

EL DERECHO DE SUPERFICIE – UN DERECHO REAL URBANO

Autor: Lydia E. Calegari de Grosso **

Resumen:

Uno de los principales campos en los que se está construyendo la nueva Ciencia del Derecho, consiste en superar y perfeccionar instituciones jurídicas que ya no se adecuan a nuestro tiempo y a su problemática

La bibliografía más difundida sobre los orígenes y evolución del Derecho real de superficie se focaliza principalmente en la edificación y en plantaciones forestales comerciales. Son escasas las referencias a su aplicación en actividades agropecuarias.

Sea cual fuere la opinión que se tenga en cuanto al derecho de enfiteusis, con muy buen criterio la ley 26.994, omitió la regulación de una institución generalizada durante la Edad Media relacionada con las instituciones feudales, con el colonato y otras instituciones feudales.

1-Antecedentes históricos:

En esa búsqueda por rescatar nuevos y viejos derechos individuales y sociales, la ley 26994 nos trae un antiguo derecho real, el derecho de superficie que de acuerdo con la doctrina más generalizada, fue utilizado entre los romanos como una atenuación introducida por el Pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria.

El Derecho Romano clásico no reconoció la denominada “propiedad superficiaria” “*pars enim insulae* ¹ *area est et quidam maxima cui etiam superficies cedit*”.(Paulo) el principio civil *superficies solo cedit*. D.46.3.98.8.(Paul. 15 *quaest.*). El solar es una parte de la casa, e incluso lo edificado es accesorio respecto a él.” .43.17.3.7. (Ulp. 69 *ed.*). “Lo construido debe acceder siempre al suelo”

La propiedad superficiaria en el Derecho romano justiniano El incremento de población que sufrió la *Urbs* desde el siglo III a. de C., unido a la falta de espacio para construir, llevó a la población más desfavorecida económicamente a alojarse en casas de varios pisos. Así, se crearon barrios enteros con un plano urbanístico similar al que nosotros padecemos en las grandes ciudades; las calles de Roma se convirtieron en

* Ex Profesora Derechos reales y Contratos, UNLZ - Actual, Directora del Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNLZ – Miembro Instituto A. Giojja, UBA, Profesora. Emérita USAL.

¹ La *insula* o casa de varios pisos

callejuelas estrechas con altísimos edificios, donde los hundimientos e incendios de estas edificaciones eran cotidianos.²

En la época postclásica pasó a ser un derecho real estructurado por el derecho intermedio como un dominio dividido, finalmente absorbido, durante la Edad Media, por el derecho de enfiteusis. Cabe recordar que, en la Alta Edad Media la palabra propiedad pasó a designar una serie de propiedades multiformes, adaptadas a los objetos más dispares. Las concepciones francas de la apropiación de la tierra, se adaptan plenamente a las realidades movientes del bajo Imperio Romano y favorecen una organización de la propiedad del suelo muy diferente a la propiedad romana clásica.

El derecho de superficie, tuvo gran desarrollo durante el “derecho intermedio”, gracias al derecho germánico, el derecho de superficie fue retomado por los glosadores, ampliando su campo de incidencia, pasando a ser aplicado no solamente a las construcciones, sino también a las plantaciones que se hicieren en suelo ajeno; y la creación de la doctrina de la separación entre la propiedad del suelo y la de la construcción o plantación (propiedad superficiaria), basado en la teoría de la división entre dominio útil y directo. De esta forma, la superficie, en este período, fue concebida como verdadera propiedad paralela a la propiedad del suelo.³

Rigió en la antigua legislación española, vigente en nuestro país hasta 1869 y la Ley 74 de Toro se refiere expresamente al superficiario: *“Cuando concurrieren en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio ó con el superficiario, con el que tiene parte en ella, porque era común, prefiriérase en el dicho retracto al señor del directo dominio, y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente mas propincuo”*⁴

2. El derecho de superficie y la constitucionalización del derecho En España

Actualmente la forma política del Estado español es la Monarquía parlamentaria. *“Todos los españoles tienen derecho a disfrutar de una vivienda digna y adecuada. Los poderes públicos promoverán las condiciones necesarias y establecerán las normas pertinentes para hacer efectivo este derecho, que genere la acción **regulando la utilización del suelo de acuerdo con el interés general para impedir la especulación. La comunidad participará en las plusvalías urbanística de los entes públicos**”*.(art. 47 Constitución CE).

En España el derecho de superficie ingresa a partir de la ley del suelo del 12 de mayo de 1956, Le siguen entre otras las reformas de 1976, 1998 y 2008

² Zaera Garcia, Ana Belén La propiedad superficiaria en el Derecho Justineano (Universidad de Salamanca) Pub. Revue Internationale des droits de l'Antiquité LI (2004)

³ Calegari de Grosso, L.E. “El Derecho de superficie. Sus antecedentes y naturaleza jurídica”, en El Derecho Real de Superficie Forestal, Cap. 1 Enfoques, pub. Lexis Nexis 1ª. Ed., págs.. 12 y sigtes. (2006)

⁴ Los Códigos Españoles Tº VI – 2ª edición – Madrid 1872

El Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959, dicen Diez Picazo y Gullón⁵ es cuando se regula la instrumentación práctica del derecho de superficie

El derecho de superficie para construcciones y edificaciones está regulado en España mediante el Real Decreto Legislativo (RDL) 2/2008, expedido en sustitución de RDL 1/1992 que fuera declarado inconstitucional por considerar el Tribunal Constitucional que invadía las facultades de las Comunidades Autónomas en el ordenamiento de los suelos urbanos. En el año 2014 se ha publicado un texto consolidado.

Desde la aprobación de la vigente Constitución (1978) el Estado español se ha dotado de una estructura de facto federal. Los entes que lo integran, las “Comunidades Autónomas” tienen la competencia exclusiva en materia de Urbanismo y Ordenación del Territorio, de modo que en la actualidad hay ya un número significativo de ellas que disponen de un marco normativo en materia de Urbanismo distinto y diferente del Estatal, el cual tiene carácter supletorio en ausencia de regulación autonómica.

En Argentina

La Constitución Nacional, *no menciona el urbanismo*.

“El código innova profundamente al receptar la constitucionalización del derecho privado” Lorenzetti,⁶

La conexión social o la apertura epistemológica no tienen sólo una función supletoria o subsidiaria de los análisis realizados, sino que son elementos definitorios del objeto de análisis jurídico, en la medida en que éste aparece inevitablemente conectado con lo histórico, implicado en lo social, y volcado, dada su actual configuración constitucional, a toda una serie de derechos, intereses y valores socialmente relevantes que inciden sobre el ordenamiento

La regulación del derecho real de superficie constituye una excepción a la constitucionalización del Derecho Privado. No es adecuado ni necesario apartarse del Código Civil y Comercial y mirar a legislaciones anteriores con el propósito de determinar con certeza que la regulación del derecho real de superficie puede relacionarse con la constitucionalización del Derecho Privado.(arts.1CCyC) y 67inc.5° CN)

3. Del Derecho Real de Superficie: elementos

El derecho de superficie se encuentra entre los catorce derechos reales enumerados en el art.1887 de la ley 26.994, “Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: ...la superficie si existe propiedad superficiaria”.

Machado Carpenter⁷ estima que el derecho de superficie, en su concepción actual, consta de estos dos elementos: el derecho de construir en suelo ajeno (derecho de

⁵ Diez Picazo L, y Gullón,A, El Derecho de superficie en el Reglamento Hipotecario, vol.III, Derecho de cosas, p.IV Editorial Tecnos Madrid.

⁶ Lorenzetti, R.L., Código Civil y Comercial de La Nación Comentado 2014, vol.1 pág.29

⁷ Machado Carpenter, “Algunas Cuestiones sobre el Derecho de Superficie”, en Estudios de Derecho Privado” citado por Castan Tobeñas en Derecho Civil Español, común y Foral T° II, Vol 2°Ed. REUS Madrid, 1983, pag. 382.

superficie *stritu sensu*) y la propiedad sobre el edificio construido (*la propiedad superficiaria*)

Es recomendable dice Jorge Alterini⁸, que: “el derecho de superficie presente dos planos, uno durante la construcción, etapa en la cual el derecho de edificar se configura como derecho real sobre una cosa ajena: el asiento de la construcción. Otro plano aparece cuando se concreta la construcción, o sea, la propiedad superficiaria, y entonces el derecho de superficie se convierte en derecho real sobre cosa propia.

“La coexistencia de las dos manifestaciones superficiarias armoniza con el Código italiano de 1942 y Francesco Messineo la explica en estos términos: “El derecho de edificar no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria;...solamente cuando la construcción (o la obra) se haya hecho, adquiere el concesionario un derecho de propiedad, mientras que antes tiene un derecho real sobre cosa ajena...”. Si la superficie se constituye a través de la enajenación de una construcción ya existente separadamente de la propiedad de su emplazamiento, a la manera de los Códigos de Italia, Portugal y Bolivia, el derecho de superficie es desde su nacimiento un derecho real sobre cosa propia”⁹.

Aida Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacon¹⁰ refieren dos elementos constitutivos: A) El elemento real u objetivo, es decir la cosa sobre la cual se ejerce el derecho de superficie y B) El elemento personal (los sujetos)

Cabe entender, dice Lorenzetti¹¹, ante lo categórico del artículo 1888, que recae sobre cosa propia, aunque el inmueble sea ajeno. Claro que es sobre cosa propia si ya hay plantaciones, forestaciones o construcciones, no mientras el espacio esté vacío.

4. Significado de lo urbano en la Ciencia del Derecho

En el siglo XXI estaremos condenados a convivir con el irreversible desorden urbano: el 47% de la población vive en ciudades que de la noche a la mañana pasaron a ser metrópolis y hoy se están convirtiendo en megalópolis.

La sanción de un Código civil en un país, según Lerner,¹² no debe ser apreciado como un hecho meramente jurídico.

⁸ Alterini, Jorge “*El derecho de superficie y el Registro*”. Como Coordinador General de la delegación argentina a ese simposio y Coordinador Nacional del tema indicado, compartí la perplejidad generada por la necesidad de emitir opinión desde la perspectiva registral con relación a un instituto prohibido por el Código Civil. El derecho de superficie, cuya expresa incorporación al derecho positivo defiende por las diversas razones.

⁹ Ib idem

¹⁰ Aida Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacon, “elementos” en Derecho real de superficie Editorial Astrea, Buenos Aires – 1989, págs. 15 y siguientes.

¹¹ Lorenzetti, R.L. *Concepto, Naturaleza Jurídica*, Código Civil y Comercial Comentado, III 2) Título VII, T° IX, Ed. Rubinzal-Culzoni Editores, 24-07-2015. Pág. 711.

¹² Lerner, P. “El Código Civil Italiano de 1942 y Las reformas al Código Civil Argentino, <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=42710306>

Es por ello que uno de los principales campos en los que se está construyendo la nueva Ciencia del Derecho, consiste en superar y perfeccionar instituciones jurídicas que ya no se adecuan a nuestro tiempo y a su problemática¹³

En la *Comunicación marco de actuación para el desarrollo urbano sostenible en la Unión Europea*, se ampliaron estas medidas, llegando a compromisos concretos, lo que constituyó «un paso importante hacia la aplicación de un planteamiento más integrado y estratégico a los problemas urbanos» (CCE, 1999).

En ciertos estudios de derecho comparado por lo general, se menciona frecuentemente que, el derecho de superficie fue uno de los sostenes fundamentales para la reconstrucción de Alemania después de la Segunda Guerra Mundial. Igualmente, se mencionan los Casos de la ciudad de Berna y del Palacio de las Naciones Unidas en Ginebra, construidos sobre la base de derechos de superficie.

5. Legislaciones que regulan el derecho real de superficie

Alemania (1896), Austria(1811), Bélgica(1824), Holanda(1838)actualizada en (1992), España (1861)actualizada (2008),Japón (1896), Suiza (1907), Unión Soviética (1922), China (1929), Italia(1942), Portugal (1948) la Provincia deQuebec en Canadá (1991).7 Bolivia (1976), Perú (1984), Cuba (1987), Brasil (Estatuto de la Ciudad (2001, Código Civil 2003), Argentina (2015) Código Civil y Comercial de la Nación 26.994¹⁴), Chile, no utiliza el derecho de superficie.

Bigador Lasarte¹⁵ , se refiere especialmente a las legislaciones que se habían promulgado a partir de la Guerra Mundial, en concreto la leyes de urbanismo italiana (de agosto de 1942) y francesa (de 15 de junio de 1943); la Ley sobre Planes de Ordenación de Ciudades, de Bélgica (23 de octubre de 1946); la Ley de Planeamiento Urbano y Rural, de Inglaterra (6 de junio de 1947), y la Ley sobre el Planeamiento del Territorio Nacional, de Polonia (3 de enero de 1945).

Italia, España y Perú aplican el derecho de superficie exclusivamente a las construcciones. Brasil lo aplica a construcciones pero no exclusivamente. El derecho de superficie para plantaciones está reconocido en los códigos de Portugal, Quebec (Canadá), Holanda, Brasil.

Brasil sancionó la ley federal nº 10.257, denominada "Estatuto da Cidade", en miras de establecer las directrices generales para el establecimiento de una ciudad moderna. Entre los instrumentos que contempla para ello se encuentra el derecho real de superficie. el nuevo Código civil de Brasil, sancionado por ley nº 10.406 de fecha 10 de enero de 2002, entró en vigencia el 11 de enero de 2003. Regula el derecho real de superficie en los artículos 1.369 a 1.377.

¹³ El vocablo URBANO deriva de las raíces latinas URBS, URBIS, URBANUS, significan la ciudad y, por extensión perteneciente a la ciudad. Históricamente el vocablo toma su origen con relación a la Ciudad de Ur, de la civilización Sumeria, de la baja Mesopotamia, que llegó a tener alrededor de 250,000 habitantes en el año 2500 antes de Cristo.

¹⁴ Vigente a partir del 1de agosto de 2015

¹⁵ BIDAGOR LASARTE, P. *Circunstancias históricas en la gestación de la Ley del Suelo de 1956*. Ciudad y Territorio, XXVIII, 107-108. Ministerio de Fomento. Madrid, 1996, pág. 96.

En los países con tradición anglosajona existen otras figuras jurídicas con efectos similares al derecho real de superficie. Regulado en la ley del 26 de abril de 1912; es real, enajenable y transmisible; plazo de 30 a 80 años.

A pesar de que la *Town and Country Planning Act* no se aprobó hasta 1947, la legislación británica resulta ser una de las más elaboradas e influyentes en el resto de Europa. A principios de los cuarenta, y a pesar de haber comenzado ya la Segunda Guerra Mundial, la preocupación por el planeamiento y por el control de los desarrollos urbanos era importante y llevó a crear una serie de Comisiones Reales (*Royal Commissions*) encargadas de estudiar estos problemas. ... Pero quizá el más influyente en lo que posteriormente sería la *Town and Country Planning Act*, y en la propia legislación española, fue el conocido como *Uthwatt Report*, elaborado en 1942 y cuyo título era *Control del Uso del Suelo*. Además de éstos, y algo después, en 1947, se presentó el *Reith Report* sobre las New Towns que culminaría en la *New Towns Act* de 1946. El resultado final de todos ellos fue la ya mencionada *Town and Country Planning Act* de 1947, cuya relación con la primera ley española del suelo queda expuesta por FERNANDO DE TERÁN en *Planeamiento urbano en la España contemporánea (1900-1980)*:¹⁶

Códigos civiles, como el alemán, el suizo y el italiano del '42¹⁷ regulan el derecho de superficie exclusivamente para las construcciones, más aún, este último, en su artículo 956¹⁸ prohíbe la superficie referida a plantaciones, al expresar que no puede ser constituida o transferida la propiedad de las plantaciones separadamente de la superficie del suelo. Este límite esencial, al decir de Barbero, que innova respecto a lo comúnmente admitido respecto del Código italiano de 1.865, se explicaba diciendo que de ello se seguiría un obstáculo al progreso agrícola. Al respecto dice Bianca que a diferencia de las construcciones, que utilizan el suelo exclusivamente como lugar donde asentarse, la plantas tienen necesidad del suelo para crecer y fructificar. A tal fin el suelo debe ser trabajado apropiadamente (arado, irrigado, etc.) pero el propietario de las solas plantas no tiene el poder de efectuar intervenciones sobre un suelo que pertenece a otros.

El Código italiano del '42 es considerado un código unificador, porque siguiendo el modelo suizo, unificó el derecho civil con el derecho comercial terrestre y el laboral.

En Francia, por ejemplo: después de la sanción del Código Napoleón, la idea de varias propiedades concurrentes sobre el mismo inmueble no fue del todo abandonada y con apoyo en el Art. 553 de aquel Código, desde mediados del siglo XIX, algunos jueces comenzaron a operar la disociación del inmueble, separando la propiedad del árbol de la propiedad de la tierra sobre la cual este crece. Decidiendo entonces, que el árbol puede ser objeto de una propiedad totalmente separada de la propiedad de la tierra. El árbol y

¹⁶ MATESANZ, Á. «El suelo en la legislación urbanística española», *Boletín CF+S*, 51, pp. 7-61. Recurso electrónico en línea: <http://habitat.aq.upm.es/boletin/n51/aamat.html> [Consulta: 02 de agosto de 2015]

¹⁷ El libro tercero: “Propiedad y demás derechos reales” (art. 810-1172): Los bienes; La propiedad; La superficie; La enfiteusis; El usufructo y la habitación; Las servidumbres prediales; La comunidad; La posesión; La denuncia nueva obra o ruinosas;

¹⁸ Art. 956 Divieto di proprietà separata delle piantagioni Non può essere costituita o trasferita la proprietà delle piantagioni separatamente dalla proprietà del suolo.

la tierra que soporta el árbol, son idealmente disociadas y reconocen dos propietarios distintos, sin que por ello el árbol, deje de ser un inmueble. La Corte de Casación francesa adopta esta nueva construcción de las propiedades simultáneas en un fallo dictado durante el año 1858¹⁹

El Código Civil de Quebec de 1994 dedica los arts. 1110 hasta 1118 inclusive a la propiedad superficiaria. que ubica metodológicamente separada de los otros derechos reales sobre cosa ajena (usufructo, uso, servidumbre y enfiteusis), que regula en el Título IV° “De los desmembramientos del derecho de propiedad”, títulos estos correspondientes al Libro IV “De los Bienes”.²⁰ Siguiendo la doctrina de origen francés en este Código el derecho de superficie se caracteriza por la superposición de dos propiedades distintas.

Código Civil de Perú: Artículo 955.- Propiedad del suelo, subsuelo y sobresuelo: El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.²¹

6. X Jornadas Nacionales de Derecho civil

En el año 1985, en ocasión de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, que tuvieron lugar en la ciudad de Corrientes organizadas por la Universidad Nacional del Nordeste, la Comisión nº4 (Derechos Reales), tuvo como tema central: “El derecho de superficie”. Entre las conclusiones, todas de lege ferenda, a las que arribó la comisión, se sostuvo la conveniencia de regular este derecho como “un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo edificado o plantado”.

7. El derecho real de superficie en los proyectos de Reformas al Código Civil

El proyecto de 1987 incluía el derecho de superficie en un extenso artículo 2.614 modificatorio del hoy derogado Código Civil. El proyecto conocido como proyecto de 1998,(685/95) lo trata en los artículos 2.018 a 2.028 Dto 689/95

8. El Proyecto de ley de derecho real de superficie edificada del año 2002²²

Este proyecto propuso: agregar al Código Civil, como inciso 9 del artículo 2.503 “La superficie edificada y definió: El derecho de construir como un derecho sobre cosa ajena *ius in re aliena*, real, autónomo, que puede ser gravado y que se pierde por su no ejercicio. Puede transmitirse. Y el derecho de propiedad superficiaria como real, autónomo que se ejerce sobre cosa propia *ius in re suam* y puede gravarse y transmitirse.

9. El derecho real de vuelo en la ley de suelos (LS) de España debe diferenciarse del enumerado por el artículo 2.114 ley 26.994 (CCyC)

¹⁹ Civ. 18, mai 1858, S., 1858, 1, 661.

²⁰ Code Civil du Quebec - 1996 - 1997, 4ª. Édition.

²¹ Rectificado por Fe de Erratas, publicada el 24-07- 84

²² Régimen de Derecho Real de Superficie Edificada. Nieto Brizuela y otros. (4.794-D.-2002.)

El derecho de vuelo : a diferencia del CCyC, regido el por el numerus clausus (art.1884 y 2,114 CCyC), en la ley de suelos (LS)de España es un derecho real sobre cosa ajena, con vocación de dominio, por el que su titular tiene la facultad de elevar una o varias plantas o de realizar construcciones bajo el suelo, adquiriendo, una vez ejercitado, la propiedad de lo construido. Cuando se concede para elevar nuevas plantas se denomina *sobreedificación*, y cuando se otorga para construir bajo el solar *subedificación*.

10. Sobre la enfiteusis:

Sea cual fuere la opinión que se tenga en cuanto al derecho de enfiteusis , con muy buen criterio la ley 26.994, omitió la regulación de una institución generalizada durante la Edad Media relacionada con las instituciones feudales, con el colonato y otras instituciones feudales.