

**“EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.
SU REGULACIÓN EN EL DERECHO ROMANO Y SU PROYECCIÓN AL
CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN ARGENTINA”**

Autoras: María Elena Bazán y Norma A. Juárez, y Mónica Villagra *

Resumen

El análisis de la temática se estructuró en dos etapas. La primera, “*El Derecho de Superficie en el Derecho Romano*”, partiendo de la descripción del romano y su tierra, nos adentramos en esa figura jurídica, desde su etimología y génesis, para luego asentarnos en la normativa del *C.I.C.*, resaltando concepto, definición, derechos y obligaciones, protección jurídica, constitución y extinción, abordando también sus ejemplos en fuentes literarias para finalizar con su inserción en la vasta obra de los glosadores y su incorporación como derecho vigente.

La segunda, “*Derecho de Superficie en el Código Civil de Vélez, Ley de Superficie Forestal y el Nuevo Código Civil y Comercial*”, tratando previamente la concepción de los derechos reales y la proscripción en el C.C. de la Superficie y Enfiteusis por el Dr. Dalmacio Vélez Sarsfield; analizamos luego los Proyectos de Unificación Civil y Comercial, la ley del Derecho de Superficie Forestal, para culminar con el Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación que lo autorizan, trazando su paralelismo con el Derecho Romano.

Ello nos lleva a concluir que este Derecho de Superficie del pueblo romano se insertó en la nueva codificación argentina ampliando aquel espectro, produciéndose una simbiosis entre ambas instituciones.

A.- Primera Parte

El Derecho de Superficie en el Derecho Romano

1. Perfil del hombre Romano y su Tierra

Desde sus albores, el hombre como célula motriz para fundar ese pueblo que se transformaría en ciudad-estado: Roma, procuró la protección de su familia, casa y tierra, lanzándose a una carrera que lo llevó de simple campesino-soldado, hacia altos cargos imperiales, acentuando su poderío territorial. Aplicado al trabajo de la tierra, su afán de progreso lo moverá a proyectar y preparar su terruño, luchando contra las inclemencias climáticas. Pero el probo, sobrio, cauto y tenaz romano, aún volcado a la práctica agrícola, no descuidó su vida íntima ni su religión y, bajo el sacerdocio del *paterfamilias*, transmitió de generación en generación su culto familiar¹, ampliado,

* Prof. Ab. María Elena Bazán (UNCa, Titular; UNC, Titular; UCC, Adjunta); Norma A. Juárez (UNC); Bibiana LLaryora (UCC) y Mónica Villagra (UNC).

¹ BARROW, R. H, *Los Romanos, Brevarios del Fondo de Cultura Económica*, Progresos A. de C.V., México, 1994

luego, en el culto estatal. Con su mediano arado trazaba el surco cerrado de su campo, fue progresando en las técnicas de agricultura y riego, propiciando que Roma, se transformase en un Imperio de vasto territorio.

2. Derecho de Superficie: Etimología y Orígenes

En cuanto a su etimología latina, que transparenta su conformación jurídica, el vocablo deriva de *super + facies*, connotando - en sentido amplio- la cara superior o exterior de un objeto, o más propiamente, las construcciones que se elevan por encima del suelo.²

Tanto el derecho de Superficie como el de Enfiteusis, ambos, desmembración de la propiedad, recién se perfilan en época post-clásica caracterizándose definitivamente bajo Zenón (474-491), no obstante reconocerse antecedentes desde siglos anteriores³. Las sucesivas conquistas habían permitido la apropiación por el Estado romano de extensos territorios de sus vencidos, que, como *ager publicus* romano y sin perder su dominio, Roma entregaba en uso y goce a sus optimates haciéndolos grandes terratenientes, sólo a cambio del pago de una renta, llamado *vectigal*; pero ya antes del siglo I a C., el Estado no recaudaba este tributo, lo cual trajo aparejado graves consecuencias sociales, económicas y jurídicas.

La *Superficies*, se habría originado en la práctica de locar o arrendar terrenos públicos a los particulares para la construcción de sus edificios -sin transferir la propiedad del suelo-, semejante a una concesión administrativa del Estado romano y de otros entes públicos.⁴

2.a. Concepto y definiciones: la situación en el *Corpus Iuris Civilis*

Para su análisis jurídico, partiendo de la concepción de patrimonio como integrado por Derechos Personales y Reales, encontramos esta figura dentro de éstos últimos, que son los ejercitados directamente sobre las cosas y que crean una relación directa e inmediata entre el titular del derecho y la cosa objeto del mismo. Y si bien no fueron aquellos definidos por los romanos, estos sí, diferenciaron entre *actiones in rem e in personam*, pudiendo extraerse principios fundamentales, referidos a los derechos sobre las cosas y a los creditorios u *obligacionales*, siendo recién denominación como *ius in re* o *ius in personam*, por los comentaristas medievales. No obstante lo dicho, reconocemos que ya el romano, al referirse a las *actiones*, efectuaba claramente la diferenciación entre uno y otro derecho.

Aquellos Derechos Reales se bifurcan en dos grandes categorías: los derechos reales sobre cosa propia o los *iura in re* y los derechos reales sobre cosa ajena o los *iura in re aliena*. Entre éstos, ubicamos a la Superficie propiamente dicha. Y, aun cuando en las fuentes, especialmente el *Corpus Iuris Civilis*, no formula una definición concreta, pero el instituto esta diseminado en diversos pasajes intercalados, es indudable que lo contempla y, así, se puede apreciar claramente en: D.43.18.1.1,⁵; D.43.8.2.17; D.7.1.71;

² ROSTOVTZEFF, M., *Roma de los orígenes a la última Crisis*, Eudeba, Bs. As., 1993

³ ALLENDE, G. L., *Tratado de Enfiteusis y demás Derechos Reales suprimidos o restringidos por el Código Civil*, Abeledo Perrot, Bs. As., 1964

⁴ ARANGIO RUIZ, V., *Instituciones de Derecho Romano*, Depalma, Bs. As., 1973.

⁵ "...El que en suelo ajeno tiene la Superficie está apoyado en acción civil, porque si tomó en arrendamiento la superficie, puede ejercitar contra el dueño del suelo la acción de conducción..."

D.6.1.73.1 y 74; D. 43.18.2.⁶; D.8.3.13 pr.; como así también en el Codex: 11.69.1.⁷; y, con anterioridad, en Gayo, 2,73⁸.

De ese entramado heterogéneo, podemos extraer los elementos, características y partes intervinientes, del Derecho de Superficie, vg., referencia al *suelo ajeno*, a *edificar en solares*, mencionando también al *superficiario* que paga el *pensio*, aludiendo incluso a las *cosas superficiarias*, con aclaraciones conceptuales como *las viñas son del suelo y no a la superficie*.

Como se advierte, podemos considerar que, el romano, siempre estuvo atento al tratamiento de la institución, aunque, reconocemos, que son los juristas modernos quienes nos han proporcionado las definiciones. Así, para un tratadista como *Schulz*, la superficie será: “*el derecho a tener un edificio en una tierra perteneciente a otra persona, derecho concedido por largo tiempo o a perpetuidad*”, mientras, *Iglesias*, precisará que se trata de “*un derecho Real, enajenable y transmisible a los herederos, que otorga al titular, superficiario, el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en suelo ajeno, mediante el pago de un canon anual, llamado pensio o solarium*”⁹, siendo indudable que, estas definiciones, tuvieron en cuenta aquellas fuentes.

Aún cuando, por accesoriadad, en aplicación del principio *Superficies solo cedit* (Gayo 2, 73 y D. 41.1.7.10¹⁰) se afirmara que, lo adherido a la superficie, pertenece al dueño del fundo, el pretor, si era *inaedificatio*, admitió conceder al superficiario su uso por largo tiempo o a perpetuidad, a cambio del pago o renta anual (*conductio, pensio o solarium*) a aquél, cuya titularidad sobre la superficie seguía manteniendo.

2.b. Derechos y obligaciones

En cuanto a derechos, el superficiario usaba y gozaba plenamente de lo edificado, pudiendo enajenar a título gratuito u oneroso; transmitir a sus herederos su derecho, sea por actos entre vivos o disposición de última voluntad; constituir (prenda, hipoteca), de lo que dan cuenta: D.10.2.10; D. 20.4.15; D. 20.1.13.3; D.43.18.1.7.

Correlativo a sus derechos, tenía la obligación de cumplir con todas las contribuciones y cargas del edificio, específicamente, con el pago de la renta o *solarium*, aunque éste podía realizarlo, en forma única o, incluso, a título gratuito. Finalizada la concesión, el titular del derecho debía devolverlo al propietario del fundo, en buenas condiciones; caso contrario, debía realizar las reparaciones pertinentes.

⁶“Llamamos cosas superficiarias á las que se levantaron en solar tomado en arrendamiento; cuya propiedad es por derecho civil y natural de aquel de quien también es el suelo”

⁷ “Por los edificios, que algunos construyeron en solar de la República, sean éstos obligados á pagar la pensión establecida.”

⁸ “Además, lo que otro ha edificado en nuestro suelo, aunque lo haya edificado en su nombre, se hace nuestro por derecho natural (*ius naturale*), porque lo que está en la superficie accede al suelo (*superficie solo cedit*).”

⁹ SCHULZ, Fritz, Derecho Romano Clásico, Bosch, Barcelona, España, 1960; IGLESIAS, J., *Derecho Romano. Historia e Instituciones* Ariel, S.A., Barcelona, 1983.

¹⁰“Cuando alguno hubiere edificado en lugar suyo con materiales ajenos, se entiende que el mismo dueño lo es del edificio, porque todo lo que en él se edifica cede al suelo...”

2.c. Protección Jurídica

Si bien en sus orígenes, el derecho de superficie no gozó concretamente de una protección jurídica, salvo las acciones personales, *empti* o *conducti*, según se hubiera realizado por venta o arrendamiento, no obstante, al evolucionar, se va tipificando como un *ius in re*: frente a terceros, el pretor le otorgó al superficiario el *Interdictum de superficiebus*, según D.43.16.1.5¹¹ y D.43.18.1¹², resultando similar al *uti possidetis*, pues le permitía mantener la posesión inmueble si la superficie se constituyó a perpetuidad o por largo tiempo; se admitió la *actio Publiciana*¹³; e, incluso, se le reconocieron otras, como la confesoria, la negatoria, la *operis novi nuntiatio* y la *cautio damni infecti*.

2.d. Constitución y Extinción

Pudo establecerse de varias formas, ya por acto de última voluntad, ya por convención, habiéndose dispuesto por la N.120.116.6.2 que, para el caso de bienes de la Iglesia, se realizare por escrito¹⁴. Ningún texto refrenda que pudiera ser adquirida por usucapión.

En cuanto a su extinción, podía operar de pleno derecho o por sentencia judicial. De pleno derecho: por pérdida total de lo edificado; caducidad del tiempo o de la condición resolutoria; confusión de las calidades de propietario y superficiario en idéntica persona; o por mutuo consenso. Por sentencia dictada a favor del *dominus*: ante el deterioro del fundo; impago del *solarium* o tributos correspondientes; omisión de dar aviso, en caso de transferencia.

3. Casos de superficies acreditados en fuentes literarias y epigráficas

Encontramos hacia el 210 a C., el citado por Tito Livio frente al incendio ocurrido en víspera del *Quinquatro* (festividad a Minerva en Marzo), del que resultaron quemadas las tiendas del Foro, solar de propiedad estatal y donde se levantaron las nuevas concedidas en superficie a los *argentarii*.¹⁵ Del mismo modo, fehacientemente documentado como derecho real perpetuo y hereditario, en dos mármoles¹⁶ (de aprox. 193, época de Septimio Severo), descubiertos en 1777 en las ruinas de la casa de

¹¹ “Por consiguiente, también si se tratare de una cosa de la que solo perteneciera la superficie, y de ella fue echado uno, es evidente que habrá de tener lugar el interdicto”

¹² “Vedo que se haga violencia para que no disfruteis a ley de locación o de conducción, de la superficie, de que se trata, y de la que no disfrutais uno por otro ni con violencia, ni clandestinamente, ni en precario; y al respecto a la superficie se pidiere alguna otra acción, le daré con, conocimiento de causa”.

¹³ D. 6.2.12.3: “Lo mismo es también si de buena fe hubiere yo comprado una casa superficiaria a quien no era dueño”

¹⁴ “...ya si administradores de otros venerables lugares, escriban tales actuaciones del mismo modo ante estos obispos metropolitanos...”.

¹⁵ Liv.26,27,2: “...Un incendio...estalló en varios puntos a la vez alrededor del foro la noche anterior al Quinquatro, ... Ardieron al mismo tiempo las siete tiendas- cinco más tarde – y las oficinas de cambio que ahora se llaman Tiendas Nuevas; después fueron alcanzados por las llamas los edificios privados ... El templo de Vesta se salvó, a duras penas, gracias sobre todo a los esfuerzos de trece esclavos, que fueron rescatados a expensas del Estado y manumitidos. El incendio continuó toda la noche y el día siguiente, y nadie dudaba de que había sido intencionado, ...”. Livio, Tito. *Décadas de la Historia Romana* T.II. Trad. F. Navarro Calvo. Ilustrada. Bs.As. 1944.

¹⁶ GIRARD, P. F., *Textes de Droit Romain- Publiés et annotés*, 3^a Ed. Revisada y Aumentada, París. 1903.

Adraсто, tutor de la Colonia Antonina, consta el pago del *solarium* ordinario a dicho tutor.

4. Los Glosadores

La escuela de Bolonia, iniciada hacia el 1110 por el gramático y erudito del Derecho Romano Justiniano, Irnerio, se caracterizó por realizar glosas y comentarios, y, entre éstas, encontramos reconocido este instituto en la Glosa Magna o Accursiana en T III,L.43,t.18 “*De Superficiebus*”, acotada en la *Paratitla*, explicativa de la rúbrica¹⁷, como también referida en el *Brocardico*¹⁸.

B.- Segunda Parte

La situación en el Código Civil de Vélez Sarsfield, en la Ley de Superficie Forestal y en el Código Civil y Comercial de la Nación

1-El *numerus clausus* de derechos reales y la prohibición del Derecho de Superficie

Nuestro recorrido desde aquella figura romana, nos conduce ahora a adentrarnos en la problemática del Derecho de Superficie en el pensamiento de nuestro primer codificador, considerando pertinente analizar, previamente, cómo éste concibe a los *Derechos Reales* y los *Personales*, en el L.III, T.4, regulados en sus arts. 2502 al 2505 inclusive. En nota al primero citado, nos enseña: “...este derecho es el que crea entre la persona y la cosa una relación directa e inmediata, ... no se encuentran en ella sino dos elementos, la persona ... sujeto activo del derecho, y la cosa que es el objeto.”, resultando, por el contrario, *Derecho Personal*: “aquel que solo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece, y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, ...tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona, que es el sujeto pasivo (el deudor) y la cosa o el hecho que es el objeto...”.

Tomando postura por el sistema de *numerus clausus*, en cuanto a número y contenido, por razones de orden público, lo reafirma en sus notas¹⁹, enumerando taxativamente los permitidos en su art. 2503, de modo tal que, deviene indisponible para las partes su creación, radicando allí su amplia diferencia con los *Derechos Personales*.

Enfáticamente, el art. 2614 sanciona: “*Los propietarios de bienes raíces no pueden*

¹⁷ G.M.,T III,L.43,t.18.: “... este interdicto (h) respecto de, por así decir, retener la posesión de la superficie es comparada con el ejemplo del interdicto uti possidetis, al cual se unió también en el mismo edicto contra la acción superficiario que se trata acerca de la propiedad de la superficie. Así pues, este título trata acerca del interdicto y de la acción del superficiario. El superficiario (i) es un inquilino.I.3 §. pe. De op.no.un. Pero se define que es aquel que edificó en un terreno ajeno que, por cierto, tomó en arriendo del dueño con la condición de edificar en él y tener para sí el edificio para siempre o por muchos años bajo condición del pago anual, éste es más que un inquilino, pues tiene derecho sobre la cosa, el cual de (K) se llama superficiario...”

¹⁸ Broc. en D.43.18: *Dice el Pretor: Por ley de la locación o del arrendamiento no usufructuaréis (e), de la superficie de la que se trata, ni por la fuerza, ni ocultamente, ni en forma precaria uno de otro: Prohibo (f) que se haga violencia para el superficiario. ...*. Bart.)

¹⁹ Nota art. 2502: “*Los Derechos Reales solo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer*”

constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación algunas”, redacción ambigua y criticable, que, quizás, hubiera sido mejor omitir, de lo cual se advierte que el “Derecho de Superficie”, es un derecho receptado, pero no transfundido, en nuestro Código Civil Argentino, hoy derogado.²⁰

1.a. Proyectos de Unificación Civil y Comercial

La magnífica obra de Vélez Sarsfield, perduró hasta el 1-8-15, y pese a muchos movimientos culturales, económicos, políticos y sociales, realizaron Proyectos de Unificación Civil y Comercial en 1987, 1993 y 1998, en los que se intentó incorporar el Derecho de Superficie: en los dos primeros, ubicándolo en su L. III; en el último, en su L.V, todos, intentando sistematizar: derechos y obligaciones de las partes; constitución, subsistencia y transmisión del derecho; casos de renuncia por desuso o abandono de la propiedad superficiaria y sus efectos; extinción por consolidación; gravámenes y sus alcances. Cotejándolos con la ley 25.509, que analizaremos *infra*, salvo el agregado del epíteto “forestal” y el cambio metodológico presentado en 2 capítulos, se mantiene, propiciándose un estado híbrido entre los derechos de *superficie* y *enfiteusis* romanas.

2. El Derecho de Superficie Forestal. Ley Nacional N° 25.509

Esta Ley²¹ marca los inicios de la historia Legislativa Forestal Argentina en el s. XXI, incorporando el *Derecho Real de Superficie Forestal*. Ley novedosa, que en sólo 15 arts. sistematiza dicha institución orgánica y unitariamente, incluyendo: a- conceptualización del derecho creado; b- establecimiento de derechos y obligaciones de las partes intervinientes: modo de constitución, publicidad, duración y extinción; y c- modificación para integrarlo como derecho real en la normativa civil del Código vigente al 2001.

Sustentado en los Proyectos de 1987 y 1993, se destacan como objetivos: primordialmente, la necesidad de un mayor desarrollo productivo forestal, pretendiéndose, que se produzca un aumento de la explotación acorde a la superficie forestada, cuidando no perjudicar a otros sectores, al tiempo que se puedan realizar mejoras para la organización del mercado y sus productos.

3. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación y su paralelismo con el Derecho Romano

Como auténtica *novedad legislativa*, la reciente Ley 26.994, incluye expresamente a la *Superficie* en su art. 1887 inc. g), entre la enumeración taxativa de sus derechos reales autorizados en función del art. 1884, manteniendo el *numerus clausus*, regulando la figura en L. IV, T. I, C. 1, y, específicamente como Superficie, al T. 7, desde los arts. 2114 al 2128, de los que podemos apreciar que, el régimen actual y vigente, resulta

²⁰ Se quiebra el principio, en el mismo Código, al admitirse censos y rentas menores a 5 años, como así también en el Código de Comercio y leyes especiales, vg. de hipoteca naval, prenda agraria, warrants, debentures, etc. Por el contrario, la doctrina francesa, luego de la codificación, en postura amplia, aceptó el *numerus apertus*, avalando nuevas figuras acordes a las necesidades urbanísticas, económicas y políticas de la época.

²¹ Sancionada el 14/11/2001 y promulgada el 11/12/2001.

más amplio que el romano, pues unifica Superficie y Enfiteusis²².

Basta con evocar aquellos conceptos vertidos, y cotejarlos con el art. 2114 y su doctrina. A más de las ya expuestas, añadimos: “*La enfiteusis es un derecho real en virtud del cual se puede cultivar el fundo de otro y gozar de él de la manera más extensa, con la condición de pagar una determinada renta al propietario*”²³ y “*La superficie es un derecho real enajenable y transmisible a los herederos, que atribuye el pleno goce de la superficie, el edificio o parte de él o el subsuelo, de un fundo de otro, mediante el pago de un canon o solarium*”, concluyendo que en Roma, podía extenderse, incluso, a las construcciones subterráneas pues acostumbraban a hacerlas para negocios de artífices, comerciantes u hosterías, otorgándolas en locación o como *derecho de superficie*²⁴.

Las modalidades permitidas en art. 2115, son: a) Edificar, plantar o forestar en suelo ajeno, y hacerse dueño de lo edificado, plantado o forestado, independientemente de la propiedad del suelo; de modo tal que, mientras no adquiriera la propiedad, existirá un *derecho real de superficie*, es decir, un *derecho real sobre cosa ajena*; b) Adquirir un derecho sobre las plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes en el inmueble, de manera tal que la propiedad se desdobra, distinguiéndose por un lado, la propiedad del suelo, que continuará perteneciendo al titular del dominio; y, por el otro, la propiedad de lo construido o plantado, que pasará a ser propiedad del superficiario. Así, “*la superficie nacerá como derecho real sobre cosa propia, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose la propiedad superficiaria, cuyo uso, goce y disposición corresponde al superficiario, aunque temporariamente*”²⁵.

Observamos que el actual, constituye una excepción o suspensión temporal del principio de accesión, coexistiendo derechos del *dominus soli* y del superficiario, como convalida el art. 1945, párr.3º: “*...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*”, permitiéndose, incluso, en el art. 2116 la constitución de derecho de superficie sobre todo o partes determinadas del mismo, del inmueble, por lo que pueden coexistir Superficie y Propiedad Horizontal. Concuera, así, con su par romano, al permitir, como objeto de la superficie, todo un edificio o parte de él, caso de una sola habitación o piso²⁶.

Una abismal diferencia entre ambos derechos es la cuestión de su duración ya que, en Roma, su naturaleza esencial era la perpetuidad, al menos, su larga duración temporal, sin límite legal, en tanto, nuestra novel legislación art. 2117, lo consagra temporal, cuya vigencia será el plazo que las partes dispongan en su acto constitutivo, con un máximo variable según la modalidad permitida: 70 a. para *construcciones*, y 50 a. para *forestaciones y plantaciones*, computándose como *dies a quo*, el de adquisición del

²² ABREUT de BEGHER, L., *Comentarios sobre el Derecho Real de Superficie en el Código Civil y Comercial*. Recuerda entre las conclusiones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes 1985, la moción de que “*pueden ser objeto del derecho de superficie tanto las edificaciones como las plantaciones*”. infojus.gov.ar, de fecha 15/07/2015.

²³ PEÑA GUZMÁN, L.A. *Curso de Derecho Privado Romano. Derechos Reales*. Tucumán. 1952

²⁴ ELGUERA, E. R.; RUSSOMANNO, M.C. *Curso de Derechos Reales en el Derecho Romano*, Abeledo Perrot. Bs. As.. 1969 cfr. ULPiano, D.43.17.3.7

²⁵ MOLINA QUIROGA, E., *Nuevos derecho reales en el Código Civil y Comercial de la Nación*, 2ºp. <http://www.nuevocodigocivil.com>.

²⁶ NAVARRO ZAMORANO, R. y ot. *Curso completo elemental de Derecho Romano*. <http://books.google.com.ar>

derecho y, si se constituyera por plazos menores, cabe prórroga hasta los máximos.

Continuando con nuestro análisis, los arts. 2118 y 2119, respecto a por quiénes y cómo se constituye el derecho de superficie, autorizan para ello a *titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal*, sea mediante *contrato oneroso o gratuito*, prohibiéndose su adquisición por usucapión larga y admitiendo la breve, sólo para saneamiento de justo título; en Roma, “*este derecho podía concederse a título gratuito u oneroso, mediante el pago de una suma fija a efectuarla de una sola vez emptio o bien en forma de una renta anual conductio, denominada también pensio o solarium*”²⁷, permitiéndose la concesión pública²⁸. Para el caso de que se hubiese constituido por simple pacto, debía seguirle la tradición, tal como lo expresa Ulpiano²⁹, sin admitirse la usucapión. En ambos derechos, su transmisibilidad es *inter vivos o mortis causa*.

El régimen vigente, contempla derechos y obligaciones de concedente y concesionario de la Superficie en los arts. 2120, para el superficiario, y 2121, para el *dominus soli*. A más de ello, agrega en los art. 2131, 2155 y 2159, respectivamente, la autorización a favor del superficiario para gravar con derechos reales tales, vg. usufructo, uso y habitación³⁰, o, incluso, “*someter la construcción al régimen de propiedad horizontal y transmitir y gravar las unidades funcionales en forma independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie*”³¹. Semejante era en Roma, donde el superficiario tenía el uso y goce pleno de lo edificado, con posibilidad de enajenar o transmitir su derecho - gratuito u oneroso, *inter vivos* o *mortis causa*-, constituir servidumbres durante la vigencia de su derecho, o bien, hipotecarlo.

En cuanto a las causales de extinción, la legislación vigente establece diferencia se trate de la propiedad superficiaria o del derecho de superficie. Para supuesto de destrucción de la propiedad superficiaria, sólo se extingue el derecho si no se construye nuevamente en el plazo de 6 a., o, en su caso, si no se planta o foresta dentro de los 3a. art. 2122. Concluye en los casos del art. 2124, por renuncia expresa, vencimiento de plazo o cumplimiento de condición resolutoria, consolidación o por el no uso durante 10 a.(construcción)-5 a. (plantación), resaltándose por un lado, que “*La renuncia del derecho por el superficiario, su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones legales o contractuales* (art. 2123 in fine); y por otro, que ese *no uso*, debe entenderse como uso opuesto a lo convenido en el acto de constitución, pues el superficiario está obligado a usar y gozar de su derecho sobre el predio ajeno, observando los fines previstos.

Los efectos varían según se produzca por cumplimiento del plazo o antes de su vencimiento arts. 2125 y 2126, existiendo, salvo pacto contrario, la obligación de indemnizar a cargo del *dominus soli*. El primer caso, ésta se justifica porque las construcciones o plantaciones, al tiempo de extinción de la superficie -como inversión económica- pasan a incrementar el valor del inmueble y por ende, su patrimonio, de modo que “*la regla captada en la máxima romana superficies solo cedit recobra su imperio*”; en el segundo, se sanciona que los derechos reales y personales subsisten,

²⁷ PEÑA GUZMÁN, L.A. ib.

²⁸ D.43.8.2.17

²⁹ D.43.18.1.7: “*Pero se ha de entender que también se puede entregar, legar y donar*”

³⁰ ABREUT de BEGHER, L., ib.

³¹ ABREUT de BEGHER, L. Ibid.

debiendo su propietario soportarlos *como si la institución se encontrase vigente*. Consecuencia razonable, pues éste se adueña de la superficie, debiendo ponderarse que, en su constitución o posteriores pactos, serán anticipadamente tarifados quedando “*en la autonomía de la voluntad los parámetros de valuación*”³². Caso contrario, el art. 2126 autoriza considerar los valores subsistentes ingresados por el superficiario durante el último bienio, deducida la amortización. Comparando estas causales con las romanas ya referidas *supra*, vemos que, la indicada segunda es un modo extintivo *ipso iure*, en Roma, distinguiéndose del operado por sentencia judicial a favor del dueño del fundo.

Finalmente, la ley aborda los casos de aplicación supletoria, según sea superficie o propiedad superficiaria, en sus arts. 2127 y 2128, completándose la normativa con los medios de defensa de regulados en el L. IV T.13, respecto a acciones posesorias y acciones reales.³³

Conclusión

Del cotejo del ‘ayer’ romano y nuestro ‘hoy’ argentino, el uno, por darle nacimiento a la institución esbozada en el *C.I.C.*; el otro, reincorporándola ampliamente en su nuevo C.C. y C. de la N.A. -después de 146 años de vigencia del velezano-, podemos colegir que: el *Derecho real de Superficie*, desde la génesis del hombre romano y su tierra, que llevó a su recepción jurídica en el *C.I.C.* –interpretado luego en la *G.G.M.*-, documentado, literaria y epigráficamente desde antiguo, aún cuando estuviera proscripto en nuestros orígenes legislativos, se mantuvo latente en la esfera legisferante como anhelo de cada Proyecto de Unificación para ir tímidamente incorporándose en nuestra realidad, ya como “*Derecho Real de Superficie Forestal*” (L. 25.509), subsumiendo a la *Enfiteusis* y, definitivamente y en toda su potencialidad, transfundida al nuevo Código, fusionándose simbióticamente ambas instituciones: “construcciones y edificios”, de la *superficies* romana, cuanto “plantaciones y forestaciones”, propia de su enfiteusis. Sólo el correr del tiempo podrá decir si se cumplirá la profecía de Vélez Sarsfield respecto a que, convergiendo tantos derechos reales sobre un mismo objeto se provocarían múltiples controversias con graves consecuencias atentatorias de la seguridad jurídica.

Como vemos nuestro querido Derecho Romano, continúa alimentando nuestro C.C. y C.N.A., y, así como a su pueblo fue brindando todas las respuestas, la obra magna romana, aún puede ser fuente para calmar las incertidumbres e inquietudes de nuestra contemporaneidad, aguardando con paciencia el atisbo de esas soluciones para los nuevos desafíos jurídicos, que nos presentará -sin duda- la novel legislación, intentando reconstruir, como hombres probos y cautos, nuestros “*derechos*”, para este suelo Argentino.

³² CORNA, P. M. y FOSSACECA (h), C.A., *Comentarios al derecho de superficie del Proyecto de Código Civil y Comercial Unificado*. Revista de Derechos Reales, nov.2012 .www.ijeditores.com.ar.

³³ ABREUT de BEGHER, L., *Ibid* .