

Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial

por LILIANA ABREUT DE BEGHER
15 de Julio de 2015
www.infojus.gov.ar
Infojus
Id SAIJ: DACF150402

1. Antecedentes.

La consagración del derecho real de superficie es la consecuencia de una nueva etapa de nuestro desarrollo legislativo, que tiene su antecedente más cercano en la sanción de la [ley 25.509](#) que consagró el derecho real de superficie forestal y recuperó del ostracismo a la figura que había sido desterrada del Código de Vélez Sarsfield (2).

Una pequeña reseña histórica nos permite observar que en Roma el dominio y sus variantes constituía el *iura in re* por excelencia. Existía el *iura in re propria* (nuda propiedad), como asimismo *iura in re alienas* (que recaen sobre otro dominio, limitándolo), dentro de los cuales se destacan las servidumbres prediales (urbanas y rústicas), las servidumbres personales (usufructo, uso y habitación), los derechos reales de garantía (prenda e hipoteca) y los denominados "derechos reales pretorianos", dentro de los cuales se inscribe, junto a la *enfiteusis*, la tipología genérica del derecho real de superficie.

Este derecho se introdujo primeramente en terrenos del Estado y luego en los de las ciudades, para después pasar a las áreas de los privados, por el cual se concedía el derecho de fabricar o gozar temporalmente o perpetuamente del edificio mediante una pensión anual (*pensio*, *solarium*), o también mediante el pago de una suma única, ya sea por contrato de arriendo o venta (3).

El origen de la superficie está en el derecho público en ocasión de las concesiones que para edificar en el suelo y de las ciudades eran hechas a los particulares y extendidas luego a los terrenos privados. Es decir que en un comienzo fue el derecho de superficie un arrendamiento primeramente concedido por las municipalidades y en época posterior por los particulares (4).

Es bajo Justiniano que va a surgir el carácter real de derecho real de esta institución, concibiéndola como *iura in re aliena* (5).

Mario Russomanno y Eduardo Elguera, en el libro *Curso de derechos reales en el derecho romano*, indican que "La superficie es un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de la superficie, el edificio o parte de él o el subsuelo de fondo de otro mediante el pago de un canon o *solarium*. Él se constituye por simple pacto seguido de tradición, por testamento o por concesión pública".

La nota al [art. 2503 CC](#) es sumamente ilustrativa sobre los antecedentes históricos y su reconocimiento en el derecho pretoriano mediante el "interdicto de superficiebus". En ella también se expresan las razones de la inconveniencia de su inclusión dentro del *numerus clausus* fijado por el legislador al sancionar el Código Civil de 1871 (6).

Se ha dicho que para la doctrina más generalizada que el derecho de superficie fue utilizado entre los romanos

como una atenuación introducida por el pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria (Gayo, en su Instituta 2.73, decía que "la superficie cede al terreno").

Más adelante pasó a ser un derecho real estructurado como un dominio dividido, para finalizar absorbido, durante la Edad Media por el derecho de enfiteusis, mientras que "...la palabra propiedad en sí aludía a una serie de propiedades multiformes, adaptadas a los objetos más dispares" (7).

Nuestro Código Civil siguiendo la tradición del Código Napoleónico, y en general de otros códigos decimonónicos, no sólo consagró el principio de accesión, sino que además prohibió expresamente el derecho de superficie en el [art. 2614](#), hoy reformado por la ley 25.509.

El moderno concepto de superficie se encuentra inspirado en el Código Civil italiano de 1942, (8) y luego receptado en los códigos posteriores (9).

Actualmente el derecho real de superficie se encuentra consagrado en muchos países, como Francia, España, Alemania, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Cuba, Perú, los Códigos de Quebec de 1991, de Holanda de 1992, el Código de Brasil, la Ley Catalana 22/2001 de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbres y Adquisición Voluntaria y Preferente, del 31 de diciembre de 2001, luego se receptó en el Código Civil Catalán por ley 5/2006 del 10 de mayo de 2006 (10).

El tema de la superficie fue motivo de discusión de numerosos simposios, el más significativo e inmediato corresponde al de las "X Jornadas Nacionales de Derecho Civil" celebradas en la ciudad de Corrientes en 1985, al reinstaurar el debate sobre este derecho. Las conclusiones de la Comisión n° 4 aprobadas en Plenario fueron importantes, viéndolas desde una perspectiva histórica, porque de alguna manera marcaron el rumbo de los lineamientos que el derecho de superficie siguió con la ley 25.509.

En las conclusiones de esas Jornadas se dijo De lege ferenda que: "1) Resulta conveniente regular el derecho real de superficie. 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. 3) El derecho de edificar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno. Este caducará si luego de transcurrido el plazo convenido, o en su defecto, el de cinco años de constituido, no se hubiera dado cumplimiento al objeto que originó el mismo. 4) El derecho de superficie constituye un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado. 5) No existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad. 6) 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. 7) El derecho de superficie solamente podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años. 8) El derecho del superficiario no se extingue por la destrucción de las obras, manteniéndose a los efectos de reimplantarlos, sin que por ello se modifique el plazo originariamente establecido.

Esta última facultad está sometida al plazo de caducidad prevista en el punto 3. 9) Pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones. 10) El superficiario podrá transmitir su derecho por acto entre vivos o mortis causa. Estará facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía. 11) Extinguido el derecho de superficie, el propietario, el propietario del suelo se convierte en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario. 12) Debe otorgarse derecho de tanteo tanto al concedente como al superficiario. 13) Al extinguirse el derecho de superficie, por vencimiento del plazo se extinguen los derechos reales de garantía, salvo subrogación real. 14) El derecho real de superficie debe ser inscripto a los efectos de oponibilidad a terceros interesados (art. 2505 C.C., y arts. 2, 20 y concordantes de ley 17.801 [ED 23-921]. Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionado con la inscripción dominial.

El derecho de superficie fue incluido en los distintos proyectos de reforma del Código Civil. El Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, [ley 24.032](#), vetada por el PEN mediante el decreto 2713 del 23 de diciembre de 1991, y en el Proyecto de la Comisión Federal que obtuvo media sanción de Diputados en 1993, se contemplaba el derecho de superficie solamente sobre construcciones, mientras que en el Proyecto del Código Civil de 1998, en el título VI del Libro V (arts. 2018 a 2028), se lo establecía tanto para construcciones como para plantaciones en general.

La reforma constitucional de 1994, con el nuevo art. 41, incluyó el tema de desarrollo sustentable y la preservación del medio ambiente como de los recursos naturales (11). La ley 25.509 tuvo en cuenta esa circunstancia al legislar sobre la explotación forestal (12).

Dentro de la orientación general que seguía el mundo globalizado en lo que respecta al reconocimiento de este derecho como forma de impulsar la riqueza mediante la explotación forestal,(13) surgió la ley 25.509 a fines del año 2001, con características propias y diferentes a los lineamientos que marcaron los distintos antecedentes legislativos previos (14).

Ya en ese momento, por unanimidad, en las Jornadas de Derecho Civil de Rosario se dijo que "Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos", propiciándose de lege ferenda la incorporación del "derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio-económicos" (15).

Ahora, ya pasados más de 10 años de la sanción de la ley 25.509, el CCC recepta el derecho real de superficie en su concepción más amplia, ya sea para forestar, plantar o construir, o sobre lo ya forestado, contraído o plantado (16).

2. El derecho real de superficie y el numerus clausus.

El derecho real de superficie esta enumerado en el [art. 1887 CCC](#). Se ubica a continuación del dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados (17). O sea, más cerca de los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario(18). El [art. 2114](#) contiene el concepto del derecho real de superficie: "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".

No hay discusión que es un derecho nuevo, autónomo. Es un derecho real sobre cosa propia, que suspende el principio de accesión (vgr. quiebre del principio superficie solo cedit). El CCC incluye en el derecho real de superficie el derecho de vuelo, que en otras legislaciones se lo toma en forma separada (19).

Debemos dejar claramente asentado que el Código prevé dos situaciones: una cuando su objeto es un derecho: el de plantar, forestar o construir -derecho de superficie-; y el otro, cuando su objeto son las plantaciones, forestaciones o construcciones existentes -propiedad superficiaria-.

Se observa nítidamente la diferencia que marca el legislador entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, siendo el primero sobre cosa ajena, mientras que el segundo sobre cosa propia (conf. [art. 2114 y 2115 CCC](#)).

En el supuesto del derecho de superficie se reenvía a las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, salvo pacto en contrario ([art. 2127 CCC](#)); mientras que en la propiedad superficiaria se dirige a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no sean modificadas por el articulado del título VII (conf. [art. 2128 CCC](#)).

Dispone el legislador que se encuentran legitimados a constituir este derecho tanto el titular dominial, los condóminos, como los titulares de propiedad horizontal (conf. [art. 2118 CCC](#)). Resulta una novedad la posibilidad de existencia de este derecho en la propiedad horizontal.

Se permite que el inmueble quede gravado con el derecho real de superficie, ya sea en todo o sobre una parte determinada, con proyección sobre el subsuelo o el espacio aéreo (vgr. facultad de escabar y/o de sobreelevarse).

La norma acepta que un Consorcio, se entiende que con la conformidad de todos los copropietarios, pueda constituir este derecho -sobre el subsuelo o sobre elevándose- según se desprende del art. 2116 CCC. Indica el art.2116 que 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 las construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal".

La forma de constitución es por vía contractual, ya sea a título gratuito u oneroso. A este derecho se le aplica la teoría del título y modo para la adquisición de los derechos reales por acto entre vivos.

No es posible su constitución por usucapión larga, (20) aunque se acepta la breve (vgr. con justo título y buena fe, más la posesión por un mínimo de 10 años).

Es un derecho transmisible en sus dos modalidades. Así, a pesar de ser un derecho que se ejerce en fundo ajeno, lo cierto es que permite su transmisión por acto entre vivos o mortis causae; (21) lo cual no resulta óbice para que no sea posible su constitución por testamento (22). Ello lo diferencia claramente de otros casos de dominio desmembrado, ya sea el usufructo, uso, habitación. (conf.1906; 2119; 2134;2137; 2140;2160).

Observamos que es un derecho temporario, aunque es un derecho real sobre cosa propia, carácter que lo aleja definitivamente del dominio y el condominio -vgr. derechos reales perpetuos-.

Al ser un derecho temporario, está destinado a durar el plazo que las partes convencionalmente fijen en el acto constitutivo. El plazo máximo legal de duración es de 70 o 50 años, dependiendo si es sobre construcción o plantaciones. Se observa que la variante de forestación sigue los preceptos de la ley 25.509, art. 6.

Gravado un inmueble con un derecho de superficie, el nudo propietario tendrá un dominio desmembrado, lo que hará que al momento de extinción de la superficie, recupere las facultades cedidas al superficiario -principio de elasticidad del dominio-.

Establece el legislador una diferencia para la extinción de este derecho, dependiendo si se trata de la propiedad superficiaria o el derecho de superficie. Aclaremos que el derecho de superficie contiene en potencia la propiedad superficiaria, situación que se mantiene hasta tanto se construya o se foreste.

En caso de destrucción de la propiedad superficiaria se extingue el derecho si no se construye nuevamente en el plazo de 6 años, o no se planta o foresta dentro de los 3 años ([art. 2122 CCC](#)).

En cambio, frente al derecho de superficie, se extingue no solo por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, y por consolidación, sino también por el no uso durante 10 años para el

derecho de construir, y durante 5 años para el derecho a plantar o forestar. La cláusula [2124 CCC](#) prevé como causal de extinción del derecho el no uso, que se ha interpretado que contiene el uso contrario a lo pactado en el acto de constitución; aspecto que tiene relación con el derecho del superficiario de usar y gozar de su derecho sobre el predio ajeno, pero cumpliendo con sus fines previstos.

Ahora bien, producida la extinción del derecho, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, salvo que se pacte lo contrario ([art. 2126 CCC](#)).

Es altamente probable que en los contratos de constitución de este derecho se prevea claramente la solución a estos casos, en tanto la inversión económica que conlleva su desarrollo hace que las construcciones o plantaciones al momento de extinción de la superficie pasen a engrosar al valor de la propiedad, y por ende, el patrimonio del titular del suelo.

Cuando deba indemnizarse, se tomará a tales efectos el monto fijado por las partes en el acto constitutivo, o en acuerdos posteriores. En el supuesto de no haberse previsto, se tomarán los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada su amortización.

Otro aspecto interesante es la posibilidad de gravar el derecho de superficie con derechos reales de garantía ([art. 2120 CCC](#)), algo que se encontraba muy discutido en la superficie forestal de la ley 25.509 cuando no existía propiedad superficiaria. Hoy en día las posturas doctrinales que no aceptaban esa posibilidad devinieron abstractas conforme la norma del art. 1883 CCC, que permite que el objeto de los derechos reales sean además de las cosas, los bienes en los supuestos taxativamente señalados, como es este caso.

Naturalmente se limita la constitución de estos derechos reales de garantía al plazo de duración del derecho de superficie.

El Código también prevé fuera del título específico de la Superficie (Título VIII) que el bien sujeto a propiedad superficiaria pueda ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo ([art. 2131 CCC](#)), el uso y la habitación (conf. los reenvíos de los arts. 2155 y 2159 CCC).

El superficiario de la misma manera puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, y transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie ([art. 2120, 2do. parr. CCC](#)) (23).

Mientras exista este derecho, el nudo propietario o dominus soli (vgr. dueño del suelo) conserva sus facultades sobre la cosa, pero limitado al ius abutendi, dado que el ius utendi y ius fruendi le corresponderá al superficiario; a su vez éste tendrá el ius utendi, ius fruendi y ius abutendi sobre lo construido o plantado, pero limitado al plazo de duración de su derecho.

Por su parte, el titular del derecho de superficie, aún en el supuesto de renuncia de este derecho, desuso o abandono, no queda liberado de las obligaciones legales o contractuales, en forma similar a lo que acontece con la propiedad horizontal ([art. 2123 CCC](#)). Ese precepto debemos correlacionarlo con el [art. 2050 CCC](#), que dispone en la propiedad horizontal que se encuentran obligados al pago de las expensas comunes -gastos y contribuciones- además del propietario, los titulares de otros derechos reales o personales que sean poseedores por cualquier título. Ergo, en el caso de afectar el inmueble construido al régimen de la propiedad horizontal, los titulares de las unidades funcionales deberán hacerse cargo de las expensas comunes, al igual que el superficiario, sin perjuicio de los términos convencionales que vinculen a ambos ([art. 2048 CCC](#)).

NOTAS AL PIE.

- (1) Juez Nacional de la Cámara Nacional en lo Civil de la Capital Federal, Sala H. Abogada egresada de la UBA, Facultad de Derecho. Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho, Universidad del Museo Social Argentino. Investigadora de UBACYT. Adjunta por Concurso de la Cátedra de Derechos Reales de la Dra. Elena Highton de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora del Doctorado de la Facultad de Derecho de la UBA. Profesora de la UCA en la Maestría de Derecho Privado Patrimonial. Privado. Egresada de la primera promoción del Curso de Especialización de la Magistratura de la Escuela Judicial de la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional. Autora de libros y artículos sobre los derechos reales, y disertante en diferentes foros nacionales. Integrante del equipo de juristas que colaboró en la redacción del Anteproyecto del Código Civil de 2012.
- (2) KEMELMAJER DE CARLUCCI y PUERTA DE CHACÓN ALICIA sostienen que "El código civil argentino siguió la tradición del derecho puro de los romanos y consagró el principio de accesión, al que Gayo consideraba incluso, de derecho natural". Ver Derecho Real de Superficie, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 4.
- (3) CORNEJO, AMÉRICO A., "El derecho real de superficie en el Proyecto de unificación legislativa Civil y Comercial", en Revista jurídica La Ley 1987-D-1200, y cita de Bonfante, Pedro, Instituciones de Derecho Romano, n° 109, p. 353.
- (4) LAQUIS, MANUEL, Derechos Reales, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1984, t. IV, p. 70.
- (5) ALLENDE, GUILLERMO, Tratado de enfiteusis, y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil, Abeledo Perrot, 1964, p. 116.
- (6) El codificador da las razones en la nota al art. 2503. "Hemos juzgado -dice- que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos". Ver comentario sobre este tópico en ELGUERA, EDUARDO, "El derecho real de superficie en la legislación argentina", La Ley on line.
- (7) CALLEGARI DE GROSSO, LIDIA, El derecho real de superficie forestal ley 25.509, en Jurisprudencia Argentina n° 13, 2002-III.
- (8) El Código Civil italiano de 1942, art. 956, prohíbe la superficie referida a plantaciones; mientras que el Código alemán, sólo se refirió a la superficie edificada. El Código portugués y el Código catalán prevén tanto la facultad de constituirlo sobre plantaciones como construcciones.
- (9) Ver Código Civil de Portugal de 1967, art. 1524; el de Bolivia de 1976, art. 1201; de Perú de 1984, art. 1030; Cuba de 1988, art. 219; Holanda de 1992, art. 101 y el nuevo Código de Brasil de 2003, art. 1368. Conf. LILY FLAH Y MIRIAN SMAYESKY, en Jurisprudencia Argentina n° 9, 2003-III, p. 51. Estas autoras consideran que "En España el abordaje del problema era diferente, ya que si bien no estaba legislado el derecho de superficie en el Cód. Civil, y, por el contrario, los art. 361 y 368 consagraban el principio de accesión romana, la autonomía de la voluntad en materia de derechos reales confería la posibilidad de crearlos. La ley Administrativa de Urbanismo de 1956 superó las aparentes contradicciones entre los art. 1611 y 1655 del Código Civil español; y en los arts. 157 a 161 estableció el derecho de superficie con el encuadre actual. Siguiendo esta técnica, el Reglamento Hipotecario de 1959, ajustó la figura (art.16 y 30), determinando además el modo de extinción e inscripción en el Registro de la Propiedad. Sustantivamente hoy lo regulan los arts. 40 y 41 del R. D. Lgvo. 2/2008, de 20 de junio, (TRLS-2008), y adjetivamente, lo relativo a su inscripción registral, se contempla en el art. 16 del Reglamento Hipotecario aprobado por Decreto de 14 de febrero de 1947 (es requisito constitutivo formal la referida inscripción en el Registro de la propiedad sin la cual el derecho de superficie será inexistente).

(10) GURFINKEL DE WENDY, LILIANA, "Superficie", en Comentarios al Proyecto de Código Civil y comercial de la Nación 2012, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2012, p. 1043.

(11) "Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el derecho de preservarlo. El daño ambiental generará prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección, y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquéllas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos, y de los radioactivos". CN art. 41.

(12) Los cambios legislativos, orientados al reconocimiento de la necesidad de una mayor explotación forestal, como también de la protección de los bosques y plantaciones, fue justamente tema de desarrollo en la llamada "Cumbre de la Tierra", celebrada en la ciudad de Río de Janeiro, en el año 1992, correspondiente a la II Conferencia de las Naciones Unidas sobre el medio ambiente. Uno de sus objetivos era mejorar las condiciones ambientales de las regiones en que el régimen forestal se podría desarrollar. Más tarde, a finales del siglo XX, con el Protocolo de Kyoto del año 1997, se establecen nuevas obligaciones y plazos de los países industrializados, principales responsables de emisiones de Gases de Efecto Invernadero (GEI) y fuentes de emisiones, quienes se comprometieron en reducir las emisiones sobre una canasta de GEI, en un poco más de 5% en promedio respecto de los niveles de 1990, para el periodo 2008-2012. Además de fijar compromisos de reducción, se establecían mecanismos flexibles para compensar emisiones de estos mismos países por distintas vías. Una de ellas, era el desarrollo de proyectos entre países industrializados con compromisos de reducción de emisiones y países en vías de desarrollo, llamado Mecanismos de Desarrollo Limpio (MDL). El Protocolo instituye figuras que habilitan para emitir certificados de emisión transferibles de los gases que producen el efecto invernadero. Por dicho acuerdo, los países firmantes se comprometieron a reducir sus emisiones, y cumplir con sus cometidos forestando en países que emitieran pocos gases de efecto invernadero, cubriendo la totalidad de los costos que la tarea significaba y beneficiándose, transfiriendo a su país los créditos equivalentes a la cantidad de gas que se hayan absorbido en ese espacio forestado, a través del mecanismo de desarrollo limpio. La Argentina fue una de los países firmantes del Acuerdo.

(13) 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.

(14) En las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Rosario en el año 2003, Juan Bernardo Iturraspe, en una postura aislada, sostuvo que la superficie forestal constituía un grave riesgo para la soberanía del país. En contrario, Gabriela Vázquez sostiene que la ley de superficie en modo alguno significa un ataque a la soberanía del país, pues dicha normativa en nada impide que el Estado Argentino a través de las leyes correspondientes, frene la fuga de riquezas genuinas. Señala que inclusive resulta contradictorio que países que se encuentran en la antinomia de nuestro sistema jurídico, recepten favorablemente el instituto, tal el caso de Cuba (conf. arts. 218 a 225 del Código Civil de la República de Cuba).

(15) BIANCHETTI, ALBA; CALEGARI DE GROSSO, LYDIA y GARRIDO CORDOBERA, LIDIA, en Ponencias a las XIX Jornadas de Derecho Civil de Rosario, Edición conjunta UCA, UNRosario, Rubinzal-Culzoni, Buenos

Aires, 2003, p. 641, p. 657, y p. 700.

(16) ALTERINI, JORGE, en "Nuevas formas de propiedad", en Revista del Notariado n° 811, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 1637, dijo que: "Más allá de aspectos ideológicos, hay coincidencia en que la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. La necesita con fines solidaristas, porque a través de la superficie bien manejada se puede facilitar, sobre todo con los terrenos de propiedad del Estado, el acceso a la vivienda por los particulares de menores recursos. Y es un motor del dinamismo del país porque debería constituirse en estímulo de la construcción a través de modalidades de tipo negocial perfectamente compatibles con la superficie. Por ejemplo, el vendedor del terreno, en vez de aceptar que el constructor le pague con la entrega de unidades, no se desprende de la propiedad del terreno; se limita a otorgarle al constructor el derecho de superficie. En el interior del país, familias tradicionales que se fueron empobreciendo con el curso de los años aspiran a mantener dentro del acervo familiar extensiones de terreno, seguramente de origen sucesorio, pero no pueden construir. Adviértase que al posibilitarse el derecho de superficie, esos propietarios podrán otorgarlo para que otros, con mayor potencia económica, realicen la etapa edilicia. También podrían aprovecharse sectores subterráneos en lugares bien ubicados de la ciudad que puedan servir como playas subterráneas con atrayente explotación. Por todo ello, mi entusiasmo por la superficie, aunque no se puede anticipar con certeza que en la Argentina habrá de difundirse. Tenemos la razonable expectativa de que sea útil, pero es evidente que, si no se la legisla, la condenaríamos sin más a su fracaso, sin intentar su éxito. Esa esperanza fue la misma de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes de 1985, que recomendaron su recepción legislativa". Ver también GÓMEZ DE LA LASTRA, MANUEL C. "La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales", en Revista Jurídica La Ley, 2013-A, 676, quien entiende que "Dada la amplitud de los términos utilizados, ya sea el de 'forestación' como el de 'plantaciones', se aclara y amplía el campo de aplicación previsto en la Ley 25.509 para el Derecho Real de Superficie Forestal, alcanzando -en un sentido lato- a todas las actividades realizables sobre una tierra apta a esos efectos, disponiéndose así junto al fideicomiso de garantía, de un instrumento más seguro y efectivo, que el de los arrendamientos o aparcerías rurales".

(17) "En el Anteproyecto de Código Civil y Comercial del año 2012 elaborado por la Comisión Redactora integrada por los Dres. Lorenzetti, Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, en los derechos reales enumerados por el art. 1887 estaba también la propiedad comunitaria indígena".

(18) La ley 25.509 había incorporado en el inc. 8 a la superficie forestal dentro de la enumeración del art. 2503 CC, careciendo tal inserción en ese lugar de rigor metodológico.

(19) En tal sentido el Código Civil de Cataluña regula por una parte al derecho real de superficie (art. 564-1 a 564-6) y por la otra el derecho de vuelo (art. 567-1 a 567-6). Ver COSSARI, NELSON G. A.; LUNA, DANIEL G, "Derecho de sobreelevación y propiedad horizontal", en Revista Jurídica La Ley 2009-C-1090.

(20) ALTERINI, JORGE HORACIO, "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código", en Academia Nacional de Derecho, 1, setiembre 2012, y en Revista jurídica La Ley, 2012-E, 898. El autor critica esta solución al decir que "Al tratar de salvar la ausencia de un texto que precise cuáles son los derechos reales adquiribles por usucapión, creí encontrar una forzada solución en el art. 1897, para inferir que eran usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres".

(21) El Código de Brasil (art. 1372) autoriza la transmisión por muerte del superficiario a los herederos. En igual

sentido el Código de Perú, salvo prohibición expresa (art. 1031).

(22) En este caso se siguió la misma línea que establecía la ley 25.509. Uno de los proyectos que desembocaron en el texto definitivo de la ley 25.509, correspondiente a los Diputados Solmoirago, Alesandro, Dumón, Gómez de Marelli, Llamosas, Pernasetti, Puerta, Romero y Sodá (3595 D-2000) contemplaba además del contrato, al testamento como fuente de adquisición. En cambio el proyecto de los Diputados Leyba de Martí, Abella y Passo (62 D-2000) preveía como única fuente a los "actos entre vivos". Este último ensamblado con el anterior, da nacimiento al proyecto de ley definitivo, por lo que se interpretó que la voluntad del legislador fue suprimir adrede la constitución por acta de última voluntad. La disposición prevista en la ley es de orden público, por hallarse dentro de la esfera de los derechos reales, por lo que al no estar permitida dicha forma de constitución en forma específica, debe entenderse como prohibida.

(23) Encontramos su antecedente en el Código Civil de España, en el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la ley de suelo en su art. 41. Transcribimos a continuación la normativa que ilustra como se legisló en ese país de la Comunidad Europea.

CAPÍTULO III.

Derecho de superficie.

Artículo 40. Contenido, constitución y régimen.

1. 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.
2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.
3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.
4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.

Artículo 41. Transmisión, gravamen y extinción.

1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.
2. 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.

3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

5. 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".