

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

EL DERECHO DE SUPERFICIE(*)(52)

LAUREANO ARTURO MOREIRA

SUMARIO

1. Antecedentes. 2. Concepto. 3. Esencia jurídica. 4. Derechos y obligaciones del superficiario y del propietario del suelo. a) Derecho y obligación de construir. b) Propiedad de las construcciones. c) Utilización del suelo. d) Disposición. e) Pago del canon. f) Extinción. 5. La prohibición de Vélez Sársfield. 6. Jurisprudencia local. 7. Opiniones favorables a su reglamentación. 8. La venta del espacio aéreo. 9. Nuestra opinión.

1. ANTECEDENTES

En el derecho romano clásico no se admitía la posibilidad de que las construcciones ni los árboles y montes de un inmueble pudieran pertenecer en propiedad a otra persona que el propietario del suelo. Por aplicación estricta del principio superficies solo cedit(1), todas las edificaciones y plantaciones le pertenecían, aunque fueran erigidas por otra persona(2)(53).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Comentaba Vélez Sársfield que "en Roma, según las reglas del derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella" (nota al art. 2503).

Pero ante algunas situaciones de notoria injusticia, derivadas de lo que hoy podríamos llamar el ejercicio abusivo de los derechos de los propietarios del suelo, en el derecho pretoriano se concedió a quienes habían construido sobre suelo ajeno una acción y un interdicto.

La motivación que inspiraba el reconocimiento de acciones útiles para el superficiario ha sido interpretada como una afirmación del principio del trabajo sobre el de la accesión, atribuyendo derechos sobre las construcciones a quienes las elevaron con su actividad y no al dueño del suelo, evitando que el resultado del trabajo resultara absorbido por la propiedad del suelo(3)(54)

Sin embargo, el origen de este instituto resulta incierto: algunos autores lo señalan en la *lex icilia*, que concedió a la plebe la posibilidad de habitar en el monte Aventino, o en la concesión de terrenos para la fundación de Cartago. Otros lo atribuyen a las concesiones sobre terrenos públicos(4)(55).

Posteriormente se lo vincula con el llamado *ius di gazagá*: en los estados pontificios los judíos estaban incapacitados para el ejercicio de ciertos derechos civiles, y debían habitar en guetos. Para evitar las expoliaciones de que podían ser objeto por los propietarios, se les concedió un derecho real sobre la casa que habitaban, conforme al cual el arrendador no podía deshauciarlos ni elevar el precio del arriendo. Para algunos jurisconsultos, este *ius di gazagá* era un derecho de inquilinato perpetuo; para otros, un tipo intermedio entre el alquiler y la enfiteusis; y para otros, un dominio impropio y subalterno, estando todos de acuerdo en que era real, inmueble, perpetuo, vendible y transmisible a los herederos(5)(56).

De todas maneras, se ha estimado que antes de las innovaciones introducidas por el pretor, esas relaciones no daban lugar a un derecho real de superficie, porque el *ius civile* lo impedía. Hasta ese momento se mantenían dentro del esquema de los derechos personales, más precisamente del arrendamiento con la facultad de que el locatario pudiera llevar construcciones o plantaciones.

La superficie como derecho real entre los romanos comienza a desarrollarse por la obra del pretor, que brindó a su titular un remedio con validez *erga omnes* que excede el esquema de las relaciones contractuales con el propietario. Pero a diferencia de los sistemas modernos, no se considera en Roma al superficiario como propietario, ni la superficie como propiedad - lo que hubiera significado una derogación del principio clásico de la accesión cuyo respeto se mantuvo -; sino que se limitó a proteger una

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

situación de hecho con remedios reales, asimilándola a un *ius in re aliena*(6)(57). Sin embargo, según otra corriente doctrinaria, en el derecho justinianeo se consagró el derecho de superficie como una relación jurídico - real, excediendo al principio superficies solo cedit y consagrando una propiedad separada.

El pretor concedió primeramente un interdicto de *superficiebus*, permitiendo al superficiario una excepción que podía ejercer contra el dueño del suelo y contra terceros, habiéndose entendido que merced a esta defensa pudo ser considerado poseedor de la superficie. Como requisitos para el ejercicio de este interdicto, el superficiario debía tener la facultad (libre de vicios) de gozar y disfrutar de las construcciones o plantaciones, conforme a los términos del contrato que la acordaba.

Luego se admitió el remedio de la *actio utilis in rem*, construida aparentemente sobre el modelo de la reivindicación que protegía al superficiario contra el dueño del suelo y contra cualquier tercero. Para concederla se requería que su derecho de goce fuera a largo plazo y que el pretor pudiera comprobar en cada caso concreto la existencia de una verdadera intención en el concedente de constituir un derecho de superficie y no una relación personal u obligatoria.

En síntesis, aclara Guilarte Zapatero que, tomando en cuenta la posibilidad que la *actio útil* fuera la reivindicatoria, podría el superficiario lograr que se le concediera la acción confesoria, la negatoria, la *actio communis dividendo*, la *actio familiae erciscundae*, la acción publiciana, etcétera(7)(58).

Como derivación del amparo que se concedía en derecho pretoriano al superficiario, mediante las acciones útiles *in rem* (a diferencia de las acciones directas que tenía el propietario del suelo), entre los autores se generalizó la distinción del dominio útil que se reconocía al titular de las construcciones, en relación con el dominio directo del propietario del suelo(8)(59).

Pero en términos generales puede sostenerse que en el derecho romano establecido se desconoció la posibilidad de admitir una propiedad superficiaria independientemente de la propiedad del suelo, deteniéndose la evolución del derecho de superficie como *ius in re aliena*. Sólo se trataba de una regla de excepción que no modificaba la concepción absoluta de la propiedad romana.

2. CONCEPTO

En la legislación moderna suele configurarse el derecho de superficie como un instituto tendiente a favorecer la construcción de edificios. Pierde la importancia que tenía antiguamente como derecho que se concedía sobre las construcciones ya existentes, y en algunos casos se excluye la posibilidad de constituirlo sobre plantaciones, como en las legislaciones alemana e italiana.

La exposición de motivos que acompañó al proyecto del Código italiano de 1942, argumentaba sobre el daño que podía derivarse para el incremento

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

de la agricultura por la existencia de una propiedad vegetal separada de la propiedad del suelo.

En la ley del suelo de España, el superficiario sólo puede ejercer su derecho de goce sobre el suelo, para la construcción de viviendas u otras construcciones autorizadas en los planes respectivos, desconociendo la superficie vegetal, que sin embargo fue receptada en la ley hipotecaria.

En la actualidad, el derecho de superficie y sus derivados se configuran preferentemente como un medio para llegar a una propiedad separada, que es limitada, temporal, resoluble, pero que mantiene en lo esencial su condición de propiedad(9)(60) .

Y a diferencia del antiguo esquema, en el que se observaba un derecho de uso de edificio ajeno, o un derecho de propiedad desmembrado, se reglamentan ahora dos derechos de propiedad distintos que se ejercen sobre el suelo y subsuelo y sobre los edificios(10)(61).

Además cobra una importancia relevante la utilización del esquema legal del derecho de superficie por el Estado y las instituciones de derecho público.

Según dispone el Código Civil italiano de 1942, "el propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo ajeno una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad" (art. 952). El B.G.B. alemán considera a esta institución como el derecho de tener una construcción sobre o bajo el suelo ajeno. Se ha observado que en ambos casos la propiedad superficiaria no queda definida desde el punto de vista del dominio del superficiario sobre la edificación, sino del derecho que tiene sobre suelo ajeno, ya sea para realizar esa construcción o para apoyar la propiedad del edificio(11)(62).

En España, el derecho de superficie, que se constituye en base a las disposiciones del Código Civil, puede serlo a perpetuidad o por tiempo ilimitado; pero en la modalidad urbanística incluida en la ley del suelo se establece como límite - cuando es constituido por el Estado y demás personas públicas - un plazo de 50 años. Sin embargo, se discute el tema en la modalidad urbanística cuando se concierta entre particulares.

En la ley alemana y en el Código holandés se admite la superficie perpetua; la ley belga tiene un término máximo de 50 años; Austria, entre 30 y 80 años.

En la legislación española no fue definido este derecho, por lo cual se han mantenido algunas dudas que surgen por la separación entre el derecho de construir y la propiedad de lo edificado.

Algunos autores distinguen entre un derecho real sobre el suelo y una propiedad superficiaria. Se trata de una concesión ad aedificandum, o sea, la concesión del derecho a levantar en suelo ajeno una construcción futura, derecho que no es propiedad superficiaria sino el germen de una futura propiedad superficiaria(12)(63) .

En la técnica civilística española moderna se considera la propiedad superficiaria como una propiedad separada. Jerónimo González lo llama propiedad superficiaria; Roca Sastre dice que constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada; La Rica y Arenal

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

opina que concede al superficiario una especial propiedad sobre lo edificado, que puede ser temporal o definitiva; Ventura Traveset sostiene que es una propiedad superficiaria condicional (13)(64) .

Ventura Traveset aclara que lo que se transmite por el derecho real de superficie es el derecho del superficiario sobre el suelo ajeno, y la obligación de construir sólo constituye una obligación personal que se puede cumplir o no; la no edificación no lleva consigo la posibilidad de exigir al superficiario que construya, sino que provoca la extinción del derecho.

En cuanto al que denomina derecho de superficie puro, que se ejerce sobre el solar o suelo directamente, en el que el propietario del suelo en realidad no se reserva otro derecho que un ciertamente derecho intelectual sobre esa superficie plana horizontal (y que construido el edificio sobre el suelo por el superficiario queda prácticamente de imposible posesión por su titular), señala que su carácter inaccesible ha hecho que la legislación española haya procurado la rápida eliminación de tal situación.

Según Roca Sastre, el derecho español sólo ha pensado en el derecho de superficie con derecho anejo de edificación, correspondiendo al superficiario sobre la edificación todos los derechos inherentes al derecho de propiedad superficiaria dentro de las limitaciones establecidas, y las derivadas de la duración y de las demás circunstancias del derecho de superficie.

Sostiene que, institucionalmente, este derecho puede ser de duración temporal o indefinida, pero que la legislación española prácticamente preceptúa que nunca el derecho de superficie podrá tener una duración superior a 50 años(14)(65).

De la Cámara Alvarez (15)(66) advierte que la constitución de la propiedad horizontal basada en un derecho de superficie supone que los propietarios de los pisos no serán dueños del terreno, sino solamente titulares de aquel derecho, y además que su propiedad sobre las partes privativas estará sujeta a reversión, salvo que se pacte el derecho de adquirir el suelo en el momento de caducar la superficie. Se pregunta si esto es posible, y señala que la dificultad principal radica en que tanto el Código Civil como la ley sobre propiedad horizontal consideran el suelo como elemento, común y presuponen que pertenece en propiedad a los dueños de los departamentos. Pero afirma que cuando éstos sean superficiarios y no copropietarios del terreno, el suelo será un elemento común, en el sentido de que todas las facultades que el derecho de superficie comporta les pertenecerá colectivamente según los coeficientes del título constitutivo. Por el contrario, Font Boix(16)(67) estima que no es posible una propiedad horizontal en que la cuota parte de cada piso en los elementos comunes sea atribuida por virtud de un derecho de superficie y no en propiedad.

Es interesante observar el tratamiento que ha tenido esta figura en el derecho francés, según puede verse en el capítulo de derecho comparado que se desarrolla más adelante. Algunas antiguas costumbres admitían cierta quiebra del principio de accesión, y luego se admitió la disociación entre la propiedad del suelo y la superficie en el art. 552 del Código Civil.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Pero esta figura no tuvo una aplicación masiva.

Para estimular la aplicación de esquemas afines, en 1964 se legisló sobre el bail à construction, que configura un contrato en el cual el tomador se obliga a construir sobre terrenos del dador o locador, y a conservar en buen estado lo edificado durante todo el plazo convenido (no menor de 18 años ni mayor de 99), y en 1967 se reglamentó el contrato de concesión inmobiliaria, mediante el cual el propietario de un inmueble otorga al concesionario (durante un término no menor de 20 años ni mayor de 99) el derecho de su goce y el derecho de construir.

Se trata, pues, de cierta evolución que abandona el esquema técnico de los derechos reales, con aplicación más intensa que la que corresponde a los derechos creditarios o personales.

Salis ha observado que el derecho de superficie existe como tal desde su constitución, aunque no exista construcción alguna, pero que, mediante el ejercicio del ius aedificandi por el superficiario, surge en su beneficio la propiedad de la obra hecha, y que en cambio la propiedad separada surge de la enajenación de las construcciones ya existentes separadamente de la propiedad del suelo, sin el derecho a construir(17)(68).

En Italia, aparte de la hipótesis más simple de propiedad superficiaria de la construcción realizada sobre terreno ajeno, reviste particular interés el caso más complejo de propiedad superficiaria de pisos o apartamentos de un mismo cuerpo de edificación que pertenecen a diferentes personas, y el terreno les pertenece a ellos o en propiedad exclusiva a uno de ellos o a un tercero(18)(69).

Un caso particular de propiedad superficiaria se tiene cuando muchas personas adquieren por cuotas indivisas una superficie edificable y se obligan a construir un edificio cuyos apartamentos les pertenecerá en propiedad exclusiva a cada uno de ellos conforme a un esquema preestablecido que contiene dos negocios: la adquisición de la copropiedad del suelo y el contrato preliminar de división. Pero no división del espacio aéreo en proporciones horizontales, ya que la división tiene por objeto solamente bienes presentes y no bienes futuros (como son los apartamentos a construir).

El efecto del negocio divisorio en su primer tiempo será obligatorio, constituyendo un simple vínculo divisorio, mientras que desplegará su eficacia real sólo cuando se encuentre terminada la construcción y surja el bien que se encuentra en comunidad. Pero la eficacia real de la división no requiere de una ulterior manifestación de consentimiento(19)(70).

3. ESENCIA JURÍDICA

En la doctrina se reconocen las dificultades que ofrece la determinación de la esencia jurídica de este instituto.

Unos autores siguen un criterio unitario que unifica los dos aspectos de la relación; el que se refiere a la construcción y el que lo vincula con el dueño del suelo, y dentro de esta corriente se ubican tanto quienes asimilan la superficie a otra institución, como el arrendamiento, el dominio dividido, la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

enfiteusis, el usufructo, las servidumbres, la propiedad, del espacio aéreo; como quienes le reconocen autonomía y sustantividad propia (20)(71).

Gullón Ballesteros ha sostenido una teoría unitaria conforme a la cual el superficiario tiene un derecho real de goce del suelo (diferente del usufructo) que le faculta para construir y hacer suyo lo edificado por derogación de la accesión(21)(72).

Sin perjuicio de ello, le reconoce dos aspectos: antes de la construcción o edificación, y después de ella, en el que el superficiario tiene un verdadero dominio aunque temporal. Además, el derecho de construir lleva en sí la facultad de usar el suelo, que se utiliza de dos maneras: como instrumento para lograr la edificación y como soporte de la propiedad superficiaria.

Para otra corriente doctrinaria, que podemos llamar dualista, se reconocen dos relaciones diferentes entre ambos aspectos de la relación. Para ello parten de la existencia de una propiedad superficiaria concebida como distinta de la propiedad del suelo, conforme al esquema seguido en la legislación moderna.

Explican la relación legal existente entre el suelo y la superficie equiparándola a la servidumbre, al usufructo y a la enfiteusis, como una limitación legal, o bien considerando al superficiario como copropietario del suelo, reconociendo además que se trata de un derecho real sui generis sobre cosa ajena.

Una tercera corriente sostiene que el derecho de superficie es un derecho real autónomo y sustantivo, que se integra con las siguientes facultades: construir una edificación sobre suelo ajeno y, una vez realizada, mantenerla durante el tiempo acordado(22)(73).

Se le asigna trascendencia a la derogación del principio de accesión y a la consecuente adquisición de una propiedad especial, en beneficio del superficiario, acompañada de una limitación de las facultades que tenía el propietario del suelo. Y se discute sobre la consideración como derecho real cuando aún la obra no ha sido realizada.

En el Código Civil español se ha entendido que esta institución configura un supuesto del dominio dividido, un gravamen real de marcada analogía con la enfiteusis. En la modalidad urbanística que surge de la ley del suelo de 1956, se admite la existencia de un derecho real, limitativo del suelo, que otorga a su titular un derecho de goce también limitado, de inscripción constitutiva y duración determinada que provoca mediante la suspensión de los efectos de la accesión y la facultad de realizar la construcción, el nacimiento sobre ésta de una propiedad superficiaria(23)(74).

4. DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO Y DEL PROPIETARIO DEL SUELO

Tanto el superficiario como el propietario del suelo tienen determinados derechos y obligaciones que emanan de la particular relación que los vincula en el derecho de superficie.

Una ligera revista de ellos permitirá una mayor claridad para desentrañar las vicisitudes de esta compleja situación legal.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

a) Derecho y obligación de construir

El superficiario debe construir en el plazo y modo convenidos, término que en la legislación española no puede exceder de cinco años.

En los acuerdos sobre el plazo de la edificación, aspectos cualitativos y cuantitativos de la construcción, etcétera, las partes regulan el contenido del derecho real de superficie, y esas obligaciones pueden ser consideradas propter rem, y eficaces, por lo tanto, frente a terceros y a sucesores universales y particulares.

¿Qué ocurre cuando vence el plazo para realizar la construcción sin que haya sido hecha? En la ley del suelo española "la infracción de este deber provocará siempre la extinción del derecho de superficie sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora".

b) Propiedad de las construcciones

El superficiario posee la propiedad de las construcciones que forman el objeto de la superficie. pero además tiene ciertos derechos sobre el suelo: utilizarlo para el sostén y seguridad de las edificaciones, acceder a ellas, recibir los servicios necesarios a su funcionamiento, etcétera(24)(75).

El tratamiento legislativo del derecho de superficie implica considerar el terreno y las construcciones como cosas diferenciadas que mantienen cierta autonomía como para ser tratados legalmente como dos inmuebles distintos. Por lo tanto, pueden separadamente ser objeto de actos de disposición y gravamen, pueden ser embargados y subastados por los respectivos acreedores, pueden ser hipotecados, etcétera.

Ello supone una modificación del principio de accesión, que opera en beneficio del superficiario y queda postergado para el dueño del suelo hasta que se produzca la extinción del derecho de superficie.

Salvo que éste sea concedido a perpetuidad, no parece acertada la opinión de los autores que sostienen que implica una renuncia al derecho de accesión del titular del suelo, ya que para él queda postergado el ejercicio de la accesión, como se ha visto(25)(76).

La propiedad superficiaria suele ser temporal, como se ha dicho.

En unos casos la propiedad superficiaria se origina en la concesión de la facultad de edificar y de mantener lo edificado sobre suelo ajeno; en otros, de la enajenación que hace el dueño del suelo, de la propiedad del edificio, reservándose la propiedad de aquél.

En el primer supuesto, una vez realizada la construcción autorizada, la facultad de edificar agota su funcionalidad, que sólo reaparece para reconstruir en caso de destrucción.

c) Utilización del suelo

Al constituirse este derecho, el superficiario recibe la facultad de utilizar el suelo para construir, y con esa finalidad puede impedir, tanto al propietario concedente como a los terceros, la realización de hechos que de alguna manera puedan perturbarlo(26)(77).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Sin embargo, no puede prohibir que el titular del suelo realice otros actos de goce sobre él, y se beneficie de las accesiones naturales ajenas a la obra, que se produzcan. La renuncia a la accesión sólo se hace en beneficio del superficiario y para la obra proyectada, de manera que éste no puede aprovecharse del terreno de otra forma que la necesaria para la edificación. De tal modo, el titular del dominio mantiene su derecho de goce hasta el momento en que comience la edificación, pero debe preparar el terreno eliminando a su costo las obras y plantaciones que puedan dificultar la construcción.

El B.G.B. alemán, a su vez, dispone que el derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte de la finca no necesaria para la obra, si dicha parte ofrece ventaja para el aprovechamiento de la construcción (parágrafo 1013). Pero también se puede constituir una servidumbre para ello.

A su vez, el concedente debe abstenerse de todos los actos que puedan perturbar el ejercicio del derecho de superficie que ha concedido.

d) Disposición

El superficiario puede enajenar y gravar su derecho dentro de los límites que le fije la concesión.

La ley del suelo de España prohíbe la enajenación si no se ha edificado al menos la mitad de lo convenido, salvo pacto contrario o autorización del dueño del suelo.

A su vez, los acreedores del concesionario pueden embargar y hacer subastar su derecho.

Los actos de enajenación y gravamen deben celebrarse en documento notarial e inscribirse en el Registro inmobiliario.

Se ha discutido la posibilidad de constituir usufructo por el concesionario, entendiéndose que ello es posible sobre lo construido, o sea, sobre la propiedad superficiaria, y también sobre el derecho a construir(27)(78). En este caso, si el usufructuario construye no adquiere la propiedad superficiaria de lo edificado sino el derecho de goce durante toda su vigencia.

Como queda dicho, el superficiario puede constituir hipoteca sobre la propiedad superficiaria y sobre el derecho a construir. Pero la duración de la garantía no puede exceder el plazo de vigencia del derecho de superficie(28)(79).

El dueño del suelo puede, a su vez, realizar toda clase de actos de disposición y gravamen sobre él. Estamos, pues, en presencia de dos propiedades separadas legalmente que pertenecen a distintos propietarios, que pueden estar gravadas con diferentes hipotecas, o afectadas separadamente por embargos y demás medidas precautorias.

En la legislación española se concede derecho de tanteo y de retracto tanto al superficiario como al dueño del suelo, en caso de enajenación a título oneroso por cualquiera de ellos(29)(80), y también en Portugal. Pero no se contemplan esas medidas en las legislaciones alemana, austríaca e italiana.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

e) Pago del canon

El superficiario debe abonar el canon convenido. Pero se entiende que el canon no es un requisito esencial en el derecho de superficie y que sobre el tema rige el principio de libertad contractual, de manera que pueden adoptarse las más diferentes modalidades de pago.

Como se trata de una obligación propter rem, el adquirente de este derecho real se considera tercer poseedor, y, por tanto, deberá soportar las consecuencias de la ejecución del canon pendiente de pago, aun por los vencimientos anteriores.

La remuneración mediante el pago de un canon es una de las retribuciones que pueden convenirse en beneficio del propietario del suelo. Pero existe otra que tradicionalmente asume una gran importancia, o sea, la reversión de la propiedad de lo construido al finalizar el término de vigencia del derecho de superficie, al funcionar nuevamente el derecho de accesión, haya o no indemnización convenida por las construcciones realizadas. Este tema será estudiado más adelante.

f) Extinción

El derecho de superficie se extingue por caducidad o término, expropiación forzosa, confusión, renuncia, resolución y prescripción.

Una vez extinguida esta relación jurídica recobra su vigencia el derecho de accesión del propietario del suelo, que estaba suspendido. Cualquiera que sea la causa de la extinción, simultáneamente se extinguen los derechos reales que tenían por objeto la propiedad superficiaria. Pero si el superficiario tiene derecho de indemnización, las hipotecas que hubiere constituido se subrogarán en ella.

Un tema que sobresale al analizar el derecho de superficie es el de su extinción al caducar el plazo o término por el que fue concedido, ya que se trata de una propiedad temporal. El concesionario deja de ser dueño de la propiedad separada, ya que, al renacer el derecho de accesión del dueño del suelo, se incorpora automáticamente al patrimonio de éste; se habrá de indemnizar o no al superficiario por el valor actual de las construcciones existentes a esa fecha, total o parcialmente, según lo establezca la legislación de cada país, o, en su caso, el convenio por el que se concedió el derecho de superficie.

5. LA PROHIBICIÓN DE VÉLEZ SÁRSFIELD

El Código Civil enumera en su art. 2503 los derechos reales permitidos conforme al esquema de número cerrado (los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley)(30)(81).

El derecho de superficie no se incluye entre ellos, y se lo excluye expresamente en el art. 2614, que dispone que "los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

ellos vinculación alguna".

Nuestra doctrina⁽³¹⁾⁽⁸²⁾ interpretó esta norma de distinta manera: según Segovia, seguido por Bibilioni, Salvat, Lafaille, Molinario y otros, la autorización por cinco años se refiere a los censos y las rentas; para Llerena, el criterio es más restringido, estando las rentas comprendidas en la autorización de cinco años. Machado sostiene un criterio más amplio, conforme al cual están comprendidos en el plazo de cinco años todos los derechos reales que menciona el art. 2614. Allende interpreta que la cláusula permisiva de los cinco años comprende únicamente a los censos, estando absolutamente prohibidas la enfiteusis, la superficie y las vinculaciones.

En la nota al art. 2503 Vélez Sársfield aclaró que "no enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno".

Recordaba también que "el derecho pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo".

"El derecho de superficie, desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. L. 1 ss 6 hasta 9, Dig. «De adq. vel amitt. possess.»".

"Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos"⁽³²⁾⁽⁸³⁾.

El Anteproyecto elaborado en 1926 por el doctor Juan Antonio Bibilioni y el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1936 prohibían el derecho de superficie. El Anteproyecto de Reformas al Código Civil de 1954 no lo trata⁽³³⁾⁽⁸⁴⁾.

Gatti y Alterini advierten que la doctrina es pacífica en el sentido de que se trata de un derecho real totalmente prohibido, y tal postura legislativa sólo debería removerse ante la firme convicción de la utilidad de que se lo incorpore al ordenamiento argentino⁽³⁴⁾⁽⁸⁵⁾.

En 1936 el doctor Alberto G. Spota se mostró partidario de la recepción de la enfiteusis en el derecho argentino, igual que Héctor Lafaille, según comenta Guillermo L. Allende, quien sostiene que en el estado actual de la ciencia jurídica no se puede discutir la conveniencia de la incorporación a la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

legislación positiva(35)(86).

Al comentar la supresión de la enfiteusis en el Código Civil, Guillermo Borda señala que la experiencia de la aplicación del Proyecto de Bernardino Rivadavia fue un completo fracaso, dado "el inconveniente de inventar soluciones legales sin ocuparse mayormente de la realidad para la cual se legisla"(36)(87) .

Ahora bien, dado que los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley, el art. 2502 dispone también que todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que el Código reconoce, valdría sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.

Y en la parte final de la nota al art. 2503, Vélez afirma que "si se hace un contrato de enfiteusis valdrá sólo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como de usufructo, y durará sólo por el tiempo que pueda durar la locación".

Allende ha observado que nuestra doctrina no se ha detenido en el análisis de esta norma, que se considera adecuada, de lo que discrepa; a la vez que señala que si no ha originado problemas se debe a que no ha tenido aplicación o que ella fue minúscula. Y sostiene que frente a un contrato de enfiteusis de fecha posterior a la vigencia del Código Civil, éste se limita a llamar locación a ese contrato de enfiteusis: altera los nombres, pero en verdad deja subsistente la enfiteusis, limitándola al plazo de diez años, de tal manera que si no se procediera así se estaría adulterando la voluntad de las partes y concediendo fuertes injusticias(37)(88).

6. JURISPRUDENCIA LOCAL

En materia de enfiteusis, en un caso judicial comentado por Héctor Lafaille(38)(89), el propietario de un inmueble quiso obligar al enfiteuta a que cambiara su enfiteusis constituida antes de la vigencia del Código, por una locación, concediéndole a cambio de esta ventaja un menor arrendamiento; pero los tribunales resolvieron que, habiendo sido constituida con arreglo a derecho, era inatacable.

En otro caso se analizó un contrato celebrado en 1930 en el que el propietario había realizado un contrato de enfiteusis por un término de diez años mediante el pago de un canon anual.. Ante la falta de pago del canon se demandó por desalojo, a lo que se hizo lugar por aplicación de las reglas de la locación(39)(90). En la sentencia se afirmó que "suprimida la enfiteusis, el contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado un intermediario suficiente y si se hace un contrato de enfiteusis valdrá sólo como contrato de arrendamiento, ya que no puede valer como usufructo, y durará sólo por el tiempo que puede durar la locación".

La cesión de acciones y derechos sobre lo edificado en terreno de uno de los contratantes fue considerada como constitución de un derecho de superficie, y, por lo tanto, nulo; entendiéndose que el acto anulado, aunque no produzca efectos jurídicos respecto de la cesión, no deja de tenerlos en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

cuanto a la verdad de los hechos, cuyas consecuencias deben ser reparadas. En esa oportunidad se hizo aplicación de la parte final del art. 1444 del Código, en la inteligencia de que se habían cedido derechos y acciones prohibidos por la ley(40)(91).

Para la Sala IV de la Cámara Civil y Comercial de Rosario(41)(92) los derechos reales sólo pueden ser creados por ley; y entre los creados por el legislador argentino no cuenta el derecho de superficie, que es en definitiva el que se pretende configurar cuando se alega la separación entre el dominio del suelo y de lo edificado.

7. OPINIONES FAVORABLES A SU REGLAMENTACIÓN

En el VI Congreso Internacional de Derecho Registral., reunido en Madrid en 1984, se declaró que el derecho sobre la edificación, así como otros aprovechamientos del suelo (sin perjuicio de su posible configuración como facultad normal del derecho de propiedad), puede encajarse jurídicamente en otras figuras como la comunidad de propiedad horizontal o el derecho de superficie. Este último se caracteriza por la distinción como separados, del derecho sobre el suelo y el derecho sobre la edificación. La propiedad superficiaria separada de la del suelo puede ser conveniente para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, para facilitar la política de suelo de las administraciones públicas o para la creación de equipamientos. Asimismo, consideró recomendable, dada la utilidad de la figura jurídica del derecho de superficie, que en los países que no lo recogen en su ordenamiento o que tienen establecido el sistema de numerus clausus, se lleve a cabo la regulación imperativa del derecho de edificar y de la propiedad superficiaria como separada de la del suelo, así como de sus características posibles de reversibilidad, de adquisición preferente y de tráfico jurídico independizado.

También fue recomendada su reglamentación legislativa en la IV Convención del Instituto Jurídico de la Unión Interamericana de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, de Bogotá, 1981.

En las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, realizadas en Corrientes en 1985, se aprobó una declaración favorable a la reglamentación legal del derecho de superficie.

El Congreso Argentino de la Propiedad Horizontal, celebrado en Buenos Aires en 1964, recomendó la aplicación de distintas soluciones, como la creación legal de institutos particulares basados en los principios del derecho de superficie, en la posibilidad de la venta sobre planos, o en otros medios que permitan concretar antes de la terminación definitiva del edificio, el derecho de los adquirentes sobre las unidades que se les adjudiquen.

En la XIII Jornada Notarial Argentina de Santa Fe, 1970, la Comisión I encaró el estudio de la adjudicación de inmueble con entrega de unidades en pago o contraprestación, y destacó que la normatividad de nuestro derecho positivo es insuficiente porque no equilibra eficazmente los intereses en juego, resulta indispensable legislar sobre las siguientes

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

instituciones: la vinculación o afectación del inmueble al régimen de la propiedad horizontal como medida previa a la contratación; implantación del derecho de superficie, y creación de la sociedad inmobiliaria como una de las posibles etapas anteriores a la adjudicación de las unidades.

Francisco Fontbona ha sido un entusiasta partidario de la reglamentación del derecho de superficie en nuestro país.

Recuerda Fontbona que nuestro Código Civil establece en su art. 2506 que el dominio es el derecho real en virtud del cual una cosa se encuentra sometida a la voluntad y a la acción de una persona y que si bien nuestra ley de fondo no formula esta división y caracterización, el dominio comprende - en lo inmobiliario - el llamado "dominio directo" y el denominado "dominio útil". Solamente el Código Civil hace mención al "dominio útil" en el art. 2661, al tratar el "dominio imperfecto", al definirlo en la alternativa que caracteriza como tal al "dueño perfecto de una cosa que enajena su dominio útil". Pero no define ni aclara qué es o en qué consiste lo que denomina o señala como "dominio útil"(42)(93).

Advierte también que el derecho de superficie supone una suspensión del principio de accesión y recomienda la implantación de un régimen fácil, equitativo y liberal de propiedad superficiaria, en su forma más moderna, que sea compatible con las normas del urbanismo(43)(94).

Alberto M. Azpeitia observa que la reseña del derecho comparado actual impone al derecho de superficie y sus variantes jurídicas como instituto capaz de dar soluciones al problema de la vivienda(44)(95).

El diputado Marcelo Arabollaza es autor de un proyecto de ley de planeamiento urbano y acceso a la vivienda mediante los derechos de superficie y habitación, presentado a la Cámara de Diputados de la Nación el 19 de marzo de 1984; y de un proyecto de régimen legal del derecho de superficie sobre bienes inmuebles públicos y privados, presentado el 11 de febrero de 1986(45)(96).(Continuación de nota) (97) (Continuación de nota) (98)(Continuación de nota) (Continuación de nota)(99)

Carlos María Suares considera un error la prohibición del derecho de superficie, que privó de un instrumento extraordinario(46)(100).

8. LA VENTA DEL ESPACIO AÉREO

En la tentativa de lograr nuevos esquemas contractuales que resuelvan los problemas que presentan los contratos en los que el propietario de un inmueble concede a otra persona el derecho de construir y de devenir propietario de las obras realizadas, a veces se ha utilizado el esquema de la llamada "venta del espacio aéreo". La difusión de algunas opiniones doctrinarias ha impulsado la utilización de este esquema, algunas veces ofrecido al público en anuncios periodísticos.

Es sabido que en nuestra legislación se ha diferenciado claramente la técnica de los llamados derechos reales de la que se aplica a los derechos personales o creditorios(47)(101). Los convenios que comentamos encuadran dentro del esquema de estos últimos y confieren al constructor el derecho a reclamar que se le entregue, una vez realizadas las

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

construcciones y cumplidos los recaudos de la ley 13512 y sus reglamentaciones, la propiedad horizontal de las nuevas unidades.

Pero en el estado actual de nuestra legislación no se puede considerar la posibilidad de reconocer la propiedad del espacio aéreo a otra persona que al dueño del suelo o del inmueble sobre el que se contrata.

La renuncia o promesa de renuncia al derecho de accesión o a su ejercicio se desenvuelven dentro del ámbito de los derechos creditorios, excepción hecha de algunos casos especiales que se presentan en materia de sobreelevación de la propiedad horizontal(48)(102). También merece una mención especial el caso en el que se autoriza a uno de los condóminos a construir sobre el terreno común y se le reconoce el derecho a reclamar la propiedad de lo edificado. Es uno de los casos que pueden originar la división del inmueble por el sistema de la propiedad horizontal, y para ese condominio el derecho a construir excede el esquema del derecho de crédito, puesto que supone el ejercicio de la facultad de goce que integra su derecho real de condominio. La propiedad de lo edificado también le pertenece, pero sólo en la medida de su participación en el condominio. Para devenir propietario exclusivo de lo edificado deberá realizarse la partición y adjudicársele el dominio del lote respectivo (si tiene las medidas mínimas que establece la reglamentación catastral para configurar una parcela) o la propiedad horizontal de la unidad construida (si se cumplen los recaudos de la ley 13512).

En los tribunales de la Capital Federal se ha tramitado un juicio de especiales características: en el Reglamento de copropiedad y administración, la empresa vendedora incluyó una cláusula en la que se establecía que los propietarios de dos unidades funcionales ubicadas en el último piso "tendrán opción a adquirir el espacio aéreo sobre dichas unidades hasta la altura que determinen las ordenanzas municipales vigentes, manifestando su voluntad en tal sentido a la titular de dominio por medio fehaciente. En caso afirmativo, los techos actuales perderán su condición de casa común, pudiéndose efectuar construcciones sobre los mismos cuya superficie se anexará a las unidades respectivas, en el todo o en partes iguales, incrementándose la superficie de la unidad funcional respectiva. "Esta cláusula se transcribió en las escrituras de adquisición de todas las unidades del edificio. El propietario de las dos unidades citadas manifestó su voluntad de hacer uso de la opción en su respectiva escritura y procedió a construir una ampliación de su unidad. Años más tarde, el consorcio de copropietarios demandó la fijación judicial del precio del espacio aéreo y su cobro. En primera instancia se hizo lugar a la demanda, considerando que el espacio aéreo es de propiedad común, y que era necesario adquirirlo previamente para poder construir en él, ya que se estimó que era oneroso el uso del derecho de opción.

No se admitió el argumento del demandado de haber abonado ese derecho al pagar el precio de compra de las unidades citadas, porque el juez entendió que la empresa vendedora no era titular del espacio aéreo, sino el consorcio de copropietarios por tratarse de un bien de propiedad común y no de propiedad exclusiva. Otro aspecto importante que se resolvió en este

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

caso se vincula con las pautas tenidas en cuenta para fijar judicialmente el precio del espacio aéreo; se tomó en cuenta el metraje de espacio aéreo común empleado para llegar al precio, y el costo de edificación(49)(103).

Esta sentencia nos merece algunas reflexiones: parece claro que en nuestra legislación positiva los bienes comunes pertenecen, en una copropiedad especial, a la totalidad de los propietarios de unidades del edificio (art. 2, ley 13512), y no al consorcio de copropietarios cuyo patrimonio (dentro de la tesis mayoritaria que le reconoce capacidad legal para administrar el edificio) está integrado por los fondos aportados por los consorcistas, los créditos de que sea titular, y el mobiliario que adquiera con ellos, pero nunca por cosas de propiedad común. Tampoco puede considerarse que el consorcio sea depositario de las cosas comunes, sino el ente creado para administrarlas; de tal manera que el consorcio como tal no está legitimado para conceder el derecho a construir en el espacio aéreo, sino la totalidad de los propietarios de unidades (art. 7, ley 13512).

La aplicación de técnicas de construcción, a la vez antiguas y modernas en la realización de edificios de viviendas financiados y realizados por organismos públicos con la finalidad de proceder a su división y enajenación por el sistema de la propiedad horizontal, ha suscitado nuevos problemas.

El agrimensor Bueno Ruiz ha comentado el caso de dos torres de edificación ubicadas calle de por medio, unidas o conectadas en altura por un puente de mampostería ubicado sobre la calle pública encima del cual se construyeron distintas unidades de vivienda. Se trata, pues, de la construcción de viviendas privadas sobre el espacio aéreo municipal, realizada con la conformidad de la autoridad competente, pero que no encuadra plenamente dentro del esquema legal de la propiedad horizontal(50)(104). Este autor ha ensayado como solución posible al problema dominial presentado por el hecho consumado, la desafectación del dominio público de la porción que se ocupa de la calle, en proyección hacia el suelo, incorporándolo al dominio privado del titular (Instituto de la Vivienda), y luego proceder a la cesión de calle con exclusión del cuadrilátero que resulta por proyección de aquella edificación sobre la calle (vereda más calzada) .

Nuestro codificador hizo mención del espacio aéreo en dos oportunidades. Según el art. 2518 del Código Civil, "la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares... El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas y otras ventajas; y puede también demandar la demolición de las obras del vecino que a cualquier altura avance sobre ese espacio".

Y el art. 2521 establece que "la propiedad de obras establecidas en el espacio aéreo, que se encuentren sobre el terreno, no, causa la presunción de la propiedad del terreno..."

A partir de estas normas se ha entendido que no puede haber un terreno sin espacio aéreo, que el espacio aéreo no es aire ni tampoco un "cubo de aire". No es res nullius, y se trata de una "cosa" comprendida en el concepto

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

del art. 2311 (objeto material susceptible de tener un valor económico), criterio que es aplicable también a la energía y a las fuerzas naturales susceptibles de apropiación(51)(105).

Además, en opinión de Carlos María Suares, de los arts. 12 y 16 de la ley 13512 surgiría un reconocimiento indirecto del espacio aéreo en los casos de reconstrucción posterior a la destrucción total o parcial, o en los casos de vetustez. Sostiene que el espacio aéreo reconoce en estos casos de reconstrucción un único titular de dominio, en forma tal que si se ajusta a los planos originales no habrá necesidad de hacer un nuevo reglamento de copropiedad(52)(106).

Por otra parte, este autor entiende que por la venta del espacio aéreo se transfieren los derechos para poder edificar sobre un inmueble con determinada construcción, es decir, derecho a sobreedificar sobre lo ya construido, y, en algunos casos, sobre un edificio proyectado o en construcción. Y se pregunta si es factible en nuestro país esta figura, y sobre las garantías que puede tener el cesionario de este derecho; y responde que la sobreelevación es válida como contrato, pero limitada su seguridad al ser encarada dentro del esquema obligacional mientras no se incorpore el derecho de superficie en nuestra legislación. De tal manera, le parece inaceptable que pueda transferirse el espacio aéreo sin que se transmita una parte del terreno.

A su vez, Gutiérrez Zaldívar(53)(107) entiende que, sobre las cosas futuras, sólo se constituyen obligaciones que comprenden los derechos a una prestación, de manera que la venta del espacio aéreo no constituye un derecho real (superficie) y los embargos que se traben contra el dueño del terreno afectarán la construcción. Recuerda también que los materiales utilizados en la construcción de un edificio en terreno de otro dejan de pertenecer a quien realiza la obra y entran en el dominio del propietario del suelo: dejan de ser cosas muebles y pasan a la calidad de inmuebles una vez incorporados al suelo. Esa edificación se transmite a los herederos del propietario del suelo (sucesión a título universal) y a sus compradores (sucesores a título particular).

En tal caso, el comprador del espacio aéreo sólo tiene acciones personales contra el anterior propietario si vendiere el suelo y las construcciones. El tercer adquirente sólo se haría cargo de la indemnización que corresponda al que aportó los materiales, si expresamente se hubiere establecido.

Para Fontbona(54)(108), si bien el cubo de aire puede ser caracterizado por asimilación como un "objeto corporal", parece evidente que no llega a ser esa cosa que exige la propiedad horizontal, ya que para convertirse en ella necesita un proceso de fabricación y transformación.

Pero sostiene también que la propiedad del cubo de aire cabría mejor como derecho real desmembrado del dominio, en el derecho de superficie.

Según Gatti y Alterini, ningún derecho real puede nacer de la mentada "venta del cubo de aire". El invocado dominio potencial revela ya, en su nominación que no se trata de un derecho real actual, sino solamente eventual, y, mientras el derecho real no aparezca por la falta de su asiento - cosa actual -, no tendría cabida más que el derecho personal(55)(109).

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Ventura Traveset advierte también que "si aún se meditara más en la última razón que movió al legislador a refugiarse en la figura del derecho de superficie, para lo que nosotros llamamos la política de aprovechamiento de los espacios libres, no se podría negar que habría de llegarse a la conclusión de que se trata de auténticas enajenaciones de espacio aéreo en una parcelación cúbica... La perpetuidad o temporalidad de esa propiedad y su sujeción a posibles resoluciones del derecho no le privan de momento de su calificación de propiedad separada", y dice en nota que no se debe olvidar tan fácilmente la teoría de Coviello de que el derecho de superficie es un acto de enajenación del espacio(56)(110).

Efectivamente, al estudiar la esencia jurídica del derecho de superficie, Coviello elaboró la tesis de que el superficiario era en realidad un propietario del espacio aéreo, y que, por lo tanto, podía elevar las construcciones que quisiese(57)(111).

En la doctrina europea se discute, al analizar el derecho de superficie, si el dueño del suelo está facultado para utilizar el espacio aéreo que se encuentra sobre la superficie, o si, por el contrario, tal utilización queda reservada al superficiario. Ambas soluciones tienen respaldo doctrinario. Pero en ausencia de convenio sobre el tema, la solución es de dudosa opinión(58)(112).

Por aplicación del esquema del derecho de superficie podría verse en la venta del espacio aéreo una renuncia al derecho de accesión que tiene el propietario del suelo en favor de ese comprador.

Se ha observado en la doctrina italiana que la accesión se impone coactivamente y que no es posible renunciar a ella, a menos que efectivamente se haya construido el edificio; entonces se estaría en presencia de una venta de cosa futura y no de una renuncia anticipada de la accesión. Oponiéndose a este criterio - siempre dentro del esquema de las legislaciones que admiten el derecho de superficie -, Gullón Ballesteros sostiene que la ley permite implícitamente la renuncia del principio de accesión, y se pregunta: "¿Qué adquiere el superficiario mediante esa venta de cosa futura? Nada. No adquiere absolutamente nada... el edificio no llegará nunca a ser de él por la naturaleza de la superficie, sino del propietario del suelo. . . En otras palabras, originariamente, y nunca derivativamente del dominus soli"(59)(113).

Ventura Traveset sostiene que estaría mejor calificado como propiedad superficiaria condicional, ya que el llamado superficiario tiene reservado por el registro un derecho erga omnes, un derecho a la futura construcción con la consecuencia de la imposibilidad de que puedan crearse derechos a favor de otro sobre el espacio aéreo que va a ocupar aquélla, y en tanto no se sepa si la condición de edificar ha sido o no cumplida, tiene una reserva de espacio aéreo cuya subsistencia depende de que edifique con la finalidad definitiva de la adquisición de la propiedad superficiaria(60)(114).

El tema de la contratación sobre el espacio aéreo no puede ser estudiado sin hacerse una larga referencia de las opiniones de uno de sus más entusiastas defensores el francés Julliot(61)(115), que sostiene que de igual manera que se puede vender un departamento sobre plano se lo puede

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

hipotecar. Cada uno hipoteca el cubo de aire, cosa principal, que será un día un departamento, y - como cosa accesoria - su cuota parte del terreno, a la que vendrá a incorporarse la obra cuando haya sido erigida. Debe evitarse decir que se hipoteca la cuota parte de terreno y el departamento a construir, porque entonces eso sería decir que el terreno es la cosa principal y el departamento la accesoria. Además de que eso sería la inversión del principio, sería peligroso, porque si la construcción proyectada no se realiza, queda un terreno desnudo que puede ser dividido o licitado y se cae en el área de la hipoteca de cuota indivisa. Pero ¿puede hipotecarse un cubo de aire, más exactamente, un espacio geométrico? Según el art. 552 del Código Civil, la propiedad del suelo importa la propiedad de lo que se halla encima y debajo de él y como el artículo no distingue, la propiedad de lo que está encima del suelo es lo mismo que la propiedad de lo que está debajo; es pues, inmueble por naturaleza, absolutamente como el subsuelo., No dice el art. 2118 que son susceptibles de hipoteca los bienes inmuebles que se encuentran en el comercio? Lo que se entiende por propiedad del suelo se entiende del espacio geométrico y no del aire que circula, que está comprendido entre las res omnium communes. Ser propietario de la parte superior importa el derecho (conservando la propiedad del suelo) de ceder o arrendar los espacios celestes en total o en parte a cierta altura. ¿Puedo vender, para servir de aeródromo, el espacio geométrico que cubre mi campo a partir de los mil metros de altura y quién puede objetar que semejante venta es una venta de inmueble sujeta a inscripción? Por lo mismo, como propietario de una casa, puedo vender, por encima del último piso, el cubo de aire necesario para edificar un piso suplementario, sea a cualquier interesado, sea al propietario de la casa vecina que desea extenderse en alto y ancho. Y si mi adquirente no paga al contado, el registrador vacilaría en inscribir de oficio el privilegio del vendedor? ¿Sobre qué? Sobre el espacio geométrico., Puede objetarse que este espacio geométrico sea susceptible de hipoteca?

Julliot admite que se puede comprar un cubo de aire delimitado sobre un plano y se lo puede vender o hipotecar como cosa principal, con o sin el terreno o una parte del terreno subyacente como accesorio.

A manera de síntesis, puede señalarse que la llamada venta del espacio aéreo es una negociación que encuadra dentro de la técnica de los derechos creditorios o personales, ajena al ámbito de los llamados derechos reales, y que, por lo tanto, no atribuye ni puede atribuir la propiedad del espacio aéreo a otra persona que al propietario del suelo.

De otra manera, violaría la prohibición legal del derecho de superficie que contiene el Código Civil (aunque se lo acepta en derecho administrativo).

Los problemas que presenta serán pues encarados dentro de la temática que ofrece la sobreelevación en la propiedad horizontal, ya que la contratación sobre el espacio aéreo tiende a la construcción de nuevas unidades por el sistema de la propiedad horizontal.

9. NUESTRA OPINIÓN

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Como se ha visto, en la legislación de este siglo el derecho de superficie ha sido considerado de manera predominante como un medio para llegar a una propiedad separada, derecho real en el que se destacan dos aspectos y etapas bien definidas: a) el derecho a edificar que concede el propietario de un inmueble (con o sin construcciones); b) la propiedad separada o superficiaria de las construcciones que realiza el concesionario, que suele ser revocable y coexiste con la propiedad del suelo.

La primera fase o *ius aedificandi* supone una concesión que otorga el dueño del suelo para que el superficiario o concesionario pueda realizar determinadas construcciones sobre él. Es el germen de una futura propiedad superficiaria.

Ese derecho de edificación en suelo ajeno caduca si no se realizan las mejoras convenidas en un plazo determinado.

Según algunos autores, el *ius aedificandi* es un derecho real sobre inmueble ajeno, y la propiedad superficiaria un derecho real sobre inmueble propio. Según otros, se trata siempre de un derecho real sobre inmueble ajeno.

En la segunda fase aparece la propiedad superficiaria o propiedad separada, que en el antiguo derecho y en algunas legislaciones actuales puede existir sin la primera, cuando se concede sobre las construcciones o plantaciones ya existentes.

El superficiario tiene una propiedad separada de la del propietario del suelo, que es temporal y susceptible de revocación, pero en esencia propiedad.

Coexisten, pues, el dominio directo del propietario del suelo y el dominio útil del propietario de las construcciones.

La contraprestación que asume el superficiario por la concesión de este derecho puede consistir en el pago de un canon o solarío periódico, y en el derecho que se reconoce al concedente sobre la propiedad de las construcciones, una vez finalizado el plazo de la propiedad superficiaria. La accesión de las construcciones realizadas tiene lugar de una manera peculiar: inicialmente juega en beneficio del superficiario, que se convierte en propietario separado de ellas, suspendiendo el ejercicio del derecho de accesión del propietario del suelo, que queda postergado hasta la finalización del plazo estipulado.

Además, puede admitir un derecho de preferencia y retracto para que cualquiera de las partes pueda adquirir los derechos de la otra en iguales condiciones que la que ofrezca un tercero.

Este derecho real suele ser temporario, con una vigencia no menor de 15 años ni mayor de 50. Durante ese tiempo el superficiario puede constituir derechos reales de uso, goce y garantía que se extinguen con su derecho.

A veces debe indemnizarse al superficiario por el valor de las construcciones existentes al tiempo de la reversión. Esas mejoras estarán seguramente amortizadas, pero mantienen cierto valor de mercado, acrecido por la escasez de viviendas.

Este instituto legal ofrece varias ventajas, como la de permitir una disminución de los costos de las edificaciones, ya que al tiempo de realizar las obras no se pagaría sino un valor ínfimo en concepto de canon, tal vez

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

equivalente al monto del alquiler del suelo.

Por otra parte, se ha señalado que la necesidad de aumentar las soluciones al problema de la vivienda hace necesario el aprovechamiento de los espacios vacíos existentes en el vuelo de los edificios ya construidos, y que además estimula a los propietarios de terrenos a ponerlos a disposición de las empresas constructoras, manteniendo a la vez sus expectativas sobre el mayor valor futuro del suelo.

Posiblemente el aporte más destacado que puede brindar está vinculado con la seguridad jurídica que ofrece a quienes desean construir obras propias sobre inmuebles ajenos, permitiendo una regulación detallada del derecho y la obligación de construir, y a la vez - mediante la suspensión del derecho de accesión del dueño del suelo -, la atribución al superficiario de la propiedad de las construcciones. Ello le permite realizar actos de disposición sobre las nuevas construcciones, obtener un mayor crédito (quirografario e hipotecario), y además evitar los riesgos de las construcciones que se realizan sobre inmueble ajeno, o sea, la posibilidad de sufrir las consecuencias de los embargos y ejecuciones seguidos por los acreedores del propietario del suelo, los actos de disposición que en forma dolosa o abusiva pudiera realizar éste, así como las consecuencias de su insolvencia, incapacidad sobreviniente, o fallecimiento(62)(116).

De esta manera, el derecho de superficie puede ser utilizado como una transición hacia la propiedad horizontal, destinado a durar el tiempo que requiera la realización de las obras, y a extinguirse a su finalización mediante la división horizontal del edificio (o en su caso a través de la modificación del Reglamento de Copropiedad existente), con asignación de una participación en la copropiedad del suelo para las nuevas unidades.

Pero obsérvese que en este caso, ya no estaríamos en presencia de la propiedad separada de larga duración (y menos a perpetuidad), ni de la reversión de las construcciones en beneficio del dueño del suelo, sino de su adjudicación en propiedad horizontal: se trataría de un aprovechamiento instrumental y transitorio de esta figura, ante la insuficiencia normativa del esquema de la sobreelevación en la propiedad horizontal(63)(117).

La necesaria revisión del régimen legal de la sobreelevación - previa y posterior a la división horizontal de los edificios - debe ofrecer el marco adecuado para la seguridad de estas situaciones.

Entre sus inconvenientes se pueden mencionar las derivaciones sociales, económicas y políticas que puede tener la existencia de gran cantidad de departamentos y locales cuya propiedad deberá ser reintegrada al cabo de cierto tiempo a los propietarios del suelo. Estos acumularían una importante cuota de poder al extinguirse el derecho de superficie. Este no es un peligro puramente imaginario: ya Vélez Sársfield se refería a la enfiteusis mencionando los aspectos políticos que involucraba, y sostenía que "la conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitían Los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos... Entre nosotros ha existido y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios" (nota al

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

art. 2503).

Téngase en cuenta que si al sancionarse en 1948 la ley 13512 de propiedad horizontal, que permitió el acceso de numerosas personas a la condición de propietarios de departamentos y locales, se hubiera adoptado el esquema del derecho de superficie, para la última década del siglo XX una gran cantidad de personas pertenecientes a todas las clases sociales deberían devolver sus viviendas y locales, teniendo que encarar una grave situación capaz de alterar la paz social(64)(118).

Se puede admitir que una cuota importante del equilibrio social, económico y político de la sociedad argentina está vinculada con la existencia de gran cantidad de personas que son propietarias de sus viviendas.

Por otra parte, la aplicación del derecho de superficie puede provocar una importante perturbación al mercado inmobiliario por la existencia de títulos revocables, con obligación de restitución en diferentes plazos. En la actualidad hay cierta cantidad de inmuebles cuyos titulares sólo tienen boletos de compraventa a veces con numerosas cesiones, que carecen de los requisitos formales de la escritura pública y de la inscripción registral. Además, se observan títulos observables o imperfectos por variadas causas. Si se le agregan títulos que caducarán en diferentes plazos, la situación del mercado inmobiliario puede llegar a ser caótica(65)(119).

Debería meditar profundamente sobre las consecuencias que puede acarrear la utilización generalizada del derecho de superficie en un país que aún tiene grandes sectores de su territorio con baja densidad de población, y una enorme cantidad de terrenos edificables Y también sobre las economías reales que puede aportar este instituto, ya que muchas veces su incidencia en el costo final de los edificios colectivos de cierta magnitud no alcanza sino una baja proporción.

Por lo demás, el valor del terreno que no se abona al concederse el derecho a edificar será siempre inferior al que tenga al extinguirse la propiedad superficiaria, aumentado con el correr del tiempo y con la plusvalía derivada de las construcciones realizadas por el superficiario: la población humana aumenta con el correr del tiempo pero la superficie terrestre sigue siendo casi la misma.

El derecho de superficie ha tenido una mayor aplicación en países de fuerte influencia anglosajona(66)(120). Algunos municipios son propietarios de numerosos terrenos, que destinaron al desarrollo de importantes planes edilicios, pero manteniendo para el Estado la propiedad del suelo.

Una ligera revista de las circunstancias de excepción que en otros tiempos y en otros lugares impulsaron el desarrollo de este instituto(67)(121), que sin duda cumplió una función histórica y justiciera, nos permitirá verificar que en nuestro medio no existen motivos que justifiquen su rehabilitación.

Se ha destacado que una de las ventajas que se esperaban de esta institución en Alemania era la de contener las especulaciones sobre solares, ya que ciertos capitalistas jugaban con la plusvalía acaparando el extrarradio de las grandes urbes, inmovilizándolo durante muchos años, de manera que se constituía en poderoso obstáculo a la edificación(68)(122).

Coincidentemente, se ha afirmado que la concesión de solares en

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

superficie a término en lugar de enajenarlos tiene la ventaja de evitar la especulación, y se señala que "allí donde, por la magnitud de la obra, resulta decisivo el precio del dominio, para impedirla, el magro costo del terreno - vía superficie - la posibilita al asegurar una adecuada rentabilidad al inversor. No se olvide que, al cabo de cierto tiempo, esas obras pertenecerán al dueño por la consolidación asegurándose a su vez, que el aparente sacrificio de hoy estará al final, ampliamente compensado"(69)(123).

De nuestra parte observamos que esa posible especulación no desaparece sino que se acrecienta con el derecho de superficie: el valor del suelo aumenta con las inversiones que realiza el superficiario para la construcción del edificio. De manera que el precio del suelo a la finalización del plazo de caducidad de la propiedad superficiaria será mucho mayor que el que tiene a la fecha de la concesión.

Nussbaum ha sostenido que "el movimiento impulsador del derecho de superficie arranca a nuestro juicio de ideas psicológica y económicamente falsas, pues esta relación supone una gran subordinación a los derechos del propietario del suelo y no ofrece aliciente alguno para el porvenir; y ni económica ni, sobre todo, idealmente, encierra el estímulo incomparable que supone considerarse dueño del terreno sobre que se construye. Para fomentar la demanda de contratos de superficie, la legislación tiene que valerse de medios artificiosos que no pueden ser base sólida para un buen régimen financiero"(70)(124). (Continuación de nota)(125)

A nuestro modo de ver, una política del derecho adecuada a la evolución actual de la sociedad argentina, supone estimular la aplicación de medidas tendientes a la solución del problema de vivienda mediante su adjudicación en propiedad plena y permanente.

El carácter temporal y revocable del derecho de superficie implica que, a cambio de una relativa economía inicial en el costo de las construcciones, se incuben serias derivaciones políticas, económicas y sociales para la época de su extinción.

A manera de síntesis, puede sostenerse que mantienen actualidad las razones que llevaron a Vélez Sársfield a excluir al derecho de superficie de nuestro ordenamiento legal.

Sin perjuicio de remarcar la necesidad de que se adopten en nuestro medio nuevos esquemas legales que faciliten la construcción de edificios (como una reforma al régimen de la propiedad horizontal, la reestructuración del régimen prehorizontal que comprenda todos los contratos sobre departamentos en construcción, la reglamentación del contrato de locación - venta o leasing, etcétera), no parece adecuada la rehabilitación del derecho de superficie por las serias consecuencias que puede tener para las generaciones venideras.