

Derecho real de superficie: Caracterización y aspectos calificables para su registración. Incidencias en el derecho real de propiedad horizontal y los conjuntos inmobiliarios.

Por RUSSO, Martín L.

Notario Titular Provincia de Buenos Aires. Miembro de Número de la Academia Nacional del Notariado. Magister en Derecho Notarial Registral e Inmobiliario (UNA)

I.- Introducción. Concepto.

El artículo 2114 del CCCN contempla la definición del derecho real de superficie, estableciendo al respecto: “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”.

Con acierto se ha señalado que la definición proporcionada por el art. 2114 mejora aquella que traía la derogada Ley 25.509, dado que para llegar al concepto del derecho real, debía recurrirse a la interpretación conjunta de los dos primeros artículos de la misma⁽¹⁾. Asimismo, amplía la finalidad del instituto a la esfera de la construcción.

Del artículo comentado desprenden las siguientes características de este derecho real: i) es un derecho autónomo (art. 1887 CCCN), que debe ser constituido por título y modo suficientes, y requiere de su inscripción registral para oponibilidad a terceros interesados (arts. 1017, 1890, 1892, 1893 CCCN); ii) es temporario (art. 2117); iii) se constituye sobre inmuebles (art. 2114 CCCN) y se ejerce por la posesión (art. 1891 CCCN); iv) otorga a su titular las más amplias

facultades de uso, goce y disposición para el ejercicio de su derecho; v) su finalidad puede ser plantar, forestar y/o construir (no excluyente); vi) es apta la figura para la utilización del inmueble desde un plano tridimensional (rasante, vuelo o subsuelo); vii) es transmisible por actos entre vivos o mortis causa (art. 2119 CCCN).

En materia registral, en el ámbito de la provincia de Buenos Aires, el 30 de noviembre de 2018 se dicta la Disposición Técnico Registral 5/2018, atinente a la registración de escrituras públicas de constitución de derecho real de superficie, señalando en su art. 1 los aspectos calificables en función del objeto, los sujetos legitimados, la finalidad, el plazo y otros recaudos a tener en cuenta junto con la documentación a ingresar. Asimismo, en la órbita catastral, la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, ha regulado a través de la Resolución 9/2018, cuestiones atinentes a la parcela superficiaria, el estado parcelario superficiario y la expedición de un certificado catastral a los efectos de la constitución del derecho real de superficie.

II.- Naturaleza jurídica. Modalidades.

Finalidad.

Señala el art. 2114 del CCCN que el derecho real de superficie otorga a su titular las más amplias facultades jurídicas y materiales distinguiendo dos supuestos fácticos: a) del derecho de plantar, forestar o construir, o b) sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o

el subsuelo. Asimismo, el art. 2115 establece: El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones y 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”.

Por su parte, el art. 1888 del CCCN califica como derecho real sobre cosa total o parcialmente propia la superficie cuando existe propiedad superficiaria.

Para un sector de la doctrina, estamos frente a un derecho real de carácter temporario mixto o dual, toda vez que mientras no existan en el inmueble plantaciones, forestaciones o construcciones recaerá sobre cosa ajena y, a medida que vayan haciéndose edificaciones, plantaciones o forestaciones, será sobre cosa propia(2). Para otros, en cambio, “el derecho real de superficie forestal recae siempre sobre cosa propia o bien siempre sobre cosa ajena”(3).

Podemos afirmar que se trata de un derecho mixto, en donde la superficie es un derecho real sobre cosa ajena si se otorga a su titular el derecho a plantar, forestar o construir sobre terreno (vuelo o subsuelo) de otro y hacer suyo lo plantado, forestado o construido, naciendo entonces la propiedad superficiaria (que recaerá sobre cosa propia: lo plantado o construido), recayendo también sobre cosa propia si existe propiedad superficiaria desde el inicio, es decir, si el derecho de superficie se concede sobre plantaciones o construcciones ya existentes (art. 1888 CCCN)(4).

Es decir que, mientras no se construya, foreste o plante, el derecho recae sobre un inmueble ajeno.

Del análisis de los artículos 2114 y 2115 puede observarse con claridad que la constitución del derecho real de superficie admite dos modalidades(5):

La primera, que puede dividirse asimismo en dos etapas: i) el superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno; y ii) luego de realizada la construcción, forestación o plantación, cuando nace la propiedad superficiaria; momento en el cual el derecho se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido, forestado o plantado), respecto de la cual el superficiario tiene el po-

der de usar, gozar y disponer por todo el tiempo que dure el plazo establecido, independientemente de la propiedad del suelo, que continua en cabeza del propietario constituyente de la superficie.

La segunda modalidad, viene dada por la posibilidad de constituir derecho de superficie sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En este caso, la superficie se origina como derecho real sobre cosa propia, porque recae sobre la construcción, plantación o forestación que ya existe en el inmueble.

El art. 2114 del CCCN establece finalidades pautadas a las que debe sujetarse este derecho real, es decir, construcción, plantación o forestación; y ello hace a la estructura (art. 1884 CCCN) de este instituto.

En vigencia de la Ley 25.509, la doctrina había equiparado los términos plantación o forestación, en cuanto a su utilización de manera indistinta. En efecto, las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, 2003) concluyeron que no debía restringirse la expresión forestal a especies arbóreas, sino ampliarlas a distintas plantaciones.

No obstante el silencio del art. 2114 del CCCN, es posible someter la constitución de este derecho a un destino mixto, que es distinto al caso en que se constituyan diversas superficies sobre distintas partes materiales del inmueble ya que en este caso, estaremos frente a distintos derechos reales.

Así, las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024) han concluido: “El derecho real de superficie es apto para abarcar múltiples finalidades económico-sociales, ya se trate de emprendimientos inmobiliarios, industriales, comerciales o productivos (v.gr., parques de generación de energía). Se trata asimismo de un instituto con una estructura jurídica adecuada para facilitar la concreción del derecho humano de acceso a la vivienda, con especial atención a las personas vulnerables. En ese sentido, puede ser de utilidad para el aprovechamiento de los inmuebles ociosos del dominio privado del Estado”.

El art. 1 de la DTR 5/2018 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires, señala que deberá estar específicamente determinada la finalidad para la cual se constituye el derecho real de superficie. Si bien la norma refiere a la determinación de la finalidad, en el acto constitutivo, se podrán formular además precisiones en cuanto a la determinación del tipo de

construcción o plantación(6).

Al respecto, las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024) han señalado que: “Dada la multiplicidad de finalidades que pueden alcanzarse con el derecho de superficie, la autonomía de la voluntad es fundamental al tiempo de delinear el contenido del derecho real y establecer los derechos y deberes de las partes (arg. art. 2114 in fine, Código Civil y Comercial)”.

III.- Legitimados.

Prerrogativas en materia de Propiedad Horizontal y Conjuntos Inmobiliarios. Legitimación del titular de una parcela en un Conjunto Inmobiliario para afectar lo edificado a Propiedad Horizontal.

Señala el art. 2118 del CCCN que: “Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal”.

Del artículo se desprende que el derecho real de superficie puede constituirse por los siguientes legitimados: i) por el único titular de dominio del inmueble; ii) por la conformidad unánime de todos los condóminos (art. 1990 CCCN); y iii) por la conformidad unánime de todos los titulares de propiedad horizontal (arts. 1990 y 2052 del CCCN).

Asimismo, el art. 2116 “in fine” del CCCN, establece que el derecho real puede constituirse sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. En consecuencia, pueden distinguirse tres hipótesis al respecto: a) que todos los propietarios de un inmueble afectado a propiedad constituyan derecho de superficie; b) que el titular de una unidad constituya derecho real de superficie sobre su unidad funcional; y c) que el superficiario afecte a propiedad horizontal.

La norma no hace referencia a los conjuntos inmobiliarios. En tanto los conjuntos inmobiliarios constituyen una especie de propiedad horizontal (art. 2075 CCCN), habrán de considerarse entre los legitimados para la constitución del derecho real de superficie a sus titulares.

En este orden de ideas y trazando un paralelismo entre diferentes institutos en materia de derechos reales, cabría dilucidar la posibilidad de afectar a propiedad horizontal una parcela que forma parte de un conjunto inmobiliario.

Siguiendo el art. 2118 del CCCN que motiva el presente comentario, y que permite que el superficiario afecte a propiedad horizontal, puede concluirse, de forma análoga, que el titular de

una parcela de conjunto inmobiliario está legitimado para afectar a propiedad horizontal un edificio construido sobre un inmueble ajeno (art. 2115 CCCN). Suponer lo contrario nos haría incurrir en un pensamiento carente de lógica, ya que, como tal puede constituir derecho real de superficie y el superficiario estaría legitimado a afectar a propiedad horizontal, en consecuencia, ¿cómo podría negarse al titular de una parcela de un conjunto inmobiliario la posibilidad de afectar la misma a propiedad horizontal?

En efecto, partiendo de un principio general, el art. 1883 del CCCN permite la constitución de derechos reales sobre derechos reales.

Señala el art. 2038 del CCCN que: “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...”. Claramente, la norma está haciendo referencia a la titularidad del derecho que afecta y no al derecho real de manera concreta(7). Nótese que del art. 2038 del CCCN, no surge que el superficiario está legitimado para afectar a propiedad horizontal, tal como luego sí lo indica el art. 2118.

Acertadamente se ha dicho que suponer lo contrario hasta resultaría incongruente con el art. 2 del CCCN, de hecho, si se está ante la negativa, el titular de la parcela podría constituir derecho real de superficie para luego afectar a propiedad horizontal(8).

Asimismo, debe señalarse que el reglamento de propiedad horizontal deberá ajustarse a los límites del reglamento del conjunto inmobiliario, de manera que puedan coexistir. También podrán contar con subconsorcios, conforme lo prevé el art. 2068 del CCCN.

Tal como sostiene Tranchini: “Los conjuntos inmobiliarios son, por lo general, emprendimientos aislados, pero también se enmarcan en nuevos núcleos urbanos con los que se coordinan a través de distintas relaciones jurídicas y suelen contener varios barrios privados y zonas comerciales”(9). En consecuencia, cabe concluir sobre este punto en particular que, el titular de una parcela de conjunto inmobiliario se encuentra legitimado para afectar a propiedad horizontal un edificio construido sobre la misma.

El XXII Congreso Nacional de Derecho Registral (San Luis, 2023) ha decidido al respecto: “Podrán ser objeto de afectación a PH las unidades privativas resultantes del CI en tanto constituyen regímenes diferentes que resultan

compatibles entre sí en función del principio de libertad, en tanto no lo prohíba el reglamento de propiedad horizontal y las normas administrativas locales de policía inmobiliaria. Tal situación podrá ser aplicable a la adecuación”.

IV.- Causas fuente de adquisición

El art. 2119 del CCCN dispone: “Adquisición. 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”.

La adquisición del derecho del superficiario se produce desde su acto constitutivo, es decir, que el mismo nace a partir del otorgamiento de un contrato válido, ya sea oneroso o gratuito. Solo puede constituirse por acuerdo de voluntades, y en consecuencia no resulta admisible su nacimiento por una decisión judicial (art. 1896 CCCN).

De acuerdo al mencionado art. 2119, la constitución del derecho real puede resultar de dos maneras posibles:

Por un acto entre vivos, ya sea a título gratuito u oneroso, que vincule a las partes y que sirva de causa fuente al título suficiente requerido para producir la adquisición del derecho real, encontrándose prohibida la adquisición por usucapión, admitiéndose la prescripción breve a efectos del saneamiento del justo título. Al ser posible gravar el derecho real de superficie el mismo puede ser objeto de un eventual embargo y posterior adquisición en subasta judicial, debiendo respetar el adquirente en subasta, los derechos constituidos por el superficiario hasta que opere la extinción del derecho.

El documento constitutivo deberá estar acompañado por: a) certificado catastral para afectar a derecho real de Superficie, cuya expedición comprende la cédula específica para tal fin; b) copia simple del “Plano de Mensura para afectar al derecho real de Superficie”, con firma y sello del escribano autorizante del documento (art. 1, DTR 5/2018 Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires).

Por causa de muerte: Por cuanto el fallecimiento del superficiario no es causal de extinción del derecho real.

V.- Facultades del superficiario

Señala el art. 2120 del CCCN que: “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 unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”.

En efecto, el superficiario cuenta con las facultades de uso, goce y disposición que corresponden a su derecho (arts. 2115, 2119 CCCN); puede constituir garantías reales, hipoteca (art. 2206 CCCN) y anticresis (art. 2113 CCCN); está legitimado para ejercer acciones posesorias y reales; puede celebrar contratos de locación o comodato, etc.

Así como el superficiario puede gravar, afectar a Propiedad Horizontal, transmitir o gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, el titular de dominio puede disponer o gravar el inmueble sin turbar el derecho del superficiario (arts. 2120 y 2121 CCCN)

En la provincia de Buenos Aires, el art. 5 de la DTR 5/2018 señala: “Los actos jurídicos que celebre el superficiario deberán ser instrumentados dentro del plazo de vigencia del derecho real de Superficie, sin necesidad del consentimiento del titular de dominio. En el supuesto de que se rogare la limitación de la facultad del superficiario respecto a la afectación al derecho real de Propiedad Horizontal sin el consentimiento del titular de dominio (conf. Art. 2120 CCCN), se publicitará dicha circunstancia tanto en el Rubro b) de la matrícula de origen como en el de las resultantes. Si registrada la limitación, ingresare para su toma de razón un documento de afectación y no surgiera dicho consentimiento, el documento será observado e inscripto en forma provisional”.

En efecto, las facultades materiales son aquellas que va a tener el superficiario según lo pactado en el contrato constitutivo, y que ejercerá cualquiera sea el destino (plantar, forestar o construir). Finalizadas las plantaciones o construcciones, podrá ejercer las facultades de uso y goce sobre las mismas. También el derecho pudo haberse constituido sobre construcciones o plantaciones ya existentes en el inmueble, por ende, las facultades materiales del superficiario no serán ya la actividad constructiva

o forestal, sino el uso y goce de las construcciones o plantaciones aportadas por el dueño del suelo.

VI.- Emplazamiento

El art. 2116 del CCCN establece: “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 dentro del régimen de propiedad horizontal...”. Ello representa, junto con el derecho real de propiedad horizontal, una de las excepciones legales al principio de accesión del art. 1945 del CCCN. Si es parcial, deberá calificarse con el plano la superficie a afectar.

El art. 2116 consagra una de las notas distintivas de este derecho real, que es la posibilidad de su ejercicio sobre cada una de las tres dimensiones del inmueble: la rasante, el subsuelo y el vuelo o espacio aéreo. Estas no son excluyentes, por ende, nada impide que se puedan constituir diferentes derechos de superficie en cada uno de los planos mencionados, o en una parte materialmente determinada de ellos. En efecto, el titular de dominio del inmueble puede dividirlo en partes separadas y constituir diferentes derechos reales sobre cada uno de los planos.

En efecto, coexisten dos propiedades diferentes, la del dueño del suelo y la del superficiario, quien posee un objeto de derecho independiente, separado del objeto de derecho del titular del suelo, sin que ello configure una suerte de dominio desmembrado.

En la provincia de Buenos Aires, el art. 1 de la DTR 5/2018 señala que “El derecho real 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...”. Asimismo, el art. 2 de la DTR 5/2018 indica que la constitución de la superficie se hará constar en el sector descripción del inmueble, y conforme al art. 3 de la misma se originará una nueva matrícula.

La Ley 26.209 en su art.12 establece que “En los actos por los que se constituyen, transmiten, declaren o modifiquen derechos reales sobre inmuebles, se deberá tener a la vista la certificación catastral habilitante respectiva y relacionar su contenido con el cuerpo de la escritura o documento legal correspondiente. No se requerirá la certificación catastral para la

cancelación de derechos reales, y constitución de bien de familia, usufructo, uso y habitación, e inscripción de embargos y otras medidas cautelares.”. Asimismo, el art. 13 que prescribe que “A los efectos de las inscripciones de los actos citados en el artículo 12 de la presente ley en el Registro de la Propiedad Inmueble, se acompañará a la documentación correspondiente el certificado catastral, sin cuya presentación no procederá la inscripción definitiva.”

Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024) han concluido: “Es innecesaria la confección de un plano de mensura en el caso de que la superficie recaiga sobre todo el inmueble”.

En la provincia de Buenos Aires, cuando el derecho se constituya sobre parte material y a los fines de la determinación de la misma, señalan los arts. 1 (inc. e) y 2, de la DTR 5/2018, que es necesaria la confección de un plano de mensura.

La Resolución 9/2018 de la Agencia de Recaudación de la Provincia de Buenos Aires, señala en el art. 4 del Anexo IV que “En la afectación al derecho real de superficie, cuando se involucren inmuebles sometidos al Régimen de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios, el Estado Parcelario Superficial a que hace referencia el artículo 2° deberá estar relacionado con la unidad de dominio exclusivo o partes comunes originados en la afectación a dicho régimen”.

Sobre esta última cuestión corresponde aclarar que la afectación de partes comunes es contraria a la inescindibilidad entre estas y las partes propias. Ha de recordarse que, entre las cosas y partes propias y las comunes, no hay una relación de cosa principal a cosa accesoria; ambas componen la unidad funcional de un modo inescindible, sin existir superioridad o predominio de unas sobre otras⁽¹⁰⁾. En efecto, el acto jurídico que recaiga sobre la parte privativa incluye el porcentaje sobre las partes comunes. En consecuencia, al pretender afectar partes comunes, se perdería la inescindibilidad que determina el art. 2037 CCCN, siendo ello contrario a la estructura de este derecho real (art. 1884 CCCN)⁽¹¹⁾.

VII.- Plazo

El art. 2117 del CCCN establece: “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 plazo comienza a contarse desde la adquisición del derecho real, es decir, mediando el título suficiente y la tradición (arts. 1892 y 1914 CCCN). Asimismo, puede ser prorrogado y aún pactar la renovación automática.

Mariani de Vidal y Abella sostienen que: "...nunca el derecho real podrá tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario; en otras palabras, que el plazo originario más la renovación no podrán exceder en total el término –de setenta o cincuenta años, según los casos– fijado por la norma. Ello porque debe respetarse el espíritu de la ley, que a nuestro entender es el de evitar una derogación del principio de accesión por lapsos muy dilatados y acotar la multiplicidad de derechos reales sobre el inmueble..."(12).

Contrariamente a lo señalado, estimo acertada la posición que entiende que pactada una renovación, el nuevo plazo convenido se contará desde la fecha del acto de renovación, dado que tal como sostienen los doctores Francisco e Ignacio Alterini "...lo que la ley quiere impedir es que el principio de accesión se suspenda por un tiempo superior al previsto por el legislador ante un único acto de voluntad", postura a la que adhieren también los doctores Juan J. Guardiola y Marcelo E. Urbaneja en tanto señalan que "En el caso de renovaciones del plazo, el máximo legal opera desde cada una de ellas y no desde su constitución originaria"(14).

El despacho de minoría de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024) señaló al respecto: "En las renovaciones convencionales del plazo, el máximo legal debe computarse desde cada acto de renovación. Esta directiva no se aplica en el supuesto de renovaciones automáticas (art. 2117 in fine, Código Civil y Comercial)".

En la provincia de Buenos Aires, el art. 1 de la DTR 5/2018, con relación al plazo señala que: "En el instrumento de constitución deberá estar específicamente determinado el plazo convenido por las partes, el que no podrá exceder del máximo legal establecido según el caso en cuestión". Asimismo, el art. 7 de la citada disposición indica que: "El plazo convenido del contrato puede ser prorrogado siempre que no se encuentre vencido y no exceda de los plazos máximos de setenta años cuando se trate de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho real de

Superficie. La prórroga se anotará tanto en el folio real de origen como en el originado por la constitución del respectivo derecho real de Superficie cuyo plazo se prorroga".

Al respecto, con acierto sostienen Guardiola y Urbaneja que: "La exigencia por los registros inmobiliarios de la constancia expresa en el instrumento constitutivo de un plazo determinado exorbita su función calificadora, habida cuenta que ante el silencio acerca del tópico se aplicará el máximo legal." Consecuentemente, existiendo un plazo máximo legal, solamente debería volcarse en la matrícula el plazo o condición resolutoria que redujeran ese plazo(16).

VIII.- Extinción

Dispone el art. 2124 del CCCN: "Extinción. 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".

En tal sentido, el art. 8 de la DTR 5/2018 del Registro de la Propiedad de la Provincia de Buenos Aires señala que: "La extinción del derecho real de Superficie se instrumentará por escritura pública o documento judicial. Será objeto de calificación la causal de extinción conforme lo previsto en el artículo 2124 del CCCN... La registración de la extinción del derecho real de Superficie se practicará en el Rubro e) "Descripción del Inmueble", de la matrícula/s de origen, como así también en cada uno de la/s matrícula/s comprendidas".

A su vez, el art. 2122 del CCCN establece que: "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".

En cuanto los efectos de la extinción, el art. 2125 del CCCN dispone: "Efectos de la extinción. 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”.

Extinguido el derecho de superficie, el Código otorga al superficiario la posibilidad de cobrar una indemnización por las mejoras introducidas al inmueble las cuales acrecentaron el patrimonio del titular del suelo por el mayor valor o valuación del mismo. Podría decirse que sería como una compensación. Las partes podrían fijar, en el contrato constitutivo o posteriormente (art. 2126 CCCN).

Sin perjuicio de la causal que produzca la extinción del régimen y de los efectos legales que la misma ocasione, para su oponibilidad a terceros, habrá de registrarse la respectiva escritura pública o el documento judicial pertinente (art. 2125 CCCN).

IX. El derecho real de superficie y su vinculación con el derecho real de Propiedad Horizontal y los conjuntos inmobiliarios.

Establece el art. 2037 del CCCN que: “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. Las diversas partes del inmueble así como las facultades que sobre ellas se tienen son interdependientes y conforman un todo no escindible”. Asimismo, el art. 2041 del CCCN en su inciso a) señala que el terreno en el derecho real de propiedad horizontal es parte necesariamente común.

Por su parte, el art. 2075 del CCCN dispone que los conjuntos inmobiliarios son una especie de “propiedad horizontal especial”, y en virtud de los artículos 2076 y 2077 del mismo cuerpo legal, parte del terreno puede no ser necesariamente común. Tanto el propietario de una unidad funcional y/o todos los propietarios del complejo urbanístico sobre una parte común del mismo podrán constituir el derecho de superficie (asimismo, es posible enajenar una unidad funcional construida o en proceso de construcción si reúne los requisitos de independencia funcional y según su destino y salida a la vía pública por vía directa o indirecta).

Como se ha visto anteriormente, propiedad horizontal, superficie y conjuntos inmobiliarios pueden vincularse en tres hipótesis diferentes: a) Que ya exista un inmueble afectado a propie-

dad horizontal o propiedad horizontal especial y los propietarios decidan constituir derecho real de superficie (art. 2116 CCCN);

b) Que, sobre una unidad funcional, su propietario decida constituir derecho de superficie; y c) Que el superficiario decida afectar a propiedad horizontal o a propiedad horizontal especial lo construido (art. 2120 CCCN).

En los dos primeros supuestos, el derecho real de superficie se constituye sobre unidades ya existentes o bien es factible prever que se otorgue el derecho a realizar nuevas construcciones sobre las unidades ya existentes.

Si se trata de construir nuevos pisos sobre una edificación ya existente o sobre el terreno, debe tenerse en cuenta que tanto el terreno, como los techos, azoteas, etc. son cosas necesariamente comunes (art. 2041 CCCN).

En ambos casos se requerirá de la unanimidad de los copropietarios (art. 2052 CCCN).

El propietario de una unidad funcional puede constituir derecho de superficie, que se extiende conforme art. 2039 CCCN a la parte privativa, la parte indivisa del terreno, de las cosas y partes de uso común del inmueble indispensables para mantener su seguridad, y puede abarcar una o más complementarias destinadas a servir las.

Las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024) por despacho en mayoría al respecto han señalado: “El derecho de superficie sobre un inmueble afectado a propiedad horizontal (art. 2116) puede constituirse sobre partes comunes o sobre la unidad funcional”. “Para constituir el derecho real de superficie sobre partes comunes se requiere el consentimiento unánime de los propietarios”. Esta última circunstancia debe diferenciarse para el caso de Conjuntos Inmobiliarios, atento que la misma Comisión 6 (Derechos Reales) de las mencionadas jornadas ha concluido por mayoría de votos que: “La constitución del derecho de superficie, en cuanto derecho de construir, sobre la unidad funcional en la propiedad horizontal clásica u ordinaria, requiere el consentimiento unánime de los propietarios. En la propiedad horizontal especial puede constituirse por la sola voluntad del titular de la unidad funcional (ya que el terreno es una parte privativa) con los límites dispuestos por el reglamento”.

En la provincia de Buenos Aires, el art. 1 de la DTR 5/2018 señala que podrá constituirse sobre las unidades de dominio exclusivo, así como sobre partes comunes, siendo en tal su-

puesto calificable la comparecencia de todos los titulares de las unidades de dominio exclusivo.

En el tercer supuesto, en cambio, el superficiario puede afectar a propiedad horizontal lo construido y en tal caso deberá confeccionar el plano de P.H. y otorgar el reglamento de propiedad horizontal.

En materia de Conjuntos Inmobiliarios, señala el art. 2075 del CCCN que son una propiedad horizontal especial. En consecuencia, podrá el titular de una unidad funcional en un conjunto inmobiliario conceder el derecho de superficie, ya sea para enajenarla construida o en proceso de construcción (art. 2077 CCCN). También podrán todos los propietarios en forma unánime (art. 2052 CCCN) constituir derecho de superficie sobre las partes comunes del conjunto (17). En cuanto a la técnica de registración, en la provincia de Buenos Aires, el art. 6 de la DTR 5/2018, abarca tanto el supuesto en que el superficiario afectare su derecho a los derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios, como el caso en que el objeto del derecho real de Superficie se constituya sobre partes comunes de los derechos reales de Propiedad Horizontal o Conjuntos Inmobiliarios.

X.- Efectos de la extinción del derecho real de superficie y sus derivaciones en materia de propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios.

Dentro de las facultades del superficiario se encuentran las de transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie. El objetivo de afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal será dar origen a unidades funcionales autónomas siendo razonable que se autorice al superficiario a gravar o enajenar “las viviendas, locales u otras unidades privativas”(18).

Debe tenerse en cuenta que tal como se ha visto, la afectación a propiedad horizontal por el superficiario es una facultad que puede ser vedada por el propietario del suelo (art. 2210 CCCN), pero tal restricción requiere manifestación expresa en este sentido.

Como regla general, la extinción del derecho real de superficie por cumplimiento del plazo deja sin efecto la afectación a propiedad horizontal otorgada por el superficiario (conf. arts. 2125, 1er párrafo, 2128 y 1967 CCCN). En consecuencia, al extinguirse el derecho real, consecuentemente la mejora será de propiedad del dueño de la unidad funcional o de todos los propietarios

del complejo, según el caso en cuestión.

Para algunos autores, como consecuencia de la extinción, se deberá proceder a la desafectación y su correspondiente inscripción. Incumbe al superficiario soportar los gastos de la desafectación, ya que debe restituir la cosa libre de cargas(19). Una vez que se extingue la superficie, el nudo propietario hace suyo lo construido o plantado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Sin embargo, nada obsta a que el propietario y el superficiario pacten en el acto de constitución o posteriormente, que el propietario mantenga la afectación a propiedad horizontal extinguido el derecho de superficie, si hubiera sido convenida de forma expresa, en tanto se está ante el estado de propiedad horizontal y no del derecho real(20).

Conforme despacho aprobado por unanimidad en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Registral (Rosario, 2015): Salvo pacto en contrario, la extinción de la superficie por cumplimiento del plazo extingue la propiedad horizontal (arts. 2125 primer párrafo, 2128 y 1967 CCCN). En idéntico sentido, en la 32° Jornada Notarial Argentina (Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2016) se ha concluido al respecto: “...se sugiere que el sometimiento a propiedad horizontal que formalice el mismo, se haga: 1) conjuntamente con el propietario del suelo y 2) que en el acto constitutivo del derecho real de superficie se convenga la no retroactividad del mismo, a fin de lograr la subsistencia de la afectación al expirar el plazo en los términos de los arts. 1967 y 1969 C.C.C.”

Las Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Pilar, Buenos Aires, 2024) concluyó por mayoría de votos que “El estado o la afectación al régimen de propiedad horizontal otorgada por el superficiario puede subsistir con posterioridad a la extinción del derecho real de superficie”.

En efecto, por tratarse del estado de propiedad horizontal y no el derecho real, es posible llegar a esta conclusión (21).

XI.- Conclusión.

El derecho real de superficie contemplado en el Código Civil y Comercial de la Nación representa un desafío para los operadores del derecho en función del análisis que debe realizarse en cuanto a las circunstancias de su implementación, para lo cual deberá determinarse la oportunidad y conveniencia de la figura frente a otras que puedan tener funciones equivalentes, no solo bajo la normativa de fondo sino también las

disposiciones registrales y los requisitos catastrales. En este sentido, el notario tendrá un rol fundamental no sólo por su función asesora en la etapa de preparación del negocio, sino en la faceta documental del mismo.

NOTAS

(1) URBANEJA, Marcelo E. en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado”, LOPEZ MESA, Marcelo y BARREIRA DELFINO, Eduardo (directores, Hammurabi, 2023, T. 12-B, p. 61.

(2) SAENZ Pedro F.; RACHID Martin. Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial. Revista del Notariado N°927. Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, enero-marzo 2017. VENTURA, Gabriel, Los Derechos Reales incorporados en el Código Civil y Comercial de la nación y la Publicidad Registral, en Academia Nacional de Derecho de Córdoba

(3) MARIANI de VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana. Derechos reales en el Código Civil y Comercial. Tomo 1. Buenos Aires, Zavallá, 2016, pág. 368. COSSARI Nelson y COSSARI Leandro, Tratado de Derecho Civil y Comercial, Tomo VI, Derechos Reales, La Ley, Bs As, 2016, p. 905. KIPER, Claudio M. (dir), Derechos reales. en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26994), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, p.250

(4) XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil Comisión IV, por voto mayoritario (25 votos).

(5) MARIANI de VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana, op. cit, p. 368.

(6) URBANEJA, Marcelo E., en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado” op. cit., p. 67. GUARDIOLA, Juan J., “El derecho real de superficie”, en Derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Clerc, Carlos (director), 2019, p.284

(7) VENTURA, Gabriel B., “Posibilidad de afectar a propiedad horizontal una parcela de un conjunto inmobiliario (A propósito de una consulta formulada por la Municipalidad de Córdoba), dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <https://www.acaderc.org.ar/>, 2020.

(8) VENTURA, Gabriel B., “Posibilidad de afectar a propiedad horizontal una parcela de un conjunto inmobiliario (A propósito de una consulta formulada por la Municipalidad de Córdoba), dictamen de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, <https://www.acaderc.org.ar/>, 2020.

(9) TRANCHINI, Marcela, “Unidades a construir y en construcción”. II Congreso Nacional de Actualidad Registral, <http://www.bibliotecadigital.gob.ar/items/show/2802>, 2023.

(10) VAZQUEZ, Gabriela A., ob. cit. p. 499.

(11) URBANEJA, Marceo E., ob. cit., p. 55. Al respecto el autor señala que “el legislador ha confundido la ubicación física de la parte común con cierta o ciertas unidades funcionales, pero no a todas, como podría ocurrir con las instalaciones para los servicios de gas, agua o teléfono de determinado departamento, o el sector en el que se encuentran los tableros eléctricos”.

(12) MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, La Ley 2016-A, 1117.

(13) ALTERNI, Francisco J., ALTERNINI, Ignacio E., Aspectos del plazo del derecho de superficie. Ponencia presentada por los autores en el marco de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2024).

(14) GUARDIOLA, Juan J. y URBANEJA, Marcelo E., El plazo en la superficie. Ponencia presentada por los autores en el marco de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2024).

(15) GUARDIOLA, Juan J. y URBANEJA, Marcelo E., El plazo en la superficie. Ponencia presentada por los autores en el marco de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2024).

(16) URBANEJA, Marcelo E., en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado” op. cit., p. 82.

(17) MARIANI de VIDAL y ABELLA, op. cit., p. 375.

(18) SAENZ Pedro F.; RACHID Martin, ob. cit., pág.

(19) MARIANI de VIDAL, Marina; ABELLA, Adriana., ob. cit., pág. 382.

(20) GUARDIOLA, Juan José y URBANEJA, Marcelo E., La extinción de la superficie y los derechos reales constituidos por el superficiario. BRESSAN, Pablo E. y BRESSAN GUTIERREZ, Juan I., Subsistencia de la afectación al r...gimen de propiedad horizontal con posterioridad a la extinción del derecho real de superficie. Ponencias presentadas por los autores mencionados en el marco de las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Buenos Aires, 2024)

(21) URBANEJA, Marcelo E., en “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado. Anotado” op. cit., p. 115. ALTERINI, Ignacio E. y ALTERINI, Francisco “Superficie de construcción” en Derecho de consumo inmobiliario, ALTERINI, Ignacio E. y AICEGA, María V. (directores), La Ley, 2021, T. 1, p. 255.