No obstante ello, la esencia del derecho es conteste con la argentina.

Capítulo 5: Derecho real de superficie en el Derecho del Perú

1. Consideraciones preliminares.
2. La concepción del derecho de propiedad.
 - 2.1. La concepción constitucional del derecho de propiedad.
 - 2.2. La concepción civilista del derecho de propiedad.
 - 2.2.1. La definición.
 - 2.2.2. Los caracteres.
 - 2.2.3. Los límites del ejercicio.
 - 2.2.4. Las restricciones al derecho de propiedad.
 - 2.2.5. El derecho de propiedad según la jurisprudencia peruana.
3. La definición del derecho de superficie.
4. Caracteres.
5. Tipos de superficies contempladas.
6. Ámbito de aplicación del derecho.
 - 6.1. Modos de constitución.
 - 6.2. Modalidades.
 - 6.3. Transmisibilidad.
 - 6.4. Extensión del derecho de superficie.
 - 6.5. El plazo.
 - 6.6. La destrucción de lo construido y la superficie.
 - 6.7. La extinción del derecho de superficie.
 - 6.8. Los efectos de la extinción del derecho de superficie.
7. Conclusiones

1. Consideraciones preliminares

El derecho peruano ha sido seleccionado, cual se afirmara en el proyecto, por formar parte del continente americano y haber integrado, su territorio, parte de nuestro virreinato.

También la elección azarosa obedeció a que pertenece al mismo bloque jurídico que la Argentina: el continental romanista.

La realidad jurídica de ese país hoy en día nos demuestra que, si bien ha avanzado en la consideración del derecho real de superficie como un derecho autónomo; su avance no es completo, atento a que ha quedado fuera de esa órbita, la modalidad forestal.

En el desarrollo del presente capítulo, esta temática será desarrollada con ahínco y se referirá al sistema derogado.

2. La concepción del derecho de propiedad

2.1. La concepción constitucional del derecho de propiedad

La Constitución peruana, cuya reforma data del año 1993, considera a la propiedad como a un derecho absoluto, limitado por el interés social.

En la actualidad, se admite mayoritariamente que la propiedad no un derecho absoluto que debe ser resguardado de los ataques del Estado y permanecer indemne de las acciones motivadas por el interés social (Avendaño, 2009).

La armonización social que campea en el derecho de propiedad es una cuestión que debe ser considerada legal y reglamentariamente. Empece ello, la constitución ha protegido el interés social en diversos artículos, encargando al Estado:

1. La protección de los yacimientos y restos arqueológicos; las construcciones, monumentos, documentos bibliográficos y de archivo: objetos artísticos y testimonios de valor histórico (art. 21).

2. La determinación de la política ambiental, debiendo promover el uso sostenido de los recursos naturales (art. 67).

Ello es indispensable para que la propiedad privada pueda ejercitarse armónicamente con el interés social (Avendaño, 2009).

La máxima limitación de la propiedad se encuentra dada por la institución de la expropiación forzosa. Ella trasciende el derecho privado, haciendo que el derecho de propiedad privada pase obligatoriamente de manos de los particulares a cabeza del Estado. Aquélla sólo puede efectivizarse si media una necesidad de realización de los fines del Estado. La Constitución de 1993 estableció nadie puede ser privado de su propiedad, sino por causa de utilidad pública probada legalmente. Así la Ley de Expropiación N° 9124, impone que al decretarse la expropiación forzosa deben expresarse los motivos que justifican la necesidad y la utilidad pública de la obra. El Tribunal Constitucional peruano, ha expresado en el expte. N° 0031-2004-AI/TC, ha manifestado que la expropiación no importa un supuesto de limitación del derecho; sino más bien, su sacrificio (Rioja Bermúdez, 2009).

En noviembre de 1964, la Constitución de 1933, fue modificada en ese punto, agregando el interés social como causal de expropiación. Esa modificación se produjo mediante la Ley N° 15.242. Esta nueva concepción fue recogida por el Decreto legislativo 313, actual Ley General de Expropiación, a las que añade la seguridad nacional o necesidad pública declarada por ley.

El Tribunal Constitucional peruano, ha expresado en el Expte. N° 1873-2007-PA/TC, que el derecho de propiedad del art. 2, inc. 16, de la Constitución Nacional goza de garantía constitucional; y el 70 consagra la inviolabilidad de la propiedad. Este permite a los particulares los poderes jurídicos de usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Estas facultades deben ser ejercidas en forma armónica con el bien común y los límites legales (Rioja Bermúdez, 2009).

La institucionalización del derecho de propiedad se encuentra consagrada en los siguientes artículos de la Constitución Nacional Peruana:

1. Art. 2°, que agrupa a los principales derechos fundamentales, entre los que se encuentra el derecho de propiedad.

Su texto dispone:

Toda persona tiene derecho ...

1. ... A su libre desarrollo y bienestar.

8. A la libertad de creación intelectual, artística, técnica y científica, así como a la propiedad sobre dichas creaciones y a su producto. El Estado propicia el acceso a la cultura y fomenta su desarrollo y difusión.

9. A la inviolabilidad del domicilio. Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registros sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración. Las excepciones por motivos de sanidad o de grave riesgo son reguladas por la ley.

10. Al secreto y a la inviolabilidad de sus comunicaciones y documentos privados.

Las comunicaciones, telecomunicaciones o sus instrumentos sólo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del Juez, con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

Los documentos privados obtenidos con violación de este precepto no tienen efecto legal.

Los libros, comprobantes y documentos contables y administrativos están sujetos a inspección o fiscalización de la autoridad competente, de conformidad con la ley. Las acciones que al respecto se tomen no pueden incluir su sustracción o incautación, salvo por orden judicial.

11. A elegir su lugar de residencia, a transitar por el territorio nacional y a salir de él y entrar en él, salvo limitaciones por razones de sanidad o por mandato judicial o por aplicación de la ley de extranjería.

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

16. A la propiedad y a la herencia.

19. A su identidad étnica y cultural. El Estado reconoce y protege la pluralidad étnica y cultural de la Nación.

Todo peruano tiene derecho a usar su propio idioma ante cualquier autoridad mediante un intérprete. Los extranjeros tienen este mismo derecho cuando son citados por cualquier autoridad.

22. A la paz, a la tranquilidad, al disfrute del tiempo libre y al descanso, así como a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida.

24. A la libertad y a la seguridad personales. En consecuencia:

a. Nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda, ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe.

c. No hay prisión por deudas. Este principio no limita el mandato judicial por incumplimiento de deberes alimentarios.

El inc. 1º, considera al desarrollo y al bienestar como derechos que deben gozar de protección constitucional. Ellos trascienden e integran el derecho de propiedad: puesto que, tanto el bienestar como el desarrollo lo completan como base y eje de su potencial contenido.

El inc. 2º,

Lo anterior quiere decir que los poderes estatales, dentro del Estado social y democrático de derecho que propugna la Constitución, deben cumplir ciertos márgenes de actuación mínimos que aseguren un nivel de bienestar. Más, se impone plantearse la siguiente pregunta: ¿Cómo alcanzar este objetivo con mecanismos sostenibles? En opinión de este Colegiado, la educación, “dados los efectos positivos que para su sistema productivo tiene la cualificación de sus recursos humanos”. Sin embargo, no debe entenderse esta afirmación de forma tal que se limite a procurar tan solo el libre acceso, sino también las condiciones necesarias para que este servicio sea prestado con calidad (STC, Expte. N.º 06403-2006-PA/TC).

El inc. 8º impone la libertad de creación intelectual. Ella integra el contenido del derecho de propiedad. Al respecto el Tribunal Constitucional del Perú ha manifestado que:

Establecido en los incisos 8 y 16 del artículo 2 de la Constitución, es concebido como el poder jurídico que permite a una persona usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Así, la persona propietaria podrá servirse directamente de su bien, percibir sus frutos y productos, y darle destino o condición conveniente a sus intereses, siempre que ejerza tales actividades en armonía con el bien común y dentro de los límites establecidos por la ley; e incluso podrá recuperarlo si alguien se ha ponderado de él sin derecho alguno.

Dicho derecho corresponde, por naturaleza, a todos los seres humanos; quedando estos habilitados para usar y disponer autodeterminativamente de sus bienes y de los frutos de los mismos, así como también transmitirlos por donación o herencia. Como tal deviene en el atributo más complejo que se puede tener sobre una cosa.

El funcionamiento del sistema económico en armonía con los principios constitucionales depende de que los bienes sean destinados a los fines económicos y sociales que su naturaleza exige. La propiedad no solo supone el derecho del propietario de generar con la explotación del bien, su propio beneficio individual. Tampoco se restringe a aceptar la existencia de límites externos que impidan al titular de los bienes utilizarlos en perjuicio de terceros. Acorde con la Constitución, es fundamental que el propietario reconozca en su propiedad la funcionalidad social que le es sustancial. Así, en la propiedad no sólo reside un derecho, sino también un deber; la obligación intrínseca, pues sólo de esa manera estará garantizado el bien común. Ello requerirá la utilización de los bienes conforme a su destino natural en la económica (STC, Expte. N° 0008-2003-AI/TC).

El inc. 9º consagra la inviolabilidad de la propiedad. El Tribunal Constitucional del Perú ha expresado:

Toda persona tiene derecho a: A la inviolabilidad de domicilio, Nadie puede ingresar en él ni efectuar investigaciones o registro sin autorización de la persona que lo habita o sin mandato judicial, salvo flagrante delito o muy grave peligro de su perpetración.

El derecho a la inviolabilidad de domicilio en una acepción es específica encarna el espacio físico y limitado que la propia persona elige para domiciliar, quedando facultado para poder excluir a otros de dicho ámbito impidiendo o prohibiendo la entrada en él; en un concepto de alcance más amplio, “la inviolabilidad de domicilio encuentra su asentamiento preferente, no exclusivo, en la vida de las personas, no se refiere pues, a la protección de la propiedad, posesión u otros derecho reales, sino a la necesidad de preservar el carácter privado e íntimo (STC Expte. N° 07455-2005-HC).

El inc 10 protege la inviolabilidad de las comunicaciones. Ellas integran el acervo patrimonial. El Tribunal Constitucional peruano ha determinado que:

Las comunicaciones o sus instrumentos solo pueden ser abiertos, incautados, interceptados o intervenidos por mandamiento motivado del juez,

con las garantías previstas en la ley. Se guarda secreto de los asuntos ajenos al hecho que motiva su examen.

En tal sentido, resulta necesario, de una parte, tomar las precauciones que garanticen la confidencialidad de las entrevistas con criterios técnicos o específicos (realización de barridos electrónicos, infraestructura penitenciaria, entre otros) y de otra, que la aplicación de locutorios – como toda medida restrictiva de derechos- se dictada por el órgano jurisdiccional expuestos en los fundamentos precedentes. Es decir, que esta aseveración no impide que la emplazada opte por realizar, adicionalmente un control razonable de los documentos de naturaleza legal que portan las visitas en el momento de su ingreso y egreso al establecimiento penal. Sin embargo, no se ha mostrado fehacientemente que haya vulnerado este derecho en el caso concreto. Por la razón, este Colegiado declara que este extremo de la demanda también debe ser declarado improcedente (STC Expte. N° 0774-2005-HC/TC).

El inc. 11 consagra el derecho de libre elección de la residencia.

El inc. 14 establece como principio constitucional el de la libertad de contratación. Ella es la base sobre la cual gira la libre circulación del comercio; y, en definitiva, importa el *cash flow* del patrimonio. El Tribunal Constitucional del Perú ha expuesto que:

Este tribunal tiene establecido que el derecho a la libre contratación, se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades- debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Tal derecho garantiza, prima facie:

Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato así, como la potestad de elegir al co-contratante.

Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

Así pues en perspectiva abstracta, esta es la determinación del ámbito protegido del derecho fundamental a la libertad de contratación, lo que no quiere decir que sea un contenido oponible en todo

tiempo y circunstancia al resto de derechos fundamentales reconocidos por la Carta Fundamental, pues ello implicaría una lectura aislada del texto constitucional que, en tanto unidad, impone una interpretación de sus disposiciones en concordancia práctica (STC Expte. N° 02736-2004-AA).

El inc. 16 dota al derecho de propiedad de protección constitucional; como así también, a la herencia. La propiedad privada es una máxima constitucional en el derecho peruano. Al respecto el Tribunal Constitucional del Perú ha explicado:

De acuerdo con el ámbito civil, el derecho de propiedad confiere a su titular cuatro atributos respecto del bien de usar, disfrutar, disponer y reivindicar, cada uno de los cuales permite un ejercicio pleno de este derecho. Asimismo, la doctrina civil analiza los caracteres de la propiedad, en tanto que es un derecho real, absoluto, exclusivo y perpetuo. Así, es un derecho real por excelencia, porque establece una relación directa entre el titular y el bien, ejercitando el propietario sus atributos sin intervención de otra persona. Además, denominada "oponibilidad". Es un derecho absoluto porque confiere al titular todas las facultades sobre el bien: usa, disfruta y dispone. Es exclusivo, porque descarta todo otro derecho sobre el bien, salvo que el propietario lo autorice. Y es perpetuo, pues no se extingue por el solo uso (STC Expte. N° 00005-2006-AI).

También que:

El Estado, así como tiene el deber de garantizar la propiedad privada, tiene también la obligación de proteger y garantizar la propiedad pública. Al respecto, y a efectos de la protección de la propiedad, nuestra Constitución no distingue entre propiedad pública y privada. En efecto, el artículo 70 de nuestra Ley fundamental, cuando establece que el derecho de propiedad es inviolable y que el Estado lo garantiza, no sólo se limita a la protección de la propiedad de los particulares, sino también de la propiedad pública.

Por ello, no sólo ha señalado Pierre Bonn, no hay ninguna razón que impida que la propiedad pública

pueda ser tutelada con el mismo fundamento que la propiedad privada (Vera Esquivel, Jesús. El nuevo. Es por ello que la Constitución no distingue, a efectos de su protección, entre propiedad pública y propiedad privada, reconociendo la legítima facultad del Estado para velar también por la propiedad pública. Dicha protección cobra especial relevancia cuando se trata de recursos naturales, pues de acuerdo con la Constitución (artículo 66), estos son patrimonio de la Nación y el Estado es soberano en su aprovechamiento (STC Expte. N° 0048-2004-PI).

Y que:

Empero, para el pleno desarrollo del derecho de propiedad en los términos que nuestra constitución le reconoce y promueve, no es suficiente saberse titular del mismo por una cuestión de simple convicción, sino que es imprescindible poder oponer su titularidad frente a terceros y generar, a partir de la seguridad jurídica que la oponibilidad otorga. Oponibilidad STC 0008-2003-AI, FJ 26. La privación de la propiedad consecuencia de la potestad expropiatoria del Estado tiene que cumplir con ciertos requisitos. En tal sentido, la expropiación estará condicionada al pago previo en efectivo. Por tanto nadie puede ser privado de su propiedad; pero, excepcionalmente, se podrá sacrificar a su titular de la propiedad cuando media causa de seguridad nacional o necesidad pública (STC Expte. N° 00018-2007-AI).

El inc. 19, protege la diversidad cultural, consagrando el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. La cultura integra el derecho de propiedad; es uno de sus componentes. El Tribunal Constitucional peruano ha considerado:

El objeto de tutela de este dispositivo es el derecho a la identidad cultural de los grupos minoritarios. Sin embargo, dada la amplitud semántica que tiene el término vida cultural utilizado en el dispositivo, su interpretación no debe restringirse solo a los grupos denominados minoritarios, sino que debe otorgársele un amplio contenido, de modo que alcance también a toda manifestación cultural que desarrolle un grupo social o local al interior del Estado, puesto que a

toda la existencia del fenómeno cultural es inherente a toda agrupación humana, y no solo a los grupos étnicos. (STC Expte. N° 006-2008-PI/TC).

El inc. 22 otorga protección constitucional al medio ambiente. Cual se considera, el ambiente integra el patrimonio del pueblo; y, por ende, la propiedad de las personas. El Tribunal Constitucional del Perú ha sentenciado:

El derecho al ambiente equilibrado participa tanto de las propiedades de los derechos reaccionales – libertad negativa (de no dañar el medio ambiente)- como de los derechos prestacionales –libertad positiva (evitar, proteger y/o reparar los daños inevitables que se produzcan)-. En su faz reaccional, se traduce en la obligación de los particulares y del Estado de abstenerse de realizar cualquier tipo de actos que afecten al ambiente equilibrado y adecuado para el desarrollo de la vida humana. En su dimensión prestacional, impone a los particulares y al Estado tareas u obligaciones destinadas a conservar el ambiente equilibrado, las cuales se traducen, a su vez, en un haz de posibilidades. Esto no sólo supone tareas de conservación, sino también de prevención y, desde luego, la realización de acciones destinadas a ese fin tiene especial relevancia, ya que siempre es preferible evitar el daño (principio de prevención y principio de precaución) a tener que indemnizar prejuicios que pueden ser sumamente costosos para la sociedad. Y es que, de lo contrario, abusar del principio contaminador-pagador, podría terminar por patrimonializar relaciones y valores tan caros para el Derecho Constitucional. En este sentido, si el Estado no puede garantizar a los seres humanos que su existencia se desarrolle en un ambiente sano, estos si pueden exigir del Estado que adopte todas las medidas necesarias de prevención que lo hagan posible. En ese sentido, este Tribunal estima que la protección del medio ambiente sano y adecuado no solo es una cuestión de reparación frente a daños ocasionados, sino, y de manera especialmente relevante, de prevención de que ellos sucedan (STC Expte. N° 03343-2007-PA/TC).

El inc. 24, en los incisos a) y c) impone principios básicos. En relación con ello el Tribunal Constitucional del Perú ha dicho:

El Estado social y democrático de derecho no obvia los principios y derechos básicos del Estado de derecho, tales como la libertad, la seguridad, la propiedad privada y la igualdad ante la ley; antes bien, pretende conseguir su mayor efectividad, dotándolos de una base y un contenido material, a partir del supuesto de que individuo y sociedad no son categorías aisladas y contradictorias, sino dos términos en implicación recíproca. Así, no hay posibilidad de materializar la libertad si su establecimiento y garantías formales no van acompañados de unas condiciones existenciales mínimas que hagan posible su ejercicio real (García Pelayo, Manuel. Las transformaciones del Estado contemporáneo. Madrid: Editorial Alianza. 1980, p. 26), lo que supone la existencia de un conjunto de principios que instrumentalicen las instituciones políticas, fundamenten el sistema jurídico estadual y sustenten sus funciones (STC Expte. N° 0008_2003_AI_TC).

2. Art. 70, que establece que la inviolabilidad del derecho de propiedad.

Su texto dispone:

El derecho de propiedad es inviolable. El Estado lo garantiza. Se ejerce en armonía con el bien común y dentro de los límites de ley. A nadie puede privarse de su propiedad sino, exclusivamente, por causa de seguridad nacional o necesidad pública, declarada por ley, y previo pago en efectivo de indemnización justipreciada que incluya compensación por el eventual perjuicio. Hay acción ante el Poder Judicial para contestar el valor de la propiedad que el Estado haya señalado en el procedimiento expropiatorio.

Este artículo consagra la inviolabilidad de la propiedad y a la expropiación como una restricción mayor al poder que ostenta el titular dominial, en su esfera privada. Esta temática fue abordada precedentemente.

Este artículo junto con los arts. 71 a 73 integran el Capítulo dedicado al Derecho de Propiedad.

El art. 71 refiere a la propiedad de los extranjeros, consagrando la igualdad de trato que a un nacional. Su texto imprime:

En cuanto a la propiedad, los extranjeros, sean personas naturales o jurídicas, están en la misma condición que los peruanos, sin que, en caso alguno, puedan invocar excepción ni protección diplomática. Sin embargo, dentro de cincuenta kilómetros de las fronteras, los extranjeros no pueden adquirir ni poseer por título alguno, minas, tierras, bosques, aguas, combustibles ni fuentes de energía, directa ni indirectamente, individualmente ni en sociedad, bajo pena de perder, en beneficio del Estado, el derecho así adquirido. Se exceptúa el caso de necesidad pública expresamente declarada por decreto supremo aprobado por el Consejo de Ministros conforme a ley.

El art. 72 refiere a las restricciones que deben padecer los particulares en aras de la seguridad nacional. De su letra se lee:

La ley puede, sólo por razón de seguridad nacional, establecer temporalmente restricciones y prohibiciones específicas para la adquisición, posesión, explotación y transferencia de determinados bienes.

El art. 73 clasifica a los bienes en de dominio público y de uso público. Su texto dispone:

Los bienes de dominio público son inalienables e imprescriptibles. Los bienes de uso público pueden ser concedidos a particulares conforme a ley, para su aprovechamiento económico.

3. Art. 60, que dispone que: El Estado reconoce el pluralismo económico. La economía nacional se sustenta en la coexistencia de diversas formas de propiedad y de empresa. La norma registra al pluralismo económico como instituto sustentado en la propiedad y en la empresa.

2.2. La concepción civilista del derecho de propiedad

2.2.1. La definición

El Código Civil peruano, de 1984, define al derecho de propiedad en el art. 923. Este dispone: La propiedad es el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Debe ejercerse en armonía con el interés social y dentro de los límites de la ley.

La propiedad es el derecho real por excelencia, como tal constituye un poder jurídico. Es una facultad tutelada por el derecho, que recibe su concreción en el ordenamiento jurídico, en el derecho positivo (Maish Von Humboldt, 1984).

De este modo se define al derecho de propiedad como a un poder jurídico; es decir, como a un poder que nace del derecho y recae sobre un conjunto de bienes.

La propiedad otorga a su titular las potestades de: usar, disfrutar, disponer y reivindicar su objeto.

2.2.2. Los caracteres

La doctrina peruana es conteste en considerar que el derecho de propiedad ostenta los siguientes caracteres (Peña Bernaldo de Quiroz, 1986; Romero Romaña, 1974; Castañeda, 1952; Maisch Von Humboldt, 1984 y Valencia Zea, 1958):

1. Es un derecho real.
2. Es un derecho absoluto.
3. Es un derecho exclusivo.
4. Es un derecho perpetuo.

2.2.3. Los límites del ejercicio

La parte final del art. 923 del Código Civil peruano consagra como límites al ejercicio del derecho de propiedad a:

1. El interés social.

Este límite fue recogido de la Constitución Nacional Peruana del año 1979, que en su art. 124 imponía que el uso de la propiedad privada debía efectuarse en armonía con el interés social. Esa Carta Magna fue reformada, eliminando el interés social y consagrando el bien común. Tal vez, podría afirmarse que el cambio de vocablos obedece a que mientras el interés social refiere a un grupo social determinado; el bien común, lo hace en relación con el bien general, el de toda la sociedad (Romero Romaña, 1974; Puig Brutau, 1974; Castañeda, 1952 y Maisch Von Humboldt, 1984).

2. La ley.

2.2.4. Las restricciones al derecho de propiedad

El art. 925 del Código Civil peruano consagra las restricciones al derecho de propiedad. La glosa impone: Las restricciones legales de la propiedad establecidas por causa de necesidad y utilidad públicas o de interés social no pueden modificarse ni suprimirse por acto jurídico.

Cierto es que el derecho de propiedad se encuentra ceñido por limitaciones impuestas por razones de convivencia social. Entre ellas pueden enumerarse a la seguridad, a la salubridad y al medio ambiente.

Técnicamente, el propietario puede hacer todo aquello que la ley no prohíba.

El titular de un bien no puede hacer determinadas cosas; como, por ejemplo: realizar construcciones que perjudiquen predios ajenos o emitir humos contaminantes.

El propietario también debe soportar determinados “no hacer”; como, por ejemplo: tolerar el paso de otros o la puesta de materiales cuando sean necesarios para evitar peligros actuales o eminentes en predios ajenos.

Las limitaciones a la propiedad pueden sindicarse a bienes o derechos.

No obstante lo expuesto, debe tenerse presente que la propiedad puede sufrir determinadas limitaciones impuestas por voluntad de los particulares; y, también por parte del Estado.

Entonces, podríamos afirmar que median tres tipos de restricciones al derecho de propiedad (Maisch Von Humboldt, 1984 y 1985):

1. Restricciones legales por necesidad pública.
2. Restricciones legales por interés público.
3. Restricciones legales por utilidad social.
4. Restricciones legales que no pueden modificarse ni suprimirse por voluntad de los particulares.

2.2.5. El derecho de propiedad según la jurisprudencia peruana

La Sala Civil de la Corte Suprema ha manifestado, en el Expte. N° 47995 que:

1. Tratándose del derecho de propiedad, no es jurídicamente admisible la coexistencia de dos o más titulares del derecho de propiedad, por cuanto este es excluyente" (Exp. N° 479-95).
2. "El derecho de propiedad es de naturaleza real, por excelencia, pues establece la relación entre una persona, en este caso propietario, y la cosa; mientras que un crédito es un derecho personal, pues establece un vínculo entre personas, aún cuando tenga por objeto una obligación de dar" (Cas. N° 1649-97).

3. La definición del derecho de superficie

El Código Civil peruano regula al derecho de superficie en cinco artículos (arts. 1030 a 1034). Ellos se encuentran contenido en el Título V que pertenece al Libro V: Derechos Reales. En el primero de los artículos establece su definición.

El art. 1030 del Código Civil peruano estatuye: Puede constituirse el derecho superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

El derecho de superficie es la facultad que otorga el dueño del suelo para que un tercero construya sobre o bajo del mismo. Esta situación se patentiza en el hecho de que el superficiario es titular del derecho de tener y mantener una construcción sobre o bajo suelo ajeno (Cárdenas Quiros, 1983 y Romero Romaña, 1947).

La propiedad superficiaria es el derecho que surge en el superficiario respecto de lo edificado. Es el derecho de propiedad sobre tal construcción (Cárdenas Quiros, 1983 y Romero Romaña, 1947).

La propiedad superficiaria existe en la medida que el derecho de superficie cobra virtualidad.

Corresponde traer a colación que el Código Civil de 1936 no consideraba al derecho de superficie como a un derecho autónomo; sino, como a una modalidad del derecho de usufructo. Ese cuerpo normativo de fondo reconocía a la superficie como a un derecho de usufructo edificable. Así, se establecía en el derogado art. 959, cuya letra disponía: “El derecho a que se refiere el artículo anterior, podrá constituirse a lo más por noventa y nueve años, y pasado el término, el edificio será de la propiedad del dueño del suelo”. En la letra del Código Civil vigente, ambos derechos gozan de la categoría de derechos reales autónomos.

4. Caracteres

Los caracteres del derecho real de superficie son (Cárdenas Quiros, 1983 y Romero Romaña, 1947):

1. Es un derecho real autónomo.
2. Es un derecho sobre cosa ajena.
3. Su objeto impone la facultad de construir sobre o por debajo del suelo.
4. El superficiario ostenta la propiedad de lo construido.
5. Recae exclusivamente sobre inmuebles.
6. Es un derecho temporal (99 años).
7. Tiene carácter predial.

5. Tipos de superficies contempladas

La única modalidad superficiaria contemplada en la legislación peruana es la edilicia. Es decir que, el derecho de superficie peruano sólo otorga el derecho a su titular de construir edificaciones.

6. Ámbito de aplicación del derecho

6.1. Modos de constitución

El art. 1031 del Código Civil peruano dispone que la superficie podrá ser constituida:

1. Por actos entre vivos.

Debe referenciarse que en el texto del código derogado sólo se permitía como modalidad de constitución del derecho de superficie a la individualizada en este tópico (por actos entre vivos).

2. Por testamento.

La doctrina ha sostenido que existen tres modalidades de constitución de las superficies, a saber (Arias – Schreiber y Cárdenas Quirós, 2002):

1. Por efecto de la concesión *ad aedificandum* (derecho de construir).

El titular dominial otorga el derecho de edificar por encima o por debajo del suelo.

Aquí la adquisición es originaria.

2. Por la enajenación de una edificación preexistente.

Este supuesto presenta dos variante:

- a. El titular dominial transmite al superficiario una construcción existente, reservándose su derecho de propiedad sobre el suelo.

- b. El titular dominial transmite la propiedad superficiaria a una persona, existiendo una edificación preexistente sobre ella; y la del terreno a otra persona.

Aquí la adquisición es derivada.

3. Como resultado del contrato accesorio de arrendamiento de un terreno.

El titular dominial celebra un contrato de arrendamiento de un terreno y concede al arrendatario la facultad de construir por debajo o por encima del suelo, siendo la construcción de su propiedad mientras dure el convenio.

6.2. Modalidades

El Código Civil peruano nada dice respecto de las modalidades de constitución. Entonces por aplicación de lo dispuesto en el art. 143 de ese plexo normativo, regirá la libertad de formas.

6.3. Transmisibilidad

El art. 1031 del Código Civil peruano determina como principio legal que el derecho de superficie es transmisible. Su excepción la constituye la convención expresa en contrario.

Su letra dice: Este derecho es transmisible, salvo prohibición expresa.

Esa prohibición es conteste con la letra del art. 882 del código de fondo que consagra: no se puede establecer contractualmente la prohibición de enajenar o gravar, salvo que la ley lo permita.

6.4. Extensión del derecho de superficie

El art. 1032 del Código Civil del Perú establece que: “El derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización”.

La norma consagra la extensión del derecho a una parte del suelo, que no sea necesaria para la edificación, siempre y cuando ese predio brinde una ventaja en relación a su empleo.

Para que la extensión cobre virtualidad, atento el tiempo verbal sindicado en la norma, deberá ello pactarse en el contrato constitutivo.

Los tópicos a considerar en tal pacto lo serán las necesidades presentes y futuras de la construcción planeada (Maisch Von Humboldt, 1982).

6.5. El plazo

El art. 1030 del Código Civil peruano establece que el plazo máximo de duración del derecho es el de noventa y nueve años.

6.6. La destrucción de lo construido y la superficie

El art. 1033 del Código Civil peruano consagra la no extinción del derecho de superficie por destrucción de lo construido.

Lo expuesto es una derivación razonada de la diferencia existente entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria.

6.7. La extinción del derecho de superficie

El art. 1034 del Código Civil peruano establece que: La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de tercero.

6.8. Los efectos de la extinción del derecho de superficie

Los efectos de la extinción del derecho de superficie pueden tipificarse en cuatro (Cárdenas Quirós, 2002):

4. Con relación al principio de accesión (art. 1030 *in fine*).

Extinguida la propiedad superficiaria la edificación es adquirida por el propietario, cobrando virtualidad el principio de *superficie solo cedit*.

De este modo se unifican en cabeza del titular su propiedad y la edificación efectuada.

5. Con relación a los derechos reales concedidos por el *dominus soli*.

Los derechos concedidos por el propietario del suelo antes o después de la constitución de la superficie, pueden verse alcanzados o modificados por la extinción del derecho real sobre cosa ajena.

6. Con relación a obligaciones que surgen para el propietario del suelo y para el superficiario.

Extinguida la superficie, deviene la consolidación del derecho de propiedad en cabeza del titular del suelo.

No obstante ello, el *dominus soli* deberá abonar una indemnización al superficiario en la medida de su enriquecimiento, por ejemplo.

7. Con relación a los derechos reales y personales concedidos por el superficiario.

Esta situación es la contemplada en el artículo transcrito al inicio del presente acápite.

Con la extinción del derecho de superficie, se extinguen todos los derechos personales y los derechos reales, que hayan sido concertados por el titular del derecho real de disfrute.

7. Conclusiones

La peculiaridad que destaca al sistema jurídico peruano en relación al derecho real de superficie es que sólo es admitido en una de sus modalidades: la edilicia

En el Código Civil del Perú se dedican cinco artículos a la regulación del derecho real. Tal vez, un tanto genéricos, si se los compara con el Código Civil Argentino.

No obstante ello, el ser considerado como un derecho autónomo, desde la última reforma del Código Civil (1984), importa un avance importante, conteste con las legislaciones mundiales.

Capítulo 6: Derecho real de superficie en el Derecho Cubano

1. Consideraciones preliminares.
2. La concepción del derecho de propiedad.
 - 2.1. Peculiaridades de la Constitución Cubana.
 - 2.2. La propiedad en la Constitución Cubana.
 - 2.3. La propiedad en el Código Civil de Cuba.
 - 2.3.1. El Decreto Ley 50/1992.
 - 2.3.2. El Código Civil cubano.
 - 2.3.2.1. El Código Civil y el derecho de propiedad.
 - 2.3.2.2. El Código Civil y los derechos reales.
 - 2.3.2.2.1. Su estructura legal.
 - 2.3.2.2.2. Algunas vicisitudes del derecho de propiedad civil.
 - 2.3.3. La protección de la propiedad.
 - 2.3.4. Reaconto de leyes dictadas en relación a la vivienda.
3. La definición del derecho de superficie.
4. Caracteres.
5. Tipos de superficies contempladas.
6. Ámbito de aplicación.
 - 6.1. La titularidad del inmueble.
 - 6.2. El legitimado para su constitución.
 - 6.3. El superficiario.
 - 6.4. Requisitos de constitución.
 - 6.5. Modalidades.
 - 6.6. Plazo.
 - 6.7. La transferibilidad.
 - 6.8. La extinción del derecho de superficie.
 - 6.9. Efectos de la extinción del derecho de superficie.
 - 6.10. La superficie perpetua.
7. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

El derecho cubano reviste aristas sumamente interesantes, partiendo de su concepción política y social.

La doctrina socialista ha impregnado de sus bases al sistema jurídico cubano, que ha debido *aggiornarse* a las distintas realidades y eventos sociales, políticos y económicos que le ha tocado atravesar como país.

Esos cambios se han visto reflejados en materia de derechos reales; y más específicamente, en el derecho real de superficie. Es en razón de ello, entre tantas otras, que este país ha sido seleccionado para su análisis.

2. La concepción del derecho de propiedad

2.1. Peculiaridades de la Constitución Cubana

El 24 de febrero de 1976 fue sancionada la Constitución Socialista de Cuba. Ella fue producto de la aprobación de un referéndum democrático popular. Esta nueva ley ha derogado la Ley Fundamental de 1959, que fue objeto de variadas enmiendas y transformaciones.

La Constitución cubana de 1976 importó una institucionalización del orden socialista ya existente (Fernández Bulté, 2008).

Es una constitución consagradora de lo hecho; mas que proyectista de lo por hacer (Fernández Bulté, 1997).

Es una constitución que impone un régimen estructurado sobre la base de una economía dirigida, planificada y regentada por el estado. Los valores que priman son (Cutie Mustelier y Méndez López, 2008):

1. Justicia social.
2. Igualdad.
3. Solidaridad humana.
4. Bienestar individual y colectivo.

Su finalidad es asegurar el desarrollo humano integral y una existencia digna de la colectividad (Cutie Mustelier y Méndez López, 2008).

Los principios en los cuales se asienta el sistema económico cubano son (Cutie Mustelier y Méndez López, 2008):

1. Predominio de la propiedad estatal socialista del pueblo sobre los medios de producción.
2. Supresión de la explotación del hombre por el hombre.
3. Distribución socialista de cada cual según su capacidad a cada cual según su trabajo.
4. Economía planificada garantista de un desarrollo programado del país, destinada a satisfacer las necesidades materiales y espirituales de los ciudadanos.

2.2. La propiedad en la Constitución Cubana

La propiedad cubana presenta un cariz diferente al que impera en el derecho argentino.

En Cuba se concibe a la propiedad bajo una forma estatal socialista de todo el pueblo. Ella convive con otras formas de propiedad, que son: la colectiva y la individual.

Bajo la Constitución de 1976 se reconocían cinco formas de propiedad; que se redujeron a tres con la reforma de 1992. Ellas eran (Álvarez Tabío, 1981; Mir Pérez, 2008 y Rodríguez Saif, 1999):

1. Propiedad Estatal Socialista (art. 15, Constitución 1976).

Es la propiedad del pueblo en su conjunto. Todo habitante es copropietario de los medios de producción.

2. Propiedad de las Cooperativas (art. 20, Constitución 1976).

Es la propiedad colectiva integrada por tierras y bienes que pertenecen a los campesinos cuando se asocian voluntariamente con el fin de producir agropecuariamente.

3. Propiedad de los Agricultores pequeños (arts. 20 y 21, Constitución 1976).

Es la propiedad privada de aquéllos (máximo 5 caballerías de tierra, animales, medios e instrumentos de trabajo).

4. Propiedad Personal (art. 22, Constitución 1976).

Es la propiedad personal sobre los ingresos y ahorros procedentes del trabajo.

5. Propiedad de las Organizaciones Políticas, sociales y de masas (art. 23, Constitución 1976).

Es la propiedad integrada por bienes de las organizaciones no gubernamentales reconocidas por Cuba, que las dota de capacidad civil.

La Constitución de 1992, en el Capítulo I, intitulado: Fundamentos Políticos, Sociales y Económicos del Estado, regula aquéllas tres dimensiones de la propiedad.

Lo cierto es que el Capítulo VII, “Derechos, Deberes y Garantías Fundamentales” de la carta magna cubana, no la contempla en su articulado. De allí que se dude sobre si es considerado un derecho fundamental. Las diversas opiniones se alzan en el siguiente sentido:

1. Existen autores que consideran que no puede ser considerado un derecho fundamental y no goza de protección constitucional. Así por cuanto no ha sido así reconocido (Villabella Armengol, 2002).

2. Otros consideran que es un derecho sustancialmente fundamental, atento a que no se encuentra enumerados específicamente en los del Capítulo VII. Por lo tanto no ostentan el plus íntegro de fundamentalidad (Pérez Royo, 2003).

3. Un tercer grupo considera que el derecho de propiedad integra el amplio conjunto de derechos y libertades. Así por cuanto, los de primera generación –Capítulo VII- se integran con los de segunda generación –Capítulo I arts. 19, 21-; y, con ello se amplían (Mustelier, 1997 y Cutie Mustelier y Méndez López, 2008).

4. El último sostiene que al encontrarse regulada en el Capítulo I, junto con los fundamentos del régimen político y económico de Cuba. Por lo tanto ostenta garantía constitucional y es un derecho indisponible. Ello es así, sobre todo desde la reforma del texto efectuada en el año 2002, que declara irreformable la esencia socialista del derecho cubano. Es decir, sus fundamentos

económicos, políticos y sociales son inalterables (Villabella Armengol, 2002).

La propiedad se encuentra protegida constitucionalmente en las siguientes disposiciones:

1. Art. 23: Prohíbe las leyes retroactivas que afecten los compromisos civiles.
2. Art. 24: Prohíbe las confiscaciones y establece los requisitos para la validez constitucional de las expropiaciones.
3. Art. 87: Reconoce la legitimidad de la propiedad privada y hace referencia a los límites del concepto.
4. Art. 92: Protege los derechos a la propiedad intelectual.

También refieren a la propiedad las siguientes mandas constitucionales:

1. Art. 33: Autoriza la incautación de libros, discos, películas u otras publicaciones que ataquen el honor de las personas, el orden social o la tranquilidad pública.
2. Art. 43: Garantiza el derecho de las mujeres casadas a ejercer control sobre sus propiedades.
3. Art. 88: Prohíbe la propiedad privada del subsuelo y requiere que determinados bienes y empresas sean explotados de manera que propendan al bienestar social.
4. Art. 89: Otorga al Estado un derecho de tanteo en toda adjudicación o venta forzosa de propiedades inmuebles y de valores representativos de propiedades inmobiliarias.
5. Art. 90: Proscribe los latifundios y autoriza restricciones a la tenencia de la tierra por personas y compañías extranjeras.
6. Art. 91: Permite a los agricultores a reservar determinadas parcelas de tierra de cultivo como "propiedad familiar" y restringe la enajenación de dicha tierra.
7. Art. 93: Impide los gravámenes perpetuos en la propiedad a beneficio de personas privadas.
8. Art. 252: Restringe la enajenabilidad de la propiedad poseída por el Estado.

9. Art. 273: Establece que el Estado tiene derecho a una porción de cualquier aumento en el valor de la propiedad, que resulte exclusivamente de la acción estatal.
10. Art. 274: Regula los contratos de arrendamiento, colonato o aparcería de las tierras de cultivo.
11. Art. 275: Autoriza las restricciones a la integración vertical de la industria azucarera.
12. Art. 276: Proscribe aquellas leyes y regulaciones que se dirijan a crear monopolios privados, o que tengan como efecto crearlos.

2.3. La propiedad en el Código Civil de Cuba

2.3.1. El Decreto Ley 50/1992

Previo al análisis del Código Civil, debe traerse a colación el Decreto – Ley 50, del año 1982. Este fue dictado como resultado de la necesidad de atraer la inversión de capitales extranjeros ante la desaparición de la Unión Soviética y la caída económica cubana.

Así, se reguló la propiedad de las empresas de capitales mixtos o empresas mixtas. Estos tipos también se encontraban regulados en el Código Civil; empero no gozaban de protección constitucional. Ello motivó la reforma constitucional de 1992. Esta reforma no protegió a otras dos reconocidas por el plexo normativo de fondo: las fundaciones y asociaciones no mercantiles (art. 160.1).

Lo último deviene que el art. 23 de la Constitución sólo reconoce la propiedad de sociedades y asociaciones económicas de carácter puramente mercantil.

Aclarado ello corresponde abordar la normativa civil.

2.3.2. El Código Civil cubano

2.3.2.1. El Código Civil y el derecho de propiedad

El Código Civil Cubano vigente fue promulgado el 12 de abril de 1988.

El derecho de propiedad y otros derechos sobre bienes fueron modificados con la sanción de la nueva Ley General de la Vivienda (Ley N° 65), el 23 de diciembre de 1988.

La estructura del Código Civil Cubano puede relevarse de la siguiente manera:

Libro Primero de la Relación Jurídica

Título I: Disposiciones Generales

Título II: Sujetos de la Relación Jurídica

Título III: Objeto de la Relación Jurídica

Título IV: Causas de la Relación Jurídica

Título V: Publicidad de los Acontecimientos Naturales y de los Actos Jurídicos

Título VI: Prueba de la Relación Jurídica

Título VII: Protección de la Relación Jurídica

Título VIII: Prescripción de Acciones

Título IX: Caducidad

Libro Segundo: Derecho de Propiedad y otros Derechos sobre Bienes

Título I: Disposición Preliminar

Título II: Derecho de Propiedad

Título III: Otros Derechos sobre Bienes

Libro Tercero: Derecho de Obligaciones y Contratos

Título I: Obligaciones en General

Título II: Obligaciones Contractuales

Título III: Compraventa

Título IV: Compraventa en Establecimientos de Comercio Minorista

Título V: Permuta

Título VI: Donación

Título VII: Préstamo

Título VIII: Comodato

Título IX: Arrendamiento

Título X: Sociedad

Título XI: Mandato
Título XII: Depósito
Título XIII: Transporte de Pasajero
Título XIV: Transporte de Carga
Título XV: Hospedaje
Título XVI: Servicios Bancarios
Título XVII: Seguro

Libro Cuarto: Derecho de Sucesiones

Título I: Disposiciones Generales
Título II: Sucesión Testamentaria
Título III: Sucesión Intestada
Título IV: Adquisición de la Herencia
Título V: Saldos de Cuentas de Ahorro
Título VI: Transmisión al Estado del Patrimonio del Causante

Disposiciones Especiales

Disposiciones Transitorias

Disposiciones Finales

Cual se advierte, el derecho de propiedad es tratado en un único, el Libro Segundo, que se encuentra dividido en tres Títulos.

Previo a definir en el primer párrafo del art. 129 el derecho de propiedad, el Título I: Disposición Preliminar, integrada por un único artículo, el Nº 127, determina que el ejercicio del derecho de propiedad sólo podrá realizarse de acuerdo a las previsiones legales estatuidas.

El art. 129.1 define al derecho de propiedad, en su primer párrafo como a aquél que confiere a su titular la posesión, uso, disfrute y disposición de los bienes, conforme a su destino socioeconómico.

Pareciera que su definición se asemeja a la dada por el derecho argentino. No obstante ello, no es así. Esa disposición debe conjugarse con los principios impregnados por el sistema socialista. Ello se expresa en el art. 128, que impone:

1. En la República de Cuba rige el sistema socialista de economía basado en la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios e instrumentos de producción y en la supresión de la explotación del hombre por el hombre.

2. Además de la propiedad estatal socialista, el Estado reconoce la de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la de las cooperativas, la de los agricultores pequeños y la de otras personas jurídicas cuyos bienes se destinan al cumplimiento de sus fines, y garantiza la propiedad personal.

El sistema socialista es el que imprime el alcance y contenido del derecho de propiedad y establece su ámbito de aplicación.

2.3.2.2. El Código Civil y los derechos reales

2.3.2.2.1. Su estructura legal

El Código Civil Cubano reconoce expresamente diversos tipos, que pueden agruparse de la siguiente manera:

1. Derechos reales de aprovechamiento.
Son los que otorgan a su titular las facultades de uso y eventualmente, de enajenación.
Entre ellos se encuentran: la propiedad, la copropiedad, la posesión, el usufructo y la superficie.
2. Derechos reales de adquisición preferente.
Son aquellos que confieren prioridad para adquirir bienes si quien es su dueño decide enajenarlos.
Entre ellos se encuentran: el tanteo y el retracto.
3. Derechos reales de garantía.
Son los que aseguran el cumplimiento de una obligación principal.
Entre ellos se encuentran: la penda, la retención, la hipoteca naval y la hipoteca aérea.

Ese plexo normativo debe integrarse con disposiciones complementarias; como, por ejemplo, acontece con el derecho real de superficie, a cuyos fines debe acudir a una nueva ley general sobre la materia.

El principio que campea en materia de creación de los derechos reales es el del *numerus clausus* o número cerrado.

2.3.2.2.2. Algunas vicisitudes del derecho de propiedad civil

El art. 129.2 del Código Civil de Cuba legitima al propietario a entablar una acción reivindicatoria contra un tenedor o poseedor; y, el 129.3, hace lo propio con el reclamo frente a las autoridades competentes para reclamar el reconocimiento del derecho de propiedad y su inscripción en el registro correspondiente.

En relación a los otros derechos conferidos al titular dominial respecto de su cosa, el código lo autoriza, en el art. 131.1 a:

hacer en él obras, plantaciones y excavaciones, con las limitaciones establecidas en las disposiciones legales, especialmente las relativas a sobrevuelos, construcciones y protección del patrimonio nacional y cultural, y a los recursos naturales y el medio ambiente.

Los límites a ese ejercicio se encuentran referenciados en los arts. 131.2 y 132. Ellos son:

1. Evitar la causación de peligro, daño, contaminación o perjuicios a personas o bienes.
2. Emplear la racionalidad.
3. Tener en cuenta el destino socioeconómico del bien.

A su vez, el art. 133 en sus dos puntos obliga a los habitantes a proteger la propiedad socialista de todo el pueblo, la de las cooperativas y de las organizaciones políticas, de masas y sociales. Quien resulte afectado al repeler la amenaza, tiene derecho a ser indemnizado. También gozan de ella, en el caso de fallecer la persona, su cónyuge, pariente o personas a su abrigo.

La expropiación por razones de utilidad pública o interés social sólo puede realizarse previo dictado de una ley y pago de una indemnización; que según la letra del art. 134 debe hacerse conforme a las necesidades socioeconómicas del expropiado.

El Capítulo II reconoce como formas de propiedad a:

a. La propiedad socialista del pueblo (art. 136/141).

El código de fondo imprime el carácter de propiedad estatal a los siguientes bienes:

1. Tierras que no pertenecen a pequeños agricultores o cooperativas integradas por ellos; junto con el subsuelo, las minas, los recursos marítimos, los bosques, las aguas y las vías de comunicación (art. 136.a).

2. Los centrales azucareros, las fábricas, los medios fundamentales de transporte, y cuantas empresas, bancos, instalaciones y bienes han sido nacionalizados y expropiados a los imperialistas, latifundistas y burgueses, así como las fábricas, empresas e instalaciones económicas, sociales, culturales y deportivas construidas, fomentadas o adquiridas por el Estado y las que en el futuro construya, fomenta o adquiera (art. 136.b).

1. Los bienes que no tienen dueño (persona natural o jurídica) (art. 137).

En relación a estos bienes se consagra la intransmisibilidad a personas naturales o jurídicas (art. 138). También la posibilidad de que el Estado pueda dar en usufructo o superficie sus tierras; y en usufructo o arrendamiento medios de producción, terrenos, edificaciones, instalaciones industriales, turísticas o de cualquier tipo (art. 140).

b. La propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales.

Conforme surge de la letra del art. 142, es la que recae sobre bienes destinados al cumplimiento de sus respectivos fines; que según la letra del art. siguiente son: edificios, construcciones, instalaciones, medios de transporte y otros bienes (ap. 1.a) y fondos provenientes de aportes de afiliados (ap. 1.b).

c. La propiedad cooperativa.

Es la propiedad que ostentan aquellas personas jurídicas reconocidas como tales por el Estado, en cuanto contribuyen al desarrollo económico nacional.

El art. 145 determina que ostentan una forma de propiedad colectiva.

El art. 148 enumera los bienes que pueden integrar el patrimonio de las cooperativas. Entre ellos se encuentran, conforme determina el ap. 1:

- a. la tierra y otros medios e instrumentos de producción, las viviendas, instalaciones, medios culturales recreativos y otros bienes aportados por sus miembros y los construidos o adquiridos por las mismas.
- b) sus animales y plantaciones, su producción agropecuaria y forestal y otras;
- c) sus fondos y recursos financieros;
- ch) los fondos creados con el aporte de sus integrantes; y
- d) otros bienes.

d. La propiedad de los agricultores pequeños:

El art. 150 determina que es la que recae sobre los bienes destinados a la explotación agropecuaria a que se dedican, y mediante la cual contribuyan a aumentar el fondo de consumo social y, en general, al desarrollo de la economía nacional.

El art. 151 enumera los bienes bajo el siguiente punteado:

- a) las tierras que legalmente les pertenecen:
- b) las edificaciones, instalaciones, medios e instrumentos que resultan necesario para la explotación a que se dedican;
- c) los animales y sus crías; y
- ch) las plantaciones, siembras, frutos y demás productos agropecuarios y forestales.

Los titulares deben mantener, explotar y utilizar adecuadamente las tierras de acuerdo con su destino (art. 152.1).

Si desean vender, el Estado tiene derecho de preferencia (art. 153.2).

Los productores pequeños no pueden arrendar, establecer aparecerías, gravar su terreno con una hipoteca o cualquier otro gravamen o efectuar cesiones a particulares (art. 154.1).

e. La propiedad personal:

Es la propiedad sobre los bienes destinados a la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de sus dueños (art. 156).

Entre los objetos que pueden pertenecer a este tipo, el art. 157 enumera a:

- a) los ingresos y ahorros provenientes del trabajo propio;
- b) la vivienda, casa de descanso, solares yermos y demás bienes adquiridos por cualquier título legal; y
- c) los medios e instrumentos de trabajo personal o familiar.

f. La propiedad de las sociedades, asociaciones y fundaciones.

El art. 160 las legitima para ser titulares del derecho de propiedad. El ejercicio de este derecho deberán efectuarlo conforme a las leyes, tratados, estatutos y el Código, que regirá supletoriamente.

Bajo el segundo apartado, equipara a las empresas mixtas, conjuntas e internacionales y a otras personas jurídicas de características especiales.

2.3.3. La protección de la propiedad

La propiedad en el derecho cubano encuentra su protección en diversas normas. El derecho civil, el derecho penal, el derecho laboral y el derecho administrativo regulan acciones que obstan a su defensa.

Cuando el derecho de propiedad se encuentra conculcado, las acciones que pueden entablarse son:

1. El proceso civil de amparo de la posesión.

La Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral, en los arts. 393 a 424, establece que ella podrá defenderse frente a turbaciones o despojo provenientes de particulares o del Estado.

2. El proceso civil sucesorio.

El art. 24 de la Constitución cubana tutela el derecho a la herencia.

3. El proceso civil reivindicatorio de bienes muebles.

Los arts. 82 a 98 del Código Civil lo regulan.

Así, mediando lesión de la cosa, su titular ostenta de legitimación para entablar una acción que refiera a su devolución.

4. El procedimiento contencioso administrativo.

Ante disposiciones generales o resoluciones dictadas por los Organismos de la Administración Central del Estado o Comités Ejecutivos de Órganos Provinciales y Municipales del Poder Popular; que conculquen derechos de los particulares, éstos pueden deducir impugnaciones directas contra aquéllas.

5. El proceso penal.

Protege a los particulares de los delitos cometidos contra el derecho de propiedad. El Código Penal Cubano (Ley N° 62, de 1987) la protege en el Título V: "Delitos contra la Economía Nacional"; en el Título VI; "Delitos contra el Patrimonio Cultural" y en el Título XIII: "Delitos contra los Derechos Patrimoniales".

2.3.4. Reaconto de leyes dictadas en relación a la vivienda

Desde el año 1960 numerosas leyes han sido dictadas en torno al derecho de propiedad, específicamente referidas a la vivienda. Las más importantes relacionadas con la temática abordadas en el presente Capítulo son (Castellanos, 2015):

1. La Ley de Reforma Urbana, dictada en 1960, confiscó todas las viviendas arrendadas, con excepción de las habitadas por sus propietarios y prohibió la compraventa y la hipoteca.
2. La Ley General de la Vivienda, promulgada en 1984, autorizó la "transferencia de la propiedad", pero los "propietarios" no podían vender, arrendar, permutar o alojar libremente a quien consideraran. Los cubanos pasaron a ser propietarios sin propiedad.
3. Segunda Ley General de la Vivienda, encaminada a reordenar las regulaciones anteriores, propiciar la

solución del déficit habitacional y fortalecer el control estatal sobre las operaciones, fue aprobada en 1988.

4. El Decreto-Ley 211, de julio de 2000, reguló las construcciones que entonces florecían por doquier y los trámites de permuta. Este decreto contemplaba inspecciones físicas en los inmuebles y exigía autorización para realizar permutas, algo que había sido permitido por la Ley General de 1988.
5. El Decreto-Ley, de febrero de 2001, otorgó al Instituto de la Vivienda poder para eliminar la compraventa entre particulares y otorgó a las entidades municipales de la Vivienda el derecho de confiscación.
6. El Decreto-Ley 288 de 2011, restableció y reguló la compraventa de viviendas. Ahora los propietarios pueden permutar, donar, adjudicar o vender su casa a otros cubanos y las viviendas de cubanos que abandonen definitivamente la propiedad se traspasa a los copropietarios o a sus familiares hasta el cuarto grado de consanguinidad.

3. La definición del derecho de superficie

El Código Civil Cubano en el art. 218 define al derecho de superficie como a aquél mediante el cual el Estado puede conceder a personas naturales o jurídicas el derecho de superficie sobre terrenos de propiedad estatal para edificar viviendas o efectuar otras construcciones (ap.1) u otras actividades determinadas (ap. 2), no pudiendo efectuarse sobre terrenos de propiedad personal.

4. Caracteres

El derecho de superficie cubano admite los siguientes caracteres:

1. Es un derecho real.

2. Es un derecho real autónomo.
3. Sólo pueden ser constituidas por el Estado o por las cooperativas de producción agropecuaria.
4. Su objeto sólo puede ser un terreno edificado o sin edificar.
5. Su modalidad sólo puede ser edilicia.
6. Su titular puede ser: otro Estado, un organismo internacional o una representación extranjera, si es constituida por el Estado; como así también, los miembros de una cooperativa de producción agropecuaria, si es hecha por ésta.
7. Puede ser perpetuo o temporario.
8. Es transferible.

5. Tipos de superficies contempladas

La única modalidad admitida por el derecho cubano es la superficie edilicia. Ella puede ser constituida sobre un terreno sin edificación existente o con una ya construida o principiada su construcción.

6. Ámbito de aplicación

6.1. La titularidad del inmueble

El art. 218.2 del Código Civil cubano estatuye que sólo pueden constituirse sobre bienes que no sean de propiedad de personal.

6.2. El legitimado para su constitución

El derecho real de superficie sólo puede ser constituido por parte del Estado o por una cooperativa de producción agropecuaria (Ley N° 36).

6.3. El superficiario

Pueden ostentar la calidad de superficiarios;

a. Si la Superficie es constituida por el Estado, conforme lo estatuye el art. 219 del Código Civil cubano:

1. Otros Estados.

Ellos deben ostentar la finalidad de realizar construcciones para la instalación de sus misiones diplomáticas y consulares, residencia de sus miembros y otras dependencias o establecerlas sobre terrenos con edificios construidos (aps. 1 y 3).

2. Organismos internacionales.

Éstos deben efectuar construcciones para la instalación de sus sedes y residencias de su personal o establecerlas sobre terrenos con edificios construidos (ap.2 y 3).

3. Representaciones extranjeras ante los organismos internacionales.

Con la misma finalidad que ellos (ap. 2 y 3).

b. Si la Superficie la constituye una cooperativa de producción agropecuaria, de conformidad con el art. 220:

Sus miembros.

Ella deberá ser hecha al solo efecto de construir viviendas y podrá efectuarse únicamente sobre tierras de su propiedad.

6.4. Requisitos de constitución

El art. 221 del Código Civil cubano estatuye como cláusulas obligatorias del instrumento constitutivo a las siguientes:

1. Extensión.
2. Término.
3. Estructura.
4. Naturaleza.
5. Destino de las construcciones.
6. Actividad específica que se desarrollará.

6.5. Modalidades

El contrato superficiario puede efectuarse a título oneroso o a título gratuito, de conformidad con lo dispuesto por el art. 218.4 del Código Civil de Cuba.

6.6. Plazo

El art. 222, en su apartado 1, estatuye como plazo máximo de constitución del derecho real de superficie el de cincuenta años.

El apartado 2 admite la prórroga del plazo pactado bajo las siguientes condiciones:

1. Sólo puede prorrogarse por la mitad del término original
2. Debe peticionarse la prórroga antes de la fecha del vencimiento del término original.
3. Sólo puede formular la petición su titular.

6.7. La transferibilidad

El derecho real de superficie, de acuerdo con la letra del art. 223 del Código Civil cubano, es un derecho transferible. Este es el principio que sienta la manda.

La norma establece dos excepciones: la ley y el título constitutivo. Es decir que, el principio cede ante lo que resulta de aquéllos cuando impongan su no transferibilidad.

6.8. La extinción del derecho de superficie

El art. 224 enumera como causales generales de extinción a:

- a. La extinción de la persona jurídica (inc. a).
- b. La conculcación de lo pactado (inc b).
- c. El no inicio del ejercicio del derecho dentro de los dos años siguientes a su concesión; excepto que legalmente se imponga otro término diferente (inc. c).

- d. La destrucción de las edificaciones e instalaciones; con excepción de su reconstrucción en el plazo que se ha señalado o que sea decidido por un Tribunal, en su defecto (inc. ch).

A estas causales habría que sumarles:

- a. Consolidación.
- b. Renuncia.
- c. Revocación.
- d. Expropiación.
- e. Confiscación (Res. 2/91).
- f. Que el cooperativista deje de formar parte de la cooperativa.

Debe referenciarse que en el caso de personas naturales, su fallecimiento no produce la extinción del derecho de superficie, atento a que se aplican las reglas de la sucesión intestada. En el caso de no existir herederos, se transmite de puro derecho al Estado, de conformidad con lo normado por el art. 546.1b) del Código Civil Cubano.

Empero si es constituida bajo la égida de la Resolución 2/91, sí se extingue el derecho real de superficie por fallecimiento del superficiario, cuando no media heredero.

6.9. Efectos de la extinción del derecho de superficie

Extinguido el derecho de superficie las construcciones e instalaciones vuelven en cabeza del propietario del terreno, de conformidad con lo estatuido por el art. 225 del Código Civil de Cuba.

6.10. La superficie perpetua

La Ley General de Viviendas del año 1988 establece en su artículo 1º determina que la finalidad tuitiva de la ley es lograr que toda familia ostente una vivienda confortable. Su texto imprime:

Las regulaciones que contiene la presente Ley se fundamentan en el principio de que el Estado socialista trabaja por lograr que no haya familia sin una vivienda

confortable y a dichos efectos planifica, organiza y promueve la construcción y reparación de viviendas por:

- las microbrigadas;
- las empresas y otras entidades estatales;
- las cooperativas de producción agropecuarias;
- esfuerzo propio de la población.

El art. 17 al referir a los solares yermos para la construcción de viviendas dispone que la Dirección Municipal de Viviendas, cumpliendo las directivas del Instituto Nacional de la Vivienda y del Instituto de Planificación Física, se encuentra habilitado para transferir los solares yermos del Estado a particulares para que puedan construirse viviendas, con derecho perpetuo de superficie, debiendo abonar un canon.

Si quien es beneficiado no comienza la fabricación dentro del año de adquisición del derecho, la Dirección Municipal de la Vivienda podrá disponer su cancelación con devolución de lo pagado con menos los gastos de la operación, de conformidad con lo dispuesto por el art. 18.

Este derecho sólo es transmisible *mortis causa* a los herederos; a menos que el particular lo haga a favor de otro que necesite para construir una vivienda, previa aprobación de la Dirección Provincial de la Vivienda y formalizada ante notario. El Estado podrá ejercer su derecho de tanteo.

Los beneficiarios pueden ser:

1. Una sola persona para edificar una vivienda.
2. Varias personas para construir dos o más viviendas agrupadas en una sola edificación.

Si el terreno dado en superficie no es apto para la construcción de viviendas, quien ostentaría la calidad de superficiario puede solicitar la permuta por otra propiedad estatal equivalente, si lo hubiera o la adquisición por parte del Estado, previo pago de su precio legal.

Esta superficie perpetua no podrá ser aplicada a las fincas rústicas.

De conformidad con lo estatuido por el art. 23, lo serán:

1. Las que hubieren sido declaradas tales al 17 de mayo de 1959.
2. Las de los beneficiarios de la Ley de Reforma Agraria.
3. Las destinadas a la explotación agropecuaria y forestal, ubicadas dentro o fuera del perímetro urbano.

4. Las fincas rústicas ubicadas en un asentamiento poblacional cuya área supere los 800 metros cuadrados.

La Resolución N° 2/91, dictada el 14 de enero de 1991, del Instituto Nacional de la Vivienda de Cuba, regula la modalidad perpetua del derecho real de superficie, en consonancia con la Ley General de la Vivienda y la Resolución N° 10/2006 del Instituto Nacional de la Vivienda. El art. 1º de esta última brinda una definición más completa del derecho perpetuo de superficie, estableciendo que es el derecho real en virtud del cual el Estado (concedente) otorga a los particulares (superficiarios), el derecho a construir viviendas de las que deviene propietario, en terrenos del Estado (zonas urbanas y asentamientos rurales) mediante el pago de una suma alzada en concepto de precio.

7. Conclusiones

La concepción del derecho de propiedad en el sistema jurídico cubano difiere de la del derecho argentino. En Cuba la propiedad es concebida con miras a los principios que rigen la propiedad estatal socialista. En ese ámbito, bajo el plexo normativo vigente, si bien se le reconoce garantía constitucional, se la construye en base a tres tipos diferentes.

La propiedad cubana se clasifica en tres tipos: la propiedad estatal socialista, que pertenece a todo el pueblo, la propiedad colectiva y la propiedad individual.

El derecho de superficie es concebido en su modalidad pura, que es la superficie edilicia.

Una peculiaridad presenta este derecho, bajo la égida del Código Civil Cubano, que es que sólo puede ser constituida por el Estado o por las cooperativas de producciones agropecuarias.

Si bien el Código Civil establece el plazo máximo de duración de cincuenta años, también se contempla la superficie perpetua. Ella tiene por finalidad, la de dotar de viviendas a quienes tengan en miras su construcción y bajo las modalidades que establece la normativa especial.

La regulación del derecho de superficie en Cuba ha tenido un sostenido desarrollo. Los cambios económicos, sociales, políticos y jurídicos que ha

experimentado han llevado a contemplar al derecho real de superficie con las vicisitudes señaladas en el desarrollo del presente subcapítulo.

Capítulo 7: El derecho real de superficie en el derecho argentino bajo la mirada del Código Civil, los Proyectos y las Jornadas Nacionales

1. Consideraciones preliminares.
2. Concepto del derecho real de superficie.
 - 2.1. La definición.
 - 2.2. Su fuente.
 - 2.3. El concepto.
3. El derecho real de superficie, junto con otros derechos reales proscriptos, en el Código Civil derogado.
 - 3.1. *Introito*.
 - 3.2. La proscripción del art. 2614 del Código Civil derogado.
 - 3.2.1. La letra del art. 2614 del Código Civil derogado y su abordaje preliminar.
 - 3.2.2. Los derechos nominados en el art. 2614 del Código Civil derogado.
 - 3.2.2.1. Los censos.
 - 3.2.2.2. La enfiteusis.
 - 3.2.2.3. La renta.
 - 3.2.2.4. Las vinculaciones.
 - 3.2.2.4.1. Los mayorazgos.
 - 3.2.2.4.2. Las capellanías.
 - 3.2.2.4.2.1. Las capellanías eclesiásticas.
 - 3.2.2.4.2.2. Las capellanías seculares.
 - 3.2.3. El análisis del art. 2614 del Código Civil derogado.
 - 3.3. El emblemático caso jurisprudencial.
 - 3.4. El sistema cerrado de creación de los derechos reales en el Código Civil derogado.
 - 3.4.1. El *numerus clausus*.

3.4.2. La tipicidad.

4. El derecho real de superficie en los Proyectos de modificación del Código Civil.

4.1. Algunas particularidades en torno al Código Civil velezano.

4.2. El Proyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Proyecto de 1954.

4.3. Los Proyectos de modificación del Código Civil de los años 1987, 1993 y 1998.

4.3.1. Algunas peculiaridades de los tres Proyectos.

4.3.2 El tratamiento del derecho real de superficie en el Proyecto de modificación del Código Civil del años 1998 y su correlación con los de los año 1987 y 1993.

4.3.2.1. El concepto.

4.3.2.2. El plazo.

4.3.2.3. La propiedad superficiaria.

4.3.2.4. La propiedad superficiaria como tipo de dominio imperfecto.

4.3.2.5. La adquisición derivada.

4.3.2.6. La legitimación activa.

4.3.2.7. La extensión de hecho del derecho.

4.3.2.8. Las facultades del superficiario.

4.3.2.9. La reconstrucción o reforestación.

4.3.2.10. Las causales de extinción.

4.3.2.11. Los efectos de la extinción del derecho real de superficie.

4.4. Proyecto del año 2012.

5. El derecho real de superficie en las Jornadas Nacionales.

5.1. Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

5.2. Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

5.3. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil.

6. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

El derecho real de superficie guarda estrecha vinculación con el derecho de propiedad. Así, por cuanto impone el establecimiento de dos propiedades desmembradas sobre un mismo inmueble. Ellas difieren en contenido, ámbito de aplicación y alcances.

El derecho real de dominio ha ido sufriendo transformaciones y ha evolucionado con el devenir de los acontecimientos políticos, económicos y sociales. Es, en virtud de ello que, *aggiornarse* y acompañarlos, era la única vía idónea.

El derecho de superficie ha impuesto un apartamiento de la concepción romana y de la velezana (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003), que posteriormente será desarrollada.

El último siglo estuvo marcado por un auge del urbanismo, que ha creado nuevas necesidades. El mantenimiento de capitales inactivos contraría no sólo el fin comunitario que se pretende hacer cumplir a la propiedad, sino el interés individual del titular a quien le resulta antieconómico (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003).

Esa, entre otras fue una de las causas que motivó la creación del derecho de superficie como un derecho real. Primero, lo fue en su modalidad forestal; luego, también, edilicia.

2. Concepto del derecho real de superficie

2.1. La definición

El art. 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación define al derecho real de superficie como al:

derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título

suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Esta definición es conteste con el concepto brindado por el art. 2° de la Ley N° 25.509, Ley de Superficie Forestal, en cuanto disponía:

El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica 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, pudiendo gravarla con derecho real de garantía.

Norma esta que debía complementarse con el art. 1° para elaborar el concepto. El art. 1° de la Ley N° 25.509 estatúa:

Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley.

2.2. Su fuente

A los fines de poder abordar la temática planteada en los acápite que siguen en orden de prelación y de evitar reiteraciones innecesarias, tan sólo habremos de indicar que el concepto dado por el art. 2114 es una derivación razonada de lo estatuido por el BGB alemán, que en su art. 1012 lo define como a un "derecho enajenable y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie de la finca".

El derecho ha de superficie ha nacido como una necesidad de paliar una situación imposible de resolver sin su establecimiento (Allende, 1985 y 1988; Alterini, 1986; Andorno, 2000; Bellotti, 2000; Calegaria de Grosso, 2002; Capón Filas, 1985; Cornejo, 1989; Cura Grassi, 1998; Flah y Smayevsky, 1988; Gatti, 1984; Goldenberg, 1998; Goldenberg y Gómez de La Lastra, 1998; Gutiérrez

Zaldívar, 2000; Highton, 1988; Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003; Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989; Kiper, 1988 y 2016; Mariani de Vidal y Abella, 2015; Puerta de Chacón, 2001; Pujol de Zizzias y Linares de Urrutigoity, 2002; Spota, 1988; Taiana de Brandi y Brandi, 2002; CNCiv., Sala G, 1985; entre otros).

2.3. El concepto

A los fines de enmarcar el derecho real de superficie, se han elaborado diferentes conceptos. Entre ellos, y previo a efectuar el propio, debemos relevar los siguientes:

1. El derecho real de superficie es el derecho real de poseer y conservar temporalmente en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantaciones y cultivos, en propiedad separada, emanada mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar (Roca Sastre, 1961).

2. Este derecho consiste en ser propietario de edificios o de plantaciones realizados en un terreno que pertenece a otro... separando la propiedad de la superficie de la propiedad del suelo... La palabra 'superficie' no designa en este caso la superficie geométrica del suelo, sino los objetos que se encuentran en el mismo (Ripert y Boulanger, 1956).

3. Es el derecho real de tener y mantener estacionalmente en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989).

4. El derecho real de superficie es aquel por el cual le es permitido a su titular la potestad de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo plantado o construido, con autonomía de la pertenencia del suelo; o —en otra modalidad— la de obtener una edificación o plantación ya existente en forma separada de la titularidad del suelo (Mariani de Vidal y Abella, 2016).

5. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un predio ajeno, que concede a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo,

según las peculiaridades de su ejercicio y plazo de duración determinados en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales (Iturbide, 2016).

6. Es el derecho de superficie es un derecho desmembratorio del dominio o dominio revocable, temporario pero de plazo prolongado, transmisible, que tiene por objeto la realización de construcciones, plantaciones, obras y/u otras mejoras en un predio ajeno, en su suelo, vuelo, subsuelo o sobre construcciones o cultivos anteriores, el que durante su vigencia suspende el ejercicio del derecho de accesión del propietario (Taiana de Brandi y Brandi, (2011).

7. El derecho real de superficie conlleva, un desdoblamiento entre la propiedad del suelo, por un lado, y el uso, goce y disposición del mismo bien inmueble o de una porción de él, por otro, prerrogativas estas últimas que se transfieren a un sujeto ajeno al titular del dominio sobre la cosa (De la Riva, 2016).

8. Es una nueva relación van a existir dos partes, en primer lugar el dueño del terreno o del inmueble (superficiante) –que es quien constituye el derecho de superficie-, y en segundo término, el superficiario – que es el beneficiario y quien se encuentra facultado para forestar, realizar plantaciones o efectuar construcciones sobre el inmueble- (Balán, 2015).

9. Es el derecho real que transita por dos andariveles centrales, ya las construcciones, ya las plantaciones (Alterini, 2011).

10. Es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado (Kiper, 2016).

Todas ellas, guardan cierta simetría con el concepto vertido por Vélez Sarsfield, en la nota al art. 2503 del Código Civil, donde so pretexto de denostar la institución a fin de ser incorporada como derecho real al sistema legislativo argentino, bajo la referencia a los derechos de superficiario ha explicitado:

El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras como edificar casas, plantar árboles etc., adherentes al

suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno.

En sí, consideramos que el derecho real de superficie es un derecho real autónomo que puede ser constituido sobre la rasante, vuelo o subsuelo de un inmueble ajeno y/o sobre edificaciones y plantaciones existentes, con la finalidad de la forestación o la edificación, por un período determinado de tiempo.

“En palabras simples, es el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno” (Kiper, 2016, T. II, p. 7).

Lo cierto es que la nueva normativa civil y comercial estatuye el derecho real de superficie en su variante amplia: derecho a construir o forestar como derecho sobre cosa ajena y derecho sobre propiedad superficiaria como derecho sobre cosa propia, aunque coexiste con la propiedad separada del titular del suelo (Molina Quiroga, 2015).

El derecho real de superficie es el derecho real en virtud del cual el superficiario tiene el derecho de plantar, forestar o construir sobre la rasante, vuelo o subsuelo de un inmueble ajeno, haciendo suya la propiedad superficiaria, por un período determinado de tiempo.

3. El derecho real de superficie, junto con otros derechos reales proscriptos, en el Código Civil derogado

3.1. *Introito*

Vélez Sarsfield en ocasión de redactar el Código Civil, consideró que el derecho real de superficie no podría tener acogida favorable en nuestro sistema.

A tal punto consideró su inviabilidad como derecho que expresamente prohibió su concertación, a pesar de haber establecido como principio rector en materia de creación de los derechos reales al sistema del número cerrado o *numerus clausus*.

Si bien, en el texto de su creación civilista expresa su opinión, consideramos que ella tan sólo fue empleada como un justificativo de su pensamiento liberal económico – social, que impregnaba su posición personal por entonces.

3.2. La proscripción del art. 2614 del Código Civil derogado

3.2.1. La letra del art. 2614 del Código Civil derogado y su abordaje preliminar

El art. 2614 del Código Civil derogado estatúa:

Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna.

Cual hemos referenciado, en el acápite anterior, puede ser tildada de asombrosa la redacción de este artículo, en relación con el sistema impuesto en materia de creación de los derechos reales. Tal vez, un tanto “sorpresa”, en atención a que de su lectura surge que, además de los derechos reales enumerados en el art. 2503 del Código Civil derogado, existen otros dos derechos reales permitidos, que no se encuentran expresamente consagrados en la nominación de la glosa indicada.

La especificación de los derechos reales permitidos y prohibidos, será abordada en el punto que continúa al presente. En aras de ello, hemos volcado

aquí nuestro pensamiento y posición, con independencia de su abordaje en profundidad en el acápite señalado.

Además de lo mencionado, deben incluirse otros que surgen de la misma letra del Código Civil y que se encuentran ausentes en la norma enseñada al final del párrafo precedente.

También debe revelarse que, el art. 2614 del Código Civil de Vélez Sarsfield, además de declarar a dos derechos reales como permitidos, bajo determinadas modalidades, efectúa una enumeración de los derechos reales cuya constitución debe considerarse, otrora, proscripta.

Los derechos reales que, apriorísticamente, pueden señalarse como prohibidos son:

1. Los censos constituidos por un período superior al de cinco años.
2. Las rentas constituidas por un período superior al de cinco años.
3. La enfiteusis.
4. La superficie.
5. Las vinculaciones.

Es decir, que el art. 2614 del código civilista derogado, ha formulado una interdicción de determinados derechos reales; empece a lo normado por el art. 2502 de su articulado.

Tal vez, la explicación o fundamento de lo reglado en el art. 2614 obedezca al interés por recalcar la interdicción de ciertas fórmulas vigentes o postuladas al tiempo en que el Código hubo de promulgarse (De Reina Tartièrre, 2004.); o, simplemente, al contexto socio político que giraba en torno al legislador. Moción, esta última, que consideramos como coyuntural.

3.2.2. Los derechos nominados en el art. 2614 del Código Civil derogado

El art. 2614 del Código Civil velezano nomina cinco derechos reales proscriptos; a saber:

1. Los censos.
2. Las rentas.

3. La enfiteusis.
4. La superficie.
5. Las vinculaciones.

Las vinculaciones incluyen dos tipos:

1. Los mayorazgos.
2. Las capellanías.

3.2.2.1. Los censos

Los censos son derechos reales, perpetuos o temporarios, que se conciertan sobre un inmueble, en forma de gravamen, debiendo su titular abonar un canon, que puede ser alzado o por una parte de los frutos que se produzcan.

Constituyen verdaderas cargas reales.

Existen tres tipos de censos:

1. Censos enfitéuticos.

Este tipo fue tratado por separado en la redacción de Código Civil derogado. Por lo tanto, puede argüirse que Vélez Sarsfield:

- a. Ha considerado al censo enfitéutico como a un tipo de derecho real autónomo, aunque proscrito.
- b. Ha considerado que los censos que se encuentran considerados en su tipo son sólo dos subtipos: los reservativos y los consignativos.

El censo enfitéutico será abordado al tratar a la enfiteusis.

2. Censos reservativos.

El censo reservativo es el derecho real en virtud del cual el censalista (transmitente) constituye el derecho real mediante el cual efectúa la traslación definitiva de un fondo, debiendo el censatario o censuario (titular del derecho real), abonar periódicamente una pensión o canon anual.

3. Censos consignativos.

El censo consignativo es el derecho real en virtud del cual censatario impone sobre un inmueble de su titularidad un gravamen, consistente en un canon o pensión, que se obliga a pagar al censalista, en virtud del capital que de éste recibe en dinero.

El art. 1606 del Código Civil español lo ha instituido como a aquel instituto que se concierta cuando el censatario impone sobre un inmueble de su propiedad el gravamen del canon o pensión que se obliga a pagar al censalista por el capital que de éste recibe en dinero.

Es decir, que funciona como una especie de garantía de pago en virtud de un préstamo en dinero; aunque así se asemeja al reservativo. En rigor de verdad, el censo consignativo no es un derecho de garantía, importa una contraprestación que se ofrece a fin de la obtención de un crédito. Ello se contrasta con el hecho de que aún cuando se llegase a pagar la totalidad del monto obtenido como préstamo, el canon prometido habrá de seguirse abonándose por el período convenido en el contrato constitutivo, aún cuando su monto sobrepase al originariamente obtenido en calidad de anticipo.

Ese punto es el que lo diferencia de una garantía. Es decir, que el censo consignativo no importa la devolución de un capital previamente anticipado, aún cuando su suma irroque una mayor a la obtenida primigeniamente, con el cómputo de los intereses pactados. Así por cuanto, difieren los fines y alcances de su otorgamiento; es decir, la finalidad tenida en cuenta por las partes al celebrar el tipo contractual que da nacimiento al derecho real.

Los acreedores entregaban sumas de dinero contra la constitución sobre los bienes de sus deudores de un gravamen que había de cifrarse en el pago de una pensión perpetua o por tiempo indefinido. (De Reina Tartièrre, 2004).

Este tipo de censos tuvo su auge en la Edad Media, cuando los campesinos necesitaban capitales para la agricultura.

El instituto funcionaba como medio de evitar prohibiciones existentes contra los préstamos a interés y la usura (Castán Tobeñas, 1951).

3.2.2.2. La enfiteusis

La enfiteusis es un tipo de censo. Su concreción la sitúa como a un censo enfiteutico en virtud del cual se implementa una cesión perpetua o temporaria de un inmueble rústico, reservándose el propietario del inmueble el derecho a percibir de quien lo reciba (enfiteuta) una pensión anual.

Su génesis se remota al derecho romano. Por entonces los municipios romanos daban en arrendamiento de larga duración tierras susceptibles de cultivo, que eran de su titularidad (*ager vectigalis*).

El pretor romano fue quien intentó victoriosamente su consideración como derecho real sobre cosa ajena, mediante el reconocimiento de la consagración de la defensa de su derecho al enfiteuta; es decir, protección legal.

En la Edad Media, fue consagrado como un instituto al servicio del feudalismo, que le servía a su Señor Feudal como instrumento económico.

Por entonces fue considerado como un dominio dividido. Así por cuanto, el enfiteuta era titular del dominio útil; y, el propietario o el Señor Feudal, del dominio directo.

Entonces, el dominio directo quedaba en cabeza del Señor Feudal; y, el útil, en la del enfiteuta.

La enfiteusis arribó a la Argentina como un medio de solucionar la no tan correcta distribución de las tierras de propiedad del Fisco, efectuada en tiempos de la conquista (Allende, 1964).

La Ley de Enfiteusis fue sancionada el 18 de mayo de 1826, por el primer Presidente de las Provincias Unidas del Río de la Plata, Bernardino Rivadavia, como garantía del Empréstito *Baring Brothers*. En el contrato se

había plasmado la hipoteca de todas las tierras de propiedad del Estado y se había estipulado la prohibición de su enajenación.

El texto legal tan sólo contaba con nueve artículos.

Su texto imponía, en su artículo primero, la prohibición de enajenación de toda tierra de propiedad pública desde el 1º de enero de 1827, por el plazo de veinte años, bajo el siguiente texto:

Las tierras de propiedad pública cuya enajenación por la ley del 15 de octubre, es prohibida en todo el territorio del Estado, se darán en enfiteusis, cuando menos, durante el término de 20 años, que empezarán a contarse desde el 1º de enero de 1827.

El art. 2º consagraba el canon que debía abonarse por parte de los enfiteutas, que se diferenciaba en tierras de pastoreo (8% anual) y tierras de “pan llevar” o cultivo (4% anual). De este modo determinaba:

En los primeros diez años, el que las reciba en esta forma, pagará al Tesoro Público la renta o canon correspondiente a un 8% anual sobre el valor que se considere a dichas tierras, si son de pastoreo, o a un 4% si son de pan llevar.

El art. 3º disponía que el valor fuera fijado por un Jury de propietarios, conformado por un mínimo de tres miembros. De su letra se leía:

El valor de las tierras será graduado en términos equitativos por un jury de cinco propietarios de los más inmediatos, en cuanto pueda ser, al terreno que ha de justipreciarse, o de tres en caso de no haberlos en aquel número.

El art. 4º estipulaba que su integración iba a ser realizada por el Gobierno; así decía: El Gobierno reglará la forma en que ha de ser nombrado el jury de que habla el artículo anterior, y el juez que ha de presidirlo.

El art. 5º estatuyó un sistema de revisión de la decisión del jury que la efectuaría un segundo jury, con la misma conformación que el que aquél que hubiere sido su predecesor. El texto disponía: Si la valuación hecha por el jury

fuese reclamada, o por parte del enfiteuta, o por la del fisco, resolverá definitivamente un segundo jury compuesto del mismo modo que el primero.

El art. 6º refería al canon, imponiendo que sería debido desde el momento en el cual se comenzase a poseer el terreno, bajo el siguiente contenido: La renta o canon que por el artículo 2º se establece, empezará a correr desde el día en que el enfiteuta se mande dar posesión del terreno.

El art. 7º reglaba respecto de la satisfacción del canon, que sería por entero durante el primer año y por mitad los dos siguientes. Así asignaba: El canon correspondiente al primer año, se satisfará por mitad en los dos años siguientes.

El art. 8º estatúa como órgano de aplicación respecto del pago a cargo del enfiteuta al Gobierno, de la siguiente manera: Los períodos en que ha de entregarse el canon establecido, serán acordados por el Gobierno.

El art. 9º efectuaba disposiciones respecto de los segundos diez años en relación al nuevo canon que debería abonarse. Aquél se calcularía sobre el nuevo valor que se determinará según pautas que imponga la Legislatura Nacional. La glosa instaba:

Al vencimiento de los diez años que se fijan en el artículo 29, la Legislatura Nacional reglará el canon que ha de satisfacer el enfiteuta en los años siguientes, sobre el nuevo valor que se graduará entonces a las tierras, en la forma que la misma Legislatura acuerde.

Lo cierto es que, esas tierras hipotecadas, a los fines de su viabilidad comercial, se las dio en arrendamiento contra el pago de un canon.

De este modo se aplicó el régimen del derecho de enfiteusis.

Por entonces, quien obtenía el permiso para “vaquear”, se consagraba con la titularidad de las tierras sobre las que su ganado pastaba (Dassen y Vera Villalobos, 1962); además de considerar el otorgamiento en propiedad de aquellas tierras “entregadas” como premio por los servicios políticos o militares prestados (Gatti, 1984).

De este modo se consagraba el latifundismo; y con este sistema, la imposibilidad de que los agricultores pudieran vivir de lo producido mediante el cultivo de sus tierras.

Con la Independencia de 1816, se intentó revertir esta situación. En secuela, se ha suspendido el proceso de venta de tierras públicas.

El 18 de mayo de 1826 se ha dictado la Ley de Enfiteusis. Su finalidad no fue otra que la promoción de los procesos productivos, actuando el derecho real como un instrumento de implementación económico.

La Ley de Enfiteusis consagraba la entrega de tierras públicas, bajo esa modalidad, por el plazo de veinte años, debiendo abonar el enfiteuta una contraprestación anual. Este canon se diferenciaba en derredor a la finalidad o destino de las tierras. Si las tierras eran aplicadas al pastoreo, la contraprestación anual que debía abonarse era la equivalente al ocho por ciento. Si las tierras eran dadas en cultivo, el porcentaje que debía abonarse en concepto de contraprestación anual del cuatro por ciento.

Si bien en esencia de avanzada puede ser tildada esta ley, su implementación ha devenido en fracaso atento la fallida técnica con la que se introdujo su implementación. Entre las razones de su derrotero pueden situarse (De Reina Tartièrre, 2004), entre tantas otras:

1. La no limitación de la superficie que era dada en enfiteusis.

De este modo se han empleado extensiones de terrenos sobre los cuales no debería haberse establecido.

2. El no establecimiento contractual de la manda de cultivar y mejorar las tierras.

Si bien en principio, los enfiteutas cumplían con esas obligaciones, muchos de ellos dejaban de hacerlo, sin que ello le pudiera ser exigible. La falta de pacto expreso, acarreaba esa suerte.

3. La contraprestación abonada al Estado no se condecía con la ganancia efectivamente percibida por parte de los enfiteutas.

El canon que debía abonarse debería haber sido elaborado sobre las bases del valor de las tierras dadas en enfiteusis junto con el de sus utilidades.

Lo cierto es que, por entonces, quienes fijaban el valor del canon que debía abonarse era un Jury de Vecinos, que en su mayoría eran enfiteutas y quienes, en miras a sus propios intereses, imponían un valor que los favorecía y que no se condecía con los parámetros sindicados al principio de este punto.

Debería haber sido el Gobierno el encargado de tal labor; uno de sus órganos debería haberse encargado en cada caso de fijar cuál era el monto de la contraprestación que debía abonar cada enfiteuta, en base al valor de las tierras dadas en este tipo derecho real con más las ganancias percibidas en base a la utilidad brida por el inmueble gravado.

En el año 1828, los terratenientes modificaron la Ley de Enfiteusis, levantándose la proscripción que se imponía a los enfiteutas respecto de la posibilidad de adquirir nuevas tierras.

De este modo, más de ocho millones de hectáreas fueron puestas a disposición de arrendatarios y enfiteutas. De este modo, se favoreció la concentración de la propiedad en unas pocas familias.

La Enfiteusis puso más de ocho millones de hectáreas a disposición de arrendatarios y enfiteutas quienes en general no pagaban o pagaban cánones muy bajos a la provincia, esta ley tendió a favorecer la gran concentración de la propiedad en unas pocas decenas de familias (Halperín Donghi, 2005). De este modo, las tierras fueron acaparadas por los grandes productores, creándose enormes latifundios.

En el año 1857 la ley fue dejada sin efecto; y con ello, la enfiteusis ha sucumbido en nuestro sistema legal.

Esta línea fue la continuada por Vélez Sarsfield al momento de redactar el plexo normativo civil derogado; mantenido en la actualidad.

3.2.2.3. La renta

En su esencia es un derecho personal que Vélez Sarsfield ha consagrado en el art. 2070 del Código Civil derogado.

Su tratamiento en el art. 2614 de ese cuerpo normativo, no ostenta razón de ser; sino, en virtud de su relación con los censos. En ambos institutos se principia con la entrega de un bien, mediando como contraprestación el pago de una renta o canon.

El art. 2070 del Código Civil derogado, abordando al contrato oneroso de renta vitalicia, prescribía:

Habrá contrato oneroso de renta vitalicia, cuando alguien por una suma de dinero, o por una cosa apreciable en dinero, mueble o inmueble que otro le da, se obliga hacia una o muchas personas a pagarles una renta anual durante la vida de uno o muchos individuos, designados en el contrato.

De lo expuesto puede afirmarse que, la renta es el derecho personal por el cual una persona se obliga a pagar una renta anual a aquél que le transmitió la propiedad de una cosa o hizo que un tercero lo hiciera por él.

La redacción del art. 2088 del Código Civil derogado, importó que el Codificador consagrara su naturaleza jurídica, además de asimilarlas a una deuda de dinero en su esencia. Así por cuanto, en su letra ha dispuesto: el acreedor sólo tendrá derecho para demandar el pago de cada una de las prestaciones no pagadas, como se procede contra cualquier deudor de sumas de dinero.

La renta se diferencia del censo en relación a su oponibilidad. En el caso de la renta, su oponibilidad es relativa; en tanto, que en el de los censos, es absoluta.

3.2.2.4. Las vinculaciones

Las vinculaciones reconocen dos variantes, implicadas con el derecho sucesorio y la transmisión de los bienes; a saber:

1. Los mayorazgos.
2. Las capellanías.

La Asamblea del Año XIII (1813) ha consagrado la prohibición de la concertación de las vinculaciones; en especial, respecto de los mayorazgos.

Vélez Sarsfield, en consonancia con ello ha determinado, en el art. 3732 del Código Civil derogado que se encontraban prohibidas todas las “disposiciones del testador, por las que llame a un tercero al todo o parte de lo que reste de la herencia, al morir el heredero instituido, y por las que declare inenajenable el todo o parte de la herencia”.

3.2.2.4.1. Los mayorazgos

Los mayorazgos eran derechos que consagraban el de suceder en los bienes dejados por el fundador, debiendo conservarlos en integridad y en la familia, a fin de que sean de propiedad del primogénito más próximo en orden sucesorio (Clavero, 1974).

3.2.2.4.2. Las capellanías

Las capellanías eran derechos que se imponían sobre determinados bienes en relación con la sujeción a la celebración de un cierto número de misas por año en un lugar que previamente determina su constituyente (Allende, 1964).

Lo cierto es que su concepto difiere en torno a su abordaje, dependiendo de si se lo hace desde el punto de vista canónico o desde el punto de vista secular.

No obstante ello, un concepto amplio, que comprende ambos miramientos puede ser elaborado en base a la siguiente formulación:

constituye una fundación, instituida generalmente a perpetuidad, por vía testamentaria o por actos entre vivos, en virtud de la cual el fundador afectaba un bien inmueble, o una suma de dinero situada sobre un inmueble, para costear con su renta la celebración de misas u otros actos píos, y beneficiar a determinadas personas o instituciones; a título de patrimonio si esas personas aspiraban al sacerdocio, o al mero título de patronos y capellanes (Levaggi, 1992).

La mentada clasificación en laicales y eclesiásticas importa en torno a sus subclasificaciones o tipos (Levaggi, 1992).

3.2.2.4.2.1. Las capellanías eclesiásticas

Las capellanías eclesiásticas son aquéllas que eran derechos perpetuos sujetos a la aprobación de la Iglesia por auto de erección (espiritualización de bienes que salían del comercio) o canónica institución (posibilidad de ordenarse a su título), que importaba que su beneficiario ostentara el derecho a poseer bienes perpetuamente o de por vida y de percibir sus frutos, a cambio de la obligación de cumplir con las cargas fundacionales.

Este tipo de capellanías se convertía en patrimonio cuando era empleada con la finalidad de que una persona pudiese ordenarse *in sacris* a título de ella. El patrimonio era empleado para su sustentación.

Las capellanías eclesiásticas se subclasifican en:

1. Capellanías Colativas.

Son las conferidas libremente a una persona idónea y que debía cumplir con los requisitos indicados precedentemente.

2. Capellanías Electivo – Colativas.

Son las que aquéllas en las que era obligatorio hacer la colación a una persona enseñada por el patrono.

3. Capellanías Gentilicias, familiares o de sangre.

Son que eran constituidas a favor de una familia determinada. Ella era quien recibía el beneficio.

3.2.2.4.2.2. Las capellanías seculares

Las capellanías seculares, laicales, mercenarias o profanas, son aquéllas que, pudiendo ser a perpetuidad o temporarias, no constituían verdaderos beneficios, atento a que sus bienes entraban en el comercio y podían ser poseídos y enajenados por los legos, aún cuando se hubiese impuesto la manda de celebrar misas u otros servicios religiosos.

Las capellanías se denominaban:

1. "Laicales" cuando la manda debía ser cumplida por un lego.
2. "Mercenarias" cuando el sacerdote que celebraba las misas recibía una limosna (merced).
3. "Profanas" cuando los bienes que conformaban el beneficio recibían el carácter de temporarios.

3.2.3. El análisis del art. 2614 del Código Civil derogado

Especial referencia corresponde efectuar al art. 2614 del Código Civil derogado por cuanto, atento a su redacción, se ha presentado distintas interpretaciones respecto de los derechos reales permitidos y prohibidos. Esa discusión ha caído, en el régimen actual, en desuetudo.

La discusión giraba en torno a cuáles de los cinco derechos reales enumerados en la norma estaban permitidos y cuáles, prohibidos; como así también, cuáles podían concertarse por el plazo de cinco años.

Los derechos reales enumerados en la norma, cuyo alcance ha sido circunscripto en el acápite precedente, eran:

1. Enfiteusis.
2. Superficie.
3. Censos.
4. Rentas.
5. Vinculaciones.

En rigor de verdad, realizando un análisis exegético de la glosa corresponde consagrar que las vinculaciones eran derechos reales expresamente prohibidos; como así también las rentas constituidas por un plazo superior al de cinco años.

Las distintas corrientes doctrinarias sostenían que:

1. Sólo recibían la calidad de derechos reales permitidos las rentas constituidas por el término de cinco años (Llerena, 1891).
2. Eran derechos reales permitidos: la enfiteusis, la superficie, los censos y las rentas constituidas por un plazo no superior al de cinco años (Machado, 1899).

3. Los derechos reales permitidos eran: los censos y las rentas constituidas por un período no superior al de cinco años; y, prohibidos: la enfiteusis, la superficie y las vinculaciones.

Esta solución fue a la cual adherimos.

Su fundamento se colige de las siguientes argumentaciones:

- a.** La nota al art. 2502 del Código Civil derogado.

Vélez Sarsfield citando a Demolombe y resaltando su férrea oposición a los doctrinarios franceses ha comentado que en el derecho romano sólo han sido determinados derechos reales junto a la propiedad, que eran unos pocos. La creación de derechos reales por parte de los particulares fue tildada de “arbitraria”.

Luego refiere a la Edad Media donde referencia que casi todos los estados europeos a través de variados medios han creado derechos reales por el contrato de arrendamiento perpetuo o el de cultura perpetua, por ejemplo. Así, en España los censos (rentas perpetuas) fueron consagrados como derechos reales sobre inmuebles. Ello fue mirado con disfavor por los mismos compatriotas, considerando que tan sólo importaba su concertación, la ruina de sus propiedades.

A continuación ha afirmado que:

La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos.

Finalmente, sostiene que los inmuebles se desmejoran y que las reyertas aumentan cuando el derecho real refiere a una parte material de la cosa que no pertenece a su titular.

- b.** La primera parte, en particular, a la nota al art. 2503 del Código Civil, ya referenciada.

En la nota, el legislador, ha denostado como derechos reales a la superficie y a la enfiteusis.

A. En relación al derecho de superficie:

1. Cuenta que el superficiario podía hacer obras sobre las cuales tenía el derecho de propiedad. Este era independiente de la del dueño del suelo, quien podía realizar obras por debajo de aquélla con el único límite de no perjudicarla. Imposición que también le cabía al superficiario en relación al objeto del derecho real del propietario.
2. Nuevamente acude al derecho civil romano para relatar que la titularidad que acuña el derecho real de superficie no podía ser independiente de la del dominio. Es decir que, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la del suelo.
3. Sindica que el derecho pretoriano fue el que dotó al superficiario de una acción y de un interdicto especial, si la superficie era concedida a perpetuidad o por un tiempo largo.
4. Tras calificar al derecho de superficie como a una desmembración del derecho de propiedad, con apoyatura en el Libro I del Digesto, narra que el derecho obtenido en virtud de aquélla podía ser vendido, gravado, ser objeto de partición hereditaria y ser adquirido por prescripción.
5. Afirma que opta por codificar según el derecho romano puro; en particular, a las normas que reglan lo edificado y plantado en suelo ajeno.
6. Finalmente, reitera su oposición a la consagración legal del derecho de superficie por considerar que desmejoraría los inmuebles y aparejaría mil dificultades y pleitos con los titulares dominiales.

B. Respecto de la enfiteusis o censo enfitéutico, tras categóricamente repelerla como derecho real en nuestro sistema, considera:

- a. Su definición como a la concesión de un terreno, a perpetuidad o por un largo tiempo, con el cargo de

mejorarlo (construcciones o plantaciones), debiendo abonarse como contraprestación un canon anual.

- b. Su distinción por la producción de un doble efecto:
 - i. El enfiteuta paga al cedente un canon.
Ello demuestra que la propiedad permanece en cabeza del titular del terreno.
 - ii. El enfiteuta adquiere un derecho real.
En virtud de ello, se encuentra legitimado para ejercer acciones posesorias y petitorias, puede vender su derecho, gravarlo con hipotecas o servidumbres.
Ello demuestra que es titular de un derecho real.
Empece lo dicho, no es así, por cuanto no se trataría de una real venta porque:
 - a. El usufructo se extingue con la muerte del usufructuario.
 - b. Transmisión de una propiedad, porque se debe abonar un canon anual al señor directo, a quien el enfiteuta reconoce como titular dominial.
- c. A la enfiteusis, nuevamente, haciendo suyas las palabras de Demolombe y referenciando al Digesto y a las Institutas, como a un derecho *sui generis*, por constituir una mezcla de arrendamiento, usufructo y propiedad, que no son tales.

Esta calificación se basa en las incertidumbres y pleitos que acarrea su concertación.

- d. Que en la Edad Media ello sí era permitida por razones político sociales. En los feudos se permitía la inenajenabilidad de los inmuebles y los mayorazgos (derecho sucesorio al arbitrio de los padres).
- e. Que su concertación no mejora las tierras; que sí lo pueden ser mediante el arrendamiento.
- f. Que su no consagración legal evita pleitos.

- g. Que es evidente, nuevamente calificar su rechazo y apoyarlo, en similar postura adoptada por la Comisión de Redacción del Código Civil Español y en la nota al art. 1547 efectuada por Goyena, donde relata las no bondades que su concertación había causado en el reino.
 - h. Que en casi todos los códigos modernos el derecho está prohibido.
 - i. Que en Francia, la enfiteusis no es nominada.
 - j. Que la concertación de un derecho enfiteúutico, importará tan sólo la contratación de una locación, por el tiempo que ella pueda durar conforme la normativa vigente.
- c. La primera parte de la nota al art. 2070 del Código Civil, donde Vélez Sarsfield ha escrito que no regla los censos o rentas perpetuas.

3.3. El emblemático caso jurisprudencial

La sentencia dictada por la Sala G de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, el 31 de Julio de 1984, en los autos: “Cincotta de Rebagliati, Angélica y otros c. Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires”, constituye una verdadera pieza jurídica, cuya referencia es obligada a esta altura del desarrollo de la temática abordada.

El reclamo judicial fue iniciado por los herederos de un enfiteuta del inmueble sito en la calle Córdoba 1765/9 contra el Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires, solicitando la consignación del canon del año 1979 y la determinación de un nuevo canon por el decenio 1980/1989.

En el Considerando IV se refiere a la descendencia de Juan A. Rodríguez. Sus herederos testamentarios fueron sus cinco hijos: Petronila, Rita, Juan Andrés, Máxima de la Trinidad e Isabel Rodríguez. Petronila y Máxima fueron heredadas por Josefa Vidal de Touceda. Ella, por los hijos de su primer matrimonio con Benedicto Sempol.

Ni la actora ni la demandada han aportado sendos títulos que acreditasen la titularidad del derecho invocado. La actora ha alegado antecedentes de un proceso anterior; y, la demandada, el incendio de la Curia en el mes de junio del año 1965.

El proceso anterior al que se refiere es un fallo dictado por la Excm. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Los hijos del primer matrimonio de Josefa Vidal de Touceda y Benedicto Sempol, fueron quienes intentaron redención, en autos: “Sempol y otros c/Curia Eclesiástica”, donde se refiere a la diversidad de criterios en las sentencias de primera y segunda instancia. El a quo ha entendido que no había mediado tradición de los terrenos enfiteúticos a la Curia y que la posesión entregada a ella lo había sido a título de patrona instituida y no de propietaria. En consecuencia, esos terrenos quedaban perpetuamente vinculados para responder a las cargas establecidas por el fundador. La Cámara ha entendido que medio donación modal a la Iglesia del Carmen, no habiendo habido fundación piadosa ni capellanía colativa ni laical, atento el comportamiento de los herederos fáctica y judicialmente al omitir incluir las dos manzanas en la sucesión y reconocer su titularidad en la Iglesia en diversos instrumentos públicos. Concluyendo que medió redención de la enfiteusis.

En el fallo en comentario, “Cincotta”, la antigüedad de los derechos invocados fue un fundamento para el tratamiento de la presente causa, junto con la prueba arrimada en autos.

Mediante fotocopia de una escritura del 28 de abril de 1840 surge que Juan Antonio Rodríguez ha fundado una capilla y un oratorio público, bajo el nombre “Nuestra Señora del Carmen”, en el ejido del terreno de su propiedad situado entre las calles Montevideo, Callao, Córdoba y Paraguay. Este había sido adquirido el 10 de enero de 1820. Las mandas enfiteúaticas consistían en la aplicación del canon al sostén y ornato de la Capilla; como así también a la congrua del Capellán que debía servirla. La motivación del benefactor lo fue

rendir a Dios Nuestro Señor un homenaje público de su inmensa gratitud por los particulares beneficios de que le ha colmado, librándole de muchos y grandes peligros por la intercesión de su Soberana Madre bajo el título de Virgen del Carmen y propender por este medio el aumento de su

Divino Culto y proporcionar al vecindario de la dicha Capilla el medio de desahogar sus piadosos sentimientos, y asistir al Santo Sacrificio de la Misa en los días de precepto de que se privan en muchos de ellos, especialmente en tiempo de Invierno por no poder concurrir a ninguna de las Parroquias más inmediatas a causa de la distancia en que se encuentran, y por lo intransitable de los Caminos, efecto de las lluvias (II Consid, 2º párr.).

La venia fue dada por el Provisor y Gobernador del Obispado.

Especialmente, se proscribió la venta de los terrenos y las “provecciones enfitéuticas”, calificando a unos y otros en vínculo usufructuario, transmisible por un determinado orden establecido. Así también, se gravó el predio con una hipoteca a favor del fundador (inscripta el 2 de mayo de 1840, en el libro catorce de hipotecas).

El Patrono de la Capilla sería el encargado de cobrar el canon a los enfiteutas.

En caso de incumplimiento del Patrono de la Capilla de las mandas, todas las pertenencias y rentas enfitéuticas retornarían a manos del fundador o sus herederos.

Lo cierto es que la Ley de Enfitéusis rivadaviana, del 18 de mayo de 1826, sólo permitía la constitución de enfitéusis en tierras de propiedad pública. En virtud de ello, la legislación española vigente con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil velezano, habrá de haber sido la fuente legal de su constitución.

En el Considerando III se referencia a la Ley local 4124 de “Redención de Capellanías”, que motivó la petición de redención mediante liberación de derechos enfitéuticos de los gravámenes piadosos.

Así también a dos fallos dictados, en el año 1913 en los autos: “Piñero Antonio F. c/Arzobispado de Buenos Aires” y “Pagliani y Cía c/Arzobispado”. En ellos, se consideró la falta de legitimación del enfiteutista para la redención de capellanía pretendida.

Considerando que la sentencia “Sempol” no hace cosa juzgada material respecto del derecho de los actores en el caso sometido a análisis, se abrió el juzgamiento de la presente litis.

Habiendo reconocido la demandada el derecho enfiteútico (situación que importó la no consideración de otros bemoles en torno al derecho concertado), contestó demanda resistiendo las pretensiones. A su vez, reconvino por la actualización del canon correspondiente al año 1979 y por la extinción del derecho real de enfiteusis, ofreciendo pagar una indemnización, de hacerse lugar a esta última.

En primera instancia se han admitido parcialmente la demanda y la reconvención. El magistrado de grado:

1. Fijó el canon del año 1979 en la suma de \$a 1920 y sus intereses en el 6% anual, contados desde la notificación de la demanda y establecido un plazo de pago de diez días.
2. Rechazó la reconvención, la consignación y el pedido de fijación del canon para el decenio 1980/1989.
3. Declaró extinguida la enfiteusis al 31 de diciembre de 1979.
4. Estableció una “vinculación por locación” por cinco años, contados a partir de la extinción de la enfiteusis y un pago de un canon fijado en un 20% de la renta bruta.
5. Fijó las bases de la cuantificación de la indemnización en la etapa de ejecución.

La sentencia en crisis fue apelada por ambas partes.

La Alzada, en acuerdo de los Dres. Roberto E. Greco, Leopoldo Montes de Oca y Ricardo L. Burnichón confirmó la sentencia recurrida y:

1. Elevó el canon del año 1979, a la suma de \$a 39.178.
2. Desestimó la consignación.
3. Confirmó la extinción del derecho enfiteútico, fijando su extinción en el día de pago de la indemnización que a continuación se referenciará.
4. Determinó que el importe de la indemnización por redención sería de \$a 10.857.691 y fijó su plazo de pago en treinta días de notificada la sentencia.
5. Revoca la “vinculación de locación” establecida por la primera instancia.
6. Rechaza la fijación de un nuevo canon por el decenio 1980/89.
7. Condena a la demandada a celebrar un nuevo contrato desde el 01/01/1980, bajo un canon anual de \$a 406.571 y fija su plazo de pago

dentro de los 30 días de corridas las anualidades de 1980, 1981, 1982, 1983 y 1984, con la salvedad de quedar extinguida la enfiteusis por pago de la indemnización por redención o en el plazo máximo estatuido al 31/12/89, si mediase renovación.

8. Fija la tasa de interés en el índice de precios al por mayor, nivel general, computada desde el vencimiento del plazo de pago hasta la efectiva percepción.

Los fundamentos del fallo dictado por la Alzada pueden reseñarse de la siguiente manera:

- a. El enfiteuta ha reconocido el dominio directo del patrono y éste el derecho enfitéutico; entonces, mal puede pretender hacer valer la falta de la inscripción del primer dominio. Máxime si se considera que cuando el dominio fue adquirido no existía una ley nacional que impusiese su registración.
- b. El derecho real de enfiteusis no se ha extinguido *ipso iure* con la vigencia del Código Civil. No obstante, sí puede extinguirse por un medio que no conculque el art. 17 de la Constitución Nacional.
- c. La mentada extinción puede ser formulada bajo los siguientes términos:

puesto que la prohibición de constituir nuevos derechos de esta especie comporta una objetiva valoración societaria acerca de la inconveniencia de su mantenimiento desde el ángulo del interés general, la existencia de ese común denominador de valores que es el dinero permite imponer un cambio en ese derecho que, jurídica y económicamente, concilie el respeto de la incolumidad patrimonial del titular con aquel interés general. Es el mismo fundamento de la expropiación por causa de utilidad pública; la indemnización sustitutiva del derecho que se expropia ocupa el lugar de éste en el activo del expropiado operando una suerte de subrogación real (3º sum.).
- d. Debe diferenciarse el acto fuente del derecho (enfiteusis) del derecho que por él se constituye.
- e. La enfiteusis se mantiene por su propia inercia sino se cumple el plazo extintivo o no opera un hecho que importe su extinción.
- f. La enfiteusis fue constituida con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y opera como derecho adquirido e incorporado al patrimonio de su titular con raigambre constitucional.

- g. El Código Civil obsta a la calificación socialmente negativa del mantenimiento de la discriminación dos sujetos sobre un inmueble, ostentando uno el dominio útil y el otro, el directo.
- h. La enfiteusis no puede válidamente constituirse ni “renovarse” desde la entrada en vigencia del Código Civil, atento la proscripción del art. 2614 y lo dispuesto por los arts. 2502 y 2503.
- i. La fijación de una indemnización no opera a modo de expropiación, atento a que ésta sólo puede tener lugar mediante ley pública y a que en este caso se trata de un particular.
- j. La indemnización para redimir la enfiteusis debe ser calculada mediante la aplicación analógica de la Ley N° 21.499. Así debe computarse el valor actualizado de las construcciones hechas en el inmueble, que son de propiedad del enfiteuta; no así por el de la tierra, que pertenece al titular del dominio directo.
- k. La reconducción del canon debe efectuarse, atento el proceso inflacionario de 1975, impone prescindir de la desvalorización y a partir de allí distribuir por mitades la pérdida del valor adquisitivo, ajustado a los índices de precios mayoristas nivel general hasta el dictado de la sentencia de la Cámara.

3.4. El sistema cerrado de creación de los derechos reales en el Código Civil derogado

El sistema de número cerrado y tipicidad es una derivación lógica del orden público, mayormente económico, que surca la organización de la propiedad privada. (Cossari y Cossari, 2015).

Por medio del principio del *numerus clausus* se veda a los particulares la posibilidad de crear derechos reales diferentes a los existentes; como así también, la de modificar su contenido.

Las normas que reglan los derechos reales son de orden público y, por tanto, su vigencia hace al orden jurídico de la sociedad (CCiv. y Com., Santa Fe, 1973).

El orden público en materia de derechos reales requiere un legislador cuidadoso que no multiplique innecesariamente estos derechos (Cossari y Cossari, 2015).

Las consecuencias de la falta de cuidado serán el descalabro más o menos serio del sistema o el fracaso de la nueva figura por la falta de certezas que ésta generará a los operadores jurídicos. (Cossari y Cossari, 2015).

El orden público, de raíz romana, fue consagrado por el código napoleónico, que el art. 6º determinaba que los particulares no pueden derogar mediante acuerdos las leyes que lo afecten; como así también, a las buenas costumbres.

El orden público refiere a las normas imperativas. Éstas son el resultado de la necesidad de restringir la autonomía de la voluntad en miras al interés social o al bien común. Las bases de la organización de la comunidad son las que imponen la necesidad de su dictado. (Gardella, 2001 y Diez-Picazo, 2008).

En ese marco son creados los derechos reales.

Los derechos reales pueden ser referidos como un soporte jurídico de un núcleo de cuestiones políticas y económicas que inciden en la sociedad (Diez-Picazo, 2008 y Puig Brutau, 1994).

La tipicidad y el número cerrado son principios que rigen como consecuencia de la importancia y trascendencia de los derechos reales en la organización social.

Existen quienes sostienen que la tipicidad y el número cerrado son conceptos equivalentes (Gatti, 1975); y quienes no (Alterini, 1981). En esta última teoría es la que enrolamos, atento considerar que el principio del *numerus clausus* refiere a la nómina de los derechos reales admitidos con su contenido en abstracto; y, la tipicidad, a la especificación del contenido. Los primeros consideran que la ley fija los derechos reales, los nombra y da contenido.

Del principio del número cerrado se desprende el principio de la tipicidad, que importa que los derechos reales deban ser previamente descriptos y caracterizados por el ordenamiento jurídico, para poder ostentar tal calidad.

La tipicidad, cual se refiriera importa la delimitación del contenido de cada derecho real.

3.4.1. El *numerus clausus*

Vélez Sarsfield, en la nota al art. 2502 del Código Civil derogado, dogmatiza que la fuente doctrinaria que ha elegido como válida es la del *numerus clausus*, enarbolada por Demolombe. Así refiere:

El Derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos derechos reales. Más desde la Edad Media las leyes de casi todos los estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos, creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía derecho para perseguir la cosa a cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una misma cosa, el del propietario, y el del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otros casos, se veía ser, uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces uno era propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.

De su texto, puede argüirse que, en él se referencia a la multiplicación de derechos reales nacidos por ley; y realza la función social y política que cumplen este tipo de derechos. Así por cuanto, el número cerrado importa que los derechos reales sólo puedan nacer de la ley y su nacimiento encuentra su

génesis en una cuestión de política legislativa que trasciende en el derecho positivo.

Esas razones se encuentran expuestas en la nota al art. 2828 del Código Civil derogado, de cuyo texto se lee: “la naturaleza de los derechos reales en general, ... está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas, y no depende de la voluntad de los particulares”.

El art. 2502 del Código Civil derogado establece el principio del número cerrado o *numerus clausus*, como sistema creador de los derechos reales, bajo el siguiente texto:

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

Este principio constituye un verdadero valladar a la autonomía de la voluntad.

En miras a lo afirmado, corresponde traer a colación la nota al art. 2828 del Código Civil velezano, en donde se leía:

Los actos y contratos particulares no podrán derogar la disposición del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales ... está fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas y no depende de la voluntad de los particulares.

De lo expuesto se infiere que, los particulares no pueden crear ni modificar derechos reales diferentes a los existentes. Si así lo hicieren, no valdrán como derechos reales; sino, como derechos personales. En el supuesto que no pudiesen valer como tales, lo harán en calidad de obligaciones naturales.

Los particulares no pueden crear otros derechos reales distintos a los establecidos en la ley, ni modificar por actos privados las normas que los rigen, porque las normas relativas a los derechos reales no son meramente supletorias de la voluntad de las parte, como en general acontece en lo atinente a los derechos personales, sino

que se le imponen, en tanto y en cuanto ellas mismas no disponen lo contrario (Mariani de Vidal, 1989).

En este punto debe recordarse que la autonomía de la voluntad es el

poder complejo reconocido a la persona para el ejercicio de sus facultades, sea dentro del ámbito de libertad que le pertenece como sujeto de derecho, sea para crear reglas de conducta para sí y en relación a los demás, con la consiguiente responsabilidad en cuanto actuación en la vida social" (de Castro y Bravo, 1985).

Ella es la que se encuentra compelida en materia de creación de los derechos reales; más no, de los derechos personales, donde actúa como principio creador.

Ese sistema fue elegido; y, desechado el del *numerus apertus*. Un país que se rige por este sistema, cual se referenciara en el Capítulo pertinente, es España. Allí si bien los particulares pueden crear derechos reales, su valladar se encuentra en límites institucionales (Puig Brutau, 1994 y Diez-Picazo y Gullón, 1998); es decir, en el orden público.

A esta altura, debemos diferenciar la creación de la fuente de los derechos reales; por cuanto la ley es la que crea los tipos de derechos reales que tienen un contenido típico, pero no es la única fuente de creación de ellos (Gatti, 1975).

Además de lo expuesto, debe considerarse que la excomuni3n de la autonomía de la voluntad, en materia de creación de los derechos reales, beneficia el albor de las relaciones jurídicas reales y en el caso de inmuebles se pone a salvo a la propiedad de una multiplicidad de cargas imposibles de prever, incluso el registro solo es eficaz si el número de derechos reales es limitado y su contenido fijado por ley (Wolff, 1971).

El principio rector en materia de creación de los derechos reales se fundamenta en dos motivos (Salvat, 1961):

1. La propiedad y el régimen legal de los inmuebles interesa a toda la colectividad. En ese interés se encuentra comprometidos el orden público. En consecuencia, la reglamentación legal de los derechos reales no puede ser modificada por los particulares.

2. La creación o modificación de los derechos reales en manos de los particulares, importaría el desdoblamiento de la propiedad y la imposición de trabas y dificultades, ya superadas.

Ese límite impide que los miembros de una colectividad, al constituir el dominio o al desmembrarlo, procedan arbitrariamente o sin consultar los intereses del grupo, añadiendo que mientras ello tiene una importancia secundaria cuando se trata de vínculos obligacionales, cobra gran relieve en materia de derechos reales (Alterini, 2010 y Cossari y Cossari, 2015).

El sistema del número cerrado es de suprema importancia hoy en día desde el punto de vista socio-económico o político-económico-social.

En consonancia con ello, en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se recomendó que cualquier modificación al Código Civil en materia de derechos reales debe respetar el principio del *numerus clausus*, por lo que la introducción de nuevos tipos debe hacerse con suma prudencia.

A su vez, en las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil se sostuvo el mismo criterio, bajo el siguiente voto, discernido por unanimidad:

Debe ratificarse lo declarado por las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Bs. As. 1987), en el sentido que la creación indefinida de derechos reales conspira abiertamente contra el *numerus clausus* y sólo deben crearse nuevos tipos cuando existe la imposibilidad estructural de encuadrar la nueva situación fáctica en las categorías existentes.

Lo cierto es que, el pábulo del *numerus clausus* es económico. El establecimiento de ese sistema como principio rector en materia de creación de los derechos reales se tradujo en una utilidad prístina en la comercialización y producción. En rigor de verdad, más que ante una temática de principios, se está frente a una solución instrumental que dio respuestas a las necesidades imperantes en la época de la sanción del Código Civil derogado. Esta línea argumental y de pensamiento se mantiene en la actualidad (Kiper, 1999).

3.4.2. La tipicidad

La tipicidad, cual refiriéramos, importa la caracterización de los derechos reales; previa enumeración. Es decir, la delimitación de su contenido.

En el código velezano la enumeración se efectuaba en el art. 2503 junto con el 2614. En ellos se reconocía como derechos reales a los siguientes:

1. Dominio.
2. Condominio.
3. Usufructo.
4. Uso.
5. Habitación.
6. Hipoteca.
7. Prenda.
8. Anticresis.
9. Censos constituidos por un período no superior al de cinco años.
10. Rentas constituidas por un período no superior al de cinco años.

Además de los derechos reales mencionados, bajo esa égida debían reconocerse, a partir de su entrada en vigencia y bajo la sanción de leyes posteriores, como tales a: propiedad horizontal, a la prenda y la hipoteca naval y aeronáutica, warrants, debentures, superficie forestal, entre otros.

Hoy la nómina se encuentra en el art. 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación, cuya referencia es imperiosa a esta altura para poder efectuar, en base al plexo normativo vigente, un completo tratamiento de la temática, partiendo desde el sistema legislativo derogado.

Lo cierto es que la tipicidad en cuanto impone que los derechos reales deben encontrarse enunciados, descriptos y caracterizados. Deriva del principio del número cerrado que impera en relación a la estructura de los derechos reales (Humphreys, 2015 y 2016).

La enumeración de los derechos reales no se agota ni se agotaba en las normas indicadas, respecto de su número, cual se afirmara.

En materia mercantil encontramos la hipoteca sobre buques; en el orden minero existe gravamen con el mismo nombre, aparte de la concesión, que es una especie de propiedad. Asimismo, existen leyes dispersas que se ocupan

de los warrants, los debentures y de la prenda agraria que pertenecen a igual categoría (Humphreys, 2015 y 2016).

Otras leyes han creado otros derechos reales, a saber (Humphreys, 2015 y 2016):

- 1) En la órbita civil: la preanotación hipotecaria, anotación directa de hipoteca, la hipoteca bancaria, la hipoteca cambiaria.
- 2) En la órbita del derecho comercial: la prenda con desplazamiento y la prenda sin desplazamiento con registro.
- 3) En la órbita del derecho marítimo: la copropiedad naval, la hipoteca naval, la prenda naval.
- 4) En la órbita del derecho aeronáutico: la hipoteca aeronáutica.
- 5) En la órbita del derecho minero: el dominio minero, el derecho del explorador minero, las servidumbres mineras, y el usufructo minero.
- 6) En la órbita del derecho rural: las servidumbres rurales.
- 7) En la órbita del derecho administrativo: el dominio del Estado, las servidumbres administrativas y la ocupación temporánea por el estado, la requisición de uso por el estado y el derecho del concesionario sobre cosas de dominio público y el derecho del permisionario sobre cosas del dominio público.

De lo expuesto puede argüirse que tanto la enumeración del 2503 del Código Civil derogado como la del art. 1887 del Código Civil y Comercial de la Nación no son taxativa; sino, meramente enunciativa.

El art. 1887 enumera como derechos reales a los siguientes:

1. Dominio.
2. Condominio.
3. Propiedad horizontal.
4. Conjuntos inmobiliarios.
5. Tiempo compartido.
6. Cementerios privados.
7. Superficie.
8. Usufructo.
9. Uso.
10. Habitación.
11. Servidumbre.

12. Hipoteca.

13. Anticresis.

14. Prenda.

A los fines de establecer una correcta consideración en cuanto a sus conceptos habrá de consignarse el siguiente cuadro, tomando en consideración el Código Civil velezano y el Código Civil y Comercial de la Nación (Humphreys, 2015 y 2016):

Derecho real	Código Civil y Comercial de la Nación	Código Civil
<i>Dominio</i>	Derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley (art. 1.941).	Derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y acción de una persona (art. 2.506).
<i>Condominio</i>	Derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa (art. 1.983).	Derecho real de propiedad que pertenece a varias personas, por una parte indivisa sobre una cosa mueble o inmueble (art. 2.673).
<i>Propiedad Horizontal</i>	Derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal (art. 2.037).	---
<i>Conjuntos inmobiliarios</i>	---	---

Tiempo compartido	Derecho real por el cual si uno o más bienes están afectados a su uso periódico y por turnos, para alojamiento, hospedaje, comercio, turismo, industria u otros fines y para brindar las prestaciones compatibles con su destino (art. 2.087).	---
Superficie	Derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales (art. 2.114).	La Ley 25.509 sólo instituyó como derecho real a la superficie forestal, sin incluir su concepto.
Cementerio privado	Derecho real que se constituye sobre los inmuebles de propiedad privada afectados a la inhumación de restos humanos (art. 2.103).	---
Usufructo	Derecho real de usar, gozar y disponer jurídicamente de un bien ajeno, sin alterar su sustancia (art. 2.129).	Derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere sus sustancia (art. 2.807).

Uso	Derecho real que consiste en usar y gozar de una cosa ajena, su parte material o indivisa, en la extensión y con los límites establecidos en el título, sin alterar su sustancia (art. 2.154).	Derecho real que consiste en la facultad de servirse de la cosa de otro, independiente de la posesión de heredad alguna, con el cargo de conservar la substancia de ella; o de tomar sobre los frutos de un fundo ajeno lo que sea preciso para las necesidades del usuario y de su familia (art. 2948).
Habitación	Derecho real que consiste en morar en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia (art. 2.158).	Derecho real que se refiere a una casa, y a la utilidad de morar en ella (art. 2.948).
Servidumbre	Derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo (art. 2.162).	Derecho real, perpetuo o temporario sobre un inmueble ajeno, en virtud del cual se puede usar de él, o ejercer ciertos derechos de disposición, o bien impedir que el propietario ejerza algunos de sus derechos de propiedad (art. 2.970).
Hipoteca	Derecho real de garantía que recae sobre uno o más inmuebles individualizados que continúan en poder del constituyente y que otorga al acreedor, ante el incumplimiento del deudor, las facultades de persecución y preferencia para cobrar sobre su producido el crédito garantizado (art. 2.205).	Derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero sobre los bienes inmuebles, que continúen en poder del deudor (art. 3.108).
Anticresis	Derecho real de garantía	Derecho real concedido

	que recae sobre cosas registrables individualizadas, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero designado por las partes, a quien se autoriza a percibir los frutos para imputarlos a una deuda (art. 2.212).	al acreedor por el deudor, o un tercero por él, poniéndole en posesión de un inmueble, y autorizándolo a percibir los frutos para imputarlos anualmente sobre los intereses del crédito, si son debidos; y en caso de exceder, sobre el capital solamente sino se deben intereses (art. 3.239).
Prenda	Derecho real de garantía sobre cosas muebles no registrables o créditos instrumentados. Se constituye por el dueño o la totalidad de los copropietarios, por contrato formalizado en instrumento público o privado y tradición al acreedor prendario o a un tercero designado por las partes (art. 2.219).	Derecho real en virtud del cual "el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda (art. 3.204).

4. El derecho real de superficie en los Proyectos de modificación del Código Civil

4.1. Algunas particularidades en torno al Código Civil velezano

En 1824 Juan Gregorio de Las Heras, mediante decreto, designó una Comisión para redactar dos códigos: uno de Comercio y otro Militar. Ello no fue realizado.

En 1831 la Legislatura de Buenos Aires adoptó como propio el Código de Comercio de España, que había sido redactado dos años antes; y designó una Comisión para que lo reformase en lo pertinente.

En 1852 el Gobernador Justo José de Urquiza creó una Comisión de catorce miembros para que redactase los Códigos Civil, Penal, Comercial y Procesal. La revolución del 11 de septiembre de 1852, que separó a la Provincia de Buenos Aires de la Confederación Argentina, hizo que aquello cayese en derrotero.

En 1853 se sancionó la Constitución Argentina y en el art. 67, inc. 11), facultó al Congreso para el dictado de los Códigos, Civil, Comercial, Penal y de Minería. Urquiza, autorizado por el Senado de la Confederación, nombró una comisión a esos fines. La ley de designación fue sancionada y promulgada por Urquiza, pero corrió la misma suerte indicada, atento a motivos financieros.

En 1857 se dictó una ley que permitía al Poder Ejecutivo el empleo de los fondos necesarios para la redacción de los Códigos Civil, Criminal y Procesal. La iniciativa fracasó.

En 1859 se sancionó el Código de Comercio, redactado por Dalmacio Vélez Sarsfield y Eduardo Acevedo Maturana, en la Provincia de Buenos Aires.

En 1862 ese código fue adoptado por la Nación y modificado en 1889.

Hasta la sanción del Código Civil, regían en nuestro país, en orden de prelación:

1. La Nueva Recopilación de 1857 (Leyes del Fuero Real, Ordenamiento de Alcalá, Ordenamiento de Montalvo y las Leyes de Toro).
2. Fuero Real.
3. Fuero Juzgo.
4. Fuero Viejo de Castilla.
5. La Novísima Recopilación de 1805, luego de la Revolución de Mayo.
6. La Portada de las Siete Partidas.
7. Leyes Patrias sancionadas por los gobiernos nacionales y provinciales
 - a. Nacionales:
 - i. Libertad de vientres y de los esclavos que entraren al territorio (1813).
 - ii. Supresión de mayorazgos (1813).
 - iii. Enfiteusis (1826).

- iv. Supresión del retracto gentilicio -derecho del pariente más próximo dentro del 4º grado para adquirir los bienes raíces de la familia vendidos a un extraño- (1868).
 - v. Entre otras.
- b. Provinciales:
- i. Emancipación por habilitación de edad o dativa (Buenos Aires, 1824; Tucumán, 1860 y Entre Ríos, 1866).
 - ii. Determinación del domicilio en el lugar de la estancia principal (Buenos Aires, 1859).
 - iii. Libros de nacimientos, matrimonios y defunciones a cargo de los curas párrocos (Buenos Aires, 1821; Jujuy, 1836 y Santa Fe, 1862).
 - iv. Restricciones y límites al dominio (Buenos Aires, 1865; Jujuy, 1855 y 1857 y Córdoba, 1868).
 - v. Arrendamientos de campos (Santa Fe, 1837).
 - vi. Entre otras.

El Código Civil elaborado por Dámaso Simón Dalmacio Vélez Sarsfield fue el cuerpo legislativo que rigió en la República Argentina hasta el 1º de agosto de 2015. La tarea le fue encargada por decreto del 20 de octubre de 1864. El codificador contó con la ayuda de Victorino de la Plaza, Eduardo Díaz de Vivar y la hija de Vélez Sarsfield, Aurelia, en calidad de amanuenses.

Cada vez que terminaba un Libro, éste era entregado al Poder Ejecutivo. Así en 1865 entregó el Libro I; en 1866, las dos primeras Secciones del Libro II; en 1867, la tercera Sección del Libro II; en 1868, el Libro III y en 1869, el Libro IV.

El Presidente Domingo Faustino Sarmiento envió, el 25 de agosto de 1869, una nota al Congreso propiciando la ley que pusiera en vigencia el Proyecto del Código Civil.

El Código Civil fue aprobado a libro cerrado el 25 de septiembre de 1869, bajo la Ley Nº 340. Se promulgó el 29 de septiembre de ese año y entró a regir el 1º de enero de 1871.

Debe recordarse que el código velezano tiene una marcada impronta de los principios liberales que regían en el siglo XVII.

También que, sus principales fuentes fueron:

1. El derecho romano, en especial Savigny.
2. El derecho canónico.
3. La legislación colonial española.
4. El Código Civil de Francia y sus comentaristas.
5. El Código Civil de Chile (obra de Bello), fuente de 170 artículos.
6. El *Esboço de um Código Civil para o Brasil* de Teixeira de Freitas.

Y, en menor medida, aunque con menor influencia:

1. El Código Civil del Estado de Louisiana, de 1824, fuente de 52 artículos.
2. El Código Civil de los Estados sardos.
3. El Código Civil de Italia, de 1865.
4. El Código Civil de Prusia, de 1794.
5. El Código Civil sajón.
6. El Código Civil bávaro.
7. El Código Civil de Austria, de 1811.
8. El Código Civil de Rusia (en realidad, era una compilación).
9. Los doctrinarios y jurisconsultos (Florencio García Goyena, autor de un proyecto de Código Civil para España; Story y Foelis -en derecho internacional privado-; Serrigny -en derecho administrativo-; Kent; Chaveau-Helie; Massé; Cujus; Heineccius; Domat; Pothier; entre otros).

4.2. El Proyecto Bibiloni, el Proyecto de 1936 y el Proyecto de 1954

Variados fueron los intentos de reforma del código. Todos constituyeron intentos fallidos de modificación de la legislación civil; hasta que fue aprobado el del año 2012.

El primero de ellos fue conocido como: "Proyecto Bibiloni de 1926". Bibiloni falleció al poco tiempo de entregar su trabajo. La Comisión de Reforma

consideró pertinente su revisión, a fin de lograr una unidad de sintaxis. Para esa tarea fueron designados Héctor Lafaille y Gastón Federico Tobal. El 1º de octubre, el Proyecto fue enviado al Poder Ejecutivo Nacional, signado por Roberto Repetto, Rodolfo Rivarola, Héctor Lafaille, Enrique Martínez Paz y Gastón Federico Tobal.

El Proyecto Bibiloni, en el art. 2350 proscribió la superficie. Es decir, mantuvo el criterio sostenido por Vélez Sarsfield a su respecto. Ni el Proyecto de 1936 -en el art. 1449- y el Anteproyecto LLambías de 1954 -en el art. 1437-, incluyeron en la nómina de los derechos reales al derecho de superficie.

El Proyecto de 1936 se basó en el Anteproyecto Bibiloni, y fue redactado por Lafaille y Tobal; y firmado por ellos junto con Repetto, Rivarola y Martínez Paz. Sólo contaba con 2144 artículos. Este proyecto nunca fue tratado por el Congreso, pese a haber sido enviado por el Poder Ejecutivo el 10 de octubre de 1936.

El Anteproyecto de 1954 fue realizado por el Instituto de Derecho Civil del Ministerio de Justicia de la Nación Argentina. Su redactor fue Joaquín Llambías y sus colaboradores, Roberto Ponssa, Jorge Mazzinghi, Jorge Bargalló Cirio y Ricardo Alberdi. El trabajo cuenta con 1839 artículos. La Revolución Libertadora impidió el tratamiento legislativo.

Al producirse diversos cambios sociales, políticos y económicos, el texto velezano fue objeto de reformas, en consecuencia. La reforma más significativa fue el 22 de abril de 1968, mediante Ley N° 17.711, que modificó aproximadamente el 5% del articulado. Entre los cambios más importantes, pueden indicarse las siguientes incorporaciones:

1. Teoría del abuso del derecho.
2. Vicio de lesión.
3. Principio de buena fe como regla para la interpretación de los contratos.
4. Teoría de la imprevisión.
5. Limitación al carácter absoluto del dominio.
6. Reparación amplia del daño moral en la responsabilidad civil contractual y extracontractual.
7. Reducción de la indemnización en los cuasidelitos.
8. Solidaridad de los coautores en el cuasidelito.

9. Mora automática como regla en las obligaciones a plazo.
10. Pacto comisorio implícito en los contratos.
11. Inscripción registral como publicidad para la transmisión de derechos reales sobre inmuebles.
12. Protección de los terceros de buena fe subadquirientes de derechos reales o personales en caso de nulidad,
13. Mayoría de edad a los 21 años.
14. Emancipación por habilitación de edad.
15. Ampliación de la capacidad del menor que trabaja.
16. Separación personal por presentación conjunta.
17. Modificación del orden sucesorio.

El Código Civil derogado fue objeto de reformas parciales. Entre las más significativas podemos reseñar a:

1. La Ley N° 2.393, del año 1888, de secularización del matrimonio.
2. La Ley N° 10.903, del año 1919 (sustituida por la Ley N° 26.061, del año 2.005), de Patronato de Menores.
3. La Ley N° 11.357, del año 1924, de derechos civiles de la mujer.
4. Ley N° 11.544, del año 1929, de jornada laboral.
5. Ley N° 11.723, del año 1933, de propiedad intelectual.
6. Ley N° 13.252, del año 1948 (sustituida por la Ley N° 19.134, del año 1.971), de adopción.
7. Ley N° 13.482 (modificada por las Leyes Nros. 21.807, 22.435, 23.023 y 24.492), de Registro Nacional de las Personas y Capacidad de las Personas.
8. Ley N° 13.512, del año 1948, de propiedad horizontal.
9. Ley de la Provincia de Buenos Aires N° 14.005, del año 1950 (modificada por Ley N° 23.266, del año 1.985), de venta de inmuebles fraccionados y a plazos.
10. Ley N° 14.159, del año 1952, de catastro y prescripción de inmuebles.

11. Ley N° 14.367, del año 1954, de supresión de distinciones entre hijos matrimoniales y extramatrimoniales.
12. Ley N° 14.394, del año 1954, de régimen de menores y de la familia; de ausencia con presunción de fallecimiento, de bien de familia, de edad mínima para contraer matrimonio y de divorcio vincular (suspendido por Decreto – Ley N° 4.070/1.956 y fue reimplantado por Ley N° 23.515, del año 1.987).
13. Decreto - Ley N° 6.582/1958, de Registro de la Propiedad Automotor.
14. Ley 18.248, del año 1967, Ley de Nombre que sustituyó a los Decretos 11609/1943 y 410/1946.
15. Ley N° 19.836, del año 1972, de fundaciones.
16. Ley 21.173, del año 1975, de derecho a la intimidad.
17. Ley N° 21.541, del año 1977, de trasplantes de órganos.
18. Ley N° 22.939, del año 1983, de marcas y señales.
19. Ley N° 22.990, del año 1983, de sangre.
20. Ley N° 23.179, del año 1985, de ratificación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.
21. Ley N° 23.928, del año 1991 (sobrevenida por la Ley 25.561, del año 2002 y las normas dictadas en consecuencia), de convertibilidad.
22. Ley N° 23.264, del año 1985, de filiación y patria potestad.
23. Ley N° 24.441, del año 1994, de fideicomiso y leasing y securitización de la vivienda.
24. Ley N° 25.509, del año 2001, de superficie forestal.

4.3. Los Proyectos de modificación del Código Civil de los años 1987, 1993 y 1998

4.3.1. Algunas peculiaridades de los tres Proyectos

A los fines de realizar un abordaje completo y correlacionado de los tres Proyectos indicados en el título del presente acápite, habremos de comentarlos interrelacionadamente.

La razón de lo expuesto radica en la necesidad de presentar la misma temática, de manera comparada.

Lo cierto es que se los ha agrupado de este modo puesto que los tres proyectos han reconocido la existencia de la superficie, concediéndole la calidad de derecho real.

La diferencia más importante que surge de los tres Proyectos, es que los dos primeros en el tiempo, los de los años 1987 y 1993, sólo admitieron la superficie forestal; en tanto que el Proyecto del año 1998, también admitió la superficie edilicia.

Los restantes contrastes serán indicados en referencia con el Proyecto del año 1998, al que se le ha impreso supina importancia por asemejarse en su redacción al actual Código Civil y Comercial de la Nación.

Ahora bien, respecto al primero de los Proyectos indicados, el del año 1987, debemos recordar que:

1. En el año 1986, la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación formó una Comisión de Unificación de la Legislación Civil y Comercial. Fue integrada en calidad de asesores por: Héctor Alegría, Atilio Alterini, Jorge Alterini, Miguel Araya, Francisco de la Vega, Sergio Le Pera y Ana Isabel Piaggi, uniéndose después Horacio Fargosi.

2. El 22 de abril de 1987 fue elevado el proyecto, y el 15 de julio fue sancionado por la Cámara de Diputados.

3. El Senado de la Nación, para su tratamiento, formó una comisión que modificó el aprobado. Empece ello, no pudo expedir un dictamen definitivo, atento a que fue designada por seis meses y no renovada.

4. En 1991 fue sancionada a libro cerrado (bajo Ley N° 24.032) y vetada por el Poder Ejecutivo Nacional, por entender que no contemplaba la realidad política – económica del país.

Respecto del Proyecto del año 1993 debe recordarse que, en el mes de agosto de 1992, fue modificado en la Cámara de Diputados y sancionado en diciembre del año siguiente. Este Proyecto nunca fue tratado por el Senado.

En el mes de agosto de 1993 el Poder Ejecutivo envía una nueva iniciativa elaborada por Augusto C. Belluscio, Salvador Bergel, Aída Kemelmajer de Carlucci, Sergio Le pera, Julio Rivera, Federico Videla Escalada y Eduardo A. Zannoni. El Senado le dio ingreso, pero no lo trató.

El Proyecto del Código Civil del año 1998 fue elaborado por Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman.

El trabajo siguió los lineamientos básicos del Proyecto de Unificación del año 1987 y de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación.

4.3.2 El tratamiento del derecho real de superficie en el Proyecto de modificación del Código Civil de los años 1998 y su correlación con los de los año 1987 y 1993

Cual surge del título, a los fines de evitar reiteraciones innecesarias y en miras a otorgar una mejor correlación de la temática abordada en cada punto, habrá de tomarse como principal el Proyecto del año 1998 y se referirá, en comparación, con los Proyectos de Reforma de los años 1987 y 1993.

4.3.2.1. El concepto.

El Proyecto define en el art. 2018 al derecho de superficie como al

derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma

expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración.

A esa norma, debe sumarse el art. 2025, a fin de poder completar su concepto. La glosa disponía:

Emplazamiento y proyección. La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en, el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento.

Dable es resaltar, en una primera impresión, que este Proyecto se diferencia de los de 1987 y 1993, en cuanto a que admite la superficie en sus dos modalidades: edilicia y forestal. Ambos predecesores, sólo lo hacían con la edilicia, sin contemplar la modalidad de forestación o plantación o silvicultura.

En la concepción del Proyecto del año 1998, es el derecho real de construir o forestar sobre el vuelo, rasante o subsuelo de un inmueble ajeno o hacer propio lo incorporado o adquirir lo construido o forestado si existiere, como propiedad separada del suelo, por el plazo de cincuenta años.

4.3.2.2. El plazo

El plazo de duración de cincuenta años, no se diferencia de los dos proyectos anteriores (1987 y 1993); empero sí en relación a la posibilidad de su renovación expresa dentro de ese período, que se contará desde su celebración.

4.3.2.3. La propiedad superficiaria

Respecto de la propiedad superficiaria el art. 2027 estatuye:

Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad

superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título.

De este modo, se ofrecen las normas del derecho real de dominio resoluble sobre inmuebles, como subsidiarias para poder resolver cualquier controversia o vacío legal que se suscitase al intentarse la resolución de un caso en concreto.

Es decir que, en principio las normas del derecho real de superficie son las que habrán de regir para este tipo de derecho; y, en forma supletoria, en cuanto sean compatibles y no las modifiquen, las del dominio resoluble sobre inmuebles.

En este punto se diferencia de los proyectos anteriores por cuanto, tanto el del año 1987 y el del año 1993, consagraban la aplicación supletoria de las normas que rigen al dominio revocable, en cuanto fuesen compatibles.

La remisión al dominio resoluble que efectúa el Proyecto del año 1998; mas no, al revocable, es conteste con los tipos de dominio imperfecto regulados por aquél. En efecto, en los arts. 1904 a 1909 se indicaban como tipo de dominios imperfectos a: el resoluble, el fiduciario y el desmembrado.

El art. 1905 del Proyecto definía al dominio resoluble como a aquél que es el sometido a condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa, o por la ley.

Tal vez, a modo de opinión fuera de rango, podría decirse que también pueden existir otros modos de constitución de la propiedad superficiaria, no contemplados en la norma; como ejemplo: la partición judicial, la usucapión breve, la subasta judicial, etc.

4.3.2.4. La propiedad superficiaria como tipo de dominio imperfecto

La propiedad superficiaria importa una especie de dominio imperfecto, según la letra del 2027 del Proyecto de 1998, de cuya letra se lee:

si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título.

Ello se correlaciona con la clasificación del dominio y la concepción del dominio resoluble como un tipo de dominio imperfecto (arts. 1904 a 1909, del Proyecto de 1998). Ello a su vez, debe contrastarse con el art. 2020 del Proyecto del año 1998, donde se dispone que el propietario conserva las facultades atinentes que le otorga el derecho real de dominio. Su letra expone:

El propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no debe turbar los derechos del superficiario. Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación.

4.3.2.5. La adquisición derivada

El derecho se origina solamente por adquisición derivada. Esta premisa es conteste con el art. 2614 del Proyecto del año 1987 y con el art. 3155 del Proyecto del año 1993. Señalase que ellos referían al derecho a edificar únicamente y consideraban que se adquiría sólo por contrato o disposición de última voluntad.

Lo expuesto se refuerza con lo normado por el art. 2021 del Proyecto de 1998, en cuanto dispone que la transmisión del derecho propicia comprende las obligaciones del superficiario.

Lo cierto es que, conforme la letra del art. 2026 de Proyecto del año 1998, el derecho de construir o de forestar puede ser transmisible por actos entre vivos o mortis causa, al poder disponer el superficiario jurídicamente de su derecho.

Su inscripción, conforme lo recomendado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), cuando el derecho real de superficie sea constituido se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionada con la inscripción dominial (Conclusión N° 14).

4.3.2.6. La legitimación activa

En el art. 2019 el Proyecto de 1998 establece quiénes son los legitimados activos habilitados para la constitución de este derecho real. Las personas que pueden constituir el derecho real de superficie son los titulares de dominio, condominio y propiedad horizontal.

4.3.2.7. La extensión de hecho del derecho

En relación a la propiedad horizontal, corresponde traer a colación lo dispuesto por el art. 2025 del Proyecto de 1998 en cuanto se permite la constitución de la superficie “sobre construcciones ya existentes” en un inmueble edificado sujeto a ese régimen. Esta situación también se encontraba contemplada en los Proyectos de 1987 y 1993. Es más, es una reproducción del elaborado en el año 1987.

El art. 2025 del Proyecto del Código Civil de 1998 también refiere a la extensión del inmueble afectado a un área mayor que la imprescindible para la realización del objeto del derecho real de superficie. La parte final de la glosa en su texto dispone: “El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento”.

Esta norma guarda palmaria similitud con lo dispuesto en los arts. 2614 del Proyecto de 1987 y en el art. 3153, *in fine*, del Proyecto del año 1993.

4.3.2.8. Las facultades del superficiario

El primer párrafo del art. 2026 del Proyecto de 1998 impone:

El derecho de construir o de forestar otorga el uso, goce y disposición jurídica, sólo se origina por adquisición derivada y se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez (10) años.

Es decir, se ha proyectado estar frente a un derecho de usar, gozar y disponer jurídicamente de un inmueble ajeno con la finalidad de edificar en el mismo o bien efectuar una forestación.

4.3.2.9. La reconstrucción o reforestación

El Proyecto de 1998 admite el derecho de reconstrucción y de reforestación. El art. 2028 del año 1998, determina:

La propiedad superficiaria no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado, si el superficiario construye o foresta nuevamente en el plazo de (10) años, o en el menor que se determine.

Esta tesitura fue implementada en el art. 2614 del Proyecto de Unificación del año 1987; y en el art. 3158 del Proyecto del año 1993.

En relación a las causales de extinción del derecho real de superficie, el art. 2021 nomina al abandono como una de las causales.

Lo mismo hacen los Proyectos de 1987, en el art. 2614 y el del año 1993, en el art. 3157.

La consolidación se encuentra indicada en el art. 2022 del Proyecto del año 1998, que en similar fórmula con el art. 3158 del Proyecto de 1993 expresa: “El derecho de superficie se extingue en todos los casos por su consolidación total con la propiedad. Los gravámenes constituidos por el propietario o por el superficiario continúan con los alcances propios de cada gravamen”.

4.3.2.10. Las causales de extinción

El mismo art. 2026 del Proyecto de 1998 declara que una de las causales de extinción del derecho es la renuncia. Ella no lo libera de las obligaciones, conforme la letra del art. 2021 del mentado Proyecto.

Otra de las causales de extinción contenidas en esa norma es el vencimiento del plazo. Esta causal encuentra su equivalencia en el art. 2614 del Proyecto del año 1987.

Una tercer causal de extinción contenida en aquélla norma es el cumplimiento de la condición resolutoria.

Otra, es el no uso durante diez años. Ello es copia de los arts. 2614 del Proyecto del año 1987 y art. 3155 del Proyecto del año 1993.

El Proyecto de 1998 faculta al superficiario a hipotecar el derecho de construir o de forestar, también en el art. 2026. Su letra dice: El derecho de construir o de forestar puede ser hipotecado. En sus Fundamentos se ha expresado: sobre la financiación del emprendimiento superficiario es destacable que en la regulación de la hipoteca se admite que puede recaer sobre el derecho de superficie, por cierto que en sus dos planos. Ello debe relacionarse con lo dispuesto en el art. 2022 del Proyecto del año 1998, en tanto dispone que los gravámenes constituidos por el propietario o el superficiario continúen con los alcances propios de cada gravamen.

El Proyecto de 1993, también contemplaba esa posibilidad en el art. 3155; no así, el del año 1987, que la proscribía en el art. 2614.

4.3.2.11. Los efectos de la extinción del derecho real de superficie

En torno a los efectos de la extinción de la propiedad superficiaria, corresponde reseñar el art. 2023 del Proyecto del año 1998 en cuanto estatuye: “En todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones o forestaciones efectuadas que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento”.

El art. 2614 del Proyecto del año 1987 ha determinado que los efectos acaecen desde que se entrega la posesión al propietario, desde que se produce la causal de extinción o desde que se inscribe el documento que instrumenta la causal

4.4. Proyecto del año 2012

A principios del año 2011, mediante el Decreto N° 191/2011, el Poder Ejecutivo de la Nación, dispuso constituir la Comisión para la Elaboración del Proyecto de Ley de Reforma, Actualización y Unificación de los Códigos Civil y Comercial de la Nación, integrada por el Presidente de la Corte Suprema de la Nación Argentina, Ricardo Luis Lorenzetti, la Vicepresidente de ese cuerpo Elena Inés Highton de Nolasco y la ex - miembro de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Mendoza, Aída Kemelmajer de Carlucci.

La comisión recibió aportes y propuestas de muchos juristas y entregó su proyecto al Poder Ejecutivo que, con algunas modificaciones, lo remitió para su tratamiento por el Congreso Nacional. Este aprobó sus 2671 artículos mediante la Ley N° 26994, que dispuso su vigencia a partir del 1° de agosto de 2015.

A partir de esa fecha, el Código Civil de Vélez Sarsfield quedó derogado, tras 145 años de vigencia.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha derogado las siguientes leyes:

- a. Ley N° 340, Código Civil.
- b. Leyes Nros. 15 y 2637, Código de Comercio, con excepción de los arts. 891, 892, 907, 919, 926, 984 a 996, 999 a 1003 y 1006 a 1017/5 que no se derogan y se incorporan como artículos de la ley 20.094.
- c. Ley N° 11.357, de Derechos Civiles de la Mujer.
- d. Ley N° 13.512, de Propiedad Horizontal.
- e. Ley N° 14.394, Régimen de Menores y Familia.
- f. Ley N° 18.248, del Nombre de las personas.
- g. Ley N° 19.724, de Prehorizontalidad.
- h. Ley N° 19.836, de Fundaciones.
- i. Ley N° 20.276, de Propiedad Horizontal. Excepciones.
- j. Ley N° 21.342, de Locaciones Urbanas.
- k. Ley N° 23.091, de Beneficios Impositivos a Locaciones Urbanas.

- l. Ley N° 25.509, de Derecho real de superficie forestal.
- m. Ley N° 26.005, de Consorcios de Cooperación.

5. El derecho real de superficie en las Jornadas Nacionales

En tres Jornadas Nacionales de Derecho Civil se ha abordado específicamente la temática referida al derecho real de superficie.

Así, las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en el año 1985, en su Comisión N° 4 ha tratado al “Derecho de Superficie”.

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario en el año 2003, en su Comisión N° 4 han referido al “Derecho de Superficie Forestal”.

Y, las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Bahía Blanca en el año 2015, en su Comisión N° 11, de Derecho Romano, ha desarrollado la temática de los “Derechos reales de superficie y enfiteusis”.

5.1. Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil

La Comisión N° 4 ha votado catorce recomendaciones *De Lege Ferenda*.

De este modo han propuesto:

- a. La regulación del derecho de superficie como a un derecho real autónomo. Ello se ha votado en las siguientes recomendaciones:

N° 1) Resulta conveniente regular el derecho real de superficie.

N° 4) El derecho de superficie constituye un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado.

- b. También, ha sido calificado como a un derecho real sobre cosa ajena, cual se infiere de la primera parte de la tercera

recomendación, de la que se lee: **N° 3)** El derecho de edificar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno.

c. La temporalidad es otra característica distintiva del derecho real de superficie, que ha sido recomendada en la votación **N° 7**, en la que se ha explicitado que: El derecho de superficie solamente podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años.

d. El objeto debería ser la construcción o edificación y la plantación o forestación. Así se ha sostenido en dos recomendaciones:

N° 2) El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial.

N° 9) Pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones.

e. En torno a las modalidades constitución del derecho de superficie, se permite que lo sea por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad. Así la recomendación **N° 5** dispone: No existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad.

f. Respecto a los derechos del superficiario se ha dicho, bajo el **N° 10**, que: El superficiario podrá transmitir su derecho por actos entre vivos o mortis causa. Estará facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía.

g. Los límites al ejercicio de los derechos por parte del propietario del terreno han sido tratados bajo el **N° 6**, en el que se ha dicho: El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar

obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario.

h. En relación al superficiario y al titular del terreno se les ha otorgado el derecho de tanteo, bajo la postura **N° 12**, que ha estatuido; Debe otorgarse derecho de tanteo tanto al concedente como al superficiario.

i. Se impone un plazo de caducidad del derecho del superficiario cuando acaezcan las situaciones indicadas en la segunda oración de la recomendación **N° 3**, de la que se lee: Este derecho caducará si luego de transcurrido el plazo convenido, o en su defecto, el de cinco años de constituido, no se hubiere dado cumplimiento al objeto que originó el mismo.

j. Los efectos de las causales de extinción han sido tratados en la votación **N° 11**, en la cual se ha recomendado que aquélla no otorga al superficiario derecho a compensación, excepto que se hubiere previsto lo contrario. Su letra impone: Extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo se convierte en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario.

k. La destrucción de las obras, en principio no extingue el derecho de superficie, de conformidad con lo votado bajo en **N° 8**, que dice:

El derecho del superficiario no se extingue por la destrucción de las obras, manteniéndose a los efectos de reimplantarlas, sin que por ello se modifique el plazo originariamente establecido. Esta última facultad está sometida al plazo de caducidad previsto en el punto 3.

l. En relación a los efectos de la extinción del derecho de superficie, se ha sindicado a que ella apareja la propia de los derechos reales de garantía, excepto que medie subrogación legal. Así bajo el **N° 13** se ha dicho: Al extinguirse el derecho de superficie por vencimiento del plazo se extinguen los derechos reales de garantía, salvo subrogación legal.

m. Se ha establecido que la inscripción en el Registro es declarativa, en la recomendación **N° 14**, que en su primera oración se ha votado: El derecho real de superficie debe ser inscripto a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados (art. 2505, C. C. y arts. 2, 50 y concordantes, Ley 17.801).

n. Respecto de la registración se ha recomendado la necesidad de creación de un nuevo folio real a los fines de su registración en la segunda oración de la recomendación **N° 14**; en la que se ha signado: Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionado con la inscripción dominial.

5.2. Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil fueron llevadas a cabo en el mes de septiembre de 2003. La Comisión N° 4 fue la dedicada a los Derechos Reales. En su seno se ha debatido sobre la superficie forestal, que impuso su rótulo a la Comisión.

En su seno se han elaborado, a diferencia de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, conclusiones *De Lege Lata* y *De Lege Ferenda*.

De Lege Lata se han efectuado diez recomendaciones, que han sido perfectamente ordenadas por temáticas abordadas. Ese orden será respetado a los fines de su tratamiento.

a. Se han realizado **objeciones** a lo normado por la Ley 25.509, en torno a su técnica legislativa. Al respecto se ha expresado en forma unánime

que: Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos.

b. La **clasificación** del derecho real de superficie forestal ha merecido dos despachos: uno mayoritario, con veinticinco votos; y, otro s dos minoritario, uno con cuatro votos y otro con tres. El mayoritario ha dicho: El derecho real de superficie forestal es mixto. Admite en su desarrollo una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto como derecho real sobre cosa ajena. En tanto que el minoritario de cuatro votos: El derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia; y el de tres: El derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa ajena.

c. Respecto al régimen legal se han sostenido unánimemente dos puntos, a saber:

a) En relación con las implicancias de la Ley N° 25.080, que: La remisión a la Ley 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados no excluye que la Ley 25.509 tenga un ámbito propio. Por ello, y entre otras consecuencias, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 25.080 no es presupuesto necesario para la constitución del derecho real de superficie forestal.

b) Y, con los aspectos no regulados expresamente por la Ley 25.509 resultan de aplicación a la superficie forestal los principios generales de los derechos reales.

d. En torno al **objeto**, han mediado dos despachos, uno mayoritario con veintisiete votos; y, otro, minoritario, con 2.

El despacho mayoritario ha expresado: El derecho real de superficie forestal, en sus dos manifestaciones, recae sobre cosa inmueble. Las plantaciones son cosas inmuebles por naturaleza (Art. 2314 del Código Civil).

El despacho minoritario ha sostenido que: La plantación es cosa mueble cuando su destino es la forestación, teniendo en cuenta su temporalidad y finalidad (Minoritario, 2 votos).

e. La **finalidad** fue debatida y votada por mayoría y una disidencia.

Respecto de ella se ha dicho:

Corresponde una interpretación amplia del vocablo “forestal” comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socio – económica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional.

f. Los **derechos reales de garantía** en relación al derecho real de superficie forestal fueron objeto de dos despachos. Uno mayoritario, con veinticuatro votos; y, uno minoritario, con 2.

El despacho mayoritario ha dicho: La superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca.

Y, el minoritario:

El derecho real de superficie forestal, en tanto derecho, no puede ser objeto del derecho real de hipoteca (Arts. 3108, 3109, 3120 y conc. del Cód. Civil). Puede ser objeto del derecho real de hipoteca sólo lo plantado en tanto inmueble (Arts. 2314, 3108, 3109, 3120 y conc. del Cód. Civil y Art.2 ° “in fine” de la Ley 25.509.

g. Respecto a la **transmisibilidad** del derecho real de superficie forestal se ha votado por unanimidad el siguiente despacho: Lo dispuesto en el art. 5° de la Ley 25.509 no obsta a la transmisión del derecho real de superficie forestal por causa de muerte.

h. El **principio de accesión** fue objeto de tratamiento y votación unánime, bajo la siguiente fórmula: Los arts. 2518, 2519, 2587, 2588 y concordantes del Cod. Civil también son de aplicación al superficiario de conformidad al régimen estatuido por la Ley 25.509.

i. En torno a la **extinción** se ha recomendado, por unanimidad, que:

La solución prevista en el art. 10 de la Ley 25.509 en materia de extinción de la superficie forestal por consolidación, es aplicable, en lo pertinente, a los otros supuestos de extinción (art. 8°), salvo la causal de extinción por vencimiento del plazo.

j. En torno a la **registración** se ha recomendado unánimemente que: El art. 5° de la Ley 25.509 es reprochable al invadir las autonomías

provinciales, con relación a soluciones propias en materia de técnica registral.

Dos mociones se han efectuado ***De lege ferenda***.

Una relacionada con la **finalidad**, respecto de la cual, en forma unánime se ha propuesto: Debe incorporarse el derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio – económicos.

Y la otra con los derechos reales de garantía, que tan sólo con un voto minoritario de 7 participantes, se ha dispuesto: No obstante lo expresado en el despacho A) del punto VI *de Lege lata*, debería regularse con mayor precisión la posibilidad de hipotecar el derecho real de forestar.

En último lugar se han efectuado dos **recomendaciones**, por unanimidad, sindicadas con las letras a) y b).

La primera de ella refiere la necesidad de abordar la temática en nuevos eventos académicos, bajo la siguiente fórmula:

Dada la presentación de valiosas ponencias que consideran extensiva la superficie forestal a las construcciones vinculadas con la actividad forestal o la silvicultura, esta Comisión recomienda, por su importancia, proponer en futuros encuentros académicos avocarse al estudio de esta posibilidad.

Y, la segunda, respecto a una nueva sugerencia en torno al derecho de preferencia o tanteo, con la siguiente locución: En futuros encuentros académicos se recomienda estudiar la posibilidad de incorporar el derecho de preferencia o tanteo a favor del dueño del suelo y del superficiario, según corresponda.

5.3. Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil

Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, fueron celebradas en Bahía Blanca, en el año 2015.

En el seno de la Comisión N° 11, de Derecho Romano, se han presentado tan sólo cinco ponencias referidas al Derecho de Superficie.

Una de ellas intitulada bajo el rótulo: “El derecho de Superficie – Un derecho real urbano”, refiriendo a su inicio como instituto en el derecho romano. Otra, “El Derecho Real de Superficie. Su regulación en el Derecho Romano y su proyección al Código Civil y Comercial de la Nación”. Considero importante, en este tópico, resaltar que en nuestro sistema legislativo actual han colegido la superficie romana (construcciones y edificios) con la enfiteusis (plantaciones y forestaciones).

Una tercera, destacando que la necesidad de la incorporación del derecho de superficie a nuestra legislación respetando el origen romano de la institución implica el reconocimiento de su vigencia.

La anteúltima versó si bien sobre la extinción del derecho real de superficie, resaltando las bondades socio - económicas de la incorporación de la figura en nuestro sistema legislativo, en relación al aprovechamiento del suelo, la inversión económica, salida para la disolución del régimen patrimonial de comunidad, accesibilidad social a la vivienda al no incluir el costo del suelo en el costo del precio, etc.

La quinta refirió a que el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, basado en el Código Civil italiano de 1942 ha incorporado al derecho de superficie en su concepción amplia, acomodándose a la necesidad económica de esta sociedad globalizada.

6. Conclusiones

El derecho real de superficie fue uno de los derechos que tuvo nula aplicación desde la sanción del Código Civil hasta la de la Ley 25.509, en su modalidad forestal; y, luego hasta el Código Civil y Comercial, junto con la edilicia. La proscripción efectuada por Vélez Sarsfield en el Código Civil obedeció a su concepción liberal económica del derecho. El no concebía dos propiedades separadas sobre un mismo terreno o inmueble.

En esa línea de ideas, proscribió a la superficie como a un derecho real prohibido, en el art. 2614. Este artículo también proscribía cuatro derechos reales más: los censos y las rentas constituidas por un período superior a cinco años, la enfiteusis y las vinculaciones.

Los derechos reales proscriptos, con excepción del derecho real de superficie, no corrieron la misma suerte en la realidad social imperante por entonces. Reflejar ello, fue trabajo del presente subcapítulo.

Empece ello, los Proyectos de los años 1987, 1993 y 1998, junto con las XX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, ha bregado por la recepción del derecho real de superficie en nuestro sistema normativo.

La realidad socio – político – económica impuso la necesidad de su regulación e incorporación al derecho argentino. Así se sancionó la Ley 25.509, que ha admitido la superficie en solo una de sus variantes, la forestal. Esta temática será abordada en el próximo subcapítulo.

Las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, estudiaron la temática y consideraron, entre otros tópicos, conveniente la regulación de la superficie edilicia.

Este clamor fue receptado en el Proyecto del año 2012, antesala del Código Civil y Comercial de la Nación, que será abordado en el subcapítulo siguiente.

Las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, se han dedicado al tratamiento de la fuente del derecho real de superficie.

Capítulo 8: El derecho real de superficie forestal

1. Consideraciones preliminares.
2. Concepto.
3. Las peculiaridades de la implementación de la Ley N° 25509.
 - 3.1. Las repercusiones de su sanción en relación a la extensión del derecho real de dominio.
 - 3.2. El nacimiento de la concepción del derecho real de superficie forestal.
 - 3.3. Los antecedentes parlamentarios de la Ley N° 25509.
 - 3.4. Los fundamentos de la Ley N° 25.509.
 - 3.5. Las modificaciones que impuso la Ley N° 25.509 al Código Civil velezano.
 - 3.5.1. La modificación del art. 2614 del Código Civil velezano.
 - 3.5.2. La consideración como derecho real con ciertos límites.
 - 3.5.3. La implementación de la Ley de Superficie Forestal.
4. Naturaleza jurídica.
5. Caracteres.
6. Alcances.
 - 6.1. La modalidad del derecho real de superficie permitido.
 - 6.1.1 La forestación.
 - 6.1.2. La silvicultura.
 - 6.2. La Ley N° 25.080.
 - 6.2.1. Algunas particularidades del entorno legal.
 - 6.2.2. Algunas particularidades del entorno legal.
 - 6.2.3. Peculiaridades de la Ley N° 25.080.
 - 6.2.4. El ámbito de aplicación de la Ley N° 25.080 en referencia a la Ley N° 25.509.
7. Los sujetos.
8. Derechos y obligaciones del superficiario.
9. Derechos y obligaciones del titular dominial.
10. Instrumentación.

11. Registración.
12. La duración del derecho real de superficie forestal.
13. Extinción del derecho real.
14. Efectos de la extinción del derecho real.
15. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

El derecho, como ciencia jurídica, en el devenir diario, caracterizado por su dinamismo, acoge las carestías de la sociedad. La mayor parte de esas necesidades se relacionan con temas de contenido económico.

En base a esas consideraciones fue que se consideró imperiosa la necesidad de la creación del derecho de superficie como un derecho real.

La legislación positiva la acogió, bajo el número de Ley N° 25.509. Así, se sancionó en una de sus modalidades: la forestal. De este modo, sólo se permitió su aplicación a la forestación y a la silvicultura.

La Ley N° 25.509 fue sancionada el 14 de noviembre de 2001; promulgada de hecho, el 11 de diciembre de 2001 y publicada, en el Boletín Oficial, del 17 de diciembre de 2001.

El art. 1° de la Ley N° 25.209, crea el derecho real de superficie forestal bajo el siguiente texto:

Créase el derecho real de superficie forestal constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados y a lo establecido en la presente ley.

La ley alejándose de la orientación del derecho comparado, mantiene la prohibición de la superficie sobre construcciones y en postura singular la reconoce sólo en el ámbito agrario (Alterini, 2011).

Una de las finalidades tuitivas de la ley fue la implementación de una realidad negocial. El crecimiento económico fue otro de los objetivos tenidos en miras, junto con la reactivación socio – económica.

De ese modo se permitiría que los titulares dominiales que no ostentaban divisas para invertir en sus terrenos, pudieran pactar con otros su trabajo en la forestación y en la silvicultura.

A su vez, también el derecho era ventajoso para quienes, si bien poseían capital para invertir, su monto no alcanzaba a cubrir los valores del terreno a fin de hacerlo productivo.

La forestación se encarga de lo referido a plantaciones; especialmente los bosques, considerados como recursos renovables.

La silvicultura, a diferencia de la forestación que dedica su ámbito en el estudio, se ocupa del cultivo de bosques y montes.

Con la sanción de la Ley N° 25.509, los legisladores se apartaron del principio de proscripción del derecho de superficie, contenido en el art. 2614 del Código Civil velezano.

Deber recordarse que ese plexo normativo sigue el sistema de la accesión, según el cual el propietario del suelo es dueño de lo que está encima y debajo de él. La reciente sanción de la Ley N° 25.509, que regula el derecho de superficie forestal, introduce una excepción a esta prohibición.

En sí, con su sanción nació una posibilidad de crear y desarrollar negocios forestales, dotados de un marco de seguridad jurídica. Esos negocios, en la mayoría de los casos importan un período promedio de diez años para rendir sus frutos.

El derecho real de superficie forestal permite satisfacer la necesidad de amparar el derecho de quien desee plantar en terreno ajeno. Otrora, ello quedaba desprotegido al ser el propietario el dueño de lo plantado en sus terrenos. Desde la sanción de la ley prima la seguridad jurídica de la inversión forestal (Cossari, 2012).

Esa fue la solución que el legislador consideró viable a la hora de insertar un nuevo derecho real en el plexo normativo argentino.

Se la concibió a fin de imprimir un impacto positivo en la economía productiva del país, una vez que se tome la debida conciencia de sus ventajas, habida cuenta de la propia naturaleza de la actividad involucrada y su aptitud para la recreación de la cultura del trabajo en el país (Goldenberg, 2003).

Así fue, por cuanto el arrendamiento de la tierra no tenía en ese aspecto, consecuencias tan beneficiosas, como el derecho proyectado.

Por entonces, el arrendamiento de la tierra concertarse por un plazo máximo de diez años, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 1505 del Código Civil derogado. El período fue elevado a veinte años, mediante la Ley N° 13.246

(reformada por el Decreto Ley 1639/63, las Leyes nros. 21.452 y 22.298). Ello colisiona con el período mínimo que se necesita para que una determinada heredad pueda ser calificada de maderable.

No obstante lo expuesto, debemos considerar que el plazo impuesto por el art. 1506 del Código Civil derogado, puede ser calificado de “laxo”. Ciertamente es que si se constituía un arrendamiento y sus frutos no se obtienen sino luego del transcurso de un determinado período que superase el máximo impuesto, debe entenderse que se celebró el contrato por el plazo necesario para que ellos reditúen. No obstante aquel calificativo, se ha considerado que el plazo máximo legal siempre debe ser respetado (Belluscio y Zannoni, 1998).

Ante tal cerrojo, la solución legal pareció ser la implementación de la superficie forestal y su creación como derecho real. De este modo se modificaron los arts. 2503, 2614 y 2514 del Código Civil velezano.

2. Concepto

A los fines de abordar su concepto, debemos referenciar obligadamente el dado por Vélez Sarsfield en la nota al art. 2503 del Código Civil. De su texto se lee que:

El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno.

Si bien él refería a ambas modalidades, haciendo un análisis exegético y holístico de sus palabras, podemos afirmar que, en relación al derecho que nos ocupa, el derecho real de superficie forestal es aquél que consiste en poder plantar árboles adherentes al suelo, sobre los que se tiene un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno.

Es decir, es el derecho real de usar, gozar y disponer por un muy largo tiempo sobre sembrados, independientemente de la propiedad del suelo (Bueres y Highton, 2012).

También se ha dicho que, es el derecho real que se concierta en un suelo ajeno y por el cual el superficiario hace suyo lo plantado, con independencia de la propiedad del suelo; como así también, de adquirir una plantación ya existente, en forma separada del suelo (Mariani de Vidal, 2001).

En el derecho real de superficie forestal, el objeto o cosa sobre la que aquél recae es la plantación realizada directamente por el tercero y no el inmueble de propiedad del dueño del inmueble, cuyo dominio y posesión continúan en cabeza de éste, sin que medie "transmisión o tradición" alguna a favor del superficiario (Gómez de la Lastra, 2012).

En los fundamentos del Proyecto de la Ley N° 25.509, se lo ha conceptualizado de la siguiente manera:

Nuevo derecho real constituido sobre cosa propia a favor de un tercero para que éste lo use y goce –por sí o por otros- disponiendo ampliamente del mismo, haciendo suyas las plantaciones que en él levante (N° 108).

De la letra de la Ley N° 25.509, podemos afirmar que el derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia y temporario (art. 2º), que se constituye sobre un inmueble ajeno, susceptible de forestación o silvicultura (art.1º), quedando sometido a lo normado por la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados (Ley N° 24.080, modificada por la Ley N° 25.080).

3. Las peculiaridades de la implementación de la Ley 25509

3.1. Las repercusiones de su sanción en relación a la extensión del derecho real de dominio

En este acápite, tan sólo hemos de referirnos sucintamente a la temática, que será abordada en plenitud al abordar, en el Capítulo siguiente similar tópico.

La visión del derecho real de dominio se encontraba delineada por Vélez Sarsfield, en torno a su extensión, en el art. 2518 del Código Civil derogado.

El art. 2518 del Código Civil velezano determinaba que:

La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquiera altura avancen sobre ese espacio.

Mucho se ha discurrido sobre su extensión, en relación a sus líneas, lo cierto es que, se ha zanjado ella determinado que no son líneas perpendiculares, sino verticales. Ello por cuanto, de lo contrario se produciría una superposición de propiedades.

En esa sintonía se ha dicho que:

Aunque el art. 2518 del Cód. Civil, establece que la propiedad se extiende en líneas perpendiculares hacia arriba y hacia abajo, su interpretación debe efectuarse en correlación con el nuevo art. 2514, según el cual el ejercicio del derecho de propiedad no debe ser abusivo. Cuando se invoca el art. 2518 del Cód. Civil, con un móvil divorciado del fundamento de toda restricción del dominio, se incurre en un acto antifuncional, en un abuso del derecho” (CNCiv., Sala A, 1980).

Lo expuesto comulga con una de las conclusiones votadas en el seno de la Comisión Nº 5: “Límites al dominio”, de las XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Buenos Aires, en el 2013, en la que como Secretaria coincidí con su formulación y votación. En ella se sostuvo, como segunda moción, que: Los límites al dominio deben interpretarse de acuerdo a los principios que emergen de la Constitución y los Tratados Internacionales, en particular, las normas ambientales.

Por lo tanto, podemos afirmar que la propuesta efectuada por Vélez Sarsfield se ve atemperada por la sanción de la Ley de Superficie Forestal.

Así también, se suaviza la estructura del contenido de la norma del art. 2518 del Código Civil derogado. La morigeración radica a la desvinculación de la heredad de las mejoras y de cualquier accesorio que sobre él se encuentre. Situación, ésta, que se encontraba vedada antes de diciembre de 2011. La finalidad de la ley, en relación a la posibilidad de que exista una propiedad separada de otra en una misma heredad, era inconcebible para Vélez Sarsfield.

Con la sanción de la Ley 25.509 se permite que coexistan dos propiedades independientes sobre un mismo terreno y en forma temporal: la propiedad del terreno y la propiedad superficiaria.

3.2. El nacimiento de la concepción del derecho real de superficie forestal

Antes de tratar este tema debemos recordar que, como ya expusimos, Vélez siguió al derecho civil romano, en el cual imperaba el principio de la accesión. Así, en diversas normas, lo plasmó. A saber:

1. En los modos de adquisición del dominio, específicamente en lo que a la edificación y a la plantación, determinó que el dueño hace suya la obra realizada por un tercero (artículos 2587 a 2593).
2. En la extensión del dominio estableció que la propiedad del suelo se extiende a la del espacio aéreo, al subsuelo y a todos los accesorios que en aquél se encuentren (artículo 2518).
3. Determinó que las obras ejecutadas por un tercero pertenecen al dueño del suelo y que esta presunción tendrá el carácter de iuris et de iure (artículo 2519).
4. Consideró que la multiplicidad de derechos reales sobre un mismo inmueble es una fuente fecunda de pleitos y que ello sólo daría lugar a situaciones complicadas para la buena explotación económica de los inmuebles y de su libre circulación (nota al artículo 2503).
5. Prohibió un determinado número de derechos reales: los censos y las rentas que se celebrasen por un período mayor al de cinco años, las

vinculaciones, la enfiteusis, la superficie y la propiedad horizontal (artículos 2614 y 2617 –derogados por la ley 13.512-).

3.3. Los antecedentes parlamentarios de la Ley Nº 25509

La ley tuvo su origen en un el dictamen presentado a la Cámara de Diputados, en el año 1999, por las Comisiones de Legislación General, de Agricultura y Ganadería e Industria del Congreso de la Nación. Se aconsejó fuera sancionado un proyecto de ley de creación del derecho real de superficie forestal. Los proyectos que servirían de base para la sanción de la ley serían los confeccionados por el diputado Barrios Arrechea, los diputados Martínez Garbino y Zacarías y los diputados Leiva de Martí, Passo y Abella.

La Cámara de Diputados de la Nación fue la Cámara iniciadora. El número de expediente mediante el cual tramitó el proyecto, fue el 62-D-2000.

El dictamen de la Comisión de Legislación General, Agricultura y Ganadería e Industria, previo giro, fue tratado en el orden del día Nº 1955, junto con el expediente 3595-D-2000.

El debate parlamentario en Diputados fue considerado y sancionado el 14 de noviembre de 2000.

La Cámara revisora fue la del Senado de la Nación. Allí giró, bajo el número de expediente 32-CD-2001, a la Comisión de Legislación General y Agricultura y Ganadería.

El debate parlamentario en el Senado fue considerado y sancionado el 14 de noviembre de 2001.

El tratamiento se efectuó sobre tablas.

Por aplicación del art. 80 de la Constitución Nacional, fue publicado en el Boletín Oficial.

En la sesión del 14 de noviembre de 2001, los miembros del senado han expuesto, de acuerdo a lo informado por la Revista de Antecedentes Parlamentarios de La Ley (*LL*, 2002):

- 1) El Senador Verna: ha votado por la negativa.

- 2) El Senador Cantarero (miembro informante) ha referido a la situación socio – económica imperante por entonces. A esos efectos ha dicho:
 - a. El sector productivo forestal comprende de diez a doce mil productores.
 - b. En el 2000, la balanza comercial tuvo un déficit de 819 millones de pesos.
 - c. El área forestada aumentó en el 2000 de un promedio histórico de 25 mil hectáreas / año a más de 100 mil hectáreas / año.
 - d. El negocio en el mundo de los productos forestales es de 140 mil millones de dólares más que el mercado de cereales y oleaginosas.
 - e. Este instituto suplantaría a la hipoteca por medio de una prenda sobre parte forestada, abaratándose costos.
- 3) El Senador Carbonelli:
 - a. Cuestionó el plazo de los cinco años para la constitución del derecho, dado que las plantaciones forestales tienen una evolución mayor a ese período.
 - b. Requirió explicaciones de Cantarero.
- 4) El Senador Cantarero ha dicho:
 - a. Los productores forestales necesitan un medio rayano de munirse de subsidios.
 - b. El Estado demora más de veinte meses en pagar.
 - c. Los productores forestales no pueden recurrir a las hipotecas, que son las garantías exigidas por los bancos.
 - d. La modificación de “algo” del proyecto importaría que los productores no sean ayudados.
- 5) El Senador Carbonell:
 - a. Avaló su postura.
 - b. Aseveró que una especie forestal normal tiene una evolución no menor a los quince años.
- 6) El Senador Verna:
 - a. Se mostró contrario a la aprobación del proyecto.
 - b. Requirió su vuelta a comisión o la continuidad en su estudio, hasta tanto medie dictamen.

- 7) El Senador Carbonell propició el aumento del límite a quince años.
- 8) El Senador Cantero insistió en los cinco años.
- 9) El Presidente Menem ha ordenado que se vote tal como está redactado, atento la postura del miembro informante (límite: 5 años).

Cual se advierte de la lectura del debate parlamentario que tuvo lugar en la Cámara de Senadores de la Nación, medio un único cuestionamiento, que giró en torno al límite dispuesto por el art. 12, de cinco años. Esas mociones no han tenido acogida favorable. De este modo se impuso el respeto del plazo consignado en el Proyecto.

3.4. Los fundamentos de la Ley N° 25.509

El Senador Bauza (LL, 2002) ha expuesto los fundamentos del Proyecto. Entre las treinta y una razones expuestas podemos destacar:

- 1) Una óptima utilización de los inmuebles que tengan aptitud para ser forestados.
- 2) La posibilidad de facilitar las operaciones de financiamiento, considerando los enormes lapsos de tiempo que se requieren para que aquél fructifique.
- 3) La constitución libre del derecho por parte del propietario.
- 4) El derecho recae sobre la plantación de un propietario o sobre lo que el tercero plante.
- 5) Las plantaciones que realice el superficiario no le pertenecen al titular de la heredad.
- 6) Las plantaciones son cosas muebles, a los fines de esta ley.
- 7) El derecho quiebra el principio de accesión, que hace a la extensión del derecho real de dominio.
- 8) La proscripción efectuada por Vélez Sarsfield obedece a circunstancias de la época, como evitar la traba de la libre circulación de los bienes inmuebles. Ésta constituía uno de los pilares de la época.
- 9) El derecho se encuentra regulado desde el derecho romano, como edilicia; en la Edad Media, extendido a las plantaciones; y, en la legislación comparada (Alemania, Italia, Suiza, Portugal, Bolivia y Perú).

- 10) La recepción legislativa ha sido requerida en el Proyecto de Unificación del Código del año 1987.
- 11) La posibilidad de que los plantadores graven sus plantas, como cosa mueble; y de este modo, obtener un financiamiento fluido.
- 12) Un mejor aprovechamiento de las tierras, por entonces improductivas.
- 13) El otorgamiento de seguridad jurídica para el forestador respecto de su producido.
- 14) La no necesidad de recurrir al arrendamiento por parte de los forestadores.
- 15) Las dimensiones geográficas de la Argentina y sus factores climáticos favorecen al emprendimiento forestal.
- 16) Los emprendimientos forestales, concertado el derecho real de superficie forestal, darán satisfacción a la demanda externa de maderas.
- 17) La actividad podrá realizarse preservando los bosques y el medio ambiente.
- 18) La potencialidad de constituir al país en la reserva forestal del mundo.
- 19) La consolidación del desarrollo de la actividad forestal, como generadora de riqueza genuina del país.

A lo expuesto deben sumarse las siguientes finalidades:

- 1) Complemento normativo de las leyes nros. 13.263 (Desarrollo de la actividad forestal) y 24.857 (Estabilidad fiscal para inversiones forestales y los regímenes de subsidio).
- 2) Suplir las importaciones de madera, celulosa y papel para diarios.
- 3) Alcanzar el desarrollo foresto – industrial que permita una explotación rentable.
- 4) Mixturizar intereses entre propietarios con tierras fértiles sin recursos suficientes y empresas que pueden invertir en el terreno, mas no adquirirlo.
- 5) Avance tecnológico.
- 6) Generación de puestos de trabajo.

3.5. Las modificaciones que impuso la Ley N° 25.509 al Código Civil velezano

3.5.1. La modificación del art. 2614 del Código Civil velezano

El art. 12 de la Ley de Superficie Forestal ha dispuesto la modificación del art. 2614 del Código Civil derogado. De su texto se lee:

Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos reales enfitéuticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna.

Cual se advierte, de una simple lectura, se ha suprimido la palabra “superficie” del texto del artículo. Por lo tanto, con una simple afirmación, podríamos considerar que, el derecho real de superficie ya no goza de la calificación de derecho real prohibido.

En ese orden de ideas, podríamos afirmar erróneamente que la superficie pasó a ser considerada un derecho personal. Ello no es así, puesto que su interpretación debe efectuarse, en forma armónica con lo dispuesto por el art. 13 de la Ley N° 25.509.

3.5.2. La consideración como derecho real con ciertos límites

El art. 13 de la Ley de Superficie Forestal ha admitido sólo como derecho real a la superficie en una de sus modalidades, sólo la forestal.

El texto de la glosa indicada estatuye: Agrégase al artículo 2503 del Código Civil como inciso 8° “La Superficie Forestal”.

El derecho real de superficie forestal ha sido creado bajo el sistema del *numerus clausus* y el principio de la tipicidad. Es decir, fue creado por ley, de acuerdo a la exigencia impuesta por el art. 2502 del Código Civil derogado.

Este imponía que los derechos reales sólo pueden ser creados por medio del dictado de una ley y que las partes no pueden crear ni modificar los derechos reales existentes. La tipicidad, fue cumplida por la ley en la descripción de su tipo.

Por lo tanto, el derecho de superficie goza de la categoría de derecho real permitido, pero sólo en su variante forestal.

La otra variante del derecho de superficie, que es la edilicia, no ha corrido la misma suerte. Por lo tanto, si las partes celebran un contrato que tenga por objeto la superficie edilicia, el convenio conculcará lo preceptuado por el art. 2502 del código velezano; y, correrá la suerte de la sanción impuesta en la norma.

3.5.3.La implementación de la Ley de Superficie Forestal

El art. 14 de la Ley N° 25.509 ha estatuido que ella es complementaria del Código Civil velezano.

Por lo tanto, los legisladores se han ocupado de establecer que la Ley de Superficie Forestal integra el cuerpo normativo civil.

4. Naturaleza jurídica

En desuetudo, ante las recomendaciones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil han devenido las diferentes corrientes.

En ellas se han delimitado la naturaleza jurídica del derecho real de superficie forestal, votándose mayoritariamente que es mixta.

De este modo, en el seno de la Comisión N° 4, dedicada al tratamiento de la superficie se han efectuado diversas recomendaciones, las cuales en su gran mayoría son aplicables a la nueva regulación del derecho real en cuestión. Así se ha votado mayoritariamente que: “El derecho real de superficie es mixto, aceptándose una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto derecho real sobre cosa ajena”.

Esta remisión a esos claustros académicos brindará la posibilidad de determinar la incidencia de los bregos otrora alzados, en pos de la regulación

del derecho real de superficie (Alterini, 2011; Díaz Reyna, 1993; Flah y Smayevsky, 1988; Humphreys, 2014 y 2016 y Kiper, 2007 y 2016).

En rigor de verdad, el derecho de superficie se presenta en dos planos. En un primer plano se tratará de un derecho sobre la cosa ajena asiento de la construcción (en la ley 25.509 se trataría de la forestación), que se convertirá en un derecho sobre cosa propia cuando la construcción (o forestación) se concrete (segundo plano) (Alterini, 2011).

5. Caracteres

Los caracteres impuestos, en aras de la tipicidad, del derecho real de superficie pueden ser nominados bajo la siguiente enumeración:

- a. Es un derecho real.
Ello deviene del cumplimiento del principio rector en materia de derechos reales, que es el principio del número cerrado. Es decir, fue creado por ley.
- b. Es un derecho real autónomo.
Atento su consagración como derecho real con características y ámbito de aplicación propios.
La ley 25.509, que lo instituyera, se inspiró en la necesidad de crear un nuevo derecho real, dado que éstos sólo se pueden crear por una ley específica que los distingue y les otorga entidad propia (Gómez de la Lastra, 2012; Messineo, 1954 y Andorno, 2002).
- c. Es un derecho de fuente contractual.
No admite su creación vía legal, tácita o judicial.
- d. Es un derecho consensual.
Sólo puede adquirirse por actos entre vivos o por disposiciones de última voluntad.
- e. Es un derecho que tiene por objeto la forestación y la silvicultura.
Fue concebido en una sola de sus modalidades. De este modo, se ha proscripto la superficie edilicia.

- f. Es un derecho que debe adecuar su actividad a lo dispuesto por la Ley N° 25.080.

La forestación y la silvicultura deben realizarse de acuerdo a las prescripciones estatuidas por la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados.

- g. Es un derecho que legitima activamente para su constitución a los titulares de los derechos reales de dominio y condominio.

Respecto de ellos no cabe discusión alguna en relación a las facultades de usar, gozar y percibir los frutos y disponer, que cada derecho real irroga a sus titulares, en la medida y con el alcance de cada derecho real.

En ese orden de ideas correspondería considerar que el usufructuario podría también constituirlo, siempre y cuando las condiciones pactadas en el contrato así lo previesen. El art. 2807 del Código Civil derogado que lo tipifica, tampoco juega como valladar para ello. Su letra disponía: "El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia".

Entonces, si el establecimiento de una superficie forestal es viable, así podrá ser concertada.

A los fines de la viabilidad deberá tenerse en cuenta que el terreno se apto para la forestación y/o la silvicultura y que su implementación no altere la sustancia del objeto del derecho real de usufructo.

- h. Es un derecho que integra el grupo de los dominios imperfectos.

En la letra del art. 2507 del código velezano es categorizado como un tipo de dominio desmembrado.

- i. Es un derecho que sólo puede tener por objeto inmuebles.

Cabe señalar al espacio aéreo sobre el cual se lo constituye o al "vuelo", debe sindicársele el carácter de "cosa", tal como ocurriera con la electricidad a través de la Ley 17.711 (Mariani de Vidal, 2002); o tal vez el de "no-cosa" (Linares de Urrutigoit y Pujol de Zizzias, 2002).

- j. Es un derecho sobre cuyo objeto coexisten dos titulares de derechos reales, pudiendo ser más si cada uno de ellos es tenido por más de uno, en forma conjunta.

Así, por un lado tendremos al titular del suelo; y por el otro, al superficiario.

- k. Es un derecho real temporal.

Su constitución se encuentra limitada al plazo máximo de cincuenta años (Alterini, 2011).

- l. Es un derecho que debe observar para su constitución las formalidades impuestas por el título y el modo suficientes.

Es decir, la tradición traslativa del derecho; atento a que es un derecho real que se ejerce por la posesión.

Además del contrato de superficie, que para cumplir con las formalidades impuestas por el art. 1184, inc. 1º) del Código Civil derogado, debía ser elevado a la forma de escritura pública.

El art. 5º de la Ley N° 25.509 disponía:

El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión. Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados, en el Registro de la Propiedad Inmueble de la Jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente.

De su lectura se consagra lo expuesto en este punto.

- m. Es un derecho que otorga al superficiario la propiedad superficiaria.

La atribución de la propiedad al forestador importa un reconocimiento del trabajo humano (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989).

- n. Es un derecho que es oponible a terceros, desde la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble.

La publicidad registral obsta a su oponibilidad *erga omnes*.

El folio que se abrirá en el registro tendrá una duración temporal, dependiendo del plazo de concertación del derecho real de superficie forestal; o bien, teniendo como tope el plazo máximo de cincuenta años, impuesto en la Ley de Superficie Forestal.

El tope del plazo surge de lo dispuesto en el art. 6º de la Ley N° 25.509, cuyo texto dispone: El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley.

6. Alcances

6.1. La modalidad del derecho real de superficie permitido

La modalidad del derecho real de superficie consagrado por la Ley N° 25.509 es la forestal. Ello implica que al concertar el derecho, sólo podrá pactarse que inmueble sea empleado para la forestación o la silvicultura.

A los fines de comprender su ámbito de aplicación deberán analizarse los supuestos mencionados: la forestación y la silvicultura.

6.1.1. La forestación

El vocablo: “forestación”, conforme leímos del sitio web de definiciones abc, refiere a la actividad que estudia y gestiona la práctica de plantaciones, teniendo en especial consideración a los bosques como recursos renovables.

La idea que prima es la de la plantación de árboles de forma extendida a fin de equilibrar la masiva e indiscriminada tala.

De ese modo se preserva el medio natural y se evita que el hombre produzca daños a especies animales y vegetales.

Especial hincapié se hace respecto a la conservación de las características ecológicas, al valor ambiental estético y recreativo.

6.1.2.La silvicultura

La palabra silvicultura”, conforme leímos del sitio web de definiciones abc, viene del latín “silva” que significa “selva”, “cole” quiere decir “cultivar” más el sufijo “ura” que es la “actividad resultante de la acción” en la real academia lo definen como “cultivo de los bosques o montes” o “ciencia que trata de este cultivo”.

La silvicultura se trata del cuidado de los bosques, cerros o montes, así como de las técnicas que se aplican a las masas forestales para poder obtener de ellas una producción prolongada y sostenible de bienes y servicios demandados por la sociedad.

6.2. La Ley Nº 25.080

6.2.1.Algunas particularidades del entorno legal

La Ley Nº 25.080 es la Ley de Inversiones para bosques cultivados. Fue sancionada el 16 de diciembre de 1998; y, promulgada el 15 de enero de 1999.

El art. 1º dispone la instauración de

un régimen de promoción para las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, como así también la instalación de nuevos proyectos forestoindustriales y las ampliaciones de los existentes, siempre y cuando se aumente la oferta maderera mediante la implantación de nuevos bosques.

Esta ley cierra todo un tiempo legislativo en Argentina e impone una mirada global de la temática en cuestión.

La Ley fue reglamentada por el Decreto 133/99, publicada en el Boletín Oficial el 01 de marzo de 1999. El art. 1º del Anexo dispone:

En el caso de los proyectos forestoindustriales, el componente industrial recibirá a partir de su entrada en producción, una

proporción de los beneficios de la ley, equivalente al porcentaje de abastecimiento de madera que se logrará con la producción media anual de la forestación que incluya el proyecto, tomando en cuenta para ello los rendimientos promedios de la zona.

En el caso de la estabilidad fiscal establecida en el Artículo 8° de la Ley N° 25.080, dicho beneficio se gozará plenamente cuando el abastecimiento que se genere con los nuevos bosques supere el TREINTA POR CIENTO (30%) del consumo.

El grupo legislativo forestal data del año 1948, con la sanción de la Ley N° 13.273, Ley de Bosques.

Mediante ella se ha establecido un Programa Nacional de Implementación conjunta directamente relacionado con la Convención de de Cambio Climático.

En Berlín, en el año 1995, se ha estatuido que todo proyecto que fije y evite emisiones contaminantes puede ser considerado un proyecto de implementación conjunta y siempre que se trate de una fuente de emisión compensada. El sitio de reducción debe encontrarse entre dos países diferentes. Ellos gozarán de financiación.

La Ley 25.080 se sirve de los programas nacionales de estímulos y permite la realización de proyectos de implementación conjunta binacional o internacional.

En la reunión de Kyoto de 1997, se elaboró un Protocolo en el marco de la Tercera Conferencia de las partes de la Conferencia Marco de las Nacionales Unidas sobre cambio climático donde:

1. Se reafirmó la necesidad de incrementar el desarrollo sustentable.
2. Se flexibilizaron los mecanismos para ayudar a países con:
 - a. Implementación conjunta.
 - b. *Clean Development Mechanism* o Mecanismo de Desarrollo Limpio.
 - c. Control de emisiones.

El Programa de Desarrollo de las Naciones Unidas intenta conciliar el cambio climático con el desarrollo sustentable. A esos fines se sugieren medidas relacionadas con:

- i. La eficiencia energética.
- ii. La energía renovable.
- iii. Las nuevas fuentes.
- iv. La conservación forestal.

La Conferencia de Partes de Buenos Aires, del año 1999, no produjo adelantos sustantivos en torno a las medidas planteadas.

La autoridad de aplicación, conforme la Ley 13.273, de Bosques, dedicada a los temas ambientales y a los de conservación y protección del fuego es la Subsecretaría de Política Ambiental y Desarrollo Sustentable, dependiente de la Secretaría de Agricultura del Ministerio de Economía de la Nación.

Las Provincias que se adhieran al régimen, conforme destaca el art. 4º:

1. Gozarán de una participación en la ayuda federal afectada a obras de forestación y reforestación.
2. Gozarán de los beneficios del Régimen del Crédito Agrario Hipotecario o especial para trabajos de forestación o reforestación.

La Ley Nº 13.273 fue modificada en el año 1972 por la Ley Nº 19.995. Esta determinó que las superficies boscosas superiores a 2.500 hectáreas pueden explotarse por tres vías:

1. Concesión a particulares.
2. Administración.
3. Empresas mixtas.

En los tres casos debe garantizarse la persistencia de la masa forestal.

En las hectáreas menores de 2.500 hectáreas la explotación puede adjudicarse directamente a particulares, siempre que se trate de aserraderos o industrias evolucionadas que se encuentren o estén radicadas en la zona.

Los permisos pueden concederse hasta el máximo de 2.500 toneladas o metros cúbicos por persona por año, sin requerirse concesión; y también, en parcelas o superficies de hasta 250 hectáreas.

La ley veda:

1. La ocupación de bosques y tierras forestales.
2. El pastoreo no autorizado.
3. La caza y la pesca no reglamentada.

6.2.2. Algunas particularidades de su implementación

La Ley N° 25.080 refiere a los bosques implantados o cultivados. Ellos son los bosques que se obtienen mediante la siembra o plantación de especies maderables nativas y/o exóticas adaptadas ecológicamente al sitio.

Para poder encontrarse comprendidos dentro de su ámbito de aplicación la finalidad debe ser comercial o industrial y debe efectuarse en tierras que, naturalmente y por su ubicación y aptitud, sean susceptibles de forestación o reforestación.

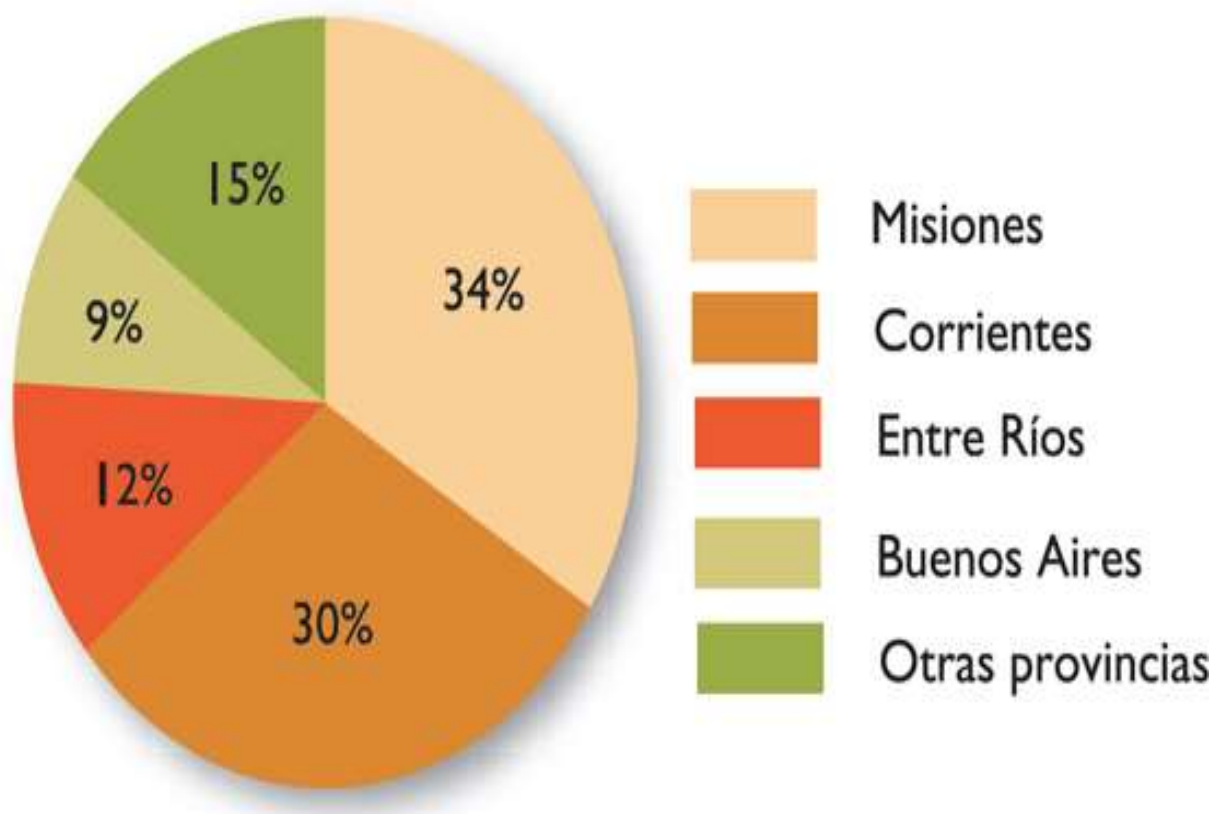
Al momento de la sanción de la ley esas superficies no deben encontrarse cubiertas por masas arbóreas nativas o bosques permanentes o protectores. Así será excepto que medie un plan de manejo sustentable para bosques degradados, y se constituya con la finalidad de enriquecerlo, previa aprobación de la autoridad de aplicación.

A los fines de lograr una mayor comprensión del territorio argentino al que sería aplicable la Ley 25.080, en consideración a los bosques nativos, lo graficamos con el siguiente diseño:



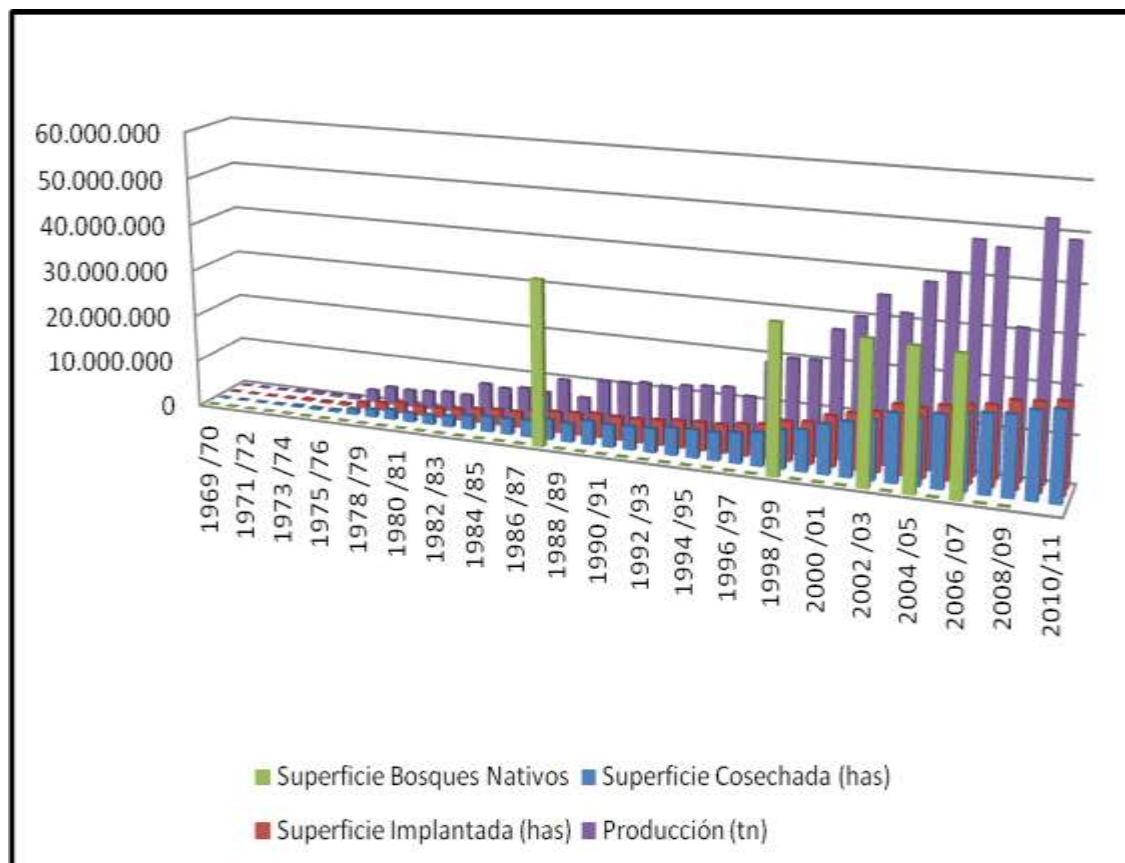
Fuente: Elaboración propia sobre la base de Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y UMSEF-SAyDS.

A su vez, podemos referenciar los diferentes porcentajes dedicados a la actividad forestal y a la silvicultura, en relación al territorio, consultando el gráfico que a continuación se ilustra:



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y UMSEF-SAyDS.

Lo propio podemos efectuar respecto a las diferentes superficies ocupadas en relación a la actividad forestal (superficies de bosques nativos, superficies cosechadas, superficies implantadas) y su producción.



Fuente: Elaboración propia sobre la base de Ministerio de Agricultura, Ganadería y Pesca y UMSEF-SAyDS.

6.2.3. Peculiaridades de la Ley N° 25.080

La promoción de las inversiones de la Ley N° 25.080, de acuerdo al art. 3º refiere a:

la implementación de bosques, su mantenimiento, el manejo, el riego, la protección y la cosecha de los mismos, incluyendo las actividades de investigación y desarrollo, así como las de industrialización de la madera, cuando el conjunto de todas ellas forme parte de un emprendimiento forestal o forestoindustrial integrado.

La ley se direcciona a los proyectos agroforestales en las áreas sindicadas en los cuadros precedentes.

6.2.4. El ámbito de aplicación de la Ley N° 25.080 en referencia a la Ley N° 25.509

Del maridaje de ambos textos legislativos podemos afirmar que la Ley de Superficie Forestal impone que el derecho real sólo pueda constituirse:

- 1) Sobre un inmueble rural.
- 2) Para la explotación agroforestal.
- 3) Para implantar nuevos bosques.
- 4) Con la finalidad de aumentar la oferta maderera.
- 5) Con criterios de sustentabilidad de los recursos naturales renovables.
- 6) Con autorización de la autoridad de aplicación.
- 7) E inscribirse en los respectivos registros.

Los beneficiarios podrán ser tanto personas físicas como jurídicas. Ellas deberán realizar inversiones efectivas relativas a:

- 1) La implantación de bosques, su manejo, riego, protección y cosecha.
- 2) La investigación.
- 3) El desarrollo de los bosques
- 4) La industrialización de la madera, cuando el conjunto de todas las citadas actividades formen parte de un emprendimiento forestal o forestoindustrial integrado.

A la Ley N° 25.080 se han adherido la mayoría de las provincias. Ellas gozan de un régimen de promoción cuando se realicen nuevos emprendimientos forestales o se amplíen los bosques existentes. El marco es el aumento de la oferta maderera.

Algunos de los beneficios fiscales que se establecen legalmente son:

- 1) Estabilidad fiscal por 30 años, contados desde la aprobación del proyecto forestal.

El plazo se puede extender hasta un máximo de 50 años, tomando en consideración la zona y el ciclo de las especies.

- 2) Devolución del I.V.A. correspondiente a la compra o importación definitiva de bienes, locaciones o prestaciones de servicios, destinados a la inversión forestal del proyecto, en un plazo no mayor

de 365 días contados a partir de la fecha de facturación de los mismos.

En los proyectos forestoindustriales, se excluye de beneficio a la parte industrial.

- 3) Exención de todo impuesto nacional y provincial sobre los contratos sociales, de fideicomiso, de gestión, poderes, etc..

También otorga un apoyo económico estatal no reintegrable. Este se conforma por un monto de dinero en relación a las hectáreas, que varía por zona, especie arbórea y actividad forestal. Los mayores beneficios son otorgados al área patagónica. El apoyo va desde un 80% de los costos de implantación para superficies de 1 a 300 hectáreas; y del 20%, de 301 a 500 hectáreas.

7. Los sujetos

Los sujetos que participan en este tipo de derecho real, el de superficie forestal son:

- 1) El propietario del terreno.

El titular dominial de un inmueble es quien concreta la celebración del derecho real de superficie forestal sobre un inmueble de su propiedad, que debe gozar de las características necesarias para que pueda ser objeto de forestación o silvicultura.

El superficiante puede ser:

- a) Una persona física (ahora: persona humana).
- b) Una persona jurídica particular.
- c) El Estado nacional, provincial o municipal.

En este último caso, se registrará su concertación por la legislación administrativa.

- 2) El superficiario.

Las mismas personas sindicadas como superficiantes pueden revestir la calidad de superficiarios, con las mismas salvedades.

Con la sanción de la Ley N° 24.441, reguladora del contrato de fideicomiso, debería considerarse que el derecho real de superficie puede ser

transferido a un fiduciario a los fines de que éste constituya un "fideicomiso de garantía", con el objeto de obtener el mayor valor posible de esos bienes (Kiper y Losoprawski, 2012).

8. Derechos y obligaciones del superficiario

La ley no dedica ningún artículo a los derechos del superficiario. De su entelequia surgen cuáles son los derechos y las obligaciones del superficiario.

Como derechos del superficiario podemos enunciar a los siguientes:

- 1) Ostenta el uso, goce y disposición jurídica de la propiedad superficiaria (art. 2º).
- 2) Goza del derecho de hacer propio lo plantado (art. 2º).
- 3) Tiene el derecho de adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes (art. 2º).
- 4) Puede gravar con un derecho real de garantía su propiedad (art. 2º).
- 5) Tiene derecho a no ser turbado en el ejercicio de su derecho por parte del titular dominial.
- 6) Goza de legitimación activa para interponer acciones reales y posesorias.
- 7) A ser indemnizado, en la medida del enriquecimiento del propietario, por las cosas que integrarán el dominio de éste, extinguida la superficie; salvo que medie pacto en contrario (art. 11).

Como obligaciones del superficiario enunciamos a las siguientes:

- 1) Debe dedicar su derecho únicamente a la forestación y/o a la silvicultura (art. 2º).
- 2) No turbar con su ejercicio el inmueble gravado con el derecho real de superficie forestal.
- 3) No turbar con su ejercicio el propio del titular del inmueble sobre el cual se constituyó el derecho.

9. Derechos y obligaciones del titular dominial

Los derechos y obligaciones de los propietarios del inmueble se encuentran consagrados en los arts. 3º y 4º de la Ley N° 25.509.

El art. 3º dispone: El propietario del inmueble afectado a superficie forestal conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie forestal constituido.

El art. 4º determina:

El propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación.

En virtud de lo expuesto puede indicarse que son derechos del titular del inmueble los siguientes:

- 1) Enajenación del bien.
- 2) Conservación de todos los derechos inherentes a su propiedad (usar, gozar y disponer), siempre y cuando no conculque el ejercicio del derecho del superficiario.

Y, que las obligaciones instituidas por la ley al titular dominial son:

- 1) No puede menoscabar, turbar o impedir el ejercicio del derecho real por parte del superficiario.
- 2) No puede constituir sobre su terreno un derecho real de disfrute.
- 3) No puede gravar su terreno con un derecho real de garantía.
- 4) Indemnizar al superficiario, en la medida de su enriquecimiento, una vez extinguida la superficie; excepto que medie pacto en contrario (art. 11).

10. Instrumentación

El art. 5º de la Ley N° 25.509 dispone que debe ser elevado a la forma de escritura pública el contrato por medio del cual se materialice el derecho real de superficie forestal.

La materialización hace al modo suficiente. Este, como ya hemos considerado, refiere a la tradición traslativa. Es decir, a la tradición de la posesión apta para que se perfeccione el modo suficiente.
y materialización.

11. Registración

El art. 5º, en su segunda parte, de la Ley Nº 25.509 dispone que a los fines de su oponibilidad frente a terceros, el contrato elevado a la forma de escritura pública, debe ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, de la jurisdicción donde el terreno tenga su asiento.

La inscripción es meramente declarativa; más no constitutiva. Ese efecto importa que sea oponible a terceros interesados (López de Zavalía, 1983). El art. 20 de la Ley Nº 17.801 determina:

las partes, sus herederos y los que han intervenido en la formalización del documento, como el funcionario autorizante y los testigos en su caso, no podrán prevalerse de la falta de inscripción, y respecto de ellos el derecho documentado se considerará registrado.

Ellos son los terceros asistidos de un derecho subjetivo y, por tanto, de un interés legítimo (por ej.: titulares de otros derechos reales, sucesores particulares, masa del concurso, acreedores privilegiados, retentor, acreedores quirografarios) (Mariani de Vidal, 1998).

En el Registro se abrirá un nuevo folio real correlacionado con la inscripción dominial del inmueble que se gravará con el derecho real de superficie forestal (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989).

La registración también se imprime para el supuesto que el superficiario grave su propiedad superficiaria con un derecho real de hipoteca. En este caso se requerirá una determinación completa del bien hipotecado, su ubicación precisa, sus linderos, medidas, contracalles, nomenclatura catastral y su designación registral correspondiente a su inscripción original. (Mariani de Vidal, 2002 y Goldenberg, 2004).

12. La duración del derecho real de superficie forestal

El plazo máximo de duración del derecho real de superficie forestal es de cincuenta años, contados desde el momento de su constitución.

El art. 6º de la Ley de Superficie Forestal dispone, en su primera parte que: El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años.

Ese plazo máximo juega como tope inamovible, puesto que si se optase por su renovación, el nuevo contrato no podrá exceder de ese plazo, en el supuesto que fuese constituido por uno inferior.

Es decir que si se constituye entre un titular dominial y un superficiario, una superficie por un plazo menor al de cincuenta años; y extinguido el derecho, ambos desearan renovarlo, ellos sólo lo podrán hacer por un período que sumado al anterior no exceda del de cincuenta años.

En el caso de que el plazo convenido exceda del de cincuenta años establecidos legalmente como límite temporal, aquel tiempo que lo supere no será válido a los fines de la ley.

El art. 6º de la Ley Nº 25.509 estatuye: En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley.

Es decir que, si el plazo fijado en el contrato excede del de cincuenta años, la superficie se tendrá por constituida por ese período.

13. Extinción del derecho real

Los arts. 7º y 8º de la Ley Nº 25.509 disponen que son causales de extinción del derecho real de superficie forestal las enumeradas a continuación:

- 1) La renuncia expresa.
- 2) El vencimiento del plazo contractual.
- 3) El cumplimiento de la condición resolutoria convenida.
- 4) La consolidación.
- 5) El no uso por tres años.
- 6) La destrucción total o parcial de lo plantado, salvo que el superficiario realice nuevas plantaciones en el plazo de tres años.

A esas causales debe sumársele la expropiación.

14. Efectos de la extinción del derecho real

Los efectos de la extinción pueden numerarse de la siguiente manera:

- 1) No liberación de las obligaciones contraídas por parte del superficiario.

El art. 9º de la Ley N° 25.509 dispone que aún en caso que el superficiario abandone su derecho, renuncie a él o no ejercite su derecho –desuso-, continúan en su cabeza las obligaciones contraídas por él. Es decir que, la renuncia, el desuso y el abandono no liberan al superficiario de sus obligaciones.

- 2) Continuación de los alcances y efectos de los derechos y obligaciones en el supuesto de consolidación.

El art. 10 de la Ley de Superficie Forestal dispone: En el supuesto de extinción del derecho real de superficie forestal por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos.

- 3) La vuelta en cabeza del titular dominial de los derechos cedidos al superficiario.

Consecuencia natural de la extinción de un dominio imperfecto.

- 4) El titular dominial extiende su dominio a las plantaciones existentes.

El art. 11 de la Ley N° 25.509, en su primera parte, estatuye: Producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las plantaciones que subsisten.

- 5) El pago de una indemnización.

El art. 11 de la ley referenciada, en su segunda parte dispone que el titular dominial debe indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento, salvo pacto en contrario.

15. Conclusiones

La sanción de la Ley de Superficie Forestal fue el resultado de un bregó doctrinario y jurisprudencial, aunado con las necesidades socio-económicas imperantes al momento de su sanción.

Su incorporación como derecho real importó una modificación del art. 2614 del Código Civil velezano, que suprimió la palabra “superficie” de la enumeración de los derechos reales prohibidos.

A su vez, se incorporó, como inciso 8º del art. 2503 a la superficie forestal como a un derecho real nominado por el Código Civil derogado.

El derecho real de superficie forestal obsta al impedimento del mantenimiento de capitales inactivos (De Los Mozos, 1991); y de este modo, varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989).

La superficie síndica la inversión no sólo en la forestación; sino también otros rubros, como maquinarias (Gurfinkel de Wendy, 2001). El superficiario al gozar de seguridad jurídica tiende a concertar este tipo de contratos.

Su ámbito de aplicación refiere sólo a la forestación y a la silvicultura, que se encuentran constreñidas y complementadas por lo normado por la Ley Nº 25.080, Ley de Inversiones para Bosques Cultivados.

Esta última ley fomenta con desgravaciones las inversiones forestales.

Su finalidad tuitiva permitirá que se realicen inversiones a largo plazo con una cuota de riesgo menor junto con un costo menor.

La implementación de la ley otorga un marco de seguridad jurídica para inversores o forestadores y par los titulares dominiales, quienes en la realidad de los hechos, con el capital que cuentan no podrían lograr un aumento, en caso de no optar por la implementación del derecho real de superficie forestal. Ello, siempre y cuando, aquélla hubiera sido la finalidad tenida en mira por ambas partes.

Capítulo 9: El derecho real de superficie edilicia bajo la égida del Código Civil y Comercial de la Nación

- 1.** Consideraciones preliminares.
- 2.** Prieta síntesis en base a su consideración.
 - 2.1. Algunas particularidades del Código Velezano en relación al sistema vigente.
 - 2.2. Los fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012.
- 3.** El derecho real de superficie en la concepción del derecho comparado.
- 4.** Concepto.
 - 4.1. El concepto en el Código Civil y Comercial de la Nación.
 - 4.2. Las definiciones doctrinarias.
 - 4.3. La definición del derecho real de superficie edilicia.
- 5.** Naturaleza jurídica.
- 6.** Modalidades.
- 7.** Caracteres.
- 8.** Objeto.
 - 8.1. El inmueble como objeto.
 - 8.2. El vuelo, rasante o subsuelo.
- 9.** El emplazamiento.
 - 9.1. El art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación.
 - 9.2. La extensión del terreno a gravar.
- 10.** Los legitimados.
- 11.** El plazo.
- 12.** El superficiario es titular de un dominio imperfecto.
- 13.** Modos de adquirir el derecho.
 - 13.1. Contrato.
 - 13.2. Usucapión corta.
 - 13.3. Actos de última voluntad.
 - 13.4. Otros modos.
- 14.** Los derechos del superficiario.

14.1. Las facultades materiales del superficiario.

14.1.1. Derecho de construir, plantar o edificar.

14.1.2. Derecho de hacer suyo lo plantado, forestado o edificado por el tiempo que dure la superficie.

14.1.3. Convenir una superficie mayor que la necesaria para la realización de su proyecto, siempre que ello sea imprescindible.

14.2. Las facultades jurídicas del superficiario.

14.2.1. Constituir derechos reales de garantía.

14.2.2. Afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal.

14.2.3. Constituir derechos reales de disfrute.

14.2.4. Efectuar actos de disposición.

14.2.5. Exigir el cese de la turbación.

14.2.6. Constitución de derechos personales.

15. Las obligaciones del superficiario.**16. Derechos del titular dominial del suelo.****17. La destrucción de la propiedad superficiaria.****18. Extinción del derecho real.****19. Efectos de la extinción.**

19.1. Readquisición del dominio pleno para el titular dominial

19.2. La indemnización.

20. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

El derecho real de superficie es un derecho que importa una herramienta jurídica que cuenta con una larga historia que tiene su génesis en el Derecho Romano.

En su inicio fue concebido como a un derecho personal u obligacional. Luego, fue protegido por el interdicto de *superficiebus* y luego con la *actio de superficie*. Recién en el Derecho Romano Post-Clásico fue considerado como derecho real, con la característica de ser transmisible (Roca Sastre, 1961 y Álvarez Chaperochipi, 1987).

En rigor de verdad, no es su historia, sino su utilidad económica la que dota al este derecho de un valor actual como herramienta de contratación.

Como derecho real podemos sostener que se encuentra íntimamente vinculado al derecho de propiedad (Humphreys, 2014 y 2016).

El alcance del derecho de superficie ha sido modificado a través de los tiempos. La propiedad, también lo ha sido.

Las concepciones romanas y el pensamiento de Vélez Sarsfield han marcado un hito en la historia del derecho real de superficie

El último siglo estuvo marcado por un auge del urbanismo, que ha creado nuevas necesidades. Y así las nuevas formas de contratación en masa han sustituido la discusión por las convenciones predispuestas (Humphreys, 2014 y 2016).

El mantenimiento de capitales inactivos contraría no sólo el fin comunitario que se pretende hacer cumplir a la propiedad, sino el interés individual del titular a quien le resulta antieconómico (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003).

Cierto es que el derecho real de superficie ha atravesado un descrédito debido a los numerosos inconvenientes que originaron las cuantiosas desmembraciones que ha padecido el derecho de propiedad. Esa mirada disvaliosa del derecho real de superficie se centraba en la dificultad del aprovechamiento del inmueble, debido a la diversificación del dominio directo y del dominio útil (Mariani de Vidal, 2002).

La realidad económica impulsó la incentivación de esa figura, que traería aparejada ventajas económicas, respecto de una misma cosa, a varios sujetos.

La superficie, primero admitida; y luego, proscripta por el Código Civil velezano en el art. 2614, fue receptada como derecho real en el año 2001, bajo la modalidad forestal.

Con la sanción de la ley 26.994, el derecho real de superficie fue concebido con su plenitud. Tanto la modalidad forestal como la edilicia constituyen en la actualidad el contenido del derecho real de superficie.

2. Prieta síntesis en base a su consideración

2.1. Algunas particularidades del Código Velezano en relación al sistema vigente

Vélez Sarsfield, continuando con el pensamiento romano y plasmándolo en la regulación civil, priorizó el principio de accesión.

Partiendo de ese tópico, estableció diversas normas a fin de plasmar su pensamiento de raigambre romanista. Entre otros dispuso:

- 1) Que la extensión del dominio se extiende en líneas perpendiculares hacia el espacio aéreo y al subsuelo con las limitaciones legales impuestas al respecto (art. 2.518 del Código Civil derogado).
- 2) Que las plantaciones y las edificaciones efectuadas por un tercero, el dueño hace suya las obras realizadas por aquél (arts. 2.587 a 2.593 del Código Civil derogado).
- 3) Que las obras ejecutadas por un tercero, en principio, pertenecen al dueño de terreno (art. 2.519 del Código Civil derogado).

Consideramos que su regulación obedeció a su férrea creencia de evitar que sobre una misma cosa exista una multiplicidad de derechos reales, atento a que se aparejarían una sinnúmeros de conflictos. A ello debe sumársele, que en la nota al art. 2.503 del Código Civil derogado ha expresado que permitir esa situación importaría una complicación a la buena explotación económica y a la libre circulación de los bienes.

Importante se recordar lo escrito por el primer codificador argentino, en cuanto manifestó, en esa nota: “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar”. Esa proscripción fue fundada en las siguientes palabras: “Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las soluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”

Obligado es recordar que en dos artículos, los números 2614 y 2617, Vélez Sarsfield prohibió la consideración determinados derechos como reales. Ellos fueron: los censos y las rentas que se celebrasen por un período mayor al de cinco años, las vinculaciones, la enfiteusis, la superficie y la propiedad horizontal.

En el año 2001, bajo la sanción de la Ley Nº 25.509, la superficie ha sido considerada como un derecho real, pero sólo en una de sus variantes: la forestal. En el código velezano se ha incluido como inciso 8º) de la Ley Nº 25.509, a la superficie forestal; proscribiéndose de modo indirecto la superficie edilicia.

La finalidad perseguida con la inclusión del instituto de superficie forestal a través de la Ley Nº 25509, primero y superado con el actual art. 2.114 del Código Civil y Comercial de la Nación, fue incentivar la producción de bosques con aquélla y con la reforma de 2014 se agrega la figura de construcciones.

En relación su ubicación legislativa podríamos mencionar que, tal vez, hubiera sido más adecuada su colocación a continuación del dominio y condominio, debido a su constitución mixta o bipolar. La propiedad superficiaria es un derecho real sobre cosa propia, y en cuanto al derecho de forestar es un derecho sobre cosa ajena. Idéntica situación observamos en cuanto a la edificación, ya que el superficiario adquiere la propiedad de lo construido, si así se hubiera pactado, luego de finalizada dicha construcción.

En el Código Civil y Comercial de la Nación, ambas acepciones de la figura son reguladas en forma conjunta.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en el art. 1.887, inciso g), establece que la superficie es un derecho real, en cumplimiento del principio

del *numerus clausus* o número cerrado; y, en aras, al principio de la tipicidad, lo define en el art. 2114.

2.2. Los fundamentos del Anteproyecto de reforma del Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012

Los fundamentos elaborados por la Comisión redactora del Anteproyecto del año 2012 son ricos en cuanto a contenido y justificación de su regulación tal como ha quedado consagrada en el sistema jurídico vigente.

Principian su exposición con estas expresiones:

La Comisión integrada por los doctores Ricardo Luis Lorenzetti, como Presidente, y Elena Highton de Nolasco y Aída Kemelmajer de Carlucci, en cumplimiento de los objetivos y plazos señalados por el decreto presidencial 191/2011, presentamos el "Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación" y sus "Fundamentos", en los que se detalla tanto el método como los principios que inspiran nuestro trabajo.

En un apartado especial, dedicado al derecho real de superficie han sostenido:

El derecho de superficie sólo está contenido en la ley 25.509 que contempla la superficie forestal. Ahora en el Anteproyecto, se regula en su variante amplia, de acuerdo con el criterio mayoritario: derecho a construir o forestar como derecho sobre cosa ajena y derecho sobre propiedad superficiaria como derecho sobre cosa propia, aunque coexiste con la propiedad separada del titular del suelo.

En ese párrafo se reconoce la existencia del derecho real de superficie, en su modalidad forestal. A ésta le habrán de sumar la edilicia, que importa la consideración del derecho real en su variante amplia. Este nuevo derecho real, calificado como sobre cosa propia en relación a la propiedad superficiaria, se mantendrá independiente de la propiedad del titular de la heredad.

Puede constituirse sobre un inmueble o sobre partes materialmente determinadas de un inmueble. Pueden coexistir

superficies con otros derechos similares aunque no sobre la misma parte del inmueble.

Su incorporación tiene en miras una finalidad económica y su fácil implementación no alterando ni cercenando con su establecimiento la posibilidad de que otros derechos reales coexistan con el derecho de superficie; aunque personales también.

Su establecimiento no importa que el titular del suelo deba establecerlo sobre todo su dominio; sino que puede hacerlo sobre una parte de él, también.

La superficie es temporaria por plazos de setenta o cincuenta años según sea para edificios o plantaciones.

La temporalidad que se establece en relación a la duración del derecho real de superficie obsta a la no perpetuidad de su concepción. De lo contrario importaría una eterna transmisión por separado de la propiedad superficiaria y de la propiedad del suelo. Esta situación dista de la esencia que prima en materia de derechos reales.

Es un derecho transmisible por actos entre vivos y por causa de muerte. El superficiario puede constituir derechos reales de garantía y afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal (Fundamentos, 2012).

De modo sucinto enumera las bondades del derecho real. Así, destaca su transmisibilidad por actos entre vivos y *mortis causae*; además de otras dos facultades que ostenta el superficiario que son la de gravar su propiedad superficiaria con un derecho real de garantía y de poder afectar lo edificado al régimen de la propiedad horizontal. De esta manera se le abre un panorama impensado hasta entonces, congruente con la finalidad socio-económica por la cual brega su incorporación.

3. El derecho real de superficie en la concepción del derecho comparado

En la actualidad en numerosos países se concibe a la superficie como a un derecho real. Dentro de esos ordenamientos jurídicos habremos de

limitarnos a destacar su recepción legislativa, a través de la concepción como instituto jurídico que cada uno de ellos le ha brindado.

Han admitido el derecho real de superficie los siguientes países:

1. Alemania

En los parágrafos 1012 a 1017 del Cód. Civil Alemán (*Bürgerliches Gesetzbuch* –BGB-) de 1900 y Ordenanza de 1919 se aborda el instituto.

Debemos referenciar que el BGB fue el resultado de una búsqueda de unificación legislativa, luego de que Alemania alcanzara su predominio sobre Austria, en la segunda mitad del siglo XIX.

En Alemania primaba la legislación del Sacro Imperio Romano Germánico, pero en el resto de su territorio mediaba dispersión legislativa. Así, en Austria regía el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch*; en los territorios prusianos, el *Preußisches Allgemeines Landrecht*; en la Provincia del Rin, Alsacia y Lorena, el Código de Napoleón; en Baden, el *Badisches Landrecht*, entre tantos otros (Zimmermann, 1996).

El Código Civil de Alemania es un código sistemáticamente estructurado (Zimmerman, 1996), que centra su eje, en materia de derechos reales, en la propiedad privada.

El par. 1012: consagra la definición del derecho de superficie. En aras de ello lo define como a un derecho enajenable y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie de la finca.

El par. 1013: estatuye la extensión a una parte del terreno no necesaria para la construcción.

El par. 1014: proscribire la limitación a una parte del edificio.

El par. 1015: dispone las formalidades para su constitución.

El par. 1016: determina la no extinción en caso de destrucción de la construcción.

El par. 1017: impone la aplicación de normas sobre predios a la superficie.

Esas normas fueron reformadas, una década después a fin de intentar dotar de un nuevo marco jurídico a la superficie. La reforma se hizo mediante la Reforma del Suelo (*Bodenreformer*). De esta manera se intentó conciliar la

problemática del acceso a la vivienda que padecían los alemanes, tras la primera guerra mundial.

De este modo, se combatieron las especulaciones del suelo y se permitió a la población la posibilidad de adquirir viviendas a menor costo (Zimmerman, 1996).

En miras a dotar al derecho de una mayor seguridad jurídica, se lo extrajo del BGB y se entrañó su contenido en la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsverordnung*), promulgada el 15 de enero de 1919, que entró en vigencia el 22 de enero de ese año. Si bien fue objeto de algunas modificaciones, se mantiene vigente en la actualidad. En el año 2007 la ordenanza se transformó en Ley sobre Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsgesetz*) (Fernández Salas, 2012).

Los arts. 1 al 14 de la Ley sobre Derecho de Superficie refieren al concepto y contenido contractual del derecho, al canon, al rango, a la aplicación de las normas sobre predios y a la edificación como contenido (Fernández Salas, 2012).

Los arts. 14 a 17 abordan la registración.

Los arts. 18 a 22 contemplan el financiamiento de la construcción del edificio, mediante la concertación de una hipoteca.

Los art. 23 a 25 regulan los seguros que deben contratarse respecto de la edificación y hacen lo propio con la ejecución forzada de la edificación y la del suelo.

Los arts. 26 a 34 hacen lo propio con la finalización del plazo de constitución, renovación, el derecho de reversión y el estado de la construcción, así como el caso de la finalización por resolución.

2. Austria

El derecho civil austriaco se basa en el principio de la tradición causal. Ello importa que la propiedad deba ser transmitida mediante acuerdo válido celebrado entre el propietario de un inmueble y el comprador. La forma estatuida por el Código Civil austriaco es la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble (Antenreiter, 2002).

El art. 380 del ABGB estatuye: Sin título y sin tradición legítima no puede ser adquirida propiedad alguna.

El art. 31 de la Ley del Registro de la Propiedad Inmobiliaria determina que sólo podrán ser inscriptos en el Registro los documentos públicos o los privados con firma autenticada judicial o notarialmente.

La Ley sobre Contratos con el Promotor Inmobiliario (*Bauträgervertragsgesetz* o *kurz* BTVG), del año 1997, determina que los contratos celebrados por los adquirentes de propiedad, propiedad horizontal, arrendamientos, derecho de superficie u otros derechos sobre pisos, locales o edificios deben hacerse por escrito y con un determinado contenido. Ello en aras de brindarle seguridad jurídica al adquirente.

El derecho romano, en relación a la propiedad, conserva una fuerte raigambre romanista, en el que prima el principio de *superficie solo cedit*. Sus excepciones son la propiedad horizontal, creada mediante ley del año 2002 (*Wohnungseigentumsgesetz* o WEG) y la superficie (*Baurechtsgesetz* o BauRG), para la apertura de folios independientes en el Registro inmobiliario (Antenreiter, 2002).

La BauRG autoriza la consitución del derecho de superficie sobre o bajo la superficie de un edificio, con las características de gravamen, enajenable y transmisible (art. 1º).

El plazo máximo de constitución del derecho es de 100 años; y, el mínimo, de 10 años.

La inscripción en el registro inmobiliario es obligatoria. A esos fines se abrirá un folio especial.

El superficiario es titular del edificio construido, situación que se revierte extinguido el derecho (art. 9º) (Antenreiter, 2002).

3. Bolivia

El derecho boliviano trata la temática del derecho real de superficie en los arts. 203 a 208 del Código Civil. Su concepción es netamente romanista.

El art. 203, bajo el rótulo de “Constitución del derecho de superficie”, estatuye:

- I. El derecho de propiedad del sobresuelo puede constituirse: 1) Por efecto del derecho a construir. 2) Por legado o transferencia de una construcción ya hecha que constituirá una propiedad separada del suelo y subsuelo. 3) Por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.

II. Los contratos respectivos para constituir el derecho de superficie deberán necesariamente celebrarse por escrito.

El art. 204, bajo el rótulo: “Duración del derecho de superficie” determina:

I. El derecho de superficie es temporal y no puede durar más de treinta años.

II. Cuando el derecho de superficie es accesorio a un contrato de arrendamiento de un terreno, sólo dura por el plazo de dicho arrendamiento.

El art. 205, bajo el rótulo de: “Objeto y extensión del derecho de superficie”, nomina:

I. Pueden ser objeto del derecho de superficie sólo las construcciones en su integridad y que representen un todo independiente.

II. El derecho de superficie se extiende a todo el subsuelo en que se apoya y sustenta la construcción. Se extiende también a otras partes del suelo que impliquen una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa.

III. En caso de enajenación del suelo o de la superficie, el superficiario o el propietario del suelo, tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones frente a terceros interesados.

El art. 206, bajo el rótulo: “Contenido del derecho de superficie” estipula:

I. El contenido del derecho de superficie puede ampliarse o reducirse mediante contrato escrito especialmente celebrado para el efecto. En caso de reducción deberán necesariamente concurrir al acto y dar su asentimiento las personas que tengan un derecho cualquiera sobre el derecho de superficie.

II. En caso de demolición o ruina, el superficiario puede reconstruir lo edificado.

El art. 207, bajo el rótulo de: “Extinción del derecho de superficie”, indica:

I. El derecho de superficie se extingue: 1) Por los modos ordinarios de extinción de la propiedad compatibles con la

naturaleza del derecho de superficie. 2) Por vencerse el término, caso en el cual el propietario del suelo deviene propietario de la construcción pagando previamente el valor de ella apreciado al hacerse el pago, salvo pacto o disposición contraria.

II. Si el superficiario tiene derecho a una indemnización por hipotecas y anticresis que tenga la propiedad del sobreprecio que pasan al valor o precio de la indemnización, con el mismo rango de preferencia que los derechos gravantes.

El art. 208, bajo el rótulo: “Reglas de la propiedad inmobiliaria aplicables”, regla:

Son aplicables al derecho de superficie las normas de la propiedad inmobiliaria en todo lo compatible con su naturaleza. A menos que la ley disponga otra cosa.

A esas normas deben adicionársele el art. 209, que integra otra Sección (III): “De la propiedad separada del subsuelo”, rotulado: “Normas del derecho de superficie aplicables”, de cuyo texto se lee:

I. El propietario de un terreno puede ceder a cualquier persona la propiedad del subsuelo para hacer construcciones. (Art. 111 del Código Civil).

II. Las normas del derecho de superficie serán aplicadas al derecho de propiedad en todo cuanto no se oponga a su naturaleza.

El derecho real de superficie boliviano admite la superficie en su modalidad más amplia: forestal y edilicia.

El derecho a construir es una modalidad del derecho de propiedad. Las construcciones pueden hacerse por encima o por debajo del suelo.

Las diferencias que surgen, hasta ahora, entre el derecho de superficie y el derecho a construir son:

1. El derecho de superficie recae sobre construcciones, edificaciones y plantaciones sólidas (permanecen en el suelo); el derecho a construir, sobre edificaciones no sólidas (pueden ser levantadas en cualquier momento. P. ej.: construcciones precarias, galpones, talleres. Deben ser desmontables y retraibles).

2. El derecho de superficie no puede durar más de treinta años; el derecho a construir, más de cinco.

Continuando con el desarrollo de la temática, consideramos oportuno destacar que el derecho de superficie puede ser constituido por:

- 1) Contrato.
- 2) Legado.
- 3) Transferencia de una construcción ya hecha, que constituirá una propiedad separada del suelo.
- 4) Por contrato accesorio al de arrendamiento de un tercero.

La celebración de los contratos de superficie sólo puede hacerse por escrito.

Al derecho de superficie se le aplican las normas sobre la propiedad inmobiliaria, de acuerdo a su compatibilidad y conculcación.

El derecho de superficie, como derecho temporal que es, sólo puede constituirse por el plazo máximo de treinta años.

Empero si el derecho de superficie es accesorio a un contrato de arrendamiento de un terreno, su extensión en el tiempo se limita al del contrato marco (arrendamiento).

El objeto de la superficie es la construcción en su integridad, que debe ser independiente.

La extensión del derecho se refracta en el subsuelo que se apoya y sustenta la construcción.

Si se enajena el suelo o la superficie, tanto el superficiario como el titular del terreno gozarán del derecho de preferencia en igualdad de condiciones por ante los terceros interesados.

En relación a los efectos que imprime la concertación del derecho, pueden ellos ser numerados de la siguiente forma:

- 1) el propietario del suelo y el superficiario, en caso de venta, ostentan el derecho de preferencia indicado.
- 2) El derecho de superficie puede modificarse (ampliándose o reduciéndose), previo acuerdo de partes, celebrado por escrito.

- 3) En caso de demolición o ruina, el superficiario tiene derecho a reconstruir lo edificado.

Las causales de extinción del derecho de superficie son:

- 1) Cumplimiento del plazo.
- 2) Expropiación.
- 3) Prescripción (5 años).
- 4) Consolidación.
- 5) Modos ordinarios de extinción del derecho de propiedad que no conculquen el derecho de superficie.

Los efectos de la extinción son:

- 1) El propietario del suelo deviene en propietario de lo construido.
- 2) El superficiario tiene derecho a ser indemnizado en la medida del enriquecimiento del constituyente; salvo que medie pacto en contrario.

4. Canadá

El art. 1009 del Código Civil de Québec estatuye que las principales modalidades de la propiedad son copropiedad y superficies.

El art. 1010 determina que:

La copropiedad es propiedad de la misma propiedad, conjunta y simultáneamente, por varias personas cada uno de los cuales se confiere de forma privada con una cuota del derecho de propiedad.

Copropiedad indivisa, donde se llama el derecho de propiedad no se acompaña de una división física de la propiedad.

Se llama dividida donde el derecho de propiedad se distribuirá entre los copropietarios en fracciones, que comprende cada uno una parte privada físicamente dividido y una parte de las partes comunes.

El art. 1011 regla: Superficies es la propiedad de las construcciones, obras o plantaciones situadas en un inmueble que pertenece a otra persona, el propietario del subsuelo.

El art. 1012 dispone que la indivisión surja de un contrato, una sucesión o una resolución judicial o por ministerio de la ley.

El art. 1013 impone que

Los copropietarios pueden acordar por escrito para posponer la partición de los bienes una vez expirado el plazo previsto para la indivisión.

Dicho acuerdo no podrá ser superior a 30 años, pero es renovable. Un acuerdo superior a 30 años se reduce a ese término.

El art. 1014 establece que

La indivisión por un acuerdo con respecto a un inmueble será publicado si se va a oponer a terceras personas. En particular, siempre que el plazo para la indivisión, la identificación de las acciones de los co-propietarios y, en su caso, los derechos de suscripción preferente concedido, o la concesión de un derecho de uso o disfrute exclusivo de una porción de la propiedad indivisa, deberá mencionarse

El art. 1015 dice:

Las acciones de los copropietarios se presumen iguales.

Cada copropietario tiene los derechos y obligaciones de un titular en exclusiva en lo que respecta a su acción. Por lo tanto, cada uno puede enajenar o hipotecar su acción y sus acreedores pueden aprovecharla.

El art. 1016 formula

Cada copropietario puede hacer uso de un patrimonio en común siempre que no afecte a su destino o los derechos de los demás copropietarios.

Si uno de los copropietarios tiene el uso y disfrute exclusivo de la propiedad, que es responsable de una indemnización.

El art. 1017 fija

El derecho de la adhesión opera en beneficio de todos los copropietarios en proporción a su participación en la indivisión. No obstante, cuando un copropietario titular de un derecho de uso o disfrute exclusivo de una porción de la propiedad indivisa, que también cuenta con el uso o disfrute exclusivo de nada unido o incorporado con la parte

El art.1018 impone

Los frutos y rentas de la propiedad indivisa se acumulan para la indivisión, donde no hay una partición provisional o cualquier otro acuerdo con respecto a su distribución periódica. También crecen a la indivisión si no son reclamados dentro de tres años a partir de su fecha de vencimiento.

El Código Civil de Québec regla tanto la superficie forestal como la edilicia. Tal vez, podría sindicarse que a los fines de su aplicación debe estarse a la regulación legal de los artículos transcriptos. Lo cierto es que no es exhaustiva ni contempla, de manera directa, la institución.

El art. 1011 la considera una de las formas de propiedad junto con el condominio.

Conforme el derecho quebecano, la superficie es un derecho real que se establece sobre un inmueble, que pertenece en titularidad a otra persona.

De acuerdo a lo indicado en la glosa, la superficie puede establecerse sobre o por debajo del suelo (subsuelo).

En el articulado transcripto no surge el período máximo de duración. Tal vez por aplicación del art. 1013, podríamos concluir que es de 30 años. Además de considerar que es renovable; y que opera la reducción a ese plazo cuando se hubiere pactado uno superior.

La registración se impone, a los fines de su oponibilidad a terceros.

Las facultades, conforme norma el art. 1015, son amplias tanto del superficiario como del propietario del terreno. Empero no se puede afectar el destino o el derecho de los demás, cual estatuye el art. 1016.

Los arts. 1017 y 1018 disponen que la adhesión, frutos y rentas se acumulan al titular dominial, en la medida y extensión de su derecho. A lo cual debemos agregar, que extinguida la superficie, ello acaecerá.

5. Cuba

El derecho cubano ha sido abordado en el Capítulo V de esta tesis. En miras a evitar repeticiones innecesarias, tan sólo habremos de considerar que sólo es admitida en una de sus modalidades: la edilicia.

El art. 218 del Código Civil cubano la define como al derecho de superficie como a aquél mediante el cual el Estado puede conceder a personas naturales o jurídicas el derecho de superficie sobre terrenos de propiedad estatal para edificar viviendas o efectuar otras construcciones (ap.1) u otras actividades determinadas (ap. 2), no pudiendo efectuarse sobre terrenos de propiedad personal.

6. España

El derecho español ha sido tratado en el Capítulo III, que bajo las mismas consideraciones que las efectuadas para Cuba, habremos de referenciar el actual artículo 40.1 del Texto Refundido de la Ley del Suelo la define bajo las siguientes palabras:

El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

Conforme se define, la superficie a la que se alude es la superficie edilicia y a la forestal o de plantaciones o rústica.

7. Francia

El derecho francés no trata específicamente al derecho de superficie; sino que, alude a él de manera implícita en el art. 553 del Código Civil.

Su texto es una consecuencia del principio de accesión de raigambre romanista.

La glosa dispone:

Toda fábrica, plantación y obras sobre un terreno o en su fondo, se presumen hechas por el propietario a sus expensas y que le pertenecen sino se prueba lo contrario; sin perjuicio de la propiedad que un tercero podría haber adquirido ó adquirir por prescripción, sea de un subterráneo bajo el edificio de otro, sea de cualquiera otra parte del mismo.

Por lo tanto, podríamos decir que las modalidades superficiarias admitidas implícitamente son las que tienen por objeto la plantación o forestación y la edilicia.

8. Italia

El Código Civil italiano, de 1942, trata el derecho de superficie en los arts. 952 a 956.

El art. 952 establece, bajo el rótulo: “Constitución del derecho de superficie”:

El propietario puede tener derecho a hacer y mantener por encima del suelo de un edificio en favor de otras personas que compran propiedades.

Del mismo modo pueden alienar a la propiedad del edificio existente, separar de propiedad de la tierra.

El art. 953, bajo el rótulo: “Constitución por tiempo determinado” dispone: “Si la constitución de la ley y fue hecho por un plazo determinado, a la expiración del derecho de superficie expira y el propietario de la tierra se convierte en el propietario del edificio”.

El art. 954, bajo el rótulo: “Extinción del derecho de superficie”, impone:

La extinción del derecho de superficie a la expiración importa la extinción de los derechos reales impuestos por el titular de la superficie. Las cargas impuestas sobre el terreno que se extiende hasta el edificio, a excepción de las hipotecas, con el primer párrafo del art. 2816

Los contratos de arrendamiento (1596), que se refieren a la construcción, no duran si no fuera por el año en curso siguiente a la fecha de cierre (999).

A los que perecen del edificio no importa, salvo pacto en contrario, la extinción del derecho de superficie.

El derecho a construir en un terreno ajeno se extingue por la prescripción como consecuencia de la no utilización prolongada durante veinte años (2934 en adelante, 2816).

El art. 955, bajo el rótulo: “Construcción debajo de la tierra”, estatuye: Las disposiciones anteriores también se aplicarán en el caso y se ha concedido el derecho de hacer y mantener los edificios debajo del suelo de los demás (840).

El art. 956, bajo el rótulo: “Prohibición de la propiedad separada de las plantaciones” determina: Las plantaciones de la propiedad no puede establecerse o transferir (821) por separado de la propiedad de la tierra.

Cual se vislumbra, el derecho de superficie es admitido en Italia, pero sólo en su modalidad edilicia. La superficie forestal, se encuentra expresamente vedada, de acuerdo a lo que impone el art. 956 del Código Civil italiano.

A modo de apreciación, y en comparación con el derecho argentino vigente, podríamos afirmar que la legislación es un tanto laxa.

9. Perú

El derecho de superficie peruano ha sido abordado en el Capítulo IV. A los fines de evitar reiteraciones innecesarias, tan sólo habremos de referirnos al concepto del derecho real de superficie.

El Código Civil peruano regula al derecho de superficie en cinco artículos (arts. 1030 a 1034). Ellos se encuentran contenido en el Título V que pertenece al Libro V: Derechos Reales. En el primero de los artículos establece su definición.

El art. 1030 del Código Civil peruano estatuye:

Puede constituirse el derecho superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener

temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

10. Entre otros

A efectos de intentar evitar darle una extensión impensada en el tratamiento del derecho real de superficie, hemos seleccionado, a modo ejemplificativo, los países nominados en los nueve puntos anteriores.

En rigor de verdad, lo trabajado fue a los fines de reflejar el tratamiento dado por aquéllos; y, en cierto modo, establecer sus regulaciones. De este modo, al analizar el derecho real de superficie argentina, habremos de intentar determinar que su regulación, si bien no completa, es una de las más abarcativas del instituto.

En prieta síntesis, y en aras a los países no referenciados podemos afirmar que: Alemania (parágrafos 1012 y 1017 del Cód. Civil de 1900 y Ordenanza de 1919), Austria (Cód. Civil de 1811 y ley de 1912), Bélgica (Ley de 1924), Bolivia (arts. 203/208 del Cód. Civil), Canadá (arts. 1110/1118 del Cód. de Québec de 1991), Cuba (arts. 219/225 del Cód. Civil de 1988), España (arts. 287/290, Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana), Francia (implícitamente reconocida en el art. 553 del Cód. Civil), Holanda (arts. 101/105, Cód. Civil de 1992), Italia (arts. 952/956, Cód. Civil de 1942), Japón (arts. 265/269 del Cód. Civil de 1896), Perú (arts. 1030/1034 del Cód. Civil de 1984), Portugal (arts. 1524/1542, Cód. Civil de 1967) y Suiza (art. 779 del Cód. Civil y ley de 1965), entre otros, han admitido el derecho de superficie.

También afirmar que Alemania, Suiza e Italia receptaron en su legislación la modalidad del derecho real de superficie, en su modalidad pura, o sea solamente contemplando las construcciones como objeto del derecho. Francia, Portugal, Japón, el Código de Quebec, Holanda contemplan el derecho de superficie tanto referido a construcciones, como a plantaciones. En la misma línea se ubica el reciente Código Civil de Brasil, que rige a partir del

año 2003, que hace alusión tanto al derecho de plantar como al de construir (Abreut de Begher, 2015).

4. Concepto

4.1. El concepto en el Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 2.114 del Código Civil y Comercial de la Nación establece el concepto del derecho real de superficie bajo el siguiente texto:

El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

La norma es concordante con lo estatuido por el art. 2º de la Ley Nº 25.509, hoy derogada.

En relación a las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, haciendo lo propio, podemos referenciar a los arts. 1882 (derecho real), 1883 (objeto del derecho real), 1887, inc. h) (número cerrado), art. 1888/91 (clasificación de los derechos reales) y 1945 (extensión).

El derecho de superficie fue abordado desde el derecho germánico como una necesidad de dar solución a una situación que sin su establecimiento no podría, tal vez ser resuelta (Allende, 1988 y 1985; Alterini, 2012; Andorno, 2000; Belloti, 2000; Calegari de Grosso, 2002; Capón Filas, 1985; Cornejo, 1989; Cura Grassi, 1998; Flah y Smayevsky, 1988; Gatti, 1984; Goldenberg, 2002; Goldenberg y Gómez de La Lastra, 1998; Gutiérrez Zaldívar, 2000; Highton, 1988; Humphreys, 2014 y 2016; Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003; Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989; Kiper, 1988, 2014 y 2016; Puerta de Chacón, 2001; Pujol de Zizzias y Linares de Urrutigoity, 2002; Spota, 1988; Taiana de Brandi y Brandi Taiana, 2002; entre otros).

4.2. Las definiciones doctrinarias

Autores diversos han elaborado conceptos del derecho de superficie, entre los más destacados podemos citar a:

Es el derecho de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado (Kiper, 2016).

Se trata de un derecho real inmobiliario que se ejerce separadamente del derecho del dueño del terreno. La obra sobre suelo del inmueble o debajo de él no es atraída por la propiedad del aquél (Mariani de Vidal y Abella, 2016).

Es el derecho real que confiere al titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido. En su variedad rústica, permite a su titular plantar o sembrar, teniendo la propiedad de lo plantado o sembrado (Diez-Picazo y Gullón, 1998).

El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales (Iturbide, 2016).

4.3. La definición del derecho real de superficie edilicia

En lo que hace a esa modalidad, las particularidades que rigen este tópico, las desarrollaremos exhaustivamente, mediante un análisis exegético de la estructura legal impuesta por los legisladores (Andorno, 19852 y Cornejo, 2001).

El derecho real de superficie edilicia es aquél, mediante el cual, el titular dominial cede el vuelo, subsuelo o rasante de su propiedad, o de parte de ella,

a fin de que el superficiario realice construcciones en ella (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1997; Smayevsky, Corna, Vázquez y Alterini, 2011).

Los fundamentos vertidos por la Comisión redactora del nuevo plexo normativo, en vigencia desde el 1° de agosto de 2015, cobran importancia supina a la hora de abordar la temática en estudio.

Con el análisis de la normativa jurídica aplicable con relación a este derecho real, descubriremos que atento a su estructura legal, no sólo lo podrá concertar en predios rurales; sino también, urbanos (Braidot, 2015).

5. Naturaleza jurídica

En torno a la inclusión del derecho real de superficie forestal fue un extenso debate, producto del cual se votaron dos despachos:

“A.-El derecho real de superficie es mixto, aceptándose una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto derecho real sobre cosa ajena (voto mayoritario).

“B.- El derecho real de superficie recae siempre sobre cosa propia (voto minoritario).

“C.- El derecho real de superficie recae siempre sobre cosa ajena (voto minoritario).

Respecto de la aplicación de normas supletorias, por unanimidad se decidió que: “los aspectos no regulados por la ley 25509 resultan de aplicación, los principios generales de los derechos reales”.

Consideramos que la naturaleza jurídica del derecho real de superficie, cual se sostuviera en las Jornadas de Rosario, es mixta.

6. Modalidades

El derecho real de superficie puede presentarse en dos modalidades. Ello deviene de la letra del art. 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto determina:

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

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

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

Las modalidades son:

- 1) El derecho real de superficie se constituye sobre un suelo ajeno, que no se encuentra edificado o sembrado o forestado.
- 2) El derecho real de superficie se constituye sobre un suelo ajeno en el que existen edificaciones, plantaciones o fue objeto de forestación.

En la primera de las acepciones, conviene el derecho de construir, plantar o forestar y de adquirir la propiedad de lo construido o plantado, con independencia de la propiedad del suelo.

En esta modalidad, encontramos dos variantes del derecho. Primero la superficie se constituye como un derecho real sobre cosa ajena; para luego pasar a ser sobre cosa propia, al nacer la propiedad superficiaria (edificación o plantación). Respecto de ella, el superficiario ostenta las facultades del titular dominial; es decir, puede usar, gozar y disponer temporariamente de lo edificado, plantado o forestado, siempre que no afecte la titularidad del dueño del suelo.

En la segunda de las acepciones, al existir una construcción o plantación, el derecho real de superficie nace como derecho real sobre cosa propia. En ese momento se desdobra la propiedad, permaneciendo por un lado la del titular del suelo y por el otro el del superficiario, sobre la propiedad superficiaria.

7. Caracteres

Los caracteres del derecho real de superficie surgen de su propia definición. Ellos pueden ser nominados de la siguiente manera:

1. Es un derecho real.
2. Es un derecho real autónomo.

3. Es un derecho real principal.
4. Es un derecho real que se ejerce por la posesión.
5. Es un derecho real inmobiliario.
6. Es un derecho real de naturaleza jurídica mixta.
7. Es un derecho temporario.
8. Es un derecho no vitalicio.
9. Es un derecho transmisible.
10. Es un derecho que tiene por objeto un inmueble o es un derecho que se ejerce sobre él.

8. Objeto

8.1. El inmueble como objeto

El objeto del derecho real de superficie es un inmueble que debe ser susceptible de forestar, plantar o edificar.

8.2. El vuelo, rasante o subsuelo

El art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 2114 de ese cuerpo legal establecen que el derecho de superficie puede constituirse sobre:

1. El vuelo.
2. La rasante.
3. El subsuelo.

Aclaremos que los vocablos "vuelo" y "rasante" (este último empleado en el art. 2115) son extraños a nuestra terminología. Con mayor sencillez pudieron utilizarse los más familiares términos "espacio aéreo" y "terreno", con igual significado (Mariani de Vidal y Abella, 2016).

Acepción que se les da a los vocablos "suelo" o "terreno", "vuelo" o "espacio aéreo", "subsuelo" y "rasante".

Para el diccionario de la Real Academia de la lengua española en su acepción de "suelo" –del latín: *solum*– es un sitio o solar no edificado, tal como

superficie de tierra o terreno destinado a siembra de producciones herbáceas, en oposición al arbolado o vuelo del mismo. Y "vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo o sobre un edificio (Diccionario de la Real Academia Española, Ed. 2.010).

El suelo resulta ser un polígono o plano que se ubica sobre la capa térrea. Y el vuelo, o ese espacio aéreo, es el que existe sobre un terreno o sobre un edificio. En tales supuestos, puede afirmarse que, geoméricamente ese vuelo tiene tres dimensiones, hecho que provoca que parte de la doctrina lo llamara "cubo de aire". Ese espacio aéreo que *va usque ad coelum* no ofrece la forma de "cubo". Esta figura que podría resultar un cubo u otra figura geométrica irregular "ideal" es cosa en el sentido del código. Entonces corresponde plantearse qué sucedería si lo fuera es susceptible de valor económico; como así también si ese cubo de aire, en lo atinente al vuelo podría extenderse hasta la infinitud

La rasante es la línea que rasa. Aquélla cuya superficie se mantiene a ras de la superficie.

Debemos recordar que el derecho de superficie constituye una verdadera propiedad inmobiliaria, atento a que se asienta sobre la producción efectuada en el vuelo, rasante o subsuelo.

En España, por ejemplo, el derecho de superficie va a renacer a partir de la Ley del Suelo del 12/5/1956. Tanto esta ley como el Reglamento hipotecario hicieron de la superficie un derecho urbano que, de acuerdo con los requisitos establecidos por el art. 16 del citado reglamento, se presenta como un derecho temporal, formal y registral. Algo similar va a ocurrir en otros países, a partir del fenómeno generado por las leyes de urbanismo dictadas desde mediados del siglo XX.

Pero es en España donde "el derecho de vuelo sobre fincas rústicas ajenas" es considerado con suficiente autonomía para ser objeto de una titularidad dominial independiente y separada del suelo, en forma parecida a lo que ocurre con el derecho de superficie. Tiene un carácter superficiario, con significado y alcance similar al del derecho de superficie urbana.

El Código Civil de Quebec de 1994 dedica los arts. 1110 a 1118 a la propiedad superficiaria. Según el cuerpo legal la propiedad superficiaria es

aquella construcción, obra o plantación situada sobre el inmueble que pertenece a otra persona.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la Comisión N° 4, de Derechos Reales recomendó de *lege ferenda* que es conveniente regular al derecho real de superficie como a un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado.

9. El emplazamiento

9.1. El art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación

El emplazamiento obsta a la materialización de la constitución del derecho real.

En relación al emplazamiento el art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación determina:

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

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

Este artículo amplía no sólo el campo de constitución, en relación al terreno de la superficie edilicia; sino también de la forestal.

Respecto del sistema legal de la superficie forestal, en comparación con el art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación, se ha dicho que (Slemenson, 2002):

- 1) Su marco era limitado.
- 2) Sólo podía constituirse sobre el inmueble rural a ocuparse.
- 3) La explotación económica sólo podía ser agroforestal.
- 4) La Ley N° 25.080 limitaba su campo de aplicación.
- 5) Debía mediar un plan de sustentabilidad de recursos renovables.

- 6) Las autoridades de aplicación eran quienes debían aprobar su implementación.
- 7) La finalidad de la constitución era aumentar la especie maderera.
- 8) Debían implantarse nuevos bosques o recuperar o aumentar los existentes.
- 9) Las inscripciones en las respectivas áreas.

El campo de aplicación, de acuerdo a la glosa transcripta amplia el campo no sólo a un inmueble urbano, sino también a la propiedad horizontal.

A su vez, puede constituirse sobre todo el terreno o sobre una parte de él.

9.2. La extensión del terreno a gravar

El art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación indica que el derecho de superficie no sólo puede constituirse sobre el territorio que estrictamente habrá de emplearse para el ejercicio del derecho.

Previo a la realización de la construcción, plantación o forestación, el superficiario tiene facultades conexas, preparatorias (Kiper, 2015).

En miras de ese ejercicio, se ha considerado que también puede afectarse una extensión mayor, siempre y cuando ello fuere pactado con el titular dominial.

Esa extensión mayor deberá, en principio, ser empleada para los fines estatuidos en el contrato marco (p. ej.: maquinarias, elementos para la construcción, etc.).

El código a fin de evitar abusos, ha estatuido que la finalidad permitir que se pueda pactar la superficie sobre una extensión mayor a la empleare para el cumplimiento del fin debe ser útil para su aprovechamiento.

El derecho de superficiario ostenta la misma extensión espacial y geográfica que la del titular dominial. Pero esa atribución se la hace en base a la cosa que le pertenece y no a la cosa sobre la cual se emplaza su derecho real (Humphreys, 2014 y 2016).

Es decir que, el derecho del superficiario se extiende al espacio aéreo y al subsuelo, según en el caso; siempre dentro de los límites estatuidos legalmente; además de lo convenido en el contrato (Humphreys, 2014 y 2016).

10. Los legitimados

El art. 2118 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que los legitimados para constituir el derecho real de superficie a favor de terceros son:

- 1) El titular del derecho real de dominio.
- 2) El titular del derecho real de condominio.
- 3) El titular del derecho real de propiedad horizontal.

En el supuesto del derecho real de condominio, todos los titulares deberán concurrir al acto escriturario para prestar su conformidad. De ello deviene que no es posible que uno solo de ellos lo constituya por todos; y también que, no lo podrá hacer sobre su parte indivisa.

En rigor de verdad, al ser un acto de disposición el gravar el inmueble sujeto a condominio, con un derecho real de superficie, es de aplicación el art. 1900 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este exige la conformidad de todos los comuneros a la hora de realizar un acto de disposición sobre la totalidad de la cosa respecto de la cual recae su derecho.

Otro de los legitimados que corresponde agregar a la norma es el propietario de una unidad funcional de un conjunto inmobiliario. Según dispone el art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación, el derecho real de conjunto inmobiliario es una propiedad horizontal especial.

El superficiario también goza de la capacidad de transmitir su propiedad a otra persona. La letra del art. 2123 del Código Civil y Comercial de la Nación, así lo permite. Por lo tanto, si bien no puede constituir un derecho real de superficie sobre su propio derecho real de superficie, sí puede transmitir su derecho sobre lo plantado o construido.

Por lo tanto, se encuentran legitimados para constituir un derecho real de superficie:

- 1) El titular del derecho real de dominio.
- 2) El titular del derecho real de condominio.

- 3) El titular del derecho real de propiedad horizontal.
- 4) El titular del derecho real de conjunto inmobiliario.

11. El plazo

El derecho de superficie puede ser perpetuo o temporario (Kiper, 2016). No obstante ello, el art. 2117 del Código Civil y Comercial de la Nación, en consonancia con el art. 6º de la Ley N° 25.509, ha optado por reglar la superficie temporal.

El art. 2117 del Código Civil y Comercial de la Nación preceptúa:

El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

El principio que se impone en materia de duración del derecho real es la temporalidad, que difiere según se trate de una superficie edilicia o de una superficie forestal.

El plazo máximo previsto para la superficie edilicia es de setenta años; en tanto que para la forestal, de cincuenta años.

El cómputo del plazo inicia en el momento de la adquisición del derecho de superficie. Es decir, el día en que se traslada al adquirente la posesión del inmueble (modo suficiente), si ello ocurre luego de firmado el título suficiente.

Es así por cuanto, la entrega del inmueble jamás ha de acontecer por cuanto el derecho real recae sobre las plantaciones, no sobre el inmueble. La posesión del inmueble permanece en cabeza del titular dominial (Goldenberg, 2003).

Se ha sostenido, postura que compartimos que, se debe tomar como fecha de inicio del plazo, la del día en que se le traslada al adquirente la posesión del inmueble de que se trate, establecido como condición para adquirir el derecho en el art. 6, lo que podría ocurrir antes o después de firmado el instrumento de constitución del derecho (Kiper, 2007).

Una innovación legislativa la constituye la prórroga; situación que la legislación anterior en materia superficiaria, no la contemplaba expresamente.

Las prórrogas que se concierten no pueden superar los plazos máximos establecidos en la glosa. Por lo tanto, si se constituyen superficies por un período menor al máximo establecido en la norma, se podrá renovar el contrato por otro período igual, mayor o menor al convenido originariamente, siempre y cuando no supere los topes legales.

La razón de la imposición de un límite temporal obedece a evitar privar al propietario del suelo de la utilidad de su dominio (Mariani de Vidal, 2012).

Al adoptar este criterio, el de la temporalidad, nuestro derecho se ha apartado de la perpetuidad contemplada en los Códigos Civil de Portugal, Italia y Quebec.

El establecimiento de la temporalidad es conteste con la mayoría de los códigos imperantes en el mundo. Si bien, optan por la temporalidad, sus plazos varían. Por ejemplo, código de Japón impone el plazo de 20 años; el de Suiza de 1965, de 100 años, pasando por los 30, 50, 70, 75, 80 y 99 años (Abreut de Begher, 2016 e Iturbide, 2015).

El código no impone un plazo mínimo de constitución del derecho real, cual se ha propiciado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. En éstas se ha recomendado un plazo mínimo de quince años. Tal vez, su establecimiento hubiese obstado a dotar de una seguridad jurídica, que se trasladaría al plano económico y financiero del superficiario. De este modo, podría ver un rédito importante de su inversión.

Parecería innecesario que así fuera, dado que las inversiones que se requieren para llevar a cabo tanto la forestación, plantación como la construcción son bastante importantes y requieren un plazo de explotación más extenso que corto. Aunque hay parte de la doctrina que pretende que el plazo mínimo sea mayor que el del arrendamiento que es de diez años (Díaz Reyna, 1993 y Humphreys, 2014 y 2016).

Si bien la norma estatuye el inicio del cómputo del plazo, tal vez debería fijarse como su comienzo el día en que el adquirente del derecho real empieza a ostentar la posesión del inmueble (Goldenberg, 2003 y Humphreys, 2014 y 2016).

12. El superficiario es titular de un dominio imperfecto

El superficiario, por ser su derecho temporal, es titular de un dominio imperfecto.

Su dominio se extiende a la propiedad superficiaria, mientras dure el plazo convenido en el contrato constitutivo. Extinguido el término, lo plantado, forestado o edificado, pasará a cabeza del titular del suelo.

Es un derecho que conculca el carácter perpetuo del dominio; y, por lo tanto, es un tipo de dominio imperfecto.

Ello deviene, tras una confirmación, de la letra del art. 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación que impone, bajo el rótulo de: “Normas aplicables a la propiedad superficiaria”:

Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre las cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título.

13. Modos de adquirir el derecho

El art. 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación estatuye:

El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título.

Con similar espíritu el art. 5° de la Ley 25.509 expresa: El derecho real de superficie se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición por posesión.

Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción

correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente.

De la letra de ambos cuerpos normativos debe interpretarse que es un derecho convencional.

El constituyente podrá optar por establecer la superficie en forma onerosa o gratuita.

Será onerosa, cuando el propietario del suelo reciba una contraprestación por la constitución del derecho real a favor del superficiario; y en caso, contrario, será gratuita.

Otro modo de constitución del derecho real de superficie, además de los contemplados en la norma, puede ser un acuerdo particionario de los herederos, que deberá contar con la aprobación judicial. O también, por subasta judicial, adquiriéndose aquí un derecho con extensión tarifada (Andorno, 2002). Su constitución nunca podrá ser judicial, atento la expresa prohibición consagrada en el art. 2118.

Como una novedad legislativa se ha introducido la posibilidad de que también pueda ser constituida por una disposición de última voluntad.

Por lo tanto, el derecho real de superficie podrá ser adquirido por (Humphreys, 2014 y 2016):

- a. Contrato.
- b. Usucapión corta.
- c. Actos de última voluntad.
- d. Otros modos.

La constitución judicial del derecho real de superficie se encuentra expresamente vedada en el art. 1896 del Código Civil y Comercial de la Nación.

13.1. Contrato

El contrato puede ser constituido por persona humana o por persona física. En consecuencia, la adquisición del derecho real de superficie, será una derivada.

La autonomía de la voluntad, es la que prima en materia contractual. En miras a ello, podrá establecerse una superficie que exija algún tipo de contraprestación o canon (onerosa) o no (gratuita).

Si es onerosa, primarán las reglas de la compraventa (art. 1124, inc. a), del Código Civil y Comercial de la Nación); y, si es gratuita, las de la donación (art. 1543 del Código Civil y Comercial de la Nación).

El contrato debe ser elevado a la forma de escritura pública, en cumplimiento de las exigencias estatuidas por el art. 1017 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El contrato elevado a la forma de escritura pública constituirá el título suficiente; y la tradición del inmueble, el modo suficiente (arts. 750 y 1892 del Código Civil y Comercial de la Nación). Reunidos ambos, se perfecciona la adquisición del derecho real de superficie.

A los efectos de su oponibilidad a terceros, se requerirá la inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción donde la heredad tenga su asiento, cual dispone el art. 1893 del Código Civil y Comercial de la Nación y el art. 2º de la Ley 17.801.

La Disposición Técnico Registral N° 3/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha dispuesto:

- 1) Las escrituras de constitución de una superficie, deberán ser acompañadas de una solicitud en la que se consignen los datos fijados en el art. 8º del Decreto 2080/80 y los del 2º de esta disposición (art. 1º).
- 2) Se verificará en todos los casos (art. 2º):
 - a. La determinación física y jurídica del inmueble
 - b. La identificación de los otorgantes, en los términos de la Ley N° 17.801 y art. 305 del Código Civil y Comercial de la Nación.
 - c. Extensión y modalidades del derecho.
 - d. Plazo de duración.
- 3) Si se extiende sobre una parte del inmueble, se verificará (art. 2º):
 - a. Extensión.
 - b. Medida.
- 4) Si se constituye sobre la totalidad del inmueble no es necesario acompañar el plano de mensura registrado en el organismo catastral del

Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires; empero si se extiende sobre una parte del inmueble, sí deberá ser presentado (art. 2º).

- 5) La registración se efectuará en la matrícula dominial del inmueble, donde se la asentará en el rubro “gravámenes y restricciones”. En éste deberá dejarse constancia de (art. 3º):
 - a. La constitución del derecho real.
 - b. El plazo convenido o su condición resolutoria.
 - c. Los datos personales del superficiario.
 - d. El número y la fecha de la escritura.
 - e. El nombre del escribano autorizante y su registro notarial.
 - f. Los certificados utilizados.
 - g. La onerosidad, con expresión del precio, o la gratuidad convenidas.
 - h. La fecha y el número de presentación del documento.
- 6) Inscripto en forma definitiva, se abrirá una submatrícula con el número de origen y la sigla ST (si se constituye sobre todo el inmueble) o SP (si se constituye sobre una parte del inmueble) (art. 3º).

Si es SP deberá completarse con un número de orden a fin de individualizar cada uno de los derechos de superficie que se constituyan sobre un mismo inmueble (art. 3º).
- 7) Las submatrículas se asemejarán a los folios reales y deberán contener (art. 4º):
 - a. En el rubro: “Descripción del Inmueble”:
 - i. El objeto del derecho.
 - ii. La extensión del derecho.
 - iii. La determinación conforme el plano, si fuera parcial.
 - b. En el rubro: “Titularidad del superficiario”:
 - i. Los datos personales.
 - ii. La individualización de la escritura de constitución.
 - iii. El plazo convenido.
 - iv. Otras condiciones, replicando los del asiento de constitución.

- 8) La extinción del derecho real de superficie deberá ser inscrita, a pedido de parte, en la matrícula de origen y en la submatrícula correspondiente (art. 5º).
- 9) Las certificaciones solicitadas, requeridas para la constitución se asentarán en la matrícula de origen (art. 6º).
- 10) El pedido de certificación de una determinada superficie se anotará en la submatrícula que corresponda (art. 6º).
- 11) Las solicitudes de informes sobre la existencia de superficies, serán confeccionados según rogatoria (art. 6º).
- 12) En el supuesto que el titular dominial proscriba, sin su consentimiento, al superficiario el sometimiento al régimen de propiedad horizontal de la edificación, deberá ello hacerse constar en el asiento respectivo y efectuar una la transcripción literal de la parte pertinente en el testimonio (art. 7º).
- 13) La autoridad de aplicación es la Dirección de Inscripciones Reales y Publicidad (art. 8º).

13.2. Usucapión corta

La usucapión corta refiere a la propiedad superficiaria.

La prescripción larga para adquirirla es inconcebible, atento a que no ha mediado construcción o plantación alguna, de modo que no han existido actos posesorios (Kiper, 2016).

13.3. Actos de última voluntad

Ello importa la posibilidad de constituir una superficie por testamento. Ello hace caer en derrotero la discusión planteada en torno a la redacción del art. 5º de la Ley N° 25.509, que sólo la admitía por contrato.

13.4. Otros modos

Otros modos por los cuales puede adquirirse el derecho real de superficie son:

- 1) Partición judicial, mediando acuerdo de los herederos y aprobación del acuerdo de partición.
- 2) Subasta judicial de la superficie, donde el adquirente lo hace en la medida y extensión ya pactados.

14. Los derechos del superficiario

El superficiario ostenta facultades materiales y jurídicas en relación a la titularidad de su derecho real de disfrute. Debe recordarse que el superficiario puede ejercer sus derechos en el período determinado para la duración del derecho real. Su no uso por un período determinado, extingue el derecho, conforme lo norma el art. 2124 del Código Civil y Comercial de la Nación.

14.1. Las facultades materiales del superficiario

El superficiario ostenta las siguientes facultades materiales:

- 1) Derecho de construir, plantar o edificar.
- 2) Derecho de hacer suyo lo plantado, forestado o edificado por el tiempo que dure la superficie.
- 3) Convenir una superficie mayor que la necesaria para la realización de su proyecto, siempre que ello sea imprescindible.

14.1.1. Derecho de construir, plantar o edificar

El art. 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación, en su primera parte, dispone que el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido.

Estos actos: forestar, plantar o edificar, hacen al contenido mismo de la superficie. El superficiario puede ejecutar tales actos materiales sobre la rasante, el vuelo y el subsuelo.

Lo plantado, edificado o forestado son de propiedad del superficiario.

14.1.2. Derecho de hacer suyo lo plantado, forestado o edificado por el tiempo que dure la superficie

La propiedad superficiaria no sólo se le atribuye al titular del derecho real de disfrute cuando plante, foreste o edifique en un inmueble ajeno, en el cual no existía ninguna plantación, forestación o edificación.

También se le atribuye la propiedad superficiaria en ocasión de existir alguna plantación, forestación o construcción al inicio de la superficie.

La segunda parte del art. 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación así lo dispone: También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.

Por lo tanto, se le atribuye la propiedad al superficiario cuando sobre la rasante, el vuelo o el subsuelo:

- a. Planta, foresta o edifica, en un inmueble que pertenece a otro, en el cual no existía ningún objeto susceptible de conformar la propiedad superficiaria, respecto de su producido.
- b. Planta, foresta o edifica, en un inmueble que pertenece a otro, en el que sí existen objetos susceptibles de conformar la propiedad superficiaria, respecto de éstos y de su producido.

14.1.3. Convenir una superficie mayor que la necesaria para la realización de su proyecto, siempre que ello sea imprescindible

Ello surge del art. 2116 del Código Civil y Comercial de la Nación. Se vincula tanto a las actividades preparatorias como a las ejecutorias necesarias para la realización de la finalidad tenida en miras al contratar.

Ello debe pactarse previamente en el contrato constitutivo del derecho real de superficie.

Las relaciones entre el dueño del terreno y el superficiario habrán de ser regidas por las reglas que imponen la buena vecindad (Kiper, 2016). El ejercicio debe ser racional y no abusivo, resultando aplicables las reglas del usufructo (Mariani de Vidal, 2001).

14.2. Las facultades jurídicas del superficiario

Las facultades jurídicas que ostenta el superficiario refieren a su titularidad sobre la propiedad superficiaria.

Las facultades jurídicas se encuentran contempladas en el art. 2120 del Código Civil y Comercial de la Nación, de cuya letra se lee:

El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras utilidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

Todos los actos de disposición que realice se extinguen con el vencimiento del plazo del derecho real, que puede ser convencional o legal, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Ese principio cede aún en cuando el superficiario renuncie, por cuanto las obligaciones que ha contraído en ejercicio de su derecho real de superficie subsisten, cual manda el art. 2123 del Código Civil y Comercial de la Nación. Es decir, la renuncia no libera al superficiario de sus obligaciones.

A esta enumeración corresponde agregar el derecho consagrado en el art. 2131 donde expresamente se admite al superficiario la facultad de gravar el inmueble con un usufructo.

También realizar actos de disposición de acuerdo a lo normado por el art. 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación; repeler actos de turbación y concertar derechos personales.

Ahora bien, el superficiario tiene derecho a:

- 1) Constituir derechos reales de garantía.
- 2) Afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal.
- 3) Constituir derechos reales de disfrute.
- 4) Efectuar actos de disposición.
- 5) Exigir el cese de la turbación.
- 6) Constituir derechos personales.

14.2.1. Constituir derechos reales de garantía

En el supuesto que el superficiario constituya derechos reales de garantía, deberá hacerlos sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria. El gravamen no podrá exceder del plazo impuesto en el contrato marco que lo relacionó con la cosa.

El superficiario podrá constituir cualquiera de los tres derechos reales de garantía (hipoteca - A favor: Cossari y Luverá, 2002 y en contra: De Reina Tartiere, 2003- o anticresis –Kiper, 2016 y Humphreys, 2014 y 2016-), teniendo en cuenta la modalidad del derecho de superficie del que se trate.

14.2.2. Afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal

En este caso mediará “separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario”.

Aquí se faculta al superficiario a transmitir y gravar como inmuebles independientes de las viviendas, locales u otras unidades privativas. Todo ello sin necesidad de contar con el consentimiento de los demás comuneros.

El plazo de duración estará dado por el contrato marco o por los setenta años estatuidos en la ley.

En contrapartida, puede afirmarse que existen obligaciones a cargo del superficiario relacionadas con el uso de la cosa dada en superficie, no pudiendo dañar la cosa cuya titularidad ostenta el titular dominial.

Debemos recordar que finalizada la superficie, las unidades funcionales construidas pasan a cabeza del titular, que en este caso son los copropietarios que integran la propiedad horizontal o bien, el consorcio.

Este derecho constituye una verdadera innovación legislativa.

En base a esa afirmación, obligado es mencionar el art. 2º de la Ley del Suelo de España del año 2007, que dispone:

Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir o gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario del suelo.

Cual se advierte, media radical diferencia con nuestro régimen atento a que el consentimiento del titular de dominio del terreno es imperioso a la hora de someter la propiedad superficiaria al régimen de propiedad horizontal.

14.2.3. Constituir derechos reales de disfrute

Conforme surge de la letra del art. 2131 del Código Civil y Comercial de la Nación, el superficiario se encuentra habilitado para gravar su propiedad superficiaria con un derecho real de usufructo.

Consideramos que ello es viable, siempre y cuando no impida el ejercicio del derecho por parte del superficiario.

14.2.4. Efectuar actos de disposición

El superficiario, conforme lo estatuye el art. 2119 del Código Civil y Comercial de la Nación, puede disponer de su derecho por actos entre vivos o por testamento.

El titular del suelo tiene la obligación de respetar el derecho del superficiario; tal el caso de enajenación.

Debe recordarse que esta facultad se vincula estrechamente con los derechos de los acreedores del superficiario. Ellos en caso de ver insatisfechas sus acreencias podrán trabar medidas cautelares y/o subastar la propiedad superficiaria.

Los actos de disposición efectuados por el superficiario se extinguen con su derecho. Este principio cede, ante un supuesto de consolidación contemplado por el art. 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación, por ejemplo.

Las facultades de disposición pueden verse cercenadas por el titular del suelo. Es decir, puede prohibirlas o pactar que será imprescindible para su realización su consentimiento expreso.

Considerando que los derechos reales son transmisibles y que media prohibición de la cláusula de no enajenar en los actos a título oneroso, conforme lo establecen los arts. 1906 y 2612 del Código Civil y Comercial de la Nación, respectivamente, el superficiario podrá efectuar actos de disposición, conforme lo considere pertinente sobre la propiedad superficiaria; ello, siempre y cuando no conculque ni menoscabe el derecho de propiedad del dueño del suelo.

A mayor fundamento debe considerarse que el art. 2123 del Código Civil y Comercial de la Nación impone que: La transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario.

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

Nada huelga agregar sobre el derecho que ostenta el superficiario.

14.2.5. Exigir el cese de la turbación

El superficiario tiene derecho a exigir el cese de la turbación que ejerciere el titular del suelo, de acuerdo a lo normado por el art. 2121 del Código Civil y Comercial de la Nación.

También, podrá hacerlo contra cualquier tercero que conculque el ejercicio de su derecho, mediante el ejercicio de acciones posesorias, reales e interdictos.

14.2.6. Constitución de derechos personales

El superficiario, respecto de su propiedad, podrá constituir derechos personales. Por ejemplo: locación, comodato, etc.

15. Las obligaciones del superficiario

El superficiario, si su contrato impuso la obligación del pago de un canon; es decir, es un contrato oneroso, debe cumplir con lo prometido.

Ahora bien, también pueden imponérsele contractualmente otras obligaciones, de acuerdo a lo considerado por el titular del suelo y el superficiario a la hora de perfeccionar su contrato.

Una cuestión radical se suscita frente al incumplimiento del superficiario, en tanto podría ser aplicable el pacto comisorio tácito sin necesidad de que sea expreso.

La no satisfacción de las obligaciones asumidas por el superficiario, habilita al titular del suelo a ejercitar un pacto comisorio tácito. El fundamento

fluye de que está ante un derecho disponible y que la ley no contiene una regulación específica (Mariani de Vidal, 2001).

En el Código a similar solución puede arribarse en atención a lo estatuido por el art. 2124 en cuanto enumera como causal de extinción del derecho de superficie al cumplimiento de la condición resolutoria (Kiper, 2016).

A ello debe sumársele las consideraciones que surgen de la letra de los arts.1083 y 1084 que regulan el pacto comisorio.

El art. 1083 permite la resolución total o parcialmente del contrato, ante el incumplimiento de la contraparte.

El art. 1084 determina que el incumplimiento debe ser esencial; y lo será cuando medie:

- 1) Incumplimiento estricto de la prestación.
- 2) Incumplimiento tempestivo de la prestación.
- 3) Incumplimiento que priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar.
- 4) Incumplimiento intencional.
- 5) Incumplimiento anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor.

16. Derechos del titular dominial del suelo

El art. 2121 del Código Civil y Comercial de la Nación estatuye los derechos del titular del suelo. A esos efectos dispone: El propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario.

Esta norma guarda concordancia con los arts. 3º y 4º de la Ley N° 25.509; y con los arts. 1941 y 1943 (facultades del dueño) del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esta glosa impone un deber general de abstención al propietario del terreno, consistente en no turbar el ejercicio de la superficie.

La principal obligación del propietario es respetar el derecho del superficiario. Ese respeto se materializa cuando el terreno se encuentra en condiciones para que se lleve adelante la actividad.

Además de consagrar los derechos inherentes al poder de disponer material y jurídicamente sobre la cosa sin afectar el derecho del superficiario. Es decir, puede enajenarlo, por ejemplo.

También podrá afectar el inmueble con otros derechos reales de disfrute, tales como: usufructo, uso o habitación; y constituir derechos personales (arrendamiento, locación, etc.)

Esas facultades se encuentran restringidas al ejercicio del derecho del superficiario. En ese sentido, no podrá gravarlo, atento a que tal acto de disposición importaría una afectación del derecho real de superficie.

De lo expuesto puede colegirse que la principal obligación del titular dominial reside en el respeto del derecho del superficiario (Humphreys, 2014 y 2016).

El titular del suelo también goza de las acciones reales, posesorias y los interdictos que lo legitimen en la medida de la afectación de su derecho de propiedad.

17. La destrucción de la propiedad superficiaria

El art. 2122 del Código Civil y Comercial de la Nación regla respecto de la destrucción de la propiedad superficiaria bajo los siguientes términos:

La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

La norma es concordante con el art. 7º de la Ley N° 25.509; y con el art. 1907 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La última de las normas indicadas refiere a la extinción de los derechos reales, de su texto se discurre que los derechos reales se extinguen por la destrucción total de la cosa “si la ley no autoriza su reconstrucción”.

El art. 7º de la Ley N° 25.509, con similar redacción estatuye el plazo de tres años. Al efecto determinaba: El derecho real de superficie forestal no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuera su

causa, siempre que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años.

Es decir que el no uso habiendo mediado destrucción de la propiedad superficiario (Humphreys, 2014 y 2016):

1) Si se constituyó una superficie edilicia, el derecho real se extingue a los seis años si no se reanudó la construcción o comenzó a construir nuevamente.

2) Si se constituyó una superficie forestal, el derecho real se extingue a los tres años, si no se reanudó la plantación o forestación o se comenzó a plantar o forestar nuevamente.

Esos plazos legales, ceden frente al pacto expreso entre el titular dominial y el superficiario.

18. Extinción del derecho real

El art. 2124 del Código Civil y Comercial de la Nación prevén las causales de extinción del derecho real de superficie.

El texto de la glosa dispone:

El derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar.

Las causales típicas de extinción del derecho de superficie son (Humphreys, 2014 y 2016 y Kiper, 2015 y 2016):

1) Renuncia expresa.

Si media renuncia expresa del superficiario, se extingue el derecho real; más no las obligaciones insolutas.

2) Vencimiento del plazo.

El vencimiento del plazo acaecerá cuando se cumplan los estatuidos por las partes; siempre y cuando no superen los legalmente fijados. En este supuesto, a ellos deberá estarse.

3) Cumplimiento de la condición resolutoria.

Si se ha pactado que la duración del derecho real de superficie se encuentra condicionada al cumplimiento de una condición resolutoria, acaecida ésta, el derecho se extinguirá. Ello será así siempre y cuando no se superen los plazos legalmente previstos.

4) Consolidación.

Operará esta causal de extinción cuando se reúnan en una sola cabeza la titularidad dominial y la superficiaria. Ello acontecerá cuando el superficiario adquiere el terreno. La consolidación, como causal de extinción, es una derivación razonada de la absolutez del derecho real de dominio.

5) No uso por los plazos estatuidos legalmente.

Si el desuso es de tres años en la superficie forestal; o de seis, en la edilicia, el derecho de superficie se extinguirá; excepto pacto expreso en contrario.

6) Otras causas:

- a. Acuerdo extintivo.
- b. Cesación de la existencia de la persona jurídica a cuyo favor se hubiere constituido.
- c. Expropiación del inmueble.
- d. Pérdida del objeto (si éste desaparece) (P. ej.: avulsión).

El art. 10 de la ley 25.509 contempla el mismo instituto. A esos efectos establece que la superficie forestal se extinguirá por similares causales.

19. Efectos de la extinción

Los dos efectos principales que surgen de la norma son:

- 1) Readquisición del dominio pleno para el titular dominial.
- 2) Obligación de indemnizar al superficiario, en la medida del enriquecimiento del titular del suelo (cual determinaba la Ley N° 25.509); excepto, que se hubiere pactado lo contrario.

19.1. Readquisición del dominio pleno para el titular dominial

El art. 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

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

Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

A priori, podemos afirmar que el derecho de superficie puede extinguirse antes o después del cumplimiento del plazo legal o convencional.

Corresponde reflexionar respecto de la situación que puede plantearse si la superficie se extingue en el plazo convenido o legal y el superficiario continúa poseyendo el *corpus*. En este caso, en aplicación de lo dispuesto por el art. 2128 del Código Civil y Comercial de la Nación, que remite a las normas del dominio, será de aplicación el art. 1968 (dominio revocable) para resolver la cuestión. Su texto expone:

Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.

De lo expuesto se colige, que el superficiario que continúe en ejercicio del *corpus*, extinguido su derecho, será considerado tenedor.

En el supuesto que la superficie se extinga antes del plazo legal o convencional, subsisten los derechos reales y personales impuestos por el superficiario, convirtiéndose éste en tenedor. La norma comulga con el art. 1969, que regla el dominio revocable.

19.2. La indemnización

El art. 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que:

Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.

En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

Una vez que se produce la extinción del derecho real de superficie, el titular del derecho real de dominio debe indemnizar al superficiario en la medida de lo pactado en el contrato constitutivo o en contratos posteriores.

Si no se hubiere acordado monto alguno, se tomará en cuenta “los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización”. Tal vez, en miras a establecer una justa indemnización, el establecimiento de su quantum, atento a los distintos intereses de las partes, originará multiplicidad de conflictos que deberán ser resueltos judicialmente.

La indemnización es una compensación que el código otorga al superficiario por la pérdida de ganancias dejadas de percibir al momento de operarse la extinción, en base a las cosas por él dejadas en el territorio de titularidad del constituyente (Humphreys 2014 y 2016).

20. Conclusiones

El derecho real de superficie, tal como se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, la admite en su modalidad amplia: forestal y edilicia.

Ello obsta a una mejor circulación de la economía, que se traduce en mayores ventajas tanto para el titular dominial como para el superficiario a la hora de invertir y/o generar recursos en base a los propios.

A los fines de dotar de seguridad jurídica tanto al titular del suelo como al superficiario, la ley intenta delimitar sus derechos y obligaciones; así como también el alcance del instituto y su ámbito de aplicación.

El derecho real de superficie edilicia es el nuevo derecho real admitido, en esta vertiente. Mediante su concertación se procurará dar respuesta, cual se ha hecho en otros países, a déficits habitacionales imperantes y evitará el juego del mercado en relación al valor de la propiedad.

La posibilidad de concertarla en otro derecho real, como es el de propiedad horizontal, constituye el núcleo de análisis de la tesis. Así por cuanto, la extinción del derecho real de superficie, aparejará diferentes consecuencias jurídicas y económicas para quienes concierten con el superficiario, derechos reales y personales.

Los capítulos venideros serán objeto de abordaje del esquema planteado.

Capítulo 10: El derecho real de superficie edilicia y el derecho real de propiedad horizontal

1. Consideraciones preliminares.
2. El derecho real de propiedad horizontal.
 - 2.1. La propiedad horizontal en el Código velezano.
 - 2.2. Los proyectos legislativos.
 - 2.3. La propiedad horizontal en la Ley N° 13.512.
3. La propiedad horizontal concebida como derecho real en el Código Civil y Comercial de la Nación.
 - 3.1. Algunas vicisitudes del régimen imperante.
 - 3.2. El principio de estructura legal o del *numerus clausus*.
4. La definición.
 - 4.1. La propiedad horizontal definida por el Código Civil y Comercial de la Nación.
 - 4.2. Los conjuntos inmobiliarios.
5. El objeto del derecho real de propiedad horizontal.
 - 5.1. La delimitación del objeto.
 - 5.2. Las cosas y partes comunes.
 - 5.3. Las cosas y partes propias.
 - 5.4. Los bienes del Consorcio de Propietarios.
6. El Consorcio de Propietarios.
7. Los subconsorcios.
8. Las expensas.
9. Las asambleas.
 - 9.1. Las mayorías y el quórum.
 - 9.2. La convocatoria.
 - 9.3. Las atribuciones legales.
 - 9.4. La referencia circunstanciada.
 - 9.5. La acción de nulidad.
 - 9.6. La asamblea judicial.
10. El Reglamento de Propiedad Horizontal.

- 11. El administrador.**
 - 11.1. Su definición.
 - 11.2. La designación, la duración y la remoción.
 - 11.3. Los derechos y las obligaciones.
- 12. El Consejo de Propietarios.**
- 13. Las obras en la Propiedad Horizontal (obra nueva, innovación y simple mejora).**
- 14. Las reparaciones urgentes.**
- 15. La sobreelevación.**
- 16. El grave deterioro o destrucción del edificio.**
- 17. Las infracciones.**
- 18. Conclusiones.**

1. Consideraciones preliminares

En el presente Capítulo abordaremos la temática de la propiedad horizontal. El objetivo de este estudio lo constituye el hecho de que la finalidad de mi tesis es determinar las implicancias que acarrea la constitución del derecho real de superficie edilicia en el de la propiedad horizontal.

En miras a ello, consideramos imperioso realizar un somero, más no poco profundizado, del derecho real sobre cuyas compatibilidades habrá de concluirse la tesis; o tal vez, sus incompatibilidades.

El estudio de la propiedad horizontal, tal como se ha planteado en el presente Capítulo constituye uno de los últimos tópicos necesarios a abordar, como instituto sobre el cual se concluirá su versatilidad.

Lo interesante del derecho real de la propiedad horizontal es su concepción originaria como derecho real prohibido. Debieron transcurrir casi ocho decenios para que ella fuera concebida como un derecho real.

Su tratamiento, partiendo de su primigenia proscripción será la temática sobre la cual versará este Capítulo.

Un especial tratamiento se imprimirá al derecho de sobreelevación, que bajo la égida del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, es una nueva facultad de los propietarios que habitan en un inmueble edificado sometido al régimen de la propiedad horizontal. Ello a los fines de establecer las supinas diferencias que existen con el derecho real de superficie edilicia.

2. El derecho real de propiedad horizontal

2.1. La propiedad horizontal en el Código velezano

La propiedad horizontal fue concebida como un derecho real prohibido en el Código Civil de Vélez Sarsfield. En el art. 2617 de ese plexo normativo, así lo ha establecido.

El texto ostenta una claridad meridiana en cuanto a su pensamiento. De su letra se lee: “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”.

En la nota al artículo expone sus fundamentos diciendo que:

La división horizontal, dando a unos los bajos y a otros los altos, crea necesariamente cuestiones entre ellos, o sobre servidumbres, o sobre los lugares que son indispensables para el tránsito en los diversos altos de un edificio. En tales casos, la propiedad del que ocupa el suelo no puede ser defendida, y sin duda que no podría mudar sus formas.

Vélez Sarsfield ha considerado que una construcción horizontal de la propiedad bajo un imperio legal diferenciado del dominio o del condominio aparejaría un sinfín de problemas de convivencia.

Por entonces, puede afirmarse que las amplias extensiones de territorio y la irrisoria cantidad de habitantes que por entonces poblaban la República Argentina evidenciaban que el criterio del codificador era el correcto. El ahínco que le imprimió a evitar conflictos entre vecinos se puso de relieve al considerar que ellos serían más graves que las bondades que traería aparejada el establecimiento de la propiedad horizontal como un derecho real (Highton, 1979).

La concepción liberal con la que comulgaba Vélez Sarsfield se relaciona con la etapa económica por la cual se encontraba atravesando nuestro país, que era la agropecuaria. Y a ella debe sumarse que en nuestra nación no mediaba por entonces un espíritu comunitario que permitiera afirmar que una conciencia comunitaria primaría ante un vivero de pleitos que se habrían de suscitar en un edificio sometido al régimen de la propiedad horizontal (Laquis y Siperman, 1966).

Dentro de las restricciones y límites al dominio Vélez Sarsfield incluyó a la prohibición de construir horizontalmente. Decimos que es una restricción y límite al dominio, pues lo que se afecta, es la libre disposición jurídica del titular (Goldenberg y Humphreys, 2004).

Es el primer código que lo prohíbe, por lo que en su tiempo fue ejemplo único al respecto (López Domínguez, 1946).

Esta norma puede tener su correlato en otros artículos del Código Civil derogado, como pueden ser:

1. Artículo 2518, cuando trata de la extensión del dominio

2. Artículo 2614 cuando establece que derechos reales habrán de estar prohibidos para nuestra legislación y en particular prohíbe el derecho real de superficie.

Esas razones caen, en la actualidad, en desuetudo. En realidad, lo hacen desde hace, aproximadamente, más de setenta años.

El segundo artículo que deroga, la Ley de Propiedad Horizontal, es el artículo 2685 del Código Civil velezano que impone: “Todo condómino puede obligar a los copropietarios en proporción de sus partes a los gastos de conservación o reparación de la cosa común; pero pueden librarse de esta obligación por el abandono de su derecho de propiedad”.

La última norma que deroga el art. 17 de la Ley N° 13.512, de Propiedad Horizontal, es el artículo 2693 del código velezano, en cuanto determina que:

Los condóminos no pueden renunciar de una manera indefinida el derecho de pedir la división; pero les está permitido convenir en la suspensión de la división por un término que no exceda de cinco años, y de renovar este convenio todas las veces que lo juzgasen conveniente.

Estas derogaciones tienen su fundamento en la concepción de plasmar el principio de indivisión forzosa, que en el Código Civil se encontraba prohibido. La esencia de esta prohibición para nuestro codificador la constituía el evitar la inmovilización y disposición jurídica de los bienes. A pesar de ello, la Ley N° 13.512 establece expresamente estas prohibiciones por ser incompatibles para la aplicación y funcionamiento del sistema de la propiedad horizontal. Y es así que plasma la indivisión forzosa sobre las partes comunes en el artículo 2° de su texto (Goldenberg y Humphreys, 2004).

2.2. Los proyectos legislativos

Entre los proyectos legislativos que existieron como predecesores de la Ley N° 13.512 pueden citarse a los siguientes (Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1997):

1. El Código Civil y Comercial de la Nación presentado por el Senador Alejandro Russo, en el año 1928.
2. El anteproyecto de Bibiloni, del año 1931.
3. El anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1936.
4. El anteproyecto de 1954.
5. El Código Civil y Comercial de la Nación del Diputado Leónidas Anastasi, de 1938.
6. El Código Civil y Comercial de la Nación del Diputado Sanmartino de 1946.
7. El Código Civil y Comercial de la Nación del Senador Alberto Teisaire fue el que, aprobado a libro cerrado, se convirtió en la Ley 13.512.

2.3. La propiedad horizontal en la Ley N° 13.512

En el año 1.948 se ha sancionado la Ley N° 13.512 que instituyó a la propiedad horizontal como a un derecho real.

La propiedad horizontal surge como consecuencia de la urbanización y la necesidad habitacional de la urbe de las grandes ciudades (Humphreys, 2015).

Podemos afirmar que la Ley N° 13.512 ha pretendido adecuarse a la realidad imperante por entonces. La realidad clamaba por una modificación de las normas velezanas. Razones sociales, económicas y arquitectónicas que han surgido desde entonces han imprimido la necesidad de adecuar el sistema legislativo vigente a los requerimientos de los habitantes.

Entonces la propiedad horizontal ha nacido como un complejo multihabitacional distinguido por la diversidad sujetos que habitan un inmueble sujeto a una normativa determinada (Humphreys, 2015).

Es una ley que cuenta con veinte artículos, cuyo tratamiento excede de la temática propuesta para abordar la presente tesis. A esos fines, habremos de referirnos al derecho real bajo el régimen vigente; es decir, el del Código Civil y Comercial de la Nación. Aunque, en ciertas oportunidades será obligado referenciar al régimen derogado.

Tan solo referiremos que a dicha escasez normativa se le sumaron las grandes modificaciones en el mercado inmobiliario que justifican la necesidad de su reforma, la que no solo dará mayor precisión a las viejas cuestiones no previstas expresamente en la norma sino que también posibilitará la regulación de los nuevos intereses en juego aparecidos en los megaemprendimientos inmobiliarios y los distintos servicios y *amenities* prestados en los edificios afectados al régimen de propiedad horizontal (Raisberg e Iturbide, (2012).

3. La propiedad horizontal concebida como derecho real en el Código Civil y Comercial de la Nación

3.1. Algunas vicisitudes del régimen imperante

El Código Civil y Comercial de la Nación ha introducido en la nómina de derechos reales a la propiedad horizontal. Antes, era considerado un derecho real extra código.

El art. 1887, inc. c), nomina a la propiedad horizontal como a un derecho real.

El sistema normativo vigente ha duplicado los artículos que reglaban el derecho real. La Ley N° 13.512 ha dedicado 18 artículos a su regulación; en tanto que el nuevo código la tipifica en los arts. 2037 a 2069, a los que deben adicionársele las relativas a los conjuntos inmobiliarios, el derecho real de superficie y los privilegios.

3.2. El principio de estructura legal o del *numerus clausus*

El principio que rige en materia de creación de los derechos reales es el de la estructura legal o *numerus clausus* (número cerrado); con su consecuente colorario, la tipicidad.

En aras de acatar las mandas rectoras en materia de creación de los derechos reales, se ha concebido a la propiedad horizontal como a un derecho real.

Tal vez, podamos afirmar que en esa línea la propiedad horizontal fue concebida bajo una fórmula genérica. Ello no es descalificable, atento a que se logra vislumbrar su contenido sin la carestía de incluir calificativos o sustantivos que son simplemente limitativos de aquél (Humphreys, 2014 y 2016).

4. La definición

4.1. La propiedad horizontal definida por el Código Civil y Comercial de la Nación

El art. 2037 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que la definición de la propiedad horizontal es la siguiente:

La propiedad horizontal es el derecho real que se ejerce sobre un inmueble propio que otorga a su titular facultades de uso, goce y disposición material y jurídica que se ejercen sobre partes privativas y sobre partes comunes de un edificio, de conformidad con lo que establece este Título y el respectivo reglamento de propiedad horizontal.

4.2. Los conjuntos inmobiliarios

Obligado es referenciar que los conjuntos inmobiliarios, concebidos en la nueva normativa como un derecho real autónomo deben ser sometidos al régimen de la propiedad horizontal, de acuerdo a lo impuesto por el art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Los conjuntos inmobiliarios son, de acuerdo al concepto vertido en el art. 2073:

los clubes de campo, barrios cerrados o *countries*, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a

lo dispuesto en las normativas locales administrativas.

Es decir que, a estos nuevos emprendimientos se le aplicarán las normas que rigen el derecho real de propiedad horizontal en tanto sean compatibles con la tipicidad estatuida en el Capítulo 1 del Título VI para los conjuntos inmobiliarios.

Estos emprendimientos importan una nueva realidad social, económica y cultura, que va creciendo día a día en su estructura (Kemelmajer de Carlucci, 1999).

Los conjuntos inmobiliarios se caracterizan por (Bilvao Aranda, 2016):

- 1) Estar regidos por un régimen urbanístico propio.
- 2) Existir pluralidad de inmuebles.
- 3) Imponer restricciones o vínculos jurídicos que afectan a esos inmuebles.
- 4) Tener un uso o función que los reúne y determinar el surgimiento de una entidad que agrupa a los propietarios.

Los conjuntos inmobiliarios, como derecho real, agrupa a las siguientes figuras:

- 1) *Countries* o clubes de campo.

La extensión para ser considerada tal debe reunir las siguientes características (Bilvao Aranda, 2016):

- a) Debe estar situado en suelo no urbano.
- b) Debe destinarse una parte para actividades deportivas, sociales o culturales.
- c) Debe destinarse la parte restante a la construcción de unidades habitacionales de uso residencial.
- d) Deben las partes identificadas con las letras b) y c), guardar una relación funcional y jurídica, que conforme un todo inescindible.

- 2) Barrios cerrados.

Es un complejo formado por unidades residenciales, erigidas o a erigirse, en el cual los propietarios comparten elementos y servicios afectados al uso comunitario (zonas verdes y viales, suministro de agua y energía, etc.) y sus vías de circulación interna son privadas.

3) Los clubes de chacras.

Son los territorios, que bajo la forma de barrios privados o clubes de campo, comprenden parcelas independientes con fines habitacionales, caracterizados por un estilo rústico y espacios verdes mayores en relación a la extensión del terreno.

4) Los clubes náuticos.

Son emprendimientos residenciales, donde cada unidad tiene salida a un curso de aguas navegables y sus propietarios pueden amarrar en el puerto fluvial del complejo.

5) Los parques comerciales o industriales.

Son parcelas destinadas a fines comerciales o industriales, situadas bajo un mismo perímetro, que gozan de los beneficios de la concentración.

El art. 2074 del Código Civil y Comercial de la Nación enumera los elementos característicos que los conjuntos inmobiliarios deben reunir. Ellos son:

- 1) Cerramiento.
- 2) Partes comunes
- 3) Partes privativas.
- 4) Estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes.
- 5) Reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, las limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario.
- 6) Obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y una entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas.

5. El objeto del derecho real de propiedad horizontal

5.1. La delimitación del objeto

El objeto del derecho real de propiedad horizontal es el inmueble edificado (Kiper, 2015; Mariani de Vidal, 1979; Goldenberg y Humphreys, 2004), conformado por las unidades funcionales y las cosas y sectores comunes.

El objeto del derecho real de propiedad horizontal es siempre el edificio, lo que varía es la extensión en que se usan y gozan las cosas privativas y las cosas comunes, en forma exclusiva y en su totalidad las primeras; en forma compartida las segundas (Gurfinkel de Wendy, 2013).

Las unidades funcionales debe cumplir dos requisitos: independencia funcional y salida a la vía pública (Causse, 2011), cual prescribe el art. 2039 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Esa norma la define como la estructura que: consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento por su naturaleza o destino. Este criterio es una novedad que si bien era considerada tanto jurisprudencial como doctrinariamente, la ley no refería a ella.

La unidad funcional determina el derecho real de propiedad horizontal; y ella junto con las partes y cosas comunes integran su objeto. En razón de ello, es dable afirmar que “las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”, cual prescribe el art. 2039 del Código Civil y Comercial de la Nación.

5.2. Las cosas y partes comunes

El Código Civil y Comercial de la Nación realiza una novedosa clasificación de las cosas y partes comunes en:

- 1) Necesariamente comunes (art. 2041) y
- 2) No indispensables (art. 2042).

El nuevo plexo normativo establece una presunción *iuris tantum* de comunidad, en el art. 2040.

Las enumeraciones que realiza de las cosas y partes comunes son enunciativas.

Respecto a la enumeración de las cosas y partes necesariamente comunes, puede sostenerse que a pesar de que su caracterización es discutible, ella no presenta utilidad alguna atento que todas las indicadas presentan la característica de responder al beneficio común. Este tópico se encuentra plasmado en el inciso k) del art. 2041 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La distinción de las cosas y partes comunes tan sólo tendría asidero si se realiza una enumeración cerrada de cada uno de los estamentos.

Cierto es que en la realidad de los hechos, muchísimas cosas y partes comunes lo serán en razón de la práctica necesariamente (Alterini, 2012).

El art. 2041 del Código Civil y Comercial de la Nación considera cosas y partes necesariamente comunes a:

- 1) El terreno (inc. a).
- 2) Los pasillos, vías o elementos que comunican unidades entre sí y a éstas con el exterior (inc. b).
- 3) Los techos, azoteas, terrazas y patios solares (inc. c).
- 4) Los cimientos, columnas, vigas portantes, muros maestros y demás estructuras, incluso las de balcones, indispensables para mantener la seguridad (inc. d).
- 5) Los locales e instalaciones de los servicios centrales (inc. e).
- 6) Las cañerías que conducen fluidos o energía en toda su extensión, y los cableados, hasta su ingreso en la unidad funcional (inc. f).
- 7) La vivienda para alojamiento del encargado (inc. g).
- 8) Los ascensores, montacargas y escaleras mecánicas (inc. h).
- 9) Los muros exteriores y los divisorios de unidades entre sí y con cosas y partes comunes (inc. i).
- 10) Las instalaciones necesarias para el acceso y circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, externas a la unidad funcional, y las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros (inc. j).
- 11) Todos los artefactos o instalaciones existentes para servicios de beneficio común (inc. k).

12) Los locales destinados a sanitarios o vestuario del personal que trabaja para el consorcio. Como novedoso de la enumeración pueden considerarse a: los balcones, las escaleras mecánicas, las cañerías, los cableados y las instalaciones para discapacitados (inc. l).

El artículo siguiente enumera a las cosas y partes no indispensables, incluyendo a:

- 1) La piscina (inc. a).
- 2) El solárium (inc. b).
- 3) El gimnasio (inc. c).
- 4) El lavadero (inc. d).
- 5) El salón de usos múltiples (inc. e).

Su existencia no es obligatoria, como condición fáctica, para el sometimiento del edificio a la propiedad horizontal. Esos sectores son conocidos en el mercado inmobiliario como *amenities*. Estos importan un cambio de concepción entre lo privado y lo público. Técnicamente, son espacios compartidos. La finalidad de estos es física, social y psicológica. El objetivo es la interacción de personas de la familia, conocidos y extraños a aquélla.

Los edificios con *amenties* son aquéllas construcciones caracterizadas por tener espacios determinados donde los habitantes del inmueble edificado pueden desarrollar sus actividades lúdicas, de esparcimiento y sociabilización.

Debe recordarse que sobre las cosas y partes comunes puede establecerse estatutariamente su uso exclusivo. Ciertamente es que ello permite que ante la omisión de regulación expresa de las azoteas y los zótanos, que sí lo efectuaba el art. 2 de la Ley N° 13.512, permitiría considerar que si su uso no es necesariamente común, así puede ser especificado en el reglamento de propiedad horizontal, cobrando virtualidad su carácter de común. Ella será establecida en razón de las características arquitectónicas que el sector presente; y, lo será en aras a su aprovechamiento. El establecimiento de uso exclusivo es una innovación atento a que sólo el art. 3, inc. 4, del Dcto. 18.734/49, sólo se contemplaba su existencia a referir a la previsión reglamentaria del uso de las cosas y servicios comunes.

5.3. Las cosas y partes propias

El art. 2043 del Código Civil y Comercial de la Nación refiere a ellas. Aclara que respecto de la unidad funcional lo son “las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos y revestimientos, incluso los balcones”.

Esta innovación legislativa puede ser calificada de conveniente, atento a que por su calidad descriptiva se dará respuesta a muchos conflictos que se suscitan en torno a la atribución de responsabilidad del propietario y del Consorcio de Propietarios.

El segundo párrafo de esa norma determina que también lo son aquéllas que “susceptibles de un derecho exclusivo, son previstas como tales en el reglamento de propiedad horizontal, sin perjuicio de las restricciones que impone la convivencia ordenada”.

Por lo tanto, son cosas y partes propias las de uso privativo y las partes comunes de uso exclusivo. Respecto de éstas, ellas así deben ser consideradas en el acuerdo estatutario.

El dueño de cada departamento no goza de todas las prerrogativas propias del titular del dominio. Su derecho es limitado, relativo, ya que sufre una serie de atenuaciones impuestas por las exigencias de la vida en común (CNCiv., Sala D, 1957).

Como idea transversal surge que se ha incorporado la noción del espacio cúbico aéreo como concepto central eje de la delimitación fáctica impuesta por el plexo normativo.

La titularidad exclusiva se encuentra integrada por el porcentaje de titularidad que corresponda al propietario proyectada sobre las cosas y partes comunes, de conformidad con lo dispuesto por el art. 2039 *in fine* del Código Civil y Comercial de la Nación.

Cabe traer a colación que el Proyecto ha previsto expresamente a las unidades complementarias como a sectores cuyo destino es el de servir a las unidades funcionales en el art. 2039. El inc. b) del art. 2056 del Código Civil y

Comercial de la Nación tan sólo prevé la “determinación de las unidades funcionales y complementarias” en el reglamento de propiedad horizontal. Es decir que, si bien no son definidas y no eran supuestas expresamente en la Ley N° 13.512; sí, son consideradas como partes integrantes de las unidades funcionales.

5.4. Los bienes del Consorcio de Propietarios

El art. 2048 del Código Civil y Comercial de la Nación reconoce que el consorcio tiene bienes propios, en consonancia con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ente, establecida en el art. 2044 del Código Civil y Comercial de la Nación; atento a que a esos fines cuenta con un patrimonio propio.

Esta novedad legislativa ha sido el reconocimiento del bregó doctrinario y jurisprudencial.

6. El Consorcio de Propietarios

En forma expresa, a diferencia de la legislación precedente, el art. 2.044 del Código Civil y Comercial de la Nación reconoce la personalidad jurídica del Consorcio. A su vez, el inc. h) del art. 148 del Código Civil y Comercial de la Nación, hace lo propio.

De este modo cae en derrotero toda teoría en contra (Laquis, 1989, 1958 y 1985; Salas, 1955; Salas, Trigo Represas y López Mesa, 1999; Zannoni, 1977; entre otros) y la nueva legislación se hace eco de la estatuida a su favor (Borda, 1974; Laje, 1949; Highton, 1979; Goldenberg y Humphreys, 2004; Humphreys, 2015; Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1997; Silvestre de Aimó y Quintana, 1985; Spota, 1961, p. 76; CNCiv., sala H, 1998; entre otros).

Este reconocimiento importa el propio respecto de sus atributos: nombre, capacidad, domicilio (que es el del asiento del edificio, conf. el art. 2.044 del Código Civil y Comercial de la Nación) y patrimonio.

Si no se admitiera que la persona jurídica Consorcio pueda recurrir a los procesos concursales regidos por la Ley N° 24.522, los acreedores quedarían

habilitados —ante un incumplimiento generalizado de obligaciones por parte de dicho Consorcio— a disputarse salvajemente la percepción de sus créditos agrediendo en forma masiva los bienes de propiedad del Consorcio que conforman su garantía común (Vítolo, 2016).

En forma innovadora, estatuye el art. 2.044 del Código Civil y Comercial de la Nación que tres son los órganos que integran el Consorcio: el administrador, el consejo de propietarios y la asamblea.

Se incorpora como órgano obligatorio al Consejo de Propietarios, fijándole algunas atribuciones que son las incorporadas en la praxis de muchos reglamentos de propiedad. Este consejo, integrado por propietarios con función no delegable por ser un cargo *intuitu personae*, constituye un avance sobre las clásicas y discrecionales facultades del administrador, sobre todo en lo que se refiere a los aspectos económicos de la vida consorcial. (Costantino, 2013).

7. Los subconsorcios

Los subconsorcios son sectores que integran el inmueble edificado, que por su estructura presentan independencia funcional, económica o administrativa.

La existencia de estos subentes fue introducida por el Proyecto del año 1.998, del art. 2013; otrora clamada por la doctrina.

Su regulación fue eco de la realidad arquitectónica existente en varios inmuebles edificados.

El art. 2068 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone bajo el rótulo de: “Sectores con independencia”, que: “En edificios cuya estructura o naturaleza lo haga conveniente, el reglamento de propiedad horizontal puede prever la existencia de sectores con independencia funcional o administrativa, en todo aquello que no gravita sobre el edificio en general”.

Cada sector podrá tener un subadministrador y realizar subasambleas. Ambos subórganos deberán ser reglados específicamente.

Aclara el segundo párrafo de la norma que en el caso de que existan conflictos entre los sectores, quien habrá de dirimirlos y decidir en definitiva, será la asamblea general.

En el último párrafo estatuye que: “Frente a terceros responde todo el consorcio sin tener en cuenta los diversos sectores que lo integran”.

Como colarario puede afirmarse que la independencia operativa y de funcionamiento no es oponible a terceros.

8. Las expensas

El art. 2048 del Código Civil y Comercial de la Nación introduce nuevas ideas en torno a ese instituto en relación a considerar que el consorcio tiene bienes propios y que también integran un rubro de las expensas las instalaciones que se construyan en razón de la discapacidad. Al respecto estatuye bajo el rótulo de: “Gastos y contribuciones”, que:

Cada propietario debe atender los gastos de conservación y reparación de su propia unidad funcional.

Asimismo, debe pagar las expensas comunes ordinarias de administración y reparación o sustitución de las cosas y partes comunes o bienes del consorcio, necesarias para mantener en buen estado las condiciones de seguridad, comodidad y decoro del inmueble y las resultantes de las obligaciones impuestas al administrador. Igualmente son expensas comunes ordinarias las requeridas por las instalaciones necesarias para el acceso o circulación de personas con discapacidad, fijas o móviles, y para las vías de evacuación alternativas para casos de siniestros.

Debe también pagar las expensas comunes extraordinarias dispuestas por resolución de la asamblea.

El certificado de deuda expedido por el administrador es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones.

Además de lo expuesto, debe considerarse como no explicitado el alcance de las obligaciones impuestas al administrador. Este rubro será objeto de conflictos que habrán de suscitarse en torno a su alcance, por cuanto no determina si su incumplimiento también se encuentra comprendido.

También, debe considerarse que reglamentariamente, puede pactarse la disminución de la contribución en razón del no uso en función del no acceso a las partes comunes del inmueble. Este concepto es una novedad legislativa, plasmada en el art. 2049, 3° párr., del Código Civil y Comercial de la Nación.

Respecto del certificado de deuda por expensas, su concepción es similar al estatuido por el art. 524 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Se diferencia en que, el nuevo plexo normativo, impone que, en caso de existir un Consejo de Propietarios, éste también deberá rubricarlo. A esta previsión debe sumársele el inc. a), del art. 2582 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto el otorga privilegio especial al crédito por expensas.

En ese orden de ideas y en consonancia con los arts. 8 y 17 de la Ley N° 13.512, el art. 2049 del Código Civil y Comercial de la Nación proscribire al propietario de la liberación del pago de las expensas o contribuciones a su cargo, incluyendo las devengadas antes de su adquisición. Ello sin importar la causa (renuncia al uso y goce de los bienes o servicios comunes, por enajenación voluntaria o forzosa o por abandono de su unidad funcional).

En el mismo sentido, hace lo propio con su renuencia al pago o a la oposición de defensas fundadas en derecho invocados por ellos contra el consorcio.

El único caso de eximición en el pago de las expensas es el de la compensación legal. A esos efectos debe reseñarse el art. 923 del Código Civil y Comercial de la Nación que impone sus requisitos, a saber:

- a) Ambas partes deben ser deudoras de prestación de dar.
- b) Los objetos comprendidos en las prestaciones deben ser homogéneos entre sí.
- c) Los créditos deben ser exigibles y disponibles libremente, sin que resulte afectado el derecho de terceros.

Cual se vislumbra, es de casi imposible aplicación, atento a que sólo sería viable cuando ambas partes cuenten con un crédito documentado exigible por diferentes causas.

Sin embargo, no veda el derecho del propietario al que se le reclama una deuda por expensas que pueda articular su defensa por la vía correspondiente (art. 2049, 2° párr., Código Civil y Comercial de la Nación).

El art. 2050 del Código Civil y Comercial de la Nación amplía la legitimación activa en el reclamo por expensas. A esos efectos estatuye que lo es el propietario; y, que sin deslindarlo de responsabilidad, también lo podrán ser los poseedores de la unidad funcional (v.gr.: usufructuario) (Kiper, 2006).

Esa glosa debe vinculársela con el art. 1937 del Código Civil y Comercial de la Nación regla la transmisión de las obligaciones al sucesor de una relación de poder, en el cual dice:

El sucesor particular sucede a su antecesor en las obligaciones inherentes a la posesión sobre la cosa; pero el sucesor particular responde sólo con la cosa sobre la cual recae el derecho real. El antecesor queda liberado, excepto estipulación o disposición legal.

La aplicación exegética de esta norma traerá conflictos en cuanto al alcance de su responsabilidad cuando se le reclamen al causante las deudas devengadas antes de su titularidad.

9. Las asambleas

El art. 2058 del Código Civil y Comercial de la Nación en forma exegética define a la asamblea de propietarios como la “reunión de propietarios”.

9.1. Las mayorías y el quórum

El quórum es el número de propietarios necesarios para que la asamblea pueda sesionar válidamente. La mayoría es la cantidad de votos necesarios que se requieren para tomar una decisión válida en el órgano deliberativo.

La Ley N° 13.512 no prevé el requisito más que implícitamente cuando en el art. 10 se refiere a la imposibilidad de reunión de las mayorías necesarias; el derecho reglamentario alude al quórum en el art. 3º, inc. 8º (Highton, 1979).

El Código Civil y Comercial de la Nación en forma expresa, a diferencia de la ley que lo precedió, instauro como requisitos de validez la concurrencia del quórum y de las mayorías necesarias para adoptar la decisión.

El inc. ñ) del art. 2056 del Código Civil y Comercial de la Nación establece que en el reglamento de propiedad horizontal podrán determinarse “mayorías necesarias” para las distintas decisiones”. Ellas nunca podrán conculcar la letra de la ley, que actúa como piso. En ese orden de ideas los incs. o) y p) de esa norma estatuyen como posibles previsiones del reglamento: “determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad horizontal” y “forma de computar las mayorías”.

El nuevo código, en consonancia con la Ley N° 3.512, estatuye que la regla general en materia de mayorías es la mayoría absoluta. Ella deberá ser computada, de conformidad con el art. 2060 del Código Civil y Comercial de la Nación y a diferencia del régimen anterior que sólo lo hacía para la vetustez (art. 16), “sobre la totalidad de los propietarios de las unidades funcionales y se forma con la doble exigencia del número de unidades y de las partes proporcionales indivisas de éstas con relación al conjunto”.

La excepción la constituye la unanimidad, requerida legalmente en el art. 2.052 del Código Civil y Comercial de la Nación para las obras nuevas o mejoras que beneficien a un solo propietario o cuando importen la construcción de una sobreelevación o gravite o modifique sustancialmente la estructura del inmueble.

También la mayoría de dos tercios, computada sobre la totalidad de los propietarios, sólo exigida para la modificación de reglamento de propiedad horizontal, en el art. 2057 del Código Civil y Comercial de la Nación.

En el seno deliberativo de la asamblea la mayoría de los presentes puede proponer decisiones. Estas deben ser comunicadas por medio fehaciente a los ausentes. Notificados, los propietarios pueden guardar silencio; y a los quince días contados desde entonces, se tendrán por aprobadas. O bien, pueden oponerse por igual medio; siendo que para que tal oposición cobre virtualidad, deberán hacerlo por mayoría suficiente. El art. 2060 del Código Civil y Comercial de la Nación contempla ello.

Corresponde traer a colación el art. 2000 del Proyecto que, a diferencia del nuevo régimen, en esos casos, imponía que existía quórum cualquiera fuere el número de presentes. Tal vez, ello podrá constituir una causal de conflicto judicializable.

En materia de mayorías corresponde referenciar el art. 2061 del Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto estatuye que si la decisión a adoptarse excede de temas relacionado con el mero funcionamiento diario de la comunidad consorcial, importando la supresión o limitación de derechos acordado, para que la decisión sea válida deberá contar con la conformidad expresa del titular cuyo derecho se encuentre en juego.

9.2. La convocatoria

El art. 2059 del Código Civil y Comercial de la Nación impone que los propietarios deben ser convocados por medio fehaciente a la asamblea. Esa convocatoria deberá incluir el orden del día. Este deberá ser redactado de manera precisa y completa.

A su vez, establece un principio que es el de la nulidad de la votación de un tema no incluido en el orden del día; siendo su excepción la votación unánime realizada por todos los propietarios, que deberán encontrarse presentes en la asamblea.

También que serán válidas las decisiones tomadas por unanimidad cuando:

- 1) sea resultado de una deliberación autoconvocada y sin citación previa; o,
- 2) sea el resultado de una votación efectuada fuera de su seno.

La asamblea deberá ser convocada

El encargado de realizar la convocatoria es el administrador (art. 2067, inc. a), Código Civil y Comercial de la Nación) o en caso que él no lo haga, el Consejo de Propietarios (art. 2064, inc. a), Código Civil y Comercial de la Nación).

Todos los tópicos reseñados constituyen una novedad legislativa.

9.3. Las atribuciones legales

El art. 2058 del Código Civil y Comercial de la Nación enumera, como primicia, las facultades de la asamblea.

De su letra se lee:

La asamblea es la reunión de propietarios facultada para resolver:

- a) las cuestiones que le son atribuidas especialmente por la ley o por el reglamento de propiedad y administración;
- b) las cuestiones atribuidas al administrador o al consejo de propietarios cuando le son sometidas por cualquiera de éstos o por quien representa el cinco por ciento de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto;
- c) las cuestiones sobre la conformidad con el nombramiento y despido del personal del consorcio;
- d) las cuestiones no contempladas como atribuciones del administrador o del consejo de propietarios, si lo hubiere.

El precepto fue concebido con el mismo alcance que el art. 1999 del Proyecto de 1.998.

Especial consideración merece el inc. b) en cuanto faculta a quien o quienes representen el cinco por ciento a tratar cuestiones no introducidas por el administrador o el consejo de administración. Ese cinco por ciento debe ser computado en relación al valor de las partes proporcionales indivisas con relación al conjunto; constituyendo una excepción al doble cómputo impuesto por el art. 2060 del Código Civil y Comercial de la Nación.

El inc. c) determina al Consorcio como agente empleador del personal del edificio.

El inc. d) es conteste con el inc. b) del art. 158 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto impone.

los miembros que deban participar en una asamblea, o los integrantes del consejo, pueden autoconvocarse para deliberar, sin necesidad de citación previa. Las decisiones que se tomen son válidas, si concurren todos y el temario a tratar es aprobado por unanimidad.

9.4. La referencia circunstanciada

El resultado de la deliberación y todo lo acaecido en el seno de la asamblea debe ser reflejado en un acta. A esos efectos, el administrador deberá llevar un libro de actas de asamblea, cual prescribe el art. 2062 del Código Civil y Comercial de la Nación; en consonancia con el art. 2004 del Proyecto. Ambas normas reglan cuestiones que se imponen en la práctica consorcial y en el art. 12 del Decreto Reglamentario de la Ley N° ,13.512.

El acta debe encontrarse firmada por todos los presentes. A esos fines, el administrador deberá cotejar las firmas con las que se encuentren registradas en el libro de registro de firmas, que a tal fin deberá llevar.

Además, deberá contener las propuestas efectuadas por la mayoría de los presentes, un resumen de lo deliberado y la transcripción de las decisiones adoptadas.

El documento deberá finalizar con la firma del presidente de la asamblea y de dos propietarios.

El pie del acta deberá contener un detalle de las comunicaciones enviadas a los ausentes, de las oposiciones recibidas y las eventuales conformidades expresas.

9.5. La acción de nulidad

El art. 2060 del Código Civil y Comercial de la Nación, en su tercer párrafo, impone que la posibilidad de interponer una acción de nulidad de asamblea caduca a los treinta días de celebrada.

9.6. La asamblea judicial

El art. 2063 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone:

Si el administrador o el consejo de propietarios, en subsidio, omiten convocar a la asamblea, los propietarios que representan el diez por ciento del total pueden solicitar al juez la convocatoria de una asamblea judicial. El juez debe fijar una audiencia a realizarse en su presencia a la que debe convocar a

los propietarios. La asamblea judicial puede resolver con mayoría simple de presentes. Si no llega a una decisión, decide el juez en forma sumarísima. Asimismo, y si corresponde, el juez puede disponer medidas cautelares para regularizar la situación del consorcio.

Esta norma es similar a la contemplada por el art. 2.005 del Proyecto de 1.998, por cuanto admitía que podía ser solicitada por “cualquiera de los propietarios”.

El objeto de este proceso se limita a subsanar los inconvenientes derivados de la imposibilidad de constituirse la asamblea del consorcio (Cornejo, 2015).

El art. 10 de la ley 13.512 también la contempla, aunque con algunos bemoles diferentes. Su letra dice:

Cuando no fuere posible lograr la reunión de la mayoría necesaria de propietarios, se solicitará al juez que convoque a la reunión, que se llevará a cabo en presencia suya y quedará autorizado a tomar medidas urgentes. El juez deberá resolver en forma sumarísima, sin más procedimiento que una audiencia y deberá citar a los propietarios en la forma que procesalmente corresponda a fin de escucharlos.

A su vez, el art. 5º del Decreto Reglamentario N° 18.734/49, preceptúa:

Las decisiones que tome el consorcio de propietarios conforme al art. 10 de la Ley 13.512, se harán constar en actas que firmarán todos los presentes. El libro de actas será rubricado, en la Capital Federal y Territorios Nacionales, por el Registro de la Propiedad, y en las provincias por la autoridad que los respectivos gobiernos determinen. Todo propietario podrá imponerse del contenido del libro y hacerse expedir copia de las actas, la que será certificada por el representante de los propietarios o por las personas que éstos designen. Las actas podrán ser protocolizadas. Será también rubricado por la misma autoridad el libro de administración del inmueble.

Ambos ordenamientos son contestes en establecer que la asamblea judicial sólo procederá ante el agotamiento de la vía consorcial.

El nuevo régimen, a diferencia del anterior, impone una mayoría para solicitarla, que es la del diez por ciento del total. Este, ante ausencia de especificación, debería ser analógicamente computado en base al doble cómputo.

La asamblea judicial es proceso no contencioso. Así por cuanto, no se acciona contra una persona determinada. La finalidad de su convocatoria es intentar que el magistrado tome medidas basadas en la equidad para mantener el normal desarrollo de la vida en común (Raccitti, 1975; Mariani de Vidal, 1974 y Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1997).

Admitida, el juez convocará a una audiencia, que se realizará en su presencia.

Como innovación se ha determinado que en ella se podrán adoptar decisiones que cuenten con el voto favorable de la mayoría simple de presentes.

Si ello no acaece, será el magistrado quien adoptará la decisión; y, en su caso, podrá disponer las medidas cautelares que considere convenientes a fin de poder regularizar la situación del consorcio.

A diferencia del sistema anterior, no obsta a la decisión del juez que se traten de temáticas urgentes.

10. El Reglamento de Propiedad Horizontal

En el art. 2056 del Código Civil y Comercial de la Nación, sus redactores se limitaron a establecer su contenido obligatorio. Así han exigido que el estatuto consorcial deberá contener:

- 1) Determinación del terreno (inc. a).
- 2) Determinación de las unidades funcionales y complementarias (inc. b).
- 3) Enumeración de los bienes propios (inc. c).
- 4) Enumeración de las cosas y partes comunes (inc. d).
- 5) Composición del patrimonio del consorcio (inc. e).

- 6) Determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad (inc. f).
- 7) Determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes (inc. g).
- 8) Uso y goce de las cosas y partes comunes (inc. h).
- 9) Uso y goce de los bienes del consorcio (inc. i).
- 10) Destino de las unidades funcionales (inc. j).
- 11) Destino de las partes comunes (inc. k).
- 12) Facultades especiales de las asambleas de propietarios (inc. l).
- 13) Determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios y su periodicidad (inc. m).
- 14) Especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas (inc. n).
- 15) Determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones (inc. ñ).
- 16) Determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad y administración (inc. o)
- 17) Forma de computar las mayorías (inc. p).
- 18) Determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios (inc. q).
- 19) Designación, facultades y obligaciones especiales del administrador (inc. r).
- 20) Plazo de ejercicio de la función de administrador (inc. s).
- 21) Fijación del ejercicio financiero del consorcio (inc. t).
- 22) Facultades especiales del consejo de propietarios (inc. u).

La enumeración de las cláusulas obligatorias del reglamento de propiedad y administración importa la contemplación de muchas situaciones que bajo el imperio de la ley 13.512 importan conflictos para el normal desenvolvimiento de la vida consorcial.

El reglamento de copropiedad y administración es un contrato que habrá de regir la vida consorcial. En él se plasmarán derechos y obligaciones de los copropietarios y habitantes de las distintas unidades funcionales.

Debemos recordar, que en la actualidad el reglamento integra el título suficiente.

Este estatuto debe diferenciarse del reglamento interno, con el cual si bien comparte estructura, su existencia no es obligatoria. Redactado, su oponibilidad nace.

Es un dispositivo orgánico que contempla las situaciones que se puedan plantear a lo largo de la vida del consorcio, dando solución dentro de su propio ámbito a las cuestiones que se pudiera suscitar (Laquis, Flah y Smayevsky, 2000).

Para la modificación del estatuto consorcial establece en el art. 2057 del Código Civil y Comercial de la Nación que deberá contarse el voto favorable de una mayoría no menor de dos tercios, siempre y cuando en su texto no se imponga una mayoría superior o así lo determine la ley.

El principio en materia de mayorías es conteste con el preceptuado en el art. 9° de la Ley N° 13.512; no así la consideración en relación a mayorías superiores establecidas por la ley o por el reglamento, que no se encontraba contemplado en la luz de ese cuerpo normativo.

11. El administrador

11.1. Su definición

El administrador es definido, en el art. 2065 del Código Civil y Comercial de la Nación, tal vez en forma no muy clara como el “representante legal del consorcio con carácter de mandatario”. A diferencia del régimen anterior donde sólo estatúa en el art. 10 que era un mandatario y el carácter de legal, surgía implícitamente de su regulación.

El administrador del consorcio de propietarios es un órgano de la propiedad horizontal y en el art. 2065 del nuevo código es definido como el representante legal del consorcio con el carácter de mandatario.

Es decir que, lo instituye como un representante legal o un representante convencional dependiendo de dónde se originen sus obligaciones. Si sus

obligaciones surgen de la ley, será representante legal; y será convencional si sus deberes son acordados en la asamblea de copropietarios.

La administración puede ser ejercida por una persona física o jurídica y ésta puede integrar el consorcio; o, no.

Eso de infiere del primer párrafo del art. 2065: El administrador es representante legal del consorcio con el carácter de mandatario. Puede serlo un propietario o un tercero, persona humana o jurídica.

En relación a la designación del representante del ente se determina en relación al primer administrador que cesará en sus funciones si en oportunidad de celebrarse la primera asamblea de copropietarios no es ratificado en su función. Respecto de los restantes impone que su designación y remoción será decidida en la asamblea y tal situación no importará una modificación estatutaria.

Instaura que podrá ser removido con o sin causa.

El art. 2066 en su segundo párrafo determina: “Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad y administración. Pueden ser removidos sin expresión de causa”.

En la Ley N° 13.512 se establece que las causales de remoción deberán constar en el reglamento de copropiedad y administración. Esta previsión no obsta a que también pueda ser removido sin causa.

El Código Civil y Comercial de la Nación ha recogido en materia de designación y remoción del administrador una situación que merecía ser reglada como consecuencia de lo acaecido en la realidad de la vida consorcial.

En el art. 2067 se establece como principio general que ostenta los derechos y los deberes propios del mandato. Luego detalla derechos y obligaciones que especialmente debe ejercer y/o cumplir. De su letra se lee que son:

- a) convocar a la asamblea, redactar el orden del día y labrar el acta respectiva;
- b) ejecutar las decisiones de la asamblea;
- c) atender a la conservación de las cosas y partes comunes y a la seguridad de la estructura del edificio y dar cumplimiento a todas las normas de seguridad y verificaciones impuestas por las reglamentaciones locales;

- d) practicar la cuenta de expensas y recaudar los fondos necesarios para satisfacerlas. Para disponer total o parcialmente del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios, el administrador debe requerir la autorización previa del consejo de propietarios;
- e) rendir cuenta documentada dentro de los sesenta días de la fecha de cierre del ejercicio financiero fijado en el reglamento de propiedad horizontal;
- f) nombrar y despedir al personal del consorcio, con acuerdo del consejo de propietarios;
- g) cumplir con las obligaciones derivadas de la legislación laboral, previsional y tributaria;
- h) mantener asegurado el inmueble con un seguro integral de consorcios que incluya incendio, responsabilidad civil y demás riesgos de práctica, aparte de asegurar otros riesgos que la asamblea resuelva cubrir;
- i) llevar en legal forma los libros de actas, de administración, de registro de propietarios, de registros de firmas y cualquier otro que exija la reglamentación local. También debe archivar cronológicamente las liquidaciones de expensas, y conservar todos los antecedentes documentales de la constitución del consorcio y de las sucesivas administraciones;
- j) en caso de renuncia o remoción, dentro de los quince días hábiles debe entregar al consejo de propietarios los activos existentes, libros y documentos del consorcio, y rendir cuentas documentadas;
- k) notificar a todos los propietarios inmediatamente, y en ningún caso después de las cuarenta y ocho horas hábiles de recibir la comunicación respectiva, la existencia de reclamos administrativos o judiciales que afecten al consorcio;
- l) a pedido de parte interesada, expedir dentro del plazo de tres días hábiles el certificado de deudas y de créditos del consorcio por todo concepto con constancia de la existencia de reclamos administrativos o judiciales e información sobre los seguros vigentes;
- m) representar al consorcio en todas las gestiones administrativas y judiciales como mandatario exclusivo con todas las facultades propias de su carácter de representante legal.

Al inciso i) debe sumársele lo reglado en el art. 2062: Sin perjuicio de los restantes libros referidos a la administración del consorcio, es obligatorio llevar

un Libro de Actas de Asamblea y un Libro de Registro de firmas de los propietarios.

Esta responsabilidad se funda en el incumplimiento de obligaciones o la causación de daños injustificados por acción u omisión (art. 1749) por la cual verá comprometido su patrimonio personal de manera directa. (Cossari, 2016).

En sí, no se han introducido grandes variantes en relación a la ley 13.512.

11.2. La designación, la duración y la remoción

El art. 2066 del Código Civil y Comercial de la Nación, en similar proyección con el art. 2008 del Proyecto de 1.998, establece que:

El administrador designado en el reglamento de propiedad horizontal cesa en oportunidad de la primera asamblea si no es ratificado en ella. La primera asamblea debe realizarse dentro de los noventa días de cumplidos los dos años del otorgamiento del reglamento o del momento en que se encuentren ocupadas el cincuenta por ciento de las unidades funcionales, lo que ocurra primero. Los administradores sucesivos deben ser nombrados y removidos por la asamblea, sin que ello importe la reforma del reglamento de propiedad horizontal. Pueden ser removidos sin expresión de causa.

De conformidad con lo establecido por el inc. r) del art. 2056, el primer administrador debe ser designado en el reglamento de propiedad horizontal.

El primer administrador continuará en sus funciones hasta tanto hayan transcurrido noventa días contados desde que se han cumplido los dos años de su otorgamiento. En ese plazo (90 días), él deberá convocar a una asamblea. En ella, su mandato será sometido a deliberación; pudiendo o no ser ratificado en sus funciones. En caso negativo, cesará en ellas.

A fin de despejar dudas, se ha considerado que las nuevas designaciones no constituyen una modificación del estatuto y podrán ser realizadas por mayoría absoluta, a menos que el reglamento imponga una superior.

El inc. s) del art. 2056 del Código Civil y Comercial de la Nación estatuye como cláusula obligatoria del reglamento la previsión de la duración del mandato del administrador. Entonces, su duración dependerá de lo allí consignado. No obstante ello, no debe dejar de tenerse en cuenta lo ordenado por la Ley C.A.B.A. N° 941, actualizada por las Leyes nros. 3.254 y 3.291 y reglamentada por el Decreto 551/2010, en cuanto crea un registro de administradores; y en su art. 13, estatuye el plazo de un año de duración del mandato, excepto previsión estatutaria en contra, pudiendo ser renovado por el órgano soberano.

Este último precepto, tal vez, podría dar origen a planteos de inconstitucionalidad de la Ley de C.A.B.A. atento a que su ámbito de aplicación es local; en tanto que la del Código Civil y Comercial de la Nación, es nacional.

11.3. Los derechos y las obligaciones

Con gran similitud con los arts. 2010 y 2011 del Proyecto de 1998, el art. 2067 del Código Civil y Comercial de la Nación, enumera, no taxativamente, los derechos y las obligaciones del administrador.

A diferencia del régimen anterior, pueden señalarse como obligaciones legales:

- 1) Redactar el acta.
- 2) Rendir cuenta documentada a los sesenta días de la fecha, fijada por el reglamento, de cierre del ejercicio financiero. Esto es conteste con su función de mandatario, aplicándosele sus normas y en atención a la obligación legal impuesta y porque actúa en interés ajeno, conforme lo prescriben los incs. c) y a) del art. 860 del Código Civil y Comercial de la Nación.
En ese orden de ideas, debe traerse a colación el art. 9º de la Ley C.A.B.A. N° 941, que lo obliga en similar cuestión.
- 3) Someter su gestión contable a auditoría por parte del Consejo de Propietarios.
- 4) Actuar judicialmente, sin necesidad de previa aprobación por parte de la asamblea.

- 5) Notificar los reclamos administrativos.
- 6) Usar el fondo de reserva con la conformidad del Consejo.
- 7) Despedir al personal, con la conformidad del Consejo.
- 8) Expedir certificado de deudas y créditos, con constancia de la existencia de ellos.

En relación al estado de cuentas del consorcio el art. 2.011 del Proyecto le imponía el carácter de inexorable para la transmisión del derecho real y establecía un plazo de vigencia de diez días hábiles. Asimismo que, sólo le eran oponibles al nuevo adquirente las deudas informadas. Esto conculca con el art. 2049 del Código Civil y Comercial de la Nación atento a que el adquirente debe afrontar todas las deudas devengadas con anterioridad a su adquisición.

De importante trascendencia, hecha eco del clamor doctrinario, es la obligación de informar los juicios en los cuales el consorcio es actor o demandado, tanto en relación a los propietarios como a los nuevos adquirentes.

- 9) Contratar seguro integral del edificio, además de los impuestos reglamentariamente.

A diferencia de la Ley Nº 13.512 que sólo le imponía el de incendios.

12. El Consejo de Propietarios

Con exitosa recepción del clamor doctrinario (Gabás, 1992 y Cossari y Luna, 2004) y jurisprudencial que ha bregado por la regulación de una realidad insoslayable en numerosos inmuebles edificados, se ha reglado expresamente la figura del Consejo de Propietarios en el Código Civil y Comercial de la Nación.

Expresamente prevé que su existencia no sustituye a la figura del administrador ni puede hacer sus veces, con excepción de determinados supuestos que enumera.

Parecería inducirse de la norma que su existencia es obligatoria. Tal vez, lo es para aquéllos inmuebles edificados que se sometan al régimen con posterioridad a la entrada en vigencia del nuevo código. Empece ello, cabría

considerar como un supuesto especial la de aquéllos edificios que tengan poquísimas unidades funcionales.

A esos efectos, el art. 2064, impone la obligación a la asamblea de su designación. En ella sólo podrán ser nombrados propietarios; mas no, ocupantes.

De este modo deja librado a los propietarios el determinar su número, la forma de actuación del órgano colegiado (conjunta o indistinta) o la duración de su mandato.

Independientemente de ello, en cuatro incisos impone las obligaciones del Consejo. A esos efectos le impone las siguientes:

- a) convocar a la asamblea y redactar el orden del día si por cualquier causa el administrador omite hacerlo;
- b) controlar los aspectos económicos y financieros del consorcio;
- c) autorizar al administrador para disponer del fondo de reserva, ante gastos imprevistos y mayores que los ordinarios;
- d) ejercer la administración del consorcio en caso de vacancia o ausencia del administrador, y convocar a la asamblea si el cargo está vacante dentro de los treinta días de producida la vacancia.

13. Las obras en la Propiedad Horizontal (obra nueva, innovación y simple mejora)

En la Ley Nº 13.512 las obras nuevas, las innovaciones y las simples mejoras son tratadas en distintos artículos, a cuyo tratamiento remitimos.

El Código Civil y Comercial de la Nación trata en un único artículo, el número 2051 a las mejoras u obras nuevas que requieren mayoría.

A esos efectos, en el primer párrafo establece que: Para realizar mejoras u obras nuevas sobre cosas y partes comunes, los propietarios o el consorcio requieren consentimiento de la mayoría de los propietarios, previo informe técnico de un profesional autorizado.

Es decir que, para realizar una obra nueva o una innovación o una simple mejora en una cosa o parte común sólo se requerirá el consentimiento

de la mayoría de los propietarios. Ello deberá ser el resultado de una votación asamblearia. A los fines de su tratamiento, previamente deberá contarse con el informe de un profesional matriculado.

En el caso que la autorización le sea denegada, el artículo dota al propietario de legitimación para solicitarlo judicialmente.

Tanto el Juez como la asamblea deberán evaluarla en torno a los costos, a la afectación de la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del edificio; y también, considerar si conculca el estatuto consorcial o la ley.

Consideramos que estaríamos frente al supuesto de las innovaciones, a pesar de que ello no surja expresamente de la ley.

El segundo párrafo del art. 2051 instituye: “El juez debe evaluar si la mejora u obra nueva es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble”.

Finaliza la norma imponiendo la resolución judicial por sobre la voluntad societaria en contra de lo decidido en los estrados judiciales. Al efecto sostiene: “La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa”.

Si esa obra nueva o mejora incide en la estructura del inmueble, deber contar con el voto favorable de la totalidad de los propietarios. La unanimidad es requerida aún cuando importe el derecho de sobreelevación (situación no contemplada en la ley 13.512) o excavaciones. La unanimidad será requerida si la obra que se realiza beneficia a un solo copropietario.

El texto, bajo el rótulo de “Mejora u obra nueva que requiere unanimidad”, determina que:

Si la mejora u obra nueva, realizada por un propietario o por el consorcio sobre cosas y partes comunes, aun cuando no importe elevar nuevos pisos o hacer excavaciones, gravita o modifica la estructura del inmueble de una manera sustancial, debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios.

También requiere unanimidad la mejora u obra nueva sobre cosas y partes comunes en interés particular que sólo beneficia a un propietario”.

No obstante lo manifestado en relación al art. 2053, bajo el rótulo de “mejora u obra nueva en interés particular”, pregona:

Si la mejora u obra nueva autorizada sobre cosas y partes comunes es en interés particular, el beneficiario debe efectuarla a su costa y soportar los gastos de la modificación del reglamento de propiedad y administración y de su inscripción, si hubiera lugar a ellos.

En este supuesto carga al propietario con los costos de la realización de una obra en su beneficio; además de los propios de la modificación e inscripción en el Registro de la Propiedad Inmueble si ello fuere pertinente.

Este punto es de suma importancia atento a que en la mayoría de los casos sometidos a decisión judicial en torno a estas obras, los actores omiten pedir para el caso en que no se decrete su remoción, la modificación del estatuto consorcial y su registración a costa de quien ha realizado la obra en contravención a lo decidido en la asamblea de copropietarios o en violación al reglamento.

Tampoco son contempladas tales obligaciones cuando el órgano soberano autoriza a su realización. Es decir que esta parte de la norma, viene a salvar omisiones que en la mayoría de los casos acaece, tomando en cuenta el interés general de la comunidad consorcial, en miras a su preservación y adecuación a la realidad extrarregistral.

14. Las reparaciones urgentes

En el Código Civil y Comercial de la Nación se establece la obligación del titular de la unidad funcional a mantener indemne el inmueble edificado. Ello es extendido a las partes y cosas comunes del edificio. A tales fines, en el art. 2054 lo faculta para realizar las reparaciones que fueren urgentes, siempre y cuando mediare ausencia del administrador y de los integrantes del consejo de propietarios. Tales trabajos deberán ser realizados a su costa.

En relación a las contrataciones que efectúe con terceros, actuará en el carácter de gestor de negocios. Ello importa que, luego deberá someter lo obrado a consideración de la asamblea de propietarios.

La asamblea podrá ratificar su gestión o bien no hacerlo. Este caso será cuando el gasto efectuado fuere injustificado.

El consorcio goza de la facultad de negarse al pago total o parcial de lo erogado por el copropietario, de acuerdo a la decisión que tome respecto de su gestión.

Si no aprueba lo realizado, a través de la asamblea puede exigírsele al titular de la unidad funcional que realizó la obra que vuelva las cosas a su estado anterior, debiendo él cargar con los costos.

Al efecto el art. 2054 del Código Civil y Comercial de la Nación impone:

Cualquier propietario, en ausencia del administrador y de los integrantes del consejo de propietarios puede realizar reparaciones urgentes en las cosas y partes comunes, con carácter de gestor de negocios. Si el gasto resulta injustificado, el consorcio puede negar el reintegro total o parcial y exigir, si corresponde, la restitución de los bienes a su estado anterior, a costa del propietario.

15. La sobreelevación

El derecho de sobreelevación o sobreedificación es un derecho personal, que integra una de las facultades que concede el derecho real de propiedad horizontal, y ostentan uno o varios propietarios o terceros para construir sobre todo parte del espacio aéreo existente por encima de la última planta de un inmueble edificado o sobre el terreno no construido.

Aquél constituye, una vez ejercido, una excepción al principio de accesión, siguiendo la suerte de excepción que materializa el régimen de la propiedad horizontal.

La característica distintiva del derecho de sobreconstrucción es que el titular, al finalizar la obra, se convierte en consorcista; y, de este modo integra el sistema de la propiedad horizontal.

El constante aumento de la población en zonas urbanas y, en algunos casos, la escasez de terrenos para la construcción de nuevos edificios estimulan la utilización del vuelo de los ya existentes o sus superficies descubiertas para erigir más unidades o ampliar las existentes (Tranchini, 2005).

La concesión del derecho de sobreelevación dentro de la propiedad horizontal, a fin de aprovechar todo el techo edificable de los inmuebles, tiene una singular importancia en el tráfico inmobiliario. Este trabajo se ocupa de establecer el concepto, las formas de constitución y de registración de este derecho, como así también desentrañar su naturaleza jurídica, y propugnar su expresa regulación en la legislación nacional. Impulsa además la necesidad de meditar detenidamente sobre la conveniencia de receptar la sobreelevación como un nuevo derecho real o mantenerlo dentro de la órbita de los derechos personales (Cossari y Luna, 2009 y Posteraro Sánchez, 2006).

A su vez, lo edificado, integra una o varias nuevas unidades funcionales; más no, un espacio común pese a encontrarse, tal vez construida en el inicio sobre una parte común.

Lo que fue originariamente un derecho personal del constructor se transforma en un derecho real sobre la unidad (Gabás, 2013).

Para que pueda tener lugar la sobreconstrucción es imperiosa la existencia de espacios sobre los planos no vendidos ni construidos en su totalidad.

La consecuencia del nacimiento de una nueva unidad funcional o varias, erigidas bajo esas condiciones es la modificación de los planos de obra y de agrimensura, de los porcentuales y del reglamento de propiedad horizontal.

En el derecho de sobreedificar no media separación de dominios con el inmueble edificado; la nueva construcción integra el mismo sistema la cual se encontraba sometido aquél.

La diferencia sustancial que se erige frente al derecho de superficie edilicia es que, vencido el plazo de ésta, la propiedad vuelve a la cabeza del consorcio. Los titulares de las unidades funcionales, son quienes decidirán su destino. Esta afirmación y consideración es meramente simplista y constituye un adelanto de los tópicos que implementaremos en los capítulos venideros a fin de revalidar o refutar la hipótesis.

El art. 7° de la Ley N° 13.512 proscribía el derecho de sobreelevar al propietario del último piso. Si así lo deseaba hacer, debía obtener el consentimiento del resto de los propietarios que integran el inmueble edificado.

Los pactos de sobreelevación fueron objeto de tratamiento en las XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. La Comisión N° 4, dedicada a los Derechos Reales, en relación al punto III, ha recomendado lo siguiente:

a) Implicando la sobreelevación una modificación del reglamento se considerará publicitada con su inscripción registral (Alterini, Andorno, Araoz, Silvestre, Cura Grassi, Constantino, Racciatti, Calegari, Petrick, Vila, Radkievich, Smayevsky, Vázquez de Llorente, Ruda Bart, Tranchini).

b) Recomendar a los registros de la propiedad la inscripción de los pactos de sobreelevación que no fueron realizados en oportunidad de la constitución del régimen de propiedad horizontal (Musto, 2000).

El Código Civil y Comercial de la Nación destina los arts. 2051 y 2052 para referir a la temática. A diferencia del régimen anterior:

- 1) Cuando se realiza una obra nueva sobre cosas y partes comunes:
 - a. La mayoría de los propietarios deben prestar su consentimiento para que quien la solicite pueda efectuarla. En ese caso debe previamente efectuarse un informe de un profesional idóneo y matriculado (art. 2051).
 - b. Las pautas que tendrá el Juez en cuenta, a la hora de dirimir la acción incoada por los propietarios que se opusieron o que ven conculcados sus derechos, si
 - es de costo excesivo, contraria al reglamento o a la ley, y si afecta la seguridad, solidez, salubridad, destino y aspecto arquitectónico exterior o interior del inmueble. La resolución de la mayoría no se suspende sin una orden judicial expresa (art. 2051).

- 2) Si la obra a realizarse no importa elevar nuevos pisos o hacer excavaciones (p.ej.: finalizar algo inconcluso) y gravita o modifica la estructura del inmueble sustancialmente o beneficia a un solo propietario, debe contar con el consentimiento unánime de todos los propietarios (art. 2052).
- 3) Si el beneficiario es un solo propietario debe modificar el reglamento de propiedad horizontal y hacerse cargo de los costos; así también del nuevo plano.

Entonces, el derecho a sobreelevar, que integra el derecho real de propiedad horizontal de todos los titulares de unidades, es una facultad accesoria de los bienes comunes, sujeta a indivisión, que puede ser cedida a alguno de ellos, o a terceros (Moreira, 2012).

Ese derecho integra el dominio de su titular o titulares, dependiendo de quién encare la construcción de obras nuevas.

Ese derecho, aún bajo la égida del nuevo código, integra conjunto de los derechos personales, contenido en el marco de los derechos reales.

16. El grave deterioro o destrucción del edificio

El art. 2055 del Código Civil y Comercial de la Nación regula la destrucción o el grave deterioro del edificio; a diferencia del régimen anterior que establecía como causales propias de extinción del derecho real de propiedad horizontal a la destrucción total y a la vetustez, en los arts. 12 y 16 de la ley 13.512, respectivamente.

El art. 2055 del Código Civil y Comercial de la Nación establece:

En caso de grave deterioro o destrucción del edificio, la asamblea por mayoría que represente más de la mitad del valor, puede resolver su demolición y la venta del terreno y de los materiales, la reparación o la reconstrucción.

Si resuelve la reconstrucción, la minoría no puede ser obligada a contribuir a ella, y puede liberarse por transmisión de sus derechos a terceros dispuestos a

emprender la obra. Ante la ausencia de interesados, la mayoría puede adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial.

Similar es la redacción al art. 16 de la ley 13.512, de cuya letra se lee:

En caso de vetustez del edificio, la mayoría que represente más de la mitad del valor podrá resolver la demolición y venta del terreno y materiales. Si resolviera la reconstrucción, la minoría no podrá ser obligada a contribuir a ella, pero la mayoría podrá adquirir la parte de los disconformes, según valuación judicial.

El art. 1997 del Proyecto de 1.998 también consideraba la posibilidad de abandonar a favor del consorcio.

Cual puede inferirse, quien resuelve es la asamblea mediante la mayoría de más de la mitad del valor. En ella podrá determinarse la demolición y la venta, la reparación o la reconstrucción.

Las diferencias que pueden reseñarse entre ambos plexos normativos, además de la indicada, son que: no se alude a la vetustez y que ante la decisión de venta debe preferirse a un tercero y no a un propietario.

17. Las infracciones

El art. 2069 del Código Civil y Comercial de la Nación establece el régimen de las infracciones. A esos efectos determina:

En caso de violación por un propietario u ocupante de las prohibiciones establecidas en este Código o en el reglamento de propiedad horizontal, y sin perjuicio de las demás acciones que corresponden, el consorcio o cualquier propietario afectado tienen acción para hacer cesar la infracción, la que debe sustanciarse por la vía procesal más breve de que dispone el ordenamiento local. Si el infractor es un ocupante no propietario, puede ser desalojado en caso de reiteración de infracciones.

La Ley N° 13.512, en su art. 15, establecía un régimen similar, que se diferencia:

1) El nuevo precepto refiere a las prohibiciones legales o reglamentarias; en tanto que el anterior, sólo lo hacía a las del art. 6° de la Ley N° 13.512.

2) El nuevo no alude a multas y arrestos, como lo hacía el anterior, aludiendo sólo al cese de la infracción.

3) El Código Civil y Comercial de la Nación deja abierto el camino a la interposición de otras acciones que también pudieren corresponder, sin especificar a la indemnización del daño, cual efectuaba el artículo anterior.

Ante una infracción, tanto el propietario afectado como el ocupante y también, aunque no se encuentre previsto expresamente, el consorcio (conf. arts. 2065 y 2067, inc. m), gozarán de legitimación activa para reclamar judicialmente el cese de la infracción.

La legitimación activa del Consorcio de Propietarios ya ha sido admitida por nuestra jurisprudencia. “El consorcio está facultado para ocurrir a las autoridades jurisdiccionales requiriéndoles medidas en prevención de potenciales y eventuales peligros, sin que el ejercicio razonable de tal facultad le genere responsabilidad alguna” (CNCiv., sala B, 1971).

Por ocupante debe entenderse a todo tenedor o poseedor de una unidad funcional; es decir que, podrán accionar judicialmente, en determinados supuestos y conforme a las características de cada caso en particular: el locatario, los usufructuarios, los usuarios, los poseedores con boleto de compraventa, entre tantos otros (Alterini, 1981).

Al proceso judicial, deberá imprimírsele el trámite más breve.

18. Conclusiones

El Código Civil y Comercial ha receptado los cambios que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido como necesarias; además de intentar abarcar las nuevas realidades arquitectónicas existentes en la actualidad.

Como resultado de su tratamiento podemos afirmar y celebrar con beneplácito la incorporación del Consejo de Propietarios y los Subconsorcios. Además de tratamientos ampliados que se le han dado a institutos existentes.

De este modo podemos afirmar que se puede prever una amplitud conceptual del derecho real de propiedad horizontal, como eje rector de una comunidad de habitantes de un inmueble edificado, cuyas normas pueden ser aplicadas a otros derechos reales de similares características.

Cierto es que ha hecho caer en derrotero la discusión sobre su naturaleza jurídica o denominación; como así también, las diversas definiciones que se han dado del instituto, estableciendo su concepto.

El derecho de sobreelevación o sobreconstrucción de los propietarios titulares de unidades funcionales de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, es un derecho personal, con las características sindicadas en el desarrollo. Este se diferencia del derecho real de superficie edilicia, por cuanto ambos pertenecen a diferentes categorías de derechos, además de las consecuencias propias que cada institución acarrea.

En el supuesto de la sobreelevación, lo edificado pasa a integrar parte del inmueble edificado, perteneciendo su titularidad a quien o quienes lo hayan efectuado.

En cambio, en el supuesto de realizarse una construcción en un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal bajo el derecho real de superficie edilicia, extinguido este derecho, su titularidad pasará a ser del Consorcio de Propietarios.

Capítulo 11: El derecho real de superficie edilicia y su causa fuente. Las implicancias

1. Consideraciones preliminares.
2. La Constitucionalización del Derecho Privado.
3. El contrato y sus características.
 - 3.1. Algunas particularidades de los contratos.
 - 3.2. La definición.
 - 3.3. La clasificación de los contratos.
 - 3.4. La autonomía de la voluntad.
 - 3.4.1. La autonomía.
 - 3.4.2. La autonomía de la voluntad en el Código Civil.
 - 3.4.3. La autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial de la Nación.
 - 3.4.3.1. La libertad de contratación.
 - 3.4.3.2. Los límites a la autonomía de la voluntad.
4. La autonomía de la voluntad y los contratos.
 - 4.1. Las bases de la contratación.
 - 4.2. Las negociaciones contractuales.
5. El principio del *numerus clausus* y el orden público en materia de derechos reales.
 - 5.1. El orden público y la estructura legal o *numerus clausus*.
 - 5.2. Las nuevas formas de propiedad y el sistema *del numerus clausus*.
 - 5.3. El semi-coto a la autonomía de la voluntad.
6. El derecho real de superficie como contrato innominado.
 - 6.1. El contrato innominado de superficie.
 - 6.2. El contrato de superficie en relación a las otras clasificaciones consideradas por el Código Civil y Comercial de la Nación.
7. Las posibles formas de concertación del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal.
 - 7.1. Consideraciones preliminares.
 - 7.2. El superficiario y el titular dominial extinguida la superficie edilicia.

7.2.1. La situación del inmueble en el cual existe superficie no construida.

7.2.2. La situación del inmueble en el cual existe una edificación inconclusa.

8. Conclusiones.

1. Consideraciones preliminares

La causa fuente de los derechos reales es el contrato. A fin de poder desentrañar cuáles pueden ser las soluciones posibles en la hipótesis planteada en la presente tesis, es necesario desentrañar el contenido de esos derechos personales.

La fundamentación de lo expuesto radica en la elaboración de posibles soluciones a la crítica situación que se le puede presentar a los adquirentes de un inmueble construido bajo el régimen del derecho real de superficie edilicia, al momento de extinguirse este derecho.

A esos fines, nos abocaremos al estudio de los contratos, partiendo desde las finalidades tenidas en cuenta para su regulación.

En ese orden de ideas deviene imperioso abordar la temática de la constitucionalización del derecho privado, junto con los principios rectores en esa materia.

2. La Constitucionalización del Derecho Privado

La entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación en la República Argentina ha incorporado a la legislación el criterio de interpretación de las normas conforme a los Tratados Internacionales de Derechos Humanos. Así, se vislumbra el fenómeno de la “Constitucionalización del Derecho Privado”.

En los Fundamentos del Anteproyecto se ha sostenido que su idea fue la de establecer un “diálogo de fuentes”. De este modo el Código ostenta una centralidad, que lo ubica como reflejo de las demás fuentes.

La ratificación de los Tratados Internacionales y su incorporación al bloque constitucional, importa que sus principios son plenamente aplicables al derecho interno.

Desde el año 1994, con la reforma de la Constitución Nacional, se ha otorgado jerarquía constitucional a instrumentos internacionales; y de ese modo, han formado parte del sistema de los derechos fundamentales.

Entonces, el derecho interno, debe apreciarse con la normativa constitucional y los principios de derechos humanos contenido en aquellos Tratados (Martínez, 2015).

La Constitucionalización del Derecho Privado importa el sometimiento del derecho interno a las normas fundamentales. Estas no pueden, bajo ningún concepto, escapar a las consecuencias de las normas de mayor jerarquía (Moset Iturraspe, 2004).

El art. 1º del Código Civil y Comercial de la Nación patentiza lo expuesto, bajo el rótulo: “Fuentes y aplicación” y el siguiente texto:

Los casos que este Código rige deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte. A tal efecto, se tendrá en cuenta la finalidad de la norma. Los usos, prácticas y costumbres son vinculantes cuando las leyes o los interesados se refieren a ellos o en situaciones no regladas legalmente, siempre que no sean contrarios a derecho.

Podemos afirmar con rigor de verdad que la glosa importa la aplicación del axioma constitucional que imprime que las leyes deben ser contestes con los principios contenidos en la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y los Tratados en general.

A su vez, ello se relaciona con los arts. 27, 31 y 72, inc. 22), de la Constitución Nacional.

De este modo se ha vislumbrado una publicización del derecho privado. (CS, 2012).

3. El contrato y sus características

3.1. Algunas particularidades de los contratos

El Título II, denominado: “Contratos en general”, abarca los arts. 957 a 1707 del Código Civil y Comercial de la Nación. Este nuevo texto introduce modificaciones en la materia, sin dejar de reconocer reglas fundamentales tales

como la libertad para contratar y la fuerza vinculante de la autonomía de la voluntad.

El nuevo texto ha intentado comprender los cambios socio - culturales que ha experimentado la sociedad en materia de contratación en masa. En relación a ella ha establecido reglas referidas a las cláusulas predispuestas, teniendo como premisa la evitación del abuso del predisponente.

De este modo se ha buscado un “tipo mínimo” (Lorenzetti, 1996) y regular diferentes contratos, consecuentes con aquél.

De tal modo, el Código regla los contratos civiles y comerciales, aun cuando en su mayoría incorpora éstos últimos, delineando sus aspectos fundamentales (Junyent Bas y Garzino, 2015).

Las reformas más salientes introducidas por el nuevo Código pueden enumerarse de la siguiente manera (López de Zavalía, 2016):

- 1) La unificación de la regulación de las obligaciones civiles y comerciales.
- 2) La incorporación de normas generales relativas a los contratos de Consumo, conservando la ley especial con algunas modificaciones.
- 3) La regulación autónoma de los contratos por adhesión a cláusulas predispuesta.

En ese orden de ideas se ha regulado un triple régimen:

- 1) Contratos discrecionales.
- 2) Contratos por adhesión.
- 3) Contratos de consumo.

Que se traducen en tres categorías (Stiglitz, 2012):

- 1) El contrato paritario (arts. 957 a 983).
- 2) El contrato por adhesión o por cláusulas generales predispuestas (arts. 984 a 989).
- 3) El contrato de consumo (arts. 1092 a 1122).

3.2. La definición

El art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación define a los contratos bajo el siguiente texto: “Contrato es el acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones patrimoniales”.

El contrato es una especie de acto jurídico, con connotaciones propias.

La glosa pone su centro en el consentimiento prestado por dos o más partes. De ahí, la importancia de su estudio para poder contrastar nuestra hipótesis.

3.3. La clasificación de los contratos.

Los contratos se clasifican en:

1) Unilaterales, bilaterales y plurilaterales (art. 966 CCyC).

Los contratos unilaterales son aquéllos en los que una de las partes se obliga hacia la otra.

Los contratos bilaterales son aquéllos en los que las partes se obligan en forma recíproca.

Los contratos plurilaterales son similares a los bilaterales, con la salvedad de que en ellos intervienen más de dos partes.

2) A título oneroso y a título gratuito (art. 968 CCyC).

Los contratos a título oneroso son aquéllos en los cuales al provecho o beneficio económico de las partes se evidencia.

Los contratos a título gratuito son aquéllos en los cuales se asegura una ventaja independiente de alguna prestación a cargo de alguna de las partes.

3) Conmutativos y aleatorios (art. 968 CCyC).

Los contratos conmutativos son aquéllos en los cuales las partes pactan la obtención de ventajas, que son ciertas.

Los contratos aleatorios son aquéllos en los cuales las ventajas que habrán de obtener o las pérdidas se encuentran sometidas a un acontecimiento incierto.

4) Formales y no formales (art. 969 CCyC).

Los contratos formales son aquéllos que para ser válidos deben cumplir una forma legal.

Los contratos no formales son aquéllos en los cuales la libertad de formas es la que impera en su concertación.

5) Nominados e innominados (art. 970 CCyC).

Los contratos nominados son aquéllos que se encuentran regulados por la ley.

Los contratos innominados son aquéllos que no se encuentran regulados por la ley y están regidos por el siguiente orden:

- i. Voluntad de las partes.
- ii. Normas generales sobre contratos y obligaciones.
- iii. Usos y prácticas del lugar de celebración.
- iv. Disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

3.4. La autonomía de la voluntad

3.4.1. La autonomía

La autonomía de la voluntad es el eje rector de creación de derechos individuales, con determinadas excepciones, que son los contratos con cláusulas predispuestas.

La Real Academia Española define la palabra autonomía como “condición de quien, para ciertas cosas, no depende de nadie”.

Todo derecho en sí, noción que en la actualidad subyace, conforme ha estatuido el Digesto (1.5.2), "ha sido constituido por causa de los hombres".

Es decir, que él es el resultado de la cultura de cada época que se plasma en un cuerpo legal. Éste depende del sistema que cada país haya adoptado (continental romanista, *common law*, etc.) y se modifica de acuerdo a las diferentes realidades económico – jurídico – sociales que imprimen el destino de cada nación. Empece ello, puede afirmarse nuevamente, que el

derecho como marco regulatorio de una sociedad civilizada, siempre persiste, a pesar de sus modificaciones.

El principio llamado de la autonomía de la voluntad significa, como es harto sabido, que los individuos pueden regir entre sí sus relaciones de derecho por medio de sus voluntades libremente concertadas (Orgaz, 2009).

Ello deviene como colorario de lo estatuido por el art. 19 de la Constitución Nacional en cuanto refiere a que el Estado no debe imponer planes de vida a los individuos sino ofrecerles la posibilidad para que ellos elijan (CS, 1986).

El vocablo: “autonomía”, recién fue introducido en el texto del Código Civil, luego del año 2010, con la modificación impuesta por la ley 26.657 (promulgada el 02/12/2010), al incorporar el art. 152 *ter*. Su letra estatúa:

Las declaraciones judiciales de inhabilitación o incapacidad deberán fundarse en un examen de facultativos conformado por evaluaciones interdisciplinarias. No podrán extenderse por más de TRES (3) años y deberán especificar las funciones y actos que se limitan, procurando que la afectación de la **autonomía** personal sea la menor posible” (Las negritas me pertenecen).

Entonces, puede afirmarse que existe una autonomía personal. A pesar de no habérsela mencionado en el texto del código velezano, ella subyace como eje creador de las relaciones jurídicas.

La autonomía personal puede ser redefinida como la posibilidad que tiene todo individuo de decidir el destino de nuestras vidas, de diseñarla y poner en marcha el plan otrora trazado. A esos fines, es el Estado quien debe bregar para su patentización, enmarcando determinadas cuestiones y reconociendo derechos a esos fines (Nino, 1989).

El significado del término “autonomía”, al menos en el modo en el que ha estado históricamente usado en nuestra tradición, metafóricamente, designa un cono de luz dentro del cual un sujeto, en un especial ámbito de su propia existencia, goza de poderes particulares (Kemelmajer de Carlucci, 2015).

El respeto por las personas incorpora al menos dos convicciones éticas: primera, que los individuos deberían ser tratados como entes autónomos, y

segunda, que las personas cuya autonomía está disminuida deben ser objeto de protección” (Hofft, 1999).

Cierto es que la autonomía se la vincula con la libertad.

El concepto de libertad y la posibilidad de todo ser humano de auto-determinarse y escoger libremente las opciones y circunstancias que le dan sentido a su existencia, conforme a sus propias opciones y convicciones, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta en toda la Convención Americana (Corte IDH, 2012).

Ella “impregna la vida de las personas en distintos ámbitos”, que hacen a su vida de relación. Así como los pueblos gozan del principio de autodeterminación para gobernarse, cada individuo en su ámbito personal debe poder gozar del mismo principio (Minyersky, 2014).

La autonomía es la capacidad de actuar con conocimiento de causa y sin coacción externa.

3.4.2. La autonomía de la voluntad en el Código Civil

El individualismo que ha impregnado varias de las fuentes utilizadas por Vélez Sarsfield (p.ej.: Código Prusiano de 1794, Napoleónico de 1804, entre otros) ha sido plasmado en nuestra primera codificación civil.

El individualismo ha impuesto una doctrina concebida bajo el concepto de que el hombre es un ser dotado de facultades e investido de derechos inviolables.

En concordancia con el racionalismo y el liberalismo imperantes en la época de sanción del Código Civil derogado, su autor ha establecido el art. 1197. De su letra se lee: Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma.

De este modo ha consagrado el poder generador de la voluntad y la importancia de la autonomía de la voluntad.

El pensamiento del codificador fue refractado en la nota al art. 943 del Código Civil derogado, que al descalificar a la lesión ha esbozado: Dejaríamos

de ser responsables de nuestras acciones, si la ley nos permite enmendar nuestros errores, o todas nuestras imprudencias.

El código napoleónico ha introducido en el art. 1134 la máxima que estatuye que la obligación pactada tiene fuerza de ley, no pudiendo un sujeto sustraerse de su cumplimiento con el mero consentimiento.

Vélez Sarsfield ha impreso un rol determinante a la voluntad; atento a que cada sujeto es libre de obligarse o no; no obstante, si lo hace, deberá cumplir con la palabra dada. En caso contrario, se verá constreñido por la letra de la ley.

Este poder de las voluntades individuales, sin embargo, tiene numerosas limitaciones establecidas por la ley, no sólo en nuestra legislación sino también, como es obvio, en las extranjeras.

Un límite de la autonomía de la voluntad está representado por el "orden público", concepto que es de suma elasticidad e imprecisión.

En un sentido amplio, suele decirse que son de orden público todas las leyes que los individuos no pueden derogar por sus actos jurídicos, lo que haría comprender en su contenido las leyes propiamente prohibitivas y las que se relacionan con las buenas costumbres; pero, aunque nuestro Código Civil acoge alguna vez este concepto amplísimo, con mayor frecuencia alude a un concepto más estricto y limitado, que lo distingue de la prohibición explícita y de las buenas costumbres (Orgaz, 2009).

Cierto es que la autonomía de la voluntad se encuentra constreñida por límites infranqueables que devienen de una prohibición de la ley, del orden público, de la moral y las buenas costumbres, entre otros.

3.4.3. La autonomía de la voluntad en el Código Civil y Comercial de la Nación

3.4.3.1. La libertad de contratación

Bajo el rótulo de: "libertad de contratación", el Código Civil y Comercial de la Nación, introduce el principio de la autonomía de la voluntad, en el art. 958. De su letra se lee: Las partes son libres para celebrar un contrato y

determinar su contenido, dentro de los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres.

La autodecisión es el principio establecido como eje rector de la autonomía de la voluntad, en torno a su autorregulación.

Lo destacable es que se reconoce que dichos principios no resultan absolutos (Kitainik, 2015).

Las partes tiene la facultad de obrar libremente y en aras de ello, acordar todas aquellas cuestiones que habrán de regir su vinculación legal.

Esa libertad fue descripta por Rosseau en su libro: "Contrato Social", en su Capítulo VIII al manifestar: "la impulsión del solo apetito es esclavitud, y la obediencia a la ley que uno se ha prescripto, es libertad"; como así también su fundamento:

A fin, pues, de que el pacto social no sea un vano formulario, encierra tácitamente la obligación que da fuerza a las otras, de que cualquiera que rehúse obedecer a la voluntad general será constreñido a ello por todo el cuerpo; lo que no significa otra cosa sino que se lo obligará a ser libre (Rosseau, 1750).

Entonces, la libertad de contratar es un principio que impone el art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación.

De ese principio se derivan los siguientes tópicos:

a. La libertad de no contratar.

Colorario de ello es el art. 1128 del Código Civil y Comercial de la Nación, que dice: Nadie puede ser obligado a vender, sino cuando se encuentra sometido a una necesidad jurídica de hacerlo.

"El no contratar sólo puede generar responsabilidad en hipótesis muy particulares donde median circunstancias en que se ha colocado el interesado por el juego de esa misma libertad" (López de Zavalía, 2014).

b. La libertad de elección de la contraparte en el contrato es absoluta.

Esta derivación contiene determinadas excepciones. Por ej.: el art. 1165 del Código Civil y Comercial de la Nación, con el pacto de preferencia en la compraventa.

c. La libertad de configuración.

La partes pueden optar por pactar empleando contratos típicos o celebrar atípicos o innominados, cual refiere el art. 970 del Código Civil y Comercial de la Nación.

d. La libertad de elección de formas.

Ello será así, siempre y cuando la ley no determine una forma específica para la forma. Ello, cual prescribe el art. 332 del Código Civil y Comercial de la Nación.

3.4.3.2. Los límites a la autonomía de la voluntad

El art. 958 del Código Civil y Comercial de la Nación impone cuatro límites a la autonomía de la voluntad. Ellos son:

- a. La ley.
- b. El orden público.
- c. La moral.
- d. Las buenas costumbres.

4. La autonomía de la voluntad y los contratos

4.1. Las bases de la contratación

La temática contractual en nuestro derecho ha transitado numerosas vías y ha evolucionado. Cual se refiriera, el Código Civil ha esquematizado el derecho contractual en base al principio de la autonomía de la voluntad, plasmado en el art. 1197.

La libertad e igualdad de las partes en base a las cuales parte se han ideado en base a la idea de justicia y de no intromisión judicial al momento de su ejecución.

El Código Civil y Comercial de la Nación, en búsqueda de un equilibrio contractual ha reforzado la posición de la parte más débil en la contratación.

Esa protección se sustenta en base a otros principios establecidos en el Código Civil y Comercial de la Nación, que son: la buena fe, la

proporcionalidad, la lealtad, la cooperación, la coherencia, el deber de información, la seguridad jurídica, la relación de confianza, entre otros.

Bajo la égida de la nueva legislación, cual se ha sostenido bajo la legislación derogada, prima la libertad de contratación, con los alcances indicados (libertad de no contratar o de contratar, libertad de contenido en el contrato, libertad de elección del tipo contractual).

Hoy se caído en desuetudo la concepción individualista velezana. La autonomía de la voluntad ya no implica el otorgamiento de una supremacía absoluta a los derechos subjetivos establecidos en un contrato. La nueva legislación la consagra como un principio relativo y subordinado a:

- a. Los límites que la misma ley establece (ley, orden público, moral y buenas costumbres) (art. 958 CCyC).
- b. La facultad judicial de modificar el contrato a pedido de parte o de oficio cuando se afecte manifiestamente el orden público (art. 960 CCyC).

Una novedad legislativa ha sido instituida en materia contractual por el art. 965 del Código Civil y Comercial, en cuanto impetra que: los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad.

De este modo consagra la jurisprudencia establecida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en aras a la interpretación y alcances de los arts. 14 y 17 de la Constitución Nacional, que ha sido abordada en el Capítulo referido al Derecho de Propiedad al tratar los fallos:

- 1) “Horta, José v. Harguindeguy, Ernesto”.
- 2) “Mango, Leonardo v. Traba, Ernesto”.
- 3) “Bourdieu, Pedro Emilio v. Municipalidad de la Capital”.

La libertad de usar y disponer de su propiedad es un complemento de la libertad del trabajo y del derecho de propiedad. ... No basta reconocer la propiedad como derecho inviolable. Ella puede ser respetada en su principio, y desconocida y atacada en lo que tiene de más precioso, en el uso y disponibilidad de sus ventajas” (Alberdi, 1993, p. 17).

Cierto es que los actos jurídicos de disposición y uso de la propiedad integran el derecho de propiedad y, por ende se encuentran amparados por el

art. 17 de la Constitución Nacional (Bidart Campos, 2001). Empece ello, no corresponde identificar el derecho de propiedad con el derecho real de propiedad, atento a que constituiría un reduccionismo inútil (Badeni, 2004). Así por cuanto se estaría frente a una relación de género – especie, tomando en consideración el objeto que tutelan. La propiedad es el género, por cuanto abarca a todos los bienes y el derecho real de dominio la especie, puesto que sólo refiere a las cosas.

La garantía constitucional del derecho real de propiedad, consagrado por el art. 17 de la Constitución Nacional, no se limita a tutelar en forma exclusiva al derecho real de dominio; sino que hace lo propio con los bienes materiales e inmateriales que integran el patrimonio de una persona.

4.2. Las negociaciones contractuales

Las tratativas son las que dan inicio a la negociación. La buena fe es el principio que debe ser su eje rector. Éste conforme estatuye el art. 991 del Código Civil y Comercial de la Nación, cobra plena virtualidad a fin de que las tratativas no sean frustradas de manera injustificada. De lo contrario, el afectado puede reclamar los daños que sufra por el mero hecho de haber confiado en la celebración del acto; siempre y cuando, no hubiere mediado culpa de su parte.

También prima el deber de confidencialidad respecto de la información recibida y la lealtad y confianza que las partes se deben recíprocamente, de acuerdo a lo normado por el arts. 992 y 1067 del Código Civil y Comercial de la Nación.

La confianza se presenta como una herramienta del derecho en el nuevo orden económico-social en el proceso de replanteamiento por el cual está atravesando nuestro sistema jurídico. Ello respecto de los paradigmas clásicos que otrora han regido (Weingarten, 2003).

La relación de confianza es un elemento integrante de todo contrato o convención que se celebra entre partes.

Ella tiene su basamento en la buena fe probidad.

A nivel constitucional, puede afirmarse que la confianza se la vincula con el principio de seguridad jurídica, que trasciende al obrar humano, lo trasponla y traspasa, insertándose de este modo como elemento integrador.

El instituto de la seguridad jurídica fue instituido en nuestro país hace más de un siglo en el famoso fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el expediente caratulado: "Don Manuel Ocampo c/Administración de Rentas de Rosario s/Mercaderías embargadas" (CS, 1971). Bajo esos lineamientos se dictaron, entre otros: "SRL Penta" (CS, 1958), "Abel Estevez SRL Refinerías Maíz" (CS, 1961), entre otros.

De modo sucinto podemos considerar que introduce la confianza en los principios que protegen los institutos de los derechos adquiridos, el derecho de propiedad, la irretroactividad, entre tantos otros.

Así, la confianza se manifiesta como una exigencia de todo ordenamiento jurídico (Tozzini, 2012).

Junto con lo expuesto rigen los principios secundarios de: proporcionalidad, razonabilidad, lealtad, colaboración, coherencia, cooperación, protección de la dignidad, entre otros.

5. El principio del *numerus clausus* y el orden público en materia de derechos reales

5.1. El orden público y la estructura legal o *numerus clausus*

Los derechos reales constituyen un soporte jurídico de un núcleo de cuestiones políticas y económicas que revisten un carácter fundamental y vital para la organización social (Diez Picazo, 2008).

Las normas que rigen los derechos reales son eminentemente de orden público. El sistema rector en materia de creación de los derechos reales es el principio del número cerrado o de estructura legal. A su vez, éste se completa con su derivación, que es la tipicidad.

El *numerus clausus* y la tipicidad pueden ser considerados como sinónimos, atento a que la ley nomina los derechos reales y les da su contenido (Gatti, 1975). Empece ello, pueden no serlo, si se parte de la idea de que el

numerus clausus refiere a cuáles son los derechos reales admitidos y la tipicidad, a su contenido y alcance (Alterini, 1981).

El orden público es el eje rector que campea los derechos reales y determina su estructura, contenido, aplicación y efectos. En base a aquél se erige una estructura de relevancia jurídica obsta a la relación de derecho que el sujeto imprime la cosa, objeto del contenido de su derecho (Humphreys, 2014 y 2016).

El orden público es el área determinada por el bien común que impone una restricción a la autonomía de la voluntad de los particulares (Gardella, 2001).

El orden público es el que dota de estructura legal al poder jurídico. El orden público es el fundamento de los derechos reales y a esos fines determina su estructura y alcance.

De principio del número cerrado se desprende el de la tipicidad, que implica que los derechos reales, además de estar enunciados, deben encontrarse caracterizados.

Esta estructura jurídica imprime seguridad jurídica del tráfico económico.

5.2. Las nuevas formas de propiedad y el sistema *del numerus clausus*

Tres son los nuevos derechos reales a los cuales habré de referirme:

- a. Los conjuntos inmobiliarios.
- b. El tiempo compartido.
- c. Los cementerios privados.

A fines de evitar un desarrollo que excede el marco del presente trabajo, tan sólo habré de referirme al tópico señalado como eje rector del presente trabajo.

Los conjuntos inmobiliarios tratados en los arts. 2073 a 2086 del Código Civil y Comercial de la Nación, han sido concebidos como un nuevo tipo de derecho real, cuya estructura legal debe ceñirse a las normas que rigen el derecho real de propiedad horizontal. El art. 2073 los define como:

Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o

náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales.

Lo cierto es que en miras a la obligatoriedad señalada, ellos deberían haberse encontrados integrados con el derecho marco que les ciñe su estructura. Así por cuanto el art. 2075 del Código Civil y Comercial de la Nación dispone que constituya “un derecho real de propiedad horizontal especial”.

Los cementerios privados y los tiempos compartidos son derechos reales que han sido perfilados en forma incompleta en lo que refiere a su estructura. Ello deviene de la remisión a la parte general de los derechos reales, efectuados por los arts. 2112 y 2101, respectivamente.

5.3. El semi-coto a la autonomía de la voluntad

Ese coto en variadas ocasiones cede directa o indirectamente en la estructura legal de los derechos reales.

Es decir que, la misma estructura legal imprime libertad a la autonomía de la voluntad, pero ceñida al tipo legal.

Ejemplos de ello lo constituyen los siguientes artículos del Código Civil y Comercial de la Nación, a saber:

- 1) Art. 1995: No habiendo estipulación en contrario, los frutos de la cosa común se deben dividir proporcionalmente al interés de los condóminos.
- 2) Art. 2038: A los fines de la división jurídica del edificio, el titular de dominio o los condóminos deben redactar, por escritura pública, el reglamento de propiedad horizontal, que debe inscribirse en el registro inmobiliario.
- 3) Art. 2056:

El reglamento de propiedad horizontal debe contener:

- a. determinación del terreno;
- b. determinación de las unidades funcionales y complementarias;

- c. enumeración de los bienes propios;
- d. enumeración de las cosas y partes comunes;
- e. composición del patrimonio del consorcio;
- f. determinación de la parte proporcional indivisa de cada unidad;
- g. determinación de la proporción en el pago de las expensas comunes;
- h. uso y goce de las cosas y partes comunes;
- i. uso y goce de los bienes del consorcio;
- j. destino de las unidades funcionales;
- k. destino de las partes comunes;
- l. facultades especiales de las asambleas de propietarios;
- m. determinación de la forma de convocar la reunión de propietarios, su periodicidad y su forma de notificación;
- n. especificación de limitaciones a la cantidad de cartas poderes que puede detentar cada titular de unidad funcional para representar a otros en asambleas;
- ñ. determinación de las mayorías necesarias para las distintas decisiones;
- o. determinación de las mayorías necesarias para modificar el reglamento de propiedad horizontal;
- p. forma de computar las mayorías;
- q. determinación de eventuales prohibiciones para la disposición o locación de unidades complementarias hacia terceros no propietarios;
- r. designación, facultades y obligaciones especiales del administrador;
- s. plazo de ejercicio de la función de administrador;
- t. fijación del ejercicio financiero del consorcio;
- u. facultades especiales del consejo de propietarios.

4) Art. 2120:

El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

5) Art. 2122:

La propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar.

6) Art. 2126:

Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie, o en acuerdos posteriores.

7) Art. 2132: El usufructo puede establecerse conjunta y simultáneamente a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto si en el acto constitutivo se prevé lo contrario.

8) Art. 2138:

La falta de inventario y de determinación del estado de los bienes hace presumir que se corresponden con la cantidad indicada en el título y que se encuentran en buen estado de conservación, excepto que se haya previsto lo contrario.

9) Art. 2162: La servidumbre es el derecho real que se establece entre dos inmuebles y que concede al titular del inmueble dominante determinada utilidad sobre el inmueble sirviente ajeno. La utilidad puede ser de mero recreo.

10) Art. 2165:

Servidumbre personal es la constituida en favor de persona determinada sin inherencia al inmueble dominante. Si se constituye a favor de una persona humana se presume vitalicia, si del título no resulta una duración menor. Servidumbre real es la

inherente al inmueble dominante. Se presume perpetua excepto pacto en contrario.

11) Art. 2166:

Nadie puede imponer la constitución de una servidumbre, excepto que la ley prevea expresamente la necesidad jurídica de hacerlo, caso en el cual se denomina forzosa.

Son servidumbres forzosas y reales la servidumbre de tránsito a favor de un inmueble sin comunicación suficiente con la vía pública, la de acueducto cuando resulta necesaria para la explotación económica establecida en el inmueble dominante, o para la población, y la de recibir agua extraída o degradada artificialmente de la que no resulta perjuicio grave para el fundo sirviente o, de existir, es canalizada subterráneamente o en cañerías.

Si el titular del fundo sirviente no conviene la indemnización con el del fundo dominante, o con la autoridad local si está involucrada la población, se la debe fijar judicialmente.

La acción para reclamar una servidumbre forzosa es imprescriptible.

12) Art. 2167: La servidumbre personal puede establecerse a favor de varias personas. Si se extingue para una subsiste para las restantes, pero sin derecho de acrecer, excepto que el título prevea lo contrario.

13) Art. 2216: Excepto pacto en contrario, no puede modificar el destino ni realizar ningún cambio del que resulta que el deudor, después de pagada la deuda, no puede explotar la cosa de la manera que antes lo hacía.

14) Art. 2225: Si el bien prendado genera frutos o intereses el acreedor debe percibirlos e imputarlos al pago de la deuda, primero a gastos e intereses y luego al capital. Es válido el pacto en contrario.

6. El derecho real de superficie como contrato innominado

6. 1. El contrato innominado de superficie

El contrato de superficie cuadra, conforme la nueva normativa vigente en nuestro país en un tipo contractual innominado. El art. 970, que clasifica a los contratos en nominados en innominados prescribe:

Los contratos son nominados e innominados según que la ley los regule especialmente o no. Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- a) la voluntad de las partes;
- b) las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración;
- d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

De lo expuesto se colige, en relación a la temática planteada, que:

1) Los contratos innominados están regidos, en el siguiente orden, por:

- a) la voluntad de las partes;
- b) las normas generales sobre contratos y obligaciones;
- c) los usos y prácticas del lugar de celebración;
- d) las disposiciones correspondientes a los contratos nominados

afines que son compatibles y se adecuan a su finalidad.

En relación a los derechos reales corresponde considerar que durante la vigencia del código velezano los contratos, que funcionaban como causa fuente de los derechos reales, nunca trajeron aparejados inconvenientes o situación poca o nada anormal a las cuales se les debiese imponer una corrección (Freytes, 2013).

Lo cierto es que tal vez, deberíamos acudir a un tipo contractual semejante, que en el caso; es decir, a un contrato típico.

No obstante ello, consideramos que por la estructura legal que ostenta el derecho real de superficie, el contrato en el cual se plasme la concertación del pacto, será un con características propias que se adecuará a uno típico en

relación a los derechos y obligaciones y efectos. Su conciliación dependerá de la situación fáctica que se presente en cada caso.

6.2. El contrato de superficie en relación a las otras clasificaciones consideradas por el Código Civil y Comercial de la Nación

El contrato mediante el cual se establezca un derecho real de superficie edilicia reviste, además del carácter indicado en el punto precedente, los siguientes:

1) Es un contrato bilateral.

Intervienen en su concertación dos partes: titular del suelo y superficiario.

2) Es un contrato a título oneroso.

Siempre media un beneficio o provecho económico.

3) Es un contrato conmutativo.

Los contratantes obtienen ventajas ciertas.

4) Es un contrato formal.

La formalidad está dada por la elevación a escritura pública, exigida para el contrato por la legislación de fondo. Ello por tratarse de un acto jurídico real que se constituye sobre un inmueble.

7. Las posibles formas de concertación del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal

7.1. Consideraciones preliminares

En el marco contractual, como rige el principio de la autonomía de la voluntad, dependerá de la situación fáctica que se plantee a los fines de poder ser patentizada la voluntad de los contratantes en el acuerdo vinculante.

Ahora bien, nuestra tesis se circunscribe a determinar las implicancias que imprime el derecho real de superficie en el derecho real de propiedad horizontal.

Por lo tanto, la situación fáctica que se plantea es la del Consorcio de Propietarios (titular del suelo), que contrata con un tercero (superficiario) para que realice una obra o construcción o la finalice, circunscripta al marco del derecho real de superficie edilicia.

El eje del conflicto puede plantearse al momento de la extinción de la superficie, por cuanto el art. 2125 del Código Civil y Comercial de la Nación estatuye que el propietario del suelo hace suyo lo construido, libre de los derechos reales o personales de los terceros impuestos por el superficiario.

7.2. El superficiario y el titular dominial extinguida la superficie edilicia

Hete aquí que deberíamos considerar que varias soluciones pueden ser posibles y fácilmente adaptables a los objetivos tenidos en mira por las partes al contratar, dependiendo de las consideraciones previas.

A los fines de su análisis debemos partir de la base que el plazo máximo que establece el Código Civil y Comercial, para el supuesto de constitución de una superficie edilicia es de setenta años.

También que, la propiedad horizontal constituirá el derecho base sobre el cual se asentará la edificación o se finalizará una principiada.

A su vez, constituida una superficie edilicia, la propiedad del terreno continúa en cabeza del titular dominial. Lo cierto es que, en materia de propiedad horizontal, cual prescribe el art. 2039 del Código Civil y Comercial de la Nación, el terreno es parte común e integra el dominio de los titulares de las unidades funcionales. Entonces, estaríamos frente a un régimen de excepción, si no tomamos en cuenta que el nuevo código también alude a los “bienes del

consorcio”, categoría dentro de la cual el terreno sobre el cual se asienta el inmueble edificado integraría esa categoría.

Para finalizar el planteo de la parte teórica estatuida en el Código Civil y Comercial de la Nación, es preciso que indiquemos que extinguida la superficie edilicia lo construido pasa a cabeza del titular del suelo.

Consideramos necesario también acudir a la normativa administrativa local a la hora de determinar la viabilidad de la edificación a realizarse.

En materia de construcciones rige un sistema que se evalúa en base al F.O.S./F.O.T.

El F.O.S. es el Factor de Ocupación del Suelo.

El F.O.T. es el Factor de Ocupación Total.

El F.O.S. es un coeficiente que varía entre el 0 y el 1 y determina el porcentaje de ocupación que podemos tomar de un terreno. El 1 representa el 100%; y, por ejemplo, el 0.5, el 50%.

El F.O.T. es un coeficiente que determina los máximos metros cuadrados que podemos construir. Su parámetro se valúa en referencia a la cantidad de metros cuadrados que tenga el terreno. Por ejemplo, si tenemos un F.O.T. 3, significa que tenemos permitido construir 3 veces la superficie total del terreno. Es decir, en un terreno de 100 m² podemos construir hasta 300 m², respecto de todas las plantas del inmueble que vayamos a construir.

También existen otros valores que deben tomarse en cuenta como son: línea de frente interno, línea de basamento, retiro de línea municipal y/o medianera, altura máxima permitida, etc. El análisis de estas variables excede del estudio de la presente tesis.

Las situaciones fácticas que puede plantearse son dos:

1. Que en un terreno de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, exista superficie sin construir.
2. Que en un terreno de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, exista una edificación inconclusa.

7.2.1. La situación del inmueble en el cual existe superficie no construida

Esta circunstancia puede plantearse tanto en un terreno sometido al régimen de la propiedad horizontal, como en uno de las denominadas nuevas formas de propiedad (Conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempo compartido). En nuestro caso, y a efectos de dar cumplimiento con la consigna planteada a fin de revalidar o refutar la hipótesis impuesta en la presente tesis, tan sólo habremos de referirnos a la propiedad horizontal pura.

Entonces, nos encontramos con un terreno sin construir sobre el cual estaría permitido edificar, por ejemplo: una nueva torre, de acuerdo al F.O.S y al F.O.T.

Varias soluciones se nos ocurren a fin de que sea viable económicamente la constitución de una superficie edilicia. Ello siempre se encontrará constreñido a las cláusulas que pacten el titular del suelo y el superficiario, a fin de obtener un justo provecho económico con la concertación del acuerdo. Ellas podrían ser:

1) Que al extinguirse la propiedad horizontal, el superficiario cobre una indemnización valuada, no en la media de los valores subsistentes de acuerdo a lo incorporado por el superficiario en los dos últimos años, cual prescribe el art. 2126 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Tal vez podría pactarse, cual autoriza la glosa, una indemnización mayor que podrá tomar en cuenta el valor del mercado de lo construido. En esta situación se beneficiaría al superficiario; y, tal vez, no sería tan redituable para el titular del suelo.

Teniendo en cuenta ese último interés y a fin de hacerlo comulgar con el del superficiario, podría pactarse una que se ajuste al 50% del valor o a un porcentaje un poco menor o mayor, que ronde esa cifra, tomando en cuenta el real valor de lo edificado.

2) Pactar una condición resolutoria referida a que el superficiario construya en cinco años y, cumplido ello, se fundan las propiedades del suelo y la superficiaria y el dueño de la tierra se queda con el 30% y el constructor con

el 70% de lo edificado (Kiper, 2016). Es decir, una atribución por porcentajes, en el cual el superficiario obtenga un mayor rédito.

3) También podría acordarse que la totalidad de lo edificado pase a cabeza del titular del suelo y establezca un dominio desmembrado a favor del edificador; como podría ser un usufructo, un uso o una habitación.

4) En el supuesto que lo construido por el superficiario sean unidades funcionales destinadas a locales comerciales o de cocheras, por ejemplo, podría determinarse que el superficiario podrá obtener un canon vitalicio del producido de una o algunas de las unidades construidas; o un determinado porcentaje de él.

5) En el caso de que se trate de unidades destinadas a un uso profesional, podría convenirse que extinguida la superficie, el superficiario pueda establecer su estudio profesional en una o algunas de ellas, dependiendo de las características de lo edificado.

7.2.2. La situación del inmueble en el cual existe una edificación inconclusa

Esta circunstancia, al igual que en el supuesto anterior, puede plantearse tanto en un terreno sometido al régimen de la propiedad horizontal, como en uno de las denominadas nuevas formas de propiedad (Conjuntos inmobiliarios, cementerios privados y tiempo compartido).

Aquí estamos frente a un inmueble cuya edificación o bien se encuentra inconclusa o bien aún, de acuerdo al F.O.S y al F.O.T. se puede continuar construyendo.

Las soluciones que consideramos viables son las mismas que las planteadas en el punto anterior, pero a la hora de pactar, deberá tenerse en consideración el mayor rédito que importe para ambos; sobre todo, para el constructor en el caso de que una edificación no se encuentre terminada. En este último caso, afirmamos ello, atento a que se supondría que de contar con

el respaldo económico suficiente, el titular del suelo, habría finalizado de edificar.

8. Conclusiones

La autonomía de la voluntad es el principio que rige en materia de creación de los derechos personales, con las características, alcances y efectos reseñados.

La causa fuente de los derechos reales son los derechos personales; y, más específicamente, los contratos. En ellos las partes encuentran plena libertad de contratación, que se ve constreñida por el sistema creador de los derechos reales, que es el del *numerus clausus*. Éste les impone la estructura a la cual deberá adecuarse, conforme a las previsiones legales.

El orden público campea en materia de derechos reales. Su contenido institucional obsta al acotamiento y *cuasi* no juego de la autonomía de la voluntad.

Lo cierto es que la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura, son sancionadas con nulidad.

No obstante ello, será el magistrado, quien en definitiva habrá de determinar si lo pactado carece de todo valor como derecho real. Es decir, si se está frente a un derecho real permitido o a un derecho personal (Mariani de Vidal y Abella, 2012).

El principio de estructura legal o *numerus clausus*, junto con su derivado: la tipicidad, conforman el eje rector en materia de creación de los derechos reales. Como tales le imprimen un coto al principio de la autonomía de la voluntad, que rige en materia de creación de los derechos personales, en virtud del orden público que campea a los derechos reales.

En base a lo expuesto se ciñe la seguridad jurídica que impera el espíritu creador de los derechos reales, que encuentran su causa fuente en los derechos personales; y más específicamente, en los contratos.

Importante es reseñar que las realidades contractuales modernas han producido una modificación estructural en los alcances y en la estructura de los derechos reales y han incido en las nuevas formas de propiedad reglada en

materia de derechos reales. En ellas la autonomía de la voluntad no se encuentra completamente constreñida.

Lo cierto es que, a los fines de la constitución de un derecho real de superficie, no podrá imprimírsele la conformación de un contrato típico regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación. A esos efectos, deberán adecuarse las normas que rigen en el ámbito de los derechos personales, a la conformación de un tipo contractual innominado. De este modo se imprimirá, en el marco de su confección, a las características que impone el orden público privado, en miras al cumplimiento del principio rector en materia de creación de los derechos reales. En ese ámbito, la autonomía de la voluntad, encontrará su coto en la determinación de las cláusulas integradoras del acuerdo de voluntades.

Entonces, puede colegirse que celebramos con beneplácito la constitución de una superficie edilicia en un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, atento a que pueden pactarse diferentes cláusulas que importen un provecho económico para los contratantes, una vez extinguido el derecho real de superficie edilicia.

Capítulo 12: Marco metodológico

Genéricamente, la investigación es una actividad del hombre orientada a descubrir algo desconocido (Sierra Bravo, 1991).

La investigación científica es un proceso que podemos calificarlo como libre y creativo.

Ambos adjetivos calificativos refieren a la actividad del investigador. Él es quien definirá al tipo de investigación a emplear. Seleccionada, los pasos a seguir, las técnicas y métodos, serán la siguiente elección que deberá efectuar. Su resultado influirá en el enfoque del análisis de los instrumentos elegidos para utilizar.

Una investigación nos importa un emprendimiento trazado a los fines de resolver un problema de conocimiento (Sabino, 1992).

El investigador, pese a ser libre y creativa su obra, no trabaja en un ámbito sin sistematización y organización. Su planificación se concretará en un proyecto de estudio; que en el caso particular, es nuestra tesis.

La investigación es una actividad encaminada a la solución de un problema. Su objetivo consiste en dar respuesta a preguntas mediante el empleo de procesos científicos.

Es por ello que, lejos de imponer un esquema, pretendemos efectuar la sugerencia de un modelo práctico y flexible para la formulación y presentación de nuestro trabajo. Para cumplir con dicho propósito, la obra la hemos estructurado en once capítulos, a los que luego referiremos.

Lo cierto es que la investigación importa (Arias, 1999):

- 1) El descubrimiento de un aspecto de la realidad.
- 2) La producción de un nuevo conocimiento.

Ese proceso dirigido a la solución de problemas del saber, permite la obtención de nuevos conocimientos (Arias, 1999).

Nuestro trabajo lo abordamos en base a las siguientes etapas:

- 1) Planificación.
- 2) Desarrollo.
- 3) Documentación de lo desarrollado.

Cuando planificamos trazamos el plan o proyecto de investigación a realizar. En esta etapa: seleccionamos el tema, identificamos el problema, formulamos el anteproyecto y elaboramos el proyecto.

El tema del proyecto por el que optamos fue: El derecho real de superficie edilicia. A esos fines nos referimos a la definición y delimitación del campo de conocimiento sobre el cual hemos pensado atarear (Sabino, 1992).

Ello nos ayudó a esbozar el título del trabajo, que lo definimos de la siguiente manera: La aplicación del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal.

Delimitado marco científico sobre el cual hemos trabajado, nos dedicamos a identificar el problema que hubimos de abordar. A esos fines, detectamos un aspecto no conocido y/o tratado en el área temática esbozada; el que consideramos que ameritó una indagación para buscar una solución. El problema sobre el cual hemos laborado versó sobre la nueva concepción que se imprime al derecho de propiedad con la implementación del derecho de superficie, como un derecho real permitido.

El derecho de superficie, es un instituto complejo, que ha recibido numerosos detractores, en torno a su regulación e implementación.

Similar situación atravesó el derecho real de propiedad horizontal, pero su regulación no sufrió el mismo derrotero. En el año 1948 la propiedad horizontal fue concebida como un derecho real autónomo. Esta concepción ha sido recogida en la regulación del Código Civil y Comercial de la Nación.

Vélez Sarsfield enumeró expresamente, entre los derechos reales prohibidos al derecho de superficie, en el art. 2614. Él consideró que mediaba imposibilidad de concebir una multiplicidad de derechos sobre un mismo objeto. Así lo expuso en la nota al art. 2503 del Código Civil derogado; donde agregó que, concebir la superficie como un derecho real constituiría una fuente fecunda de pleitos que daría lugar a un sinnúmero de situaciones complicadas para la buena explotación económica de los inmuebles; como asimismo, obstaría a su libre circulación.

A su vez, proscribió la propiedad horizontal en el art. 2617 de ese plexo normativo, por motivos similares a los expuestos.

Cierto es que, el codificador erigió el sistema de la propiedad en base a un esquema simple, desde el punto de vista jurídico. La realidad jurídico-social-

económica que imperaba en derredor del año 1.869, se encontraba condicionada por la necesidad de imprimir un sistema legal encolumnado en dos tópicos: la seguridad y la exclusividad. De este modo, se enarboló el derecho de propiedad. Esta concepción fue una consecuencia predecible y concordante con lo preceptuado en el Constitución Nacional de 1853; en donde se protegía con mayor ahínco la propiedad privada que a la vida humana. Ello, por cuanto era necesario poblar el territorio de la República Argentina, atrayendo a los inmigrantes.

El sistema que subyugó en relación a los inmuebles es el de la seguridad jurídica estática; a diferencia de los muebles, donde lo era el de la seguridad jurídica dinámica.

El principio imperante, entonces, en materia de propiedad, era el de *superficie solo cedit*, que importaba que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Este principio cedía frente a la regulación como derechos reales de los dos institutos en crisis (superficie y propiedad horizontal).

En ese orden de ideas, el codificador reguló a la accesión como un modo de adquisición del derecho real del dominio, en el art. 2524 del Código Civil y concordantes. En virtud de este modo, todo lo adherido, en forma natural o artificial al inmueble era de propiedad del titular dominial de la heredad a la cual la cosa accedía.

Otro tópico que representa un valladar para el establecimiento del derecho real de superficie, como derecho permitido en nuestro sistema, al momento de sanción del Código Civil, es el objeto de los derechos reales. Éste sólo permitía a las cosas. La dificultad se planteaba en torno al objeto del derecho real de superficie por cuanto ella se constituía sobre la rasante, el vuelo o subsuelo.

Con el transcurrir de los años y debido a las necesidades económico - sociales, en el año 1948, se sancionó la Ley de Propiedad Horizontal. De este modo, cayó en derrotero la proscripción absoluta tenida en miras por Vélez Sarsfield. Ese plexo normativo derogó expresamente el art. 2617 del Código Civil velezano y erigió a la propiedad horizontal como a un derecho real. Esta nueva regulación otorgó un distinto marco jurídico a las realidades habitacionales de la época; y, también, económicas. Se refirió a lo habitacional, debido a que las construcciones imperantes en un sinnúmero de inmuebles no

se adecuaba a la concepción velezana, por cuanto existían varias “casas” o “pisos”, habitados por distintas familias, que eran independientes entre sí. Esa independencia se establecía en base a la concepción que el codificador le imprime a la célula social, cuando al regular el derecho real de uso estatuye que ella es el núcleo integrado por los convivientes al momento de la concertación de ese derecho real, con más la cónyuge, los hijos menores o bajo su patria potestad, los ascendientes y descendientes a los cuales se les deba alimentos y los sirvientes. De este modo se otorgó seguridad jurídica a la transmisión de los inmuebles. Cada familia lo podía transmitir en forma autónoma, si el inmueble se sometía al derecho real de propiedad horizontal.

En el año 2001 distinta realidad económica imperaba. Existían muchos terrenos en los cuales sus titulares se encontraban impedidos de producir mediante ellos un rédito económico mayor al que tan sólo brinda revelar su titularidad. También, lo hacían quienes contaban con patrimonio para invertir pero no ostentaban la propiedad de terrenos. Así, entre otras circunstancias se sancionó, bajo la Ley N° 25.509, la superficie forestal (Taiana de Brandi y Brandi Taiana, 2011). Ella fue concebida como un derecho real autónomo. La mentada ley suprimió a la superficie como un derecho real prohibido e incorporó como inciso 8° del art. 2.503 del Código Civil a la superficie forestal. Si bien derecho real autónomo, sólo fue concebida en una de sus acepciones. De este modo, continuaba calificándose de derecho real prohibido a la superficie edilicia.

Cierto es que, la concepción velezana en torno al objeto de los derechos reales fue mantenida hasta la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación. Entonces, se ha reglado que pueden ser objeto de los derechos reales no solamente las cosas en su totalidad; sino también, parte de ellas e incluso los bienes.

A su vez, se ha recogido el bregó doctrinario en torno a la implementación del derecho real de superficie en sus dos acepciones. Hoy, se encuentra enumerado como un derecho real en el art. 1.887 del Código Civil y Comercial de la Nación. Artículo en el cual se encuentran especificados el derecho real de propiedad horizontal y el derecho real de superficie.

La superficie edilicia se caracteriza, de conformidad con lo preceptuado por el art. 2114 del Código Civil y Comercial de la Nación, por ser un derecho

real temporario mediante el cual el titular dominial transmite el vuelo, rasante o subsuelo de la cosa, a fin de que el superficiario erija construcciones. Esta acepción de la superficie se encuentra limitada al plazo máximo de setenta años.

La situación que no halla regulación específica, se presenta en el supuesto que habiendo sido construido un inmueble sobre una parte del terreno, transcurrido el plazo máximo legal previsto por el código de fondo, atento a los efectos de la extinción de la superficie, sus derechos de propiedad deberían pasarse en cabeza del titular dominial. Entonces, de este modo se vería conculcado el derecho de propiedad tal como se encuentra proscripto en nuestra carta magna y se consagraría un marco de inseguridad jurídica, tornando inaplicable el derecho real de superficie edilicia de presentarse esta realidad fáctico-jurídica.

En este contexto el interrogante que nos planteamos, en derredor al cual gira nuestra investigación es: ¿Cuáles son los efectos que imprime el derecho real de superficie edilicia respecto del derecho real de propiedad horizontal?.

En base a la pregunta que establecemos, elaboramos un anteproyecto de investigación. De este modo decidimos realizar un abordaje cualitativo. Nos propusimos comprender e interpretar la realidad social relacionada con las implicancias que imprime el derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal. A esos fines, la técnica que decidimos que aplicaremos es la cualitativa atento a que está orientada a la exploración, descripción y comprensión de las unidades de análisis (legislación, jurisprudencia y doctrina Argentina y extranjera). El método que empleamos es el observación indirecta (análisis de doctrina, jurisprudencia, casos y legislaciones). Los instrumentos que emplearemos son: archivos y cuadros comparativos.

Las unidades de análisis se centraron en variables y en el criterio de selección de casos por árbol o voces.

Las variables sobre las cuales hemos trabajado fueron la implementación del derecho real de superficie edilicia en el derecho comparado. A esos fines hemos estudiado: Alemania (parágrafos 1012 y 1017 del Cód. Civil de 1900 y Ordenanza de 1919), Austria (Cód. Civil de 1811 y ley de 1912), Bélgica (Ley de 1924), Bolivia (arts. 203/208 del Cód. Civil), Canadá

(arts. 1110/1118 del Cód. de Québec de 1991), Cuba (arts. 219/225 del Cód. Civil de 1988), España (arts. 287/290, Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana), Francia (implícitamente reconocida en el art. 553 del Cód. Civil), Holanda (arts. 101/105, Cód. Civil de 1992), Italia (arts. 952/956, Cód. Civil de 1942), Japón (arts. 265/269 del Cód. Civil de 1896), Perú (arts. 1030/1034 del Cód. Civil de 1984), Portugal (arts. 1524/1542, Cód. Civil de 1967) y Suiza (art. 779 del Cód. Civil y ley de 1965), entre otros.

Cierto fue que un estudio de todos esos sistemas, importó exceder el marco objeto de estudio de la presente tesis. En razón de ello, se han seleccionado tres países extranjeros.

En relación al continente antiguo, hemos considerado aconsejable circunscribirnos a España, atento a nuestra raíz histórica.

Respecto del continente americano, se ha hecho lo propio con Perú por haber integrado parte de nuestro virreinato y pertenecer al mismo bloque jurídico, el continental romanista; y Cuba, atento a su diferente concepción de la propiedad, que disiente con la que fue concebida en nuestro país.

La elección azarosa obedeció, además de a las razones expuestas, a la intención de abocarnos al tratamiento de distintas realidades socio-jurídico-económicas que nos han resultado interesantes.

En España se ha reglado el derecho real de superficie en su modalidad pura; es decir, la edilicia aunque –en cierto modo y grado- también, forestal. En tanto que en Perú, se lo ha hecho en sus dos modalidades: forestal y edilicia; y en Cuba, con las particularidades propias del sistema en manos del Estado.

Esa diferente concepción nos brindó una multiplicidad de carismas jurídicos basados en la necesidad de otorgar circulación en el mercado de los capitales inactivos, con independencia de quien hubiese de ostentar la titularidad del suelo.

En base a ese estudio pudimos elaborar un esquema de ideas básicas sobre la investigación que nos propusimos llevar a cabo (Ramírez, 1996) y que nos indujo a plantearnos la hipótesis sobre la cual trabajamos, a los fines de validarla o refutarla, con el resultado de la investigación de nuestra tesis.

La hipótesis la hemos formulado bajo el siguiente precepto: El principal efecto que imprime el derecho real de superficie edilicia en el marco de la

propiedad horizontal es la viabilidad de su concertación en un marco de seguridad jurídica.

Ello nos indujo a trazar un objetivo general y algunos específicos.

El objetivo general que impusimos es: Circunscribir los efectos del derecho real de superficie edilicia en torno al derecho real de propiedad horizontal.

De éste devinieron seis objetivos específicos, a saber:

1) Analizar la conveniencia de la concertación de un derecho real de superficie edilicia sobre parte de una heredad, en la cual se ha concertado un derecho real de propiedad horizontal, a fin de evitar los efectos típicos de extinción de la superficie edilicia en torno a los adquirentes de unidades funcionales.

2) Realizar un estudio crítico de la legislación argentina en relación a la problemática que se suscitara en el tema planteado.

3) Exponer y comentar el derecho real de superficie edilicia y sus efectos en relación al derecho de propiedad horizontal y al derecho real de dominio.

4) Comparar, analizar y estudiar el derecho real de superficie edilicia y el derecho real de propiedad horizontal en torno a los principios rectores en materia de creación de los derechos reales.

5) Estudiar y evaluar las dimensiones sociológicas y psicológicas en nuestro sistema positivo en relación al derecho real de superficie edilicia y al derecho real de propiedad horizontal.

6) Analizar la evolución legislativa realizada respecto al derecho real de superficie edilicia y al derecho real de propiedad horizontal en relación a los efectos de la constitución de aquél en relación a éste.

En el inicio de nuestro proyecto elegimos el empleo de un método directo con un tipo de diseño no experimental y transversal, con alcance descriptivo.

El método ha sido directo en cuanto hemos determinado las condiciones del conocimiento por medio del análisis reflexivo (Tamayo y Tamayo, 2003).

Nuestra investigación fue objetiva por cuanto reflejó una realidad teórica no implementada, aún en la realidad de los hechos; por constituir su esencia un derecho real que apenas cuenta con un poco más de año de vida en nuestra legislación.

La forma de investigación que reflejamos fue la básica, atento a que confrontamos la teoría con la realidad y mediante ella se produjo un nuevo conocimiento, aunque no resolvió el problema en sí y no constituyó una propuesta de intervención profesional. El tipo fue no experimental y transversal.

El diseño no experimental se centró en el análisis respecto de cuál fue el estado de las variables identificadas en los contextos político, histórico, social y económicos que imperaban en esa actualidad.

La transversalidad se relacionaba con nuestra recolección de datos, textos, legislación y doctrina, con el propósito de descubrir y analizar sus incidencias y su interrelación en la realidad jurídica y fáctica.

Una vez que decidimos ello, esbozamos el índice sobre el cual hemos trabajado, dividido –cual anticipamos- en diez capítulos, con más uno dedicado al estado del arte.

Los capítulos los intitulamos del siguiente modo:

1) Capítulo 2: El derecho de propiedad

Se abordaron temáticas tales como la: evolución histórica, la protección constitucional, las diferencias con el derecho real de dominio, a éste en la Argentina y en la legislación extranjera (Canadá, Perú, España, Uruguay y Brasil) y su vinculación con el derecho real de superficie.

2) Capítulo 3: Derecho real de superficie: Antecedentes históricos.

Se trataron los siguientes temas: el derecho romano, el derecho germánico, el derecho italiano y el derecho español.

3) Capítulos 4, 5 y 6: Derecho real de superficie en el Derecho Español, En el Derecho Peruano y en el Derecho Cubano.

Se analizaron: la concepción del derecho de propiedad, los derechos reales; y, en especial el derecho real de superficie.

4) Capítulo 7: El derecho real de superficie en el derecho argentino bajo la mirada del Código Civil, los Proyectos y las Jornadas Nacionales.

Estudiamos el concepto del derecho real de superficie, a éste junto con los otros derechos reales proscriptos en el Código Civil derogado, los Proyectos de modificación del Código Civil (Bibiloni, 1936, 1954, 1987, 1993,

1998 y 2012) y las Jornadas Nacionales de Derecho Civil en las que se abordó la temática.

5) Capítulo 8: El derecho real de superficie forestal.

Afrontamos temas referidos a su concepto, las peculiaridades de la implementación de la Ley N° 25.509 y al derecho real de superficie edilicia, en su totalidad.

6) Capítulo 9: El derecho real de superficie edilicia bajo la égida del Código Civil y Comercial de la Nación.

Nos instruimos con temas tales como algunas particularidades del régimen derogado y los diversos tópicos que conforman el derecho real de superficie en la legislación vigente.

7) Capítulo 10: El derecho real de superficie edilicia y el derecho real de propiedad horizontal.

Nos referimos al tema del derecho real de propiedad horizontal, las discordancias y concordancias entre el derecho real de propiedad horizontal y el derecho real de superficie edilicia y la sobreelevación.

8) Capítulo 11: El derecho real de superficie edilicia y su causa fuente. Sus implicancias.

Dedicamos especial atención a la constitucionalización del derecho privado, al contrato y sus características, al principio de la autonomía de la voluntad, a la libertad de contratación, al principio creador en materia de derechos reales, a las nuevas formas de propiedad, al derecho real de superficie en su causa fuente y a las posibles formas de concertación del contrato mediante el cual se establecería una superficie edilicia en el sistema de la propiedad horizontal.

En relación al resultado de nuestra investigación podemos decir que, como resultado obtuvimos grandes hallazgos referidos a la implementación del derecho real de superficie edilicia en el derecho real de propiedad horizontal. También que, celebramos con beneplácito el comprobar nuestra hipótesis, al haber descubierto y corroborado las bondades del sistema.

Capítulo 13: Conclusiones

El presente trabajo se ha enmarcado en la órbita de los derechos reales y su incidencia en los derechos personales. Específicamente, en los derechos reales de superficie, en su modalidad edilicia y de propiedad horizontal y los contratos, como causa fuente, generadora de aquélla.

Nos indujo a trabajar las implicancias que produce la concertación de un derecho real de superficie edilicia en el derecho real de la propiedad horizontal, atento la novedad de la recepción legislativa, desde la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, en agosto de 2015.

Partimos del planteo de una hipótesis, que formulamos bajo el siguiente texto: El principal efecto que imprime el derecho real de superficie edilicia en el marco de la propiedad horizontal es la viabilidad de su concertación en un marco de seguridad jurídica.

En este contexto nos surgió un interrogante, como eje rector, de esta investigación: ¿Cuáles son los efectos que imprime el derecho real de superficie edilicia respecto del derecho real de propiedad horizontal?.

Una vez planteada, hicimos lo propio con un objetivo general y seis específicos, a fin de abordar las distintas variables que nos orientaría a dar solución a la pregunta; y de ese modo, corroborar la hipótesis.

Como objetivo general nos impusimos el circunscribir los efectos del derecho real de superficie edilicia en torno al derecho real de propiedad horizontal.

Y como específicos, a los siguientes:

1) Analizar la conveniencia de la concertación de un derecho real de superficie edilicia sobre parte de una heredad, en la cual se ha concertado un derecho real de propiedad horizontal, a fin de evitar los efectos típicos de extinción de la superficie edilicia en torno a los adquirentes de unidades funcionales.

2) Realizar un estudio crítico de la legislación argentina en relación a la problemática que se suscitara en el tema planteado.

3) Exponer y comentar el derecho real de superficie edilicia y sus efectos en relación al derecho de propiedad horizontal y al derecho real de dominio.

4) Comparar, analizar y estudiar el derecho real de superficie edilicia y el derecho real de propiedad horizontal en torno a los principios rectores en materia de creación de los derechos reales.

5) Estudiar y evaluar las dimensiones sociológicas y dikelógicas en nuestro sistema positivo en relación al derecho real de superficie edilicia y al derecho real de propiedad horizontal.

6) Analizar la evolución legislativa realizada respecto al derecho real de superficie edilicia y al derecho real de propiedad horizontal en relación a los efectos de la constitución de aquél en relación a éste.

Trazados ellos, decidimos estructurar la obra en diez capítulos; además de otros tres, referidos al estado del arte y el presente.

El primero, de los destinados al cumplimiento de lo expuesto, lo dedicamos al estudio del derecho de propiedad, por considerar que nuestro esquema básico de análisis debe partir desde allí.

Adentrados en el tema pudimos concluir que, como instituto del derecho natural, inherente a toda persona, es un derecho que goza de protección constitucional.

Para ostentar tal calidad, se debió partir de una propiedad colectiva (Humphreys, 2014) o comunitaria (Musto, 2000), que no evolucionó uniformemente en todos los pueblos (Hedemann, 1995). Largo camino tuvo que recorrer hasta llegar a la concepción actual (Louzan de Solimano, 1993; Badeni, 2002; Borda, 1994 y Novillo Corvalán, 1979; párr. 21, Encíclica *Mater et Magistra*, Papa Juan XXIII, 1961. En el mismo sentido: Encíclica *Rerum Novarum*, Papa León XIII, 1891; Encíclica *Quadragesimo Anno*, Papa Pío XI, 1931 y Encíclica *Papolorum Progressio*, Papa Paulo VI, 1967, Fleitas Ortiz de Rosas, 1975; Moisset de Espanes, 1994).

En Argentina, la propiedad ha nacido como un derecho individual, de tradición romanista, cuya esencia se ha plasmado en la regulación de fondo civilista (Kiper y Otero, 2010; Highton, 1983; Humphreys, 2014; Novillo Corvalán, 1979; Mariani de Vidal, 1989; Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1997 y Smayevsky y Humphreys, 2005). Aunque nació casi absoluta, la reforma de la Ley 17711, suavizó la absolutez. Senda que continúa el Código Civil y Comercial de la Nación.

La Constitución de la Nación Argentina protege a la propiedad en sus diversas formas (Preámbulo, arts. 14, 17, 18, 28, 32, 75, inc. 12, art. 75, inc. 17 y 75, inc. 22). Ella comprende todo lo que un hombre puede tener más allá de toda materialidad (SC Buenos Aires, 1979; CSJN, 1922 y CSJN, 1925).

Entonces, concluimos que la propiedad, es el género, en tanto que el derecho real de dominio, su especie (Goldenberg y Humphreys, 2004; Alberdi, 1993, p. 17; Bidart Campos, 2001; Badeni, 2004; Bidart Campos, 2001; Dalla Vía, 2006; Gelli, 2008; Linares Quintana, 1979; Humphreys, 2014; CS, 1994, 1934, 1944, 1959 y 2004, entre otros).

El dominio, cual define el art. 1941 del Código Civil y Comercial de la Nación, es el derecho que otorga las mayores facultades a un titular y es el más extenso y pleno que una persona puede tener. Su estudio (Alterini, Ameal y López Cabana, 1998; Armella, 2015; Árraga Penido, 1996; Avendaño Valdez, 2011; Bono, 1997; Bressan, 1999; Camerini, 2011; Carregal, 2010; Cifuentes y Sagarna, 2005; Favier Dubois (h.), 2010; Flah y Smayevsky, 1996; García, 1996; Hayus, 2005; Highton, 1983; Highton, Mosset Iturraspe, Paolantonio y Rivera, 1995; Humphreys, Edmund y Humphreys, Ethel, 2014; Humphreys, 2014; Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003; Iturbide, 2011; Juyent Bas y Molina Sandoval, 2007; Kiper y Lisoprawsky, 2012 y 2014; Kiper, 1997, 2012, 2015 y 2016; Lisoprawsky, 1998 y 2007; López de Zavalía, 1995; Malumián, Diplotti y Gutiérrez, 2006; Mariani de Vidal y Abella, 2016; Melkevik, 2012; Molina Sandoval, 2009; Papaño, Kiper, Dillon y Causse, 1993; Vázquez, 1998; Vázquez Iruzubieta, 2016; CCiv. y Com., Bell Ville, 1993; CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 1980; CCiv. y Com., Morón, Sala II, 1997; CNCiv., Sala C, 1965; CNCiv., sala D, 1980; CS, 1981 y 1982; *Cpde Civil Du Québec*; Código Civil Peruano; Constitución y Código Civil Españoles; Código Civil Uruguayo; Código Civil Francés; el Código Civil de Brasil) nos permite afirmar que la superficie constituye un tipo de dominio desmembrado y que conculca el carácter de la absolutez, atento a que con su concertación el titular dominial cede sus facultades de uso y goce.

También que, el dominio se caracteriza por su accesión, por cuanto todo lo accesorio sigue la suerte del principal y se extiende a todos sus objetos y accesorios, prolongándose por debajo y por encima del suelo; y que el derecho

real de superficie se encuentra íntimamente vinculado al derecho de propiedad.

El segundo capítulo, lo destinamos a analizar los antecedentes históricos del derecho real de superficie. Su génesis no es pacífica (González, 1922), no obstante la mayoría de los autores la sindicán en el derecho romano (Maynz, 1993; Bonfante, 2002; Peña Guzmano y Arguello, 1955; Castán Tobeñas, 1994; entre otros).

A los fines de comprender la exégesis del derecho real de superficie se han seleccionado cuatro pueblos y se ha intentado realizar una prieta síntesis del contexto histórico – político – socio – económico. Los derechos de los pueblos señalados que hemos elegido han sido: el derecho romano – Chaumoun (1957); Di Pietro (1999); Novello (2004); Pastori (1962); Petit (2007); Zaera García (2002) y las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil-, el derecho alemán –Baumarkt (2010); Fernández Salas (2012); Von Oefele y Karl (2008); Zimmermann (1996); BGB-, el derecho español -Castán Tobeñas (1994); Díaz Bautista (1987); Diez Picazo y Gullón (1977); González Martínez (2009); González (1922); Margadant (1960); Munguijón y Adrián (1927); Pantoja y Llovet (1861); Richard (2011); Código Civil y leyes complementarias; Filosofía & Derecho (2011); Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado (2016); Historia Universal (2010)- y el derecho italiano –Alterini (1997); De los Mozos (1972); Gonzalez Fortunatti (2014); Código Civil-, entre otros. Las razones que lo motivaron fue su rica trayectoria jurídica que será abordada en los acápite posteriores.

Entonces, nos encontramos en condiciones de sostener que el derecho real de superficie es una herramienta jurídica con una historia larga que se remonta hasta el Derecho Romano. Si bien su génesis, tal vez ha sido discutida, es la labor del pretor quien obsta a su nacimiento.

El derecho de superficie ha nacido como un derecho personal, como una especie de locación con connotaciones propias. Luego el pretor le dio protección al superficiario, legitimándolo con un interdicto. El derecho romano postclásico fue el momento en el cual se le otorgó el carácter de derecho real (Roca Sastre, 1961). Su primera protección fue el interdicto de *superficiebus* y luego, la *actio de superficie* (Alvarez Caperochipi, 1987).

La superficie nació como un remedio a una situación poblacional, con su carácter edilicio. Razones económico sociales fueron las que motivaron su creación y la concepción de una propiedad separada del suelo.

Lo propio aconteció en Alemania y en Italia. Italia, a diferencia de Alemania, proscribió expresamente la superficie forestal. España, en cambio, ha admitido los dos tipos de superficies: la edilicia y la forestal.

El tercer capítulo lo dedicamos al derecho español. La elección de España como objeto de estudio y comparación con el derecho real que rige en la Argentina obedece a que las raíces de nuestro derecho han sido cimentadas sobre sus bases.

El derecho de superficie en el derecho español se encuentra regulado en diferentes estamentos. Tres tipos de superficie son las reconocidas por régimen jurídico del viejo continente, a saber: rústica (regulada en La Ley de Montes Vecinales de 1980 y en el art. 30 del Reglamento Hipotecario), superficie urbana (regulada en los arts. 1611 y 1654 del Código Civil, art. 107 de la Ley Hipotecaria y art. 16 del Reglamento Hipotecario) y urbanística (reglada por el sistema del PGOU).

Las dos primeras guardan similitud con las modalidades que contempla la legislación argentina -forestal y edilicia-.

A diferencia del régimen jurídico imperante en la Argentina, existen varias normas dispersas en varias legislaciones que contemplan el derecho real. No obstante ello, la esencia del derecho es conteste con el de la Argentina -Álvarez Caperochipi (2005); Avendaño Arana (1999); Blasco Gascó y Cechini Rosell (2001); Castán Tobeñas (1957); Cooter (2004); Corvo López (2010); De Los Mozos (1993); Díez-Picazo (1997); González (2008); Planiol (1996); Ramirez Cruz (2003); Roman García (1994); Torres Lana (1991); Torres Vásquez (2006); Vide (2010 y 2016); Constitución, Código Civil, Reglamento Hipotecario, Ley de Suelo y ccdantes; Sup.Trib.Constitucional, en pleno (1987)-

. En el cuarto capítulo analizamos al derecho peruano. Lo seleccionamos por integrar el continente americano y haber integrado, su territorio, parte de nuestro virreinato y por pertenecer al mismo bloque jurídico que la Argentina: el continental romanista.

La realidad jurídica de ese país hoy en día nos demuestra que, si bien ha avanzado en la consideración del derecho real de superficie como un

derecho autónomo; su avance no es completo, atento a que ha quedado fuera de esa órbita, la modalidad forestal.

La peculiaridad que destaca al sistema jurídico peruano en relación al derecho real de superficie es que sólo es admitido en una de sus modalidades: la edilicia –Avendaño (2009); Cárdenas Quiros (1983); Castañeda (1952); Maish Von Humboldt (1984 y 1985); Peña Bernaldo de Quiroz (1986); Puig Brutau (1974); Rioja Bermudez (2009); Romero Romaña (1974); Valencia Zea (1958); Constitución, Código Civil, Ley de Expropiación N° 9124 y concordantes; Sentencias del Superior Tribunal Constitucional-.

En el Código Civil del Perú se dedican cinco artículos a la regulación del derecho real. Tal vez, un tanto genéricos, si se los compara con el Código Civil Argentino. No obstante ello, el ser considerado como un derecho autónomo, desde la última reforma del Código Civil (1984), importa un avance importante, conteste con las legislaciones mundiales.

En el quinto capítulo abordamos el derecho cubano, atento a que reviste aristas sumamente interesantes, partiendo de su concepción política y social.

La doctrina socialista ha impregnado de sus bases al sistema jurídico cubano, que ha debido *aggiornarse* a las distintas realidades y eventos sociales, políticos y económicos que le ha tocado atravesar como país.

Esos cambios se han visto reflejados en materia de derechos reales; y más específicamente, en el derecho real de superficie. Es en razón de ello, entre tantas otras, que este país ha sido seleccionado para su análisis.

La concepción del derecho de propiedad en el sistema jurídico cubano difiere de la del derecho argentino. En Cuba la propiedad es concebida con miras a los principios que rigen la propiedad estatal socialista. En ese ámbito, bajo el plexo normativo vigente, si bien se le reconoce garantía constitucional, se la construye en base a tres tipos diferentes. La propiedad cubana se clasifica en tres tipos: la propiedad estatal socialista, que pertenece a todo el pueblo, la propiedad colectiva y la propiedad individual.

El derecho de superficie es concebido en su modalidad pura, que es la superficie edilicia. Una peculiaridad presenta este derecho, bajo la égida del Código Civil Cubano, que es que sólo puede ser constituida por el Estado o por las cooperativas de producciones agropecuarias.

Si bien el Código Civil establece el plazo máximo de duración de cincuenta años, también se contempla la superficie perpetua. Ella tiene por finalidad, la de dotar de viviendas a quienes tengan en miras su construcción y bajo las modalidades que establece la normativa especial -Álvarez Tabío (1981); Cutie Mustelier y Méndez López (2008); Fernández Bulté (2008); Mir Pérez (2008); Mustelier (1997); Pérez Royo (2003); Rodríguez Saif (1999); Villabella Armengol (2002); Constitución, Código Civil; Decreto Ley 50/1992; Ley General de Viviendas y concordantes-.

La regulación del derecho de superficie en Cuba ha tenido un sostenido desarrollo. Los cambios económicos, sociales, políticos y jurídicos que ha experimentado han llevado a contemplar al derecho real de superficie con las vicisitudes señaladas.

El sexto capítulo fue destinado al abordaje del derecho real de superficie en el derecho argentino bajo la mirada del Código Civil, los Proyectos y las X, XIX y XXV Jornadas Nacionales.

El derecho real de superficie guarda estrecha vinculación con el derecho de propiedad. Así, por cuanto impone el establecimiento de dos propiedades desmembradas sobre un mismo inmueble. Ellas difieren en contenido, ámbito de aplicación y alcances.

El derecho real de dominio ha ido sufriendo transformaciones y ha evolucionado con el devenir de los acontecimientos políticos, económicos y sociales. Es en virtud de ello que *aggiornarse* a ellos y acompañarlos, era la única vía idónea.

El derecho de superficie ha impuesto un apartamiento de la concepción romana y de la velezana (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003), que posteriormente será desarrollada.

El último siglo estuvo marcado por un auge del urbanismo, que ha creado nuevas necesidades. El mantenimiento de capitales inactivos contraría no sólo el fin comunitario que se pretende hacer cumplir a la propiedad, sino el interés individual del titular a quien le resulta antieconómico (Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa, 2003).

Esa, entre otras fue una de las causas que motivó la creación del derecho de superficie como un derecho real. Primero, lo fue en su modalidad forestal; luego, también, edilicia –Allende (1985 y 1988); Alterini, J. H. (1986);

Andorno (2000); Bellotti (2000); Calegari de Grosso (2002); Capón Filas (1985); Castan Tobeñas (1951); Cornejo (1989); Cura Grassi (1998); Dassen y Vera Villalobos (1962); De la Riva (2016); Flah y Smayevsky (1988); Gatti (1984); Goldenberg (1998); Goldenberg y Gómez de La Lastra (1998); Gutiérrez Zaldívar (2000); Highton (1988); Humphreys (2014 y 2016); Humphreys, Barbieri, Benincasa y Espinosa (2003); Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón (1989); Kiper (1988 y 2016); Mariani de Vidal y Abella (2015); Levaggi (1992); Puerta de Chacón (2001); Pujol de Zizzias y Linares de Urrutigoity (2002); Ripert y Boulanger (1956); Roca Sastre (1961); Spota (1988); Taiana de Brandi y Brandi (2002); CNCiv., Sala G (1984 y 1985); Ley N° 25.509; Código Civil y Comercial de la Nación; entre otros-.

El séptimo capítulo lo circunscribimos al estudio del derecho real de superficie forestal y el octavo a la superficie regulada en la actualidad.

El derecho, como ciencia jurídica, en el devenir diario, caracterizado por su dinamismo, acoge las carestías de la sociedad. La mayor parte de esas necesidades se relacionan con temas de contenido económico.

En base a esas consideraciones fue que se consideró imperiosa la necesidad de la creación del derecho de superficie como un derecho real.

La legislación positiva acogió a la superficie forestal (2001), bajo el número de Ley N° 25.509. Pero sólo la sancionó en una de sus modalidades: la forestal. De este modo, sólo se permitió su aplicación a la forestación y a la silvicultura. La ley alejándose de la orientación del derecho comparado, mantiene la prohibición de la superficie sobre construcciones y en postura singular la reconoce sólo en el ámbito agrario (Alterini, 2011).

El derecho real de superficie forestal obsta al impedimento del mantenimiento de capitales inactivos (De Los Mozos, 1991); y de este modo, varios sujetos obtienen ventajas económicas de una misma cosa (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, 1989).

La superficie indica la inversión no sólo en la forestación; sino también otros rubros, como maquinarias (Gurfinkel de Wendy, 2001). El superficiario al gozar de seguridad jurídica tiende a concertar este tipo de contratos.

Su ámbito de aplicación refiere sólo a la forestación y a la silvicultura, que se encuentran constreñidas y complementadas por lo normado por la Ley N° 25.080, Ley de Inversiones para Bosques Cultivados. Esta última ley

fomenta con desgravaciones las inversiones forestales. Su finalidad tuitiva permitirá que se realicen inversiones a largo plazo con una cuota de riesgo menor junto con un costo menor.

En prieta síntesis, y en aras a los países no referenciados podemos afirmar que: Alemania (parágrafos 1012 y 1017 del Cód. Civil de 1900 y Ordenanza de 1919), Austria (Cód. Civil de 1811 y ley de 1912), Bélgica (Ley de 1924), Bolivia (arts. 203/208 del Cód. Civil), Canadá (arts. 1110/1118 del Cód. de Québec de 1991), Cuba (arts. 219/225 del Cód. Civil de 1988), España (arts. 287/290, Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana), Francia (implícitamente reconocida en el art. 553 del Cód. Civil), Holanda (arts. 101/105, Cód. Civil de 1992), Italia (arts. 952/956, Cód. Civil de 1942), Japón (arts. 265/269 del Cód. Civil de 1896), Perú (arts. 1030/1034 del Cód. Civil de 1984), Portugal (arts. 1524/1542, Cód. Civil de 1967) y Suiza (art. 779 del Cód. Civil y ley de 1965), entre otros, han admitido el derecho de superficie.

También afirmar que Alemania, Suiza e Italia receptaron en su legislación la modalidad del derecho real de superficie, en su modalidad pura, o sea solamente contemplando las construcciones como objeto del derecho. Francia, Portugal, Japón, el Código de Quebec, Holanda contemplan el derecho de superficie tanto referido a construcciones, como a plantaciones. En la misma línea se ubica el reciente Código Civil de Brasil, que rige a partir del año 2003, que hace alusión tanto al derecho de plantar como al de construir (Abreut de Begher, 2015).

El art. 2.114 del Código Civil y Comercial de la Nación establece el concepto del derecho real de superficie bajo el siguiente texto:

El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

Es el derecho de construir, plantar o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o

forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado (Kiper, 2016).

El derecho real de superficie, tal como se encuentra regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación, la admite en su modalidad amplia: forestal y edilicia.

Ello obsta a una mejor circulación de la economía, que se traduce en mayores ventajas tanto para el titular dominial como para el superficiario a la hora de invertir y/o generar recursos en base a los propios.

A los fines de dotar de seguridad jurídica tanto al titular del suelo como al superficiario, la ley intenta delimitar sus derechos y obligaciones; así como también el alcance del instituto y su ámbito de aplicación.

El derecho real de superficie edilicia es el nuevo derecho real admitido, en esta vertiente. Mediante su concertación se procurará dar respuesta, cual se ha hecho en otros países, a déficits habitacionales imperantes y evitará el juego del mercado en relación al valor de la propiedad -Abreut de Begher (2016); Andorno (1982); Braidot (2015); Cornejo (2001); Cossari y Luverá (2002); De Reina Tartiere (2003); Díaz Reyna (1993); Diez-Picazo y Gullón (1998); Goldenberg (2003); Humphreys (2014 y 2016); Iturbide (2015); Iturbide (2016); Kiper (2007, 2015 y 2016); Mariani de Vidal y Abella (2015); Mariani de Vidal (2012); Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1997); Slemenson (2002); Smayevsky, Corna, Vázquez y Alterini (2011); entre otros-.

La posibilidad de concertarla en otro derecho real, como es el de propiedad horizontal, constituye el núcleo de análisis de la tesis. Así por cuanto, la extinción del derecho real de superficie, aparejará diferentes consecuencias jurídicas y económicas para quienes concerten con el superficiario, derechos reales y personales.

En noveno capítulo establecimos los principales lineamientos del derecho real de propiedad horizontal, donde le brindamos especial abordaje al derecho de sobreelevación.

El Código Civil y Comercial ha receptado los cambios que la doctrina y la jurisprudencia han sostenido como necesarias; además de intentar abarcar las nuevas realidades arquitectónicas existentes en la actualidad -Alterini (2012); Bilvao Aranda (2016); Borda (1974); Causse (2011); Goldenberg y Humphreys (2004); Gurfinkel de Wendy (2013); Highton (1979); Humphreys (2014, 2015 y

2016); Kemelmajer de Carlucci (1999); Kiper (2015 y 2016); Laje (1949); Laquis y Siperman (1966); Laquis (1989, 1958 y 1985); López Domínguez (1946); Mariani de Vidal (1979); Papaño, Kiper, Dillon y Causse (1997); Raisberg e Iturbide (2012); Salas (1955); Salas, Trigo Represas y López Mesa (1999); Silvestre de Aimo y Quintana (1985); Spota (1961); Zannoni (1977); CNCiv., Sala D (1957); CNCiv., sala H (1998); entre otros-.

Como resultado de su tratamiento podemos afirmar y celebrar con beneplácito la incorporación del Consejo de Propietarios y los Subconsorcios. Además de tratamientos ampliados que se le han dado a institutos existentes.

En el décimo capítulo emprendemos el estudio de la causa fuente del derecho real de superficie edilicia, los contratos e intentamos dar posible solución a circunstancias fácticas que nos hemos planteado en el inicio de nuestra tesis, en relación a las distintas implicancias.

La autonomía de la voluntad es el principio que rige en materia de creación de los derechos personales, con las características, alcances y efectos reseñados.

La causa fuente de los derechos reales son los derechos personales; y, más específicamente, los contratos. En ellos las partes encuentran plena libertad de contratación, que se ve constreñida por el sistema creador de los derechos reales, que es el del *numerus clausus*. Éste les impone la estructura a la cual deberá adecuarse, conforme a las previsiones legales.

El orden público campea en materia de derechos reales. Su contenido institucional obsta al acotamiento y *cuasi* no juego de la autonomía de la voluntad.

Lo cierto es que la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura, son sancionadas con nulidad.

No obstante ello, será el magistrado, quien en definitiva habrá de determinar si lo pactado carece de todo valor como derecho real. Es decir, si se está frente a un derecho real permitido o a un derecho personal (Mariani de Vidal y Abella, 2012).

El principio de estructura legal o *numerus clausus*, junto con su derivado: la tipicidad, conforman el eje rector en materia de creación de los derechos reales. Como tales le imprimen un coto al principio de la autonomía de la

voluntad, que rige en materia de creación de los derechos personales, en virtud del orden público que campea a los derechos reales.

En base a lo expuesto se ciñe la seguridad jurídica que impera el espíritu creador de los derechos reales, que encuentran su causa fuente en los derechos personales; y más específicamente, en los contratos.

Importante es reseñar que las realidades contractuales modernas han producido una modificación estructural en los alcances y en la estructura de los derechos reales y han incido en las nuevas formas de propiedad reglada en materia de derechos reales. En ellas la autonomía de la voluntad no se encuentra completamente constreñida.

Lo cierto es que, a los fines de la constitución de un derecho real de superficie, no podrá imprimírsele la conformación de un contrato típico regulado en el Código Civil y Comercial de la Nación. A esos efectos, deberán adecuarse las normas que rigen en el ámbito de los derechos personales, a la conformación de un tipo contractual innominado. De este modo se imprimirá, en el marco de su confección, a las características que impone el orden público privado, en miras al cumplimiento del principio rector en materia de creación de los derechos reales. En ese ámbito, la autonomía de la voluntad, encontrará su coto en la determinación de las cláusulas integradoras del acuerdo de voluntades –Alterini (1981); Bidart Campos (2001); Diez Picazo (2008); Freytes (2013); Gardella (2001); Hofft (1999); Humphreys (2014 y 2016); Junyent Bas y Garzino (2015); Kemelmajer de Carlucci (2015); Kiper (2015 y 2016); Kitainik (2015); López de Zavalía (2014); López de Zavalía (2016); Martínez (2015); Minyersky (2014); Moset Iturraspe (2004); Nino (1989); Orgaz (2009); Rosseau (1750); Stiglitz (2012); Tozzini (2012); Weingarten (2003); CS (1958, 1961, 1971, 1986 y 2012); entre otros-.

De todo lo analizado podemos concluir que, se puede prever una amplitud conceptual del derecho real de propiedad horizontal, como eje rector de una comunidad de habitantes de un inmueble edificado, cuyas normas pueden ser aplicadas a otros derechos reales de similares características.

Cierto es que ha hecho caer en derrotero la discusión sobre su naturaleza jurídica o denominación; como así también, las diversas definiciones que se han dado del instituto, estableciendo su concepto.

El derecho de sobreelevación o sobreconstrucción de los propietarios titulares de unidades funcionales de un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal, es un derecho personal, con las características sindicadas en el desarrollo. Este se diferencia del derecho real de superficie edilicia, por cuanto ambos pertenecen a diferentes categorías de derechos, además de las consecuencias propias que cada instituto acarrea.

En el supuesto de la sobreelevación, lo construido pasa a integrar parte del inmueble edificado, perteneciendo su titularidad a quien o quienes lo hayan efectuado.

En cambio, en el supuesto de realizarse una construcción en un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal bajo el derecho real de superficie edilicia, extinguido este derecho, su titularidad pasará a ser del Consorcio de Propietarios.

Bibliografía

Bibliografía Capítulo 2

- Alberdi, J. B. (1993). *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Buenos Aires: Librería El Foro.
- Alterini, A. A., Ameal, O. J., López Cabana, R. M. (1998). *Derecho de Obligaciones* (2ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Armella, C. N. (2015). *Contratos Conexos. LLBA, Supl. Esp. Cod. Civil y Com. de la Nac. Contratos*, 203-205.
- Árraga Penido, M. O. (1996). Dominio sobre inmuebles: requisitos constitutivos. *JA 1996(II)*, 921-923.
- Avendaño Valdez, J. (2011). Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/37884660/Codigo-Civil-Comentado-Tomo-v-Peruano-Derechos-Reales>.
- Badeni, G. (2002). Reflexiones sobre la propiedad privada. *LL*, 2002(B), 896-898.
- Borda, G. A. (1994). Un grave avance sobre propiedad privada. *LL*, 1994(B), 970-972.
- Barreira, D. E. (1999). El Fideicomiso de garantía y la ley de quiebras. *ED*, 217-574.
- Bidart Campos, G. (2001). *Tratado de derecho constitucional argentino* (T. I-B) (ed. ampl. y actualiz. a 1999-2001) (1ª reimp.). Buenos Aires: Ediar.

- Melkevik, B. (2012). El nuevo Código Civil de Québec y los derechos humanos: el paradigma de un nuevo derecho común. Recuperado de <http://www.eumed.net/rev/historia/04-05/codigo-civil-quebec.html>.
- Bono, G. (1997). Fideicomiso. Algunos aspectos de la ley 24.441, *Separata de anales. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba* (T. XXXV), 123-126.
- Borda, G. A. (1994). Un grave avance sobre propiedad privada. *LL*, 1994(B), 970-973.
- Bressan, P. (1999). Negocio jurídico Fiduciario. Sus aspectos obligacionales. En B. Maury de González (Dir.). *Tratado Teórico Práctico de Fideicomiso*. (pp. 211-226). Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Cumyn, C. (2002). Reflexiones sobre el derecho civil de Quebec. Recuperado de http://dspace.usc.es/bitstream/10347/7750/1/pg_062-071_dereito11-1.pdf.
- Camerini, M. (12 de octubre de 2011). El Fideicomiso de garantía y la rendición de cuentas. *LL*, 1-3.
- Carregal, M. (2008). *Fideicomiso*. Buenos Aires: Heliasta.
- Cifuentes, S. (Dir.) y Sagarna, F. A. (Coord.) (2005). *Código Civil Comentado y Anotado* (T. III) (1ª ed.) (2ª reimpr.). Buenos Aires: La Ley.
- Dalla Vía, A. (2006). *Derecho constitucional económico* (2ª ed.) Buenos Aires: LexisNexis.
- Favier Dubois, E. (h) (8 de noviembre de 2010). Fideicomiso y régimen societario. *LL*, 1-3.

- Flah, L. R. y Smayevsky, M. (1996). *La securitización y la promoción de la vivienda*. Buenos Aires: Abeledo- Perrot.
- Fletias Ortiz de Rosas, A. M. (1989). Doctrina cristiana y tercera posición frente al derecho de propiedad. *LL*(157), 1234 -1235.
- García, E.B. (1996). El concepto de propiedad en el Código Civil Napoleónico, *Rev. Clínica de Derecho* (vol 23) (Nº 1). España, 7-12.
- Gelli, M. A. (2008). *Constitución de la Nación Argentina. Comentada y concordada* (T. I) (4ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Goldenberg, A. E. y Humphreys, E. (2004). *Régimen de la Propiedad Horizontal. La ley 13.512 y su reglamentación. Comentada y anotada. Normativa complementaria*. Buenos Aires: LexisNexis.
- Hayzus, J. R. (2005). *Fideicomiso* (2ª ed.). Buenos Aires: Astrea.
- Hedemann, J. W. (1955). *Derechos reales* (Trad. P. Diez y E. González) (T. II). Madrid, España: Revista de Derecho Privado.
- Highton, E. I. (1983). *Dominio y usucapión (primera parte). Dominio. Caracteres. Contenido. Relación de vecindad. Dominio imperfecto*. Buenos Aires: Hammurabi.
- Highton, E. I., Mosset Iturraspe, J., Paolantonio, M. y Rivera, J. C. (1995). *Reformas al derecho privado*. Santa Fe: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Humphreys, Edmund y Humphreys, Ethel (2014). Fideicomiso Financiero. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (Comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (Coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. IV) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

Humphreys, E. (2015). La propiedad horizontal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 339-466). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2015). Privilegios y los Derechos Reales. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 875-890). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2014) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (Comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (Coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. V) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (Comp. y Coord. gral.) y J. López Cerviño (Coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. V) (pp. 179-217, 223-286 y 317-355). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (Comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (Coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. V) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

Humphreys, E., Barbieri, P., Benincasa, J. C. y Espinosa, M. C (2003). El derecho real de superficie y la superficie forestal. *JA*, 2003 (III), 1161 – 1165.

Iturbide, G. (2011). *El fideicomiso de garantía*. Buenos Aires: Hammurabi.

Junyent Bas, F. y Molina Sandoval, C. A. (2007). Bases para una reforma del régimen del Fideicomiso. A propósito de la necesidad de su inscripción. *LL*, 2007(C), 782-184.

- Kiper, C. M. (2015). Superficie. En C. M. Kiper (Dir.). *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)* (pp. 237-292). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Kiper, C. M., (2016). *Tratado de Derechos Reales* (T. II). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Kiper, C. M. y Otero, M. C. (2010). *Prescripción adquisitiva* (2ª ed. actualiz. y ampl.). Buenos Aires: La Ley.
- Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. (2012). *Tratado de Fideicomiso* (T. I) (3ª ed.). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.
- Kiper, C. M. - Lisoprawski, S. (2012). Liquidación judicial de un Fideicomiso inmobiliario. *LL* 2012(A), 340-343.
- Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. (2014). Insuficiencia del patrimonio Fiduciario y su liquidación en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/1199/2014.
- Linares Quintana, S. V. (1979). *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional* (T. V) (2ª ed.). Buenos Aires: Plus Ultra.
- Lisoprawski, S. (1998). La invalidez del Fideicomiso unilateral y la autoafectación de bienes en Fideicomiso. *LL*, 1998(D), 1364-1366.
- Lisoprawski, S. (2007). Los fondos fiduciarios públicos. Necesidad de una legislación específica. *LL*, 2007(C), 1092-1095.
- López de Zavalía, F. (1995). *Teoría de los contratos* (T. V). Buenos Aires: Zavalía.
- Louzán de Solimano, N. D. (1993). *Curso de historia e instituciones del derecho romano* (4ª ed.). Buenos Aires: Editorial de Belgrano.

- Malumián, N. y Diplotti, A. G. - Gutiérrez, P. (2006). *Fideicomiso y securitización. Análisis legal, fiscal y contable* (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Mariani de Vidal, M. (1989). *Curso de Derechos Reales* (T. I). Buenos Aires: Zavalía.
- Mariani de Vidal, M. y Abella, A. (2016). *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial* (T. 1). Buenos Aires: Zavalía.
- Moisset de Espanes, L. (1994). El derecho de propiedad y las Constituciones de la República Socialista de Rumania (1965) y de la República Popular de Bulgaria. *ED*(52), 37-49.
- Molina Sandoval, C. (2009). *El Fideicomiso en la dinámica mercantil*. Buenos Aires: Euros Editores.
- Musto, N. J. (2000). *Manual de Derechos Reales* (T. 1). Buenos Aires: Astrea.
- Neirotti, J. E. (2006). *Manual Práctico de Fideicomiso*. Santa Fe: Nova Tesis.
- Novillo Corvalán, S. (1979). El dominio en el Código Civil. Hacia la verdad de su doctrina, *LL*(9), 61-64.
- Orelle, J. M. R., Armella, C. M. y Causse, J. R. (1995). *Financiamiento de la vivienda y de la construcción*. Buenos Aires: Ad-Hoc.
- Papaño, R. J., Kiper, C. M., Dillon, G. A. y Causse, J. R. (1997). *Derechos reales* (T. I) (Reimpr.). Buenos Aires: Depalma.
- Smayevsky, M. y Humphreys, E. (2005). Derechos Reales (Parte Especial). En M. Smayevsky (Dir.). *Derecho Económico I* (pp. 234-247). Buenos Aires: La Ley.

Vázquez, G. A. (1998). Dominio fiduciario: ¿Unidad o pluralidad de regímenes?.
JA, 1998(III), 850-853.

Vázquez Iruzubieta, C. (2016). Recuperado de <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/comentario-articulo-codigo-civil-59731361>.

Fuentes de información

Jurisprudencia

CCiv. y Com., Bell Ville, 22/06/1993, *LLC*(1994), 209-211.

CCiv. y Com., Junín, 09/05/1984, *LL*, 1985(A), 233-235.

CCiv. y Com., Morón, Sala II, 27/02/1997, *LLBA*, 1997, 201-203.

CCiv. y Com. San Isidro, sala I, 02/10/1980, *LLO*, AR/JUR/7355/1980.

CNCiv., Sala C, 05/11/1976, "Quiroga, Remedios c/Viale, Victoriano", *ED*(71),
399-401.

13/12/1965, *LL*(121), 550-552.

CNCiv., sala D, 26/08/1980, *ED*(96), 214-215.

C1a Civ. y Com., La Plata, Sala III, 23/05/1974, *ED*(56), 564-565.

CS, 16/12/1922, "Bordieu, Pedro E. c/Municipalidad de la Capital Federal".

16/04/1922, *Fallos*(154), 327.

20/08/1925, "Horta José c/Harguindeguy Ernesto".

16/12/1925, "Mango Leonardo c/Traba Ernesto".

07/05/1981, *ED*(94), 248-249.

02/03/1982, *LL* del 30/04/1982, 2-4.

SC Buenos Aires, 11/09/1979, *LL*, 1979, 1208-1209.

Leyes

Bases de la Legislación Civil de la URSS. Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/detalis.jsp?id=14892>.

Código Civil del Brasil. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil.html>.

Código Civil de España. Recuperado de <http://www.civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.html>.

Código Civil del Perú. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil de Québec, Canadá. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Código Civil de Uruguay. Recuperado de
www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Uruguay.pdf

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de
<http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.html>.

Constitución de España. Recuperado de
<http://www.derechoshumanos.net/constitucion/index.htm?gclid=CKezi8-Noc0CFQklkQodgQ0Eng>.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Recuperado de
<http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derchos.html>.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de
<http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana española. Recuperado de
<http://www.boes.es-DocumentoBOE-A-1956-7013>.

Reglamento Hipotecario Español. Recuperado de
<http://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/reglamento-hipotecario.html>.

Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos Recuperado de http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7B7FF67C95%7D&softpage=Document42.

Otras fuentes

Encíclica *Mater et Magistra*, Papa Juan XXIII, 1961. Recuperado de http://www.w2.vatican.va/content/John-xxiii/es/encyclicals/documents/hf-j-xxiii_enc_1051961_mater.html.

Encíclica *Rerum Novarum*, Papa León XIII, 1891. Recuperado de http://www.w2.vatican.va/content/woxiii/es/encyclicals/documents/hf_IXII_enc_15051891_rerum-novarum.htm.

Encíclica *Quadragesimo Anno*, Papa Pío XI, 1931. Recuperado de http://www.w2.vatican.va/content/pius-xi/es/encyclicals/documents/hf_p-xi_enc_19310515_quadragesimo-anno.htm.

Encíclica *Quadragesimo Anno*, Papa Pío XI, 1931 y Encíclica *Papalorum Progressio*, Papa Paulo VI, 1967. Recuperado de http://www.w2.vatican.va/content/paul-vi/es/encyclicals/documents/hf_p-vi_enc_26031967-papalorum.html.

Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

OAS. Recuperado de https://www.oas.org/juridico/mla/sp/can/sp_can_fuentes.html.

Reg. Murcia. Recuperado de http://www.regmurcia.com/servlet/s.SI?sit=c,98,m,3361,&r=ReP-25832-DETALLE_REPORTAJES.

Bibliografía Capítulo 3

- Alterini, J. H. (1997). Derecho real de superficie. Recuperado de <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/28729.pdf>.
- Alvarez Caperochipi, J. A. (1987). *Curso de derechos reales* (T. II). Madrid: Civitas.
- Baumarkt, J. (2010). Erbbaurecht - wie funktioniert das? (Trad. libre de S. N. Ellwardt). Recuperado de <http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das>.
- Bonfante, P. (2002). *Instituciones de Derecho Romano* (6ª ed.). Madrid: Reus.
- Castán Tobeñas, J. (1994). *Derecho Civil Español común y foral* (T. II). Madrid: Reus.
- De los Mozos, J. L. (1972). *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Madrid: Reus.
- Di Pietro, A. (1999). *Derecho Privado Romano*. Buenos Aires: Depalma.
- Díaz Bautista, A. (1987). *Estudios sobre la banca bizantina: negocios bancarios en la legislación de Justiniano*. España: Universidad de Murcia.
- Diez Picazo, L. y Gullón, A. (1977). *El Derecho de superficie en el Reglamento Hipotecario. Derecho de cosas* (Vol. III). Madrid: Tecnos.
- Fernández Salas, J. C. (2012). El derecho de superficie. Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5110739.pdf>.

González, J. (1922). *El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.

González Fortunatti, F. (2014). Recuperado de <http://biblioteca-fag.blogspot.com.ar/2014/05/54-codigo-civil-italiano-de-1942.html>.

González Martínez, J. (2009). *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil* (T. II). Madrid: Civitas.

Margadant, G. F. (1960). *El derecho privado romano*. Méjico: Esfinge.

Maynz, C. (1993). *Curso de Derecho Romano* (2ª ed.) (Trad. D. Antonio José Pou y Ordinas). Barcelona: Jaime Molinas.

Munguijón y Adrián, S. (1927). *Historia del Derecho Español*. Madrid: Labor S.A.

Novello, V. A. (2004). Ponencia: El Derecho de Superficie: de Roma a la actualidad. El caso de Argentina y Brasil (XIV Congreso Latinoamericano de Derecho Romano -U.B.A.-).

Pantoja, J. M. y Llovet, A. M. (1861). *Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las Leyes y Código extranjeros; comparadas con las disposiciones de la legislación española que han servido de precedente para redactarla, precedida de una introducción histórica y de la exposición de motivos y fundamentos*. (T. I). Madrid: Librería De D. Leocadio López.

Pastori, F. (1962). *La Superficie nel Diritto Romano*. Milano: Giuffré.

Peña Guzman, L. A. y Arguello, L. R. (1955). *Derecho Romano* (T. II). Madrid: TEA.

Petit, E. (2007). *Tratado elemental de derecho romano* (23ª ed.). Méjico: Porrúa.

Prieto Bances, R. (1948). *La legislación del rey de Oviedo. Estudios sobre la monarquía asturiana*. Oviedo: Instituto de estudios asturianos.

Richard, J. A. (2011). *Fernando III: Cruzado y Santo*. Madrid: Absalon.

Roca Sastre, R. (1961). Ensayo sobre el derecho de superficie. *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario*. Recuperado de <http://vlex.com/vid/ensayo-derecho-superficie-340826>.

Von Oefele, H. F. y Karl W. (2008). *Handbuch des Erbbaurechts* (4a ed.) (Trad. libre de S. N. Ellwardt). München: C.H. Beck.

Zaera García, A. B. (2002). El negocio de las rentas inmobiliarias en Roma: la explotación de la Insula. Chile: *Rev. de Estudios Histórico-Jurídicos*. Recuperado de <http://www.rehj.cl/index.php/rehj/article/view/361/341>.

Zimmermann, R. (1996). An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law). (Trad. libre). En EBKE, Werner y Matthew Finkin. *Introduction to German Law*. Londres: C.H. Beck.

Otras fuentes

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1946-2453>.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/31/pdfs/BOE-A-2015-11723>.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2015/10/31/pdfs/BOE-A-2015-11723.pdf>.

Derecho & Filosofía. Recuperado de <http://derecho-filosofia.blogspot.com.ar/2011/05/enfiteusis.html>.

Historia universal. Recuperado de <http://www.historialuniversal.com/2010/3/segunda-guerra-punica-cartago-roma.html>.

Historia universal. Recuperado de <http://www.historialuniversal.com/2010/3/segunda-guerra-punica-cartago-roma.html>.

The Cardozo Electronic Law Bulletin. Recuperado de http://www.jus.unitn.it/cardozo/Obiter_Dictum/codciv/home.html.

Bibliografía Capítulo 4

Alabardejo, M. (2002). *Derecho Civil. Derecho de bienes* (T. III). Barcelona, Madrid: Bosch.

Álvarez Caperochipi, J. A. (2005). *Curso de Derecho Civil*. Granada: Comares.

Alonso Pérez, M. T. (2000). *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y subedificación*. Madrid: Colegio de Registradores.

- Avendaño Arana, F. (1999). Eliminación del "Numerus Clausus" en los Derechos Reales. *Themis. Seminario El Código Civil de 1984: Reforma o Enmiendas. Nuevas corrientes en el Derecho Civil*, 91-112. Lima.
- Bassols Coma, M. (1992). La constitución económica. *Revista de Derecho Político* (36), 277-290.
- Blanquer Uberos, R. (2007). *Acerca del derecho de superficie*. Madrid: Librería La Jurídica S.L.
- Blasco Gascó, F. y Cechini Rosell, X. (2001). Artículos 348 a 350. En J. Rams. (Coord.). *Comentarios al Código Civil* (T. III) (pp. 95-142). Barcelona: Bosch.
- Castán Tobeñas, J. (1957). *Derecho civil español, común y foral. Derecho de cosas. Propiedad y derechos reales restringidos* (T. II) (9ª ed.). Madrid: Reus.
- Cooter, R. D. (2004). Análisis Económico del derecho de propiedad. *Revista Themis* 48, 257-274.
- Corvo López, F. M. (2010). *El derecho de sobreedificación y subedificación, y su integración en el régimen de propiedad horizontal*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- De La Iglesia Monge, I. (2000). *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2ª ed.). Madrid: Colegio de Registradores.
- De Los Mozos, J. L. (1993). Delimitación de la propiedad en sentido vertical. *Revista de Derecho Privado. El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica*, 290-298. Madrid.

Díez-Picazo, L. y Ponce de León, L. (1976). Autonomía privada y derechos reales. En *Libro homenaje a R. Ma. Roca Sastre* (pp. 276-289). Madrid: Gráficas Cóndor.

(1991). Estudios sobre la Constitución española. En *Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría (De los derechos y deberes fundamentales)* (Vol. 2), (pp. 1257-1270). Cívitas. Madrid.

(1997). *Sistema de Derecho Civil* (Vol. I) (9ª ed.). Madrid: Tecnos.

Díez-Picazo y Ponce de León, L. y Gullón Ballesteros, A. (1998). *Sistema de Derecho Civil. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario y Registral* (V. III) (6ª ed.). Madrid: Tecnos.

Espilez Murciano, M. Á. (2009). El derecho de superficie y el titular catastral. *Revista CT Catastro*, 66, 36-47. Madrid.

González, J. (2008). Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1925, 11-34. Madrid.

Guimerá Peraza, M. (1961). *El derecho de subsuelo (aguas subterráneas)*. Madrid: Librería A & M Jiménez.

Lacruz Berdejo, J. L. (1979). *Elementos de Derecho Civil* (T. III). Barcelona: Dykinson.

Mariño Pardo, F. (2015). El derecho de superficie. Recuperado de <http://www.franciscomarinpardo.es/mis-temas/39-civil-derechos-reales/125-tema-53-el-derecho-de-superficie>.

Matheu Delgado, J. A. (2011). *Derechos de vuelo y subsuelo: doctrina registral y jurisprudencial*. Madrid: Librería La Jurídica S.L.

- Pérez Cánovas, N. (1988). Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 735-759. Madrid.
- Pérez de Ontiveros, C. (2003). *Derecho de sobreedificación y subedificación*. Madrid: Colegio de Registradores de España.
- Pérez Luño, A. E. y Rodríguez de Quiñones y Torres, A. (1996). Propiedad privada y herencia. En O. Alzaga Villamil (Dir.). *Comentarios a la Constitución española* (T. III). (pp. 508-541). Madrid: Editoriales de Derecho Reunidas.
- Planiol, M. (1996). *Derecho civil: obra compilada y editada*. México: Georges Ripert. DF. Pedagógica Iberoamericana.
- Pulido Quecedo, M. (2001). *La Constitución española: con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional* (3ª ed.). Elcano (Navarra): Aranzadi.
- Ramírez Cruz, E. M. (2003). *Tratado de Derechos Reales: Teoría General*. Lima: Rodhas.
- Román García, A. (1994). *La Tipicidad en los Derechos Reales*. Madrid: Montecorvo S.A.
- Romero Coloma, A. M. (1998). Expropiación forzosa, función social de la propiedad y artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978. *Revista de Actualidad administrativa*, 29, 621-634.
- Rodríguez-Zapata Pérez, J. (2001). La propiedad privada: de cenicienta a derecho fundamental. *Revista general de legislación y jurisprudencia* (3ª época), 3, 601-620.
- Sanahuja, T. (1972). En torno al vuelo de las fincas urbanas. *Revista Jurídica de Cataluña*, 829 – 840.

Suárez Blázquez, G. (2011). *Edificación en altura. El negocio urbanístico - inmobiliario de la superficie en el derecho clásico*. Almería: Círculo Rojo – Investigación.

Torres Vásquez, A. (2006). *Derechos Reales* (T. I.). Lima: IDEMSA.

Torres Lana, J. A. (1991). Artículo 350. En J. L. Albácar López y J. A. Torres Lana. *Código civil. Doctrina y Jurisprudencia* (T. II). (pp. 162 -173). Madrid: Trivium.

Vide, C. R. (2010). *Derecho civil. Método y concepto*. Madrid: Reus.

(2016). Vuelo, suelo y subsuelo en la propiedad inmueble en el Código Civil español, *LLO, AR/DOC/475/2016*.

Vilalta Nicuesa, A. E. (2008). *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona: Librería Dykinson.

Villacañas González, P. (1953). La propiedad en sentido vertical. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 481–489. Madrid.

Fuentes de información

Jurisprudencia

Sup.Trib.Constitucional, en pleno, 26/04/1987, Sent N° 37/1987, II. Fundamentos jurídicos, pto. 1, 2º párr. Recuperado de http://www.congreso.es/constitucion/ficheros/sentencias/stc_037_1987.pdf).

Leyes

Código Civil español. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1889-4763>.

Código de las Leyes Civiles de Cataluña. Recuperado de http://www.boe.es/legislacion/codigos/codigo.php?id=150_Codigo_de_Leyes_Civiles_de_Cataluna&modo=1.

Constitución Española de 1978. Recuperado de <http://www.congreso.es/consti/constitucion/indice/titulos/articulos.jsp?ini=10&fin=55&tipo=2>).

Legislación Civil de Navarra. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1973-330>.

Ley 55/1980. Recuperado de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2009-5580.

Ley del Régimen del Suelo y Valoraciones Nº 6/1998. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-1998-8788>.

Ley del Suelo Nº 8/2007. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2007-10701>.

Ley 8/2013, de rehabilitación, regeneración y renovación urbanas. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2013-6938.

Ley 1922. Recuperado de http://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-1922-501.

Ley del Suelo 2008 -Texto Refundido-. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-10792>.

Protocolo Adicional, del 20/03/1952, del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos y las Libertades Públicas, ratificado por España el 02/11/1990. Recuperado de http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf).

Real Decreto Legislativo Nº 2/2008. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2008-10792>.

Real Decreto Legislativo 1/2004. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2004-4163>.

Real Decreto Legislativo Nº 7/2015. Recuperado de <http://www.boe.es/boe/dias/2008/06/26/pdfs/A28482-28504.pdf>.

Reglamento Hipotecario o Reglamento para la Ejecución de la Ley Hipotecaria. Recuperado de <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1947-3843>.

Otras fuentes

Resolución DGRN, del 25 de junio de 1993. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/1993/06/25/index.php?s=6>.

Resolución DGRN -Dirección General de los Registros y del Notariado-, del 27/10/2007. Recuperado de <https://www.boe.es/boe/dias/2007/10/22/index.php?s=3>.

Resolución DGRN del 27 de octubre de 2008. Recuperado de https://www.boe.es/diario_boe/txt.php?id=BOE-A-2015-10545.

Resolución DGRN del 29 de enero de 2009. Recuperado de <http://www.notariosyregistradores.com/RESOLUCIONES/2009-JUNIO.htm>.

Bibliografía Capítulo 5

Abruña, A. y Baca, V. (2002). *Bases Constitucionales del Derecho Administrativo y "Las Fuentes"*. Lima: UDEP.

Ariasschreiber, M. y Cardenas Quiros, C. (2002). *Exégesis del Código Civil de 1984*. (T. V). Lima: Gaceta Jurídica.

Avendaño Arana, F. (2001). Reforma del libro de los derechos reales en el Código Civil Peruano. En *El Código Civil del siglo XXI (Perú – Argentina)* (pp. 620-649). Lima: Themis.

Avendaño Valdez, J. (2000). El derecho de propiedad, el sistema Registral Peruano y la Reforma del Código Civil. Folio Real. *Revista peruana de Derecho Registral y Notarial* (Año 1) (N° 2), 97-111.

(2009). El derecho de propiedad en la Constitución. Recuperado de <http://dialnet-EIDerechoDePropiedadEnLaConstitucion-5109858.pdf>.

Borzutky Arditi, A. (1972). *El derecho de superficie*. Santiago: Andrés Bello.

Cárdenas Quiros, C. (1983). El derecho real de superficie. Pontificia Universidad Católica de Lima: *Derecho*, 37, 7-30.

- Cárdenas Quiroz, C. (2000). Registros Públicos, clasificación de los bienes y transferencia de la propiedad (Del Código Civil de 1852 a la reforma del Código Civil de 1984). Folio Real. *Revista peruana de Derecho Registral y Notarial*, 1(3), 13-58.
- Castañeda, J. E. (1952). *Instituciones de Derecho Civil, los Derechos Reales*. (T. 1). Lima: Castrillón Silva S.A.
- Chanamé Orbe, R. (2006). *Comentarios a la Constitución* (3ª ed.). Lima: Jurista Editores.
- De los Mozos, J. L. (1974). *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Madrid: Ministerio de la Vivienda. Secretaría General Técnica. Servicio Central de Publicaciones.
- De Soto, H. (2000). *El misterio del Capital*. Lima: El Comercio S.A.
- Dromi, R. (2004). *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Ciudad Argentina.
- García Pelayo, M. (1980). *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. Madrid: Alianza.
- González, J. (1922). *El derecho real de superficie*. Madrid: Librería General de Victoriano Suárez.
- Guilarte Zapatero, V. (1966). *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi.
- Gullon Ballesteros, A. (1960). *La superficie urbana*. Sevilla: Instituto García Oviedo. Universidad de Sevilla.
- Machado Carpenter, J. (1962). *Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie*. Madrid: Revista de Derecho Privado.

- Maisch Von Humboldt, L. (1982). *De los Derechos Reales. Proyecto para un nuevo Libro Cuarto del Código Civil y Exposición de Motivos*. Lima: Editorial Desarrollo S.A.
- Maisch Von Humboldt, L. (1988). En D. Revoredo de Debakey (compil). *Exposición de Motivos y Comentarios*. (T. V) (pp.123-129). Lima: - Editorial Desarrollo S.A.
- Maisch Von Humboldt, L. (1984). *Los Derechos Reales*. (3ª ed.). Lima: Librería Studium.
- Martínez López-Muñiz, J. (1986). *Introducción al derecho administrativo*. Madrid: Tecnos S.A.
- Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial*. (T. 1.1). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa América.
- Peñarán Flores, J. C. (2016). El régimen económico en la Constitución Política de 1993. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/45100170/EL-REGIMEN-ECONOMICO-EN-LA-CONSTITUCION-POLITICA-DE-1993>.
- Pérez Pérez, E. (1995). *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales.
- Peña Bernaldo de Quiroz, M. (1986). *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*. (2ª ed.). Madrid: Universidad de Madrid.
- Planiol, M. y Ripert, G. (1996). *Derecho Civil* (T. I). Méjico: Edit. Pedagógica Iberoamericana.
- Puig Brutau, J. (1974). *Fundamentos de Derecho Civil*. (Vol. 1) (2ª ed.). Barcelona: Bosch.

Rioja Bermudez, A. (2009). El derecho de propiedad en las sentencias del tribunal constitucional. Recuperado de <http://blog.pucp.edu.pe/blog/seminariotallerdpc/2009/12/23/el-derecho-de-propiedad-en-las-sentencias-del-tribunal-constitucional/>).

Roca Sastre, R. M. (1961). Ensayo sobre el derecho de superficie. En: *Revista Crítica del Derecho Inmobiliario. Número extraordinario conmemorativo del primer centenario de la Ley Hipotecaria de 1861*, pp. 54-81.

(1968). *Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch.

Rubio Correa, M. (2004). *Para conocer la Constitución Política de 1993*. Lima: Ed. PUCP.

Romero Romaña, E. (1947). *Derecho Civil. Los Derechos Reales (T. 1) (2ª ed.)*. Lima: P.T.C.M.

Toyama Miyagusuku, J. (2005). *La Constitución Comentada (T. I)*. Lima: Gaceta Jurídica.

Valencia Zea, A. (1958). *Derecho Civil, Derechos Reales (T. 1) (5ª ed.)*. Bogotá: Themis.

Wolf, M. (1944). *Tratado de Derecho Civil. Derecho de Cosas*. Barcelona: Bosch.

Fuentes de información

Jurisprudencia

Corte Suprema, Sala Civil, Expte. N° 47995 (Exp. N° 479-95). Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-v.pdf>.

Expte. N° 1649-97. Recuperado de <https://andrescusi.files.wordpress.com/2014/03/codigo-civil-comentado-tomo-v.pdf>.

Trib. Constitucional del Perú, expte. N.° 06403-2006-PA/TC. Recuperado de <http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 0008-2003-AI/TC. Recuperado de <http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 7455-2005-HC. Recuperado de <http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 0774-2005-HC/TC. Recuperado de <http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 02736-2004-AA. Recuperado de <http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 00005-2006-AI. Recuperado de <http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° C0048-2004-PI. Recuperado de
<http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 00018-2007-AI. Recuperado de
<http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 006-2008-PI-TC, Recuperado de
<http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N°. 03343-2007-PA/TC, Recuperado de
<http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Expte. N° 0008-2003-AI/TC. Recuperado de
<http://jaimemati.blogspot.com.ar/2015/09/derechos-fundamentales-articulo-2.html>.

Leyes

Código Civil de Perú. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Constitución Política del Perú – JNE. Recuperado de <http://portal.jne.gob.pe/.../CONSTITUCION%20POLITICA%20DEL%20PERU.pdf>.

Ley de Expropiación N° 9124. Recuperado de http://www.ttn.gov.ar/leyes/ley_nac_exp.htm.

Bibliografía Capítulo 6

- Álvarez Tabío, F. (1981). *Comentarios a la Constitución Socialista*. La Habana: Pueblo y Educación.
- Carrasco Perera, Á. (2000). *Introducción al Código Civil y leyes civiles cubanas*. Cuenca: Universidad de Castilla – La Mancha.
- Cutie Mustelier, D. y Méndez López, J (2008). La propiedad en Cuba. *Foro Constitucional Iberoamericano 2006-2008*(13), 45-71. Cuba.
- Castellanos, D. (2016). Cuba: La vivienda, las leyes y el hombre. Recuperado de http://www.diariodecuba.com/cuba/1438628244_16109.html.
- Fernández Bulté, J. (1997). El enfoque constitucional cubano de los Derechos Humanos y su protección. *Revista del IIDH 1997*, 129-141.
- (2008). Cien años sin soledad. *Foro Constitucional Iberoamericano 2006-2008*(13), 3-21. Cuba.
- Garibaldi, O. M. y Kirby, J. D. (2002). Los derechos reales a la propiedad en la Cuba post – Castro. Recuperado de http://ctp.iccas.miami.edu/Research_Studies/GaribaldiSPA.htm.
- Grivanov, V. (1987). *Derecho civil soviético*. La Habana: Pueblo y Educación.
- Mir Pérez, J. (2008). *Aplicación de las Leyes fundamentales de la Reforma Agraria Cubana*. La Habana: Ediciones ONBC (Organización Nacional de Bufetes Colectivos).

Mustelier, D. (1997). El Derecho a la Protección del Medio ambiente en el contexto latinoamericano. *Revista de la Universidad Eugenio María de Hostos de la Editorial Barco de Papel*, 47-75. Puerto Rico.

Pérez Gallardo, L. (2016). Breves notas sobre el Código Civil cubano a propósito de los veinte años de su promulgación. Especial referencia al derecho de las obligaciones y contratos. Recuperado de <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/breves-notas-sobre-el-codigo-civil-cubano-a>.

Pérez Royo, J. (2003). *Curso de Derecho Constitucional*. Madrid: Marcial Pons.

Rapa Alvarez, V. (1999). *Manual de derecho de Propiedad y otros derechos sobre Bienes*. La Habana: Félix Varela.

Rodríguez Saif, M. (1999). *Repercusión de la Reforma Constitucional en el Derecho de Propiedad y otros Derechos Sobre Bienes*. Cuba: Santiago de Cuba.

Villabella Armengol, C. (2002). *Los derechos humanos. Consideraciones teóricas de su legitimación en la Constitución Cubana*. La Habana: Félix Varela.

Villabella Armengol, C. (2002). *La axiología de los derechos humanos en Cuba*. La Habana: Feliz Varela.

Triav León, A. (1956). *Derechos reales*. La Habana: Librería Martí.

Fuentes de información

Leyes

Código Civil cubano 1988. Recuperado de [https://www.ecured.cu/C%C3%B3digo_Civil_\(Cuba\)](https://www.ecured.cu/C%C3%B3digo_Civil_(Cuba)).

Código Penal Cubano (Ley N° 62, de 1987). Recuperado de <http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/cu/cu004es.pdf>.

Constitución de Cuba de 1976. Recuperado de <http://pdba.georgetown.edu/Constitutions/Cuba/cuba1976.html>.

Constitución de Cuba de 1992. Recuperado de http://www.cubanet.org/htdocs/ref/dis/const_92.htm.

Decreto-ley 50/1992. Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Decreto-ley 211, de julio de 2000. Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Decreto-Ley 288 de 2011. Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Decreto-ley, de febrero de 2001. Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Ley N° 65 (1988). Recuperado de <http://www.cubanet.org/htdocs/ref/dis/vivienda.htm>.

Ley General de Viviendas (1988). Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Ley de Procedimiento Civil, Administrativo y Laboral. Recuperado de <http://legislacion.sld.cu/index.php?P=DownloadFile&Id=444>.

Ley de Reforma Urbana (1960). Recuperada de <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/indercom/cont/41/leg/leg8.pdf>.

Resolución 2/91. Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Resolución 10/2006. Recuperado de <http://juriscuba.com/legislacion-2/decretos-leyes>.

Segunda Ley General de la Vivienda, 1988. Recuperado de http://www.cubonet.org/htdocs/ref/dis/vivienda_12.htm.

Bibliografía Capítulo 7

Albardejo, M. (2002). *Derecho Civil* (T. III). Barcelona: Bosch.

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

(1967). *Panorama de derechos reales*. Buenos Aires: La Ley.

(1985). *Los derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*. LL, 1985(C), 566-569.

(1988). Derecho real de superficie. *Encuentro de Escritores Noveles*, 15-23.

Alterini, J. H. (11 de julio de 1972). Gravitación de la reforma al art. 2505 del Código Civil. *ED*, 1-4.

(1977). Derecho real de superficie. *Revista del Notariado* 1997 (850), 9-22.

(2007). Derecho real de superficie. Recuperado de <https://www.colegio-escribanos.org.ar/biblioteca/cgi-bin/ESCRI/ARTICULOS/28729.pdf>.

(2008). La seguridad jurídica y las incertidumbres en la usucapión de inmuebles. *LL*, 2008(D), 867-892.

(2011), Superficie Forestal. *LLO*, AR/DOC/5793/2011.

(2011). Derecho real de superficie. *LLO*, AR/DOC/6277/2011.

(2011). Nuevas formas de propiedad. *LLO*, AR/DOC/6505/2011.

(2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/4622/2012.

Alterini, J. H. (Dir.) y Alterini, I. (Coord.) Cossari, N. (Dir. del Tomo) (2015). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (T. X). Buenos Aires: La Ley.

Alterini, J. H. y Pratesi, J. C. (2012). Previsiones normativas contenidas en el proyecto de unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales, *LLO*, AR/DOC/545/2012.

Andorno, L. O. (1985). El derecho de superficie. *JA*, 1985(III), 653-658.

(2000). El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998. Recuperado de <http://www.cartapacio.edu.ar/ojs/index.php/tdc/article/viewFile/1027/954>.

(2002). El derecho de superficie forestal en el ordenamiento jurídico positivo argentino. *DJ*, 2002(2), 145-149.

Aratti, L. E. y Rocca, I. (2002). Derecho Real de Superficie forestal. *DJ*, 2002(2), 205-208.

Areán, B. (2003). *Derechos reales* (T. I). Buenos Aires: Hammurabi.

Atienza, M. (2001). *El sentido del Derecho*. Barcelona: Bosch.

Balán O. (2009). El IVA y las obras sobre inmueble propio. Objeto y sujeto. *Revista Práctica Profesional*, 2009(90), 46-49.

(2015). El nuevo derecho de superficie y su tratamiento impositivo. *LLO*, AR/DOC/3443/2015.

Ballesteros, L. (1993). *Sistema de Derecho Civil* (T. III). Madrid: Tecnos.

Barassi, L. (1952). *Diritti reali e possesso* (T. I). Milán: Giuffrè.

Barbero, D. (1967). *Sistema del Derecho Privado*. (T. II) (Trad: S. Sentís Melendo). Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Belloti, M. L. (2000). Los bienes, las cosas y el objeto de los derechos reales en el proyecto de Código Civil. *LL*, 2000(C), 1145-1147.

Brandi Taiana, M. M. (2000). Dominio fiduciario superficiario y algunas consideraciones sobre forestación y donaciones a terceros. *Revista de Ponencias de las XXV Jornadas Notariales Argentinas. Ponencias. Colegio Notarial de Mendoza*, 235-248.

Brandi Taiana, M. M. (2016). Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?. *LLO*, AR/DOC/2029/2016.

- Brandi Taiana, M. M. y Taiana de Brandi, N. A. (2002). Derecho de superficie forestal. *Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires* (868), 17-25.
- Cabuli, E. y Mihura de Estrada, B. (2016). Comentario al decreto 820/2016. *LLO, AR/DOC/2445/2016*.
- Calegari de Grosso, L. E. (2002). El derecho real de superficie forestal (ley 25509). *JA, 2002(III)*, 1295-1298.
- Calo, E. y Corda, T. A. (1985). *La multipropiedad. Principios teóricos. Precedentes doctrinales y jurisprudenciales. Legislaciones extranjeras*. Trad.: J. M. de la Cuesta Saenz. Madrid: Edersa.
- Capón Filas, M. J. (1985). El derecho de superficie en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *LL, 1985(E)*, 876-879.
- Caranta, Martín R. (septiembre de 2015). Un ensayo sobre el tratamiento tributario del nuevo derecho real de superficie. *Doctrina Tributaria Errepar*, 751/58.
- Castán Tobeñas, J. (1951). *Derecho civil español, común y foral* (T. II). Madrid: Reus.
- Castro y Bravo, F. (1985). *El negocio jurídico*. Madrid: Civitas.
- Causse, J. R. (2015). Comentario a la orden de servicio 45/2015 (D.P.R.P.) de la Provincia de Buenos Aires. *LLO, AR/DOC/3071/2015*.
- Clavero, B. (1974). *Mayorazgo. Propiedad feudal en Castilla 1369-1836*. Madrid: Siglo XXI.
- Constantino, J. A. (7 de enero de 2013). La propiedad horizontal en el Proyecto de Código. *LL*, 1-3.

Corna, P. M. (2015). Superficie, *LLO*, AR/DOC/3581/2015.

Cornejo, A. A. (1 de octubre de 1987). El derecho real de superficie en el proyecto de unificación civil y comercial. *LL*, 1-3.

(1989). Los derechos reales. *LL*, 1989(D), 985-988.

(1989). El objeto de los derechos reales. *LL*, 1989(D), 990-994.

Cossari, N. G. A. (2009). El Derecho Real de Superficie en los Albores del Siglo XXI. Recuperado de www.acader.unc.edu.ar.

(2015). Superficie. En J. H. Alterini. *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*. (T. X) (pp. 162-176). Buenos Aires: La Ley.

Cossari, N. G. A. y Cossari, L. R. N. (2015). Orden público en los derechos reales. *LLO*, AR/DOC/3989/2015.

Cossio, C. (1985). *Instituciones de Derecho Hipotecario*. Madrid: Bosch.

Cura Grassi, D. C. (1998). Algunas otras reflexiones sobre temas de derechos reales. Diferencia con los derechos personales. *DJ*, 1998(II), 534-537.

(2001). Derechos reales. Objeto. *DJ*, 33(XVII), 1087-1091.

Dassen, J. y Vera Villalobos, E. (1962). *Manual de derechos reales*. Buenos Aires, Argentina: TEA.

De la Riva, I. M. (2016). Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?. *LLO*, AR/DOC/416/2016.

- De los Mozos, J. L. (1991). *Estudio sobre derecho de los bienes*. Madrid, España: Montecorvo.
- De Reina Tartièrre, G. (2004). La tipicidad de los derechos reales. *LLO, AR/DOC/1694/2004*.
- Díaz Reyna, E. (1993). Derecho real de superficie forestal (comentario con motivo de un proyecto de ley). *LL, 1993(B)*, 903-906.
- Diez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (T. III) (5ª ed.) Pamplona: Thomson – Civitas.
- Díez Picaso, L. y Gullón, A. (1998). *Sistemas de Derecho Civil. Derecho de las cosas y Derecho Inmobiliario y Registral* (V. III) (6ª ed.). Madrid, España: Tecnos.
- (1976). *Autonomía y voluntad. En homenaje a Ramón Ma. Roca Sastre* (T. II). Madrid, España: Junta de Decanos de Colegios Notariales.
- Domingo Oslé, R. y Hayashi, N. (2000). *Código Civil Japonés*. Madrid-Barcelona: Marcial Pons.
- Enneccerus, L., Kip, T. y Wolff, M. (1936). *Tratado de Derecho Civil* (T. III – 1º). Trad.: Pérez González, B. y Alguer, J. Barcelona, España: Bosch.
- Gatti, E. (1984). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Fernández, L. O. (2013). Posible tratamiento del derecho de superficie en el impuesto a las ganancias. *Revista del 15º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina. EDICON* (julio), 217-221.
- Flah, L. R. y Smayevsky, M. (1988). Inclusión del derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial. *LL, 1988(C)*, 705-708.

- Fontoba, F. I. J. (1970). *Estado prehorizontal*, Buenos Aires: Rolandino.
- Franchini, M. F. (2005). Función social de la propiedad en la legislación argentina. *Revista Anales de la UNLP*(36), 214-220.
- (2013). Aportes sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código. *LLO, AR/DOC/2307/2013*.
- Gabas, A (2012). El derecho de superficie en la propiedad horizontal en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012. *Revista JA. Núm. Especial 2012(IV)*, 33-38.
- Galegari de Grosso, L. E. (1998). *Derechos Reales - Estudio a partir del caso judicial*. (T. I). Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Gardella, L. (2001). *Introducción al Derecho* (T. I). Rosario: CEDUCAR.
- Gatti, E. (1984). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gatti, E. y Alterini, J. H. (1974). *El derecho real. Elementos para una teoría general*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Gil Roca, E. (2013). Impactos fiscales de las modificaciones en el proyectado Código Civil y Comercial de la Nación en materia de derechos reales. *Revista del 15º Simposio sobre Legislación Tributaria Argentina. EDICON*, 138-141.
- Goldenberg, A. E., Derecho Real de Superficie: Su aplicación a las actividades productivas. *LL*, 2003(D), 1080-1083.
- (2004). *Ejecución Hipotecaria*. Buenos Aires: La Rocca.

Goldenberg, A. E. y Gómez de la Lastra, M. C. (1998). Los fondos fiduciarios de inversión directa y el derecho real de superficie. Pilares para el desarrollo argentino. *JA*, 1998(III), 7633-7636.

(2003). *Fondos de Inversión Directa y Fideicomiso*. Buenos Aires: La Ley.

Gómez de la Lastra, M. C. (2011). Superficie forestal y fondos de inversión directa. *LLO*, AR/DOC/5582/2011.

(2012). La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales. *LLO*, AR/DOC/5477/2012.

González Pérez, J. (1989). *Los derechos reales administrativos*. Madrid: Civitas.

Gurfinkel de Wendy, L. N. (2014). Superficie. En J. C. Rivera y G. Medina (Dirs.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. V) (pp. 690-701). Buenos Aires: La Ley.

(Dir.). (2015). *Derechos reales* (T. II). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

(2016). Cuestiones dudosas en torno al instituto de la propiedad horizontal, *LLO*, AR/DOC/1136/2016.

Gutiérrez Zaldívar, A. (1997). La venta de aire, del espacio aéreo, el derecho de superficie, los derechos reales suprimidos. *LL*, 1997(D), 781-784.

Highton, E. I. (1988). La multipropiedad en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *LL*, 1988(A), 739-742.

Humphreys, E. (2015). La propiedad horizontal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 339-466). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2015). Privilegios y los Derechos Reales. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 875-890). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2014) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 179-217, 223-286 y 317-355). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 6-48). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 185-225, 231-293 y 325-3362). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

Humphreys, E., Barbieri, P., Benincasa, J. C. y Espinosa, M. C (2003). El derecho real de superficie y la superficie forestal. *JA*, 2003(III), 1161–1165.

Iturbide, G. A. (2016). El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. *LLO*, AR/DOC/384/2016.

Kemelmajer de Carlucci, A. y Puerta de Chacón, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Kiper, C. M. (2015). Superficie. En R. L. Lorenzetti (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. IX) (pp. 737-761). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

(1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios abiertos. *LL*, 1988(E), 929-932.

(2015). Superficie. En C. M. Kiper (Dir.). *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)* (pp. 237-292). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

(2016). *Tratado de Derechos Reales* (T. II). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. (2012). El Fideicomiso en el Proyecto de Código. *LL*, 2012(E), 812-815.

Lacruz Berdejo, J. L. (2003). *Elementos de Derecho Civil* (T. III). Madrid, España: Dykinson.

Lafaille, H. y Alterini, J. H., (2010). *Tratado de los derechos reales* (T. IV) (2ª ed. actualiz. y ampl.). Buenos Aires: La Ley y Ediar.

Leiva Fernández, L. F. P. (1996). Posesión y Desalojo. *LL*, 1996(D), 574-579.

(2009). *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil*. (T. I). Buenos Aires: La Ley.

Levaggi, A. (1992). *Las capellanías en la Argentina*. Buenos Aires: Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Ambrosio L. Gioja" de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. U.B.A.

Linares de Urrutigoity, M. y Pujol de Zizzias, I. (2011). Objeto del derecho real de superficie (con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25509). *LLO*, AR/DOC/6347/2011.

Llerena, B. (1891). *Concordancias y comentarios del Código Civil Argentino* (T. VII). Buenos Aires: Imprenta y Librería de Mayo.

López de Zavalía, F. (1983). *Curso introductorio al derecho registral*. Buenos Aires: Astrea.

Machado, J. O. (1899). *Exposición y Comentario del Código Civil Argentino*. (T. VII). Buenos Aires: Félix Lajouane.

Mariani de Vidal, M. (1989). *Curso de Derechos Reales* (T. 1). Buenos Aires, Argentina: Zavalía editores.

(2002). Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. *LLO*, AR/DOC/4493/2001.

Mariani de Vidal, M. y Abella, A. N. (2016). *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial* (T. 1). Buenos Aires: Zavalía.

(2016). Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. LLO, AR/DOC/507/2016.

Mazzei, J. B. (2006). Derecho real de superficie forestal. Consideraciones sobre la publicidad registral. *Revista del Notariado del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires*(885), 57-61.

(2015). Registro de la Propiedad Inmueble. Provincia de Buenos Aires. Orden de servicio 45/2015. LLO, AR/DOC/3095/2015.

Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (T. III). Buenos Aires: EJEA.

Molina Quiroga, E. (2015). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: La Ley.

Molinario, A. (1965). *Derecho patrimonial y derecho real*. Buenos Aires: La Ley.

Morín, E. (1995). *Introducción al Pensamiento Complejo*. Barcelona: GEDISA.

Negri, J. (1953). *Régimen argentino de la propiedad horizontal*. Buenos Aires: Arayú.

Olivera, A. (1968). *A tipicidade dos direitos reais*. Lisboa: Petray.

Ots Capdequi, J. M. (1945). *Manual de Historia del Derecho español en las Indias y del Derecho propiamente indiano*. Buenos Aires: Losada.

Pertierra Cánepa, F. M. (2008). La evolución del pool agrícola al FID. *Cuadernillo de clases. Cátedra de Fideicomisos y FID. Master de Finanzas. Universidad del CEMA*.

Planiol, M. y Ripert, G. (1942). *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, Trad.: Díaz Cruz (T. III). La Habana, Cuba: Cultural.

Puerta de Chacón, A. (2001). Nueva versión del derecho real de superficie. *JA*, 2001(II), 837-841.

Puig Brutau, J. (1989). *Compendio de Derecho Civil* (T. III). Barcelona, España: Bosch.

(1994). *Fundamentos del derecho civil* (T. III) (Vol. 1º) (4ª ed.). Barcelona: Bosch.

Pujol de Zizzias, I. y Linares de Urrutigoity, M. (2001). Consideraciones en torno al derecho real de superficie. *Revista del Notariado*, 864, 71-76.

(2002). Consideraciones en torno al derecho real de superficie", *JA*, 2002(I), 929-934.

Racciatti, H. (1975). *Propiedad por pisos o por departamentos* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.

Rajmilovich, D. (2015). El derecho real de superficie y los beneficios impositivos que genera su utilización. Recuperado de <http://www.abogados.com.ar>.

Reich, R. B. (1993). *El Trabajo de las Naciones*. Buenos Aires: Vergara.

Ripert, G. y Boulanger, J. (1956). *Tratado de Derecho Civil*. Buenos Aires: La Ley.

Roca Sastre, R. M. (1961). Ensayo sobre el Derecho de superficie. *RCDI*, ed. separada de los nros. 392 – 393 de 1961, 3 – 15.

Roman García, A. (1994). *La tipicidad de los Derechos Reales. Autonomía Privada en la creación, modificación y extinción de las relaciones jurídico*

– reales. *Sistema de numerus apertus, sistema de numerus clausus*. Madrid, España: Montecorvo.

Ruiz Ojeda, A. (1999). *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos (Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española)*. Barcelona: Marcial Pons.

Salvat, R. M. (1961). *Tratado del Derecho Civil Argentino. Derechos Reales*. (5ª ed.) (actualiz. por: M. J. Argañarás). Buenos Aires: TEA.

Slemenson, H. B. (2001). Un nuevo derecho real: el derecho real de superficie forestal. *LLO*, AR/DOC/7816/2001.

Smayevsky, M.; Corna, P. M.; Vázquez, G. y Alterini, J. H. (2011). Derechos reales: objeto de los derechos reales, *LLO*, AR/DOC/6360/2011.

Spotta, A. G. (1988). La denominada unificación de la legislación civil y comercial. *LL*, 1988(A), 776-779.

Stratta, A. J. (1987). Las urbanizaciones especiales. Su organización y régimen dominial. Acotaciones al Decreto 9404/86 de la Provincia de Buenos Aires. *ED*(122), 916-917.

Highton, E. I. y Alvarez Juliá, L. (1993). *Nuevas formas de dominio. Clubes de campo. Cementerios y cementerios privados. Tiempo compartido o multipropiedad*. Buenos Aires: Ad-Hoc.

Taiana de Brandi, N. A. y Brandi Taiana, M. M. (2011). Derecho real de superficie forestal. *LLO*, AR/DOC/6212/2011.

Vázquez, G. A. (2001). El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998. En: *Estudio de responsabilidad civil: en homenaje al profesor Roberto López Cabana* (pp. 15-23). Madrid: Dykinson, S. L.

Fuentes de información

Eventos académicos

Conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Jurisprudencia

C. Nac. Civ., sala G, "Cincotta de Rebagliatti, Angélica y otros v. Arzobispado de la Ciudad de Buenos Aires". *LLO*, AR/JUR/937/1984.

CCiv. y Com., Santa Fe, Sala 1ª, 17/10/1973, *JA*, 21-1974-659

Leyes

Código Civil alemán. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/95748994/CODIGO-CIVIL-ALEMAN-DE-1900>.

Código Civil de España. Recuperado de <http://www.civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.html>.

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Ley N° 25.509. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70786>.

Ley de Enfiteusis. Recuperado de [http://historiaybiografias.com/oligarquia6/Constitución de la Nación Argentina](http://historiaybiografias.com/oligarquia6/Constitución%20de%20la%20Nación%20Argentina).

Otras fuentes

Proyecto de Reforma del Código Civil Biliboni. (1929). Buenos Aires: Valerio Abeledo.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1936. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1954. Recuperado de <http://es.slideshare.net/ninanor2003/bichachi>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1987. Recuperado de <http://es.slideshare.net/ninanor2003/bichachi>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1993. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil.pdf>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1993. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil.pdf>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 2012. Recuperado de Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1993. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil.pdf>.

Bibliografía Capítulo 8

Abatti, E. L. y Rocca, I. (h) (2002). *1500 Modelos de Contratos, Cláusulas e Instrumentos. Comerciales, Civiles, Laborales, Agrarios* (T. IV). Buenos Aires: Abacacia.

(2002). *Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Unificación con el Código de Comercio de 1998*. Buenos Aires: García Alonso.

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

Alterini, J. H. (2011). Derecho real de superficie. LLO, AR/DOC/6277/2011.

(2011). Superficie Forestal. LLO, AR/DOC/5793/2011.

(2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. LLO, AR/DOC/4622/2012.

Belluscio, A. y Zannoni, E. (1998). *Código Civil y leyes complementarias. Comentado, anotado y concordado*. (T. 7). Buenos Aires: Astrea.

Biondo, B. (1961). *Los bienes*. Barcelona: Bosch.

Borda, G. A. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales*. Buenos Aires: Perrot.

Bueres, A. y Highton, E. I. (2012). *Código Civil y Leyes Complementarias* (T. 5). Buenos Aires: Hammurabi.

Braidot, E. V. (2015). Superficie forestal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 611-631). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Calegari de Grosso, L. E. (1998). *Derechos Reales - Estudio a partir del caso judicial* (T. I). Buenos Aires: Abeledo - Perrot.

Cornejo, A. A. (1998). El objeto de los derechos reales. *LL*, 1989(D), 990-993.

Cossari, N. G. A. (2016). El Derecho Real de Superficie en los Albores del Siglo XXI. Recuperado de www.acader.unc.edu.ar.

Cura Grassi, D. (2001). Derechos reales. Objeto. *DJ*(33), 1087-1090.

Dassen, J. y Vera Villalobos, E. (1962). *Manual de derechos reales*. Buenos Aires: TEA.

Diez Picazo, L. y Ponce de León, L. (1980). *Estudios de Derecho Privado*. Madrid: Civitas.

De los Mozos, J. L. (1991). *Estudio sobre derecho de los bienes*. Madrid, España: Montecorvo.

(1974). *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística: Tratado de derecho urbanístico*. Madrid, España: Ministerio de la Vivienda.

Flah, L. R. y Smayevsky, M. (2001). Inclusión del derecho de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial (Como instrumento de promoción de la construcción de viviendas). *LLO*, AR/DOC/11721/2001.

Fontoba, F. I. J. (1970). *Estado prehorizontal*. Buenos Aires: Rolandino.

Franchini, M. F. (2013). Aportes sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/2307/2013.

Gatti, E. y Alterini, J. H. (1974). *El derecho real. Elementos para una teoría general*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Goldenberg, A. E. (2003). Derecho Real de Superficie: Su aplicación a las actividades productivas, *LL*, 2003(D), 1080-1082.

(2004). *Ejecución Hipotecaria*. Buenos Aires: La Rocca.

Gómez de la Lastra, M. C. (2012). La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales, *LLO*, AR/DOC/5477/2012.

(2011). Superficie forestal y fondos de inversión directa, *LLO*, AR/DOC/5582/2011.

González y Martínez, J. (1948). *Estudios de derecho hipotecario y derecho civil* (T. II). Madrid: Ministerio de Justicia. Sección de Publicaciones.

Gurfinkel de Wendy, L. (14 de febrero de 2001). Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie. *JA*, 2-6.

(2014). Superficie. En J. Rivera y G. Medina (dirs.), M. Esper (coord.). *Código Civil y Comercial de la Nación comentado*. (T. V) (pp. 689-709). Buenos Aires: La Ley.

Gutiérrez Zaldívar, A. (1997). La venta de aire, del espacio aéreo, el derecho de superficie, los derechos reales suprimidos. *LL*, 1997(D), 781-784.

Highton, E. I. (1988). La multipropiedad en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *LL*, 1988(A), 739-742.

Humphreys, E. (2015). La propiedad horizontal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 339-466). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2015). Privilegios y los Derechos Reales. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 875-890). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2014) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 179-217, 223-286 y 317-355). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y*

Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores (T. V) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 6-48). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 185-225, 231-293 y 325-3362). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

Humphreys, E., Barbieri, P., Benincasa, J. C. y Espinosa, M. C. (2003). El derecho real de superficie y la superficie forestal. *JA*, 2003(III),1161 – 1165.

Iturbide, G. A. (2016). El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. *LLO*, AR/DOC/384/2016.

Kemelmajer de Carlucci, A. y Puerta de Chacón, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Buenos Aires, Argentina: Astrea.

Kiper, C. M. (2007). El derecho real de superficie forestal. *Rev. di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, N° 21, Roma, Italia, 91 – 102.

(2015). Superficie. En R. L. Lorenzetti (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. IX) (pp. 737-761). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

(1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios abiertos. *LL*, 1988(E), 929-932.

(2015). Superficie. En C. M. Kiper (Dir.). *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)* (pp. 237-292). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

(2016). *Tratado de Derechos Reales* (T. II). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

Kiper, C. M. y Lisoprawski, S. (2012). El Fideicomiso en el Proyecto de Código. Fideicomiso de Garantía. *LL*, 2012(E), 812-816.

Lasarte Alvarez, C. (1990). *Curso de Derecho Civil Patrimonial* (2ª ed.). Madrid: Tecnos.

Legón, F. J. (1942). *Tratado de derechos reales* (T. VI). Buenos Aires: Valerio Abeledo.

Linares de Urrugoit, M. y Pujol de Zizzias, I. (2002). Objeto del derecho real de superficie, con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509. *Revista del Notariado*, 2002(867), 41-45.

(2011). Objeto del derecho real de superficie (con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25509. *LLO*, AR/DOC/6347/2011.

López de Zavalía, F. (1983). *Curso introductorio al derecho registral*. Buenos Aires: Víctor Zavalía.

(1992). *Teoría de los contratos. Parte Especial (T. 2)*. Buenos Aires: Víctor Zavallía.

Mariani de Vidal, M. (2001). Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. LLO, AR/DOC/4493/2001.

(1973). *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavallía.

Messineo, F. (1954). *Manual de derecho civil y comercial (T. III)*. Buenos Aires: Ejea.

Ossoro, M. (1982). *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*. Buenos Aires: Heliasta S. R. L.

Papaño, R. J., Kiper, C. M., Dillon, J. A. y Causse, J. R. (1997). *Derechos reales (T. II)* (reimpr). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Rocca, I. (1977). *Contratos y procesos de locación (Derecho transitorio y permanente)*. Buenos Aires: Fedye.

Rocca, I., Abatti, E. L. y Rocca, I. (h.) (1985). *Arrendamiento inmobiliario especializado*. Buenos Aires: Bias Editora.

Slemenson, H. B. (2002). Un nuevo derecho real: el derecho real de superficie forestal. LLO, AR/DOC/7816/2001.

Taiana de Brandi, N. A. y Brandi Taiana, M. M. (2011). Derecho real de superficie forestal. LLO, AR/DOC/6212/2011.

Fuentes de información

Eventos académicos

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985. Recuperado de <http://www.derecho.uc.cl/Agenda-Agosto/X-Jornadas-nacionales-de-derecho-civil.html>.

XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003.

XXIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 2013.

Jurisprudencia

CNCiv., Sala A, 22/05/1980, *LL*, 1980(D), 616-618.

Leyes

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.html>.

Decreto 133/99. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/55000-59999/56255/norma.htm>.

- Decreto Ley 1639/63. Recuperado de
<http://legislacion.16mb.com/normas/decreto-ley-1639-63-1-3-1963-48144208.html>.
- Ley 13.246. Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66159/texact.htm>.
- Ley 13.273. Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/30000-34999/30713/norma.htm>.
- Ley 17.801. Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/50000-54999/53050/texact.htm>.
- Ley 19.995. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-19995.htm>.
- Ley 21.452. Recuperado de
servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/65000-69999/66159/texact.htm.
- Ley 22.298. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/legislacion/ley-nacional-22298.htm>.
- Ley 25.080. Recuperado de
<http://www.redagraria.com/forestal/ley%202508.html>.
- Ley 25.509. Recuperado de
<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70786>.

Otras fuentes

Cumbre de Berlín de 1995. Recuperado de http://www.melillamedioambiente.com/index.php?option=com_content&task=view&id=1499.

Definiciones de forestación y silvicultura (2016). Recuperado de <http://www.definicionabc.com/medio-ambiente/forestacion.php>.

Gráfico de “Áreas de Bosques nativos”. Recuperado de <http://www.mundoagrario.unlp.edu.ar/rt/printerFriendly/MAv15n28a12/5583>.

Gráfico de “Porcentajes en relación al territorio”. Recuperado de <http://www.mundoagrario.unlp.edu.ar/rt/printerFriendly/MAv15n28a12/5583>.

Gráfico de “Superficies”. Recuperado de <http://www.mundoagrario.unlp.edu.ar/rt/printerFriendly/MAv15n28a12/5583>.

Protocolo de Kyoto de 1997. Recuperado de <https://unfccc.int/resource/docs/convkp/kpspan.pdf>.

Antecedentes Parlamentarios (octubre de 2009). *LL*, 9, 1807-1866.

Bibliografía Capítulo 9

Abreut de Begher, L. (2015). Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. *Sajj*, DACF150402.

Alterini, J. H. (2011). Derecho real de superficie. *LLO*, AR/DOC/6277/2011.

- Alterini, J. H. (2011). Nuevas formas de propiedad. *LLO*, AR/DOC/6505/2011.
- Alterini, J. H. (2011). Superficie Forestal. *LLO*, AR/DOC/5793/2011.
- Alterini, J. H. (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/4622/2012.
- Alterini, J. H. (Dir.). Alterini, I. (Coord.) y Cossari, N. (Dir. de tomo). *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético* (T. X). Buenos Aires: La Ley.
- Alterini, J. H. y Pratesi, J. C. (2012). Previsiones normativas contenidas en el proyecto de unificación del año 1998. Proyecto de urbanizaciones especiales. *LLO*, AR/DOC/545/2012.
- Alvarez Chaperochipi, J. A. (1987). *Curso de Derechos Reales* (T. II). Madrid: Civitas.
- Allende, G. L. (1964). *Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Andorno, L. O. (1993). El derecho real de superficie en el proyecto de Código Único Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados. *APO*, 0003/012063.
- (2000). El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998. *APO*, 0003/007618.
- Antenreiter, T. (2002). Informe Nacional Austria Notarius International 3-4/2002. Recuperado de http://212.63.69.85/Database/2002/notarius_2002_03_174_es.pdf

- Borda, G. A. (1975). *Tratado de Derecho Civil. Derechos Reales* (T. I). Buenos Aires: Perrot.
- Borzutzky Arditi, A. (1972). *El derecho de superficie*. Santiago de Chile: Andrés Bello.
- Bueres, A. y Highton, E. I. (2012). *Código Civil y Leyes Complementarias* (T. 5). Buenos Aires: Hammurabi.
- Braidot, E. V. (2015). Superficie forestal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 611- 631). Buenos Aires, Argentina: La Ley.
- Calegari de Grosso, L. E. (2002). El derecho real de superficie forestal (ley 25509). *APO*, 0003/009020.
- Capón Filas, M. J. (1986). El derecho real de superficie en las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *LLO*, AR/DOC/7754/2001.
- Cornejo, A. A. (2001). El derecho real de superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial. *LLO*, AR/DOC/21989/2001.
- Corna, P. M. (2015). Superficie. *LLO*, AR/DOC/3581/2015.
- Cossari, N. G. A. (2016). El Derecho Real de Superficie en los Albores del Siglo XXI. Recuperado de <http://www.acader.unc.edu.ar>.
- Cossari, N. A. y Luverá, M. (2002). Derecho real de superficie forestal. *LLLitoral*, 2002, 690-694.
- Cura Grassi, D. (2001). Derechos reales. Objeto. *DJ*(33), 1087-1090.

- De la Riva, I. M. (2016). Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?. *LLO*, AR/DOC/416/2016.
- De los Mozos, J. L. (1974). *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*. Madrid: Ministerio de la Vivienda.
- De Reina Tartière, G. (2003). La hipoteca y el derecho real de superficie forestal. *APO*, 0003/009886.
- De Reina Tartière, G. (2004). La tipicidad de los derechos reales. *LLO*, AR/DOC/1694/2004.
- De Reina Tartiere, G. (2003). La hipoteca y el derecho real de superficie forestal. *JA*, 2003(III), 1186-1189.
- Díaz Reyna, E. (1993). Derecho real de superficie forestal. Comentario con motivo de un proyecto de ley. *LL*, 1993(B), 903-906.
- Díez Picazo, L. y Gullón, A. (1975). *Sistema de derecho civil* (T. III). Madrid: Tecnos.
- Espin Canovas, D. (1968). *Manual de Derecho Civil español. Derechos Reales* (Vol. II). Madrid: Tecnos.
- Fernández Salas, J. C. (2012). El derecho de superficie. Recuperado de file:///D:/Archivos%20de%20usuarios/Ethel/Downloads/Dialnet-ElDerechoDeSuperficie-5110739%20(4).pdf.
- Flah, L. R. y Smayevsky, M. (2003). Derecho de superficie. *APO*, 0003/009887.
- Franchini, M. F. (2013). Aportes sobre los Derechos Reales en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/2307/2013.

- Gabás, A. A. (2012). El derecho de superficie en la propiedad horizontal en el Proyecto de Unificación Civil y Comercial 2012. *APO*, AP/DOC/4155/2012.
- Gatti, E. y Alterini, J. H. (1980). *El derecho real. Elementos para una teoría general*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Goldenberg, A. E. (2004). *Ejecución Hipotecaria*. Buenos Aires: La Rocca.
- Goldenberg, A. E. y Gómez de la Lastra, M. C. (1998). Los fondos fiduciarios de inversión directa y el derecho de superficie, pilares para el desarrollo forestal argentino. *APO*, 0003/000560.
- Gómez de la Lastra, M. C. (2011). Superficie forestal y fondos de inversión directa. *LLO*, AR/DOC/5582/2011.
- Gómez de la Lastra, M. C. (2013). La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales. *LLO*, AR/DOC/5477/2012.
- González Salinas, J. (1987). *Sistema de compensación y terceros adquirentes del suelo*. Madrid: Montecorvo.
- Gurfinkel de Wendy, L. N. (2011). Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie. *APO*, 0003/008073.
- Gurfinkel de Wendy, L. N. (2016). Cuestiones dudosas en torno al instituto de la propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/1136/2016.
- Highton, E. I. (1988). La multipropiedad en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial en las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. *LL*, 1988(A), 739-742.

Humphreys, E. (2015). La propiedad horizontal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 339-466). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2015). Privilegios y los Derechos Reales. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 875-890). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2014) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 179-217, 223-286 y 317-355). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 6-48). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 185-225, 231-293 y 325-3362). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

Humphreys, E., Barbieri, P., Benincasa, J. C. y Espinosa, M. C. (2003). El derecho real de superficie y la superficie forestal. *APO*, 0003/009883.

Iglesias, J. (1958). *Derecho romano. Instituciones de Derecho Privado*. Barcelona: Ediciones Ariel.

Iturbide, G. A. (2016). El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. *LLO*, AR/DOC/384/2016.

Kemelmajer de Carlucci, A. y Puerta de Chacón, A. (1989). *Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Astrea.

Kiper, C. M. (2007). El derecho real de superficie forestal. *Rev. di Diritto dell'integrazione e unificazione del diritto in Europa e in America Latina*, 21, Roma, Italia, 91 – 102.

(2015). Superficie. En R. L. Lorenzetti (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. IX) (pp. 737-761). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

(1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios abiertos. *LL*, 1988(E), 929-932.

(2015). Superficie. En: C. M. Kiper, (Dir.), *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)* (pp. 237-292). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

(2016). *Tratado de Derechos Reales* (T. II). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

Kozak, V. y Del Valle Montoya, M. C. (2003). El derecho real de superficie forestal y la Ley Promocional de la Actividad Forestal. *APO*, 0003/009888.

Leiva Fernández, L. F. P. (2009). *Prescripción y caducidad. Instituciones de Derecho Civil* (T. I). Buenos Aires: La Ley.

Linares de Urrutigoity, M. y Pujol de Zizzias, I. (2011). Objeto del derecho real de superficie (con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25509). *LLO*, AR/DOC/6347/2011.

Mariani de Vidal, M. (2001). Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. *LLO*, AR/DOC/4493/2001.

(1973). *Curso de Derechos Reales*. Buenos Aires: Zavalía.

Mariani de Vidal, M. y Abella, A. N. (2016). Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. *LLO*, AR/DOC/507/2016.

Messineo, F. (1954). *Manual de Derecho Civil y Comercial* (T. III). Buenos Aires: EJEA.

Molina Quiroga, E. (2015). *Manual de Derechos Reales*. Buenos Aires: La Ley.

Papaño, R. J., Kiper, C. M., Dillon, J.A. y Causse, J. R. (1997). *Derechos reales* (T. II) (reimpr). Buenos Aires, Argentina: Depalma.

Petit, E. (1961). *Tratado elemental de Derecho Romano*. Buenos Aires: Albatros.

Puerta de Chacón, A. (2001). Nueva versión del derecho real de superficie. *APO*, 0003/008198.

- Puig Brutau, J. (1972). *Fundamentos de derecho civil* (T. III) (Vol. II). Barcelona: Bosch.
- Pujol de Zizzias, I. y Linares de Urrutigoity, M. (2002). Consideraciones en torno al derecho real de superficie (conforme al Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio). *APO*, 0003/008645.
- Roca Sastre, R. M. Ensayo sobre el Derecho de superficie. *RCDI*, 1990, ed. separada de los nros. 392 – 393 de 1961, 3 – 15.
- Ruiz Ojeda, A. (1999). *Dominio público y financiación privada de infraestructuras y equipamientos (Un estudio del caso francés y análisis comparativo de la reciente regulación española)*. Madrid: Marcial Pons.
- Sabene, S. E. (2015). Constitución, transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie. *APO*, AP/DOC/964/2015.
- Slemenson, H. B. (2002). Un nuevo derecho real: el derecho real de superficie forestal. *LLO*, AR/DOC/7816/2001.
- Smayevsky, M., Corna, P. M., Vázquez, G. y Alterini, J. H. (2011). Derechos reales: objeto de los derechos reales. *LLO*, AR/DOC/6360/2011.
- Taiana de Brandi, N. A. y Brandi Taiana, M. M. (2011). Derecho real de superficie forestal. *LLO*, AR/DOC/6212/2011.
- Zimmermann, R. (1996). An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law). En E. Werner y M. Finkin. *Introduction to German Law* (pp. 1-21). Londres: C.H. Beck.

Fuentes de información

Eventos académicos

Congreso Internacional de Derecho Registral, Méjico, 1980. Recuperado de <http://www.ipra-cinder.info>.

X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985. Recuperado de <http://www.derecho.uc.cl/Agenda-Agosto/X-Jornadas-nacionales-de-derecho-civil.html>.

XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Rosario, 2003.

Leyes

Código Civil de Alemania. Recuperado de http://www.gesetze-internet.de/englisch_bgb/index.html.

Código Civil de Austria. Recuperado de <http://www.linguee.es/portugues-espanol/traduccion/C%C3%B3digotcivil+austr%C3%ADaco.html>.

Código Civil de Bélgica. Recuperado de <http://www.linguee.es/ingles-español/traduccion/belgian+civil+code.html>.

Código Civil de Bolivia. Recuperado de <http://www.derechoteca.com/coigo-civil-boliviano-1975.html>.

Código Civil de Canadá. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil de Cuba. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil de España. Recuperado de <http://www.civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.html>.

Código Civil de Francia. Recuperado de <http://ebalovochrome.ru/tombesh/es/index.php?.html>.

Código Civil de Holanda. Recuperado de <http://www.es.cribd.com/doc/58715517/Codigo-Civil-holandes.html>.

Código Civil de Italia. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil del Japón. Recuperado de <http://www.espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BDF-2003-21-AGDE584/PDF>.

Código Civil del Perú. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil de Portugal. Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/detalis.jsp?.id=7991>.

Código Civil de Suiza. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Disposición técnico registral N° 3/2015 del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Recuperado de <https://www.dnrpi.jus.gov.ar/normativa/dtrs.php>

Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana española. Recuperado de <http://www.boes.es-DocumentoBOE-A-1956-7013>.

Ley N° 25.080, Inversiones para bosques cultivados. Recuperado de <http://www.redagraria.com/forestal/ley%202508.html>.

Reglamento Hipotecario Español. Recuperado de <http://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/reglamento-hipotecario.html>.

Otras fuentes

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación. Recuperado de bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf

Diccionario de la Real Academia Española, Ed. 2.009 y Ed. 2012. Recuperado de <http://dle.rae.es/?w=diccionario>.

Página del Dr. Lorenzetti sobre el nuevo código. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

Bibliografía Capítulo 10

Abella, A. N. (2013). Propiedad horizontal. Modificación del reglamento de copropiedad y administración. Obra nueva. Cambio de destino. LLO, AR/DOC/3128/2013.

Adrogué, M. y Romanelli, H. I. (1969). Reflexiones en torno a la ley de propiedad horizontal. *JA*, 1969, 382-385.

Alberdi Imas, L. (2015). Conjuntos inmobiliarios. Perspectiva registral. *LLO*, AR/DOC/3654/2015.

Allende, G. L. y Mariani de Vidal, M. (1974). *Los privilegios en la Ley de Concursos y en el Código Civil*. Buenos Aires: Zavalía.

Alsina Atienza, D. (1964). Lo esencial y lo contingente en las obligaciones reales. *JA*, 1964(III), 47-51.

Alterini, J. H. (2012). Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/4622/2012.

(2016). Simplificación en la prehorizontalidad y complejidades en los conjuntos inmobiliarios. *LLO*, AR/DOC/1050/2016.

Bilvao Aranda, F. M. (2016). Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulaciones de los countries y otros emprendimientos urbanísticos. *LLO*, AR/DOC/1188/2016.

Bilvao Aranda, F. M. (2016). Propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios: regulaciones de los countries y otros emprendimientos urbanísticos. *LLO*, AR/DOC/1188/2016.

Borda, G. A. (1971). *Tratado de derecho civil. Obligaciones* (T. I). Buenos Aires: Perrot.

(1974). *Tratado de derecho civil. Derechos Reales* (T. I). Buenos Aires: Perrot.

(1987). *Tratado de derecho civil. Parte general* (T. I) (9ª actualiz.). Buenos Aires: Perrot.

Burtín, D. y Humphreys, E. (2001). ¿Obra nueva, innovación, abuso del derecho?. *LLO*, AR/DOC/16737/2001.

Calvo, C. D. (1978). *Manual práctico de propiedad horizontal* (2ª ed.). Buenos Aires: Universidad.

Causse, F. J. (1996). Deber y exención de contribuir a las expensas. *LL*, 1996(D), 1-3.

Causse, J. R. (2016). La rendición de cuentas por el administrador en propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/934/2016.

(2011). Reformulación del régimen de la propiedad horizontal, *LL*, del 11/03/11, 1-3.

Causse, F. J. y Causse, J. R. (1997). Actualidad en jurisprudencia sobre la propiedad horizontal. *LL*, 1997(B), 988-991.

Cifuentes (h.), S. E. (2015). Propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/3840/2015.

Colman Lerner, H. (2013). Clubes de campo y barrios cerrados. *LLO*, AR/DOC/3220/2013.

Compagnucci de Caso, R. H. (2016). Negocio de apoderamiento, facultades y límites. Las potestades del administrador de un consorcio de copropietarios. *LLO*, AR/DOC/4536/2015.

Corchón, J. F. (1951). *Hipotecas y privilegios en la ley 13.512*. Buenos Aires: Calacor.

- Cornejo, A. A. (2015). Asambleas de consorcio. *LLO*, AR/DOC/682/2015.
- (2015). El reglamento de propiedad horizontal en el Código Civil y Comercial. *LLO*, AR/DOC/2000/2015.
- (2015). Improcedencia de asamblea judicial del consorcio. *LLO*, AR/DOC/1573/2015.
- Cossari, M. N. G. (2016). Medida cautelar contra el administrador del consorcio. *LLO*, AR/DOC/2680/2016.
- Cossari, N. G. A. y Luna, D. G. (2009). Derecho de sobreelevación y propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/1877/2009.
- (2004). Propiedad horizontal: responsabilidad civil de los integrantes del consejo de administración. *DJ*, 2004(3), 609-612.
- Costantino, J. A. (1989). *El Administrador en el Consorcio de Propietarios de la Propiedad Horizontal*. Buenos Aires: Depalma.
- (2013). La propiedad horizontal en el Proyecto de Código. *LLO*, AR/DOC/4632/2012.
- Dárdano, A. A. (2016). Reglamento de copropiedad. Reserva de derechos. Extensión. Poder especial irrevocable. *LLO*, AR/DOC/2546/2016.
- Desages, M.; Humphreys, E. y Torterolo, P. J. (2007). La aplicación del tácito consentimiento en la propiedad horizontal como argumento de validación de contravenciones legales y reglamentarias. *LLO*, AR/DOC/54/2007.
- Flah, L. R. y Smayevsky, M. (1991). Propiedad horizontal: problemas que se suscitan. *LL*, 1991(A), 1038-1041.

(1994). *Reformas al Código Civil. Derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

Gabas, A. A. (1991). *Manual teórico – práctico de propiedad horizontal* (Reimpr.). Buenos Aires: Hammurabi.

(2013). Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/4418/2013.

Gatti, E. (1975). *Teoría general de los derechos reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Goldenberg, A. E. y Humphreys, E. (2004). *Régimen de la Propiedad Horizontal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Gregorini Clusellas, E. L. y Gregorini, L. R. (2014). Alquileres temporarios o turísticos de unidades para vivienda familiar en la propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/660/2014.

Gurfinkel de Wendy, L. N. (2013). Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios. *LLO*, AR/DOC/1939/2013.

(2016). Cuestiones dudosas en torno al instituto de la propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/1136/2016.

Highton, E. I. (1979). *Derechos reales. Propiedad horizontal y prehorizontalidad* (Vol. 4). Buenos Aires: Ariel.

(1986). *Posesión*. Buenos Aires: Hammurabi.

(1999). Diseño de sistemas de resolución de conflictos en el ámbito de la propiedad horizontal. *LL*, 1999(B), 1123-1126.

Highton, E. I., Alvarez Juliá, L., Leiva Fernández, L. F., Lambois, S., Arata, R. V. y Sgrilletti, A. M. (1986). *Responsabilidad civil. Administradores. Consorcios. Consorcionistas. Vecinos. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Ad hoc.

Humphreys, E. (2015). Privilegios y los Derechos Reales. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 875-890). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2014) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 179-217, 223-286 y 317-355). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 6-48). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 185-225, 231-293 y 325-3362). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2003). Las implicancias de la incorporación de un reglamento interno en el reglamento de copropiedad y administración. *LLO*, AR/DOC/10263/2003.

(2003). Las violaciones al reglamento de copropiedad y administración consentidas precariamente. *LLO*, AR/DOC/11344/2003.

(2006). ¿Es prescriptible un sector común de uso común en un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal?. *LLO*, AR/DOC/4365/2006.

(2006). El consorcio como responsable de los daños producidos en una unidad funcional. *LLO*, AR/DOC/1294/2006.

(2009). La extensión de una condena resarcitoria contra un consorcio de propietarios a los titulares de la unidades funcionales. *LLO*, AR/DOC/2908/2009.

(2015). La propiedad horizontal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 339-466). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Humphreys, E. y Tanzi, S. Y. (2004). Responsabilidad del Consorcio por daños producidos a una unidad funcional. *LLO*, AR/DOC/1263/2004.

(2004). Las deudas del Consorcio y la responsabilidad del escribano. *LLO*, AR/DOC/2736/2004.

(2007). *Expensas*. Buenos Aires: La Ley.

- Humphreys, E. y Desages, M. (2008). El Consorcio de Propietarios y el Consejo de Administración. *LLO, AR/DOC/2083/2008*.
- Humphreys, E.; Righini, M. J. y Desages, M. (2015). Las obligaciones de los ocupantes de unidades funcionales. *LLO, AR/DOC/1952/2005*.
- Kemelmajer de Carlucci, A. (1999). *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco.
- Kiper, C. M. (2006). El usufructuario y el pago de las expensas comunes. *Microjuris.com, MJD2989*.
- (2015). Superficie. En R. L. Lorenzetti (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. IX) (pp. 737-761). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.
- (1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios abiertos. *LL, 1988(E), 929-932*.
- (2015). Superficie. En C. M. Kiper (Dir.). *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)* (pp. 237-292). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.
- (2016). *Tratado de Derechos Reales*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.
- Laje, E. J. (1951). *La propiedad horizontal en la legislación argentina*. Buenos Aires: Perrot.
- Lapa, E. L. (1998). *Administración de propiedad horizontal y propiedad vertical*. Buenos Aires: Depalma.

Laquis, M. A. (1985). Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negatorios de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios. *LL*, 1985(A), 534-539.

(1958). Naturaleza jurídica del consorcio de propietarios. *Lecciones y Ensayos*, 22-27.

(1985). Sobre una sentencia renovadora de los fundamentos negativos de la personalidad jurídica del consorcio de propietarios. *LL*, 1985(A), 534-538.

Laquis, M. A., Alterini, J. H., Barbero, O. M., Borda, G., Brebbia, R., Cazeaux, P. N., Compagnucci de Caso, I., Goldenberg, I., Greco, I., Kemelmajer de Carlucci, A., Moisset de Espanés, L., Palmero, J. C., Salas, A. E., Trigo Represas, F. A., Venini, J. C. y Zannoni, E. A. (1981). *Temas de responsabilidad civil. En honor de Augusto Mario Morelo*. Buenos Aires: Librería Editora Platense S.R.L.

Laquis, M. A. y Siperman, A. (1986). *La propiedad horizontal en el derecho argentino*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Laquis, M. A., Flah, L. R. y Smayevsky, M. (2000). *Derechos reales* (T. V). Buenos Aires: Depalma.

Llambías, J. H. (1961). *Tratado de derecho civil. Parte general* (T. II). Buenos Aires: Abeledo – Perrot.

López Domínguez, R. (1946). *La propiedad por planos horizontales en las construcciones levantadas sobre el suelo propio*. Santa Fe: Universidad Nacional del Litoral.

Mariani de Vidal, M. (1974). *Curso de derechos reales* (T. II). Buenos Aires: Zavalía.

(2014). Propiedad horizontal. Asambleas. Nulidad. Plazo para deducirla. LLO, AR/DOC/809/2014.

Molina Quiroga, E. (2014). Principales reformas en materia de derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación. LLO, AR/DOC/3848/2014.

(2016). Las cosas y partes comunes en la propiedad horizontal, a la luz del Código Civil y Comercial. LLO, AR/DOC/2634/2015.

Moreira, L. A. (2012). La sobreedificación en la propiedad horizontal. LLO, AR/DOC/80/2012.

Negri, J. A. (1953). *Régimen argentino de propiedad horizontal*. Buenos Aires: Arayú.

Palmiero, A. R. (1974). *Tratado de la propiedad horizontal*. Buenos Aires: Depalma.

(1977). *Propiedad horizontal: régimen legal de cocheras, guardacoches y locales*. Buenos Aires: Depalma.

Papaño, R. J.; Kiper, C. M.; Dillon, G. A. y Causse, J. R. (1995). *Derechos reales* (T. I). Buenos Aires: Depalma.

Peña Guzmán, L. A. (1973). *Derecho civil. Derechos reales* (T. II). Buenos Aires: Tea.

Pepe, M. A. (2015). Las expensas comunes en el Código Civil y Comercial. LLO, AR/DOC/2116/2015.

Posteraro Sánchez, L. N. y Yacopino, M. C. (2006). El derecho a sobreelevar en el Régimen de la Propiedad Horizontal. LLO, AR/DOC/104/2006.

Racciatti, H. (1975). *Propiedad por pisos o departamentos* (3ª ed.). Buenos Aires: Depalma.

(1992). Otra vez la naturaleza jurídica del consorcio de propietarios en el dominio horizontal. *LL*, 1992(D), 316-320.

Raisberg, C. e Iturbide, G. A. (2012). El nuevo régimen del derecho real de propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/3439/2012.

Raspall, M. A. (2016). ¿Concursabilidad del consorcio de propiedad horizontal? Análisis crítico. *LLO*, AR/DOC/1536/2016.

Salas, A. E. (1955). *La propiedad horizontal (Condominio)* (2ª ed.). Buenos Aires: Arayú.

Salas, A. E. y Trigo Represas, F. A. (1979). *Código civil anotado* (T. II) (2ª actualiz.) Buenos Aires: Depalma.

Silvestre de Aimó, N. O. y Quintana, T. (1985). La pretendida personalidad jurídica del consorcio de propietarios en la ley 13.512, *ED*, del 21/06/1985, 3-6.

Spota, A. G. (1961). *Tratado de derecho civil. Parte general* (T. 1) (Vol. 3). Buenos Aires: Depalma.

Tranchini, M. H. (2005). La sobreelevación en la propiedad horizontal (Títulos y modo de adquisición de las nuevas construcciones). *LLO*, AR/DOC/2981/2005.

Usandizaga, M. (2016). Actualidad en Derecho Civil y Comercial. *LLO*, AR/DOC/983/2016.

Vítolo, D. R. (2016). Concursabilidad e insolvencia del Consorcio de Propiedad Horizontal y responsabilidad de los propietarios. *LLO*, AR/DOC/2001/2016.

Fuentes de información

Eventos académicos

XIV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, San Miguel de Tucumán, 1993.
Recuperado de
http://www.escribanos.org.ar/resvistanotarial/IndiceBiblioteca.Listado.asp?easy_page=17&easy_ordeby=O&easy-orc.

Jurisprudencia

CNCiv., Sala B, 19/8/1971. *JA*, 13, 144-145.

CNCiv., Sala D, 28/05/1957. *LL*, 88, 182-183.

CNCiv., sala H, 26/02/1998. *JA*, 1998(III), 490-492.

Leyes

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de
<http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de
<http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.html>.

Decreto C.A.B.A. 551/2010. Recuperado de <http://www.losconsorcistas.com.ar/archivos/decreto-551-10.shtml>

Ley C.A.B.A. N° 941. Recuperado de http://www.ligadelconsorcista.org/ley_941.

Otras fuentes

Anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación de 2012. Recuperado de bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/libros/analisis-proyecto-nuevo-codigo-civil.pdf

Proyecto de Unificación del Código Civil del año 1998. Recuperado de <http://campus.usal.es/~derepriv/refccarg/proyecto/>.

Bibliografía Capítulo 11

Alberdi, J. B. (1993). *Sistema Económico y Rentístico de la Confederación Argentina según su Constitución de 1853*. Buenos Aires: Librería El Foro.

Alterini, A. A., Ameal, O. J., López Cabana, R. M. (1998). *Derecho de Obligaciones* (2ª ed.). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

Armella, C. N. (2015). Contratos Conexos. *LLBA, Supl. Esp. Cod. Civil y Com. de la Nac. Contratos*, 203-205.

- Árraga Penido, M. O. (1996). Dominio sobre inmuebles: requisitos constitutivos. *JA* 1996(II), 921-923.
- Avendaño Valdez, J. (2011). *Código Civil Comentado* (T. V). Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/37884660/Codigo-Civil-Comentado-Tomo-v-Peruano-Derechos-Reales>.
- Badeni, G. (2002). Reflexiones sobre la propiedad privada. *LL*, 2002(B), 896-898.
- (2004). *Tratado de derecho constitucional* (T. I) (2ª ed.). Buenos Aires: La Ley.
- Borda, G. A. (1994). Un grave avance sobre propiedad privada. *LL*, 1994(B), 970 -972.
- Bidart Campos, G. (2001). *Tratado de derecho constitucional argentino* (T. I-B) (ed. ampl. y actualiz. a 1999-2001) (1ª reimp.). Buenos Aires: Ediar.
- Diez Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial* (T. III) (5ª ed.). Pamplona: Thomson – Civitas.
- Freytes, A. (3 de septiembre de 2013). El contrato en el proyecto del Código. Concepto y clasificación. *LL*, 1-2.
- Gardella, L. (2001). *Introducción al Derecho* (T. I). Rosario: CEDUCAR.
- Gatti, E. (1975). *Teoría de los Derechos Reales*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Goldenberg, A. E. y Humphreys, E. (2004). *Régimen de la Propiedad Horizontal*. Buenos Aires: Lexis Nexis.

Gregorini Clusellas, E. L. y Gregorini, L. R. (2014). Alquileres temporarios o turísticos de unidades para vivienda familiar en la propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/660/2014.

Gurfinkel de Wendy, L. N. (2013). Temas pendientes sobre la capacidad del consorcio de propietarios. *LLO*, AR/DOC/1939/2013.

(2016). Cuestiones dudosas en torno al instituto de la propiedad horizontal. *LLO*, AR/DOC/1136/2016.

Highton, E. I. (1979). *Derechos reales. Propiedad horizontal y prehorizontalidad* (Vol. 4). Buenos Aires: Ariel.

(1986). *Posesión*. Buenos Aires: Hammurabi.

(1999). Diseño de sistemas de resolución de conflictos en el ámbito de la propiedad horizontal. *LL*, 1999(B), 1123-1126.

Highton, E. I., Alvarez Juliá, L., Leiva Fernández, L. F., Lambois, S., Arata, R. V. y Sgrilletti, A. M. (1986). *Responsabilidad civil. Administradores. Consorcios. Consorcionistas. Vecinos. Teoría y práctica*. Buenos Aires: Ad Hoc.

Humphreys, E. (2015). Privilegios y los Derechos Reales. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 875-890). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

(2014) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 4-83). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la*

Nación Comentado. Orientado a Contadores (T. V) (pp. 179-217, 223-286 y 317-355). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) y J. López Cerviño (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. V) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016) Disposiciones generales. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 6-48). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Dominio. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 185-225, 231-293 y 325-3362). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2016). Derecho real de superficie. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.) *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 534-552). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2003). Las implicancias de la incorporación de un reglamento interno en el reglamento de copropiedad y administración. *LLO*, AR/DOC/10263/2003.

(2003). Las violaciones al reglamento de copropiedad y administración consentidas precariamente. *LLO*, AR/DOC/11344/2003.

(2006). ¿Es prescriptible un sector común de uso común en un inmueble sometido al régimen de la propiedad horizontal?. *LLO*, AR/DOC/4365/2006.

(2006). El consorcio como responsable de los daños producidos en una unidad funcional. *LLO*, AR/DOC/1294/2006.

(2009). La extensión de una condena resarcitoria contra un consorcio de propietarios a los titulares de la unidades funcionales. *LLO*, AR/DOC/2908/2009.

(2015). La propiedad horizontal. En M. Smayevsky (Dir.) y M. Penna (Coord.). *Manual de Derechos Reales* (pp. 339-466). Buenos Aires, Argentina: La Ley.

Humphreys, E. y Tanzi, S. Y. (2004). Responsabilidad del Consorcio por daños producidos a una unidad funcional. *LLO*, AR/DOC/1263/2004.

(2004). Las deudas del Consorcio y la responsabilidad del escribano. *LLO*, AR/DOC/2736/2004.

(2007). *Expensas*. Buenos Aires: La Ley.

Humphreys, E. y Desages, M. (2008). El Consorcio de Propietarios y el Consejo de Administración. *LLO*, AR/DOC/2083/2008.

Humphreys, E.; Righini, M. J. y Desages, M. (2015). Las obligaciones de los ocupantes de unidades funcionales. *LLO*, AR/DOC/1952/2005.

Hofft, P. (1999). *Bioética y derechos humanos. Temas y casos*. Buenos Aires: Depalma.

Junyent Bas, F. y Garzino, M. C. (2015). La regulación de los contratos en el Código Civil y Comercial. Recuperado de <file:///D:/Archivos%20de%20usuarios/Ethel/Downloads/342-865-1-PB.pdf>).

Kemelmajer de Carlucci, A. (2015). La autonomía de la voluntad en el derecho de familia argentino. Recuperado de <http://www.saij.gob.ar/aida-kemelmajer-carlucci-autonomia-voluntad-derecho-familia-argentino-version-actualizada-modificaciones-introducidas-codigo-civil-comercial-nacion-dacf150750-2015-07/123456789-0abc-defg0570-51fcanirtcod>.

(1999). *Tendencias actuales y perspectivas del derecho privado y el sistema jurídico latinoamericano*. Lima: Cultural Cuzco.

Kiper, C. M. (2006). El usufructuario y el pago de las expensas comunes. *Microjuris.com*, MJD2989.

(2015). Superficie. En R. L. Lorenzetti (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado* (T. IX) (pp. 737-761). Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni.

(1988). Acerca de la posibilidad de constituir derechos reales sobre espacios abiertos. *LL*, 1988(E), 929-932.

(2015). Superficie. En C. M. Kiper (Dir.). *Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)* (pp. 237-292). Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

(2016). *Tratado de Derechos Reales*. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.

Kitainik, N. (2015). Comentario al art. 958 CCyC. En A. J. Bueres (Dir.). *Código Civil y Comercial de la Nación. Analizado, comparado y concordado*. (T. 1) (pp. 556-581). Buenos Aires: Hammurabi.

LLambías, J. J. y Alterini J. (1981). *Código Civil Anotado*. (T. IV-A). Buenos Aires: Abeledo-Perrot.

López de Zavalía, F. J. D. (2016). Comentario al art. 957 del Código Civil y Comercial de la Nación. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*. (T. VI) (2ª ed. actualiz. y ampl.) (pp. 411-573). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

(2014) Comentario al art. 958 CCyC. En J. Curá (Dir.), J. García Villalonga (comp. y coord. gral.), López Cerviño, José L. (coord. de área). *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado. Orientado a Contadores* (T. III) (pp. 21-42). Buenos Aires, Argentina: Thompson Reuters La Ley.

Lorenzetti, R. L. (1996). Contratos modernos: ¿conceptos modernos? Nuevos aspectos de la teoría del tipo contractual mínimo. Problemas contractuales típicos. Finalidad supracontractual y conexidad. *LL*, 1996(E), 851-854).

Mariani de Vidal, M. y Abella, A. N. (2012). Las servidumbres en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación del año 2012 Aspectos salientes. *APO*, AP/DOC/4156/2012.

Martínez, J. I. (diciembre de 2015) Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación; constitucionalización del Derecho Privado y control de convencionalidad de oficio: el juez argentino como primer garante de los derechos humanos. *LLBA*, 1213-1216.

Minyersky, N. (2014). El impacto del proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación en instituciones del derecho de familia. Recuperado de <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/pensar-en-derecho/revistas/0/el-impacto-del-proyecto-del-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion-en-instituciones-del-derecho-de-familia.pdf>.

- Moset Iturraspe, J. (septiembre de 2004). Otra muestra del Derecho Privado: la Constitucionalización avanza sobre los privilegios concursales”. *Suplemento de Concursos y Quiebras*, 29-34.
- Motos Guirao, M. (1955). La interpretación del contrato mercantil y el artículo 59 del Código de comercio. *RJC*, 1955, 42-49.
- Nino, C. (1989). *Ética y derechos humanos*. Buenos Aires: Astrea.
- Orgaz, A. (2009). Los límites de la autonomía de la voluntad. *LLO*, AR/DOC/3526/2009).
- Stiglitz, G. (1990). El derecho contractual y la protección del consumidor. *LL*, 1990(E), 1048-1052.
- Stiglitz, R. (13 de junio de 2012). La teoría del contrato en el Código Civil y en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. *LL*, 1-3.
- Tozzini, G. I. (2012). La seguridad jurídica, la confianza legítima de los contribuyentes frente a las facultades recaudatorias municipales. *SAIJ*, DASF060036.
- Weingarten, C. (2003). *La confianza en el sistema jurídico. Contratos y derecho de daños* (1ª reimpr.). Mendoza: Ediciones Jurídicas Cuyo.
- Rousseau, J. J. (1750). *El contrato social*. Recuperado de <http://www.enxarxa.com/biblioteca/ROUSSEAU%20EI%20Contrato%20Social.pdf>.

Fuentes de información

Jurisprudencia

Corte IDH, 28/11/2012, "Artavia Murillo vs. Costa Rica".

CS, 16/10/1961, "Abel Estevez SRL Refinerías Maíz. *Fallos*(251), 78-83.

16/12/1922, "Bordieu, Pedro E. c/Municipalidad de la Capital Federal".
Fallos(145), 325-331.

16/04/1922. *Fallos*(154), 327-330.

20/08/1925, "Horta José c/Harguindeguy Ernesto".

16/12/1925, "Mango Leonardo c/Traba Ernesto".

07/05/1981, *ED*(94), 248-249.

02/03/1982, *LL* del 30/04/1982, 2-4.

27/06/1971, "Don Manuel Ocampo c/Administración de Rentas de Rosario s/Mercaderías embargadas". *Fallos*(10) 203-211.

19/12/1958, "SRL Penta". *Fallos*(242), 501-509.

27/11/2012, "Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios". Recuperado de <http://www.infojus.gob.ar/corte-suprema-justicia-nacion-federal-ciudad-autonoma-buenos-aires-rodriguez-pereyra-jorge-luis-otra-ejercito-argentino-danos-perjuicios-fa12000216-2012-11-27/123456789-612-0002-1ots-eupmocsollaf>).

29/08/1986, "Bazterrica". *Fallos*(308), 1392-1397.

Leyes

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.html>.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Recuperado de <http://www.fmmeduccion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derchos.html>.

Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.un.org/es/documents/udhr/>

Ley 26.657. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/175000-179999/175977/norma.htm>.

Pacto de San José de Costa Rica. Convención Americana sobre Derechos Humanos Recuperado de http://www1.hcdn.gov.ar/folio-cgi-bin/om_isapi.dll?hitsperheading=on&infobase=constra.nfo&record=%7B7FF67C95%7D&softpage=Document42.

Otras fuentes

Fundamentos del Proyecto del Código Civil y Comercial de la Nación, 2012. Recuperado de <http://www.nuevocodigocivil.com/wp-content/uploads/2015/02/5-Fundamentos-del-Proyecto.pdf>.

Bibliografía Capítulo 12

Arias, F.G. (1999). *El Proyecto de Investigación: Guía para su elaboración*. (3ª ed.). Caracas: Episteme.

Sabino, C. (1992). *El proceso de investigación*. Caracas: Panapo.

Sierra Bravo, R. (1991). *Diccionario práctico de estadística y técnicas de investigación científica*. Madrid: Paraninfo.

Taiana de Brandi, N. A. y Brandi Taiana, M. M. (2011). Derecho real de superficie forestal. LLO, AR/DOC/6212/2011.

Tamayo y Tamayo, M. (2003). *El proceso de la investigación científica*. Méjico: Limusa.

Fuentes de información

Legislación

Bases de la Legislación Civil de la URSS. Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/detalis.jsp?id=14892>.

Código Civil de Alemania. Recuperado de http://www.gesetze-internet.de/englisch_bgb/index.html.

Código Civil de Austria. Recuperado de <http://www.linguee.es/portuges-espanol/traduccion/C%C3%B3digo+civil+austr%C3%ADaco.html>.

Código Civil de Bélgica. Recuperado de <http://www.linguee.es/ingles-español/traduccion/belgian+civil+code.html>.

Código Civil de Bolivia. Recuperado de <http://www.derechoteca.com/coigo-civil-boliviano-1975.html>.

Código Civil del Brasil. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codig-civil.html>.

Código Civil de Canadá. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil de Cataluña. Recuperado de <http://www.civil.udg.es/normacivil/cat/cdc/es/Index.html>.

Código Civil de Cuba. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil de España. Recuperado de <http://www.civil.udg.edu/normacivil/estatal/CC/INDEXCC.html>.

Código Civil de Francia. Recuperado de <http://eбалovochrome.ru/tombesh/es/index.php?.html>.

Código Civil de Holanda. Recuperado de <http://www.es.cribd.com/doc/58715517/Codigo-Civil-holandes.html>.

Código Civil de Italia. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil del Japón. Recuperado de <http://www.espacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:BDF-2003-21-AGDE584/PDF>.

Código Civil del Paraguay. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil del Perú. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil de Portugal. Recuperado de <http://www.wipo.int/wipolex/es/detalis.jsp?.id=7991>.

Código Civil de Suiza. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/codigos-engeneral.html>.

Código Civil de Uruguay. Recuperado de www.oas.org/dil/esp/Codigo_Civil_Uruguay.pdf

Código Civil de la República Argentina. Recuperado de <http://www.iberred.org/legislacion-codigo-civil>.

Código Civil y Comercial de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infojus.gov.ar/nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion>.

Constitución de la Nación Argentina. Recuperado de <http://www.infoleg.mecon.gov.ar/infolegInternet/anexos/0-4999/804/norma.html>.

Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano. Recuperado de <http://www.fmmeducacion.com.ar/Historia/Documentoshist/1789derchos.html>.

Ley sobre régimen del suelo y ordenación urbana española. Recuperado de <http://www.boes.es-DocumentoBOE-A-1956-7013>.

Ley N° 25.080, Inversiones para bosques cultivados. Recuperado de <http://www.redagraria.com/forestal/ley%202508.html>.

Ley N° 25.509. Recuperado de <http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do?id=70786>.

Ley N° 26.737, Régimen de Protección al Dominio Nacional sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales.

Reglamento Hipotecario Español. Recuperado de

<http://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/reglamento-hipotecario.html>.

Eventos académicos

Conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XI Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XXII Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Conclusiones de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil. Recuperado de <http://jndcbahiablanca2015.com/>.

Otras fuentes

Proyecto de Reforma del Código Civil Bibiloni. (1929). Buenos Aires: Valerio Abeledo.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1936. Recuperado de <https://es.scribd.com/doc/51134898/Codigo-Civil-de-1936>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1954. Recuperado de <http://es.slideshare.net/ninanor2003/bichachi>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1987. Recuperado de <http://es.slideshare.net/ninanor2003/bichachi>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1993. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil.pdf>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1993. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil.pdf>.

Proyecto de Reforma del Código Civil del año 2012. Recuperado de Proyecto de Reforma del Código Civil del año 1993. Recuperado de <http://www.biblioteca.jus.gov.ar/ProyectoCivil.pdf>.