



“EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO MECANISMO DE FINANCIAMIENTO EN LOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS”

Explorando oportunidades en sus tres dimensiones:
superficie, subsuelo y espacio aéreo

TEMA 4: “Mecanismos innovadores de financiamiento”
Categoría: Trabajo en equipo
Coordinadores: Not. Simón LABAQUI
Not. Franco SPACCASASSI ORMAECHEA

AUTORES:

- ❖ Not. **María Celeste GHIONE** - Colegio de Escribanos de Santa Fe, 2ª Circunscripción
- ❖ Not. **Joaquín Andrés ROTUNDO** - Colegio de Escribanos de Santa Fe, 2ª Circunscripción

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN	2
2. DESARROLLO Y FUNDAMENTACIÓN.....	4
2.1. Marco legal del derecho real de superficie en Argentina	4
2.2. Utilizaciones del derecho real de superficie en otros países	9
2.3. Nuestras propuestas.....	11
2.3.1. Construcción de estacionamientos en el subsuelo.....	12
2.3.2. Aporte de la superficie a un fideicomiso inmobiliario (construcción sobre la rasante)	14
2.3.3. Emisión de bonos de carbono o bonos verdes (derecho de superficie sobre el espacio aéreo).....	21
3. CONCLUSIONES	25
4. PONENCIAS	27
5. BIBLIOGRAFÍA	28

1. INTRODUCCIÓN

Desde la entrada en vigencia del actual Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante C.C.C.N.) -e incluso con anterioridad- y hasta la fecha es mucho lo que se ha investigado, desarrollado y escrito respecto del derecho real de superficie. Desde la crítica a su prohibición establecida por el Código Civil en su redacción original, pasando por su admisión por la ley 25.509 para proyectos de forestación, y hasta los aciertos y desaciertos de su regulación actual más amplia en el código unificado, mucha tinta ha corrido.

Sin embargo, y aún con las bondades que presenta, se trata de un derecho real muy poco utilizado y difundido entre la sociedad. Posiblemente ello obedezca a razones relacionadas con la idiosincrasia de la misma, cuyos integrantes aún hoy se relacionan con las cosas de una forma muy intrínseca, haciendo que sea difícil alejarse de las características de absolutez, perpetuidad y exclusividad de las que goza el dominio. Tal como afirma Alicia Puerta de Chacón (2019):

“Ciertamente la comprensión y aplicación de este derecho requiere un cambio de pensamiento e idiosincrasia del propietario conservador que procura preservar la plenitud de sus facultades sobre el inmueble. No resulta sencillo distinguir la división jurídica de diversos planos del inmueble que en principio pueden no ser tangibles: el suelo o rasante, el sobresuelo, el subsuelo y el vuelo, de manera tal que cada uno de ellos conforme una unidad inmobiliaria autónoma o independiente funcionalmente y cuya propiedad pueda pertenecer a diversas personas en el todo o en partes materiales y/o ideales.” (p. 13).

No obstante lo expuesto, el proceso de deconstrucción de paradigmas ocurre en los tiempos actuales de forma muy veloz, y el ámbito de los negocios en general, e inmobiliarios en particular, no son la excepción. Piénsese, por ejemplo, en las denominadas criptomonedas, activos intangibles que aparecieron hace relativamente poco tiempo y con un funcionamiento y riesgos totalmente diferentes a los conocidos. Y sin embargo, a nadie escapa el éxito que han tenido entre inversores de todas partes del mundo. Dirigiendo nuestra atención hacia un ejemplo autóctono, el fideicomiso en nuestro país - a partir de la sanción de la ley 24.441 - se ha posicionado indudablemente como una estructura legal apta para el desarrollo de destinos modelos de negocios en el mercado argentino.

En este orden de ideas, creemos que el instituto del derecho real de superficie, al igual que el ejemplo previamente mencionado del fideicomiso, tiene el potencial de convertirse en un mecanismo de financiamiento ampliamente utilizado ¿Por qué el derecho real de superficie? Porque es una herramienta que, si se aplica de manera adecuada, puede ofrecer inversiones seguras en determinados períodos de tiempo y con una retribución adecuada, lo que contribuiría a la realización exitosa de proyectos inmobiliarios a gran escala.

Si bien en este trabajo haremos una breve mención a experiencias exitosas de utilización del derecho de superficie en proyectos innovadores en otros países, los mismos tienen como denominador común su implementación mediante una colaboración entre el sector público y privado; lo cual nos permite adelantar que esta figura conserva dificultades para ser utilizada enteramente en el ámbito privado. En este sentido, Díez-Picazo y Gullón (1998)¹, al comentar sobre las dificultades históricas y persistentes que ha enfrentado el derecho de superficie en España para ganar aceptación y ser utilizado de manera más frecuente entre particulares, opinan:

“[...] no se conseguirá el despegue de la misma del texto de las leyes a la práctica hasta que no cambie la mentalidad social que no concibe que la propiedad de una vivienda no lleve consigo la propiedad del suelo en el que está edificada, ni que pueda obtenerse una renta simplemente de él (la contraprestación del superficiario).” (p. 485, citado por Nelson A. Cossari²).

Nos proponemos con el presente trabajo realizar un recorrido por el derecho real de superficie, con el objetivo principal de buscar alternativas concretas para su aplicación práctica entre particulares y, de esta manera, lograr una mayor difusión de la figura. Para ello, haremos un breve análisis de su regulación actual y -mencionando experiencias en otros países- propondremos tres alternativas para las cuales consideramos que el derecho real de superficie puede representar una herramienta muy útil en la concreción de distintos negocios inmobiliarios.

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio (1998); *“Sistema de Derecho Civil, Volumen III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario y Registral”*, 6ª ed.; Madrid; Tecnos,

² COSSARI Nelson A.; *“El derecho real de superficie: las regulaciones legales del siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina”* (disponible en: <https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/155/files/sites/55/2020/11/artderechorealdesuperficie.pdf>)

2. DESARROLLO Y FUNDAMENTACIÓN

2.1. Marco legal del derecho real de superficie en Argentina

El derecho real de superficie se presenta en nuestro país como una novedad legislativa. Si bien fue introducido en el año 2001 con la sanción de la ley 25.509, su ámbito de aplicación era restringido a los proyectos de forestación. Haciéndose eco de los reclamos doctrinarios, el C.C.C.N. lo incorporó al catálogo de derechos reales permitidos, dándole una más amplia y mejor regulación.

El derecho real de superficie está enumerado en el artículo 1887 del C.C.C.N., y está regulado desde el artículo 2114 al 2128 del C.C.C.N. Se ubica a continuación del dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido y cementerios privados. Bien próximo a los derechos sobre cosa propia perpetuos, con la diferencia que éste es temporario.

A los fines de su **conceptualización**, nos permitimos transcribir el artículo 2114 C.C.C.N., el cual reza:

“Concepto. 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.”

La característica principal del derecho real de superficie es que suspende de forma temporal el principio de accesión, también conocido por el aforismo romano *superficies solo cedit*, por el cual “El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible [...]”³. En el derecho real de superficie el superficiario hace suyo lo plantado, edificado o forestado durante todo el tiempo que dure su derecho, por eso excepciona a la extensión del dominio, tal como lo estipula el artículo 1945 segundo párrafo del C.C.C.N. : “Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen al dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.”

³ Art. 1945 del C.C.C.N.

Una característica a destacar respecto de la regulación es que, según establece el artículo 2114 del C.C.C.N., las modalidades de ejercicio y plazo de duración de la superficie se sujetan a lo establecido “en el título suficiente para su constitución”, además de las previsiones del código y leyes especiales. Es decir que dentro de la rigidez con la que se regula a los derechos reales, se abre un pequeño espacio a la autonomía de la voluntad para que las partes, a quienes llamaremos propietario superficiante y superficiario, puedan regular ciertos aspectos del funcionamiento y efectos de la superficie. Así, se presenta la posibilidad de establecer plazos diferentes al máximo legal, condiciones resolutorias, limitaciones de enajenar para el superficiario, características y límites de las construcciones o plantaciones a efectuar, limitaciones al uso y goce, etc.

Este derecho se presenta en dos **modalidades** distintas. En la primera modalidad, que a su vez se divide en dos etapas, tenemos en primer lugar el derecho de superficie propiamente dicho, que otorga al superficiario el derecho de llevar a cabo construcciones, plantaciones o forestaciones en el inmueble ajeno. Finalizadas estas actividades, entramos en la segunda etapa, que es la propiedad superficiaria en sí misma, la cual le permite al titular superficiario gozar y disponer de lo edificado. La segunda modalidad surge cuando el derecho de superficie se otorga sobre una construcción o plantación preexistente en el inmueble ajeno, y esto le confiere al superficiario la propiedad de lo construido o plantado (propiedad superficiaria). En ambas modalidades, una vez que se establece el derecho de superficie, coexisten los derechos del propietario del suelo con los derechos del superficiario⁴.

Por lo tanto, si bien es un derecho que se constituye sobre un inmueble ajeno, recae sobre cosa propia. Malizia (2018) nos ilustra esta diferencia: “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 (conf arts. 2114 y 2115, CCC)” (p. 409).

En ausencia de disposiciones específicas, 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 (destacamos aquí el lugar que el código le da a la

⁴ Conf. art. 2115 del C.C.C.N.

autonomía de la voluntad dentro de la rigidez de los derechos reales)⁵; 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 VII⁶.

En cuanto a su **emplazamiento**, derecho de superficie puede ser establecido sobre la totalidad del inmueble o sobre una parte específica. Esto puede incluir la proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo. La extensión del terreno afectado puede ser mayor de lo necesario para las mejoras, pero debe ser útil para su aprovechamiento⁷. Aunque más adelante analizaremos detenidamente (en el apartado de legitimación) los aspectos relacionados con la constitución del derecho de superficie en una propiedad horizontal, queremos adelantar que consideramos ventajoso el uso de este derecho cuando se permite la construcción de nuevas unidades sobre las ya existentes o incluso sobre todo el edificio ya construido. Al elegir el derecho de superficie en estas situaciones, se pueden aprovechar las garantías y facultades propias de un derecho real, en lugar del derecho de sobreelevación o sobreedificación, que concede solo un derecho personal.

No existe consenso doctrinario sobre la necesidad de confeccionar plano catastral de mensura para la constitución del derecho de superficie. Hay quienes sostienen la necesidad de confeccionar plano de mensura para todos los casos de emplazamiento, incluso cuando la superficie se constituye sobre la totalidad del terreno. En algunas demarcaciones, la exigencia de plano catastral es sólo para los casos en que no haya identidad entre el objeto de la superficie y el del dominio, por constituirse aquélla sobre parte materialmente determinada. Por último, se ha dicho también que basta con un croquis ilustrativo o plano sin inscripción catastral. En definitiva, habrá que estar a las exigencias catastrales y registrales de cada jurisdicción.

Como dijimos anteriormente, se trata de un derecho de carácter temporario. El **plazo** máximo para el derecho de superficie se establece en el título y no puede exceder los setenta años para construcciones y cincuenta años para forestaciones y plantaciones,

⁵ Conf. art. 2127 del C.C.C.N.

⁶ Conf. art. 2128 del C.C.C.N.

⁷ Conf. art. 2116 del C.C.C.N.

contados desde la adquisición del derecho. Estos plazos pueden ser prorrogados siempre que no superen los máximos previstos⁸.

Respecto de la **legitimación**, la facultad de constituir el derecho de superficie recae en los titulares de derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal⁹.

Nos interesa destacar en este punto la legitimación en el caso de la propiedad horizontal. Entendemos que dicha legitimación pertenece al titular de la unidad funcional, quien podrá constituir superficie sobre su unidad funcional. Sin embargo, dadas las características propias de la propiedad horizontal, es poco factible un derecho de superficie sobre una unidad en la propiedad horizontal clásica para construir, aunque sí podría plantearse la posibilidad de enajenación de la propiedad superficiaria sobre la unidad funcional. En cambio, sí sería posible constituir derecho de superficie para edificar dentro de la propiedad horizontal especial de conjuntos inmobiliarios.

Respecto de la constitución de derecho real de superficie sobre las partes comunes de la propiedad horizontal, sea ésta común o especial, se ha dicho en opinión que compartimos:

“Cuando se trata de construir nuevos pisos sobre una edificación ya existente o sobre el terreno, debe tenerse presente que tanto el suelo como los techos, azoteas y patios solares se encuentran previstas en el Código como cosas necesariamente comunes (art. 2041 incs. a] y c] del Código Civil y Comercial). El requisito de la unanimidad parece imponerse aquí a tenor del artículo 2052 del Código Civil y Comercial.” (Cossari, 2016, comentario al art. 2118).

La **forma de constitución** es por vía contractual, ya sea a título gratuito u oneroso, y se le aplica la teoría del título y modo para la adquisición de los derechos reales por acto entre vivos. No es posible su constitución por usucapión larga, aunque se acepta la breve (con justo título y buena fe, más la posesión por un mínimo de diez años)¹⁰. Vale destacar que, tratándose de un derecho real que recae exclusivamente sobre inmuebles, su constitución deberá formalizarse en escritura pública¹¹. En caso de no

⁸ Conf. art. 2117 del C.C.C.N.

⁹ Conf. art. 2118 del C.C.C.N.

¹⁰ Conf. arts. 1902 y. 2119 del C.C.C.N.

¹¹ Conf. art. 1017 inc. a) del C.C.C.N.

cumplirse la mencionada formalidad, el instrumento por el que se haya constituido valdrá como promesa de otorgar el acto en escritura pública¹².

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 causæ*, lo cual no resulta óbice para que no sea posible su constitución por testamento. Ello lo diferencia claramente de otros casos de dominio desmembrado, ya sea el usufructo, uso, habitación¹³.

El superficiario, al ser titular de un derecho real, podrá constituir derechos reales de garantía, tanto sobre su derecho de construir, plantar o forestar, como sobre su propiedad superficiaria, siempre limitados al plazo del derecho de superficie. Puede someter las construcciones al régimen de propiedad horizontal, transmitir y gravar unidades privativas sin el consentimiento del propietario¹⁴.

El propietario conserva su derecho a la disposición material y jurídica del inmueble, siempre y cuando no interfiera con el ejercicio del derecho del superficiario¹⁵.

El derecho de superficie puede **extinguirse** por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, consolidación y no uso durante un período específico¹⁶. Establece el artículo 2125 del C.C.C.N.:

“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.”

Al extinguirse el derecho de superficie, por cualquier causa, el principio de accesión recupera toda su virtualidad y la propiedad queda unificada en cabeza del dueño del suelo. Es sin dudas una manifestación de la llamada elasticidad del dominio. Este efecto no difiere en el caso de que la extinción se produzca antes del vencimiento del

¹² Conf. art. 1018 del C.C.C.N.

¹³ Conf. arts. 1906, 2119, 2134, 2137, 2140 y 2160 del C.C.C.N.

¹⁴ Conf. art. 2120 del C.C.C.N.

¹⁵ Conf. art. 2121 del C.C.C.N.

¹⁶ Conf. art. 2124 del C.C.C.N.

plazo: en efecto, el dueño del suelo hace suyo lo plantado, edificado o forestado, pero deberá respetar los derechos constituidos por el superficiario que le sean oponibles, hasta tanto opere el vencimiento del plazo.

Producida la extinción, el propietario debe indemnizar al superficiario, salvo acuerdo contrario. El monto de la indemnización considera los valores incorporados por el superficiario durante los últimos dos años, descontando la amortización¹⁷.

La **indemnización** a favor del superficiario busca evitar el enriquecimiento sin causa que se daría a favor del superficiante al ver acrecentado el valor de su propiedad por las obras realizadas por el primero.

Las pautas para la valuación de la indemnización están dirigidas al juez, dado que las partes, en ejercicio de su autonomía de la voluntad, podrían apartarse de tales normas. Así, podrían estipular expresamente la inexistencia de indemnización o fijarla en una suma de dinero determinada u otros bienes.

2.2. Utilizaciones del derecho real de superficie en otros países

Tal como lo adelantamos en la introducción, del estudio de distintas experiencias internacionales detectamos que el derecho real de superficie suele ser utilizado como un canal de colaboración entre el sector público y el sector privado. Así, inmuebles pertenecientes al Estado son ofrecidos para la explotación privada mediante el derecho real en estudio, casi siempre con finalidades sociales relacionadas a la vivienda.

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 (Gurfinkel de Wendy, 2012, p. 1043).

“La superficie edificada viene teniendo una importancia suma en derecho contemporáneo. Al amparo de la misma se pueden emprender grandes obras. Como

¹⁷ Conf. art. 2126 del C.C.C.N.

afirma el Informe de la Comisión de Legislación General al Proyecto de la Comisión Federal de 1993, es un lugar común en doctrina comparada recordar que la Alemania devastada de la posguerra tuvo, en el derecho de superficie, uno de los sustentos fundamentales para posibilitar su sorprendente reconstrucción; y son bien conocidos los monumentos edilicios que se constituyeron en París en función de este derecho. Por su parte, en su reseña de las X Jornadas de Derecho Civil, Capón Filas nos trae a colación el caso del palacio de las Naciones Unidas, en Ginebra, levantado en superficie, y el caso de algunas ciudades, como Berna, asentadas sobre este derecho." (Cossari, 2016, comentario al art. 2114 del C.C.C.N.).

En el año 2003, Brasil incorporó a su Código Civil el derecho real de superficie. En base a un proyecto de urbanización, en el país vecino se utiliza la figura para aplicarla a regularización dominial, otorgando el Estado al ocupante de la tierra un derecho real de superficie por el plazo de veinte años, vencido el cual el superficiario puede consolidar el dominio a su favor.

En Hong Kong, el gobierno ha empleado el derecho de superficie como un instrumento para dar una respuesta a los desafíos de su alta densidad poblacional y la consecuente dificultad de acceso a la vivienda. Así, el Estado concedió a desarrolladores privados u organizaciones sin fines de lucro la propiedad superficiaria de terrenos estatales, a los fines de que construyan en los mismos viviendas que de otro modo serían inaccesibles para la población. Al conservar la propiedad del terreno, el gobierno ejerce su poder de policía administrando la tenencia y distribución estratégica de la tierra para el beneficio de la comunidad en general.

El mundialmente conocido parque eólico Middelgrunden, ubicado en el Øresund, a 3.5 kilómetros de Copenhague, Dinamarca, es un ejemplo paradigmático de generación de energías limpias y sustentables con participación activa de la comunidad. Su desarrollo se ha estructurado jurídicamente sobre el derecho de superficie, el cual se encuentra regulado en el Código de Tierras (Danske Lov) de Dinamarca, bajo el siguiente esquema: se le otorgó a la cooperativa de energía comunitaria denominada Middelgrunden Wind Turbine Cooperative (compuesta por alrededor de 8.000 ciudadanos de Copenhague) y a la empresa eléctrica municipal la titularidad de la propiedad superficiaria de las construcciones y mejoras realizadas sobre el lecho marino (turbinas eólicas y demás instalaciones), quedando a cargo de estas últimas la operación y el mantenimiento del parque eólico. Ello fomenta la participación activa

de la comunidad al permitirle a los integrantes de la cooperativa obtener beneficios económicos derivados de la venta de energía eólica.

En nuestro país se ha intentado la utilización de la figura por parte del Estado en el año 2019. El Gobierno Nacional autorizó a la Agencia de Administración de Bienes del Estado a disponibilizar tres inmuebles bajo la figura del derecho real de superficie, ofreciéndolos para inversión. Se trataba de un inmueble en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, otro en la Provincia de Buenos Aires y otro en la Provincia de Corrientes para su explotación con fines de interés público¹⁸. Hasta la fecha no se tienen noticias sobre la efectivización de dichas ofertas, pero creemos que constituye un avance su consideración.

La utilización del derecho real de superficie también se ha considerado por la Ciudad Autónoma de Buenos Aires: el 11 de mayo de 2023 el Poder Legislativo de dicha ciudad sancionó la ley 6639, que fue promulgada el 23 de mayo. La norma crea el Régimen de Covivienda “que tiene por objeto implementar políticas públicas que faciliten el acceso a la vivienda [...] Para el logro de la finalidad la ley prevé la constitución del derecho real de superficie edilicia sobre inmuebles del dominio privado de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires o del Instituto de la Vivienda de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires [...]” (Franchini, 2023, p. 158).

2.3. Nuestras propuestas

Llegado este punto, nos permitimos formular tres propuestas diferentes de utilización del derecho real de superficie: una sobre el subsuelo de un edificio sometido a propiedad horizontal, otra sobre la totalidad de un terreno de dominio común y, por último, un proyecto de superficie sobre el vuelo de un edificio sometido a propiedad horizontal.

¹⁸ <https://www.argentina.gob.ar/noticias/innovacion-publica-el-estado-disponibiliza-inmuebles-bajo-la-figura-del-derecho-real-de>

2.3.1. Construcción de estacionamientos en el subsuelo

En las grandes urbes de nuestro país es un creciente problema la falta de estacionamientos para un parque automotor que aumenta día a día. Esta situación, agravada por la falta de terrenos disponibles para construir estacionamientos, nos lleva a considerar que la única alternativa viable para resolver esta problemática es la edificación de estos estacionamientos en espacios subterráneos.

Tomemos como ejemplo un edificio, afectado al régimen de la propiedad horizontal, que esté situado en pleno centro histórico de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, el cual - por la antigüedad de su construcción - no dispone de cocheras para sus propietarios. En esa ubicación estratégica, sin duda, se presenta una valiosa oportunidad para un inversor privado que desee emprender un lucrativo negocio de construir cocheras en el subsuelo del terreno sobre el que está levantado el edificio, para luego obtener ganancias derivadas de su explotación comercial. A esta altura, de más está decir que el derecho real de superficie se constituye *per se* en el instrumento jurídico idóneo para llevar a cabo exitosamente este emprendimiento.

Avancemos, entonces, hacia la consideración y análisis de los pasos que deben seguirse para materializar esta propuesta.

En primer lugar, el inversor o desarrollador deberá elaborar una propuesta que incluya un análisis técnico detallado sobre la viabilidad del proyecto, así como los aspectos esenciales del negocio jurídico¹⁹. Esto resulta fundamental para asegurar que dicha propuesta constituya una verdadera oferta en los términos del artículo 972 del C.C.C.N. y, de esta manera, evitar dilaciones propias de las fluctuaciones inherentes a este tipo de negocios.

Con el fin de simplificar y agilizar el proceso, sería conveniente que, en ese momento, los propietarios otorguen, mediante escritura pública (art. 363 del C.C.C.N.), un poder especial e irrevocable, sustentado en el negocio base ya conformado por la oferta y aceptación previas²⁰, a favor del administrador del consorcio. Este apoderamiento permitirá al administrador, actuando en representación de los propietarios, proceder a la instrumentación de la escritura pública de constitución del derecho de superficie.

¹⁹ Con ello nos referimos a la modalidad del derecho de superficie, su emplazamiento, plazo, contraprestación para los dueños del inmueble e indemnización del superficiario.

²⁰ Conforme lo exige el art. 380, inciso c) del C.C.C.N.

Los sujetos de este derecho de superficie serán por un lado la totalidad de los copropietarios²¹, representados por el administrador, por una parte (propietario o superficiante), y por la otra parte (superficiario) el inversor o desarrollador. La modalidad es la prevista en el primer párrafo del artículo 2115 del C.C.C.N., ya que permitirá al superficiario realizar una construcción en el subsuelo y hacer propio lo construido. El artículo 2116 del C.C.C.N. admite expresamente que se pueda constituir este derecho dentro del régimen de propiedad horizontal.

En cuanto al plazo, será necesario realizar un análisis específico que ayude a determinar qué período de tiempo permite al superficiario recuperar su inversión y obtener ganancias. Además, se pueden establecer mecanismos que contemplen la posibilidad de prorrogar el plazo originalmente acordado en caso de que este no sea suficiente para alcanzar los rendimientos deseados. Cabe recordar que cualquier prórroga no debe exceder el límite máximo legal de setenta años.

En lo que respecta a la contraprestación para los propietarios de las unidades funcionales, surgen diversas opciones cuya elección dependerá de sus necesidades y de lo que permita la rentabilidad del negocio del superficiario. Estas alternativas comprenden la posibilidad de ofrecerles a los propietarios el uso gratuito o el pago de un precio preferencial del alquiler de ciertos espacios de cochera, así como la opción de que el superficiario pague al consorcio un canon mensual que contribuya al sostenimiento de las expensas.

Enfocándonos ya en la fase extintiva de este contrato de superficie, proponemos que la indemnización para el superficiario consista en la adjudicación de cocheras a su favor, mientras que las restantes serán adjudicadas a los propietarios de las unidades funcionales. Para concretar esta posibilidad, primero será necesario realizar una modificación del reglamento de propiedad horizontal para incorporar las cocheras construidas por el superficiario como nuevas unidades funcionales. Todo ello debe quedar claramente establecido en el título constitutivo. Nos preguntamos entonces cómo concretar esta indemnización.

Desarrollaremos más adelante nuestra opinión de si consideramos posible la constitución de un derecho de propiedad horizontal durante la vida del derecho de

²¹ Quiénes son los dueños del terreno según lo dispone el artículo 241, inc. a) del C.C.C.N.

superficie, que pueda continuar luego de la extinción de este último (en aparente contradicción con lo establecido por el artículo 2125 del C.C.C.N.).

Descartando la posibilidad de que sea el mismo superficiario quien realice la modificación de la propiedad horizontal, pensemos en cómo abordar de manera práctica este escenario, que implica la modificación del reglamento, y posterior transferencia de las unidades de cochera al superficiario como indemnización y asignación de las restantes unidades a los copropietarios.

Entonces, si al extinguirse la superficie por el cumplimiento del plazo, el propietario del suelo hace suyo lo construido, son los propietarios que conforman el consorcio quienes adquieren la propiedad de los estacionamientos construidos en el subsuelo, y son ellos los legitimados para encargar la confección del plano de modificación de propiedad horizontal que incorpore las cocheras como nuevas unidades funcionales, otorgar la correspondiente escritura de modificación de reglamento de propiedad horizontal, transferir el dominio de las unidades que le correspondan al superficiario como indemnización, y adjudicar entre ellos las restantes unidades a título de división de condominio. Por tratarse de una modificación de cláusulas estatutarias, será necesario el acuerdo unánime de los propietarios de las unidades funcionales del edificio, por lo cual debemos contar con la intervención de la totalidad de los mismos. Para evitar la complicada tarea de reunirlos a todos en la ejecución de cada paso del detallado procedimiento, proponemos que sea el administrador del consorcio quien lo haga en su representación, utilizando el mismo poder especial irrevocable que le fue otorgado oportunamente para constituir el derecho de superficie, el cual, dentro de sus facultades, deberá contener la realización de los actos anteriormente indicados.

2.3.2. Aporte de la superficie a un fideicomiso inmobiliario (construcción sobre la rasante)

Nos resulta interesante en este caso analizar la combinación del derecho real en estudio con el extensamente difundido fideicomiso inmobiliario. Resulta necesario estudiar meticulosamente la interacción entre el derecho real de superficie, la faz contractual del fideicomiso (contrato) y su faz real (dominio fiduciario). Veremos que

son muchas las oportunidades que presenta esta interacción, así como algunos interrogantes.

Proponemos el siguiente negocio: una persona titular de un terreno está dispuesta a aportar el mismo a un fideicomiso inmobiliario, a fin de que por medio de éste se construya un edificio compuesto por diez unidades funcionales. Al finalizar la construcción, el aportante del terreno recibirá a cambio de su aporte tres unidades funcionales. Otros fiduciantes aportarán los fondos dinerarios necesarios para la construcción, y recibirán a cambio una unidad funcional cada uno.

Entonces, en el marco del contrato de fideicomiso propuesto tenemos los siguientes actores: fiduciante aportante de terreno, fiduciantes aportantes de dinero, y fiduciario, mientras que los beneficiarios/fideicomisarios serán los mismos fiduciantes o sus cesionarios, correspondiéndole al aportante del terreno las unidades funcionales 1, 2 y 3, y a los aportantes de dinero, las unidades funcionales 4 a 10. El plazo del contrato será de diez años.

Hasta aquí, se trata de un típico fideicomiso inmobiliario. Ahora bien, la persona que revestirá la calidad de fiduciario no es reconocida en el mercado, por lo que el fiduciante que aporta el terreno quisiera contar con mejores garantías respecto de su inmueble y recuperación en caso de incumplimiento. Descartadas otras alternativas por su costo o compleja ejecución, se plantea la posibilidad de que el fiduciante del terreno aporte, no ya el dominio de su inmueble, sino el derecho real de superficie sobre la rasante del mismo. En consecuencia, lo que el fiduciario adquiere es la superficie fiduciaria del terreno por un plazo determinado, que será mucho menor al máximo legal y que puede o no coincidir con el plazo del contrato de fideicomiso.

Tenemos entonces dos negocios cuyas cláusulas deben ser cuidadosamente redactadas y coordinadas: el **contrato de fideicomiso** y el **contrato de constitución del derecho real de superficie** a favor del fiduciario, existiendo una **una conexidad** entre ambos contratos en los términos del artículo 1073 del C.C.C.N., el cual define a la conexidad como una situación en la que dos o más contratos autónomos se hallan vinculados entre sí por una finalidad económica común, previamente establecida, de modo que uno de ellos ha sido determinante del otro para el logro del resultado perseguido. En este sentido, los contratos de superficie y fideicomiso que estamos analizando cumplen con esta definición, ya que ambos están orientados hacia un

objetivo económico compartido: la realización de un proyecto inmobiliario. Estos contratos se entrelazan de manera que uno de ellos es determinante del otro para alcanzar el resultado buscado. Por un lado, el contrato de fideicomiso establece la estructura legal y financiera para la realización del proyecto inmobiliario, mientras que el contrato de constitución de superficie permite la utilización del terreno necesario para llevar a cabo la construcción. Lo dicho trae como consecuencia que en el negocio propuesto se desplace el efecto relativo²² de los contratos, permitiendo que aquellos que no son parte de un contrato específico, puedan intervenir y tener acciones en el otro contrato que forma parte del sistema.

Retomando el desarrollo del negocio propuesto, el titular del terreno otorgará el contrato de fideicomiso como fiduciante y la escritura de constitución de superficie como constituyente (superficiante). A su turno, el fiduciario suscribirá el contrato de fideicomiso para recibir tal carácter y la escritura de constitución de superficie como superficiario fiduciario. Es decir, el derecho de superficie para construir el edificio formará parte del patrimonio fideicomitado.

En el **contrato de fideicomiso**, que se otorga previo a la constitución de la superficie, se establecerá -dentro de su objeto- el aporte del derecho de superficie como bien fiduciario por parte del dueño del terreno, la construcción del edificio sobre dicho terreno, la posterior constitución del derecho de propiedad horizontal y, finalmente, la adjudicación de las unidades funcionales a quienes resulten fiduciantes/beneficiarios/fideicomisarios (o sus cesionarios) por el aporte del dinero. Estos últimos recibirán entonces el **dominio perfecto** de una unidad funcional determinada. Por último, también se establecerá en el contrato de fideicomiso que el aportante del terreno recibirá las unidades funcionales 1, 2 y 3 como contraprestación. Luego veremos cómo concretar estas adjudicaciones en las condiciones expresadas. En el **título constitutivo de la superficie** estableceremos un plazo de diez años, es decir, el mismo que el fideicomiso. El plazo es el máximo de tolerancia que admite el aportante del terreno para resultar adjudicatario de las tres unidades funcionales o recuperar la extensión de su dominio sobre el terreno, en su defecto. Es decir, el plazo

²² Art. 1021 del C.C.C.N.: "Regla general. El contrato sólo tiene efecto entre las partes contratantes; no lo tiene con respecto a terceros, excepto en los casos previstos por la ley."

se está fijando en interés del superficiante y funciona como una suerte de garantía real en los términos apuntados por las XXI Jornadas Nacionales de Derechos Civil:

El concepto de garantía real no es unívoco. En un sentido amplio, se entiende por garantía real aquella que implica la afectación específica, a la satisfacción de un crédito, de cosas, bienes o universalidades determinadas [...] No son estrictamente equiparables los conceptos 'garantía real' y 'derecho real de garantía'. Deben distinguirse los clásicos derechos reales de garantía sobre cosa ajena de otras figuras jurídicas (reales o personales) en las que también existe afectación de bienes, cosas o universalidades y que cumplen una función de garantía (vg. lease back, modalidades resolutorias, dominio fiduciario en función de garantía, etc.).

Además del plazo, en el contrato constitutivo de la superficie fiduciaria, agregaremos como medio extintivo de la superficie una condición resolutoria: la inscripción definitiva del Reglamento de Propiedad Horizontal en el registro inmobiliario correspondiente. Es decir, la extinción de la superficie estará determinada por el cumplimiento del plazo de diez años o el acaecimiento de la condición resolutoria “inscripción del Reglamento de Propiedad Horizontal, lo que ocurra primero.

Incluiremos también en el título constitutivo de la superficie una cláusula de reserva estableciendo la continuación del derecho propiedad horizontal luego de extinguida la superficie por cualquier motivo, incluso el cumplimiento del plazo. Llegado este punto, es necesario plantear la factibilidad legal de que prevalezca la autonomía de la voluntad por sobre lo dispuesto en el artículo 2125 del C.C.C.N., y que la constitución del derecho de propiedad horizontal -ocurrido durante la vigencia del derecho de superficie- conserve su existencia luego de su extinción. Mariani de Vidal y Abella (2016) parecieran inclinarse por la negativa al sostener que extinguida la superficie también se extinguirá la propiedad horizontal “y, en consecuencia, se deberá proceder a la desafectación al sistema y registrar la desafectación, con arreglo a las mismas normas que gobiernan la desafectación en la propiedad horizontal (art. 2044 C.C.C.N.).” (p. 9).

Desde nuestro punto de vista, y aplicando un razonamiento lógico, entendemos que el espíritu de la norma es resguardar los derechos del propietario del suelo, quien no tiene por qué tolerar la existencia de un derecho real sobre su inmueble si no ha dado su consentimiento expreso para ello. Sin embargo, no identificamos violación alguna al orden público si admitimos la posibilidad de que, con la anuencia del propietario

superficiante, se mantenga la propiedad horizontal con posterioridad a la extinción de la superficie. Así, en palabras de Carlos Molina Sandoval:

“Si las partes pactaron expresamente la cuestión (esto es, mantener la propiedad horizontal y acordaron los detalles de la adjudicación), resulta claro que deberá estarse a lo propuesto y no existe ningún óbice del nudo propietario de recibir todo el inmueble afectado a la propiedad horizontal (o, incluso, sólo algunas unidades funcionales de ese propiedad horizontal). Pero aun en ausencia de pacto expreso de partes, deberá estarse al interés del nudo propietario (a quien puede interesarle que le sean restituidas todas las unidades de la propiedad horizontal y no sólo el terreno desafectado). Incluso deberá evaluarse en cada caso concreto, en función de las particularidades de cada negocio puntual, si no podría existir un ejercicio abusivo (art. 10, Cód. Civ. y Com.) del nudo propietario en exigir la desafectación (con los costos que ello genera) cuando en algún punto- le confiere ciertas ventajas indiscutibles (piénsese en una pequeña construcción de dos dúplex en función de los límites constructivos aceptados por las reglamentaciones administrativas vigentes). La regla de la desafectación de la propiedad horizontal puede ser la corriente, sin perjuicio de que se valoren las especiales circunstancias de cada caso” (p.7).

Volviendo a nuestro caso, en línea con lo expresado, el contrato constitutivo de la superficie fiduciaria establecerá la continuidad de la afectación al régimen de propiedad horizontal aún después de extinguida aquélla. Consideramos necesario que en oportunidad de otorgarse el reglamento de propiedad horizontal del edificio, también comparezca al acto escriturario el superficiante a los efectos de prestar su conformidad con su contenido. Ello por cuanto el superficiante, al cumplirse la condición resolutoria de la inscripción del mencionado reglamento, va a devenir en titular de las unidades 1, 2 y 3 y, por lo tanto, quedará alcanzado por las disposiciones de dicho reglamento. Esta conformidad también hace las veces de recibo respecto de las obligaciones asumidas por el superficiario fiduciario.

¿Cuáles son las ventajas de instrumentar el negocio de esta manera? El aporte del dominio superficiario del terreno a un fideicomiso ofrece grandes garantías para el titular del terreno, ya que no se desprende de su dominio. Entonces, si el fiduciario incumpliera con las obras, el dueño del suelo igualmente recuperará su dominio en toda su extensión al cumplimiento del plazo, sin más. Además, al extinguirse la superficie, el principio de accesión se restablece en toda su plenitud, sin necesidad de

transferencia alguna, bastando una escritura-acta que lo relacione. Así, el dueño del suelo hace suyo lo que se haya construido hasta el momento. Podría preverse para este supuesto alguna cláusula de salvoconducto para evitar acciones por enriquecimiento sin causa contra el titular del terreno entabladas por los otros fiduciantes.

Ahora bien, si el fiduciario cumple con las obras, al cumplirse la condición resolutoria (“inscripción del Reglamento de Propiedad Horizontal”), se extingue de pleno derecho la superficie, manteniéndose el de propiedad horizontal por la cláusula de reserva antes relacionada, y convirtiéndose el superficiante en titular de todas las unidades funcionales resultantes, por el restablecimiento del principio de accesión. A través de una escritura-acta se podrá lograr publicidad registral de esta situación.

Es necesario resolver la cuestión relativa a la transferencia de dominio pleno y perfecto de las unidades funcionales a favor de los demás fiduciantes. Aquí es donde debemos prestar especial atención ya que, como dijimos, la intención es que los fideicomisarios adquieran un dominio perfecto de las unidades funcionales y no uno superficario y, por lo tanto, temporario.

Una apresurada respuesta podría implicar el establecimiento de una excepción a la regla del restablecimiento del principio de accesión: es decir, determinar en el título constitutivo de la superficie que al vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria, solo revertirán al dueño las unidades 1 a 3, mientras que las restantes unidades funcionales estarán exceptuadas con la finalidad de ser adjudicadas en dominio pleno y perfecto a favor de los fideicomisarios. Consideramos inadecuada esta alternativa y la descartamos de plano ya que se encuentra en franca contravención al orden público que rige a los derechos reales. Recordemos la tajante disposición del artículo 1884 del C.C.C.N. en cuanto a la nulidad de cualquier disposición que modifique la estructura de un derecho real.

Entonces, para dar adecuada solución al interrogante planteado, debemos tener en cuenta las siguientes consideraciones:

- 1) El dueño del suelo, superficiante, es también parte del contrato de fideicomiso, del cual le surgen derechos y obligaciones. Entre los derechos que nacen del mismo se encuentra el de resultar dueño perfecto de tres (3) unidades funcionales; y entre sus obligaciones se encontrará la de respetar los derechos establecidos en favor de las

otras partes, destacándose el derecho de los fideicomisarios de resultar adjudicatarios del dominio perfecto de unidades funcionales. En el contrato de fideicomiso podemos establecer con claridad la obligación del dueño del suelo de transferir el dominio perfecto de las restantes unidades a quienes resulten con derecho a su adjudicación.

2) El fiduciario, según el contrato de fideicomiso, tendrá la obligación de transferir el dominio perfecto de unidades funcionales a los fideicomisarios. Se trata de una obligación de resultado, a la cual dará cabal cumplimiento al adjudicar el dominio perfecto de las unidades en cuestión. Para ello, no necesita revestir la calidad de dueño de las mismas.

Entonces, a fin de que tanto el dueño del suelo como el fiduciario cumplan con las obligaciones asumidas en el contrato de fideicomiso, el primero otorgará un poder especial irrevocable al segundo para que suscriba las escrituras públicas de adjudicación de unidades en cumplimiento del contrato. Este poder especial irrevocable tiene como negocio base el contrato mismo de fideicomiso y puede incluso estar inserto dentro del mismo si es otorgado por escritura pública.

Proponemos esta solución ya que el legitimado para transferir el dominio pleno de las unidades funcionales -una vez extinguida la superficie- es sin dudas el superficiante, porque a él ha revertido el dominio en su plenitud al restablecerse el principio de accesión. Y la causa de esta transmisión está constituida por las obligaciones asumidas en el contrato de fideicomiso por ambos, tanto superficiante como fiduciario. Como vemos, ambos contratos, el de fideicomiso y el de constitución de superficie, se encuentran íntimamente interconectados, por lo que es recomendable plasmar ambos actos en una misma escritura en donde el primer acto instrumentado sea el contrato de fideicomiso y el segundo, la constitución de superficie por parte del aportante del terreno a favor del fiduciario.

Nos resulta interesante también plantear una cuestión tangencial respecto de la indemnización por extinción de la superficie: ¿podría establecerse que el fiduciario, en tanto es superficiario, sea indemnizado con unidades funcionales al finalizar la superficie? Si no estuviéramos frente a una superficie fiduciaria, sin dudas que ello sería posible, derivado de la autonomía de la voluntad que el código admite para pactar la indemnización. Pero al entrar en juego del contrato de fideicomiso, debemos descartar esta posibilidad ya que se encuentra en franca contradicción con la

prohibición de que el fiduciario pueda ser fideicomisario. Consideramos a esta prohibición como de orden público, por lo que intentar burlar la misma a través de las normas que rigen la superficie atenta contra la finalidad de la norma²³. Asimismo, se estaría concretando un típico caso de fraude a la ley, claramente regulado en el artículo 12 del C.C.C.N.:

“Orden público. Fraude a la ley. Las convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las leyes en cuya observancia está interesado el orden público.

El acto respecto del cual se invoque el amparo de un texto legal, que persiga un resultado sustancialmente análogo al prohibido por una norma imperativa, se considera otorgado en fraude a la ley. En ese caso, el acto debe someterse a la norma imperativa que se trata de eludir”.

En conclusión, creemos legalmente factible y conveniente la utilización del derecho real de superficie como una suerte de garantía real inserta en el marco de un negocio de fideicomiso, con las salvedades y particularidades apuntadas.

2.3.3. Emisión de bonos de carbono o bonos verdes (derecho de superficie sobre el espacio aéreo)

La posibilidad de constituir derecho real de superficie sobre el vuelo se presenta como un medio interesante a fin de concretar proyectos con impacto ambiental positivo. A su turno, estos proyectos pueden calificar para la emisión de los denominados “bonos verdes” o “bonos de carbono” o “créditos de carbono”. En este apartado proponemos la utilización del derecho real de superficie constituido sobre el vuelo como herramienta para la concreción de proyectos viables para la emisión de bonos de carbono.

Para ello, nos resulta necesario hacer una breve referencia al funcionamiento de los mencionados bonos²⁴. Los bonos de carbono fueron propuestos en el Protocolo de Kyoto en el año 1997 como una herramienta útil en la lucha para la mitigación del cambio climático. Estos bonos representan la remoción de una tonelada de dióxido de carbono equivalente de la atmósfera terrestre.

²³ Conf. arts. 1 y 2 del C.C.C.N.

²⁴ <https://www.carbonneutralplus.com/proyectos-de-bonos-de-carbono-cuales-son-que-tipos-hay/>

Los bonos verdes son emitidos por diferentes organizaciones mundialmente reconocidas, que son quienes verifican los proyectos a fin de validarlos y certificar efectivamente la reducción de emisiones²⁵.

Los proyectos que aplican para la emisión de bonos de carbono son aquellos que o bien evitan la emisión de determinada cantidad de gases de efecto invernadero (GEI), o bien capturan determinada cantidad de los mismos. Una vez realizada la validación por el organismo certificante, el titular del proyecto está en condiciones de emitir bonos verdes certificados y colocarlos en el mercado de valores. De este modo,

Cada crédito equivale a una tonelada de CO2 equivalente (tCO2e) que ha sido evitada, reducida o secuestrada mediante un proyecto de mitigación a través de una actividad específica²⁶.

Estos proyectos son importantes ya que contribuyen a la mitigación de las causas que generan el cambio climático. Asimismo, permite a las empresas contribuir en la misma causa a través de la compensación de sus emisiones.

El precio de un crédito es variable y depende del mercado de destino, del tipo de actividad, de la localización, el atractivo y la escala del proyecto, de los beneficios generados más allá del carbono, y otros factores. Existen publicaciones y sitios que dan precios de referencia, pero el precio final depende de cada proyecto y el poder de negociación. Los créditos se pueden vender a individuos o empresas para la compensación voluntaria de sus emisiones o a empresas o estados obligados bajo esquemas regulatorios...²⁷

A propósito, muchos países están comenzando a legislar sobre la obligatoriedad de medir la huella de carbono y compensarla. Una de las formas que tiene una empresa de compensar su huella de carbono es a través de la inversión en bonos verdes.

Los proyectos que pueden emitir bonos verdes certificados son: proyectos de forestación (reforestación, conservación o manejo mejorado de bosques nativos), proyectos de energía renovable (producción de energía renovable hidroeléctrica, eólica, solar fotovoltaica y energía de biomasa, entre otros), proyectos de eficiencia energética (productos o sistemas eficientes que utilizan menos energía que la

²⁵ Así, por ejemplo, VCS, Verra, Gold Standard, Community and Biodiversity Standards (CCBS), Convención Marco de Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (CMNUCC), entre otros.

²⁶

https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/2023/06/preguntas_frecuentes_mercados_de_carbono_v2_04_2023_.pdf

²⁷ Ídem

tecnología convencional para realizar la misma tarea), proyectos de tratamiento de residuos, bonos de carbono azul (su objetivo es capturar dióxido de carbono atmosférico o evitar la liberación de carbono almacenado en suelos marinos), entre otros.

Realizada esta necesaria explicación respecto de los bonos verdes, consideramos que el derecho real de superficie puede representar una excelente herramienta y vehículo legal para canalizar proyectos que permitan la emisión de los mismos. En particular, el derecho de superficie constituido sobre el espacio aéreo permitiría aprovechar grandes superficies de techos o azoteas hoy inutilizados. Así, por ejemplo, podemos proyectar el siguiente negocio: la totalidad de los propietarios que conforman el consorcio de un edificio sometido a propiedad horizontal, por unanimidad²⁸, constituyen derecho de superficie sobre la azotea del edificio a favor de una determinada persona con la finalidad de plantar. El superficiario destinará toda la superficie de esa azotea a la instalación de lo que se conoce como “techos verdes”, es decir, a la plantación de vegetación de distintas especies, previa obra de impermeabilización e infraestructura adecuada.

Estos techos verdes, entre otros beneficios, capturan dióxido de carbono liberado a la atmósfera. En consecuencia, si se logra una obra de relativa magnitud, el proyecto calificará para la emisión de bonos de carbonos certificados.

En esta misma estructura se puede pactar que el canon se abone al consorcio con bonos a su favor. Nada obsta, por supuesto, que la constitución de la superficie sea gratuita.

El plazo dependerá de la autonomía de la voluntad, pero teniendo en cuenta el propósito, será oportuno extenderlo hasta el máximo legal, es decir, cincuenta años.

Respecto de la indemnización para el superficiario por extinción de la superficie, si bien las partes tienen libertad para pactarla, consideramos conveniente que en el acto constitutivo se difiera su fijación, ya que es de difícil determinación el posible enriquecimiento o no por parte de la parte superficiante. Además, el superficiario recibirá ganancias durante todo el transcurso del plazo de la superficie, provenientes de la colocación de los bonos verdes.

²⁸ Remitimos a lo expuesto en este trabajo sobre la constitución de derecho real de superficie sobre las partes comunes de la propiedad horizontal.

Desde ya que este mismo proyecto de superficie para plantar y emitir bonos de carbono puede también aplicarse sobre la rasante de terrenos aptos. Si bien no desconocemos su mejor proyección en este último caso, nos resultó interesante plantearlo para el espacio aéreo, teniendo en cuenta la gran cantidad de superficie aérea desaprovechada que existe en las grandes ciudades y los pocos espacios verdes con los que cuentan en relación.

Asimismo, saliendo del ámbito del derecho real de superficie y de la propiedad horizontal común, planteamos la posibilidad de que los conjuntos inmobiliarios puedan también emitir bonos de carbono. Seguramente sean éstos últimos los que estén en mejor posición para hacerlo ya que, comúnmente, cuentan con mayores superficies y mayores espacios verdes. Piénsese, por ejemplo, en el arbolado de un barrio cerrado o de un club de campo: si cuentan con ejemplares nativos en cantidad y calidad suficientes podrían aplicar para la emisión de créditos de carbono, contribuyendo así a la reducción de la huella de carbono de las edificaciones presentes en dichos conjuntos, manteniendo el valor paisajístico y ambiental de los mismos y, además, obteniendo un rédito por ello.

Esta última posibilidad planteada presenta algunos interrogantes que merecen ser considerados antes de embarcarse en el proyecto: ¿tiene un consorcio de conjunto inmobiliario capacidad jurídica para emitir bonos de carbono? ¿Se requiere indefectiblemente decisión de asamblea? En este caso, ¿cuáles serían las mayorías requeridas? ¿Exige modificación de reglamento que contemple específicamente la facultad de emitir bonos? Excede a los fines del presente trabajo desarrollar los interrogantes planteados, pero consideramos valioso dejarlos a disposición para su estudio y futura implementación, dadas las múltiples ventajas que puede presentar, no solo en lo socioambiental sino también en lo económico, como medio de obtención de financiamiento para el conjunto inmobiliario, tanto en su etapa de formación como durante su vida.

3. CONCLUSIONES

Tal como hemos podido ver, el derecho real de superficie se presenta como una excelente herramienta para concretar negocios o proyectos de índole diversa, tanto en lo jurídico como en lo económico. La mayor autonomía de la voluntad admitida, su elasticidad, sus costos menores, entre otras características, se presentan como ventajas a ponderar a la hora de crear estructuras jurídicas adecuadas.

Compartimos en este punto las afirmaciones de Alicia Puerta de Chacón (2019) respecto de que:

“[...] la utilidad de esta figura se visualiza tanto en el aspecto económico como social. No solo porque puede favorecer el acceso a la vivienda a menor costo en inmuebles particulares o del Estado; sino también posibilita un emprendimiento constructivo o rural a la medida de las necesidades del inversor, con beneficio de la actividad económica en general y del mismo dueño del suelo que a la extinción de la propiedad superficiaria acrecienta el valor de su inmueble.” (p. 13).

La falta de aplicación práctica en nuestro país posiblemente obedezca a motivos culturales, pero también a su falta de difusión fuera del ámbito académico. En este sentido creemos que el notariado debe jugar un rol fundamental, derivado principalmente del deber de asesoramiento que jerarquiza nuestra labor. Afirma también Puerta de Chacón (2019):

“Es el profesional del derecho, especialmente el notario, que realiza la obra de ingeniería jurídica, quien puede orientar en la provechosa aplicación del derecho de superficie y explicar al fisco las múltiples proyecciones y frutos de constitución, a fin de que los organismos públicos recaudadores no lo equiparen tributariamente con el dominio y desnaturalicen este valioso instituto desterrándolo del mercado inmobiliario.” (p. 14).

Tal como expresamos anteriormente, la sola recepción legal y regulación del instituto no es suficiente por sí sola. Se requerirá -además un cambio sociológico de concepción y mentalidad- de la participación activa de todos los operadores del derecho destinada a solucionar de inmediato los inevitables problemas interpretativos que surgirán de su aplicación práctica. Asimismo, revestirá de vital importancia que esta nueva figura esté acompañada de una normativa fiscal y administrativa adecuada que fomente su utilización para fines ambientales o sociales.

En este sentido, ha sido nuestra intención diagramar tres posibles negocios inmobiliarios concretos en los que el derecho real de superficie se presenta como protagonista en la estructura jurídica que les sirve de base, incluso como medio para garantizar derechos de las partes involucradas. Así, hemos visto cómo poner en funcionamiento a la superficie y lograr la armonía, a través de la misma, de todos los intereses en juego.

En definitiva, nos resulta necesario lograr dar el salto definitivo desde lo académico a la realidad negocial, en pos de una mayor seguridad jurídica para los particulares que acudan a su implementación. Es mucho lo que se ha investigado y desarrollado por parte de la doctrina, por eso consideramos que nos encontramos en el momento oportuno para dar ese salto. En esta labor, el notariado debe cumplir un rol fundamental, no sólo elaborando meticulosos contratos, sino también asesorando de forma cabal a requirentes que puedan resultar beneficiados, en distintos aspectos, por la aplicación a sus negocios del derecho real de superficie.

4. PONENCIAS

1) En los contratos de fideicomiso inmobiliarios, la posibilidad de que el fiduciante del terreno aporte, no el dominio de su inmueble, sino el derecho real de superficie sobre la rasante del mismo, emerge como una garantía real que protege su patrimonio frente a la incertidumbre relacionada con el cumplimiento del objeto de dicho fideicomiso traducido en la concreción exitosa del proyecto inmobiliario.

2) El espíritu del artículo 2125 del C.C.C.N. es resguardar los derechos del propietario del suelo, quien no tiene por qué tolerar la existencia de un derecho real sobre su inmueble si no ha dado su consentimiento expreso para ello. Sin embargo, no identificamos violación alguna al orden público si admitimos la posibilidad de que, con la anuencia del propietario superficiante, se mantenga la propiedad horizontal con posterioridad a la extinción de la superficie.

3) El derecho de superficie resulta adecuado para dar respuesta a la problemática de falta de plazas de estacionamiento para vehículos que se presenta en las grandes urbes, mediante la construcción de las mismas en los subsuelos de inmuebles.

4) El derecho de superficie, en su modalidad de derecho a plantar, puede utilizarse con la finalidad ambiental de captación de gases de efecto invernadero, logrando así obtener certificación para emisión de bonos de carbono. Esta herramienta se encuentra también al alcance de los consorcios de propiedad horizontal, tanto común como especial.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ACQUARONE, María T. (2016); *“La conexidad contractual en el Código Civil y Comercial. Su aplicación en los negocios jurídicos inmobiliarios”*; Revista del Notariado N° 924; Buenos Aires; Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires²⁹.
- BRANDI TAIANA, Maritel M. (2014); *“Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?”*; Revista del Notariado N° 916; Buenos Aires; Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires³⁰.
- CHIESA, Juan José (2023); *“Derecho real de superficie: importante herramienta jurídica en la estructuración de proyectos”*; Publicado en: RCCyC 2023 (junio), 245; Cita online: TR LALEY AR/DOC/311/2023.
- COSSARI, Nelson G. A. - COSSARI, Leandro R. N. (2016); *“Glosas a los arts. 2073 a 2276” en “Código Civil y Comercial comentado - tratado exegético”*; 2ª ed., tomo X (director general: ALTERINI, Jorge Horacio); Ciudad Autónoma de Buenos Aires; La Ley.
- GURFINKEL DE WENDY, Liliana (2012); *“Superficie” en “Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012”*; Buenos Aires; Abeledo Perrot.
- MALIZIA, Roberto (2018); *“Modelos de escritos Derechos Reales”*; Santa Fe; Rubinzal - Culzoni Editores.
- MARIANI DE VIDAL, Marina - ABELLA, Adriana N. (20126); *“Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial”*; Publicado en: LA LEY 23/02/2016, 23/02/2016, 1 - LA LEY2016-A, 1117; Cita Online: AR/DOC/507/2016.
- MOLINA SANDOVAL, Carlos A. (2017); *“El derecho de superficie en los negocios inmobiliarios”*; Publicado en: LA LEY 29/03/2017, 29/03/2017, 1; Cita Online: AR/DOC/780/2017.
- PUERTA DE CHACÓN, Alicia (2019); *“Proyecciones de la nueva “superficie””* en Revista Notarial N° 988; La Plata; Taller de Producción Gráfica del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires³¹.

²⁹ Disponible en: https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2016/11/RDN_924_pdf.pdf

³⁰ Disponible en: <https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2014/11/RN916.pdf>

³¹ Disponible en: https://www.colescba.org.ar/comunicaciones/epub/imagenes/Revista_Notarial988_Colegio_de_Escribanos.pdf

- SABENE, Sebastián E. (2015); *“Constitución, transmisión, extinción y oponibilidad del derecho real de superficie”*; Publicado en: SJA 09/12/2015, 09/12/2015, 3; Cita online: AR/DOC/5420/2015.
- TRAVANI, Ivanna Mariel; *“El derecho de superficie como expansión del mercado inmobiliario y como medio para acceder a la vivienda”*; Trabajo presentado en la 40 Jornada Notarial Bonaerense³².
- VÁZQUEZ, Laura Inés - SUÁRES, María Belén (2017); *“El derecho de superficie y su aplicación en la práctica, especialmente vinculado con la propiedad horizontal”*; Trabajo presentado en la 40 Jornada Notarial Bonaerense³³.

³² Disponible en: <http://www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema1/T1-TRAVANI-El-derecho-de-superficie-como-expansion.pdf>

³³ Disponible en: <http://www.jnb.org.ar/40/images/trabajos40jnb/tema1/T1-SUARES-y-VAZQUEZ-El-derecho-de-superficie-y-su-aplicacion.pdf>