UNIDADES FUNCIONALES A CONSTRUIR A TRAVÉS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

María Laura Szymanski [1]
Jorge Guillermo O'Connor [2]

Ponencias:

1. El Derecho de Superficie resulta eficaz para ejecutar proyectos donde se involucran unidades funcionales a construir, brindando seguridad y celeridad tanto para el superficiario, como para el superficiante.
2. Al constituir el Derecho de Superficie las partes ejercen su autonomía de voluntad para pactar condiciones convenientes al negocio a celebrar, siempre que respeten las estipulaciones de orden público.
3. Al constituir el Derecho de Superficie se recomienda establecer las condiciones generales, intenciones contractuales, especificaciones del proyecto constructivo, causales de extinción, forma de indemnización, y toda otra cláusula que las partes consideren necesarias para evitar litigios futuros.
4. Se propone que el plano de mensura de deslinde y afectación al régimen de propiedad horizontal registrado, con el alta conforme a obra, sea establecido como condición resolutoria para la extinción del derecho de superficie.
5. Cumplida la finalidad del contrato, las partes extinguirán el derecho real de superficie, afectarán al régimen de propiedad horizontal y adjudicarán las

[1]Escribana y Abogada. Docente titular de la cátedra de Derechos Reales en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco - Sede Comodoro Rivadavia
[2]Magister en Aplicaciones de Información Espacial Ingeniero Agrimensor. Estudiante de Derecho en la Universidad Nacional de la Patagonia San Juan Bosco - Sede Trelew

unidades funcionales de acuerdo a lo convenido, otorgando las escrituras públicas correspondientes.

Palabras clave: Derecho de Superficie, Unidades Funcionales a construir, Mensura de deslinde y Propiedad Horizontal, Extinción, Afectación y Adjudicación.

Introducción

Cuando un titular dominial decide poner en valor un inmueble mediante un desarrollo inmobiliario, en el cual el objetivo es obtener unidades funcionales a cambio del inmueble, se enfrenta históricamente a dos opciones: desprenderse del dominio a través de un contrato de permuta por unidades funcionales a construir, o aportar el inmueble a un fideicomiso con objeto de construcción. En ambos casos el titular original queda expuesto a un riesgo estructural: entrega un derecho cierto, el dominio pleno de su inmueble, a cambio de un objeto futuro que puede o no llegar a existir, con escasas herramientas para revertir la operación si el desarrollador incumple.

El derecho real de superficie, incorporado a nuestro ordenamiento por la Ley 26.994, ofrece una alternativa estructuralmente distinta: permite al titular dominial desdoblar su derecho y ceder la facultad de construir, plantar o forestar o la titularidad de lo construido, plantado o forestado, sin desprenderse del dominio de la rasante, vuelo o subsuelo dependiendo del espacio donde recae el objeto del derecho de superficie. Esta separación entre la titularidad del terreno y la titularidad de lo construido, excepción al principio de accesión, es lo que habilita un negocio jurídico donde ambas partes conservan, durante toda la operación, un derecho real propio y autónomo sobre su respectivo objeto.

Las ventajas de esta figura frente a los mecanismos tradicionales ya han sido señaladas por la doctrina: siendo una de las principales para el superficiario, la posibilidad de constituir derechos reales de garantía sobre su derecho de superficie, facilitando el acceso al crédito para financiar la obra. Para el superficiante, la certeza de recuperar el pleno dominio del inmueble, incluidas las mejoras, ante el incumplimiento del superficiario, sin necesidad de acudir a un proceso de resolución contractual sobre un derecho que ya salió de su patrimonio. Y para ambas partes, una amplia autonomía de la voluntad para pactar las condiciones contractuales como el plazo, causales de

extinción, modalidad de indemnización, entre otras, con el único límite de las normas de orden público en materia de derechos reales.

Lo que la práctica revela, sin embargo, es que la eficacia de estos pactos depende de un presupuesto que la doctrina civil trata solo de manera lateral: la correcta identificación catastral del objeto sobre el que recae el derecho de superficie, y su adecuada coordinación con la registración inmobiliaria en cada una de las etapas del negocio, desde la constitución del derecho, pasando por el estado de unidad funcional en construcción, hasta la afectación al régimen de propiedad horizontal y la consolidación o extinción del derecho real. Es en esta zona de intersección entre catastro y registro donde se concentran, en la experiencia profesional conjunta de escribanos y agrimensores, los principales inconvenientes al aplicar el instituto: partidas inmobiliarias mal constituidas, requerimiento de planos de mensura o no, según criterios provinciales dispares, ausencia de mecanismos claros para publicitar frente a terceros el estado de una unidad funcional que aún no existe físicamente, inconvenientes al afectar el inmueble al Régimen de Propiedad Horizontal y la adjudicación de las unidades funcionales al momento de extinción del derecho. El propósito de este trabajo es, entonces, abordar el derecho real de superficie no desde sus fundamentos civiles generales, ya tratados ampliamente por la doctrina, sino desde su aspecto práctico: determinar qué problemas catastrales y registrales plantea su aplicación a desarrollos con unidades funcionales a construir, y qué convenciones resultan necesarias que las partes adopten, desde la constitución del derecho, para evitar que se generen litigios o inconvenientes al momento de su extinción y adjudicación de las Unidades Funcionales, dando así seguridad jurídica a las partes y oponibilidad de su derecho frente a terceros.

Desarrollo

Como bien se expresó en la introducción, el objetivo del presente estudio es abordar el aspecto práctico del Derecho de Superficie aplicado a negocios de tipo inmobiliario donde lo que se busca es poder asegurar que tanto el titular dominial y el desarrollador inmobiliario, puedan celebrar un negocio que les brinde seguridad jurídica y adecuado a las normas de fondo y de forma. Con esta idea, comenzamos a representar el escenario que nos permita desarrollar la propuesta.

Planteo del caso

A los fines de analizar la aplicación práctica del derecho de superficie a este tipo de negocios, planteamos el siguiente caso: un titular dominial y un desarrollista inmobiliario deciden vincularse para construir un edificio, mediante el cual el titular del inmueble recibirá al cumplimiento de un plazo o una condición resolutoria unidades funcionales como compensación y el desarrollista unidades funcionales para su comercialización, en concepto de indemnización por lo construido de acuerdo a lo pactado contractualmente. Sobre este escenario iremos identificando, a lo largo del desarrollo:

- El instrumento jurídico elegido y las cláusulas contractuales recomendadas.
- Las partes que intervienen en el negocio y el interés que cada una persigue.
- Los organismos y profesionales que participan de su instrumentación (catastrales, registrales, notariales, técnicos).
- Los riesgos, beneficios e inconvenientes que presenta cada etapa del negocio, desde la constitución del derecho de superficie hasta su extinción y la adjudicación final de las unidades funcionales.

El negocio inmobiliario y el instrumento jurídico buscado

Cuando un desarrollista inmobiliario proyecta la construcción de un Edificio con el objetivo de obtener Unidades Funcionales, además del análisis comercial, en cuanto a costos, ganancias, y la elaboración del proyecto técnico, lo que necesita es encontrar un inmueble que se ajuste a sus necesidades y que sea adecuado según la zonificación de los códigos de planeamiento urbano, la infraestructura disponible y el estado parcelario y dominial. Así mismo el titular dominial del inmueble busca un negocio que ponga en valor su propiedad, que hoy se encuentra sin un uso específico, generando costos de mantenimiento. Es fundamental encontrar la herramienta jurídica que se adecue a las necesidades e intereses de cada parte, por lo que el instrumento jurídico que documente esa relación debe cumplir con los siguientes requisitos:

- Ajustarse a derecho.
- Proteger el interés de las partes.
- Plasmar la voluntad de las partes.
- Facilitar el ejercicio de las acciones de las partes de cara al negocio inmobiliario a celebrarse.
- Adecuarse a la norma sustantiva y a la norma reglamentaria.

- Ser autocontenido en la resolución de controversias futuras.

Como indicamos al comienzo, el código decimonónico argentino de Vélez Sarsfield no alcanzaba a resolver todas las condiciones que este tipo de operaciones requiere, utilizándose en la práctica el contrato de permuta de inmueble por unidad funcional a construir o transferencia de inmueble a un fideicomiso de construcción o simplemente una locación de obra y luego transferencia de unidades funcionales como dación en pago. La ley 26.994 incorporó como nuevo derecho real el derecho de Superficie, el cual por sus características creemos que es la figura adecuada para este tipo de transacciones.[3]

El derecho de superficie en el CCyCN

El CCCN al tratar el Derecho de Superficie en su Libro Cuarto Título VII, pone el foco en aspectos sustantivos y resulta escueto en los aspectos reglamentarios del mismo, dejando abierta a la autonomía de la voluntad de las partes para pactar sus modalidades y nos da libertad a quienes ejercemos la profesión liberal, a quienes accionamos como agentes públicos y a los juristas para estudiar, analizar, proponer, sintetizar, evaluar e implementar las cláusulas necesarias para implementar el instituto del derecho de superficie y adaptar el mismo a los intereses perseguidos por las partes.

Lo define en su art. 2114 CCyCN como: "*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.*" Sobre esta base normativa, la doctrina destaca su carácter dual o mixto: mientras no se ejerce la facultad de plantar, forestar o construir, el derecho recae sobre cosa ajena; una vez ejercida, da lugar a la propiedad superficiaria, un derecho real sobre cosa propia.

[3] SZYMANSKI, María Laura, "Aplicación del derecho real de superficie en los desarrollos inmobiliarios con unidades funcionales a construir", en XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6 (Derechos Reales), Buenos Aires, 2023, p. 447 y ss.

En cuanto a las facultades y obligaciones de las partes, el art. 2120 CCCN faculta al superficiario a constituir derechos reales de garantía sobre su derecho de construir, plantar o forestar, o sobre la propiedad superficiaria una vez existente, limitados en ambos casos al plazo de duración de la superficie; puede además afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal y transmitir o gravar las unidades privativas como inmuebles independientes, sin necesidad de consentimiento del propietario del suelo. El superficiante, por su parte, conserva conforme al art. 2121 CCCN la disposición material y jurídica de su derecho sobre el inmueble, con el único límite de no turbar el ejercicio del derecho del superficiario.

Esta distribución de facultades es la que permite, en el negocio que aquí se analiza, que el desarrollista obtenga financiamiento sobre su propio derecho, incluso antes de terminar la obra, sin que el titular dominial pierda su capacidad de disponer del inmueble en lo que no afecte lo pactado.

También es necesario destacar como una característica que puede constituirse sobre la totalidad del inmueble o solo en una parte determinada del mismo, sobre el suelo o rasante, el vuelo o el subsuelo, lo que admitiría el carácter tridimensional del derecho. [4]Se entiende por suelo o rasante el suelo donde se encuentra la parcela no edificada. El vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo o sobre una edificación. Y el subsuelo sería la fracción de terreno ubicada en el plano subterráneo. El vuelo y el subsuelo, juntamente con la rasante, son dimensiones autónomas del inmueble y cada una de ellas sirve de asiento a la constitución de este derecho real. En cualquier caso el titular dominial podrá dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo. [5]Cabe destacar que según el artículo 2116 segundo párrafo del código, la afectación al derecho de superficie no sólo puede recaer sobre la parte del inmueble destinada a construir, forestar o plantar sino también extenderse a otras partes materiales del mismo siempre que sean de utilidad al ejercicio del derecho superficiario, como por ejemplo el espacio necesario para acceder a la vía pública.

[4] CAUSSE, Jorge R. "El derecho de superficie". Academia Nacional del Notariado. LXIX. Seminario Teórico Práctico Laureano Moreira, página 82.

[5] ZAVALA, Gastón Augusto. "Nuevos Derechos Reales. Derecho Real de Superficie", *Revista Notarial*, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 936, año 2000.

Las Partes:

A) El Superficiante/Titular del Inmueble:

Según el art. 2118 CCyCN, pueden constituir derecho real de superficie las personas físicas titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Respecto de este último supuesto, pueden presentarse distintas situaciones: que los copropietarios constituyan el derecho real de superficie, en cualquiera de sus dos modalidades, sobre el inmueble sometido a propiedad horizontal, caso en el que se requerirá la decisión unánime de todos los propietarios de las unidades que forman parte del edificio, o que un copropietario constituya la superficie sobre su propia unidad funcional.

El Código no menciona a las personas jurídicas, pero la doctrina entiende que no hay impedimento alguno para que puedan constituirse; tampoco menciona a los titulares de los conjuntos inmobiliarios, siendo mayoritaria la doctrina que los incluye. Así, por ejemplo Cura Grassi expresa: "En cuanto a los legitimados para constituir este derecho real, el código habilitó a los títulos de los derechos de dominio, condominio y propiedad horizontal. Nótese que no menciona a los titulares de los conjuntos inmobiliarios, aunque se deduce que éstos estarían habilitados en razón de tratarse de un derecho de propiedad horizontal especial (art. 2075 CCCN).[6]

Una vez verificado en nuestro caso la legitimidad del titular o titulares del inmueble donde se emplazara el proyecto inmobiliario, debemos determinar el interés del mismo en la operación planteada, el cual podría ser percibir dinero a través del pago de un canon mensual o anual, mientras se encuentre vigente el derecho de superficie o como en nuestro caso planteado no percibir dinero durante el desarrollo y recibir al finalizar unidades funcionales y/o complementarias construidas, las cuales es fundamental que estén determinadas en el contrato la cantidad, metros cuadrados y demás características edilicias, cuyos valores sean pactados por las partes y generalmente sean equivalentes al valor del terreno.

[6] CURA GRASSI, Domingo C. y MATHIEU ALURRALDE, Serafín, "Superficie", en *XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil*, Comisión 6 (Derechos Reales), Buenos Aires, 2023, p. 101-103.

B) El Superficiario/Desarrollista Inmobiliario

El superficiario puede ser una persona física o jurídica, y puede reunir en sí mismo, o distribuir entre distintos sujetos, los roles de desarrollador, comercializador y constructor del proyecto. Quien resulte titular del derecho de superficie adquiere las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica sobre el objeto territorial afectado, con las únicas limitaciones que surjan del título constitutivo, del CCyCN y de la normativa provincial o municipal aplicable.

El interés del desarrollista y los riesgos del negocio

El desarrollista que identifica una necesidad habitacional insatisfecha o se propone iniciar un proyecto inmobiliario de cero, enfrenta riesgos de distinta naturaleza: la gestión misma de la obra, que exige atención constante y respuesta rápida a problemas constructivos; el contexto económico, con cambios en la política monetaria y fiscal que pueden alterar costos y plazos; y la necesidad de reunir, además del inmueble, los recursos dinerarios y profesionales para construir, salvo que por supuesto cuente con capital propio suficiente para comprar el inmueble y asumir todos los costos de manera directa.

Por qué el derecho de superficie reduce los riesgos

Frente a este escenario, el derecho de superficie ofrece al desarrollista ventajas que otras figuras no reúnen en un solo instrumento: en primer lugar, le permite acceder al inmueble sin desembolsar una parte importante de la inversión en su compra, ya que no necesita adquirir el dominio sino solo el derecho de construir sobre él, liberando ese capital para la obra misma. A esto se suma una amplia autonomía de la voluntad para pactar las condiciones del negocio; la posibilidad de constituir otros derechos reales sobre su propio derecho de superficie, en particular, hipotecarlo, para obtener financiamiento antes o durante la obra; y la posibilidad de celebrar los contratos que el negocio requiera sin necesidad de desprenderse de la titularidad de lo que construye.

Organismos intervinientes y profesionales actuantes

Dentro del caso planteado, identificamos a los siguientes organismos participantes:

- Catastrales
- Registrales
- Oficinas municipales de obras particulares y visados de mensura

Y los profesionales actuantes que identificamos son:

- El notario: quien autoriza las escrituras que materialicen el negocio a celebrar
- El agrimensor: quien materialicen los estados parcelarios a través de los correspondientes planos
- El ingeniero y/o arquitecto: quien elabora el proyecto de obra y obtiene el certificado final de obra de la construcción a realizar.

Plano de mensura.

Permitirá determinar el estado parcelario sobre el cual recaerán los derechos reales, con sus respectivas limitaciones y restricciones, con independencia de la causa jurídica que les dé origen. Deberá contener:

- El estado parcelario original, con la parte determinada sobre la cual recaerá el derecho de superficie, pudiendo abarcar la totalidad o no de la parcela.
- El estado parcelario sobre el cual recaerá el derecho de propiedad horizontal

Plano de obra

Conjunto de planos técnicos necesarios para obtener el permiso de obra y el certificado de final de obra de acuerdo a las reglamentaciones municipales de la ciudad donde se esté llevando a cabo el proyecto.

El Organismo Catastral

Aquí se registrarán los planos de mensura y se solicitará la expedición de los certificados catastrales correspondientes a los estados parcelarios.

El Organismo Registral

Donde se realizará el asiento registral de la constitución del derecho real de superficie, y su extinción; la afectación al régimen de propiedad horizontal sobre la parcela y las adjudicaciones de las unidades funcionales, así como las restricciones y limitaciones que pudieran surgir, dando oponibilidad frente a terceros al derecho de las partes.

Oficina municipal de Uso del Suelo

Es la oficina donde se evaluará y dará el visto bueno del cumplimiento de la normativa municipal relativa al uso del suelo para los expedientes de mensura..

Oficina municipal de Obras Particulares

Será el Área Municipal en el cual se presentan los planos de la obra a construir para que se autorice su construcción en base a la normativa vigente de edificación.

Planteo de la propuesta e implementación práctica

Hemos identificado los profesionales y organismos que participan en un proyecto inmobiliario de este tipo y resulta necesario ahora ordenar esos bloques de manera que lo convierta en una alternativa viable y tentadora de implementar. De acuerdo a lo expuesto proponemos el siguiente procedimiento:

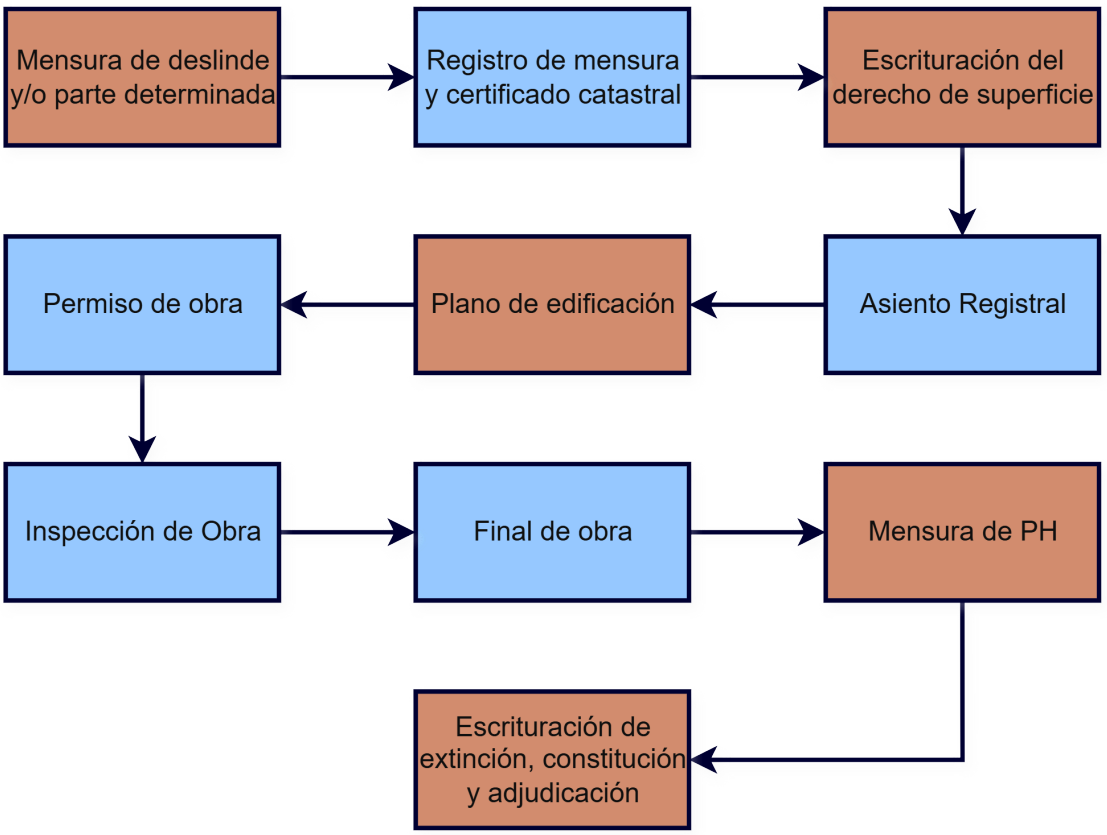


Figura 1. Esquema del procedimiento para instrumentar el instituto de derecho de superficie aplicado en negocios inmobiliarios de unidades funcionales a construir. Fuente: elaboración propia.

Ahora bien, en base al diagrama vamos a desarrollar brevemente cada instancia del procedimiento.

Mensura de deslinde y/o parte determinada

Es necesario determinar en principio si el Derecho Real de Superficie recaerá sobre la totalidad de la parcela o sobre una parte determinada de esta. En el supuesto que se constituya sobre la totalidad y exista estado parcelario vigente, consideramos que no es necesario realizar un plano de mensura para su afectación, esta postura fue parte de las

conclusiones del XIX Congreso Nacional y V Foro Internacional de Derecho Registral "Dr. Luis Moisset de Espanés". En el mismo sentido, Tranchini señala que si la superficie ya cubría la totalidad del inmueble, "resulta superfluo exigir nuevamente plano de mensura". [7]En caso de que el derecho se constituya sobre una parte materialmente determinada de la parcela, sí consideramos necesario la confección de un plano de mensura de deslinde y afectación que delimite el espacio que quedará afectado por este, en ambos casos deberá contar necesariamente con acceso a la vía pública.

Es necesario considerar, en esta instancia, que la exigencia o no de realizar un plano de mensura y en qué casos, estará establecida por la normativa vigente de las jurisdicciones locales donde se encuentre inmueble. Es importante destacar que el derecho de superficie es un derecho sustantivo vigente y por lo tanto, los municipios y las provincias deben instrumentar las normas reglamentarias necesarias para efectivizar la instrumentación de este instituto.

Registro de mensura y certificación catastral

De acuerdo a lo mencionado, en caso de haber sido necesario confeccionar un plano de mensura de deslinde y afectación al derecho real de superficie, se registrará en el organismo catastral correspondiente y se solicitará certificado catastral. En el supuesto de no ser necesario la realización del plano ni una verificación del estado parcelario por encontrarse este vigente y el derecho recae sobre la totalidad del inmueble, el escribano directamente solicitará el certificado catastral y continuará con los trámites pre escriturarios.

Escritura de constitución del derecho de superficie

Una vez cumplimentados todos los trámites pre escriturarios necesarios se procederá a la confección de la Escritura pública, para la cual sugerimos las siguientes cláusulas a efectos de configurar el negocio inmobiliario planteado.

I. Cláusulas habituales de una escritura pública:

- Comparecencia, capacidad, legitimación, antecedentes del inmueble.

[7] TRANCHINI, Marcela H., "Registración de la superficie", XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, p. 455-461.

II. Cláusulas específicas del negocio inmobiliario:

- Individualización precisa del objeto: totalidad del inmueble o parte materialmente determinada (con plano de mensura si correspondiere).
- Modalidad: de construcción.
- Descripción del proyecto: anteproyecto o proyecto de obra, tipología edilicia, cantidad estimada de unidades funcionales a construir, conviene incorporarlo como anexo protocolizado.
- Condición resolutoria: **registración de plano de mensura con afectación al régimen de Propiedad Horizontal, más certificado de final de obra**.
- Plazo dentro del cual debe cumplirse esa condición (conviene fijar un término máximo, para evitar que la condición quede pendiente) y que este plazo funcione igualmente como causa supletoria para la extinción del Derecho de Superficie. Fecha de inicio del cómputo (desde la escritura, o desde la inscripción registral, dejarlo expreso para evitar ambigüedad).
- Cláusula sobre eventual prórroga (si se admite, en qué condiciones y con qué límite).
- Efecto expreso de su cumplimiento: extinción del derecho de superficie y consolidación en cabeza del superficiante, con incorporación de lo construido por accesión
- Aclaración expresa de que, si la condición se cumple antes del vencimiento del plazo pactado, no se aplica el régimen del dominio revocable (art. 2128 CCyCN)

III. Facultades y obligaciones del superficiario (desarrollista)

- Facultad de construir conforme al proyecto aprobado (remisión al anexo).
- Facultad de constituir derechos reales de garantía sobre su derecho de superficie o sobre la propiedad superficiaria para financiar la obra (art. 2120 CCyCN), conviene aclarar si necesita conformidad previa del superficiante o no.
- Facultad de afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal sin necesidad de consentimiento posterior del superficiante
- Facultad de comercializar/transferir unidades funcionales a terceros compradores antes de la extinción de la superficie (optativo)
- Obligación de ejecutar la obra conforme al proyecto, plazos de obra, normativa municipal y provincial aplicable.

- Obligación de mantener seguros de obra, responsabilidad civil y, si corresponde, seguro de caución.
- Obligación de pagar impuestos, tasas y expensas que graven su derecho durante la vigencia de la superficie.

IV. Facultades y obligaciones del superficiante (titular dominial)

- Conservación de la disposición material y jurídica de su derecho, en tanto no turbe el ejercicio del superficiario (art. 2121 CCyCN).
- Obligación de prestar la colaboración necesaria para los trámites administrativos, catastrales y registrales que requieran su firma (mensura, afectación a PH, permisos de obra), en caso de que el superficiario no pueda realizar por sí solo.
- Obligación de no constituir otros derechos reales incompatibles sobre el inmueble durante la vigencia de la superficie.
- Obligación de cumplida la condición pactada de extinguir el derecho real, afectar al Régimen de Propiedad Horizontal y adjudicar las Unidades Funcionales de acuerdo a lo convenido.

V. La contraprestación, compensación en unidades funcionales:

- Determinación de qué unidades funcionales (por número, superficie, ubicación en el edificio) corresponderán al superficiante en compensación por el valor del terreno.
- Determinación de qué unidades corresponderán al superficiario en indemnización por lo construido.
- Criterio de asignación si el proyecto sufre modificaciones durante la obra. Previsión sobre diferencias de valor: qué pasa si al final de obra el valor de mercado de las unidades asignadas a cada parte no coincide con lo estimado al constituirse la superficie (compensación dineraria, ajuste, o asunción del riesgo por cada parte tal como está pactado).

VI. Cláusulas de incumplimiento:

- Definición de qué constituye incumplimiento: por el superficiario (no iniciar obra en plazo, paralización injustificada, no obtener el plano de PH ni el final de obra dentro del plazo, no cumplir con la calidad/tipología proyectada); por el

superficiante (no prestar la colaboración necesaria, constituir gravámenes incompatibles, turbar el ejercicio del derecho).

- Plazo de mora e intimación previa (si se pacta interpelación o mora automática).
- Cláusula penal, si se pacta, y su monto o forma de cálculo.
- Opciones ante el incumplimiento del superficiario: resolución del contrato con o sin indemnización en especie (unidades construidas hasta ese momento), continuación de la obra por un tercero, u otra solución pactada.
- Efecto del incumplimiento sobre terceros que ya hubieran adquirido unidades.
- Otras causales de extinción anticipada previstas en el CCyCN como: renuncia expresa del superficiario, consolidación (si el superficiario adquiriera el dominio, o viceversa), no uso del derecho a construir por diez años (art. 2124 CCyCN), aunque en el negocio la condición resolutoria debería operar antes, conviene igual dejar la remisión a esta causal legal supletoria, destrucción de lo construido antes de completarse la obra (remisión al art. 2122 CCyCN sobre reconstrucción).

VII. Cláusulas generales de cierre

- Domicilios especiales constituidos por las partes a efectos de notificaciones.
- Jurisdicción y competencia para eventuales controversias
- Pactar arbitraje previo o mediación para la resolución de conflictos.
- Gastos e impuestos de la escritura y su distribución entre las partes.
- Analizar la conveniencia de otorgar poderes especiales
- Autorización para inscribir y demás facultades notariales de estilo. (retenciones impositivas, declaraciones juradas de UIF, REPET, formularios o previa autorización de zonas de seguridad si correspondiere, asentimiento conyugal etc.

Una vez otorgada la Escritura Pública de Constitución de Derecho de Superficie, la misma debe ser inscripta en el Registro de la Propiedad Inmueble correspondiente a la jurisdicción del inmueble, a efectos de darle publicidad y oponibilidad frente a terceros.-

Asiento registral

El procedimiento de inscripción y matriculación será determinado por la normativa local de cada provincia donde se asienta el inmueble y las disposiciones técnicas registrales de su organismo registral. Coincidimos que en virtud del art. 11 de la Ley 17.801, que dispone: “la matriculación se efectuará destinando a cada inmueble un folio

especial con una característica de ordenamiento que servirá para designarlo", que lo correcto es la apertura de una sub matricula al momento de inscribirse la escritura de constitución del derecho real de superficie. Esta es la postura de la mayoría de los registro de las provincias. En dicha sub matricula se registraran y publicitaran la titularidad, los gravámenes, las medidas cautelares, las cancelaciones, los certificados referentes al derecho de superficie mientras este se encuentre vigente., y en la Matricula del inmueble en el rubro gravámenes y restricciones se dejara constancia del derecho real de superficie, plazo o condiciones, datos del superficiario, número y fecha de escritura, etc.

A partir de esta instancia, el superficiario queda facultado para comenzar con los trámites propios de la construcción.

Plano de Edificación, permisos de edificación, inspección de obra

Estas gestiones las realizará el superficiario con el profesional que corresponda para el caso, maestro mayor de obra, arquitecto o ingeniero civil y deberá cumplimentar los requisitos que le exija la normativa municipal vigente, ordenanzas, código de edificación etc.

Final de obra

El certificado municipal de final de obra implica que la construcción del edificio de acuerdo al plano de edificación se ha concluido y por lo tanto, las unidades funcionales cumplen con los requisitos de independencia funcional y salida a la vía pública y con ello se ha cumplido la condición resolutoria pactada, el objetivo del derecho de superficie y del negocio inmobiliario, pues, las unidades dejaron de ser potenciales para convertirse en construidas.

Mensura de afectación propiedad horizontal y otros objetos

Obtenido el final de obra es necesario ahora, realizar el plano de mensura de deslinde y afectación a propiedad horizontal el cual contendrá los siguientes objetos:

- Mensura de deslinde: objeto propio de la mensura en sí
- Mensura de desafectación al derecho de superficie: esto parece innecesario pero salva el hecho que, si algo se afectó, debe ser desafectado por el mismo mecanismo. Notar aquí, que esto no genera un costo ni un tiempo que encarece ni extiende los plazos del proyecto.

- Mensura de afectación a propiedad horizontal: este objeto va a crear las unidades funcionales para que posteriormente sean afectadas al régimen de propiedad horizontal.

Este plano podrá ser firmado únicamente por el superficiario o por ambos superficiante y superficiario de acuerdo a lo pactado en el contrato constitutivo. Lo importante de destacar es que este plano junto con el certificado de final de obra mencionado son la causa de extinción del derecho de superficie, por el cumplimiento de la condición resolutoria pactada. El art. 343 CCyCN la define como "la cláusula de los actos jurídicos por la cual las partes subordinan su plena eficacia o resolución a un hecho futuro e incierto"; producido ese hecho, el derecho del superficiario queda liquidado. Cabe destacar que si la condición se cumple antes del vencimiento del plazo contractual o legal, ello no acarrea la extinción de los derechos constituidos por el superficiario durante la vigencia de la superficie, diferencia importante respecto del régimen del dominio revocable, al cual remite el art. 2128 CCyCN.

Escritura de extinción, constitución y adjudicación

Cumplida la condición resolutoria pactada, se otorgará la escritura de extinción del derecho real de superficie, con lo cual el dominio recupera la propiedad superficiaria y las mejoras se incorporan a él por accesión. Contando además el plano con el objeto de "afectación al régimen de propiedad horizontal", el titular dominial, con dominio pleno y plano aprobado, asume el compromiso de adjudicar las unidades funcionales a quien fue el superficiario. El mismo acto debe contener, entonces:

- Extinción del derecho real de superficie.
- Afectación al derecho real de propiedad horizontal.
- Adjudicación de las unidades funcionales a quien hubiere sido superficiario, el desarrollista.

Cabe destacar que también las partes pudieron haber convenido que las unidades funcionales se transfieran directamente a los compradores que el desarrollista hubiera captado en el mercado inmobiliario.

Para las consecuencias jurídicas de la extinción corresponde tener presente el art. 2125 CCyCN, que distingue según la causa: al vencer el 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 en cambio la extinción se produce

antes de ese plazo, "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", y subsisten también los derechos personales durante ese tiempo. La norma deja así en evidencia que los efectos de la extinción difieren sustancialmente según se trate del cumplimiento del plazo o de alguna de las otras causales.

Como venimos sosteniendo, la constitución del derecho de superficie implica una suspensión del principio de accesión, que permanece latente durante su vigencia; al extinguirse la superficie, el dominio recobra su elasticidad y el derecho del nudo propietario absorbe nuevamente las construcciones o plantaciones que pertenecían al superficiario.[8]

Conclusión final

El recorrido realizado permite sostener que el derecho real de superficie, aplicado a desarrollos inmobiliarios con unidades funcionales a construir, ofrece al titular dominial y al desarrollista un nivel de seguridad jurídica que la permuta y el fideicomiso de construcción no logran igualar. A diferencia de la permuta, donde el titular dominial se desprende del dominio a cambio de un objeto futuro e incierto sin garantía real sobre su cumplimiento, y del fideicomiso, donde el bien queda afectado a un patrimonio separado cuya administración escapa al control directo del fiduciante, el derecho de superficie mantiene durante toda la operación dos titularidades reales autónomas y claramente delimitadas. El superficiante conserva el dominio del suelo y, ante el incumplimiento del superficiario, recupera el inmueble con las mejoras incorporadas por accesión, sin necesidad de transitar un proceso de resolución contractual sobre un derecho que ya hubiera salido de su patrimonio. El superficiario, por su parte, adquiere un derecho real propio, susceptible de hipoteca y de comercialización, lo que le permite financiar la obra sin depender exclusivamente de la voluntad del titular del suelo.

Es importante destacar que esta ventaja comparativa no se obtiene a costa de mayor onerosidad ni de plazos más extensos. El procedimiento aquí propuesto, mensura,

[8] SÁENZ, Pedro Facundo y RACHID, Martín, "Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial", *Revista del Notariado*, N° 927, junio de 2017.

escritura de constitución, ejecución de la obra, final de obra, mensura de afectación a propiedad horizontal y escritura de extinción, se apoya en los mismos trámites catastrales, registrales y notariales que cualquier desarrollo inmobiliario exige por imperio de la normativa local, sean cuales fueren el instrumento jurídico elegido. Bien instrumentado, entonces, el derecho de superficie no es una alternativa más costosa o más lenta que la permuta o el fideicomiso; es, en igualdad de costos y plazos, la que ofrece a ambas partes una protección jurídica superior sobre el objeto de su respectivo derecho.

En consecuencia, se propone a los operadores jurídicos, que fomenten la utilización del derecho real de superficie para estos desarrollos inmobiliarios.

BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA:

1. **Abreut de Begher, Liliana.** «Inscripción registral del título constitutivo del derecho de superficie». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, ponencia, p. 1-7. Buenos Aires, 2023.

2. **Alterini, Jorge H. (dir.) y Alterini, Ignacio E. (coord.).** Derecho notarial, registral e inmobiliario. Doctrinas magistrales 1897-2012. Buenos Aires, La Ley, 2012.

3. **Bressan, Pablo Enrique y Bressan Gutiérrez, Juan Ignacio.** «Subsistencia de la afectación al régimen de propiedad horizontal con posterioridad a la extinción del derecho real de superficie». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, ponencia, p. 69-72. Buenos Aires, 2023.

4. **Causse, Jorge Raúl.** «El derecho real de superficie para construir en Argentina. Las dimensiones del inmueble afectado como objetos autónomos, la publicidad inmobiliaria y su repercusión con disciplinas vinculadas». Ratio Iuris. Revista de Derecho, t. 11, N° 1, ene.-jun. de 2023, p. 4-73.

5. **Causse,Jorge Raúl.** Tesis doctoral, Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales (UCES), dirigida por la Dra. Marta Etel Cazayous Publicada parcialmente como: "El derecho real de superficie para construir en Argentina...", *Ratio Iuris*, t. 11, N° 1, 2023, p. 4-73.

6. **Causse, Jorge R.** «El derecho de superficie». Academia Nacional del Notariado, LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Moreira, p. 82.

7. **Costanzo, Mariano y Dodda, Zulma A.** Comentario a los arts. 2114-2128. En Lamber, Néstor D., en Clusellas, Gabriel (coord.), Código Civil y Comercial de la Nación comentado, anotado y concordado. Modelos de redacción sugeridos, t. 7. Buenos Aires, Astrea-FEN, 2015.

8. **Cura Grassi, Domingo C. y Mathieu Alurralde, Serafín.** «Superficie». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6 (Derechos Reales), ponencia, p. 101-103. Buenos Aires, 2023.

9. **Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia.** Derecho Real de Superficie. Buenos Aires, Astrea/Alfredo y Ricardo Depalma, 1989.

10. **Kiper, Claudio M. (dir.).** Derechos reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (Ley 26.994). Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.

11. **Lafaille, Héctor.** Derecho civil. Tratado de los derechos reales, t. 6. Buenos Aires, La Ley-Ediar, 2ª ed. actualizada por Jorge H. Alterini, 2011.

12. **Leal, Mario R. y Paoloni, Franco M.** «Propiedad horizontal superficiaria e hipoteca superficiaria». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, ponencia, p. 242-251. Buenos Aires, 2023.

13. **Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N.** «Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial». La Ley, 23/02/2016, cita online AR/DOC/507/2016 (La Ley 2016-A, 1117).

14. **Navarro de Zavalía, Fabián.** «El derecho de superficie y la carga de constituir el estado parcelario». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, ponencia, p. 315-326. Buenos Aires, 2023.

15. **Puerta de Chacón, Alicia.** «Aplicación a la propiedad horizontal». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, ponencia, p. 372-393. Buenos Aires, 2023.

16. **Sabene, Sebastián E.** «Derecho real de superficie: registro y catastro». Sistema Argentino de Información Jurídica (SAIJ), 11 de agosto de 2023, Id SAIJ: DACF230056.

17. **Sáenz, Pedro F. y Rachid, Martín.** «Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial». Revista del Notariado, N° 927. Reedición de la ponencia presentada en el XXVII Encuentro Nacional del Notariado Novel, Formosa, 17-19 de noviembre de 2016.

18. **Szymanski, María Laura.** «Aplicación del derecho real de superficie en los desarrollos inmobiliarios con unidades funcionales a construir». En XXIX

Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6 (Derechos Reales), ponencia, p. 447-454. Buenos Aires, 2023.

19. **Tranchini, Marcela H.** «Registración de la superficie». En XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6, ponencia, p. 455-461. Buenos Aires, 2023.

20. **XIX Congreso Nacional de Derecho Registral**, Mar del Plata, 2017. Tema II: Registro de la Propiedad Inmueble y Catastro Territorial

21. **XXIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Comisión 6 (Derechos Reales).** «Derecho real de superficie». Conclusiones aprobadas, puntos I a XII. Buenos Aires, 26-28 de septiembre de 2023.

22. **Zavala, Gastón Augusto.** «Nuevos Derechos Reales. Derecho Real de Superficie». Revista Notarial, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, N° 936, año 2000.

23. **Zelaya, Mario.** «Superficie». En Kiper, Claudio M. (dir.), Aplicación notarial del Código Civil y Comercial de la Nación, t. 3. Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015.