

EXTINCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE

Autores: Valeria Andrea Gallo y Hernán Luis Lamothe*

Resumen:

Abordaremos el análisis de un aspecto especial del derecho real de superficie como es la extinción del mismo en sus diferentes modalidades, partiendo desde sus orígenes en el antiguo Derecho Romano hasta nuestra actualidad. Así, veremos la extinción del derecho a construir, plantar o forestas (renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de condición resolutoria, consolidación y no uso) por un lado y por otro, la extinción de la propiedad superficiaria (consolidación, abandono, destrucción de lo construido, destrucción de lo plantado o forestado, vencimiento del plazo, expropiación y el caso especial de muerte del superficiario).

1. Introducción.

El origen de esta institución la encontramos en el Derecho Romano a través de la protección otorgada por la figura del Pretor a aquellos particulares que arrendaban al Imperio terrenos bajo su dominio, ya sea a perpetuidad o por un largo período, con permiso de construcción y a través del pago de un *pensio o solarium*. Así el edicto preveía para el superficiario tres remedios legales: a) una acción *in rem* para hacer valer su derecho contra todos, aún contra el propietario; b) una excepción contra la *rei vindicatio* del propietario y c) cualquier otra acción de que tuviera necesidad. La extinción se producía por la pérdida de la cosa (destrucción) o la expiración del plazo de arriendo.¹

El derecho de superficie pasó del derecho romano a las legislaciones posteriores. Adquirió fundamental trascendencia en la Europa de postguerra, donde se convirtió en una verdadera solución para los países con economías desgastadas y golpeadas por los embates de las guerras, que necesitaban un remedio útil para la adquisición de dominio a un precio accesible.

Así, en el Siglo XX resurge esta vieja figura del derecho romano, no sólo en Europa sino también en Latinoamérica e inclusive a nivel nacional a través de su tratamiento en los distintos proyectos de unificación de la legislación civil y comercial que se fueran dando en nuestro territorio (1987, 1993 y 1998)².

Posteriormente, en el año 2001 la presión económica de la Industria Maderera y Papelera, que para su desarrollo industrial requerían de largas extensiones de terreno por plazos considerables que permitiera el despliegue de su actividad, logran incorporar al panorama argentino el derecho real de Superficie pero únicamente con fines de forestación o silvicultura, mediante la sanción de la Ley 25.509. Esta normativa en su

* Valeria Andrea Gallo. Auxiliar Letrada del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°8 del Dto. Judicial de Morón. Hernán Luis Lamothe . Oficial Cuarto del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N°8 del Dto. Judicial de Morón. Avalados por la Dra. Liliana Graciela Ludueña, Profesora Titular Regular de Obligaciones, de la Universidad de Morón.-

¹ GURFINKL DE WENDY Lilian N., Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie, Revista Jurisprudencia Argentina, N° 6233, 14/02/2001.

² Moreira, Laureano, “El derecho de superficie”, Rev. del Notario N°808, p.109.-

artículo segundo define la Superficie Forestal como un “derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

Esta necesidad que analizábamos en el plano industrial también se ve reflejada en el plano urbanístico, donde el acceso a la vivienda se ha convertido en el privilegio de unos pocos.

Por ello, teniendo en cuenta los antecedentes señalados y la legislación comparada de otros países que utilizan la figura exitosamente -especialmente vemos la influencia del Código Civil Italiano-, la Ley 26994 incorpora la Superficie para distintas finalidades (forestación, plantación o construcción), definiéndola en su artículo 2114: “*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*”.

Así, podemos decir que el derecho real de superficie es una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez mayor importancia por la *función económica* que está llamada a cumplir.

Claro está, que la vida del derecho real de superficie se encuentra sujeta a un plazo máximo estipulado por ley. De esta manera se concilian las costumbres enraizadas en nuestra población respecto de perpetuidad y extensión del dominio del suelo, con las formas de propiedad coparticipativas que favorecen el mayor aprovechamiento económico de los bienes. Al extinguirse la propiedad superficiaria, el titular del emplazamiento extiende su dominio sobre las construcciones o forestaciones efectuadas que subsistan y debe indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento³.

2. Consideraciones previas.

Cabe aclarar, en nuestro ordenamiento jurídico, el art. 2115 del Código Civil y Comercial de la Nación, describe dos especies de este derecho real: “Modalidades. 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”.

2.a. Superficie de primera modalidad.

Esta especie reconoce dos etapas. Etapa 1: Derecho a construir, plantar o forestar un inmueble ajeno. Etapa 2: Derecho a hacer propio lo construido, plantado o forestado.- Resulta ser un derecho real sobre cosa ajena (art.1888): el poder jurídico de construir o plantar en terreno ajeno. Goza como tal de la defensa de las acciones posesorias y reales (Título XIV del Libro Cuarto).

El régimen supletorio del derecho de superficie (1º Etapa) remite al usufructo. El Art. 2127 establece: “Normas aplicables al derecho de superficie. Son de aplicación

³ Puerta de Chacón, Alicia, “Nueva versión del derecho real de superficie”, JA 2001-II-836, p. 1/2.-

supletoria las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo que las partes hayan pactado al respecto en el acto constitutivo”.

2.b. Superficie de segunda modalidad.

Esta especie posee una etapa única: Derecho a hacer propio lo construido, plantado o forestado.

Constituye un derecho real sobre cosa propia. Es una virtualidad del anterior pues el superficiario hace suyo lo plantado, forestado o construido o aquéllas existentes en el inmueble.

El régimen supletorio de la propiedad superficiaria remite a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles (artículo 2128 Normas aplicables a la propiedad superficiaria. Si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción, plantación o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria, la que a su vez queda sujeta a las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título). El proyecto del 98 propició tal solución en su art. 2027⁴.-

Esta manifestación bifronte (Alterini J.H) se inspira en los lineamientos instaurados en el Cód. Civ. y Comercial Italiano de 1942.

3. Extinción del derecho real de superficie.

Como ya señalamos, conviene desarrollar las formas de extinción de este derecho real desde sus dos modalidades. Algunos autores se niegan a separar estas dos manifestaciones; afirman que el instituto se configura unitariamente, pues sólo de este modo se advierte su autonomía como derecho real⁵. Sin embargo, para el Nuevo Código Civil y Comercial, siguiendo la concepción italiana es muy importante distinguir ambas modalidades, dado que poseen un régimen jurídico diferente.

Dentro de la primera modalidad, hablamos de la ***extinción del derecho a construir, plantar o forestar***. El art. 2124 establece: *Extinción. 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.*

3.a. Renuncia expresa.

Como todo derecho de contenido patrimonial, el *ius edificandi* puede ser renunciado.- Podemos definir este modo de extinción de un derecho real como “el acto jurídico unilateral por el que el titular de un derecho real limitado abdica del mismo, sin intención de transmitir”.

El código explicita que dicha renuncia debe ser **expresa**, no es admisible la renuncia tácita, ya que ésta no se presume, pues ha de ser clara, terminante e inequívoca y resultar de manifestaciones expresas hechas a tal fin.

Ahora bien, dicha renuncia no libera al superficiario de las obligaciones personales que asumió frente al dueño conforme las estipulaciones hechas en el contrato constitutivo. Por ejemplo si se pacto un canon o renta que debía pagar el superficiario durante el plazo establecido de duración de este derecho real, deberá continuar con dicha obligación.

Lo explicado también se observa en el derecho comparado, vemos que Cárdenas Quirós manifiesta que el art. 268 del Código Civil japonés permite al superficiario renunciar en

⁴ Notas de la clase del Dr. Sebastián Sabene, del día 17/06/15, Universidad de Morón.-

⁵ Borzutzky Arditi, El derecho de superficie, N° 11.

cualquier momento, en ausencia de una costumbre diferente; empero, si está obligado a pagar una renta; debe dar un año de preaviso o pagar un año de renta, aunque no esté cumplido⁶.

Por su parte, la renuncia tampoco puede afectar los derechos de terceros que contrataron con el propietario superficiario, sino que persistirán hasta el vencimiento del plazo de constitución de la superficie. Ejemplo: el superficiario da lo construido por él en usufructo y con posterioridad renuncia a su derecho real. Dicho usufructo no se va a ver afectado por esta renuncia, sino que continuará hasta que se produzca el vencimiento del plazo del derecho de superficie inscripto.

3.b. Vencimiento del plazo

Habiendo definido el derecho real de superficie como *temporal*, va de suyo que una de las causales de su extinción sea, por su propia naturaleza, el transcurso del plazo máximo fijado por la ley o bien el estipulado en el contrato constitutivo.-

Claro está, que dentro de esta modalidad, esta manera de extinción no suele ser la usual, ya que normalmente, si el superficiario no ha construido, el *ius edificandi* se extinguirá por el efecto del no uso; no será necesario esperar el vencimiento del término convencional o legal.

Sin embargo, puede llegar a suceder que habiéndose construido, esto se destruya (renaciendo así el *ius edificandi*) y antes que venza el plazo de reconstrucción, se produzca el vencimiento del plazo de vigencia del derecho de superficie contratado.

3.c. Cumplimiento de condición resolutoria.

El derecho a edificar puede estar sometido a condiciones de diversos tipos que pueden generar, si así se lo pactó, la extinción del derecho.

En este derecho real predominan las cláusulas reglamentarias de constitución que las partes intervinientes pactaron libremente de modo convencional. A los largo de la redacción del Código Civil y Comercial vemos como la autonomía de la voluntad ha ganado un lugar determinante en todo el régimen jurídico.

3.d. Consolidación.

Opera cuando se confunden las calidades de dueño del suelo y del derecho a edificar, es decir cuando la totalidad de ambas titularidades coincidieren en un mismo sujeto, ya sea a través del ejercicio del derecho de tanteo, o por sucesión mortis causa, o bien por mutuo disenso o distracto.

3.e. No uso.

El no uso consiste en no edificar o no reedificar dentro del lapso fijado por la ley. El Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación estipula el plazo de **diez años**, para el derecho a construir, y de **cinco años** para el derecho a plantar o forestar.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Corrientes, 1985), se propuso el plazo de cinco años⁷; el Código italiano de 1942, en cambio lo extiende a veinte, y el Código cubano se lo limita a dos (art. 224, inc. C). Algunas legislaciones silencian el no uso

⁶ Cárdenas Quirós, “Los modos de constitución, la duración y la extinción del derecho de superficie”, en “Estudios Jurídicos en honor a los profesores Carlos Fernández Sessregio y Max Arias Schreiber”, Lima 1988, p. 34.-

⁷ Capón Filas, “El derecho de superficie en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil”, LL, 1986-A-881.

como causal de extinción, salvo pacto en contrario; en este sentido pueden compulsarse las leyes de Suiza, Alemania, Austria, entre otras⁸.

La previsión del no uso como causal de extinción del derecho de superficie coincide con la que el derecho civil argentino proporciona en materia de usufructo (art. 2152 inc. c) del C.C. y C.), uso (art. 2155 del C.C. y C.), habitación (art. 2159 del C.C. y C.) y servidumbre (art. 2182 inc. b) del C.C. y C.).

La fijación de dicho plazo obedece a la necesidad de procurar que el titular del derecho de superficie realice sobre el inmueble ajeno las obras para las cuales lo adquirió, teniendo en cuenta por una parte, las razones de orden económico-social expuestas en nuestra introducción que hacen a su finalidad; y por otra, que desde un plano fáctico, el lapso fijado legalmente resulta razonable para llevar a cabo una construcción o plantado.

Cabe señalar que el no uso como causal de extinción no sólo se dará por la inacción total del titular del derecho de construir sino también cuando las obras realizadas se apartan de lo pactado en el acto de constitución, situación ésta que se relaciona con el derecho de uso que tiene el superficiario, que consiste en la utilización del terreno según los fines previstos en el acto constitutivo⁹.

Se entiende que la norma que contiene el plazo de extinción por no uso, no es de orden público y por ello, susceptible de ser modificada por pactos en contrario.

4. Extinción de la propiedad superficiaria.

Como referíamos anteriormente, resulta conveniente analizar la extinción de este derecho real diferenciando sus causales en cada una de sus modalidades.

Siguiendo tales lineamientos, resta avocarnos a detallar los modos de extinción de la propiedad superficiaria. Esta última es el derecho real a tener, mantener, gozar y disponer de lo edificado. Mirando desde la perspectiva del suelo, se trata de un derecho real sobre cosa ajena; en cambio desde la perspectiva de lo edificado, el superficiario es titular de una verdadera propiedad. Ambos –el titular del suelo y el superficiario- poseen un dominio imperfecto, el del suelo porque lo ha desmembrado y el superficiario por ser su dominio temporal. Se caracteriza por ser un derecho real sobre cosa propia, temporal, transferible, gravable y divisible.

No nos detendremos en analizar detalladamente los principios generales señalados precedentemente, con el fin de no extendernos fuera de nuestro tema investigativo.

Interesa detenernos en las causales de extinción de la propiedad superficiaria, que son:

- *Causas generales de extinción de los derechos reales (consolidación y abandono – art. 1907)*
- *Destrucción de lo construido, si el superficiario no reconstruye dentro del plazo de SEIS (6) años (art. 2122)*
- *Destrucción de lo plantado o forestado, si no se vuelve a plantar o forestar en el plazo de TRES (3) años (art. 2122)*
- *Vencimiento del plazo (arts. 2117 y 2125)*

4.a. Consolidación y abandono.

El art. 1907 del C. C. y C. de la Nación al desarrollar las disposiciones generales de los derechos reales, establece: “*Extinción. Sin perjuicio de los medios de extinción de todos*

⁸ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia; “Derecho real de superficie”, Ed. Astrea, 1989, p.45.

⁹ Gurfinkel de Wendy, Lilian N., “Estado actual del debate acerca de la regulación del Derecho Real de Superficie”, Revista Jurisprudencia Argentina, N° 6233, p.14.

los derechos patrimoniales y de los especiales de los derechos reales, éstos 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”.

La **destrucción** la trataremos en punto separado porque merece observaciones especiales por su legislación puntualizada que posee en esta materia.

Respecto a la **consolidación** nos remitimos a lo ya explicado anteriormente (Extinción del *Ius Edificandi*, Punto d.).

El abandono configura un acto unilateral de voluntad seguido del desprendimiento de la posesión y debe ser cuidadosamente distinguido del **no uso** que, como hemos dicho, extingue el derecho de edificar.

La propiedad superficiaria, como toda propiedad, subsiste independientemente del ejercicio que se haga de ella, aunque hay que considerar que si un tercero realiza actos posesorios sobre el suelo y la propiedad superficiaria durante el plazo y con los recaudos de ley, prescribirá y se extinguirá de este modo la propiedad anterior sobre el suelo y sobre lo edificado.

También cabe señalar, que el abandono esta previsto para la segunda modalidad mientras que la renuncia está contemplada para la primer modalidad. ¿En qué se diferencia la renuncia al derecho de construir y forestar del abandono de la propiedad superficiaria? Clásicamente, se ha utilizado el término abandono para referirse a la renuncia de un derecho real, en tanto que se aplica el término renuncia para los derechos personales. Tanto la renuncia al derecho de construir o forestar como el abandono de la propiedad superficiaria deberá ser expreso, manifestados por escritura pública (por tratarse de derechos reales sobre inmuebles) e inscritos en el Registro para su oponibilidad a terceros interesados de buena fe. Claro está, al igual que en la renuncia, el propietario superficiario que abandono lo construido no se libera de sus obligaciones personales legales o contractuales (art. 2123 C.C.y C.).

4.b. Destrucción.

Con respecto a la destrucción de la cosa, el art. 2122 dispone: *“Destrucción de la propiedad superficiaria. 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”.*

Esta cuestión era discutible desde la época del derecho romano, donde Donatello sostenía que el derecho de superficie se extinguía por la destrucción o ruina del edificio; en cambio Dernburg, afirmaba que el perecimiento del edificio no producía la extinción, correspondiendo al titular del derecho de reconstruir.

Esta última es la tesis que recoge mayoritariamente la legislación moderna, admitiendo en todo caso el pacto en contrario (p. ej. Art. 1033 del código civil peruano y art. 954 del código italiano de 1942).

El hecho de que la superficie no se extinga con la propiedad superficiaria, demuestra que ésta es sólo una manifestación de aquella y no la superficie toda, ya que de existir total identidad, la destrucción del edificio debiera producir la extinción del derecho de superficie. Por ello, por subsistir el derecho de superficie a través del *ius edificandi*, permanece la obligación del superficiario de cumplir sus obligaciones, como el pago de una renta¹⁰.

4.c. Vencimiento del plazo o condición resolutoria.

¹⁰ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia; “Derecho real de superficie”, Ed. Astrea, 1989, p.62.

Al asimilarse la propiedad superficiaria a un dominio revocable, es entendible, que se extinga al igual que todo dominio de este tipo, por el cumplimiento del plazo o de la condición resolutoria pactada.

Según Roca Sastre, es el típico supuesto de extinción por caducidad, dado que el derecho se extingue por haber agotado el tiempo de vida que se señaló al ser constituido, dentro del plazo máximo determinado por la ley¹¹.-

A diferencia de lo que sucede con la extinción por el no uso, que habrá que demandarla y en su caso, probarlo los hechos que acrediten la inacción del titular del derecho a edificar, el sólo vencimiento del plazo pactado en el contrato produce la extinción tanto del derecho de superficie como de la propiedad superficiaria. Por el contrario, en la propiedad superficiaria el no uso no constituye causal de extinción del derecho de superficie, ya que en este caso su titular ejerce su potestad sobre cosa propia, resultando de aplicación las normas sobre dominio revocable, que si bien imperfecto es dominio al fin y subsiste independientemente del ejercicio que se pueda hacer de él, por consiguiente, el propietario no deja de serlo aunque no ejerza ningún acto de propiedad. La legislación comparada conoce supuestos de condiciones prohibidas. Así por ejemplo en la legislación alemana de 1919 se invalidaban las cláusulas que pactaban la extinción de la superficie por el incumplimiento del pago del canon.

4.d. Expropiación.

Aunque no se encuentre legislada específicamente esta causal de extinción para este tema, consideramos que por su misma entidad, es igualmente aplicable para ambos planos del derecho de superficie.-

La expropiación pone la cosa fuera del comercio, extinguiendo la propiedad privada. En este caso, el precio que se pague deberá distribuirse entre el superficiario y el dueño del suelo, en proporción al valor de los derechos de uno y otro al tiempo de verificarse la expropiación.¹².

5. El caso especial de muerte del superficiario.

Finalmente, debemos aclarar que sucede ante la muerte del propietario superficiario. En este caso, ya hemos visto que la superficie resulta transferible, sea inter vivos o mortis causa, por ello la muerte no constituye un modo de extinción del derecho de superficie en ninguna de las dos modalidades.

No obstante ello, cabe preguntarse ¿qué sucede cuando el superficiario muere sin dejar herederos? La solución era discutible en el derecho romano; al parecer la opinión prevaleciente era que en tales supuestos el fisco resultaba ipso iure heredero, porque siendo el derecho de superficie una parte del patrimonio, enajenable a cualquiera, debe seguir la suerte del resto.

Por otro lado, la Dra. Highton ha sostenido que en este caso, debiera operar la reversión al propietario del suelo, produciéndose la extinción por consolidación¹³. El nuevo C.C. y C. no ha previsto tal excepcional situación, por ello, la visión de la Dra. Highton no puede ser aplicada, resultado –a falta de previsión legal- aplicables las reglas de la sucesión vacante.

Ahora bien, en la práctica, difícilmente el Estado ejerza este derecho temporal dentro de los plazos y condiciones contratados, produciéndose en definitiva la reversión al dueño del suelo.

¹¹ Roca Sastre, "Derecho Hipotecario", T.III, p.583 y sgtes.-

¹² Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia; "Derecho real de superficie", Ed. Astrea, 1989, p.45.

¹³ Highton, su Potencia a las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Corrientes, 1985.

6. Efectos de la extinción.

El nuevo Código Civil y comercial de la Nación nos habla de los efectos provocados por la extinción en su artículo 2125: “*Efectos de la extinción. 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 el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido*”.

Con la extinción de la superficie, podemos señalar tres efectos fundamentales consecuentes de ella.

6.1. Extinción por vencimiento del plazo legal o convencional.

Al producirse este medio de extinción, el dueño del suelo recobra la plenitud de su dominio, rigiendo nuevamente el principio de accesión. El propietario del suelo hará suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones, totalmente libres de derechos reales o personales.

Rige el principio general de la retroactividad, ya sea entre las partes como en relación a terceros. El titular de dominio del suelo recobra su plenitud, resultándole inoponibles las enajenaciones e hipotecas consentidas por el superficiario. De tal modo los actos de disposición realizados por el titular del derecho de superficie quedan sin efecto, sentando la regla *nemo plus iuris ad alium transferre potest, quam ipse habet*.

Los derechos de terceros, también son alcanzados por este efecto ya que el plazo resolutorio consta en el título del transmitente, sin poder alegar su desconocimiento.

Esta formulación es apoyada por Alterini, quien sostiene que “tampoco dichos terceros podrían aducir ignorancia de las cláusulas resolutorias si constan en los títulos de antecesores del disponente, habida cuenta de que creemos que la investigación de títulos no debe detenerse en el título del disponente...”¹⁴.

6.2. Extinción antes del vencimiento del plazo.

Por el contrario, si el derecho real de superficie o la propiedad superficiaria se extinguen antes del plazo fijado, el propietario hace suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones, pero continúan los derechos reales y personales gravando la propiedad superficiaria como si fuesen parcelas distintas. (art. 2125, 2º y 3º párrafo).

6.3. Indemnización.

El propietario debe INDEMNIZAR al superficiario salvo pacto en contrario. Así, el art. 2126 del nuevo Código Civil y Comercial establece: “*Indemnización al superficiario. Producida la extinción del derecho de superficie, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, excepto pacto en contrario. El monto de la indemnización es 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.*”

¹⁴ Llambias- Alterini, “Código –Civil anotado” t. IV-A, p. 485.

Previo a la promulgación del nuevo código, Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón sostuvieron que el superficiario tiene derecho a ser recompensado por el valor de las obras en la medida del enriquecimiento, salvo pacto en contrario¹⁵. En igual sentido, Alterini entiende que debe reconocerse al superficiario el derecho a indemnización ya que se trata de evitar un enriquecimiento injustificado del dueño del suelo o de la construcción que le sirvió de soporte, pero admite que las partes puedan pactar lo contrario¹⁶.

El monto de la indemnización varía conforme las partes hubieren acordado en el título por el cual se constituyó la superficie o lo pactado en acuerdos posteriores. Se establece en el último párrafo del art. 2126 la forma de calcular la indemnización en caso de alta de previsión contractual al respecto.

7. Conclusión.

Consideramos muy satisfactoria la inclusión de este derecho real, máxime cuando pueden analizarse las ventajas productivas a nivel socio-económico del ordenamiento legal comparado.

Entendemos que su aplicación no conllevaría los peligros que Vélez Sarsfield señala en la nota al artículo 2503; por el contrario su regulación otorga una serie de ventajas, como un aprovechamiento efectivo del suelo, una ventana a nuevas propuestas conciliatorias para aquellos casos en los que la construcción sobre tierra ajena puede llevar a litigios prolongados y desgastantes de relaciones familiares, mejorar la inversión económica sirviendo como emprendimiento inmobiliario una salida para la disolución del régimen patrimonial de comunidad, entre tantas otras que la práctica nos vaya brindando.

La propiedad superficiaria traerá aparejada una optimización en el corto plazo en las condiciones a la accesibilidad social a la vivienda como consecuencia de no incluir el costo del suelo entre los componentes del precio. Por otro lado, beneficiará la inversión de capitales inactivos apuntando al fin comunitario de la propiedad.

Por supuesto, como bien señalan las Dras. Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, los argentinos necesitaremos un cambio de mentalidad para corrernos del viejo concepto de propiedad “desde el cielo hasta los infiernos”, para lograr habituarnos y comprender los beneficios de esta figura.

¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aida y Puerta de Chacón, Alicia “Derecho real de superficie”, 1989, Ed. Astrea, p. 71. Las autoras citadas apoyan su postura en similares disposiciones de la legislación comparada: código japonés, chino, boliviano y peruano entre otros.

¹⁶ Alterini, “Derecho real de superficie”, p. 19.