

El derecho real de superficie en políticas públicas para el acceso a la vivienda (a propósito de la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires)

María Florencia Franchini (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho real de superficie.— III. El derecho real de superficie en la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.— IV. Conclusión.

I. Introducción

El 11 de mayo de 2023 el Poder Legislativo de la Ciudad de Buenos Aires sancionó la ley 6639, que fue promulgada el 23 de mayo. La norma crea el *Régimen de Covivienda* “que tiene por objeto implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda en virtud de lo establecido en la ley 1251, el Libro Cuarto del Cód. Civ. y Com., el art. 31 de la Constitución de la Ciudad de Buenos Aires y normativa concordante” (art. 1°).

Para el logro de la finalidad la ley prevé la constitución del derecho real de superficie edilicia sobre inmuebles del dominio privado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o del Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (y de otros inmuebles que más adelante analizaré).

Esencialmente el *Régimen de Covivienda* está conformado por el *Inmueble de Covivienda* so-

bre el que se emplaza el *Edificio de Covivienda*, cuya titularidad recae en una *Organización* en calidad de superficiario, el cual podrá ser afectado al derecho real de propiedad horizontal o al derecho real de uso para que las *unidades* así constituidas sean adjudicadas a los *Usuarios* (personas con necesidad habitacional) en calidad de titulares de tales derechos reales y de coposeedores de “las partes comunes” definidas de manera confusa por la ley como “los espacios del Edificio de Covivienda, exteriores a las Unidades, apropiables colectivamente por los sujetos beneficiarios y donde tienen lugar las Relaciones de Covivienda”.

La sanción de esta ley amerita, en primer lugar, el análisis del derecho real de superficie para, posteriormente, ensamblarlo con el *Régimen de Covivienda*.

II. El derecho real de superficie

II.1. Consideraciones previas

El derecho real de superficie desvincula el suelo de las mejoras y de cualquier accesorio que sobre él se encuentre (1). Tanto las mejoras

(*) Profesora titular de la cátedra 1 Derecho Civil IV (UNLP); profesora adjunta de la cátedra 2 Derecho Civil III (UNLP); categorizada investigadora en la UNLP; profesora de posgrado en la Especialización en Derecho Civil; evaluadora de proyectos de investigación de distintas Facultades; miembro de la Comisión de Grado Académico de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales.

(1) LAFAILLE, Héctor, “Tratado de los derechos reales”, Buenos Aires, 1944, t. II.

como los accesorios ya no siguen la suerte del terreno, y, por lo tanto, pasan a formar el objeto de un derecho real autónomo. Para su existencia como tal debe desatenderse el principio de accesión por el cual, como regla general, todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen al dueño del fundo.

Se afirma que la superficie estuvo originariamente ligada a la enfiteusis, si bien posteriormente se separa de ella cuando se la aplica a terrenos baldíos, para su edificación, y, posteriormente, a terrenos para su plantación (2).

He aquí, las dos caras de un mismo derecho: a) el derecho real de superficie que tenga por objeto construir sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción ya existente separada de la propiedad del suelo y, b) el derecho real de superficie que tenga por objeto forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento.

Ninguno de estos supuestos fue admitido por el Cód. Civil de Vélez Sarsfield, en la medida que el art. 2614 del Cód. Civil establecía: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, 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 ellos vinculación alguna". Con tal disposición, no caben dudas de la ubicación del derecho real de superficie entre los derechos reales prohibidos.

Y aún más, el codificador, tras consagrar el sistema del *numerus clausus* en el art. 2502, enumeró expresamente los derechos reales permitidos en el art. 2503 y finalmente, en la nota a este artículo comenta que "no enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar"; "El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades..."

(2) ALLENDE, Guillermo L., "Tratado de enfiteusis y demás derechos reales suprimidos o restringidos por el Código Civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1964, ps. 115 y 117.

La postura remisa a la admisión del derecho real de superficie se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni (art. 2350), en el Proyecto de 1936 (art. 1449) y en el Anteproyecto Llambías de 1954 (art. 1437), que no lo incluyeron entre los derechos reales.

La conveniencia de la incorporación del derecho real de superficie a la legislación argentina encuentra su principal antecedente en el VI Congreso Internacional de Derecho Registral que tuvo lugar en Madrid en 1984 en el cual la delegación argentina estuvo presidida por el Dr. Jorge H. Alterini y en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes en 1985, en las que *de lege ferenda* se propuso: "1) Resulta conveniente regular el derecho real de superficie, 2) El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial" (3).

(3) Las conclusiones completas de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes de 1985 fueron las siguientes: 1) Resulta conveniente regular el derecho real de superficie. 2) El derecho de superficie puede tener por objeto los inmuebles de los particulares y del Estado. Estos últimos podrán ser objeto de reglamentación especial. 3) El derecho de edificar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno. Este derecho caducará si luego de transcurrido el plazo convenido, o en su defecto, el de cinco años de constituido, no se hubiere dado cumplimiento al objeto que originó el mismo. 4) El derecho de superficie constituye un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado. 5) No existe obstáculo para que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad. 6) El derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario. 7) El derecho de superficie solamente podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años. 8) El derecho del superficiario no se extingue por la destrucción de las obras, manteniéndose a los efectos de reimplantarlas, sin que por ello se modifique el plazo originariamente establecido. Esta última facultad está sometida al plazo de caducidad previsto en el punto 3. 9) Pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones. 10) El superficiario podrá transmitir su derecho por actos entre vivos o mortis causa. Estará facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía. 11) Extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo se convierte en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario. 12) Debe otorgarse derecho

En esa línea argumental, y atento que el sistema normativo debe encaminarse a regular la vida en sociedad, de forma tal que se adecue a las exigencias económicas y sociales del grupo al cual está dirigido, el Proyecto de Cód. Civil de 1998 incorporó (respetando el sistema de número cerrado), el derecho real de superficie (arts. 2018 a 2028) (4), el que fue recibido con la aquiescencia de toda la doctrina, superando los fundamentos del codificador que, tal vez, justificaron su exclusión en el siglo XIX. El derecho real así proyectado podía tener por objeto tanto construcciones como plantaciones, quedando en la distancia la discusión acerca de la conveniencia o no de acoger el derecho real de superficie en nuestra legislación.

En el año 2001 se sancionó la ley 25.509 que añade la superficie forestal a la lista de derechos reales permitidos y modifica en consecuencia el art. 2614 que quedó redactado de la siguiente manera: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna".

La supresión de la superficie como derecho real prohibido abrió un camino que condujo a su concreción dentro del ordenamiento jurídico.

En tema también fue analizado en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario en 2003, cuyo tema fue Superficie Forestal: *De lege ferenda*: "I.- Finalidad: Debe incorporarse el derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socioeconómicos. (Unanimidad)". Circunscripta a la legislación entonces

de tanteo tanto al concedente como al superficiario. 13) Al extinguirse el derecho de superficie por vencimiento del plazo se extinguen los derechos reales de garantía, salvo subrogación real. 14) El derecho real de superficie debe ser inscripto a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados (art. 2505, CC y arts. 2, 20 y ccds., ley 17.801). Constituido el mismo, se abrirá un nuevo folio real, separado, pero correlacionado con la inscripción dominial".

(4) También contemplaron al derecho real de superficie el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 (art. 2614) y el Proyecto de la Comisión Federal de 1993 (art. 3153).

vigente, en las mismas Jornadas se concluyó que correspondía "una interpretación amplia del vocablo 'forestal' comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socioeconómica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional (Mayoritario, 27 votos y una disidencia)".

Las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil —en su Comisión 4— se refirieron a la superficie forestal con la denominación de superficie forestal o agraria para denotar ese contenido amplio propugnado por las XIX Jornadas.

La ley 26.694 derogó la ley 25.509 e incorporó definitivamente el derecho real de superficie en el Cód. Civ. y Com.

II.2. El derecho real de superficie en el Cód. Civ. y Com.

El derecho de superficie es definido en el art. 2114 como un "derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales" (5).

II.2.a. Caracteres de la superficie

II.2.a.i. Derecho real

Definido como tal en el art. 2114, es enumerado bajo el sistema de *numerus clausus* en el art. 1887 inc. g). Así, este derecho atribuye las facultades del art. 1882 y tiene su estructura legal propia en los términos del art. 1884, por lo que resulta necesario calificarlo de autónomo.

(5) La definición legal merece su crítica en cuanto a la expresión que se refiere a la disposición material del derecho de plantar, forestar o construir, ya que "no es posible ni conceptual ni prácticamente la disposición material (...) del derecho de plantar, forestar o construir, ya que los derechos carecen de materialidad". ALTERINI, Jorge H., "Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código", LA LEY, 2012-E, 898.

II.2.a.ii. Principal

Excepto los derechos reales accesorios de un crédito en función de garantía (hipoteca, anticresis y prenda), todos los derechos reales son principales (art. 1889), y como correlato, el derecho real de superficie lo es, lo que significa que no depende de la presencia de ningún crédito para su existencia y no está alcanzado por los preceptos del art. 2186.

II.2.a.iii. Se ejerce por la posesión

Tal como lo dispone el art. 1891, todos los derechos reales regulados en el Cód. Civ. y Com. se ejercen por la posesión, excepto las servidumbres y la hipoteca. Quien ejerza el derecho real de superficie constituido de conformidad a las disposiciones del Código ostentará la posesión legítima (6).

II.2.a.iv. No se adquiere por prescripción larga

El Cód. Civ. y Com. define a la prescripción como el modo por el cual el poseedor de una cosa adquiere un derecho real sobre ella durante el tiempo fijado por la ley (art. 1897), a la par que la distingue entre prescripción adquisitiva breve (art. 1898) y prescripción adquisitiva larga (art. 1899).

Sin embargo, el art. 2119 *in fine* dispone que el derecho real de superficie no puede adquirirse por usucapión larga y admite la prescripción breve a los efectos del “saneamiento” del justo título. De esta manera, conforme el art. 1898 se requiere justo título, buena fe y la posesión durante diez años por tratarse de inmuebles. El justo título para la prescripción adquisitiva (art. 1902) es el que tiene por finalidad transmitir un derecho real principal que se ejerce por la posesión, revestido de las formas exigidas para su validez, cuando su otorgante no es capaz o no está legitimado al efecto, mientras que la buena fe requerida consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a la posesión.

(6) FRANCHINI, María Florencia, “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género”, HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, VÁZQUEZ, Gabriela A. (dirs.), Editores del Sur, 2023, t. 11, comentario al art. 1916.

II.2.a.v. Amplitud de destinos

El derecho de superficie puede constituirse para plantar, forestar o construir. Con criterio amplio, el Cód. Civ. y Com. se refiere tanto a plantar como forestar (7), evitándose el ceñido concepto de la derogada la ley 25.509 que justificó la conclusión de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “Corresponde una interpretación amplia del vocablo ‘forestal’ comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socioeconómica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional (Mayoritario, 27 votos y una disidencia)”.

II.2.a.vi. Derecho real mixto

Tal como lo dispone el art. 1888, son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: “...la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena” (si no existe propiedad superficiaria recae sobre cosa ajena).

En tal sentido, cuando existe lo plantado, forestado o construido (propiedad superficiaria),

(7) En ese sentido la ponencia de mi autoría en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil: “Evidentemente, entonces, debemos despojarnos de aquel preconcepto que impone circunscribir la forestación y la silvicultura al reducto de los árboles, e ir más allá, ampliar la figura, y concluir que la facultad otorgada al superficiario le permite efectuar todo tipo de plantaciones, es decir, de árboles (de troncos leñosos y elevados que se ramifican a determinada altura del suelo), de arbustos (que con sus troncos también leñosos, se ramifican desde la base) y de matas (de tallos bajos, leñosos y ramificados). Es decir, el derecho se extiende a plantaciones que dan frutos, que quedan fijas al suelo por varios años, y de las cuales se obtiene un rédito económico sin su necesaria destrucción. Este es el verdadero alcance de la norma, y no sólo se llega a esta conclusión mediante el análisis semántico, sino que el propio Cód. Civil nos trae claros ejemplos de ello. Tal el supuesto del denominado usufructo de bosques (art. 2873) el cual ha sido considerado por la doctrina con la amplitud que señalamos para el supuesto bajo estudio. Más aún, todo ello lo enrola bajo la consigna que se deberá llevar a cabo (la explotación), según las costumbres del país... Sin lugar a dudas, las costumbres de nuestro país, típicamente agrícola-ganadero, imponen la amplitud de criterio para considerar el tipo de plantación que puede realizar o adquirir el superficiario”.

el derecho real recae sobre cosa propia (lo plantado, forestado o construido pertenece al superficiario). Cuando el superficiario tiene el derecho de plantar, forestar o construir, el derecho real de superficie recae sobre inmueble ajeno (como lo define el art. 2114).

Como conclusión el derecho real de superficie tiene un carácter mixto: recae sobre cosa propia y sobre cosa ajena.

II.2.a.vii. Derecho real inmobiliario

Se trata de un derecho real que recae sobre cosa inmueble. Cuando no existe propiedad superficiaria, recae sobre el inmueble ajeno, y si existe propiedad superficiaria, las plantaciones o edificaciones son también cosas inmuebles (arts. 225 y 226) que pertenecen al superficiario.

Al recaer sobre inmuebles, el título suficiente para su constitución debe ser por escritura pública de acuerdo con el art. 1017 inc. a).

II.2.a.viii. Requiere publicidad registral

Para ser oponibles a terceros interesados y de buena fe el derecho real de superficie debe tener publicidad suficiente (art. 1983), en el caso, la publicidad registral.

II.2.a.ix. Derecho real temporario

El derecho real de superficie no es perpetuo, es temporario. 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. El art. 2117 prescribe que este plazo se cuenta desde la adquisición del derecho y que puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

II.2.a.x. Transmisible

El derecho real del superficiario es transmisible por actos entre vivos o por causa de muerte. A diferencia del usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre personal, que son vitalicios y se extinguen con la muerte de sus titulares, la superficie no se extingue con el fa-

llecimiento del superficiario, sino que pasa a sus herederos **(8)**.

II.2.b. Finalidad

La variedad de destinos (plantar, forestar, construir), al no estar circunscripta a la actividad forestal como en la ley 25.509, le otorga a la figura mayor utilidad socioeconómica.

Específicamente en cuanto a la superficie para edificar se estima que "le otorga la máxima extensión para ser un medio de fomento de la construcción y convertirse en un factor importante en la formación del mercado inmobiliario" **(9)** ya que "la superficie edificada pretende un abaratamiento de las edificaciones, ante los precios cuantiosos del suelo" **(10)**.

La existencia de este derecho real encuentra entonces su fundamento en razones económicas, financieras, mercantiles, entre otras: "a través de la concertación de este derecho real, se posibilita la libre circulación de los bienes y habilita a quien no tiene oportunidad de invertir en una explotación, contratar con un/a tercero/a para que ello pueda ser posible. Igualmente, a la inversa. De este modo, ambos/as se benefician" **(11)**.

II.2.c. Objeto

Cabe analizar aquí lo dispuesto en los arts. 2115 y 2116 del Cód. Civ. y Com. de acuerdo

(8) VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, 2020, p. 661.

(9) ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético". ALTERINI, Ignacio (coord.), COSSARI, Nelson G. A. (dir.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2114.

(10) DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, "Sistema de derecho civil", Tecnos, Madrid, 1998, 6ª ed., vol. III, "Derecho de cosas y derecho inmobiliario y registral", p. 485. ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Ignacio (coord.), COSSARI, Nelson G. A. (dir.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X.

(11) HUMPHREYS, Ethel, "Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género", HERRERA, Marisa y DE LA TORRE, Natalia (dirs.), VÁZQUEZ, Gabriela A. (dir.), Editores del Sur, 2023, t. 12, p. 19.

con el art. 2115 el superficiario “puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo” y por el art. 2116 el derecho de superficie “puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento”.

II.2.c.i. Recae sobre inmuebles en dos expresiones

En primer lugar, el art. 2115 bajo la denominación de “modalidades” (12) hace referencia a los dos planos del derecho de superficie, tal como se explica en los Fundamentos del Proyecto de 1998: “a la manera del Código de Italia de 1942 se diseñan dos planos en el derecho de superficie; en el primero se asiste a un derecho real sobre cosa ajena: el derecho real de construir o forestar, y en el segundo, a un derecho real sobre cosa propia: la propiedad superficiaria. Se vierten disposiciones generales comunes a ambas manifestaciones y particulares a cada una de ellas”.

Estas dos variantes son entonces: a) derecho a edificar, plantar o forestar en inmueble ajeno y b) propiedad superficiaria, derecho real sobre cosa propia, es decir, sobre lo edificado, plantado o forestado. El derecho del superficiario y el del dueño del suelo coexisten, lo que es propio del derecho real de superficie.

(12) Como señalan ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. en ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, ALTERINI, Ignacio (coord.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2115: “No es afortunada la terminología “modalidades” que como rúbrica encabeza al art. 2115 y que se repite en su párrafo final, ya que esa designación le cabe a la condición, al plazo y al cargo, típicas “modalidades” de los actos jurídicos”.

Por su parte, el art. 2116 dispone que el derecho de superficie pueda constituirse sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. Al permitir que las obras puedan emplazarse sobre construcciones ya existentes se admite que un titular de dominio, por ejemplo, constituya derecho real de superficie por el cual le conceda al superficiario edificar nuevos pisos, que serán la propiedad superficiaria. Y también puede establecerse superficie sobre una propiedad horizontal, esto es, que el conjunto de propietarios permita levantar nuevas construcciones bajo la modalidad del derecho de superficie. En orden a lo establecido por el art. 2075, la posibilidad de constituir el derecho real de superficie sobre inmuebles afectados a propiedad horizontal se extiende a los conjuntos inmobiliarios por conformar un derecho real de propiedad horizontal especial.

En el apartado vinculado a las facultades del superficiario me referiré a las posibilidades de que este derecho real recaiga sobre un derecho.

II.2.c.ii. Espacio aéreo y subsuelo

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo. El derecho a forestar, plantar o construir puede ejercerse sobre el espacio aéreo, en el subsuelo, o sobre ambos al mismo tiempo. En los arts. 2114 y 2115 aparecen los vocablos “vuelo” (para referirse al espacio aéreo así denominado en el art. 2116) y “rasante” (para referirse al terreno) ambos extraños a la terminología tradicional en nuestro país. Se estima que “el uso de distintos vocablos para denotar la misma situación jurídica arrima indeseables incertezas” (13).

II.2.c.iii. Extensión a sectores útiles

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la plantación, forestación o construcción, pero debe ser útil para su aprovechamiento. Esta disposición evi-

(13) ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. en ALTERINI, Jorge H., “Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético”, ALTERINI, Ignacio (coord.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2116.

ta la constitución innecesaria de otros derechos reales, por ejemplo, las servidumbres evitando una multiplicación innecesaria de derechos reales **(14)**.

II.2.c.iv. Inmuebles de dominio privado. Extensión a inmuebles de dominio público

El Cód. Civ. y Com. regula el derecho de superficie que se constituye sobre inmuebles de dominio privado. Entran en esta categoría tanto los inmuebles de los particulares caracterizados en el art. 238 (aquellos que no son del Estado nacional, provincial, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o municipal) como los del dominio privado del Estado del art. 236.

Pero además en el ámbito del derecho público **(15)**, la ley 27.328 plantea contratos de participación público-privada que se orientan al desarrollo de proyectos en los campos de infraestructura, vivienda, actividades y servicios, inversión productiva, investigación aplicada y/o innovación tecnológica (art. 1°) y autoriza la constitución de derecho de superficie sobre inmuebles de dominio público estatal (art. 9°, inc. g) **(16)**, una estrategia

(14) ABELLA, Adriana, MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zava-
lí, 2016, t. I, p. 371 y MARIANI DE VIDAL, Marina y ABE-
LLA, Adriana N., "Derecho real de superficie en el Código
Civil y Comercial", LA LEY, 2016-A, 1117.

(15) VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La
Ley, 2020, p. 663.

(16) En el dec. 118/2017, Reglamentación. Ley 27.328
se establece: "Art. 9°.- A los efectos de lo previsto en el
art. 9° de la Ley, se observarán las siguientes reglas:...
10. Derechos de superficie. Los derechos de superficie
que se constituyan sobre bienes del dominio público
y/o privado según se prevé en el inc. g) del art. 9° de la
Ley seguirán la suerte del Contrato PPP al cual han sido
afectados. Sólo podrán ser extinguidos —bajo cualquier
título jurídico y sin el consentimiento del Contratista
PPP— como consecuencia de la extinción del respec-
tivo Contrato PPP y con los efectos previstos para tal
supuesto en la Ley, el Reglamento, el Pliego y el Con-
trato PPP. Salvo disposición en contrario en el Contrato
PPP, se aplicarán las siguientes reglas: a) En todos los
supuestos, el derecho de superficie previsto en el inc. g)
del art. 9° de la Ley será sólo transferible a terceros como
consecuencia de la cesión, debidamente autorizada, del
Contrato PPP. b) En caso de terminación anticipada del
Contrato PPP, la indemnización prevista en el art. 2126

posible cuando se piensa en obras de gran envergadura **(17)**.

II.2.d. Duración

De acuerdo con lo establecido en el art. 2117 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" y agrega que el plazo convenido "puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos".

El Código, para la superficie para plantar o forestar recepta el plazo máximo recomendado por las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985, y que contemplaron los Proyectos de 1987, de la Comisión Federal de 1993 y de 1998. Para la superficie para edificar establece el término de setenta años.

Ambos plazos marcan el carácter temporario del derecho real.

El artículo dispone que los cincuenta o setenta años se cuentan "desde la adquisición del derecho de superficie". Si la expresión se analiza a la luz del art. 1982, esto ocurrirá tras la conjunción del título suficiente y el modo suficiente. Sin embargo, esto puede generar incertidumbre en los terceros ya que la publicidad posesoria puede suscitar dudas con respecto al derecho real que se está ejerciendo por la posesión. Por tal motivo se abogan distintas posturas que estiman que el plazo se computa desde la tradición **(18)**, desde que se reúnen el

del Cód. Civ. y Com. se entenderá reemplazada por el pago que debiera hacer el Ente Contratante al Contratista PPP por tal supuesto. c) En caso de terminación del Contrato PPP por vencimiento del término no corresponderá ninguna indemnización al Contratista PPP por la extinción concomitante del derecho de superficie afectado a dicho Contrato PPP".

(17) 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, cita: TR LALEY AR/DOC/416/2016.

(18) PAPAÑO, Ricardo, KIPER, Claudio M., DILLON, Gregorio A. y CAUSSE, Jorge R., "Derechos reales", As-
trea, Buenos Aires, 2004, t. 2, p. 283; KIPER, Claudio,

título y el modo para las partes y desde la fecha del título inscripto para los terceros (19), desde que se reúnen el título y el modo requiriéndose la inscripción registral para su oponibilidad a terceros de buena fe (20) y, postura a la que adhiero, desde la fecha del título, para todos, para las partes y para los terceros (21) ya que es indudable que la precisión acerca de la fecha del inicio del cómputo del plazo de la superficie para todos los involucrados es mucho mayor si se atiende directamente a la fecha del título, tal como lo dispuesto en el art. 1914 que presume que el inicio de una relación de poder comienza desde la fecha del título y tiene la extensión que en él se indica.

El Código no regula las consecuencias de establecerse un plazo mayor o no establecerse plazo en el acto constitutivo. Estimo que para ambos casos el plazo debe ser el máximo, ya que tampoco el art. 2117 dispone un plazo mínimo (22).

La última parte del art. 2117 expresa que "el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos". Se señala que lo relevante es que en cada acto de renovación no se fije un plazo superior al legal (23) es decir que puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda el máximo legal contado desde

"Tratado de Derecho Civil", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, t. II, p. 28.

(19) COSSARI, Nelson G. A., "Derecho real de superficie forestal. Necesidad de reformas", ED, 204887.

(20) ABELLA, Adriana, MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavallia, 2016, t. I, p. 372.

(21) ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. en ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Ignacio (coord.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2117.

(22) En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 se propuso de *lege ferenda*, que la ley fijase un plazo mínimo de 15 años.

(23) Por ejemplo "Si A constituyó superficie sobre un inmueble de su dominio a favor de B por setenta años, con fines edilicios, y a los veinte años contados desde la constitución de la superficie, el propietario del terreno y el superficiario deciden la renovación por otros setenta años, el acuerdo es válido y no existe impedimento legal". VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, 2020, p. 666.

la celebración de la renovación (24). La opinión no es unánime, ya que también se sostiene que de ningún modo el derecho real puede tener una duración mayor del plazo legal contado desde el acuerdo originario (25).

II.2.e. Legitimación para la constitución

Determina el art. 2118 que están facultados para constituir el derecho de superficie "los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal".

La legitimación del titular del derecho real de dominio para constituir superficie es la típica manifestación de la disposición jurídica de la cosa con los alcances previstos en el art. 1941.

Los condóminos, por decisión unánime pueden constituir superficie sobre el inmueble común. Tal como lo dispone el art. 1990, la disposición jurídica solo puede hacerse con "la conformidad de todos los condóminos".

Para el caso de los titulares del derecho real de propiedad horizontal baste recordar que el art. 2116 dispone que el derecho de superficie pueda constituirse sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal, por lo que la legitimación que acuerda el art. 2118 es una consecuencia de ello. La construcción que se emplace sobre el espacio aéreo del edificio significará la obra a que hace referencia el art. 2052 (que debe realizarse con el acuerdo unánime de los propietarios) y que será propiedad del superficiario. La misma situación puede plantearse en la propiedad horizontal especial de los conjuntos inmobiliarios.

En cuanto a la constitución de la superficie edilicia sobre la unidad funcional de un propietario, será nula tal posibilidad "ya que no se concibe, por su naturaleza, que el departamento, piso, cochera, etc., de un edificio puedan ser

(24) ALTERINI, Jorge H. y VÁZQUEZ, Gabriela A., en LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H., "Derecho Civil. Tratado de los derechos reales", coeditado por La Ley y Ediar, Buenos Aires, 2ª ed., t. VI, ps. 483/484.

(25) ABELLA, Adriana, MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavallia, 2016, t. I, p. 373.

aptos como objeto del derecho real" (26), aunque también se considera que no es imposible jurídicamente sino de "difícil aplicación práctica" (27) y hasta totalmente posible en los términos del art. 2045 (28).

II.2.f. Constitución y transmisión

En el art. 2119 se establece que el derecho de superficie se constituye por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Agrega que no puede adquirirse por usucapión larga, admitiendo la prescripción breve a los efectos del "saneamiento" del justo título.

El artículo, entonces, trata dos supuestos: la constitución del derecho y la transmisión del derecho.

Cuando se refiere a la constitución, se refiere al contrato (oneroso o gratuito) que será el título suficiente, es decir, el acto jurídico revestido de las formas establecidas por la ley, que tenga por finalidad transmitir o constituir el derecho real y que sea otorgado por personas capaces y legítimas al efecto.

Ese contrato, ese acto jurídico mediante el cual dos o más partes manifiestan su consentimiento para crear, regular, modificar, transferir o extinguir relaciones jurídicas patrimoniales (art. 953) debe ser celebrado por escritura pública (art. 1017 inc. a). Puede ser a título oneroso (cuando las ventajas que procuran a una de las partes le son concedidas por una prestación que ella ha hecho o se obliga a hacer a la otra) o a título gratuito (cuando aseguran a uno o a otro de los contratantes alguna ventaja, independiente de toda prestación a su cargo).

(26) VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, 2020, p. 669. GABÁS, Alberto A., "Derechos de superficie y de sobreconstrucción en la propiedad horizontal", LA LEY, 2013-F, 1050.

(27) ABELLA, Adriana, MARIANI DE VIDAL, Marina, "Derechos Reales en el Código Civil y Comercial", Zavalía, 2016, t. I, p. 375.

(28) COSSARI, Nelson G. A. en ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. en ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Ignacio (coord.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2116.

A este título suficiente deberá añadirse el modo suficiente para que el derecho real quede constituido como tal (régimen para la constitución de los derechos reales del art. 1892) y además deberá darse publicidad suficiente para su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe, que para el caso de los inmuebles será la publicidad registral (art. 1893).

A la manera del usufructo (art. 2134) puede el dueño constituir el derecho real de superficie sobre una edificación, plantación o forestación reservándose el derecho sobre el terreno, o bien transferir este último dejando para sí un derecho de superficie sobre la propiedad separada o enajenar a una persona el terreno y a otra, la propiedad superficiaria.

En cuanto a la transmisión del derecho, el referido art. 2119 establece que la superficie puede ser transmitida por actos entre vivos o por causa de muerte, replicando así los principios del art. 1906 por el cual todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario. Como corolario, el superficiario puede transmitir el derecho real a un tercero por actos entre vivos (a título oneroso o gratuito), subsistiendo las obligaciones asumidas por del superficiario, tal como lo dispone el art. 2123 y si el superficiario fallece el derecho real se transmite a sus herederos forzosos o a los que hubiera designado en un testamento.

II.2.g. Facultades del superficiario

El superficiario tiene derecho de plantar, forestar o construir sobre el inmueble ajeno y a hacer propio lo plantado, forestado o edificado (propiedad superficiaria).

II.2.g.i. Facultades vinculadas a la disposición material

Las facultades de disposición material (que se dan cuando existe propiedad superficiaria porque recién allí hay materialidad) se correlacionan con el derecho de propiedad, el cual no se extingue por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye nuevamente dentro del plazo de seis años o planta o foresta dentro del plazo de tres años (art. 2122).

II.2.g.ii. Facultades vinculadas a la disposición jurídica

En cuanto a la disposición jurídica, ya me he referido a la facultad del superficiario de transmitir su derecho, por lo que resta analizar los supuestos contemplados (o no) en el art. 2120.

II.2.g.ii.1. Constitución de derechos reales de garantía

La primera parte del art. 2120 dispone que el titular del derecho de superficie "está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie".

El artículo presenta aristas muy interesantes porque se refiere a la posibilidad de constituir derechos reales de garantía "sobre el derecho de construir, plantar o forestar", es decir, cuando todavía no existe propiedad superficiaria porque no construyó ni plantó ni forestó, pero ya tiene el derecho a hacerlo. Se trata del caso previsto en el art. 1883 cuando dice que el objeto del derecho real "también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley". Recuerdo perfectamente el debate ocurrido en el seno de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se desarrollaron en Rosario en el año 2003 (29) (en vigencia de la ley 25.509 y del

(29) Mi ponencia, en tal sentido, y en el marco de la superficie forestal de la entonces vigente ley 25.509: "En el caso de la posibilidad del superficiario de gravar su derecho real de superficie con uno derecho real de garantía, nos encontramos ante un nuevo supuesto que debe ser incorporado a esta lista, que, sin solución legal actual, halla su justificación expresa en el Proyecto de 1998 al tiempo que dispone que "son objeto de los derechos reales.... b) los derechos, en los casos previstos especialmente" (art. 1816). Además, esta ha sido la conclusión a la que se arribara en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 23 a 25 de setiembre de 2001, en cuanto la Comisión 4 (objeto de los derechos reales), en sus conclusiones generales ha establecido: "I— Los derechos reales tienen por objeto: a) Las cosas. b) Las partes materiales de las cosas. c) Los derechos, excepcionalmente, si la ley lo establece. II.- En todos los casos, la relación del titular con el objeto debe ser directa y conferir los derechos de persecución y preferencia". Entonces, cuando el superficiario constituye un derecho real de garantía, debemos diferenciar dos hipótesis: 1) si el terre-

Cód. Civil de 1871), que a pesar de su riqueza quedó reflejado con la suavidad de la siguiente conclusión: "La superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca". La conclusión fue mayoritaria y pretendió expresar que puede afectarse a derechos reales de garantía el derecho forestar (único permitido por la ley 25.509).

En el marco del Cód. Civ. y Com., entonces, aunque no exista propiedad superficiaria, el superficiario está legitimado para constituir hipoteca (art. 2206) y anticresis (art. 2213) sobre su derecho de construir, plantar o forestar. Sobre lo producido en una explotación agrícola o forestal, separado del suelo, se podrá constituir derecho real de prenda, y fuera de los derechos reales de garantía, pero dentro de las garantías reales, fideicomiso en garantía.

II.2.g.ii.2. Afectación al régimen de propiedad horizontal

La segunda parte del art. 2120 determina que el titular del derecho de superficie "puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario".

Se refiere al derecho de superficie para construir en cuyo marco el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal. Luego de la división jurídica del edificio en los términos del art. 2038 el superficiario puede vender las unidades funcionales, cuyos adquirentes serán titulares de un derecho temporario, que se extinguirá cuando se extinga la superficie.

"Esta alternativa permite el acceso a la vivienda de una manera menos costosa. En efecto, como el derecho de propiedad horizontal del

no se encuentra plantado, a la sazón, el derecho real de garantía recae sobre una cosa, pero 2) si el terreno aún no posee plantación, porque el derecho no ha comenzado a ejercerse, el derecho real de garantía recae sobre un derecho".

adquirente es temporario, el precio de compra de la unidad funcional será inferior al común del mercado inmobiliario correspondiente a una unidad funcional a perpetuidad. No es lo mismo, p. ej., adquirir un departamento por el plazo de 65 años que adquirirlo en propiedad horizontal perpetua” (30).

II.2.g.ii.3. Constitución de otros derechos reales

El tema de la Comisión de Derechos Reales en las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que se desarrollaron en Bahía Blanca en 2015 fue “usufructo”, y entre sus conclusiones se encuentra: “Además de derechos reales de garantía la interpretación del art. 2120 del Cód. Civ. y Com., en armonía con el art. 2131 del Cód. Civ. y Com., determina que el superficiario puede gravar con usufructo la propiedad superficiaria” (unanimidad).

El art. 2131 dispone que solo están legitimados para constituir usufructo “el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer”.

Al derecho real de uso y al derecho real de habitación se les aplican las reglas del usufructo (arts. 2155 y 2159), por lo que considero que el superficiario también puede constituir ambos derechos reales por aplicación del referido art. 2131, cuyo plazo de duración estará limitado al derecho del superficiario (art. 2125).

II.2.h. Facultades del propietario del inmueble

Acorde a su dominio desmembrado, el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, “siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario” (art. 2121).

Las facultades materiales no estaban previstas en la ley 25.509 pero sí en el Proyecto de 1998. Ya las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 se habían expresado al respecto: *De lege ferenda* “6) El derecho de superficie no impide al dueño del terreno

realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio al superficiario”.

Por su parte, y tal como se señalara, el propietario conserva la disposición jurídica que corresponde a su derecho, por lo que se halla facultado a enajenar el inmueble o constituir otros derechos reales siempre que con ello no turbe los derechos del superficiario.

II.2.i. Extinción

Resultan de aplicación aquí el art. 1907 en cuanto expresa que “sin perjuicio de los medios de extinción de todos los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, estos se extinguen, por la destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción, por su abandono y por la consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena” y el art. 2124 que dispone que “el derecho de construir, plantar o forestar se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años, para el derecho a construir, y de cinco, para el derecho a plantar o forestar”.

II.2.i.i. Destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción

En el caso de derecho real de superficie la destrucción de lo plantado o edificado no produce por sí misma la extinción del derecho real ya que por el art. 2122 “la propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años, que se reduce a tres años para plantar o forestar”. El artículo encuentra su explicación en la estructura de este derecho real que otorga, en primer lugar, un derecho a plantar, forestar o constituir y, posteriormente, la propiedad sobre el plantado, forestado o construido. La extinción de la propiedad superficiaria hace renacer el derecho a plantar, forestar o constituir, salvo pacto en contrario que podrá estar expresamente establecido en el título.

El plazo, estimo, debe contarse desde la destrucción y bastará que el superficiario inicie las

(30) VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, 2020, p. 678.

obras dentro del plazo legal, aunque no las haya concluido, para evitar la extinción.

El Proyecto de 1998 admitía la misma solución, pero al disponer un plazo para construir o forestar tras la destrucción, aclaraba que ese plazo legal podía ser modificado por las partes al tiempo de constituir el derecho. Al no aclarar nada al respecto, el plazo podía ser aumentado o disminuido.

El Cód. Civ. y Com. no trae la misma facultad. No obstante ello, el plazo del art. 2122 no es de orden público ya que expresa “salvo pacto en contrario” por lo que, si quienes constituyen la superficie, por autonomía de la voluntad, pueden establecer que la propiedad superficiaria se extinga por su destrucción de lo construido, plantado o forestado, con más razón pueden ampliar o reducir el plazo legal.

II.2.i.ii. Abandono

Para el análisis de este instituto, utilizaré los argumentos de la pérdida de las relaciones de poner, ya que si de acuerdo con el art. 1931 inc. e) (31), la relación de hecho también se pierde si el sujeto hace abandono expreso y voluntario de la cosa, con más razón cuando se trata de un derecho real.

El abandono de un derecho real que se ejerce por la posesión se produce cuando el poseedor se desprende voluntariamente y de modo expreso de la cosa. Así, el acto de abandono debe ser voluntario (exigiéndose entonces discernimiento, intención y libertad) y no se configura si el titular es obligado por la fuerza o el temor a hacer entrega de la cosa, o si se enfrenta a necesidades imperiosas o situaciones de hecho inesperadas. Además, el abandono debe ser expreso, lo que tiene justificativo ya que, si para adquirir el derecho real se requieren actos materiales, también son requeridos para el abandono y no serán suficientes las manifestaciones verbales o el mero “no uso”.

(31) FRANCHINI, María Florencia, “Código Civil y Comercial de la Nación y leyes especiales comentado y anotado con perspectiva de género”, HERRERA, Marisa, DE LA TORRE, Natalia, VÁZQUEZ, Gabriela A. (dirs.), Editores del Sur, 2023, t. 11 comentario al art. 1931.

II.2.i.iii. Consolidación

La consolidación se produce cuando se confunden en la misma persona las calidades de propietario del inmueble y de superficiario. Se halla doblemente regulada en el Cód. Civ. y Com. en el art. 1907 y en el 2124 lo que se justifica porque el art. 1907 se refiere a la “consolidación en los derechos reales sobre cosa ajena”, que no es el único supuesto del derecho real de superficie ya que cuando existe propiedad superficiaria, recae sobre cosa propia.

Cuando estas dos figuras (las del propietario del inmueble y de superficiario) se funden en una sola (en el propietario, en el superficiario o en un tercero) por actos entre vivos o por causa de muerte, el derecho real de superficie se extingue.

II.2.i.iv. Renuncia expresa

Por principio general toda persona puede renunciar a un derecho si esa renuncia no está prohibida y solo afecta intereses privados (art. 944). El art. 2124 admite a la renuncia como causal de extinción y dispone que esta debe ser expresa, lo que se corresponde con el art. 948, ya que “la voluntad de renunciar no se presume”.

A pesar de que el art. 949 indica que la renuncia “no está sujeta a formas especiales, aun cuando se refiera a derechos que constan en un instrumento público”, en el caso resultan aplicables los principios del art. 1017 inc. a) —me refiero a “los principios” porque la renuncia es un acto jurídico unilateral mientras que el art. 1017 se refiere a los contratos, que son actos jurídicos bilaterales—. Por estas consideraciones es necesaria la escritura pública de renuncia y la debida inscripción registral para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe.

La renuncia tiene los efectos del art. 2123, por lo que no libera al superficiario de las obligaciones por él asumidas.

II.2.i.v. Vencimiento del plazo

Por su carácter temporario, el vencimiento del plazo convenido en el contrato (y sus renovacio-

nes) fija la extinción del derecho real de superficie. Si se hubiera acordado un plazo mayor al legal, la superficie se extingue a los setenta años si su finalidad es construir o a los cincuenta años si su finalidad es la de plantar o forestar.

II.2.i.vi. Cumplimiento de una condición resolutoria

El derecho de construir, forestar y edificar puede sujetarse a condición resolutoria expresada en el contrato de superficie, cuyo acontecimiento produce la extinción del derecho real si ocurre antes del vencimiento del plazo legal. Vale estacar que esta extinción no se produce de pleno derecho como acontece en el supuesto de vencimiento del plazo legal.

II.2.i.vii. No uso

La extinción de un derecho real por el “no uso” es la manera tradicional de extinción de los derechos de disfrute sobre cosa ajena, de allí que también se extingue por el no uso el usufructo (art. 2152, inc. c), el uso (art. 2155), la habitación (art. 2159) y la servidumbre (art. 2182, inc. b). El Cód. Civ. y Com., para todos estos derechos reales fija un plazo de diez años, mientras que el derecho real de superficie se extingue por el no uso durante diez años, si su finalidad es edilicia, y por el no uso durante cinco años si fue constituida para plantaciones o forestaciones.

El art. 2124 se refiere a la extinción por el no uso durante diez años, para el “derecho” a construir, y de cinco, para el “derecho” a plantar o forestar. No se refiere a la propiedad superficiaria porque si ella existe es porque ya se ejerció el derecho a construir, plantar o forestar, en cuyo caso se trata de un derecho real sobre cosa propia, para el que no corresponde la causal de extinción por el no uso.

La extinción por el no uso también tiene los efectos del art. 2123, por lo que no libera al superficiario de las obligaciones por él asumidas.

II.2.i.viii. Efectos de la extinción

El art. 2125 diferencia los efectos según se trate de la extinción del derecho de superficie

por el cumplimiento del plazo convencional o legal o de extinción del derecho de superficie antes del cumplimiento del plazo convencional o legal.

II.2.i.viii.1. Extinción por cumplimiento del plazo convencional o legal

Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, “el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario”.

Si durante la vigencia del derecho real de superficie el superficiario constituyó derechos reales o personales a favor de terceros estos derechos se extinguen sin perjudicar a dichos terceros que no podían desconocer el carácter temporario del derecho del superficiario.

Producida la extinción del derecho de superficie el principio de accesión (al que me referiré más adelante) se reanuda y la propiedad queda unificada en cabeza del titular del suelo.

II.2.i.viii.2. Extinción antes del cumplimiento del plazo convencional o legal

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional los derechos reales y personales continúan, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie

II.2.i.viii.3. Indemnización al superficiario

Prescribe el art. 2126 que, producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo, excepto pacto en contrario, debe indemnizar al superficiario.

A diferencia de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1985 (que propiciaron *de lege ferenda* “11) Extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo se convierte en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario”), el Cód. Civ. y Com. reconoce al superficiario un derecho indemnizatorio, en la medida que no se halla acordado que tal mon-

to no estuviera presente. Se advierte así que la norma no es imperativa ya que concede este derecho al superficiario si no se hubiera pactado lo contrario. Como un elemento natural del contrato de superficie, solo si las partes no se hubieran expresado en sentido contrario, la norma concede la indemnización a fin de evitar un enriquecimiento injustificado del propietario del inmueble que, tras la extinción de la superficie, hace propio lo edificado, plantado o forestado.

De acuerdo con el art. 2126 el monto de la indemnización acordada puede ser fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie o en acuerdos posteriores. En subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, "se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización". Esta pauta subsidiaria para establecer la indemnización es de "muy dudosa razonabilidad" (32) ya que es difícil entender que la indemnización se calcule sin tener en cuenta las inversiones de los primeros años (que podría ser sesenta y ocho años) y considerando solo las de los últimos dos años cuando ya se vislumbra la terminación del derecho real de superficie.

II.2.j. El principio de accesión. Suspensión y reanudación del principio

El principio romano *superficie solo cedit* todo lo que se incorpora a un inmueble se considera que forma parte de él y pertenece al propietario. El art. 1945, a la manera del art. 2518 del derogado Cód. Civil (33) dispone que el dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al

(32) ALTERINI, J. H. y ALTERINI, I. E. en ALTERINI, Jorge H., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Ignacio (coord.), Ed. La Ley, 3ª ed., t. X, comentario al art. 2126.

(33) Art. 2518 del derogado Cód. Civil: "La propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares. Comprende todos los objetos que se encuentran bajo el suelo, como los tesoros y las minas, salvo las modificaciones dispuestas por las leyes especiales sobre ambos objetos. El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo; puede extender en él sus construcciones, aunque quiten al vecino la luz, las vistas u otras ventajas; y puede también demandar la demolición de

espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible (excepto lo dispuesto por normas especiales) y que todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, "excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie".

Específicamente en cuanto al derecho real de superficie, el principio de accesión cede, y puede una persona ser propietaria del suelo y otra distinta, propietaria de las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble.

Esta excepción al principio de accesión que se plantea en el derecho real de superficie implica una suspensión del principio, el que se reanuda cuando se extingue la superficie, momento en el cual "el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado" por el superficiario (art. 2125).

Considero, y así lo he planteado en el seno de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario en el año 2003 en ponencia que presentara (34), que el principio de accesión se suspende para el dueño en el contexto del derecho real de superficie, pero no para el superficiario, quien adquiere lo que construye, siembra o planta con materiales ajenos, en la misma medida que adquiere la construcción, siembra o plantación realizada por un tercero en el in-

las obras del vecino que a cualquier altura avancen sobre ese espacio".

(34) Mi ponencia, redactada en vigencia del derogado Cód. Civil, en lo atinente a esta parte, dice: "Novedosas consecuencias. La accesión artificial: Ante la existencia del derecho real de superficie forestal, si el superficiario planta, en la finca gravada, con semillas o plantas ajenas, adquiere la propiedad de unas y otras, pero está obligado a pagar su valor. Por supuesto, y como lo indica el mismo art. 2587, si obró de mala fe deberá, además, resarcir daños y perjuicios. Además, y en el caso previsto en el art. 2588, cuando de buena fe se plantare con semillas propias en terreno ajeno gravado con derecho real de superficie forestal, el superficiario tendrá derecho a hacer suya la plantación, previas las indemnizaciones correspondientes al plantador, sin que éste pueda destruir lo que hubiese plantado, no consintiendo el superficiario. Por último, si el plantador obró de mala fe, el superficiario debe "el mayor valor adquirido", conforme lo preceptúa el art. 2589".

mueble sujeto a superficie. En otras palabras, lo dispuesto en el art. 1962 (construcción, siembra y plantación como modo de adquisición del dominio) se le aplica al superficiario y no al propietario del inmueble, al igual que lo dispuesto en el final del art. 1945 (se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el superficiario, si no se prueba lo contrario).

La postura recibió unánime consenso en dichas Jornadas Nacionales, entre cuyas conclusiones se expresó: "VIII.- El principio de accesión: Los arts. 2518, 2519, 2587, 2588 y cclds. del Cód. Civil también son de aplicación al superficiario de conformidad al régimen estatuido por la ley 25.509. (Unanimidad)". Las conclusiones hacen referencia al derogado Cód. Civil y a la derogada ley 25.509 pues se hallaban vigentes al tiempo de las Jornadas. Considero que, a tenor de la legislación vigente, se llega a la misma conclusión a través de los arts. 1945 y 1962.

III. El derecho real de superficie en la ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

III.1. Consideraciones previas

La ley 6639 crea el *Régimen de Covivienda* que tiene por objeto "implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda" (art. 1°), y para ello utiliza la figura de la superficie, que, en este caso, es la edificación.

Al analizar este derecho real ya me he referido a la utilidad socioeconómica y a la formación del mercado inmobiliario con abaratamiento de las edificaciones ya que lo más costoso es la formación de suelo urbano. La ley, con la creación de este régimen especial habilita a que el Estado comparta la explotación inmobiliaria con terceros, beneficiándose ambos.

La modalidad es novedosa en nuestro país, pero no en el mundo, ya que el célebre Palacio de las Naciones de Ginebra se construyó bajo la figura de la superficie y también una gran parte de la ciudad de Londres. Tras la Primera Guerra Mundial la superficie resultó una herramienta para la reconstrucción de las ciudades arrasadas.

El instituto es útil "para paliar la problemática de la vivienda" ya que "el crecimiento demográ-

fico ha sido, sin duda, una de las causas que explican su expansión y revitalización durante el siglo pasado" (35), de allí que la superficie está presente en casi todos los ordenamientos del derecho comparado.

Así lo señala la ley española de 1956 sobre régimen del suelo y ordenamiento urbano que propicia la constitución de derecho real de superficie por entidades públicas y privadas para facilitarla construcción, evitar la especulación del mercado inmobiliario tanto en edificios como en terrenos y planificar la ciudad.

III.2. El derecho real de superficie en la ley 6639

La ley organiza el *Régimen de Covivienda* a través de la constitución del derecho real de superficie en el *Inmueble de Covivienda* sobre el que se emplazará el *Edificio de Covivienda*, propiedad de una *Organización* en calidad de superficiario.

El *Inmueble de Covivienda* debe estar en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y puede ser del dominio privado: a) de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, b) del Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, c) del dominio privado de otros sujetos de derecho público estatales y no estatales, y d) del dominio de personas jurídicas de derecho privado que no posean fin de lucro. El derecho real de superficie que se constituye sobre este inmueble es para construir, y puede recaer en terrenos sin edificar o en terrenos con edificaciones.

El superficiario es una *Organización* conformadas exclusivamente por aquellas personas humanas que serán *Usuarios* de las Unidades una vez que se edifiquen las mismas.

III.2.a. Caracteres

El derecho real de superficie constituido conforme esta ley, reviste los caracteres previstos en el Cód. Civ. y Com.: es un derecho real principal y temporario que recae sobre inmuebles, que se ejerce por la posesión, que se constituye para construir, que recae sobre cosa propia cuando

(35) VÁZQUEZ, Gabriela A., "Derechos reales", Ed. La Ley, 2020, p. 654.

existe propiedad superficiaria, que es transmisible y que requiere publicidad registral para su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe. Para el supuesto que el título por el que se constituya se halle revestido de las formas exigidas para su validez (escritura pública en este caso) pero sus otorgantes no sean capaces o no estén legitimados al efecto (justo título), procede la adquisición por prescripción corta de diez años si existe buena fe.

III.2.b. Finalidad

Con la construcción y/o refacción de *Edificios de Covivienda*, la ley pretende implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda (art. 1) a favor de quienes “se encuentran en situación de vulnerabilidad y/o afectados por el déficit habitacional y/o los que deseen formar parte de las comunidades de Covivienda” (art. 2°).

III.2.c. Objeto

En el diseño del *Régimen de Covivienda* el derecho de superficie recae (art. 3°) en inmuebles en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y que sean: a) de dominio privado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, así como los del Instituto de Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; b) de dominio privado de otros sujetos de derecho público estatales y no estatales y del dominio de personas jurídicas de derecho privado que no posean fin de lucro, en virtud de los convenios que se celebren a los fines del cumplimiento de la ley. La norma no contempla los inmuebles de personas humanas.

El artículo aclara que el sistema delineado se rige por las normas del Cód. Civ. y Com. sobre derechos reales de dominio, superficie, propiedad horizontal y uso, como asimismo de la posesión, en los aspectos indicados en la ley.

Por el art. 9° los *Inmuebles de Covivienda* (los inmuebles cuyos titulares de dominio son los enumerados en el art. 3° de la ley) pueden ser: a) terrenos sin edificar, b) terrenos con edificaciones en obra, interrumpidas o en curso de ejecución y c) terrenos con edificaciones concluidas que deban ser refuncionalizados.

Se aclara que “en los casos en que existan edificaciones en el inmueble, concluidas o en construcción, se deberá justificar fundamentamente la conveniencia de adquirir las mismas para el cumplimiento de las finalidades del régimen de Covivienda”.

La superficie se constituye entre el titular de dominio (los enumerados en el art. 3 de la ley) y la *Organización*, que en su carácter de superficiario puede, en terrenos sin edificar, realizar construcciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo construido (art. 2115 del Cód. Civ. y Com.) o adquirir la propiedad de construcciones ya existentes a los fines de la ley.

En los dos casos el derecho del superficiario (la *Organización*) coexiste con la propiedad separada del titular del suelo (la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el Instituto de Vivienda, los sujetos de derecho público estatales y no estatales o la persona jurídica de que se trate).

La extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria para la construcción de viviendas, pero debe ser útil para su aprovechamiento.

El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo. El derecho a construir puede ejercerse sobre el espacio aéreo, en el subsuelo, o sobre ambos al mismo tiempo (para la construcción de cocheras, por ejemplo).

La ley 6639, al igual que el Cód. Civ. y Com. contempla que el derecho de superficie se constituya sobre inmuebles de dominio privado, los señalados en el art. 236 (dominio privado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, del Instituto de Vivienda, de otros sujetos de derecho público estatales y no estatales) y en el art. 238 (dominio de personas jurídicas de derecho privado que no posean fin de lucro).

Aunque la ley no prevé la constitución de derecho de superficie sobre inmuebles de dominio público, podrían desafectarse bienes aptos para los fines perseguidos.

III.2.d. Duración

La ley no estipula plazo de duración del derecho real de superficie, pero, de cualquier modo, por tratarse de un derecho temporario, no puede exceder de setenta años porque se trata de construcciones y “puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos” (art. 2117 del Cód. Civ. y Com.).

III.2.e. Legitimación para la constitución

Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio de los inmuebles enumerados en el art. 3° de la ley.

III.2.f. Constitución

Así como el art. 2119 del Cód. Civ. y Com. establece que el derecho de superficie se constituye por contrato, el art. 7° de la ley 6639 dispone que el acto jurídico constitutivo del derecho real de superficie debe celebrarse entre el Instituto de Vivienda [por las competencias atribuidas en el art. 6° inc. b) de la ley 1251 (36)] y la *Organización*, en su carácter se superficiaria.

Ese contrato, debe ser celebrado por escritura pública (art. 1017 inc. a), se le debe sumar el modo suficiente para que el derecho real quede constituido como tal (art. 1892) y además deberá darse publicidad registral para su oponibilidad a los terceros interesados de buena fe (art. 1893).

La figura del superficiario se personifica en una *Organización* a la que la ley define como aquellas conformadas exclusivamente por aquellas personas humanas que serán Usuarios de las unidades una vez que se edifiquen las

(36) Entre los principios generales de la ley 1251 (art. 4°) se encuentran: contribuir al acceso a la vivienda digna de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, propender a reducir, mediante políticas activas, el déficit habitacional, promover el efectivo ejercicio del derecho al hábitat y a la vivienda de todos los habitantes de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y promover la demanda y estimular la oferta de vivienda. Por el art. 6° el Instituto de Vivienda tiene la facultad de adquirir o transferir bienes muebles e inmuebles a título oneroso o constituir sobre ellos derechos reales (inc. b).

mismas (art. 7°) (37) y que entre sus facultades se encuentra la de celebrar con el Instituto de Vivienda los actos jurídicos constitutivos del derecho real de superficie,

Los *Usuarios*, las personas con necesidades habitacionales que vivirán en los inmuebles construidos por el superficiario, también definidos en la ley (art. 6°) son las personas humanas y grupos familiares identificados bajo el concepto de “hogar”, entendiéndose por tal tanto al grupo de personas, parientes o no, que vivan bajo un mismo techo, de acuerdo con un régimen familiar, compartiendo gastos de alimentación como a quienes viven solos. Tienen los siguientes derechos y obligaciones: a) contribuyen con una prestación a la Organización de Covivienda, b) reciben de la Organización de Covivienda una contraprestación consistente en el derecho real de propiedad horizontal o el derecho real de uso y la posesión conjunta de la Unidad y de las partes comunes. Para poder ser considerado *Usuario*, el hogar no puede tener ingresos superiores a ocho salarios mínimos, vitales y móviles y ninguno de sus integrantes puede tener inmuebles con destino habitacional a su nombre.

Los *Usuarios* no son parte del contrato de superficie entre el Instituto de Vivienda y la *Organización*. Son parte en los contratos vinculados a los derechos reales que el superficiario constituye sobre el inmueble (*edificio de Covivienda*) para satisfacer el déficit habitacional.

En cuanto a la transmisión del derecho de superficie, la ley no lo menciona, si bien el art. 2119 el Cód. Civ. y Com. establece que la superficie puede ser transmitida replicando así los principios del art. 1906 por el cual todos los derechos reales son transmisibles, excepto disposición legal en contrario. Como corolario, el superficiario puede transmitir el derecho real a un tercero por actos entre vivos (a título oneroso o gratuito), subsistiendo las obligaciones asumidas por del superficiario, tal como lo dispone el art. 2123 del Cód. Civ. y Com. Dadas las caracte-

(37) Estas Organizaciones pueden constituirse como: a) Entidades conformadas como cooperativas, mutuales, asociaciones civiles sin fines de lucro, las simples asociaciones y las fundaciones, b) Se considerarán también Organizaciones los fideicomisos.

terísticas de la *Organización* como superficiaria, estimo que la transmisibilidad o no de su derecho de superficie deberá estar expresamente tratado en el título.

III.2.g. Facultades del superficiario. La *Organización* y los *Usuarios*

El Superficiario construye el *Edificio de Covivienda* de acuerdo con el proyecto presentado en el concurso que a tal fin convoca el Instituto de Vivienda, concurso y proyecto que tiene distintas modalidades según se trate de inmuebles de la Ciudad Autónoma de Buenos o de inmuebles del dominio privado de los sujetos de derecho público estatales y no estatales o de personas jurídicas de derecho privado que no posean fin de lucro (art. 10).

Construido el *Edificio de Co vivienda*, el *Régimen de Covivienda* se estructura (art. 11) bajo el Derecho Real de Propiedad Horizontal (“en cuyo caso el Reglamento de Copropiedad deberá prever el derecho de preferencia a favor del Consorcio de Co Propietarios sobre las Unidades funcionales de conformidad con lo establecido en los arts. 2085 y ccdd. del Cód. Civ. y Com.”) o bajo el Derecho Real de Uso (en cuyo caso “la constitución de derechos personales y reales por parte de los usuarios deberá contar con la conformidad de la Organización de acuerdo con lo establecido por el Cód. Civ. y Com. en los arts. 2154 a 2157 y ccdd.”).

En ese sentido, de acuerdo con el art. 7 de la ley la *Organización* debe celebrar con los Usuarios los actos jurídicos constitutivos del derecho real de propiedad horizontal o del derecho real de uso y elaborar el *Reglamento de Covivienda* el cual, previa conformidad del Instituto de Vivienda se somete a la aprobación por parte de los Usuarios (este *Reglamento de Covivienda* no debe confundirse con el Reglamento para la constitución del derecho real de Propiedad Horizontal).

III.2.g.i. Facultades vinculadas a la disposición material

El superficiario, la *Organización*, tiene las facultades de disposición material de la propiedad superficiaria (que se dan cuando existe

propiedad superficiaria porque recién allí hay materialidad). Estas facultades se correlacionan con el derecho de propiedad, el cual no se extingue por la destrucción de lo construido si el superficiario construye nuevamente dentro del plazo de seis años (art. 2122). La ley no se refiere al caso de destrucción de lo construido, por lo que resulta de aplicación este artículo.

III.2.g.ii. Facultades vinculadas a la disposición jurídica

III.2.g.ii.1. Constitución de derechos reales de garantía

Aunque la primera parte del art. 2120 del Cód. Civ. y Com. establece que el titular del derecho de superficie “está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie”, tal facultad no se advierte en la ley 6639, lo que resulta razonable si se tiene en cuenta que el financiamiento de la obra está a cargo del Instituto de Vivienda.

III.2.g.ii.2. Afectación al régimen de propiedad horizontal

Como ya lo señalé, la segunda parte del art. 2120 determina que el titular del derecho de superficie “puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario”. Se refiere al derecho de superficie para construir, caso del *Régimen de Covivienda*, en cuyo marco el superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal. Luego de la división jurídica del edificio en los términos del art. 2038 el superficiario puede vender las unidades funcionales, cuyos adquirentes serán titulares de un derecho temporario, que se extinguirá cuando se extinga la superficie.

En el caso de la ley 6639, este derecho se transforma en un deber (salvo que se opte por

el derecho real de uso que analizará más adelante).

La *Organización*, entonces, afecta el *Edificio de Covivienda* al régimen de la propiedad horizontal y luego de la división jurídica del edificio en los términos del art. 2038 transfiere las unidades funcionales a los *Usuarios*, quienes serán titulares de un derecho temporario, que se extinguirá cuando se extinga la superficie.

III.2.g.ii.3. Constitución de otros derechos reales. Derecho real de uso

La otra opción que da la ley es que la *Organización* constituya derecho real de uso sobre el *Edificio de Covivienda*.

Dispone el art. 14 que, a los fines de instrumentar el vínculo entre la *Organización* y los *Usuarios*, en relación con la *Unidad* se “suscribirá un instrumento público” (lo que es evidente porque por tratarse de inmuebles el contrato de constitución del derecho real debe ser hecho por escritura pública de acuerdo con el art. 1017 inc. a del Cód. Civ. y Com.) que deberá “conferir derecho real de uso sobre las Unidades y espacios comunes” estableciéndose “conjunta y simultáneamente para todos los miembros del ‘hogar’, con expreso derecho de acrecer de conformidad con el art. 2154 a 2157 del Cód. Civ. y Com.”.

En caso de fallecimiento, los convivientes admitidos por la *Organización* comprendidos en el concepto de “hogar”, continuarán con la posesión de la *Unidad* y la coposesión de las partes comunes, hasta la conclusión del período respectivo y tendrán a su cargo las obligaciones correspondientes. A tal fin, la *Organización* deberá otorgar los actos constitutivos de los derechos reales de que se trate para que los mismos puedan adquirir y detentar la titularidad del derecho real respectivo sobre la *Unidad* y las partes comunes que anteriormente tenía el *Usuario* fallecido, hasta la expiración del plazo de vigencia del *Convenio de Covivienda*.

En caso de renuncia del *Usuario* a su derecho de uso de la *Unidad* y coposesión de las partes comunes, como también en el supuesto de abandono de estos, si la *Unidad* quedará desha-

bitada la *Organización* le propondrá al Instituto de Vivienda un nuevo usuario en reemplazo del anterior. No explica la ley si este nuevo usuario tiene un nuevo plazo para ejercer su derecho o completa el que le faltaba al Usuario que renunció o abandonó. Pareciera además que la ley trata al abandono con una asimilación incorrecta al “no uso”, puesto que el abandono expreso tiene las mismas características que la renuncia expresa.

III.2.h. Facultades del propietario del inmueble

Si bien el art. 2121 del Cód. Civ. y Com. hace referencia a que el propietario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, “siempre que las ejerza sin turbar el derecho del superficiario”, la ley otorga mayores facultades, tal vez en exceso en el marco del Cód. Civ. y Com., pero que seguramente encuentran su fundamento en que se trata de una política pública para disminuir la crisis habitacional.

Por el art. 13 el Instituto de Vivienda “ejercerá las más amplias facultades de auditoría de la ejecución de los proyectos de construcción adjudicados, de la administración del Inmueble de Covivienda por parte de las Organizaciones y del respeto a los derechos de los Usuarios”. Las decisiones que adopte en aplicación de esta disposición “agotarán la vía administrativa previa, pudiendo recurrirse mediante recurso de alzada”.

Por el art. 12 el Instituto de Vivienda tiene la potestad de autotutela de la Administración sobre los bienes afectados al Régimen de Covivienda, la que incluye “la recuperación inmediata de la posesión del Inmueble de Covivienda y del Edificio de Covivienda en su caso (a) de configurarse una situación de grave peligro para el interés público y (b) en caso de paralización por más de seis [6] meses o abandono, sin justificación, de las obras o del Inmueble de Covivienda, (c) Desvío del destino”.

La norma es, al menos, llamativa desde la óptica del derecho civil. Por un lado, porque la posesión del *Inmueble de Covivienda* nunca la perdió, porque ostenta un derecho real de dominio que se ejerce por la posesión y que no se

opone a la posesión que a título de superficiario tenga la *Organización*. Si lo que quiere significar es que el Instituto tiene la facultad de quitarle la posesión al superficiario, esto no lo podrá hacer sin extinguir el derecho real de superficie.

III.2.i. Extinción

Se aplican aquí los preceptos de los arts. 1907 y 2124 del Cód. Civ. y Com. y lo expresamente dispuesto por la ley 6639.

III.2.i.i. Destrucción total de la cosa si la ley no autoriza su reconstrucción

En el caso, la destrucción de lo edificado no produce por sí misma la extinción del derecho real ya que por el art. 2122 del Cód. Civ. y Com. “la propiedad superficiaria no se extingue, excepto pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, plantado o forestado, si el superficiario construye, nuevamente dentro del plazo de seis años”.

La ley no hace referencia a este supuesto en el Capítulo Cuarto que denomina “Conclusión de la Covivienda”, por lo que considero que el “pacto en contrario” a que se refiere el artículo no se verá plasmado en el contrato de superficie para construir el *Edificio de Covivienda*. Si nada se estableciera en el contrato, rige entonces el art. 2122 del Cód. Civ. y Com. No obstante, podría establecerse que si se destruye lo construido se extingue el derecho de superficie si el superficiario no construye nuevamente dentro del plazo de seis años (o del plazo que fije el contrato).

III.2.i.ii. Abandono

La ley menciona el abandono, sin justificación, “de las obras o del *Inmueble de Covivienda* pero no lo trata como un supuesto de extinción del derecho real, porque para este supuesto dice que el Instituto de Vivienda “recuperará la posesión”, expresión a la que ya me he referido.

El supuesto de abandono que extingue el derecho real de superficie debe ser expreso y voluntario, y no puede inferirse por el no uso.

Los supuestos que trata el art. 12 estimo que solo facultan al Instituto de Vivienda a resolver

el contrato por incumplimiento, lo que traerá aparejada la extinción del derecho real.

También la ley menciona el abandono de la unidad por parte del *Usuario*, pero en este caso no se trata de la extinción del derecho real de superficie sino de la extinción del derecho real de uso o de propiedad horizontal constituido por la *Organización* con los *Usuarios*. Evalúo que en este caso también rige la necesidad de que tal abandono sea voluntario y expreso, porque el no uso no alcanza para inferir el abandono, máxime en la propiedad horizontal, que no se extingue por el no uso.

III.2.i.iii. Consolidación

Considero que el caso posible, dado la naturaleza de los bienes sobre los que se constituye superficie, ocurrirá si el propietario del inmueble adquiere el derecho real de superficie.

III.2.i.iv. Renuncia expresa

El art. 2124 del Cód. Civ. y Com. admite a la renuncia como causal de extinción y dispone que esta debe ser expresa, lo que se corresponde con el art. 948, ya que “la voluntad de renunciar no se presume”. Si la *Organización* renuncia al derecho de superficie deberá hacerlo por escritura pública y requiere la debida inscripción registral para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe. La renuncia tiene los efectos del art. 2123, por lo que no libera al superficiario de las obligaciones por él asumidas.

III.2.i.v. Vencimiento del plazo

Por su carácter temporario, el vencimiento del plazo convenido en el contrato (y sus renovaciones) fija la extinción del derecho real de superficie. Si se hubiera acordado un plazo mayor al legal, la superficie se extingue a los setenta años.

III.2.i.vi. Cumplimiento de una condición resolutoria

Si el derecho de construir de la *Organización* estuviera sujeto a condición resolutoria expresada en el contrato de superficie, su acontencimiento produce la extinción del derecho real si ocurre antes del vencimiento del plazo legal.

Vale recordar que esta extinción no acaece de pleno derecho como acontece en el supuesto de vencimiento del plazo legal.

III.2.i.vii. No uso

El art. 2124 se refiere a la extinción por el no uso durante diez años, para el “derecho” a construir. No se refiere a la propiedad superficiaria porque si ella existe es porque ya se ejerció el derecho a construir, en cuyo caso se trata de un derecho real sobre cosa propia, para el que no corresponde la causal de extinción por el no uso. La extinción por el no uso también tiene los efectos del art. 2123, por lo que no libera al superficiario de las obligaciones por él asumidas.

Adviértase que en la ley 6639 los actos que dan lugar a esta “recuperación inmediata de la posesión” del art. 12, son de muy distinta naturaleza, ya que si el superficiario, con su actitud, genera un grave peligro para el interés público o desvía el destino habitacional, las facultades del propietario del inmueble serán requerir la extinción de la superficie antes del plazo legal (manteniéndose las obligaciones asumidas por el superficiario, de conformidad al art. 2123 del Cód. Civ. y Com.). Pero si el superficiario paraliza la obra por más de seis meses o abandona la obra, no parece razonable la medida, ya que, además, no se comprende su metodología. También se refiere al abandono del inmueble, lo que sería un abandono del derecho real de superficie, el que se extinguiría a consecuencia de ello.

III.2.i.viii. Efectos de la extinción

El Capítulo Cuarto de la ley se denomina “Conclusión de la Covivienda” y trata distintos supuestos.

III.2.i.viii.1. Extinción por cumplimiento del plazo convencional o legal

El art. 15 establece: “1. Extinguido el derecho real de superficie de la Organización, tanto el Inmueble de Covivienda como el Edificio de Covivienda revertirán al patrimonio del nudo propietario, quien recuperará inmediatamente la posesión de los mismos”.

Se refiere a lo dispuesto por el art. 2125 que establece que, al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

También expresa: “2. El nudo propietario podrá renovar el Convenio de Covivienda si resultara posible en función de la legislación aplicable o adjudicar el Inmueble de Covivienda a una nueva Organización, teniendo prioridad en tal caso la que constituyeran los Usuarios del Edificio de Covivienda en cuestión”.

Ninguno de los dos temas se vincula específicamente a la extinción del derecho real de superficie. En el primer caso, si se renueva el plazo, la superficie no se extingue y el segundo, se refiere a la posibilidad de constituir una nueva superficie con los Usuarios del edificio, quienes, entiendo, deberá, constituir una persona jurídica para formar una nueva *Organización* compuesta por ellos.

Este último caso es el que se vislumbra cuando la ley expresa que el Instituto de Vivienda “3 ... deberá dar la prioridad del derecho a los *Usuarios* ocupantes de las Unidades a constituir un nuevo derecho real de superficie. En caso de que dichos *Usuarios* no ejercieran dicha prioridad, se podrá emplear el inmueble ‘revertido’ para proyectos de Covivienda u otro fin público”.

III.2.i.viii.2. Extinción antes del cumplimiento del plazo convencional o legal

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional los derechos reales y personales continúan, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Deberá respetarse el derecho real de uso o de propiedad horizontal constituidos.

III.2.i.viii.3. Indemnización al superficiario

El art. 16 de la ley estipula que la Organización que gozare del derecho de superficie durante la totalidad del plazo establecido en el Convenio de Covivienda no tendrá derecho a recibir indemnización alguna a la conclusión de este,

entendiéndose que las inversiones que ha efectuado han quedado suficientemente retribuidas con el disfrute del derecho referido.

Agrega además que los Usuarios que gozaren del derecho de uso de las Unidades y de la coposesión de las partes comunes durante la totalidad del plazo establecido en el Convenio de Covivienda no tendrán derecho a recibir indemnización alguna a la conclusión de este, entendiéndose que las inversiones que han efectuado han quedado suficientemente retribuidas con el disfrute de estos.

No se refiere aquí al derecho de superficie, sino a los derechos reales constituidos por el superficiario en el ejercicio de su derecho de superficie. En rigor de verdad, los *Usuarios* han adquirido un derecho temporario, que se extingue cuando fenece el plazo, lo que no habilita a una indemnización. La indemnización prevista al superficiario tiene otra connotación, porque el propietario recibe un inmueble construido, que aumenta su valor, y sin una indemnización podría incurrir en enriquecimiento sin causa.

Por otro lado, la ley distingue que, si el derecho real de superficie o los derechos de los Usuarios referidos en los incisos precedentes concluyeran anticipadamente por decisión del Instituto de Vivienda, “la *Organización* o los *Usuarios*, en su caso, tendrán derecho al cobro de la indemnización prevista en el art. 2126 del

Cód. Civ. y Com. o según las normas aplicables”. Debo aclarar que el art. 2126 se refiere a la indemnización al superficiario, y no menciona a las personas que han celebrado contratos con el superficiario.

Agrega la norma que, en todo otro supuesto de conclusión anticipada de los derechos referidos, no habrá lugar al cobro de indemnización alguna.

IV. Conclusión

La ley 6639 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires tiene por objeto implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda digna. Ante la dificultad de producción de suelo urbano, básicamente la ley decide sobre la utilización de bienes del dominio privado del estado y construir las viviendas a través de una Organización a la que se le constituye un derecho real de superficie.

Los destinatarios de las viviendas son personas con necesidades habitacionales que adquieren un derecho temporario, que se extingue cuando se extinga la superficie, que siempre es temporaria.

Extinguida la superficie, el propietario del suelo hace propio lo construido, y puede destinar el inmueble a fines habitacionales, o a otros fines.