

El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998

Luis O. ANDORNO

I. Introducción

En el presente trabajo procuraremos brindar un panorama general en torno a la regulación del derecho de superficie efectuada en el Proyecto de Código Civil de 1998, suscripto por los distinguidos juristas Dres. Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman (arts. 2018 a 2028), actualmente a consideración de la Cámara de Diputados de la Nación.

Inicialmente debemos poner de relieve que se han seguido los lineamientos básicos del Proyecto de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1987 (hoy ley vetada) (art. 2614) y los del Proyecto de la denominada Comisión Federal de la Cámara de Diputados de la Nación, aprobado por este cuerpo en su sesión del 3 de noviembre de 1993 (arts. 3153 a 3158).

Nos parece asimismo importante recordar con el distinguido jurista portugués José de Oliveira Ascensao que el derecho de superficie "es el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno". (Direitos reais, Lisboa, 1978, p. 507).

Por su parte Vélez Sársfield, en la conocida nota al art. 2503, C.C., en la que se manifiesta francamente contrario a la regulación del derecho de superficie -que suprime de modo expreso en el art. 2614, conjuntamente con otros derechos reales- nos recuerda que dicho derecho real consistía "en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre los 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".

Nos manifestamos decididamente partidarios de incorporar el derecho de superficie a nuestro derecho positivo, conforme a las consideraciones formuladas oportunamente en nuestros trabajos "El derecho de superficie" (J.A.

1985-III- 653) y "El derecho real de superficie en el proyecto de Código Unico Civil y Comercial de la Comisión Federal de la Cámara de Diputados" (J. A. 1993-IV-921), a los que remitimos en mérito a la brevedad.

En efecto, las ventajas que brindaría la incorporación de dicho derecho real, serían a nuestro juicio, entre otras las siguientes. En primer lugar permitiría el aprovechamiento de un terreno baldío por parte de su propietario que no tuviere dinero para edificar o forestar el mismo y que tampoco deseara vender o locar dicho inmueble. Por otra parte, el derecho de superficie permitiría asimismo un aprovechamiento del subsuelo, con independencia del suelo, que en la actualidad se halla vedado a la luz de los arts. 2518, 2519 y conexos del Código Civil, consagratorios de la regla de la accesión.

El derecho de superficie podría asimismo ser útil para ser utilizado en planes de urbanización, en la construcción de viviendas, y en una ampliación de los beneficios del régimen de propiedad horizontal, como lo veremos luego.

También se ha propuesto su utilización para ser aplicado a las denominadas nuevas formas de dominio (clubes de campo, tiempo compartido y cementerios privados).

Asimismo se ha propiciado la utilización del derecho de superficie para planes de forestación a través de la constitución de fondos fiduciarios de inversión directa admitidos por la ley 24441, conforme se pone de relieve en el interesante trabajo de Manuel Gómez de la Lastra y Alicia Goldenberg titulado "Los fondos fiduciarios de inversión directa y el derecho real de superficie, pilares para el desarrollo forestal argentino", aparecido en J.A. 1998-III-763.

Seguidamente nos ocuparemos acerca de los distintos aspectos contemplados en el referido Proyecto de Código Civil de 1998 en relación al derecho de superficie.

II. Definición del derecho de superficie

Dos artículos del Proyecto de 1998, son fundamentales para la caracterización del derecho de superficie contemplado en el mismo.

Así tenemos el art. 2018 que dice: "**Definición.** *La superficie es el 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*".

Por su parte, el art. 2025 del Proyecto reza: "**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 com-*

prender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento".

A la luz de los artículos transcritos precedentemente es dable inferir que puede arribarse al nacimiento del derecho real de superficie, consistente en una construcción o forestación sobre inmueble ajeno, a través de distintas vías.

La primera de ellas consiste en la realización de una construcción o forestación sobre un inmueble baldío.

Cabe recordar que el Proyecto de 1998 trae como novedad la posibilidad del nacimiento del derecho de superficie en base a una *forestación*, que no se daba ni en el Proyecto de Unificación de 1987, ni tampoco en el Proyecto de 1993.

Desde luego que "*la construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo*", conforme a la fórmula del referido art.2025 del Proyecto que estamos analizando.

Se experimenta así una curiosa metamorfosis, toda vez que el derecho de edificar o de forestar nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre la cosa propia cuando se concluye la construcción o la forestación.

Se regula así el llamado "derecho de edificar" o el "derecho de forestar". En relación a lo primero, la norma se ha inspirado en el Código Civil italiano de 1942, en cuanto se admiten también allí las dos alternativas mencionadas precedentemente: esto es, la posibilidad de construcción en el sobresuelo, como así en el subsuelo (arts. 952, la. parte y 955, respectivamente).

Recuerda C. Massimo Bianca, que los orígenes del derecho de superficie deben verse en la concesión *ad aedificandum*, sobre el suelo público romano, ya conocida en la época republicana. Luego, análogas concesiones comenzaron a ser practicadas sobre las propiedades privadas.

Pero en rigor de verdad, el concesionario no adquiría la propiedad de la construcción, que pertenecía al propietario del suelo, por aplicación de la regla de la accesión (*superficies solo cedit*). Sin embargo dicho concesionario tenía el derecho al goce de la construcción en base a una relación que en el caso de las concesiones privadas se configuraba ya sea como locación o como venta.

El derecho del concesionario -continúa Bianca- adquirió una autonomía relevante en el *ius praetorium*.

En efecto, en el derecho pretoriano viene específicamente identificada y tutelada la posición del superficiario, a quien el pretor concede un interdicto modelado sobre la base del interdicto posesorio *uti possidetis* y una *actio de superficie*.

El Digesto dedica a la superficie el título XVIII del XLIII libro, trayen-

do un comentario de Ulpiano a dicho edicto del pretor. Según dicho jurista la posición del superficiario era equiparada sustancialmente a la del titular de un derecho real, pudiendo el mismo actuar contra los terceros con una acción *quasi in rem*.

La idea de una propiedad separada de la construcción encontró reconocimiento en el derecho común. La idea fue formulada por los Comentadores quienes ponían en cabeza del superficiario el dominio útil, en tanto que colocaban en cabeza del propietario del suelo, el dominio directo.

Aproximadamente en el siglo IX se llegó a admitir lo que seguramente no admitieron los juristas romanos, esto es, el derecho de superficie arbórea.

El derecho de superficie no fue admitido de modo expreso en el Código Civil francés de 1804, por cuanto se creía que ello hubiera significado una de las antiguas formas de "sofocación" de la propiedad inmobiliaria. El ejemplo del Código Civil francés fue seguido por el Código Civil italiano de 1865.

Pero por una fuerte influencia de la doctrina y de la jurisprudencia italiana el derecho de superficie halla reconocimiento expreso en el Código Civil italiano de 1942 (arts. 952 a 956). El Código Civil alemán de 1900 había regulado en los parágrafos 1012-1017 una figura similar al derecho de superficie llamada *Erbbaurecht*, un tanto insuficiente, por lo que fue sustituida por una ley especial del 15 de enero de 1919 (C. Massimo Bianca, *Diritto Civile-6-La proprietà*, Giuffrè Editore, Milano, 1999, ps. 542/544). : del

Debe destacarse asimismo que en lo referente a las dos institutos: *derecho de edificar y de la propiedad superficiaria*, los referidos proyectos argentinos de 1987, de 1993 y de 1998 se inspiraron también en el Código Civil de Bolivia de 1976 (art. 201 y conexos).

La duración del derecho de superficie en el Proyecto de 1998, se ha fijado en un plazo determinado que no exceda de cincuenta años. En esto se ha seguido la línea de los proyectos de 1987 y de 1993. Pero el Proyecto de 1998 trae la novedad de que *"puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta años contados desde su celebración"* (art. 2018, *in fine*).

III. Adquisición de construcción o forestación ya existente

Otra de las vías contempladas por el art. 2018 del Proyecto de 1998, a los fines de arribar al derecho de superficie sin pasar por la referida etapa del *ius aedificandi* —en el caso de la construcción— puede darse cuando se adquiriese *"una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento.."*

Se trata naturalmente de un supuesto distinto al analizado en el punto anterior en que no existe una construcción o una forestación anterior, pues aquí el derecho de superficie nace a través del acto de adquirirse una construcción o

una forestación ya existentes, separadas de la propiedad sobre la cual se asientan los mismos. (art. 2018).

Añádase que el art. 2027 del Proyecto 1998, que se ocupa acerca de las normas aplicables a la propiedad superficiaria propicia la siguiente fórmula: "*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*".

Es de advertir en este punto, que este Proyecto que estamos comentando se apartó de lo propiciado en los Proyectos de 1987 y de 1993 que consignaban que las normas aplicables a la propiedad superficiaria eran las relativas al dominio revocable, en cuanto ello fuere compatible. En cambio, el Proyecto de 1998, como acaba de verse, considera que en tal caso deben aplicarse las normas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles "en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título". De cualquier modo, el cambio de terminología no significa que haya habido un cambio sustancial en la materia. Ello se justifica por los nuevos tipos de dominio imperfecto regulados en los arts. 1904 a 1909 de dicho Proyecto y que son el resoluble, el fiduciario y el desmembrado. A mayor abundamiento digamos que dicho dominio resoluble, conforme al art. 1905 del Proyecto "*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*".

Pensamos asimismo que pueden existir otros modos de constitución de la propiedad superficiaria, a través por ejemplo de la partición judicial, para el supuesto de que presentadas las operaciones de partición al juez, éste las aprobare a los fines de que el Registro inscriba el derecho real de superficie nacido del acuerdo de todos los herederos (art. 1184, inc. 2º, Código Civil), como así a través de la adquisición por prescripción breve en el caso en que la superficie hubiere sido constituida por un justo título y el superficiario ejerciere posesión durante diez años. Será posible asimismo adquirir el derecho de superficie en una subasta judicial, en cuyo caso quien así adquiere sabe que solamente incorpora una propiedad superficiaria resoluble (Cf.: Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, Derecho real de superficie, Astrea, Bs. As., 1989, ps. 52/ 55 y nuestro trabajo " La subasta judicial y los derechos conexos a la cosa subastada, en La revista del Foro de Cuyo, No. 3, Mendoza, 1991, p. 7 y ss).

IV. Derecho de sobre elevación. Legitimación para constituir el derecho de superficie

Antes de entrar al tratamiento del punto relativo al derecho de sobre elevación, corresponde recordar que el art. 2019 del Proyecto 1998 propicia una fórmula adecuada en materia de legitimación para constituir el derecho de superficie, al consignar que pueden constituir dicho derecho real "*los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal*".

Ahora bien, como se ha visto, el referido art. 2025 del Proyecto de 1998 prevé el supuesto de emplazamiento de la construcción "*sobre construcciones ya existentes, aún dentro del régimen de propiedad horizontal*". Se reproduce así la misma fórmula propiciada en los Proyectos de 1987 y de 1993.

En este caso, el asiento del derecho de superficie será un inmueble ya edificado con anterioridad. Debe destacarse asimismo que conforme a dicho párrafo del art. 2025 se admittien aquí dos variantes. La primera de ellas, cuando la construcción que soporta al derecho de superficie se halla sometida al dominio vertical del Código Civil. La segunda, cuando tal construcción existente se hallare sometida al "régimen de propiedad horizontal", como reza dicho texto.

Sobre el particular ha manifestado Américo A. Cornejo en su excelente trabajo sobre el tema, que en la primera hipótesis contemplada por el referido Proyecto de Unificación de 1987 (hoy ley derogada), que se reproduce en el art. 2025 del Proyecto de Código Civil de 1998, la concesión y su posterior propiedad superficiaria importan una derogación del principio de accesión que consagra el art. 2519, C.C.. Y en lo tocante a la posibilidad de edificar sobre una construcción sometida al régimen de propiedad horizontal, recuerda dicho jurista, que ya en nuestro derecho existe la figura de la sobre elevación que es el derecho que se reserva una persona para construir sobre el último piso de un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal (art. 7, ley 13512). Pero en tal caso una vez hecha la construcción, ésta, o se incorpora a una unidad funcional ya existente o constituye una nueva unidad, debiéndose en cada caso adecuar el reglamento. En cambio, en el segundo supuesto consignado precedentemente es distinto, ya que la edificación será propiedad superficiaria y no dominio horizontal (Américo Atilio Cornejo, El derecho real de superficie en el proyecto de unificación civil y comercial, La Ley del 1/10/ 87). Pensamos asimismo que en la primera hipótesis, esto es, en el supuesto de propiedad superficiaria, con duración máxima de cincuenta años-con posibilidad de renovación también por un plazo máximo de cincuenta años- asentada sobre propiedad vertical, con el carácter de perpetuidad contemplado por el art. 2510, C. C., (vide: nuestro Código Civil Anotado-Libro III-Derechos reales, t. II, Ed. Zavalia, Bs. As., 1974, p. 44 y ss, en colaboración con Roque Garrido), en caso de conflictos entre el concedente y el superficiario, parece

razonable acudir en forma analógica a las normas de la propiedad horizontal (ley 13512), como así a las del condominio disciplinado por el Código Civil (art. 2673, C. C. y siguientes) (Cf. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., ps. 22/23).

Conforme a la segunda hipótesis indicada precedentemente, es posible conceder el derecho de superficie sobre un inmueble sometido al régimen de propiedad horizontal. Al respecto se ha señalado con acierto que el derecho de superficie debe ser distinguido del derecho de sobre elevación y subedificación previsto por el referido art. 7 de la ley 13512, pues conforme a esta ley, dicho derecho a sobrelevar o a subedificar en la propiedad horizontal comporta una modificación en el reglamento y la alteración de normas estatutarias. De ahí la necesidad de la unanimidad a los fines de dicha modificación. Por tanto, quien edificó es titular del modo que lo es en la propiedad horizontal (sean partes privativas o comunes). No se está por tanto frente a un supuesto de dominio imperfecto. En cambio, el derecho de sobreelevar o de subedificar como causa eficiente de la propiedad superficiaria otorga al titular un dominio al que se le aplicarán, en cuanto fueren compatibles las normas del dominio resoluble, según se ha señalado precedentemente. Además, frente a la carencia de disposiciones específicas en el título proyectado respecto del derecho real de superficie, se estima razonable aplicar también aquí por analogía, las normas de la propiedad horizontal (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., ps. 22/23).

V. Extensión del inmueble afectado a mayor área

El referido art. 2025 del Proyecto de Código Civil de 1998, en su parte final, dice: "*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*".

Se trata de una fórmula que reproduce lo consignado en el art. 2614 del Proyecto de 1987, como así lo propiciado en el art. 3153, *in fine*, del Proyecto de 1993.

Como lo ponemos de resalto en nuestro mencionado trabajo publicado en J.A. 1993-IV-921, ello puede resultar de particular utilidad en el caso de lugares destinados a facilitar el acceso de personas o de objetos, para jardines, depósitos, plantas, pequeñas construcciones para alojamiento de animales domésticos, etc.

Un antecedente importante en la materia debe buscarse en el derecho alemán, donde el Código Civil de 1900 preveía un derecho especialmente reconocido y reglamentado en los párrafos 1012-1017, calificado como el "*Erbbaurecht*", similar al derecho de superficie, según lo consignamos precedentemente. En modo especial, conforme al párrafo 1013

del BGB, en esta primera etapa, el derecho concierne tanto al subsuelo, cuanto a la superficie, siendo atributivo de la propiedad de las construcciones. Su titular está facultado para extender el goce correspondiente sobre la parte del fundo no alcanzada por la construcción, en la medida en que esa extensión puede resultar accesoria y legítima. Además, la Ordenanza alemana de la posguerra del primer conflicto mundial, esto es, la del 15 de enero de 1919, admitió la posibilidad de extender la superficie al tercero próximo, a condición de que la edificación fuera la cosa principal desde el punto de vista económico. No era necesario que significase ventaja para el uso y goce del edificio. En cambio, para la norma proyectada entre nosotros -art. 2025, *in fine*, - es menester que tal extensión del inmueble afectado a mayor área que la necesaria para la construcción, "*sea útil para su aprovechamiento*". Debe destacarse asimismo que esta posibilidad de extensión mayor puede resultar tanto de aplicación en el caso del "derecho de edificar o de forestar", cuando en el de la "propiedad superficiaria". Además, como lo ha señalado nuestra doctrina nacional, tal propuesta resulta análoga a la de los terrenos adyacentes en el régimen expropiatorio (art. 7, ley 21.499).

Otro valioso antecedente en este sentido se encuentra en el artículo 1032 del Código Civil del Perú de 1984, en cuanto dispone: "*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*".

Añádase que dicho texto del art. 1032, que acaba de transcribirse, fue mantenido y mejorada su redacción en la "Propuesta de Bases para la Reforma del Código Civil del Perú de 1994", que tuvimos ocasión de analizar y ponderar durante las Jornadas de Derecho Privado, organizadas por la Universidad de Lima en la capital peruana, en setiembre de 1994.

VI. El derecho de construir ó de forestar: Facultades, adquisición y extinción

Como lo hemos señalado precedentemente, el Proyecto de Código Civil 1998 prevé dos manifestaciones: el derecho de construir o de forestar y la propiedad superficiaria sobre las construcciones o sobre las plantaciones, según el caso. Se sigue en ello básicamente la línea de los Códigos Civiles Italiano de 1942 y de Bolivia de 1976.

Nos ocuparemos en el presente punto acerca de la primera de dichas manifestaciones, esto es, del derecho de construir o de forestar, para tratar luego respecto de la segunda.

El art. 2026 del Proyecto de 1998 prescribe en su primer párrafo: "*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, venci-*

miento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez (10) años".

A la luz de la norma proyectada es dable inferir por tanto que nos encontramos en presencia del derecho de usar, gozar y disponer jurídicamente de un inmueble ajeno con la finalidad de edificar en el mismo o bien efectuar una forestación.

Como bien lo ponen de resalto Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, en la referida obra, compartimos el criterio sustentado por calificada doctrina extranjera que citan : Carlos Cárdenas Quirós, El derecho real de superficie, en Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, No. 37, p. 19 y Lino Salis, voz Superficie, en Novissimo Digesto Italiano, t. XVIII, p. 945, en el sentido de sostener el carácter real de esta manifestación, pues se trata de una relación inmediata sobre cosa ajena, oponible *erga omnes*, desde que el superficiario en ciernes tiene en esta etapa, acciones posesorias, petitorias, etc. Se trata como dice Messineo, en su Manual de derecho civil y comercial, t. III, No. 87,3,B,a,p. 422, de un poder autónomo y actual en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria. Tiene tanta autonomía, que si la construcción (o en su caso, la forestación, agregamos nosotros) no se concreta, no nacerá la propiedad superficiaria, sin embargo ha existido derecho de superficie. Si se construye (o se foresta, en su caso), en cambio, el derecho de construir (o de forestar) agota su propia función, quedando inerte, salvo su reviviscencia en caso de que la construcción sea destruida o demolida (o desaparezca la plantación). Se ha señalado con razón que el superficiario no construye (o no foresta), simplemente para construir (o forestar) sino para llegar a la propiedad superficiaria (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., ps. 11/12). En nuestro referido trabajo sobre "El derecho de superficie" (J.A. 1985-III-657, hemos recordado que la doctrina francesa en estos casos habla del "inmueble por anticipación".

Resulta asimismo de interés recordar que también en el derecho francés, como lo ponen de resalto las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, en orden al tránsito del "ius edificandi" a la propiedad superficiaria, ha señalado Jean Carbonnier que " la superficie se convierte en la progresiva propiedad del suelo (a medida que se va alzando la edificación)" (Jean Carbonnier, Derecho Civil, t.II, vol. I, P. 431).

Ahora bien, el referido artículo 2026 del Proyecto de 1998 señala que el derecho de construir o de forestar " *sólo se origina por adquisición derivada.*", lo que significa indiscutiblemente un criterio limitativo.

Partiendo del presupuesto de que constituyen modos derivados de la adquisición del dominio "aquellos en los cuales la transmisión del dominio resulta de un acto del dueño anterior en favor del nuevo dueño, como ocurre en

la tradición; o cuando por disposición de la ley, los derechos del adquirente se reputan *derivados* del transmitente, como ocurre en la sucesión *mortis causa*" (Borda, Derechos reales, I, No. 287, a), pensamos que el referido artículo 2026 del Proyecto de 1998, mantiene en su esencia el criterio de los Proyectos de 1987 (art. 2614) y de 1993 (art. 3155) en cuanto consignaban que el derecho de edificar (o de forestar, en la nueva formulación), solo se adquiere por contrato y tradición o disposición de última voluntad.

Teniendo en cuenta asimismo que conforme a casi unánime doctrina autoral y jurisprudencial de nuestro país, la usucapión constituye un modo *originario* de adquisición de la propiedad, creemos que el derecho de construir o de forestar no puede adquirirse por usucapión (ni ordinaria ni extraordinaria).

Por otra parte, si se tiene en cuenta que el "derecho de construir o de forestar" constituye un verdadero derecho real sobre inmueble ajeno, necesariamente, si el mismo nace de un contrato deberá ser formalizado por escritura pública, a tenor de lo normado por el art. 1184, inc. lo, del Código Civil.

Y a los fines de su oponibilidad a terceros interesados será menester su inscripción registral, en los términos de los arts. 2505, C. C. y art. 2º y concordantes de la ley nacional registral inmobiliaria No. 17801 (cf. nuestra obra "Ley Nacional Registral Inmobiliaria 17801. Comentada. Anotada", 2da. edición, Edit. Hammurabi. José Luis Depalma. Bs. As., 1999, p. 47 y ss., en colaboración con Marta Marcolin de Andorno).

En cuanto a la técnica registral de aplicación al caso, nos parece importante lo declarado en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Corrientes en 1985, en que se concluyó que "Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionado con la inscripción dominiar" (conclusión No. 14).

Pensamos asimismo que el "derecho de construir o de forestar" resulta transmisible por actos entre vivos o *mortis causa*, habida cuenta que el referido art. 2026 del Proyecto de 1998 consigna que dicho derecho concede-entre otras facultades- la de "disposición jurídica" del mismo, sin limitación alguna.

Por tratarse asimismo de un derecho patrimonial pensamos también que resulta embargable.

Señala asimismo el art. 2026 del Proyecto de 1998 que el derecho de construir o de forestar puede extinguirse por "renuncia". Ello es natural pues, como se ha visto, se trata de un derecho patrimonial. Mas debe advertirse, como lo indica el art. 2021 de dicho Proyecto que "*la renuncia por el superficiario del derecho de construir o de forestar...no lo libera de sus obligaciones*". Se trata naturalmente de obligaciones personales asumidas frente al dueño del inmueble.

Dicho artículo 2021 propicia asimismo en su parte final que "*la trans-*

misión del derecho comprende las obligaciones del superficiario".

También indica el mencionado art. 2026 del Proyecto 1998 que el referido derecho de construir o de forestar se extingue por el "vencimiento del plazo". Se ha señalado al respecto, con referencia a la norma similar del Proyecto de 1987 (art. 2614) que normalmente, si el superficiario no ha construido, el *ius edificandi* se extinguirá por el efecto del no uso. No será necesario esperar al vencimiento del término convencionalmente pactado al derecho de superficie, que no puede exceder de cincuenta años en dicho art. 2614, proyectado oportunamente. No obstante, de hecho, puede producirse la extinción de dicho *ius edificandi* por el vencimiento del término previsto al derecho; así, p. ej., la reconstrucción puede ejercerse en el término de diez años, pero siempre dentro del plazo de vigencia de la superficie y puede suceder que ésta venza primero a que aquél (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., p.49). Ello es perfectamente aplicable al caso que estamos comentando, dada la similitud de las respectivas normativas proyectadas.

También prevé dicho art. 2026 del Proyecto de 1998 que el derecho de construir o de forestar se extinga por "el cumplimiento de una condición resolutoria". Ello no es más que la consecuencia de la aplicación de principios generales en materia de efectos de las obligaciones sometidas a una condición resolutoria (arts. 553 a 557 del Código Civil).

Prevé asimismo dicho art. 2026 la extinción del derecho de construir o de forestar por el "no uso durante diez años". Reproduce la regla de los arts. 2614 del Proyecto de 1987 y del art. 3155 del Proyecto de 1993.

Tal plazo de diez años coincide con el fijado por nuestro Código Civil para la extinción de los derechos reales de usufructo (art. 2924), de uso y habitación (art. 2969) y de las servidumbres (art. 3059 (vide: nuestro "Código Civil Anotado-Libro III-Derechos reales", t. III, ps. 475 y 589 y t. IV, p.235, en colaboración con Roque Garrido).

Sobre el particular se ha dicho que la extinción por el no uso durante diez años en el caso del derecho de construir o de forestar tiene su justificación en que el dominus *solus* se aviene a una derogación temporal de las reglas de la accesión siempre y cuando lo que se vaya a edificar (o forestar, en su caso) tenga determinadas características, por lo que de incumplirse sustancialmente, el efecto debe ser la extinción. En efecto, debe edificarse (o forestarse) con ajuste a lo convenido.

Además, el plazo de diez años es para *concluir* la construcción (o la forestación) y se computa desde que el derecho se ha constituido, esto es, desde la entrega de la posesión con título. Es insuficiente, por ende, la fecha del título si no ha mediado posesión (Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op.cit., p. 47).

El jurista italiano Bianca, comentando el art. 954 del Código Civil de su

país que prescribe la extinción del derecho de construir por el transcurso de un plazo de veinte años, nos dice que ello se justifica plenamente por cuanto no es meritorio de tutela el titular de un derecho real sobre la cosa de otro que por su inercia, paraliza el disfrute edilicio del suelo (C. Massimo Bianca, op. cit., p. 558, Ed. Giuffré, Milano).

Finalmente, el art. 2026 del Proyecto de 1998 expresa que "*El derecho de construir o de forestar puede ser hipotecado*".

Se sigue en ello la tesis del Proyecto de 1993, cuyo art. 3155, admite la posibilidad de hipotecar el derecho de construir. Por el contrario, el art. 2614 del Proyecto de 1987, en su art. 2614, no admitía tal posibilidad, acorde con la regla general del art. 3120 del Código Civil, que dice: "*Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse*". Remitimos al comentario a este artículo en nuestro referido "Código Comentado.... Libro III-Derechos reales", t. IV, ps. 412/14, en colaboración con Roque Garrido)..

Compartimos plenamente el criterio sustentado en el Proyecto que estamos comentando. En efecto, la posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho de construir o de forestar, permite obtener dinero para la realización de la correspondiente construcción o forestación, para beneficio, tanto del dueño del terreno, cuanto del propietario superficiario y de la comunidad en general.

En tal sentido, en los Fundamentos del Proyecto se destaca que "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..", esto es, sobre el derecho de construir o de forestar y sobre la propiedad superficiaria. (No. 285). Además, ello coincide con una tendencia que se advierte, por ejemplo, en el derecho francés. En efecto, el legislador galo ha admitido la tesis del inmueble por anticipación, toda vez que conforme al art. 2133 del Código Civil francés, luego de la reforma introducida al mismo por el decreto No. 55-22 del 4 de enero de 1955, "cuando una persona posee un derecho actual que lo faculta a construir a su favor sobre el fundo de otro, la misma puede constituir hipoteca sobre los edificios cuando la construcción haya comenzado o simplemente cuando la misma haya sido proyectada" (Jean – Pierre Marty, "La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution à l'étude du droit de superficie", Paris, 1979, p. 163).

VII. La propiedad superficiaria. Adquisición. Caracteres

Como lo hemos señalado oportunamente en nuestros anteriores trabajos sobre el derecho de superficie (J.A. 1985-III-653 y J.A. 1993-IV-921), a la luz de lo disciplinado en los arts. 2018 y ss. del Proyecto de Código Civil de 1998, el derecho de superficie puede ser caracterizado como un derecho de propiedad existente sobre una construcción o sobre una forestación en terreno

ajeno.

Se trata de un verdadero derecho de dominio, aunque imperfecto. De ello no existen dudas, pues como se ha señalado más arriba, el art. 2027 del Proyecto de 1998, dice que *"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"*.

Corresponde por tanto acudir fundamentalmente a los arts. 1904 a 1909 del referido Proyecto, que disciplinan el denominado "dominio imperfecto", una de cuyas variantes es el dominio resoluble, mencionado de modo expreso en el artículo transcrito precedentemente.

Queremos recordar asimismo, en orden a los derechos y prohibiciones del propietario del suelo, que el art. 2020 del Proyecto, dice que: *"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"*.

Por lo demás, como lo hemos señalado precedentemente, puede arribarse a la propiedad superficiaria a través de distintas vías. Esto es, a través de la etapa del (derecho de construir o de forestar" o bien por la adquisición de una construcción o de una forestación ya existente. Hemos visto asimismo que es posible también llegar a la propiedad superficiaria a través de la partición judicial, de la prescripción adquisitiva breve y de la subasta judicial.

Pensamos asimismo con Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, que el derecho de superficie tiene los siguientes caracteres: en primer término, es un derecho real sobre cosa propia, atento las razones que se acaban de exponer. Constituye en rigor de verdad un verdadero dominio, aunque imperfecto. En segundo término, es temporal. En la norma proyectada el plazo máximo es de cincuenta años. No prevé plazo mínimo. En Italia, cuando el derecho de superficie se constituye a favor de entes públicos puede ser limitación alguno. En cambio, cuando se constituye a favor de particulares, el plazo máximo es de 99 años y el mínimo 70. También el plazo máximo en el Código Civil del Perú es de 99 años. El Código boliviano lo limita a 30 años. La ley española del suelo (texto refundido en 1976), limita dicho plazo a 99 años, cuando el derecho de superficie es constituido a favor de particulares. El art. 1524 del Código Civil de Portugal de 1967 admite la constitución a perpetuidad. (op. cit., ps. 55/77).

El derecho de superficie en la normativa proyectada que estamos considerando es transmisible por actos entre vivos y *mortis causa*. Desde luego, como lo hemos señalado precedentemente, la transmisión del derecho, comprende las obligaciones del superficiario.

Además, de conformidad con lo propiciado por el art. 2022 del Proyecto de 1998, *"los gravámenes constituidos por el propietario o el superficiario continúan con los alcances propios de cada gravamen"*.

De modo que el superficiario está plenamente facultado por tanto, para hipotecar su derecho, que naturalmente no podrá durar más allá del plazo de vigencia de su derecho.

Sería asimismo posible que el derecho de superficie se adquiriera o se extinga por partes alícuotas, de modo similar al condominio.

VIII. El derecho de reconstrucción y de reforestación

Oportunamente hemos tenido ocasión de propiciar que para el supuesto de introducirse el derecho de superficie a nuestro ordenamiento positivo, resultaba conveniente disponer que frente al caso de demolición o ruina, el superficiario estaría facultado para reconstruir lo edificado, conforme a lo prescripto por el art. 954 del Código Civil italiano de 1942 y por el art. 206, párrafo segundo, del Código Civil de Bolivia de 1976 (J.A. 1985-III-661). En el mismo sentido las referidas Xas. Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985, cuyo despacho mayoritario fuera informado por ante el plenario por el autor del presente comentario, propiciaron que: *"El derecho de superficie 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 2°."* (punto 8° del Despacho).

Ello fue acogido por el art. 2614 del Proyecto de Unificación de 1987 / hoy ley vetada) y por la primera parte del art. 3158 del Proyecto de la Comisión Federal de 1993.

En la misma línea, el art. 2028 del Proyecto de Código Civil de 1998, dice: *"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"*.

De este modo, se admite un derecho de reconstrucción o de reforestación a favor del superficiario para el supuesto de destrucción de lo construido o forestado. Con buen criterio se ha fijado un plazo dentro del cual debe procederse a la reedificación a reforestación de diez años, o en el menor que se determine, a menos que se hubiere pactado lo contrario.

También en el derecho francés, Jean-Pierre Marty se ha manifestado partidario de reconocer dicho derecho de reconstrucción a favor del superficiario, ya sea tanto en el caso de que la destrucción de lo construido fuera la consecuencia de un *caso fortuito* o se tratase de una *demolición voluntaria* con la finalidad de reemplazar la edificación anterior por otras nuevas más cómodas y elegantes (Marty, J.P., op.cit., 135). Por su parte, Salis, comentan-

do el referido art.954 del Código Civil italiano, similar a los textos proyectados en nuestro país, sostiene que el perecimiento del objeto de la construcción opera, por tanto, como una extinción de la propiedad separada sobre dicha construcción, pero no podrá operar como causa de extinción del derecho de superficie. Siendo, por tanto necesario la existencia de un *pacto especial* para negar al propietario superficiario de la construcción que ha perecido el derecho a reconstruirla, este pacto especial hará considerar extinguido el derecho de reconstrucción en el mismo momento en que la construcción se ha reconstruido (Salis, El derecho de superficie, Turín, 1958, p. 122). Añádase que el art. 1033 del Código Civil del Perú dispone que: "El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido".

En síntesis pues, conforme al art. 2028 del Proyecto de 1998, 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 diez años, o en el menor que se determine.

IX. Causales de extinción del derecho de superficie. Consolidación

En primer lugar debe decirse, que siendo el derecho de superficie, un derecho de dominio -aunque imperfecto, como se ha señalado- el mismo se extingue por las mismas causales por las cuales se extingue el dominio.

En segundo término, es menester señalar, que el art. 2021 del Proyecto de 1998, siguiendo criterio similar a los Proyectos de 1987 (art. 2614) y de 1993 (art. 3157) menciona de modo expreso al abandono, como causal de extinción de la propiedad superficiaria. Anteriormente hemos visto que el no uso extingue el derecho de construir o de forestar. Esta causal naturalmente debe ser distinguida de la causal de abandono que estamos considerando. En efecto, si se admite, como acaba de decirse que el derecho de superficie es un verdadero dominio -aunque imperfecto- resulta de aplicación lo prescripto por el art. 2510 (art. 1885 del Proyecto de 1998) del Código Civil en orden al carácter de perpetuidad del dominio, en cuanto dispone "*El dominio es perpetuo, y subsiste independiente del ejercicio que se pueda hacer de él. El propietario no deja de serlo, aunque no ejerza ningún acto de propiedad, aunque esté en la imposibilidad de hacerlo, y, aunque un tercero los ejerza con su voluntad o contra ella, a no ser que deje poseer la cosa por otro, durante el tiempo requerido para que éste pueda adquirir la propiedad por la prescripción*". Remitimos al comentario a este precepto en nuestro referido "Código Civil Anotado-Libro III-Derechos reales", t. 2, p. 44 y ss., en colaboración con Roque Garrido). Señala Borda que se pierde también el dominio por el abandono que se haga de la cosa, aunque nadie se apropie de ella (art. 2607, C.C.). En el caso de un inmueble es menester que quien deseara abandonarlo debe ser capaz y además mediar una manifestación expresa de voluntad en tal sentido (Derechos reales,

I, No. 410). Ello es de estricta aplicación al caso de abandono del derecho de superficie que estamos considerando.

También puede extinguirse el derecho de superficie por la expropiación que se realice del mismo (art. 2604, C. C.). En tal sentido, el distinguido jurista peruano Carlos Cárdenas Quirós, frente a una eventual reforma del Código Civil del Perú propicia se incluya de modo expreso, como causal de extinción del derecho de superficie a la expropiación y que extinguido tal derecho como consecuencia de la expropiación, cada uno de los titulares tiene derecho a recibir la parte de indemnización que corresponde al valor del respectivo derecho (Carlos Cárdenas Quirós, *El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional*, Separata de "Ius et Praxis", editado por la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad de Lima, No. 11, Junio de 1988, Lima, Perú, ps. 132/133). Ello puede resultar perfectamente aplicable a nuestro derecho, de incorporarse el derecho de superficie a nuestro ordenamiento positivo, en la forma proyectada.

Por lo demás, si se tiene en cuenta asimismo que de acuerdo al referido art. 2027 del Proyecto de Código Civil de 1998, transcripto precedentemente, el derecho de superficie queda sujeto a las reglas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles, en cuanto resultaren compatibles, forzoso será concluir que dicha propiedad se extinguirá al cumplirse el respectivo plazo o condición resolutoria pactados.

Finalmente, debemos ocuparnos acerca de otro modo de extinción de derecho de superficie a través de la consolidación.

En este sentido el art. 2022 del Proyecto de 1998 dice: "*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*".

Se trata de una fórmula similar a la del art. 3158 del Proyecto de Reformas de 1993. Es lógico que la consolidación –o confusión, como le llaman algunos autores- traiga como consecuencia la extinción del derecho de superficie, toda vez que este derecho real supone necesariamente la existencia de dos titulares de derechos reales ligados entre sí, esto es, el propietario del suelo y el superficiario. Si tales titularidades se unen en una misma persona, naturalmente dejará de existir el derecho de superficie.

Por tanto, si el derecho de superficiario se extinguiere por consolidación -ya sea a través de la vía de la sucesión *mortis causa* o bien por actos entre vivos, mutuo distracto, etc., los gravámenes reales (v. gr. hipoteca) o personales constituidos tanto por el propietario, cuanto por el superficiario, subsistirán, con sus mismos alcances, como si el referido derecho de superficie no se hubiera extinguido. Desde luego que tales gravámenes no podrán subsistir más allá del plazo convenido en la superficie. Se trata de un criterio distinto al

sustentado por el art. 2670 del Código Civil, pues la referida consolidación en la letra y en el espíritu de dicho art. 2022 del Proyecto de 1998, no podrá afectar los derechos de terceros a favor de los cuales se hubieren constituido gravámenes reales o personales (Cf. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, op. cit., ps. 91/92; Garrido R. y Andorno, L., Código Civil Anotado, t. 2, p. 424).

X. Efectos de la extinción de la propiedad superficiaria

La regla general en esta materia es la de que al operarse la extinción del derecho de superficie, recobra vigencia el principio de la accesión por lo que renace en cabeza del dueño del suelo la plenitud del dominio.

Se ocupa específicamente de este tema el art. 2023 del Proyecto de Código Civil de 1998, que reza: "*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*".

Cabe recordar que durante la vigencia del derecho de superficie y como contrapartida de la *propiedad superficiaria separada* a que tiene derecho el titular de la misma, el *dominus soli*, entre otras atribuciones, tiene la de percibir una contraprestación (*solarium*, en el antiguo derecho romano) para el supuesto de una constitución onerosa de tal derecho real. Nada impide, desde luego, la posibilidad de una concesión a título gratuito.

Señala Roca Sastre, en el Derecho español, que en la constitución onerosa del derecho de superficie, la contraprestación podrá consistir en la entrega de un precio o en el pago de un canon periódico, aun cuando este último será lo corriente. Aclara que a ambas prestaciones se refiere el art. 16, B) del Reglamento Hipotecario Español. Además, la contraprestación podrá ser algo que no consista en ningún precio ni canon dinerario, por derivar del derecho de superficie de un contrato de permuta, la cual contraprestación podrá ser la atribución de alguno o de algunos de los pisos o elementos a integrar la propiedad separada superficiaria (Roca Sastre, Derecho Hipotecario, T. III, Ed. Bosch, Barcelona, 1968, p. 580).

Pensamos que tales reglas pueden resultar de aplicar a la forma en que se disciplina el derecho de superficie en el Proyecto que estamos comentando.

Uno de los problemas que se plantean en esta materia es el relacionado con el momento a partir del cual se producen los efectos de la extinción del derecho de superficie.

Frente a las distintas alternativas planteadas. En relación a la fórmula del art. 2614 del Proyecto de 1987, esto es, que los efectos de la extinción del derecho de superficie, se producen desde el acaecimiento de la causal de ex-

tinción o desde la entrega de la posesión al propietario del suelo o desde la inscripción del documento que instrumenta la causal (Kemelmajer y otra, op.cit.,ps. 63/64) pensamos que el referido art. 2023 del Proyecto de 1998 ha elegido una fórmula adecuada al consignar en su primera parte que: "*En todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie.....*", hace pensar que el proyecto que comentamos se inclina por la adquisición *ipso iure* del dominio por parte del dueño del suelo, en todos los casos, sin necesidad de tradición. previa.

De esta manera, por tanto, conforme a dicho art. "*en todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones o forestaciones existentes..*".

Como se ha señalado precedentemente, ello significa que el propietario del suelo recupera la plenitud de su dominio. La regla de la accesión del artículo 2519 y concordantes del Código Civil recupera así su plena operatividad.

La norma proyectada consigna asimismo en la parte final de dicho art. 2023 que el titular del emplazamiento debe "*indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida del enriquecimiento*".

En consecuencia, la regla general es la de que el dueño del suelo debe indemnizar al superficiario en la medida del enriquecimiento. En caso de discordancia en torno al valor de las construcciones o forestaciones efectuadas, se apelará corrientemente a tasaciones tanto en el ámbito extrajudicial cuanto en el juicio que pudiere promoverse.

Pero, conforme a dicho art. 2023 del Proyecto de 1998 se admite la posibilidad de escapar a dicha regla de indemnización, a través de un pacto en contrario. Según se consigna en los Fundamentos del Proyecto, la regla general consignada en dicho precepto fue tomada del Código Civil de Portugal de 1967.

Pensamos asimismo que el superficiario podrá ejercer el derecho de retención sobre lo edificado o forestado hasta tanto el *dominus soli* abone la indemnización correspondiente.

En el presente comentario resulta asimismo de interés recordar que se ha sostenido en el Derecho italiano que cuando en el negocio de constitución del derecho de superficie "por tiempo determinado", se hubiere establecido la obligación del dueño del terreno de pagar al propietario de la construcción en el momento en que la misma pasará al patrimonio de aquél -por el vencimiento del término-, el derecho a cobrar tal compensación deberá ser reconocido a favor de la persona a cuyo favor fue estipulada la misma. De esta manera, esta persona tendrá derecho a tal indemnización, aun cuando una persona distinta sea titular del derecho de superficie al momento del vencimiento del término, por haberse operado una transferencia del derecho a su favor (Salis, op.cit., p. 112). Aun cuando la norma proyectada entre nosotros consigna de que la in-

demnización correspondiente –por la construcción o forestación que pasarán al dueño del suelo- debe ser abonada "al superficiario", pensamos que la posibilidad mencionada, admitida por la doctrina italiana, también puede resultar de aplicación a nuestro derecho, a condición -claro está- de que se hubiera pactada oportunamente tal alternativa.

A través de lo expuesto hemos procurado caracterizar los aspectos más salientes del derecho de superficie disciplinado en el presente Proyecto de Código Civil de 1998, haciendo votos por que esta figura plasme en realidad normativa pues será de gran utilidad para nuestra comunidad.