

ALGUNAS CUESTIONES CONTROVERTIDAS EN MATERIA DE DERECHO REAL DE SUPERFICIE

SOME CONTROVERSIAL ISSUES IN THE LAW OF SURFACE RIGHTS

Nelson G.A. Cossari¹ Leandro R.N. Cossari²

RESUMEN:

Los autores tratan algunos de los puntos controvertidos del derecho de superficie en la doctrina autorial, tema que se agrava al no existir todavía pronunciamientos jurisprudenciales sobre estos tópicos. Asimismo dan su opinión sobre tales temas y sugieren las reformas que consideran necesarias para que el derecho real de superficie adquiera mayor vitalidad.

ABSTRACT

The authors address some of the controversial points of surface rights in the doctrinal literature, a matter that is compounded by the lack of judicial rulings on these topics. They also provide their opinions on these issues and suggest the reforms they deem necessary for the real right of surface to gain greater vitality

PALABRAS CLAVE: Superficie – Duración- Cómputo del plazo- Renovación del plazo- Superficie sobre bienes del Estado- Superficie sobre Propiedad Horizontal común - Superficie sobre Propiedad Horizontal especial- Posibilidad de constitución por testamento.

KEY WORDS: Surface rights – Duration – Calculation of the term – Renewal of the term – Surface rights on State property – Surface rights on common horizontal property – Surface rights on special horizontal property – Possibility of establishment by will.

I. Introducción

El presente trabajo es, sin más, la ponencia que presentamos en las XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil en la cual la Comisión n° 6 Derechos Reales, trató el Derecho

1 Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UCA), Profesor Titular Ordinario Derechos Reales (UCA), Director de la Carrera de Abogacía y posgrados (UCA), Exdecano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UCA) 2012- 2018; Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (Diciembre 2024)

2 Abogado egresado con diploma de honor (UCA), Abogado especialista en Magistratura (UCA), Profesor Adjunto Derechos Reales (UCA, UCEL), Profesor Adjunto Ética Profesional y Social (UCA), Docente Derecho Civil IV (UNR)

Real de Superficie. En futuros trabajos abordaremos la relación de la misma con las conclusiones que arrojaron las Jornadas.

II. Fundamentos

A. Cuestiones acerca del plazo

1. Punto de inicio

El art. 2117 CCCN establece que el plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie.

Si bien se ha opinado que tomar la fecha del título como inicio es mucho más preciso³, lo cierto es que el art. 2117 CCCN, establece que el plazo debe ser contado desde la adquisición del derecho de superficie, por ende, desde que concurrió título y modo⁴. En sentido similar se han expedido Mariani de Vidal y Abella, quienes agregan la necesidad de la inscripción registral para la oponibilidad a terceros interesados de buena fe⁵. Ahora bien, respecto a terceros es postulable a fin de dar certeza que se cuente desde la fecha que indica el título, directiva que solo cedería ante la prueba indudable que el tercero conoció o debía conocer que la entrega del inmueble —a los fines de la superficie— se hizo en un momento diverso⁶. Tal conclusión tiene también el apoyo del art. 1914 CCCN⁷ que presume que la posesión comienza en la fecha del título.⁸

A todo efecto, es siempre recomendable que las partes contratantes —sin superar los plazos máximos— coloquen en el título la fecha exacta de vencimiento del derecho de superficie, siendo además conveniente que ello también cuente con reflejo registral.

2. Renovación

El Código establece que “el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos”.

Nosotros entendemos que tal cláusula se limita en su interpretación a la renovación automática del plazo. No vemos obstáculo a que las partes acuerden su renovación; bien entendida que nunca el derecho real podrá tener un horizonte mayor del legal desde el acuerdo en tal sentido⁹. Éstas podrían pactar la renovación del derecho de superficie, aun excediendo el total de los años, y aun antes del vencimiento del plazo,

3 ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, T° II, p. 580

4 En el mismo sentido: KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T° II, p. 28

5 MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

6 COSSARI, Nelson G. A., “Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas”, ED, 204 887.

7 ARTICULO 1914.- Presunción de fecha y extensión. Si media título se presume que la relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

8 ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, T° II, p. 580; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 666

9 Ya hemos vertido esa opinión en: COSSARI, Nelson G. A. y LUVERÁ, Miguel Ángel, “Derecho real de superficie forestal”, LLLitoral, 2002 690; en igual sentido: ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., *Derecho Civil. Tratado de los derechos reales*, 2ª edición, coeditado por La Ley y Ediar, Buenos Aires, T° VI, núm. 2515, pp. 483 y 484.

pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor al legal. Con ello queda suficientemente abastecido el propósito de la ley de evitar una derogación del principio de accesión por mayores términos, y siempre teniendo en cuenta que la prórroga no puede perjudicar a terceros que ostenten derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

Concordantemente, se ha opinado que no existe óbice para convenir una renovación del plazo, que se computará desde la renovación, aunque supere los años máximos fijados en el artículo¹⁰.

En sentido contrario se han manifestado Mariani de Vidal y Abella¹¹, y también De Rosa y Torres Lastra¹². No queda clara la opinión de Iturbide quien luego de afirmar que “El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos, contados a partir de la constitución originaria e incluida la renovación”, con lo cual parecería adscribirse a la posición de Mariani de Vidal y Abella, luego prosigue escribiendo que de “lo contrario la posibilidad de renovación puede llegar a convertirse en una cláusula de estilo en el contrato originario”, con lo cual podría interpretarse que su parecer se limita a una cláusula de prórroga pactada *ab initio* y que depende de la voluntad de una sola de las partes imposibilidad, en tal caso, con la que coincidimos¹³. Tampoco parece clara la postura de Molina Sandoval que parece exigir para posibilitar la renovación que venza el plazo originario, si bien razona acertadamente que el propósito de la norma es “evitar es que el propietario desmembre de una vez y desde el origen su dominio sine die, sin posibilidad de reflexionar acerca de la continuidad de ese estado, que prácticamente lo privaría del dominio en su contenido útil”¹⁴. Nótese que la solución que propugnamos en el texto permite que esta reflexión se haga adecuadamente cada vez que se renueva el plazo, aun cuando ello se haga sin que todavía se encuentre vencido el término original.

B. Constitución de superficie sobre bienes de dominio público.

Al mencionar la norma del art. 2118 CCCN “dominio” a secas puede concluirse que puede tratarse del derecho de dominio de particulares, o siendo del Estado, de su dominio privado.

Las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil propugnaron *de lege ferenda* que “el derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial”.

Para nosotros, el Código no se ocupa del derecho de superficie sobre bienes del dominio público. Ello dado que la disciplina de estos últimos se rige por el derecho administrativo, entrando ordinariamente dentro del esquema de la concesión.

10 En el mismo sentido: ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II, p. 584, 585; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales, La Ley*, Buenos Aires, 2020, p. VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales, La Ley*, Buenos Aires, 2020, p. 668

11 MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., “Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 2016-A, 1117, AR/DOC/507/2016.

12 DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas” LA LEY 2024-B, 3

13 ITURBIDE, Gabriela A., “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”, LA LEY, 3/6/2016, p. 1, AR/DOC/384/2016

14 MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017.

Ello no obsta a que —cumpliendo con las normas administrativas correspondientes— se constituya un derecho real administrativo a la manera del derecho de superficie regulado por el derecho privado. En tal sentido, el Código de Portugal en su art. 1527 establece una regla que nos parece acertada, legislando que “el derecho de superficie constituido por el Estado o por personas colectivas públicas en terrenos de su dominio público queda sujeto a legislación especial y subsidiariamente, a las disposiciones de este código”.

En diferente sentido De la Riva postula la derecha aplicación del derecho de superficie a los bienes del dominio público del Estado entendiendo además que su constitución no configura un acto de disposición. Este autor sienta dos conclusiones que entendemos importantes la primera que “el derecho de explotación derivado de la concesión de uso de bienes del dominio público constituye un auténtico derecho real administrativo, lo cual supone reconocer que el concesionario titulariza un derecho de naturaleza real (no personal) y como tal oponible erga omnes (también frente al Estado concedente), aunque sujeto al mismo tiempo a una serie de prerrogativas públicas (entre ellas, la potestad revocatoria), en razón de su origen administrativo” Lo cual puede ser cierto si es que se acepta esta categoría dentro del derecho administrativo, y la concesión está regulada a la manera de un derecho real. La segunda que si se recepta “como válida la tesis mayoritaria, que considera que el dominio público comporta una modalidad pública del derecho de propiedad, cabría entender que el artículo 2118 arriba mencionado habilita a la constitución de derechos reales de superficie sobre bienes del dominio público”¹⁵. Con esto último disentimos y además no vemos práctico, incluso por implicancias de ética pública, sustraer en esta materia al dominio público de las reglas del derecho de administrativo.

Sin embargo debe tenerse presente, como bien se ha traído a colación¹⁶, que el art. 9 inc. g de la ley 27.328 que regula los “Contratos de Participación Público – Privada” establece “los aportes que la contratante se comprometa a efectuar durante la vigencia del contrato, que podrán consistir, entre otros, (...) en la constitución de derechos de superficie sobre bienes del dominio público y/o privado, (...) y/o la concesión de derechos de uso y/o de explotación de bienes del dominio público y/o privado, y cualquier otro tipo de concesión u otros aportes susceptibles de ser realizados por el Estado nacional” De la Riva, en el artículo ya citado, escrito con anterioridad a la sanción de la referida ley expresa que “la gran ventaja que proporciona el derecho de superficie respecto de la clásica concesión de uso de bienes públicos reside, precisamente, en el desdoblamiento que permite entre el dominio del inmueble, por un lado, y la titularidad sobre lo construido en él, por otro, dando cabida así a que el superficiario pueda ejercer un auténtico (si bien temporario) derecho real de propiedad sobre esas construcciones, dotado de una autonomía plena que lo libera de los condicionamientos del régimen demanial¹⁷ que gobierna al inmueble subyacente.”¹⁸

De todas maneras entendemos que la posibilidad de superficie sobre bienes del dominio público se da solo dentro del marco de la específica ley que así lo contempla.

15 DE LA RIVA, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

16 DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, “El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas” LA LEY2024-B, 3

17 <https://dpej.rae.es/lema/demanial> Demanial: De titularidad pública, sometido a un régimen especial de utilización y protección

18 DE LA RIVA, Ignacio M., “Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?”, LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016,

C. Posibilidad de constitución de superficie por parte del titular de una unidad funcional en propiedad horizontal

¿Tiene el titular de una unidad en derecho real de propiedad horizontal la posibilidad de constituir derecho real de superficie sobre la misma? Creemos que se impone la respuesta positiva. No solo surge del art. 2116 CCCN que marca que el derecho de superficie puede constituirse “sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal” sino que también menciona expresamente el art. 2118 CCCN a “los titulares de los derechos reales de (...) propiedad horizontal” y no puede deducirse que solo esté refiriéndose al conjunto de todos los propietarios de unidades, sino claramente al titular individual de una unidad funcional.

Ahora bien, cabe distinguir entre los dos aspectos del derecho real de superficie.

Veamos entonces si puede constituirse el derecho real de superficie sobre la propiedad separada en forma directa, y si también puede hacerse como derecho a edificar, plantar o forestar; lo que para simplificar llamaremos “derecho a plasmar la propiedad superficiaria”.

1. Propiedad horizontal común

Nos referimos a la regulada en el Título V del Libro Cuarto del Código

a) Superficie sobre unidad funcional.

Aquí ya tenemos construida la unidad en propiedad horizontal. Por ejemplo, un departamento.

Consideramos que es posible constituir superficie dado que, como dijimos, nuestro derecho habilita la superficie directamente sobre un inmueble ya construido, y al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir superficie (art. 2118 CCCN).¹⁹

La superficie gravaría a la unidad funcional en la extensión del art. 2039 CCCN.

Mariani de Vidal y Abella han opinado que es posible, pero de “muy difícil aplicación y concreción práctica”²⁰

Algunos autores fijan su objeción en el suelo. Así Pepe y Mendizábal se interrogan: ¿cuál sería el “suelo” de propiedad del *dominus soli*? ¿El de la unidad funcional? ¿El terreno? Por otra parte, ¿qué vínculo tendría el superficiario con relación a las partes comunes del edificio?²¹

En forma similar Gabás lo considera de imposible concreción por no extenderse el

19 En sentido concordante MOLINA SANDOVAL, Carlos A. “El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios” AR/DOC/780/2017

20 MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T I, p. 375. En el mismo sentido: PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 25/10/2016; FOSSACECA, Carlos A., LAMANNA GUINAZU, Emiliano y MOREYRA, Pilar, “El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis” El Derecho - Diario, Tomo 306, Cita Digital: ED-V-DLXXXIII-982

21 PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo “El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación” LA LEY 25/10/2016.

derecho del dueño de la unidad funcional al terreno²².

Nosotros no creemos que el tema guarde tanta complejidad como se predica y tampoco que no sea de posible puesta en práctica.

La unidad funcional de la que se desdobló la superficie separada guardará los vínculos propios de ella (arg. art. 2037 último párrafo CCCN; art. 2039 último párrafo CCCN) y es posible la constitución de superficie a mérito del art. 2118 ya citado y del art. 2045. Esta última norma habilita al titular del derecho real de propiedad horizontal a constituir derechos reales y personales, llevando ínsita las partes comunes, sin que ello signifique de manera alguna que el superficiario tenga más derecho sobre estas que los que tiene el propietario de la unidad funcional, dado que el suelo seguirá perteneciendo en una parte alícuota al titular del derecho real de propiedad horizontal, aunque gravado con superficie.

Creemos que tampoco se confunde con un dominio revocable a secas, como entiende Gabás que ocurriría²³, dado que si bien en esencia puede considerarse la propiedad superficiaria como un dominio revocable -en nuestro caso un derecho real de propiedad horizontal revocable-; conforme el art. 2128 CCCN la misma “queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título” con lo cual el régimen será distinto y no se identifican.

¿Tiene sentido recurrir a la superficie en cambio de, por ejemplo, al usufructo?

El derecho que se concede en la superficie tiene a primera vista similitudes con el usufructo, pero su contenido es mucho más vasto dado que, como dijimos, el derecho sobre la propiedad separada podrá ser ejercida en toda su extensión dentro de los límites del derecho de superficie, y -claro está- del reglamento de propiedad horizontal que obligará también al superficiario. Pero además, las facultades que se conceden al superficiario son más amplias, por ejemplo, podría hipotecar la propiedad superficiaria (art. 2120 CCCN), cosa que no puede hacer el usufructuario²⁴. La superficie se transmitirá a los herederos de su titular (art. 2119 CCCN), los plazos máximos de constitución (art. 2117 CCCN) hacen verosímil que excedan la vida del titular si es persona física y tiene cierta edad, y al no pender sobre este derecho real la causal de extinción por muerte (art. 2152 inc. a) CCCN), brinda una mayor seguridad.²⁵

b) Derecho a plasmar la propiedad superficiaria.

Dadas las peculiaridades propias de la propiedad horizontal, es poco pensable un derecho de superficie sobre una unidad en la propiedad horizontal clásica en esta variante. Además, si la unidad no se encuentra construida verosímilmente no existe derecho de propiedad horizontal.

22 GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", *LA LEY*, 2013-F, 1050

23 GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", *LA LEY*, 2013-F, 1050

24 Dictamen de mayoría de la Comisión nº 5 de Derechos Reales, Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), punto 3, apartado A, de *lege lata*: En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca.

25 Ver al respecto: MOLINA SANDOVAL, Carlos A. "El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios" AR/DOC/780/2017.

Quizás es más fácil imaginar esta posibilidad sobre edificios de una sola planta, acerca de la reconstrucción. Así si esta fuera impuesta por las circunstancias. Por ejemplo, supongamos una unidad que se ha sido objeto de un derrumbe parcial o total y literalmente ha desaparecido sin afectar a las otras unidades. En tal caso parece que nada puede objetarse a su reconstrucción siempre que se respeten los límites del reglamento y planos originales en cuanto a volumen edificado y otras circunstancias que puedan afectar al resto de los consorcistas. Podría en este acaso acordarse el derecho a erigir la propiedad superficiaria. Nos estamos refiriendo a un derecho de superficie impuesto luego del evento dado que si el mismo hubiera sido constituido con anterioridad estaríamos dentro de la facultad de reconstrucción del art. 2122 CCCN.

2. Propiedad horizontal especial.

Aquí nos referimos a los conjuntos inmobiliarios contemplados en el Libro Cuarto, Título VI, Capítulo 1, en tanto y en cuanto se encuadren en el art. 2075 segunda parte CCCN.

En este supuesto no hace falta distinguir en sus dos vertientes el derecho real de superficie. Basta decir que, al ser una propiedad horizontal especial, conforme reza el art. 2075 CCCN, no existe inconveniente en conferir el derecho de superficie en sus dos variantes sobre la unidad funcional,²⁶ es decir tener el derecho a plasmar la propiedad superficiaria y hacer propio lo hecho o bien adquirir lo ya existente en superficie.

Podría no ser inusual que el titular otorgue la facultad de construir al superficiario y hacer suyo lo realizado o que enajene en superficie lo edificado separado del suelo.

Más aun aquí puede sin demasiado esfuerzo pensarse en la superficie sobre forestaciones o plantaciones. Así v.gr. se ha puesto el ejemplo de un conjunto inmobiliario sobre un complejo de granjas que gravaren su unidad funcional con superficie agraria, si ello no contraría el destino o las previsiones del reglamento²⁷.

D. Constitución de superficie por acto de última voluntad

El art. 2119 CCCN señala que el derecho de superficie "puede ser transmitido (...) por causa de muerte". Ante ello Kiper entiende que la superficie puede ser constituida por testamento²⁸. Sin embargo, nos parece que la norma apunta solo a la transmisibilidad por sucesión universal y no forzosamente a la constitución por testamento²⁹. No obstante, pensamos que es posible la constitución de superficie por testamento. No tiene sentido que el testador, mientras no afecte la legítima, no pueda testar en favor de alguien un derecho de superficie y de otro el dominio. Propugnamos pues que este modo se acepte por aplicación de los principios generales³⁰. Sin embargo es conveniente contemplar expresamente la posibilidad de constitución de derecho de superficie por acto de última voluntad.

26 En el mismo sentido: MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, T I, p. 375

27 ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, T° II, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, p. 586

28 KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, T° II, p. 35.

29 En sentido similar: MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, *Derechos Reales en el Código Civil y Comercial*, Zavalía, Buenos Aires, 2016, T° 1, p. 378.

30 En el mismo sentido: ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; *Tratado de los Derechos Reales*, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, T° II, p. 588, 589; VÁZQUEZ, Gabriela A. *Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 2020, pp. 674, 675.

E. Prescripción adquisitiva

El art. 2119 CCCN dice enfáticamente que la superficie “no puede adquirirse por usucapión”. Para enseguida decir que “la prescripción breve es admisible”, y con ánimo docente agregar, que ello es “a los efectos del saneamiento del justo título”.

En definitiva se admite la usucapión corta y no la larga.

El tema en abstracto es discutido en teoría.

Para Messineo es irrealizable la adquisición por usucapión. Para ello sería necesaria una posesión del edificio separada de la posesión del suelo sobre el que se levanta; más bien se debe pensar, en tal caso, en una posesión que tienda a la usucapión de la propiedad en construcción y —al mismo tiempo— del suelo en lugar de la sola superficie. Concluye sosteniendo que el derecho se puede adquirir solamente a título derivativo³¹.

La doctrina más moderna, en cambio, admite la posibilidad. El que posee lo plantado a título de superficiario no ejercita sobre el suelo un derecho de propiedad sino de superficie y al cabo del término legal, adquirirá éste³².

La clave está, pues, en el *animus* del poseedor. Claro está que se aduce que será poco probable que alguien limite su *animus* solo a lo plantado, no pudiéndose realmente distinguir de los actos posesorios que los mismos estén encaminados únicamente a la superficie. Pero, sin dudas, es posible.

En cuanto al derecho a edificar, los autores dicen que no es posible la usucapión de la superficie en estado puro, es decir cuando todavía no existen construcciones, dado que ésta requiere obras visibles de actuación del derecho³³.

Sin embargo, no son del todo impensables actos posesorios sobre el terreno ajeno encaminados al ejercicio del derecho a forestar como, por ejemplo, la realización de obras preparatorias para ello.

El Proyecto de 1998 resolvía el problema teórico estableciendo la no usucapibilidad del derecho de construir o forestar al establecer que el mismo solo se adquiere por adquisición derivada (art. 2026), por lo que siendo la usucapión un modo originario de adquisición el mismo queda excluido³⁴. Cuando la posesión se ejerza sobre la propiedad separada la usucapión era concebible por las normas generales.

Nos resulta criticable la solución legal que dejará sin respuestas a casos donde parecería justo dejar jugar también la usucapión larga.

Jorge H. Alterini también ha criticado la exclusión de la posibilidad de la usucapión

31 MESSINEO, Francesco, *Manual de derecho civil y comercial*, Ejea, Buenos Aires, 1971, Tº III (*Manuale de diritto civile e commerciale*, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8ª edición, en parte rehecha, Vol. 2, primera parte, Giuffrè, Milano, 1952), p. 421.

32 BIANCA, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6, p. 557.

33 BIANCA, Massimo C., *Diritto civile. La proprietà*, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6, p. 536.

34 ANDORNO, Luis O., “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, *Revista del Colegio de Abogados de Rosario*, septiembre 2000, p. 33

larga en esta figura. Dice el citado autor: "No creo en que sea acertado el art. 2119 que fija la regla de que la superficie 'no puede adquirirse por usucapión', pese a que se la admite para la prescripción adquisitiva corta. Al tratar de salvar la ausencia de un texto que precise cuáles son los derechos reales adquiribles por usucapión, creí encontrar una forzada solución en el art. 1897 (...) para inferir que eran usucapibles todos los derechos reales que se ejercen por la posesión. No existe fundamento decisivo alguno para excluir de esa adquisición a la superficie, en tanto deberá entenderse que la prescripción adquisitiva le es aplicable, además de al dominio, al condominio, a la propiedad horizontal y hasta al usufructo, al uso, a la habitación y a las servidumbres. La aceptación de la usucapión en esos casos es disonante con su exclusión para la superficie, máxime dado su esencial paralelismo con figuras para las que debe entenderse que se la admite"³⁵.

Coincidimos con la crítica. No se ve por qué se excluye la usucapión larga de las posibilidades de adquisición del derecho de superficie. Si puede parecer impensado que alguien posea un inmueble por el plazo de veinte años solo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie³⁶ y no el dominio, piénsese en aquel que está detentando el inmueble en la creencia de ser propietario pero carece de justo título y tiene por ejemplo solo un título putativo, o le falla la buena fe requerida para la prescripción decenal porque no realizó un adecuado estudio de títulos. En estos casos la utilidad de admitir la prescripción veintañal es incuestionable³⁷. Añádase que se produce una injustificada diferencia de trato respecto a los otros derechos reales de goce sobre cosa ajena, todo lo cual lleva a pensar que la solución para la superficie fue escrita a la luz de ciertas opiniones doctrinarias teóricas, pero desentendiéndose del sistema del resto del código en materia de prescripción adquisitiva.

III. Conclusiones

De lege data puede concluirse que:

1. Salvo prueba en contrario de que el tercero interesado conoció o debía conocer una fecha distinta del acto de tradición, el punto de arranque del plazo de la superficie está dado por la fecha que se indica en el título (art. 1914 CCCN)
2. El límite a la prórroga de los plazos máximos establecidos en el art. 2117 CCCN (último párrafo), se refiere a las renovaciones automáticas del plazo y no a las que las partes puedan pactar libremente y que no excedan del plazo máximo desde el momento de ese nuevo convenio y que no afecten a los derechos de terceros interesados.
3. No es posible la constitución de superficie sobre bienes de dominio público salvo dentro del marco de una ley que lo autorice expresamente (v. gr. ley 27.328)
4. El titular del derecho real de propiedad horizontal sobre una unidad funcional, sea

35 ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-E, 898.

36 Así opina Kiper que será raro que se quiera adquirir por prescripción veintañal el derecho de superficie cuando se puede adquirir el dominio (KIPER, Claudio, *Tratado de Derecho Civil*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 35).

37 Conforme con nuestra crítica y argumento: GUARDIOLA, Juan José, "La usucapión en el nuevo Código", RCCyC 2016 (marzo), 7/3/2016, p. 19, AR/DOC/566/2016.

que se trate de propiedad horizontal común o propiedad horizontal especial, está legitimado a constituir derecho real de superficie.

5. Es posible la constitución de derecho real de superficie por acto de última voluntad.

De *lege ferenda*

1. Conforme lo ya resuelto por las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil (UNL) de 2019 debe admitirse expresamente la prescripción adquisitiva larga para la adquisición de la propiedad superficiaria.

2. A fin de evitar interpretaciones contradictorias debe aclararse el art. 2117 CCCN último párrafo en el sentido expuesto en el punto 2 de nuestras conclusiones de *lege data*.

3. Es conveniente contemplar expresamente la posibilidad de constitución de derecho de superficie por acto de última voluntad.

Referencias Bibliográficas

- ALTERINI, Jorge H; ALTERINI, Ignacio y ALTERINI, María Eugenia; Tratado de los Derechos Reales, Ed, La Ley, Buenos Aires, 2018, Tº II.
- ANDORNO, Luis O., "El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998", Revista del Colegio de Abogados de Rosario, septiembre 2000.
- BIANCA, Massimo C., Diritto civile. La proprietà, Giuffrè, Milano, 1999, Tº 6.
- COSSARI, Nelson G. A., "Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas", ED, 204 887.
- DE LA RIVA, Ignacio M., "Derecho de superficie y bienes del dominio público. ¿Un nuevo instrumento para el desarrollo de infraestructuras?", LA LEY, 2016-B, 723, AR/DOC/416/2016.
- DE ROSA, Carlos A. y TORRES LASTRA, María Eugenia, "El derecho real de superficie y la resiliencia de las instituciones jurídicas" LA LEY2024-B, 3.
- Comisión nº 5 de Derechos Reales, Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Bahía Blanca (2015), DICTAMEN de mayoría, punto 3, apartado A, de lege lata: En razón de lo dispuesto por los artículos 2142 y 2206 del CCyC, el usufructuario carece de la facultad de constituir hipoteca.
- FOSSACECA, Carlos A., LAMANNA GUIÑAZU, Emiliano y MOREYRA, Pilar, "El derecho real de superficie: reseña normativa y análisis" El Derecho - Diario, Tomo 306, Cita Digital: ED-V-DLXXXIII-982.
- GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", LA LEY, 2013-F, 1050.
- GUARDIOLA, Juan José, "La usucapión en el nuevo Código", RCCyC 2016 (marzo), 7/3/2016, p. 19, AR/DOC/566/2016.
- ITURBIDE, Gabriela A., "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", LA LEY, 3/6/2016, p. 1, AR/DOC/384/2016.
- KIPER, Claudio, Tratado de Derecho Civil, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, Tº II, p. 35.
- MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N, Derechos Reales en el Código Civil y

Comercial, T I, p. 375.

- MESSINEO, Francesco, Manual de derecho civil y comercial, Ejea, Buenos Aires, 1971, T° III (Manuale de diritto civile e commerciale, traducción de Santiago Sentís Melendo, 8ª edición, en parte rehecha, Vol. 2, primera parte, Giuffré, Milano, 1952).
- PEPE, Marcelo Antonio, MENDIZÁBAL, Gonzalo Alejo "El derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación" LA LEY 25/10/2016.
- VÁZQUEZ, Gabriela A. Derechos Reales, La Ley, Buenos Aires, 2020, p. 666.