

PROPIEDADES ESPECIALES: REGULACIÓN ESPECÍFICA DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

"La oxidación por falta de uso gasta mucho más las herramientas que el propio trabajo." Benjamin Franklin

ANA FLORENCIA CALDERÓN ¹
MARÍA SOLEDAD MASI ²
MARÍA JOSÉ OVEJERO ³

Introducción

El derecho real de superficie se encuentra normado desde el artículo 2114 al 2128 inclusive de nuestro Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante CCCN), además de las normas a las que se remite por analogía, dándose un papel fundamental en la regulación de este derecho a la autonomía de la voluntad.

Rompe con los paradigmas tradicionales en materia de propiedad inmobiliaria pues autoriza a diseccionar la cosa inmueble en, al menos, dos planos admitiendo la posibilidad de atribuir la propiedad del suelo a un sujeto y la propiedad de lo que en él se hubieren plantado o construido a otro, rompiendo de esta forma la clásica concepción de dominio sobre el suelo.

Han pasado ya casi diez años de la entrada en vigencia del CCCN, y con él de la consagración del Derecho Real de Superficie, y quizás adelantando un poco el eje principal del presente trabajo, podemos afirmar que es una herramienta con la que contamos y no es utilizada, o posiblemente no está siendo aprovechada como podría serlo.

Tal vez, y solo es un pensamiento fugaz, no estaremos pasando mucho tiempo enfocados en "ganar" nuevas incumbencias, y perdiendo de vista aquellas ya ganadas? -

Antecedentes

La consagración del derecho real de superficie es la consecuencia de una nueva etapa de nuestro desarrollo legislativo, que tiene su antecedente más cercano en la sanción de la [ley 25.509 que consagró el derecho real de superficie forestal](#).

El anterior Código no incluía la figura y exponía las razones de la exclusión en la nota del artículo 2503, basándose en el temor a que provocara el debilitamiento del derecho inmobiliario y a los eventuales pleitos entre superficiarios y propietarios. En el artículo 2614 se la prohibía expresamente.

¹ **ANA FLORENCIA CALDERÓN**. Abogada (Universidad Siglo XXI de la Provincia de Córdoba). Escribana (Universidad Nacional de Córdoba). Asesora Legal del Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Formosa.

² **MARÍA SOLEDAD MASI**. Abogada (Universidad Nacional de la Plata). Escribana (Universidad Nacional de la Plata). Asesora del Registro Civil y Capacidad de las Personas de la Provincia de Formosa.

³ **MARÍA JOSÉ OVEJERO**. Abogada (Universidad Nacional del Nordeste). Escribana (Universidad Nacional del Nordeste). Asesora en la Subsecretaría de Obras y Servicios Públicos Formosa. Presidente de la comisión de noveles del Colegio de Escribanos de la Provincia de Formosa (periodo 2023 -2025)

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

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

Ya en ese momento, por unanimidad, en las Jornadas de Derecho Civil de Rosario se dijo que: "Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos", propiciándose de lege ferenda la incorporación del "derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio-económicos".⁴

A partir de la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (2015) se recepta el derecho real de superficie en su concepción más amplia, ya sea para forestar, plantar o construir, o sobre lo ya forestado, contraído o plantado.

Conociendo el Derecho.

El derecho real de superficie se encuentra enumerado en el [art. 1887 CCCN](#). Se ubica a continuación del dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados. O sea, más cerca de los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario. El [art. 2114](#) contiene el concepto del derecho real de superficie: "*El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales*".⁵

De la redacción del artículo podemos distinguir dos planos o manifestaciones del derecho real de superficie que se darán, normalmente, de manera sucesiva desde el punto de vista cronológico, a saber: en una primera instancia el titular del derecho de superficie (superficiario) tendrá la facultad de construir, plantar o forestar sobre la rasante, vuelo o subsuelo del inmueble y, en una segunda instancia, se hará propietario de lo construido, plantado o forestado.

Suministra en su definición algunos de los caracteres de este derecho, a saber:

- a) Se trata de un derecho real con todas las ventajas que otorgan este tipo de derechos por la relación directa con su objeto, entre otras.
- b) Temporario: en el derecho comparado se conocen superficies perpetuas; nuestro ordenamiento - acertadamente - opta por la temporalidad y está sujeto a extinguirse luego de

⁴ . BIANCHETTI, ALBA; CALEGARI DE GROSSO, LYDIA y GARRIDO CORDOBERA, LIDIA, en Ponencias a las XIX Jornadas de Derecho Civil de Rosario, Edición conjunta UCA, UNRosario, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 641, p. 657, y p. 700.

un determinado tiempo.

- c) Es un derecho real inmobiliario: se necesita de un inmueble. Siempre va a existir de por medio un inmueble ajeno.
- d) Puede constituirse tanto para la superficie edificada como para la agraria (forestaciones, plantaciones).
- e) Otorga a su titular facultad de uso, goce y disposición material del derecho de plantar, forestar o construir sobre lo plantado, forestado o construido. Aquí el CCCN adelanta el diseño de los dos planos del derecho de superficie y en esto se sigue el proyecto de 1998 que a su vez se inspira en el art. 952 del Código Civil italiano.

Esta es una primera aproximación. Pero consideramos necesario, realizar un análisis más amplio respecto al concepto, naturaleza y caracteres, y de esta manera intentaremos llegar y hacer comprender al lector, la utilidad que el mismo tiene, y que aun a casi diez años de la sanción de CCCN aparenta estar poco visible.

Así, siguiendo a Kiper, podemos afirmar que "El derecho de superficie es, en términos simples, el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno. La superficie, con más técnica, es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre una inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado."⁶

No obstante, y tal como lo deja aclarado el citado art. 2114, existe la posibilidad de que el derecho de superficie se constituya sobre construcciones o plantaciones existentes, supuesto en el cual estaremos ante propiedad superficiaria ab initio, sin perjuicio de la facultad correspondiente al superficiario de realizar nuevas plantaciones o construcciones.

Naturaleza del Concepto

De lo expuesto en el apartado anterior, y respecto a la naturaleza jurídica de este derecho, podemos sostener que se trata de un derecho real de carácter temporario mixto o dual, toda vez que, mientras no existan en el inmueble plantaciones o forestaciones recaerá sobre cosa ajena en tanto que, a medida que vayan haciéndose edificaciones o plantaciones, será sobre cosa propia.⁷

6 . Kiper, Claudio Marcelo. "Derechos Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994)". Claudio Kiper Director. Editorial Rubinzal – Culzoni. Editores. Año: 2015. Pág. 237.

7 Durante la vigencia de la ley 25.509, y dado que su artículo 2 establecía que "El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario", hubo quienes consideraron que, aún cuando no hubiera nada plantado (recordemos que la ley citada solo admitía el derecho de superficie con fines de forestación o silvicultura), el objeto del derecho de superficie era el espacio aéreo. De esta manera se explicaba por qué este derecho se configuraba siempre como derecho real sobre cosa propia (Ver el excelente trabajo al respecto de Linares de Urrutigoity, Martha y Pujos de Zizzias, Irene. "Objeto del Derecho Real de Superficie" en Revista del Notariado N° 867, 2002. Pág. 41). Esta posición, y la redacción de la primera parte del artículo 2 de la Ley 25.509, fue objeto de crítica por la mayoría de la doctrina especializada toda vez que, conforme a la normativa del CC solo las cosas podían ser objeto de derecho reales y el espacio aéreo precisamente constituye una "no-cosa". Si bien conforme al artículo 1883 CCyC pueden ser objeto de derecho reales bienes taxativamente señalados por la ley y su artículo 2039 incluye al "espacio susceptible de aprovechamiento" como posible unidad funcional objeto del derecho real de propiedad horizontal – lo que debilita los categóricos argumentos oportunamente admitidos para negarle al espacio la potencialidad de convertirse en objeto de un derecho real – entendemos que en materia de derecho de superficie el legislador ha optado por el carácter dual del objeto de este derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 1888, tal lo ha expresado en los fundamentos.

Por lo que vale aclarar, para el mejor entendimiento del tema, la relación de género y especie que rodea al "derecho de superficie" tal cual se nos presenta en el CCCN. Es decir, en primera medida el vocablo es utilizado de forma general para referir al instituto jurídico o al derecho real tipificado en el art. 1887; y en especial debemos hablar de derecho de superficie como PROPIEDAD SUPERFICIARIA, distinguiendo en Por lo que vale aclarar, para el mejor entendimiento del tema, la relación de género y especie que rodea al "derecho de superficie" tal cual se nos presenta en el CCCN. Es decir, en primera medida el vocablo es utilizado de forma general para referir al instituto jurídico o al derecho real tipificado en el art. 1887; y en especial debemos hablar de derecho de superficie como PROPIEDAD SUPERFICIARIA, distinguiendo en los siguientes casos: a) el derecho de construir, plantar o forestar sobre inmueble ajeno; y/o b) el derecho a gozar y usar lo ya construido plantado o forestado. Pudiendo esto último adoptar dos modalidades diferentes: i) Permite al superficiario edificar o plantar para luego adquirir la propiedad de lo plantado o construido, independientemente del fondo en el que se asienta la construcción; o bien; ii) este derecho es otorgado frente a una plantación o construcción ya existente; por lo que el desmembramiento del dominio será aún más visible; ya que la propiedad del suelo sigue perteneciente a su titular original (nudo propietario, superficiante, cedente del fondo, etc.) y la propiedad de los construido o plantado pasará a ser del superficiario como propiedad fiduciaria.

En consecuencia, en el supuesto i) se hablará de derecho propio sobre cosa ajena, propiedad superficiaria que va a existir cuando se realice la construcción, forestación o plantación y el resultado pase a ser propiedad del superficiario; y en ii) existirá derecho propio sobre cosa propia, ya que las facultades del superficiario se ejercen "ab-initio" sobre lo existente en el fondo ajeno (conf. art. 2114 y 2115 CCCN).

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

Objeto

Puede constituirse sobre la totalidad del inmueble o solo en una parte determinada del mismo, sobre el suelo o rasante, el vuelo o el subsuelo, lo que admitiría el carácter tridimensional del derecho.⁸

Se entiende por suelo el sitio o solar no edificado y que geométricamente sería un plano que se ubica en la capa térrica. El vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo. Y el subsuelo

8. CAUSSE, Jorge R. "El derecho de superficie". Academia Nacional del Notariado. LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Moreira, página 82..

vendría a constituir no un antónimo del vuelo, sino un espacio cuya caracterología resulta similar pero ubicada en el plano subterráneo. El vuelo y el subsuelo, juntamente con la rasante, son dimensiones autónomas del inmueble y cada de una de ellas sirve de asiento a la constitución de este derecho real.

Respecto del vuelo se ha considerado por alguna doctrina minoritaria que al no ser el espacio aéreo cosa materialmente o físicamente visible las negociaciones en torno a la constitución del derecho de superficie entrarían en la esfera de los derechos personales. Independientemente de ello, el legislador decidió su inclusión y la mayor parte de la doctrina sostiene que no existe objeción alguna en cuanto a la posibilidad que tiene el "cubo de aire" de ser objeto de este instituto.

En cualquier caso, el titular dominial podrá dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo.

Cabe destacar que según el artículo 2116 segundo párrafo del código, la afectación al derecho de superficie no sólo puede recaer sobre la parte del inmueble destinada a construir, forestar o plantar sino también extenderse a otras partes materiales del mismo siempre que sean de utilidad al ejercicio del derecho superficiario.

Legitimación.

Dispone el legislador que se encuentran legitimados a constituir este derecho tanto el titular dominial, los condóminos, como los titulares de propiedad horizontal (conf. [art. 2118 CCCN](#)).

Se permite que el inmueble quede gravado con el derecho real de superficie, ya sea en todo o sobre una parte determinada, con proyección sobre el subsuelo o el espacio aéreo.

La norma acepta que un Consorcio, se entiende que con la conformidad de todos los copropietarios, pueda constituir este derecho - sobre el subsuelo o sobre elevándose - según se desprende del art. 2116 CCCN. Indica dicho artículo que el derecho de superficie "puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre las construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal".

Gran parte de la Doctrina establece, que es preferible un derecho de superficie puro, o sea, que se aplique exclusivamente a las construcciones (como sucede en Alemania, Suiza, Italia) y no extenderlo a las plantaciones (conforme lo hace Francia, España, Portugal, Japón, Quebec, Holanda), pues de otro modo se recrearía elípticamente la enfiteusis, desprestigiada por el resonante fracaso de la legislación patria que la reconoció y de allí su supresión por Vélez Sarsfield (art. 2614 del Cód. Civ.).

Por lo pronto, la superficie puede recaer sobre las construcciones efectuadas en el suelo con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo. También debe reconocerse la posibilidad de que la construcción se someta a la superficie aunque su emplazamiento sea otra construcción ya existente e incluso bajo el régimen de la propiedad horizontal. Adviértase que de combinarse la superficie con la propiedad horizontal, sería factible que las construcciones elevadas sobre inmuebles en propiedad horizontal pertenecieran a terceros ajenos al sistema, lo que hará necesario que en el reglamento de propiedad y administración originario o al reformarlo al efecto, se prevea la coexistencia de las figuras. Como a la superficie se la concibe con carácter temporario, al extinguirse, las construcciones levantadas bajo ese régimen pueden integrarse a la propiedad horizontal como nuevas unidades funcionales o nuevos sectores comunes, o hasta incrementar el patrimonio del consorcio.

En cuanto a la propiedad horizontal, cuando se trata de construir nuevos pisos sobre una edificación ya existente o sobre el terreno, debe tenerse presente que tanto el suelo como los techos, azoteas y patios solares se encuentran previstos en el CCCN como cosas necesariamente comunes (art. 2041). El requisito de la unanimidad parece imponerse a tenor del art. 2052.

Con referencia a la legitimación del condómino debe tenerse en cuenta que éste no podría constituir por sí solo el derecho real de superficie sobre el inmueble común. Por importar un acto de disposición necesitará el consentimiento de todos los comuneros (art. 1990, CCCN).

Plazo

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

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

Constitución- Transmisión

Como punto de partida, analizaremos el artículo 2119 CCCN, desmembrándolo en tres partes, a saber:

Primera parte. "...El derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito..." Analizando esta parte, el contrato de constitución del derecho podrá ser oneroso o gratuito. En el primer caso la contraprestación puede establecerse mediante el pago de una suma determinada de dinero, o bien permitir el uso de alguna instalación o local construido, entre otras. Desde luego, que la contraprestación estará fijada por la autonomía de la voluntad de las partes, y se aplicarán en forma supletoria las normas de la compraventa. Por el

contrario, se aplicarán las reglas de la donación si la misma hubiese sido constituida de forma gratuita.

Si bien la regulación especial del Código no prevé en forma expresa la forma de su constitución, la misma deberá hacerse por de Escritura Pública, conforme a las disposiciones del art. 1017, ya que se trata de la constitución de un derecho real sobre bienes inmuebles. En el caso de que el mismo se formalizara por acuerdo privado, se aplicará lo dispuesto en el artículo 1018, es decir quedará una obligación pendiente de otorgarla escritura correspondiente. Esta regla no será viable desde luego en caso de que el contrato fuere gratuito, por aplicárseles las normas particulares de la donación de inmuebles. Segunda parte "...y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte..." En ambos casos, estará el adquirente supeditado al plazo y condiciones que haya sido originalmente convenido. La transferencia por acto entre vivos, también deberá realizarse por Escritura Pública, e inscribirse en el Registro de la Propiedad para producir efectos contra terceros. El mismo podrá tener una contraprestación en dinero o no, pero habrá que tener siempre presente al momento de la redacción, que la transmisión del derecho, comprende las obligaciones del superficiario, tengan este origen legal o contractual, por lo que su estimación y la forma de asumirlo entre las partes resulta de fundamental trascendencia en la intervención y asesoramiento del notariado. (Confr. Art 2123 CCCN)

Tercera parte "...No puede adquirirse por usucapión. La prescripción breve es admisible a los efectos del saneamiento del justo título..." Por último, está permitida su adquisición por medio de la prescripción breve, la que estará destinada para sanear el justo título en caso de que el que lo ha transmitido era incapaz o bien no estaba legitimado para ello.

Facultades del Superficiario y Propietario

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

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

El Código también prevé fuera del título específico de la Superficie (Título VIII) que el bien sujeto a propiedad superficiaria pueda ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo (art. 2131 CCCN), el uso y la habitación.

El superficiario de la misma manera puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, y transmitir y gravar las unidades funcionales en forma

independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie (art. 2120, 2do. parr. CCCN).

El dominio del inmueble sobre el que asienta el derecho de superficie sigue siendo propietario del mismo, si bien limitado por la constitución del derecho de superficie. Por tanto, conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho. Así, podrá constituir sobre el predio derechos reales o personales en la medida que sean compatibles con el derecho del superficiario. También podrá realizar actos materiales sobre el suelo. De este modo, por ejemplo, si ha concedido en superficie el subsuelo podrá realizar actos sobre el terreno o efectuar construcciones sobre el mismo. Estas facultades tienen como limitación que tales actos no deben turbar los derechos del superficiario. Si lo hace, éste puede exigir el cese de la turbación.

Extinción

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

Como ya señalamos, conviene desarrollar las formas de extinción de este derecho real desde sus dos modalidades. Aunque algunos autores se niegan a separar estas dos manifestaciones, afirman que el instituto se configura unitariamente, pues sólo de este modo se advierte su autonomía como derecho real, nosotros tomamos la postura de separación.

Así, dentro de la primera modalidad, hablamos de la extinción del derecho a construir, plantar o forestar. El art. 2124 establece: *"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"*.

Veamos cada una;

_ Renuncia expresa: debe considerarse que le son de aplicación los mismos principios que para el derecho de dominio. Será necesaria la escritura pública de renuncia y la inscripción en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros interesados.

_ Vencimiento del plazo: el vencimiento del término fijado evidentemente producirá el cese automático del derecho de superficie.

_ Cumplimiento de una condición resolutoria: el derecho de superficie puede someterse a condición resolutoria y su ocurrencia marcará su fin. Por supuesto que la superficie se extinguirá igualmente si hubiera transcurrido el plazo máximo permitido y no se hubiera cumplido la condición.

_ Consolidación: la consolidación se configura por la sucesión particular o universal del propietario y superficiario en uno de ellos o en un tercero de manera que en una sola persona

se reúnan ambas calidades. En ese caso, el derecho real no puede subsistir.

También se extingue, por el NO uso durante 10 años para el derecho de construir, y durante 5 años para el derecho a plantar o forestar. Como vimos el art. 2124 CCCN prevé como causal de extinción del derecho el no uso, que se ha interpretado que contiene el uso contrario a lo pactado en el acto de constitución; aspecto que tiene relación con el derecho del superficiario de usar y gozar de su derecho sobre el predio ajeno, pero cumpliendo con sus fines previstos.

Como nos referimos anteriormente, resulta conveniente analizar la extinción de este derecho real diferenciando sus causales en cada una de sus modalidades. Siguiendo tales lineamientos, resta avocarnos a detallar los modos de extinción de la propiedad superficiaria. Esta última es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado. Mirando desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena; en cambio, desde la perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad. Ambos –el titular del suelo y el superficiario- posee un dominio imperfecto, el del suelo porque lo ha desmembrado y el superficiario por ser su dominio temporal. Se caracteriza por ser un derecho real sobre cosa propia, temporal, transferible, gravable y divisible.

No nos detendremos en analizar detalladamente los principios generales señalados precedentemente, con el fin de no extendernos, y atento a que no es el eje principal del presente trabajo. Interesa que las causales de extinción de la propiedad superficiaria, son:

Causas generales de extinción de los derechos reales (consolidación y abandono – art. 1907).

Destrucción de lo construido, si el superficiario no reconstruye dentro del plazo de SEIS (6) años (art. 2122).

Destrucción de lo plantado o forestado, si no se vuelve a plantar o forestar en el plazo de TRES (3) años (art. 2122).

Vencimiento del plazo (arts. 2117 y 2125).

Indemnización

En este punto encontramos a Alterini que entiende que debe reconocerse al superficiario el derecho a indemnización ya que se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del dueño del suelo o de la construcción que le sirvió de soporte, pero admite que las partes puedan pactar lo contrario.

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

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

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

Se entiende también que esta indemnización al superficiario no tiene que ser exclusivamente monetaria, por ejemplo: podría entregarse una unidad o varias de las construidas.

Inscripción Registral

El art. 1893 del CCCN exige la registración, a los fines de la plena oponibilidad de los derechos reales.

Es necesario resaltar que la norma que se refiere a la oponibilidad, el art. 1893, resulta bastante más amplia en su pronunciamiento que el viejo dispositivo de la ley 17.711, dado que regula la publicidad de todos los derechos reales y no solo de los que recaen sobre inmuebles; en razón de lo cual en la misma norma se involucran tanto la publicidad por la exteriorización posesoria, la llamada "possessio naturalis", la tradición del art. 1924 del CCCN, como la publicidad registral en los casos en que los derechos reales la exija, por las cualidades especiales del derecho o por la naturaleza de las cosas sobre las que recae.

Incidencia de la clasificación entre derechos reales sobre cosa propia o sobre cosa ajena.

La categorización de derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, que efectúa el art. 1888 del CCCN., es importantísima a la hora de analizar la repercusión registral de cada nueva figura. Ello lo es al punto tal que, si la nueva figura es un derecho real sobre cosa ajena, deberá registrarse en la columna de gravámenes o restricciones, pues respecto del derecho real que grava o restringe resulta esa su verdadera naturaleza. Hasta lo dice expresamente el segundo párrafo de la misma norma del art. 1888: "*Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales*".

En cambio, si el derecho real es sobre cosa propia, en los términos del citado art. 1888, corresponderá la apertura de una nueva matrícula.

A estos fines, y dado que no surge muy claramente de la norma, corresponde aclarar que el "fundamentum divisionis" utilizado para esta categorización no es que el derecho real se constituya sobre un "inmueble propio o ajeno". En realidad, la norma apunta a determinar la legitimación o grado de legitimación dispositiva de su titular.

Si el derecho real es sobre cosa propia, como regla general el titular tendrá plena disposición jurídica de la cosa: podrá transferirla, gravarla, le podrá ser embargada y hasta subastada por sus acreedores; mientras que si se trata de un derecho real sobre cosa ajena, salvo algunos supuestos como el usufructo, la cosa que constituya su objeto no podrá ser enajenada ni gravada.

Como surge del precedente párrafo, nada tiene que ver la propiedad del inmueble sobre el que el derecho se asienta, sino la intensidad de sus facultades dispositivas, las que constituyen las prerrogativas brindadas por el "ius abutendi" dentro del haz de facultades que genera el dominio.

Por ello, sostenemos que cuando una ley establece que una determinada figura será un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, tal declaración no es vana; apunta nada menos que a las facultades que generará para su titular.

A este respecto corresponde señalar que, en general, la doctrina nacional, ha confundido el fundamento de la distinción y ha interpretado que cuando el legislador califica un derecho real como "sobre cosa propia" alude a la propiedad del inmueble sobre el que se ha constituido.

Otra situación que corresponde aclarar apunta a la última parte del art. 1888 que es objeto ahora de nuestro análisis; pues adviértase que de ella surge la errada consideración respecto del derecho de superficie, que lo califica de derecho sobre cosa propia solo cuando la cosa ya está edificada, sembrada o plantada. El fundamento de esta desatinada distinción radicaría en que antes de estar sembrado o edificado el inmueble, no habría cosa sobre la que aplicar derecho real alguno. Decimos que es desatinada esta distinción porque el legislador olvida que, por expresa disposición legal, tanto en el Código derogado, arts. 2518, como en el CCCN, art. 1945, con solo aplicar el texto literal, el dominio se extiende también al "espacio aéreo"; y es justamente sobre éste que recae el derecho del superficiario, aun en su versión "ius aedificandi" (derecho a edificar) o "ius serendi" (derecho a sembrar o plantar) esté edificado, plantado o sembrado el fundo, o no lo esté. Por ello estimamos que no corresponde el distingo.

Aspectos a analizar en materia de registración de los nuevos derechos reales

Desde el punto de vista registral, se advierten varias repercusiones ante la aparición de las "nuevas" figuras jurídico-reales: Unas relacionadas al principio de especialidad, otras con el principio de legalidad, y otras referidas al contenido de los asientos registrales y a la ubicación concreta de éstos, dentro de la matrícula. En este último punto se ubicaría, por ejemplo, el problema que ya hemos enunciado respecto a la apertura de una nueva matrícula cuando el derecho real es "sobre cosa propia", conforme a la clasificación sentada en el art. 1888 del CCCN.

Principio de especialidad

En primer lugar corresponde recordar que el principio de especialidad puede sintetizarse como la necesidad de la perfecta determinación de todos los elementos de la relación jurídica: sujetos, objeto y causa.

Puede citarse para ejemplificar el art. 2115, en materia de superficie, que exigirá

la determinación no sólo del inmueble sobre el que se constituye, sino la entidad, dimensión y configuración de las construcciones ya realizadas sobre las que recae el derecho, en el caso de que no se trate de un "ius edificandi". Otro tanto para el caso del constituido sobre plantaciones, forestaciones o sembrados, que exigirá la descripción de tales mejoras, a diferencia del que se refiera solo al "ius serendi" o derecho a plantar, forestar o sembrar. Recordemos que este derecho coexiste con el del titular del suelo, conforme a lo dispuesto en la última parte del artículo citado, lo que exige una determinación concreta para delimitar la desmembración.

Principio de legalidad

La legalidad registral puede definirse como la necesidad de que todo documento inscripto o anotado cumpla, tanto en lo sustancial como en lo formal, con las exigencias que las leyes imponen como requisito de validez.

Aplicada al derecho registral el principio de legalidad es aquel por el que se impone que los documentos que se pretenden inscribir o anotar en el Registro de la Propiedad reúnan los requisitos exigidos por las leyes para su registración, a cuyo fin es necesario someterlos a un previo examen, verificación o calificación que asegure su validez o perfección⁹. Cuando aludimos a "las leyes", lo hacemos en el sentido más general de la expresión; es decir leyes nacionales, provinciales, reglamentarias, resoluciones administrativas que rigen para ese documento y hasta las disposiciones técnico registrales que, dentro del marco de competencia del registro, pueden determinar también exigencias particulares para ese acto o documento.

Es así que este principio se materializa a través de la función calificadora del Registro de la propiedad inmueble, la cual es obligatoria, autónoma e íntegra.

La función calificadora y por ende el principio de legalidad encuentra su límite en los artículos 8 y 9 de la Ley 17.801.

Apertura de nueva matrícula para la superficie

Al tratarse la superficie si existe propiedad superficiaria, de un derecho real sobre cosa total o parcialmente propia, según resulta del artículo 1888 del CCCN, admite sin dudas su enajenación como ya expresamos, este derecho podrá ser objeto de transferencias a cualquier título, así como de hipotecas (art. 2206) y servidumbres (art. 2168 CCCN). Esta sola circunstancia nos libera de mayores fundamentación respecto a la necesidad de la apertura de nueva matrícula para la superficie constituida. Sería virtualmente imposible determinar un camino de gravámenes sobre la columna de gravámenes y restricciones en la que se hubiera consignado la servidumbre.

⁹ Scotti, Edgardo O., Derecho Registral Inmobiliario. Modalidades y Efectos de las Observaciones Registrales, Edit. Universidad. Bs. As. 1980, pag. 37.

La vieja ley 25.509, en su artículo 5: *"... Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente"*.

Como el propietario o "dominus soli" conserva también las facultades de disposición material y jurídica de su derecho, según lo sentado en el art. 2121 del CCCN, la matrícula original gravada con la superficie, continúa en actividad; no se conserva solo a los fines históricos o para que retorne a ella el dominio pleno una vez extinguida la superficie, sino que estará preparada para receptar nuevos asientos, ya que ese suelo puede ser transferido, gravado y los acreedores del propietario lo pueden embargar para garantizar el cobro de las deudas del titular del suelo. Obviamente nada de eso puede perturbar el derecho del superficiario, puesto que se trata de una propiedad separada.

La clasificación de los títulos constitutivos y de transmisión posterior de la superficie o del suelo – Medidas Precautorias.

A los fines de admitir el título constitutivo del derecho de superficie, el registrador verificará, como en cualquier caso, la legitimación del disponente.

Según el art. 2118 del CCCN, el constituyente podría ser el titular del dominio, del condominio y de propiedad horizontal. Pero, como puede apreciarse fácilmente se ha incurrido en un error en la redacción de la norma. Sin dudas un condómino no podrá constituir superficie si no cuenta con la conformidad del resto de los comuneros; otro tanto ocurre en materia de propiedad horizontal, pues la superficie constituida sobre una parcela horizontal, o debajo de la misma, en el subsuelo, solo podrá constituirse por la totalidad de los consorcistas ya que, tanto el espacio aéreo, como el subsuelo, constituyen cosas comunes (art. 2041 del CCCN) y por ello la legitimación corresponde al consorcio en pleno, y por unanimidad (art. 2052 CCCN).

El reflejo registral de las transmisiones posteriores que se hicieren de la superficie, sus gravámenes y los embargos que los acreedores puedan trabar sobre el derecho, tanto sobre el derecho del superficiario y su respectiva matrícula, como del "dominus soli" y la vieja matrícula en donde aparece la superficie como gravamen, no presentan ninguna particularidad respecto de las situaciones comunes que ya conocemos.

Fundamentación

Habiendo realizado un análisis del derecho de superficie, respecto de sus caracteres, naturaleza jurídica, extinción y registración, nos queda por abordar, la practicidad que a nuestro entender y según lo investigado tiene este derecho.

En primer lugar hay que destacar que, el derecho de superficie le asigna un rol importante a la autonomía de la voluntad, y de acuerdo a la regulación deja librado mucho a lo

que las partes acuerden, en razón de ello consideramos que resulta una vez más fundamental la intervención del notario en la labor profesional, tanto en el asesoramiento previo, como en el rol social que se viene pregonando hace tiempo.

Debemos tratar de plasmar en la escritura pública de constitución lo más claro posible, todos los asuntos esenciales, como por ejemplo, cuáles serán las facultades y límites al derecho y atribuciones del propietario y cuáles serán las del superficiario, cuál será el área de la propiedad afectada, adjuntar el croquis y plano, dejar bien definido el plazo, que sucede en caso de fallecimiento de algunas de las partes, si es creíble el derecho o no, etc.

A su vez, presenta importantes ventajas en comparación con otras figuras y alternativas jurídicas desde la perspectiva de la construcción, y una primera aproximación muestra que no será necesario invertir en la compra de un terreno, lo que genera que los costos sean considerablemente menores en relación con una adquisición de dominio. Zulma Dodda¹⁰ destaca en este sentido que "lo que se abone en concepto de superficie es siempre menor que el valor del inmueble; se aísla la tierra de los riesgos del negocio; el propietario del inmueble sin capital para invertir no se encuentra compelido a venderlo, y es posible enajenar o gravar el vuelo o sobre vuelo sin afectar el terreno", y Espilez Murciano¹¹ agrega que "el derecho real de superficie es la institución más eficaz para la realización de obras poco perdurables". Algunos ejemplos en los que se ha utilizado el derecho de superficie con estos fines son los siguientes: construcción de complejos de edificios, centros culturales, desarrollo de emprendimientos con fines de arrendamiento, de enseñanza, de investigación.

Se remarca también que son tres las columnas sobre las que debe apoyarse la prosperidad de este derecho de superficie: políticas estatales a mediano y largo plazo que permitan lograr un cambio de mentalidad en torno a la propiedad y al acceso a la vivienda; políticas fiscales que potencien el uso de la figura; y un adecuado asesoramiento notarial, que brinde como opción este derecho en aquellos casos en que corresponda su utilización. Aquí podemos mencionar la Ley N° 6639. Régimen de co-vivienda- GCBA, promulgada recientemente, precisamente el 30/05/2023 el cual en su artículo 1 establece "*El Régimen de Co Vivienda tiene por objeto implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda en virtud de lo establecido en la ley 1251, el Libro Cuarto del Código Civil y Comercial de la Nación, el artículo 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y normativa concordante*"... y el artículo 3 último párrafo "*Se rigen por las normas del Código Civil y Comercial sobre derechos reales de dominio, superficie, propiedad horizontal y uso, como asimismo de la posesión, en los aspectos indicados en la presente Ley*"¹².

*Atento a la practicidad que tiene este derecho, continuamos desarrollando algunas sus ventajas y posibilidades como ser:*¹³

¹⁰ DODDA, Zulma, Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado, Dir. Eduardo CLUSELLAS, Astrea – FEN, Buenos Aires, T. 7, p. 285

¹¹ ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles, "El derecho de superficie y el titular catastral", en Revista Catastro, n° 66, Octubre 2009, España, p. 35.

¹² <file:///C:/Users/arand/Downloads/LEY%20DE%20COVIVIENDA%20CABA%202023.pdf>

¹³ <https://www.bcr.com.ar/es/mercados/investigacion-y-desarrollo/informativo-semanal/noticias-informativo-semanal/de-que-trata>.

Implica abrir posibilidades en el negocio inmobiliario privado o facilitar políticas del suelo en las Administraciones Públicas, aumentando el valor de la propiedad para el propietario al realizar el superficiario obras, construcciones o plantaciones. Al ser un derecho real enajenable, hipotecable y transmisible, permite a su titular proyectar su utilización como garantía en otros ámbitos.

Cuando el propietario de un inmueble no desea o no puede, por dificultades económicas, explotar su propiedad y, en consecuencia, tiene la posibilidad de constituir un derecho de superficie a favor de un tercero, que tendrá la facultad de disponer de la superficie física y jurídicamente.

Para el superficiario no requiere una gran inversión, ya que para construir o forestar no se necesita adquirir la propiedad, sino pagar un canon por el tiempo de uso previsto en el contrato de cesión. Por otro lado, el mismo puede destinar la propiedad construida para realizar una inversión inmobiliaria con obtención de rentas durante la vigencia del acuerdo. A diferencia del arrendamiento o la aparcería, puede ser constituido a título gratuito y no podría ser aplicable al propietario del inmueble la extensión de la solidaridad por las obligaciones laborales y previsionales del arrendatario o aparcerero que el artículo 12 de la ley 26727 de trabajo agrario hace al arrendador o al dador respectivamente.

Otro punto a tener en cuenta, es que actualmente va cobrando cada día más importancia la búsqueda de nuevas energías que sean renovables y que afecten menos al medio ambiente. Sabemos que la aplicación de las nuevas tecnologías es costosa y para incentivar que empresas y personas físicas apuesten a ellas se necesita un marco jurídico seguro y viable para la inversión. Una respuesta a ello sería el derecho real de superficie, ya que resulta una herramienta útil para aplicarla en los casos de desarrollo, exploración y explotación de energías renovables, como por ejemplo, la utilización de un predio con instalación de paneles solares, para generar energía renovable.

CUESTIONES ESPECÍFICAS.

Hasta aquí hemos destacado variables importantes en la utilización del derecho real de superficie, y ahora analizaremos dos cuestiones particulares, a saber: La transmisión y constitución por mortis causa y 2) Constitución por Subasta.

Previo a analizar cada caso en particular, debemos comenzar con recordar que la regulación de los derechos reales en Argentina se encuentra fuertemente impregnada por el orden público, ya que rige el sistema de numerus clausus, conforme al cual la creación de aquellos se encuentra reservada sólo a la ley¹⁴, así como la configuración de su

¹⁴ Debe recordarse que al hablar de "ley" no hacemos referencia sólo al código civil y comercial, sino a cualquier ley que cree o modifique derechos reales. A su vez, estamos hablando de leyes dictadas por el Congreso Nacional, en virtud de las facultades delegadas por las provincias. Cualquier ley provincial que cree o altere los derechos reales creados por el legislador nacional será inconstitucional. Esta situación solía darse con relación a los clubes de campo o barrios cerrados, previo a la entrada en vigencia del CCCN que regula los conjuntos inmobiliarios como derecho real de propiedad horizontal especial.

estructura. Así lo establece el artículo Art. 1884 CCCN: "Estructura. La regulación de los derechos reales en cuanto a sus elementos, contenido, adquisición, constitución, modificación, transmisión, duración y extinción es establecida sólo por la ley. Es nula la configuración de un derecho real no previsto en la ley, o la modificación de su estructura".

Al decir que los derechos reales sólo pueden ser creados por ley, la palabra "crear" está empleada en sentido abstracto y genérico. La ley no establece o constituye derechos reales en un caso particular sino que crea el derecho real típico y lo regula en cuanto a su contenido, forma de constitución, facultades y deberes de sus titulares, transmisión y extinción. De esta manera, los particulares a la hora de constituir derechos reales deben tomar a la ley como un "catálogo" dentro del cual eligen el derecho real que más se ajuste a las necesidades u objetivos buscados.

En lo que refiere al argumento de nuestro trabajo, es necesario diferenciar entre la creación y la fuente de los derechos reales. La creación hace referencia al "numerus clausus", en cambio la fuente se relaciona con el concepto de causa, es decir los hechos o actos jurídicos que dan nacimiento a los derechos reales. Y en esta línea analizaremos las siguientes posibilidades de constitución;

1. La transmisión y constitución por mortis causa.

Como vimos anteriormente, la transmisión del derecho puede operar por acto entre vivos o mortis causa¹⁵. Si el superficiario fallece sin disponer en su testamento de su derecho de superficie, éste se transmitirá operativamente a favor de sus herederos, integrando la masa hereditaria, de modo que, en ocasión de partirse la herencia, será adjudicada a uno o más herederos con el efecto declarativo y retroactivo de la partición, en virtud del cual se juzgará que el o los adjudicatarios han sido superficiarios desde la fecha de la muerte del causante.

Si, en cambio, la superficie ha sido legada por el superficiario, el legatario será superficiario desde el instante de la muerte del testador.

En cualquier caso, el sucesor adquiere la superficie por el tiempo que falte hasta el vencimiento del plazo que se haya estipulado en el contrato, que nunca podrá ser superior a setenta años (para la superficie con finalidad de construir) o cincuenta años (para la superficie con finalidad de forestar o plantar).

Ahora bien, hemos visto que se puede transmitir el derecho real de superficie por mortis causa, pero se podrá constituir por testamento? Y aquí tenemos nuevamente dos cuestiones a plantear: A _ Constitución por testamento y B_ Constitución por fideicomiso testamentario.

¹⁵ Sabene, Sebastián E. "El derecho real y la posesión en la transmisión mortis causa". JA, Supl. 26/10/2016, pág. 5 y ss.

Adelantamos nuestra postura, que en ambos casos consideramos posible la constitución del derecho real de superficie.

Constitución por testamento.

La autorización de escrituras públicas de testamento constituye una de las mayores incumbencias del notario. Si bien toda actuación notarial se encuentra impregnada de un escenario normativo que evidencia las razones económicas, sociales, culturales y jurídicas de la existencia del Notariado, resaltamos siempre, la acentuada relevancia de la función notarial y sus operaciones de ejercicio cuando el notario es requerido para la autorización de una escritura pública de testamento. Debe tenerse presente, en todo momento, que el testamento en el que el notario interviene será interpretado por un juez cuando el testador se encuentre fallecido y ya no sea posible consultar su voluntad. Por ello, el conocimiento y la pericia para volcarlo al documento autorizado deben profundizarse aún más, a fin de garantizar al testador que su voluntad haya sido exteriorizada en un documento sustancial y formalmente válido, con disposiciones testamentarias que contengan la exacta manifestación de su voluntad. Si bien es cierto que, en orden a lo normado en el artículo 2470 del CCCN, "las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante", no lo es menos que la misma norma aclara que, para ello, corresponderá apreciar "el contexto total del acto".

Conforme a todo lo que venimos exponiendo, sostenemos que la constitución del derecho real de superficie por causa de muerte, testamento, no implica la afectación al orden público, debido a que no estamos frente a la creación de un nuevo derecho real, ni postulamos la modificación de su estructura o extensión, ni su constitución por otro instrumento que la escritura pública.¹⁶

Y hasta aquí gran parte de nuestro fundamento, de porque si se puede constituir un derecho real de superficie por testamento, lo cierto es que no se encuentra prohibido, pero sí que debemos garantizar que "no se perjudique" derechos de terceros y/o la legítima, pero no por este temor a que sea un derecho "erróneamente" utilizado, vamos a ser ciegos y negar las grandes ventajas que ofrece. Es por ello que destacamos en el párrafo precedente el Rol del notario en la intervención en la redacción del testamento por acto público, la importancia de un adecuado asesoramiento y guía para plasmar la voluntad del testador.

Nuestra, y quizás humilde apreciación, y como a lo largo de este trabajo lo hemos querido hacer notar, es que el derecho real de superficie es un derecho sin uso, y/o poco visible por los operadores del derecho, y en razón de ello, es "más fácil" determinar que muchas cosas

16 Esta postura fue sostenida ya, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, la comisión 4, que analizó el Derecho de Superficie, concluyendo que "No existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad". Considerando aconsejable permitir la constitución del derecho por vía testamentaria, atendiendo que la observación que merecía esta posibilidad -dada por la imposibilidad de que el testador, de este modo, constituya un gravamen periódico- se sorteaba fácilmente ante la viabilidad de la constitución gratuita de superficie. Es la idea que luego se traslada al Proyecto de Unificación Civil y Comercial de 1987 (art. 2614) y al Proyecto de 1998 (art. 2026).

no se puede hacer por falta de conocimiento y/o estudio y/o que ya se haya transitado un camino en la aplicación del mismo, lo cierto es que si no se empieza por utilizarlo nunca se recorrerá ese camino, como en este caso la constitución de por testamento.

Constitución por fideicomiso testamentario.

Los fideicomisos testamentarios permiten designar al fiduciario para que, a la muerte del causante, reciba todo o parte de sus bienes con el objeto de destinarlos a ciertas finalidades, en beneficio de una o más personas. Decimos todo o parte pues, además de la voluntad del causante, debe respetarse la porción legítima de los herederos forzosos. De esta manera, es factible que el derecho real de superficie, tanto en su etapa de derecho sobre bien ajeno como en su etapa de propiedad superficiaria, sea transmitido en el marco de un contrato de fideicomiso, de manera tal de constituir una propiedad fiduciaria sobre el objeto de dicho derecho real. Ello daría origen al derecho superficiario fiduciario. Al concluir el fideicomiso, los bienes deben ser transmitidos a quien se hubiese designado en el testamento, o bien a quien supletoriamente indique la ley. Cuando los beneficiarios o fideicomisarios son personas menores de edad, o sin experiencia en el manejo de capitales, o incapacitados, o bien de edad avanzada, la figura es muy útil para su protección.

Por los mismos fundamentos expuestos en cuanto a la constitución de Derecho real de Superficie por testamento, y reiteramos que no implica la afectación al orden público, debido a que no estamos frente a la creación de un nuevo derecho real, ni postulamos la modificación de su estructura o extensión, ni su constitución por otro instrumento que la escritura pública, en el mismo sentido afirmamos que sucede para el caso del fideicomiso testamentario.

Constitución por Subasta.

Desarrollaremos brevemente la Subasta Judicial, como camino para la adquisición del derecho real de superficie.

La subasta judicial es el procedimiento para llegar a una venta obligada por ley con el objetivo de pagar una deuda que no ha sido cancelada de manera voluntaria. El juez ordena la venta judicial de determinado bien material o inmaterial previo embargo. En este acto procesal se fija un precio de salida y se adjudica al comprador que presenta la mejor oferta económica.

Características:

Los rasgos que caracterizan la subasta judicial según la ley en Argentina y la diferencian de otro tipo de venta de bienes son:

- La venta es impuesta por la autoridad. El titular del bien no es quien decide de manera voluntaria.

*El juez es quien ordena la ejecución de la venta a pedido del acreedor.

*El postor adquirente incorpora la cosa a su patrimonio después de cumplir con las fases de la subasta.

*El precio de venta le corresponde al titular del bien, pero este importe está destinado a la cancelación de deudas que originó este acto procesal. De existir un saldo debería ser del deudor.

* Siempre es un procedimiento para realizar la venta y no la venta en sí misma.

* No hay un contrato de compraventa entre titular y adquirente.

* Deriva en un remate público mediante la acción de un martillero o funcionario al efecto.

Dadas las características referidas precedentemente, no vemos impedimento a que la adquisición del derecho real de superficie sea mediante este proceso, en virtud de que permitirá la continuidad del dominio en cabeza del ejecutado, obteniendo el dinero suficiente para dar cumplimiento a las deudas contraídas, que es el fin mismo de la subasta.

Una de las cuestiones que nos surgió en este punto, es para el caso de Juicios Sucesorios, en los que por ejemplo, el acervo hereditario está compuesto por un bien inmueble construido y un terreno baldío, existen innumerables casos en los cuales los herederos no cuentan con dinero líquido para poder afrontar los Honorarios profesionales de un patrocinante, y demás profesionales intervinientes que existieren en el proceso, razón por la cual, y para no extender en el ejemplo, para poder pagar los honorarios se procede a subastar el inmueble baldío.

Un buen asesoramiento en la materia, en el cual se fomente la constitución y adquisición del derecho real de superficie por subasta, evitará que muchos herederos pierdan gran parte de su herencia, con todo lo que ello implica, desprenderse de años de sacrificios del causante, con la economía fluctuante en el país que vivimos, lo difícil que es poder adquirir un inmueble y demás cuestiones.

Aclaremos en este punto, que lo que sostenemos, es la viabilidad de la Subasta como procedimiento de Adquisición del Derecho Real de Superficie, pero claro está que la Constitución se hará por Escritura Pública.

Conclusión

Como a lo largo del presente trabajo, hemos reiterado que el derecho real de superficie, otorga una serie de ventajas, como el aprovechamiento efectivo del suelo, así como también, es una ventana a nuevas propuestas conciliatorias para aquellos casos en los que la construcción sobre tierra ajena puede llevar a litigios prolongados y desgastantes de relaciones familiares, mejorar la inversión económica sirviendo como emprendimiento inmobiliario, entre tantas otras tratadas en el presente y que pudieran ir surgiendo.

Es nuestro objetivo, que a través del análisis de este derecho y las conclusiones que llegaran a plasmarse, se inicie un nuevo camino, del estudio e inclusión del derecho real de superficie,

fomentando su aplicación como herramienta socio-económica, como así también su función calificadora.

Resaltar a manera de síntesis, que es un derecho y una herramienta, que no está siendo aprovechada con todo el potencial que tiene, y que ya han pasado casi diez años de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, es nuestro deber operar a la existencia del cambio de mentalidad para darle la relevancia que requiere esta figura, por los beneficios que la misma contiene.

Bibliografía

- _ XXVII ENCUENTRO NACIONAL NOVEL- Formosa 2016.ED. ConTexto.
- _ ALTERINI, JORGE H., "[Derecho real de superficie](#)", en [Revista del Notariado, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850, noviembre 1997, pp. 9-22.](#)
- _ ALTERINI, JORGE HORACIO, "Primeras consideraciones sobre los Derechos reales en el Proyecto de Código", en Academia Nacional de Derecho, 1, setiembre 2012, y en Revista jurídica La Ley, 2012-E, 898.
- _ ALTERINI, JORGE, en "Nuevas formas de propiedad", en Revista del Notariado n° 811, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, p. 1637.
- _ CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN- Edición 2015-Codigos Hammurabi.
- _ www.infojus.gov.ar "[Comentarios sobre el Derecho Real de Superficie en el Código Civil y Comercial](#)". Por Lilita Abreut de Begher.
- _ Disposición Técnico Registral 3/2015 REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA CAPITAL FEDERAL Bs. As., 29/07/2015 Fecha de Publicación: B.O. 31/07/2015.
- _ www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema1/T1-DOMINA-LASSALLE-y_VASQUEZ-Superficie-Un-derecho-real.pdf
- _ <http://es.slideshare.net/ninanor2003/derecho-de-superficie-segun-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial>.
- _ Nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial de la Nación 2º Parte Por Eduardo Molina Quiroga.
- _ http://www.lavoz.com.ar/files/FUNDAMENTOS_DEL_ANTEPROYECTO_DE_CODIGO_CIVIL_Y_COMERCIAL_DE_LA_NACION.pdf
- _ LOS DERECHOS REALES INCORPORADOS EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN Y LA PUBLICIDAD REGISTRAL Por Gabriel B. Ventura.