

Comisión n°11, Romano: “Derechos reales de superficie y enfiteusis”

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN ROMA. SU INFLUENCIA EN NUESTRO DERECHO CIVIL

Autores: Marisa Domínguez y Graciela Fernández *

Resumen:

*La superficie entre los romanos se desarrollará por obra del pretor, asimilándola a un ius in re aliena. Antes la propiedad se regía por el principio **superficies solo cedit**. En la compilación justinianea se legislará como un derecho real sobre cosa ajena.*

El Código de Vélez, siguiendo al Código Francés consagró el principio de accesión, prohibiendo expresamente el derecho de superficie. En Proyectos posteriores y con la Ley de Superficie Forestal se comienza a regula parcialmente.

El nuevo CCC de la Nación, basado en el CC italiano de 1942, consagra su incorporación con una concepción amplia, ya sea para forestar, plantar o construir, o sobre lo ya forestado, construido o plantado, acomodándose a la necesidad económica de esta sociedad globalizada.

1. Introducción.

Nos hemos propuesto con este trabajo estudiar el derecho de superficie, considerado un instituto jurídico esencialmente romano, que encuentra escasa correspondencia con otros derechos antiguos.

Para ello haremos un recorrido por la fuente principal, *Corpus Iuris Civilis*, y autores que se dedicaron a su tratamiento, a los efectos de estudiar su incorporación o no en la legislación posterior y en los ordenamientos jurídicos influenciados por el Derecho Romano.

Investigaremos los motivos de la no incorporación en el Código Civil anterior (Vélez Sarsfield) y la implementación en este nuevo Código Civil Argentino y su fundamentación.

En Proyectos posteriores para la modificación al Código Civil de Vélez, se incluyó solamente en algunos de ellos, que finalmente no se concretaron. Si se hizo hincapié en numerosos eventos científicos, que analizaremos en este trabajo. La concreción del derecho superficie finalmente se sancionó con fecha 14 de Noviembre del año 2001 la

* Prof. Marisa Domínguez y Graciela Fernández. Facultad de Derecho y Ciencias Sociales- UNC.

Ley 25.509, introduciéndolo solo parcialmente para forestación o silvicultura; modificando los arts. 2614 y 2503 de nuestro Código Civil.

Esto constituyó un avance importante en la legislación misma, pero no suficiente a los fines de utilizar la institución del legendario y siempre vigente Derecho Romano con el fin de solucionar los problemas habitacionales que aquejan a nuestro país y toda latinoamérica.

2. Desarrollo.

2.1. Concepto del Derecho de Superficie. Su etimología.

El término Superficie deriva de los vocablos latinos “*Super*” y “*Facies*”, en su acepción más amplia designa la parte superior de un objeto, su cara posterior o más propiamente todo lo que se eleva o las construcciones que se elevan por encima del suelo.

En definitiva el concepto de este Derecho se puede expresar como aquel derecho transmisible *intervivos* y *mortis causa*, que otorga a su titular, el superficiario, el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en el suelo ajeno, mediante una renta a merced anual, *pensio o solarium*. Según Alba Crespo, J.J, un derecho real especial.¹

En el Digesto esta caracterizado en la expresión²:

“Llamamos cosas superficiarias a 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”.

2.2. Origen histórico jurídico de la Superficie en el Derecho Romano.

Se ha dicho que para la doctrina más generalizada que el derecho de superficie fue utilizado entre los romanos como una atenuación introducida por el pretor al principio absoluto y riguroso de la accesión inmobiliaria.

Se constituía originariamente mediante *locatio et conductio* en terrenos públicos a particulares, permitiéndoles construir un edificio y usar y beneficiarse (en mercados o foros), a cambio de un canon, a largo plazo, tenía caracteres de la concesión pública. En la época clásica, se amplió la posibilidad de establecerlo sobre terrenos privados.

Si seguimos la postura de Bonfante, la superficie habría nació de la necesidad de remediar las consecuencias antieconómicas del concepto romano del dominio, fue entonces, la necesidad de adaptación a las condiciones económicas de la época, la causa del desarrollo de este derecho de superficie³.

¹ GHIRARDI, Juan Carlos/ ALBA CRESPO, Juan José. 2015. Manual de Derecho Romano.

² D.43.18.2.

³ BONFANTE, Pietro. 1925. Instituciones de Derecho Romano. Edit. Reus.

Surgió más tarde que las servidumbres. Este y otros derechos análogos no tuvieron sanción por parte del *ius civile*, ni fueron reconocidos como derechos reales de la doctrina clásica. La propiedad se regía por el principio “*superficies solo cedit*”⁴. Según Gayo:

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

Surgieron en razón de este principio grandes dificultades a medida que crecían los centros urbanos donde se levantaron edificios como palacios, circos, templos y diversas obras públicas.

A medida que Roma se expandía territorialmente era imprescindible la regulación y la utilización y aprovechamiento de la tierra, ya que era necesario darles un destino a los latifundios, entregando fundos a manos privadas, que se encargarían de las construcciones de edificios en estos terrenos, que podían usar y beneficiarse de ellos con la condición de un pago a cambio. En la obra de Justiniano, específicamente en el Código⁵ se dice:

“Por los edificios, que algunos construyeron, en solar de la república, sean estos a pagar la pensión establecida.”

Cuando la población se tornó numerosa y todos ansiaban vivir cerca de un lugar céntrico, las casas comenzaron a transformarse en más de una planta. En el caso de construcción de un piso superior se lo llamaba “*coenaculum*”, porque allí se solía cenar y si la edificación era en un subsuelo, se llamaba “*krypta*”, estos lugares podían ser dados en locación y se podía conceder al locatario la superficie, aún en edificios de varias plantas, siendo uno solo su propietario, ya que no es posible establecerse la *communio pro diviso*.

Según Di Pietro, A.⁶, en el derecho vulgar se admite que el superficiario sea considerado como tal, sin locación, si tiene el consentimiento del dueño del suelo.

En la época justiniana no se presta demasiada atención a este derecho, se habla a veces de *ius in re aliena*, de servidumbre o de enfiteusis, desdibujándose al relacionárselo con esta institución. Por ello se dice que su constitución como derecho real surgió en esta época.

Más adelante pasó a ser un derecho real estructurado como un dominio dividido, para finalizar absorbido, durante la Edad Media por el derecho de enfiteusis.

2.3. Constitución del Derecho de Superficie en Roma.

⁴ Gayo 11, 73

⁵ C.11.69.1

⁶ DI PIETRO, Alfredo. 1996. Derecho Privado Romano.

El Derecho de Superficie se constituía por disposición de última voluntad o por convención, esta última puede ser a título gratuito u oneroso, en el último caso, bajo la forma de una venta o arrendamiento.

Esto lo encontramos en el Corpus, Digesto⁷ que dice:

“...asimismo los predios que están en nuestro patrimonio; pero también los tributarios o los superficiarios, y no menos también las cosas ajenas que el difunto posee de buena fe”.

2.4. Derechos y Obligaciones del Superficiario. Acciones.

2.4.1. Derechos y Obligaciones

Podía edificar en suelo ajeno; disponer libremente de este edificio; enajenarlo, gravarlo con hipoteca, arrendarlo, etc.; ejercitar las acciones propias del derecho de propiedad ejercitándolas útilmente, la reivindicatoria, confesoria, negatoria, etc. Y dispone de la protección del interdicto de *superficiebus*.

Debía pagar el canon, no esencial, y los impuestos y cargas que gravaran el fundo; prestar caución cuando el edificio amenace de daños a los fundos vecinos y realizar las reparaciones necesarias; no estaba obligado a notificar al dueño del suelo su propósito de enajenar su derecho de superficie.

2.4.2. Acciones

Podía ejercitarse, en una primera época por las acciones personales emanadas del arrendamiento o de la venta, posteriormente por el *ius honorarium*, que fue quien lo introdujo, a través de la protección del interdicto de *superficiebus* y en una última época, por las acciones propias del derecho de propiedad, ejercitándolas de manera útil, o sea la reivindicatoria, confesoria, negatoria, etc.

2.5. Extinción

Al vencimiento del plazo estipulado el superficiario estaba obligado a la restitución del fundo objeto de la superficie, en buen estado y no deteriorado por su culpa.

El derecho de superficie se extingue por: Mutuo disenso. Renuncia del superficiario o muerte sin herederos. Confusión. Conversión de la cosa en *res extra commercium*. Resolución del derecho del constituyente. Prescripción. Destrucción del fundo o del edificio, salvo que se hubiera pactado la reconstrucción. También se producía la finalización cuando el superficiario no abonaba el “*canon*”, ni los tributos por el término de tres años consecutivos, lo propio cuando causare el concesionario daños de consideración en el fundo superficiario y si enajenara éste la superficie a un tercero, sin el consentimiento del concedente de la superficie.

⁷ D.10.2.10

2.6. Derecho Civil Argentino. Código de Vélez- Proyectos y leyes vigentes.

Nuestro Codificador suprimió el Derecho de Superficie y de Enfiteusis que había estado consagrado en la legislación española, conforme al Derecho Romano, y por ende en nuestro derecho patrio. Sin lugar a dudas, Vélez, mirando el Derecho Francés y la situación de la época, con concepciones liberales, y a los efectos de evitar el desmembramiento del derecho de propiedad, como un derecho absoluto, no lo consagró en su obra.

La postura de Vélez se expresa en la nota al Art. 2502 y 2503 de su Código, al no introducirlo en la enumeración taxativa del art. 2503 y confirmar expresamente su prohibición en el art. 2614, modificado respecto de la superficie, por la Ley 25509 de superficie forestal, que agrega el inc. 8 al art. 2503 del Código mencionado. Siguió sin duda, el Dr. Vélez, el principio puro del Derecho romano antiguo de *accessión: superficies solo cedit*. Y así lo expresa en la nota al art. 2503: "...Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos..." "El Derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.". Su objetivo fue sin lugar a dudas, incentivar la explotación de la pampa, con sustento político y económico.

Pese a existir soluciones legales compatibles con el derecho de superficie, la postura reacia a su admisión 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 incluyeron al derecho de superficie en la nómina de los derechos reales.

Esta institución aparecerá incluida recién, en los proyectos de reforma del Código Civil, como el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987, ley 24.032, vetada por el PEN mediante el decreto 2713 del 23 de diciembre de 1991; en el Proyecto de la Comisión Federal que obtuvo media sanción de Diputados en 1993, en donde se contemplaba el derecho de superficie solamente sobre construcciones; mientras que en el Proyecto del Código Civil de 1998, en el título VI del Libro V (arts. 2018 a 2028), se lo establecía tanto para construcciones como para plantaciones en general.

La reforma constitucional de 1994, con el nuevo art. 41, incluyó el tema de desarrollo sustentable y la preservación del medio ambiente como de los recursos naturales. La ley 25.509, no tuvo explícitamente en cuenta esa circunstancia al legislar sobre la explotación forestal, sin formular criterios de resguardo generacional y evitar las implicancias medioambientales y el equilibrio ecológico. Consideramos que nunca un derecho individual puede ejercerse en detrimento de la sociedad presente o futura.

A partir de esto, comenzó la institución a tener un tratamiento eminentemente doctrinario y fue incorporándose en proyectos, programas del estado, conclusiones y propuestas en jornadas científicas, con el objeto de solucionar problemas habitacionales.

Dentro de la orientación general que seguía el mundo globalizado, en lo que respecta al reconocimiento de este derecho como forma de impulsar la riqueza mediante la explotación forestal, surgió la ley 25.509 a fines del año 2001, con características propias y diferentes a los lineamientos que marcaron los distintos antecedentes

legislativos previos, siendo el punto de partida para que en un futuro se viera plasmado en nuestro derecho de fondo el derecho real de superficie como ocurrió en el nuevo CCC.

Respecto de los eventos científicos se establecerá en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el año 1985, en Corrientes, que propició la necesidad de regular el derecho de superficie, como derecho real autónomo de propiedad sobre lo edificado y plantado, sobre inmuebles de particulares o del estado, de manera temporal, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años, no estableciendo plazo máximo. Asimismo y por unanimidad, en las Jornadas de Derecho Civil de Rosario, en el 2003, se dijo que "Es objetable la técnica seguida por la ley 25.509, en virtud de las reiteradas imprecisiones terminológicas y desajustes metódicos", propiciándose de lege ferenda la incorporación del derecho real de superficie en general, con amplitud de fines socio-económicos, por un plazo no menor a 15 ni mayor de 50 años.

2.7. Derecho Civil Actual. Nuevo Código. Fundamentación de su incorporación

La consagración del derecho real de superficie es la consecuencia de una nueva etapa de nuestro desarrollo legislativo, que tiene su antecedente más cercano en la sanción de la ley que consagró el derecho real de superficie forestal (ley 25509) y recuperó del ostracismo a la figura que había sido desterrada del Código de Vélez Sarsfield.

El nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (CCC) se inspiró, según su fundamentación, en el moderno concepto de superficie que se encuentra en el Código Civil italiano de 1942, (8) y luego receptado en los códigos posteriores. Encontramos este derecho, como un derecho real autónomo, sobre cosa ajena, en su concepción más amplia, ubicado en el Título VII, del Libro Segundo, comprendiendo desde el art. 1887 al 2128 del CCC.

Actualmente el derecho real de superficie se encuentra consagrado en muchos países, como Francia, España, Alemania, Bélgica, Portugal, Japón, Suiza, Austria, Bolivia, Cuba, Perú, los Códigos de Quebec de 1991, de Holanda de 1992, el Código de Brasil, la Ley Catalana 22/2001 de regulación de los Derechos de Superficie, Servidumbres y Adquisición Voluntaria y Preferente, del 31 de diciembre de 2001, luego se receptó en el Código Civil Catalán por ley 5/2006 del 10 de mayo de 2006. En algunos, solo para edificaciones y otros para edificaciones y plantaciones.

2.7.1. El derecho real de superficie y el *numerus clausus*.

El derecho real de superficie esta enumerado en el art. 1887. A continuación del dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados. O sea, más cerca de los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario. El art. 2114 contiene el concepto del derecho real de superficie y expresa: *"El derecho de superficie es 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".

Marina Mariani de Vidal, conceptualiza el derecho de superficie, como "...qué en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho a construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido y plantado, o de adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho real temporario, enajenable y transmisible mortis causa"⁸

No hay discusión que es un derecho nuevo, autónomo, temporario. Es un derecho real sobre cosa ajena, que suspende el principio de accesión.

Debemos dejar claramente asentado que el Código prevé dos situaciones: una cuando su objeto es un derecho: el de plantar, forestar o construir -derecho de superficie- (arts. 2114 y 2115, primer párrafo); y el otro, cuando su objeto son las plantaciones, forestaciones o construcciones existentes -propiedad superficiaria-(art. 2115, segundo párrafo).

Se observa nítidamente la diferencia que marca el legislador entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, siendo el primero sobre cosa ajena, mientras que el segundo sobre cosa propia (regulado en art. 2115, 2º párrafo del CCC).

En el supuesto del derecho de superficie se reenvía a las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, salvo pacto en contrario (art. 2127 CCC); mientras que en la propiedad superficiaria se dirige a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no sean modificadas por el articulado del título VII (art. 2128 CCC).

Mientras exista este derecho, el nudo propietario o *dominus soli* conserva sus facultades sobre la cosa, pero limitado *al ius abutendi*, dado que el *ius utendi* y *ius fruendi* le corresponderá al superficiario; a su vez éste tendrá el *ius utendi*, *ius fruendi* y *ius abutendi* sobre lo construido o plantado, pero limitado al plazo de duración de su derecho. El rol privado de la propiedad cumple en el sistema económico la tarea de ordenación de la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante el mecanismo del mercado y el control del Estado (normas, intervención judicial etc.)⁹

Sin duda, un inmueble urbano o rural sometido al derecho de superficie establece un nuevo modo de producción destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor.¹⁰

⁸ MARIANI de VIDAL, Marina. 1986. Curso de Derechos Reales.

⁹ GHERSI, Carlos. El Derecho Real de Superficie, Causa ilícita y Ejercicio Abusivo. 2004.

¹⁰ Según ALTERINI, JORGE: "Más allá de aspectos ideológicos, hay coincidencia en que la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. La necesita con fines solidaristas, porque a través de la superficie bien manejada se puede facilitar, sobre todo con los terrenos de propiedad del Estado, el acceso a la vivienda por los particulares de menores recursos. Y es un motor del dinamismo del país porque

De esta forma, el derecho de superficie al colocarlo en el mercado se transforma en un valor de renta autónomo, como nuevo modelo de producción.

2.7.2. Constitución

La forma de constitución es por vía contractual, ya sea a título gratuito u oneroso. A este derecho se le aplica la teoría del título y modo para la adquisición de los derechos reales por acto entre vivos.

Dispone el legislador que se encuentran legitimados a constituir este derecho tanto el titular dominial, los condóminos, como los titulares de propiedad horizontal (art. 2118 CCC). Resulta una novedad la posibilidad de existencia de este derecho en la propiedad horizontal.

Se permite que el inmueble quede gravado con el derecho real de superficie, ya sea en todo o sobre una parte determinada, con proyección sobre el subsuelo o el espacio aéreo (excavar y/o de sobreelevarse).

La norma acepta que un Consorcio (propiedad horizontal), se entiende que con la conformidad de todos los copropietarios, pueda constituir este derecho -sobre el subsuelo o sobreelevándose- según se desprende del art. 2116 CCC.

No es posible su constitución por usucapión larga, aunque se acepta la breve (con justo título y buena fe, posesión por un mínimo de 10 años).

Es un derecho transmisible en sus dos modalidades. Así, a pesar de ser un derecho que se ejerce en fundo ajeno, lo cierto es que permite su transmisión por acto entre vivos o *mortis causae*.

2.7.3. Extinción

Observamos que es un derecho temporario, destinado a durar el plazo que las partes convencionalmente fijan en el acto constitutivo. El plazo máximo legal de duración es de 70 o 50 años, dependiendo si es sobre construcción o plantaciones.

debería constituirse en estímulo de la construcción a través de modalidades de tipo negocial perfectamente compatibles con la superficie. Por ejemplo, el vendedor del terreno, en vez de aceptar que el constructor le pague con la entrega de unidades, no se desprende de la propiedad del terreno; se limita a otorgarle al constructor el derecho de superficie. En el interior del país, familias tradicionales que se fueron empobreciendo con el curso de los años aspiran a mantener dentro del acervo familiar extensiones de terreno, seguramente de origen sucesorio, pero no pueden construir. Adviértase que al posibilitarse el derecho de superficie, esos propietarios podrán otorgarlo para que otros, con mayor potencia económica, realicen la etapa edilicia. También podrían aprovecharse sectores subterráneos en lugares bien ubicados de la ciudad que puedan servir como playas subterráneas con atrayente explotación. Por todo ello, mi entusiasmo por la superficie, aunque no se puede anticipar con certeza que en la Argentina habrá de difundirse. Tenemos la razonable expectativa de que sea útil, pero es evidente que, si no se la legisla, la condenaríamos sin más a su fracaso, sin intentar su éxito. Esa esperanza fue la misma de las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes de 1985, que recomendaron su recepción legislativa".

Establece el legislador una diferencia para la extinción de este derecho, dependiendo si se trata de la propiedad superficiaria o el derecho de superficie. Aclaremos que el derecho de superficie contiene en potencia la propiedad superficiaria, situación que se mantiene hasta tanto se construya o se foreste.

En caso de destrucción de la propiedad superficiaria se extingue el derecho si no se construye nuevamente en el plazo de 6 años, o no se planta o foresta dentro de los 3 años (art. 2122 CCC).

En cambio, frente al derecho de superficie, se extingue no solo por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria, y por consolidación, sino también por el no uso durante 10 años o uso contrario, para el derecho de construir, y durante 5 años para el derecho a plantar o forestar. Ahora bien, producida la extinción del derecho, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, salvo que se pacte lo contrario (art. 2126 CCC).

Es altamente probable que en los contratos de constitución de este derecho se prevea claramente la solución a estos casos, en tanto la inversión económica que conlleva su desarrollo hace que las construcciones o plantaciones al momento de extinción de la superficie pasen a engrosar al valor de la propiedad, y por ende, el patrimonio del titular del suelo.

En cuanto a los efectos de la extinción de la superficie con relación a las construcciones o forestaciones efectuadas que subsistan, entre las soluciones diversas que muestra el derecho comparado, se optó por la del Código de Portugal, o sea reconocer el derecho del superficiario a ser indemnizado en la medida del enriquecimiento, salvo pacto en contrario.

2.7.4. Gravámenes

Otro aspecto interesante es la posibilidad de gravar el derecho de superficie con derechos reales de garantía (art. 2120 CCC), algo que se encontraba muy discutido en la superficie forestal de la ley 25.509 cuando no existía propiedad superficiaria. Hoy en día las posturas doctrinales que no aceptaban esa posibilidad devinieron abstractas conforme la norma del art. 1883 CCC, que permite que el objeto de los derechos reales sean además de las cosas, los bienes en los supuestos taxativamente señalados, como es este caso.

El Código también prevé fuera del título específico de la Superficie (Título VII) que el bien sujeto a propiedad superficiaria pueda ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo (art. 2131 CCC), el uso y la habitación.

El superficiario de la misma manera puede someter la construcción al régimen de la propiedad horizontal, y transmitir y gravar las unidades funcionales en forma

independiente del terreno durante el plazo de duración del derecho de superficie (art. 2120, 2do. párrafo CCC).

2. 8. Conclusiones.

El concepto de este derecho de superficie, en el Derecho romano se puede expresar como aquel derecho transmisible *intervivos* y *mortis causa*, que otorga a su titular, el superficiario, el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en el suelo ajeno, mediante una renta a merced anual, *pensio o solarium*.

La superficie como derecho real entre los romanos comienza a desarrollarse por la obra del pretor, que la protegió como una situación de hecho, con el interdicto de *superficiebus* y finalmente con acciones útiles, asimilándola a un *ius in re aliena*.

Anteriormente, no tuvo sanción por parte del *ius civile*, ni fue reconocido como derecho real de la doctrina clásica. La propiedad se regía por el principio "*superficies solo cedit*"-la superficie accede al suelo-. (Principio de accesibilidad inmobiliaria)

Este derecho se introdujo primeramente en terrenos del Estado y luego en los de las ciudades, para después pasar a las áreas de los privados, por el cual se concedía el derecho de fabricar o gozar temporalmente o perpetuamente del edificio mediante una pensión anual (*pensio, solarium*), o también mediante el pago de una suma única, ya sea por contrato de arriendo o venta.

El origen de la superficie está en el derecho público en ocasión de las concesiones que para edificar en el suelo y de las ciudades eran hechas a los particulares y extendidas luego a los terrenos privados. Es decir que en un comienzo fue el derecho de superficie un arrendamiento primeramente concedido por las municipalidades y en época posterior por los particulares.

Es en el Derecho Justiniano que, a pesar de no darle demasiada importancia, se lo menciona como derecho real sobre cosa ajena (*iura in re aliena*), referido a las construcciones, asimilando sus reglas a las servidumbres y a la enfiteusis.

Más adelante, este derecho será retomado por los glosadores, quienes ampliarán su campo de aplicación, además de a las construcciones, también a las plantaciones.

En definitiva, puede decirse que el derecho de superficie pareció el remedio ante una situación, en donde, en la ciudad la población aumentó a un ritmo vertiginoso, los terrenos para construir eran escasos y era imposible, por los principios del viejo *ius civile*, vender los distintos apartamentos de los que constaba un edificio.

El derecho de superficie cumplió en el Derecho Romano una función social a fin de superar los problemas de vivienda de las clases sociales trabajadoras.

No así en el Código Civil de Vélez Sarsfield, que no sólo, no lo regula sino que lo prohíbe específicamente, basándose en el derecho romano puro del principio de accesión del suelo: *superficies solo cedit*, en el derecho español de la época, en el derecho patrio, en el esbozo de Freytag y en el Código Napoleónico.

Pese a existir soluciones legales compatibles con el derecho de superficie, la postura reacia a su admisión se mantuvo en el Anteproyecto Bibiloni de 1934 (art. 2350), en el Proyecto de 1936 (art. 1449) y en el Anteproyecto Llabrás de 1954 (art. 1437), que no incluyeron al derecho de superficie en la nómina de los derechos reales. Contrariamente a esto, lo incorporaron en sus conclusiones las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil

de 1985, en Corrientes; el VII Encuentro de Profesores de Derecho Romano, en 1988, en Mendoza; posteriormente, se sancionó la Ley 25509, sobre superficie forestal, en el año 2001, constituido a favor de terceros por titulares de dominio o condominio, dando un gran paso en nuestra legislación; las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el 2003, en Rosario, sobre superficie construida; el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987; el Proyecto de la Comisión Federal que obtuvo media sanción de Diputados en 1993, solo para construcciones, y por último, el Proyecto del Código Civil de 1998, en el título VI del Libro V (arts. 2018 a 2028), tanto para construcciones como para plantaciones en general.

Debido a que los avances científicos, tecnológicos y en materia de comunicaciones de los últimos decenios han determinado un cambio de paradigmas tendientes a la protección del más débil y en aras de la igualdad.

A los efectos de acomodarse a esos cambios y a fin de estar a la altura de una realidad que hace hincapié en los derechos colectivos y participados, a los derechos reales del código de Vélez, el reciente Código Civil y Comercial de la Nación adiciona además de otros derechos, el de superficie.

Encontramos este derecho de superficie, como un derecho real autónomo, sobre cosa ajena, en su concepción más amplia, ubicado en el Título VII, del Libro Segundo, comprendiendo desde el art. 1887 al 2128 del CCC, dentro del que se comprende: el derecho de superficie, sobre cosa ajena para plantar, forestar o construir y también, la situación de la llamada, propiedad superficiaria, sobre cosa propia y referida a plantaciones.

El Derecho Real de superficie tratado en este trabajo de investigación y conforme a su incorporación en el nuevo CCC, se supone estimulará la construcción, pues constituirá una herramienta atractiva para los dueños de terrenos que no pueden o no quieren construir, que tendrán la alternativa de que lo hagan terceros, con el aliciente de que aquéllos se conviertan luego en propietarios de lo construido.

Sin duda, un inmueble urbano o rural sometido a este derecho establece, según la economía, un nuevo modo de producción destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor.

De esta forma, el derecho de superficie al colocarlo en el mercado se transformará en un valor de renta autónomo, como nuevo modelo de producción.

Basado en la doctrina y la jurisprudencia el nuevo código, se dice que establece una conexidad entre el derecho público y el derecho privado, cumplimentando los principios constitucionales.

Toda esta filosofía medular se trasunta en el tratamiento de los derechos reales. El desafío se lanza ahora a la doctrina y a la jurisprudencia que deberán complementar la importante labor realizado en aras del bienestar general y el crecimiento del país, teniendo en cuenta criterios de resguardo generacional, evitando los daños medioambientales, respetando el equilibrio ecológico y preservando requisitos y condicionamientos de urbanidad, en la ciudad y preservación de recursos naturales, en zonas rurales.