

El derecho real de superficie y la vigencia del derecho romano en el nuevo código civil y comercial

José Carlos Costa*

RESUMEN

El contenido económico que conlleva el derecho real de superficie, y que favorece la construcción, forestación y/o plantación, imponía su consideración en el derecho argentino, máxime cuando no se encontraba contemplado en el código de Vélez Sarsfield.

Lo interesante de la decisión adoptada por los legisladores es la evaluación de la necesidad de incorporar a la normativa vigente el derecho real de superficie siguiendo los antecedentes de la reforma, y respetando el origen de la institución en el derecho romano. Ello implica el reconocimiento de la vigencia de este último en la normativa actual.

ABSTRACT

The economic content that involves the real surface rights, favoring the construction, forestry or plantation, imposed its consideration in Argentine law, especially when he was not contemplated in the code of Velez Sarsfield.

The interesting thing about the decision taken by the legislators is the assessment of the need to join the real surface rights legislation following the history of reform and respecting the origin of the institution in the Roman law involving the recognition of the validity of the latter in the current regulations.

PALABRAS CLAVE

Derecho real de superficie, Derecho romano, Código Civil y Comercial argentino

KEYWORDS

Real right of surface, Argentine commercial and Roman Law, Civil Code

I.

Según las fuentes, la superficie es el derecho real por el cual se les permite a simples particulares levantar construcciones en terrenos públicos o privados a cambio del pago de un canon. Se discute largamente respecto de su naturaleza jurídica¹. En principio, se la consideró dentro de los denominados derechos creditorios, mas luego el derecho honorario creó un edicto especial de carácter real a favor del titular: el interdicto de superficie (*interdictum de superficiebus*). Posteriormente, Justiniano le otorgó una acción similar a la *reivindicatio*².

Es necesario determinar la naturaleza jurídica del derecho real de superficie debido a que Vélez Sarsfield no lo incluyó en el código. El trajín del mundo moderno ha dado muestra de la utilidad que puede brindar este instituto, cuya incorporación ha sido finalmente concretada en el nuevo código civil y comercial, que comenzó a regir a partir del primero de agosto de 2015, en reemplazo del velezano.

* Profesor Titular Ordinario en Derecho Romano USAL y UBA.

Trabajo recibido 30/8/2017. Aceptado 21/09/2017

¹ COSTA, J. C., *Manual de derecho romano público y privado*, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, 2da. Edición, p. 444 y ss.

² D.6.1.73 / D.6.1.73.1 / D.6.1.74 / D.6.1.75 / D.6.2.12.3 / D.43.18.1.pr / D.43.18.1.1 / D.43.18.1.2 / D.43.18.1.3 / D.43.18.1.4.

II.

Habré de esbozar de modo previo el origen y lineamiento de la institución en Roma. Me propongo determinar su influencia y recepción en la normativa actual como también los porqués de la omisión de Vélez.

III.

En dicho sentido, he de señalar que el derecho romano, en modo paralelo a los derechos reales sobre la cosa ajena (*iura in re aliens*) consagrados por el *ius civile*, elabora un nuevo tipo de derecho, de configuración definitiva posterior, en el *Corpus* de Justiniano. Es el caso de la *enfiteusis* y la *superficie*³.

Ambos institutos son formas de propiedades limitadas que se asemejan en su contenido económico y tutela jurídica. Representan el final de una evolución que tiene origen en las concesiones de carácter administrativo del Estado y de otros entes públicos⁴.

IV.

El término superficie proviene de los vocablos latinos *super* y *facies*; en su acepción más amplia significa la parte superior de un objeto o la construcción que se eleva por encima del suelo.

Si bien en materia de accesión el derecho romano sienta el principio *superficies solo cedit*, es decir, todo lo que se edifica en suelo ajeno pertenece al propietario, por razones económicas se permite a los particulares edificar en terrenos públicos. Se les otorga el goce de las construcciones que levanten a perpetuidad o por largos períodos de tiempo a cambio del pago de un canon periódico⁵.

Esta práctica se extiende luego a los edificios construidos en fundos pertenecientes a simples particulares, lo que configura el derecho real de superficie, que puede transmitirse *inter vivos* o *mortis causa*. Otorga a su titular –superficiario– el goce a perpetuidad o por largo tiempo del edificio construido en el suelo ajeno mediante el pago de un canon⁶.

Durante el derecho clásico se permite a los particulares edificar en terrenos públicos, como el caso de las concesiones hechas por los magistrados a los banqueros (*argentarii*) para construir tabernas (*tabernae*) en el foro, a cambio del pago de un canon anual llamado *solarium*. El suelo continuaba siendo público y también lo era el edificio construido por el particular⁷.

Durante el período preclásico y clásico, dice Guarino, el proceso de formación del *ius in re aliena* es particularmente difícil por el hecho de que el *ius civile* solo admite el principio de que todo lo que se encuentra sobre el suelo accede a este (*superficies solo cedit*), razón por la cual el propietario de un fundo es propietario de lo construido por él o por terceros sobre el suelo de su propiedad. Aún más, si alguien construía con materiales propios o ajenos un edificio o casa en el suelo ajeno, aunque fuera con autorización del propietario, la propiedad de lo construido no le correspondía y como máximo solo tenía derecho de exigir como acreedor si

³ GUARINO, A., *Diritto Privato Romano*, Editore Jovene Napoli, 12ª Edición, Nápoles, 2001, p. 740 y ss.

⁴ ARANGIO, Ruiz V., *Instituciones de derecho romano*, Depalma, Buenos Aires, 1986, p. 280 y ss.

⁵ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *Instituciones de Derecho Privado Romano*, Closas Orcoyen-Madrid SL, 3ª Edición revisada y ampliada, Madrid, 2001, p. 269 y ss.; GUARINO, A., *op. cit.*, p. 740 y ss.

⁶ Gayo 2.73 / D.7.1.71 / D.8.3.13 pr / D.43.18.2.

⁷ DAZA MARTÍNEZ, J y RODRÍGUEZ ENNES, L., *op. cit.*, p. 269 y ss.

el propietario le había conferido un comodato (*commodatum*) o una locación (*locatio conductio*).

Ahora bien, cuando el Estado o los entes públicos no quieren o no pueden invertir en construcciones proceden entonces a otorgar a particulares concesiones temporarias de tierras públicas para que estos construyan inmuebles destinados al ejercicio de su actividad comercial o industrial a cambio del pago de una suma de dinero que ingresa al erario público.

El derecho honorario concede a los concesionarios un interdicto prohibitorio (*interdictum de loco público fruendo*), que puede ser interpuesto ante cada intromisión de terceros efectuada con violencia o con la intención de hacer valer un título anterior al otorgamiento de la concesión⁸.

Durante el período clásico se extiende la utilización de la concesión de superficie a los simples particulares, que utilizan a dicho respecto el esquema técnico del contrato de locación (*locatio conductio*). El concesionario es denominado inquilino o locatario (*inquilinus o conductor*) y, mucho más tarde, superficiario (*superficiarius*).

El derecho honorario (*ius honorarium*), advirtiendo que el concesionario de una superficie, a título del derecho privado (*ius privatum*), no se compara a un simple detentador sino a un verdadero poseedor, le concede en tutela de esta cuasi posesión un interdicto prohibitorio (*interdictum de superficiebus*). Mediante este podía rechazar cualquier intento de violencia en perjuicio del goce de lo construido sobre superficie ajena, claro está, siempre que esto último no hubiese sido alcanzado en perjuicio del atacante, *vi, clam, precario*⁹.

En síntesis, durante el período clásico el instituto conforma una relación jurídica relativa entre superficiario y propietario (*superficiarius et dominus*), que deriva en una locación (*locatio*) del sobresuelo (*superficies*), efectuada por el último respecto del primero, siempre mediante el pago de un canon (*solarium*). El interdicto de superficie (*interdictum de superficiebus*) del superficiario lo erige en una especie de poseedor, aunque fuese un simple detentador.

Las fuentes clásicas algunas veces hablan de venta, y conceden así *la actio in rem* al superficiario en los casos de locaciones perpetuas (*locatio in perpetuum*) siempre que medie el pago regular del solárium.

Durante el transcurso del período clásico al justiniano, la superficie sufre múltiples variaciones, algunas de ellas incoherentes entre sí, y tampoco totalmente subsanadas por la compilación justiniana. Muchas veces la superficie figura como *un ius in re aliena* tutelada por *una actio in rem superficiaria*, y otras es representada como una servidumbre (*servitus*). Cuando se trata de concesiones de superficies perpetuas, toma la apariencia de una especie urbana de la enfiteusis (*emphyteusis*)¹⁰.

El superficiario tiene el pleno goce de la cosa que forma parte de su derecho y puede transmitirlo por actos entre vivos o por disposición de última voluntad, como también hipotecarlo o establecer servidumbres que lo benefician. A su vez, debe satisfacer las contribuciones y cargas que gravan al fundo, especialmente pagar una renta en dinero.

Al finalizar la concesión del derecho de superficie, el titular debe restituir al propietario el fundo superficiario sin deterioros que afecten su estado, así como hacerse cargo de las reparaciones necesarias para la conservación del inmueble¹¹. El derecho de superficie, como dijera, puede constituirse por disposición de última voluntad o por acto entre vivos. En este último caso, el acto que lo origina puede

⁸ GUARINO, A., *op. cit.*, p. 741 y ss.

⁹ GUARINO, A., *op. cit.*, p. 742 y ss.

¹⁰ GUARINO, A., *op. cit.*, p. 743 y ss.

¹¹ D.7.1.72 / D.10.2.10 / D.13.7.16.2 / D.13.7.17 / D.20.1.13.3 / D.20.4.15 / D.43.18.1.6 / Cód.11.69.1.

ser a título gratuito u oneroso, ya sea por una venta cuando la superficie se otorga mediante un precio que se paga una sola vez; o bajo la forma de un arrendamiento, cuando el canon consiste en el pago de una renta anual (*pensio o solarium*¹²).

Por otra parte, puede finalizar por las siguientes causas: pérdida total del fundo, vencimiento del plazo estipulado, confusión, cumplimiento de una condición resolutoria, pérdida del derecho de propiedad del *dominus* ante la consumación de la prescripción, falta de pago del canon y de los tributos durante tres años consecutivos, daños considerables ocasionados en el fundo superficiario, enajenación del derecho de superficie a un tercero sin conocimiento del propietario del fundo, etc.¹³.

Durante los primeros tiempos, el derecho de superficie es protegido por acciones personales dado que las concesiones que lo originan provienen de un contrato que ocasiona un derecho de crédito exigible mediante *las actio in personam*. Posteriormente, cuando la superficie comienza a perfilarse como un derecho real, la primera defensa otorgada al superficiario respecto del cedente son las acciones *empti o conducti*, según la concesión se hubiera realizado bajo la forma de una venta o de un arrendamiento.

Ahora bien, dado que estas acciones son ineficaces contra ataques de terceros, el pretor crea un interdicto especial: el interdicto de superficie (*interdictum de superficiebus*¹⁴), que por su similitud al *uti possidetis* hace vencer en el *iudicium* al superficiario, quien al momento de interponerlo se encuentra en poder de la cosa *nec vi, nec clam, nec precario* respecto del adversario¹⁵.

Configurada finalmente la superficie durante el derecho justiniano como un verdadero *ius in re* se le concede al superficiario *una utilis in rem actio* similar a la *reivindicatio* para proteger su derecho en el supuesto que se le hubiese usurpado la posesión material de la superficie¹⁶.

V.

Pues bien, perfilado el instituto en sus orígenes romanos hemos de dilucidar su conectividad con el derecho argentino. Es sabido que este último ha recibido una trascendente influencia del derecho romano, especialmente a través de la obra de Vélez Sársfield, que junto a Augusto Texeira de Freitas y Andrés Bello son los grandes maestros romanistas latinoamericanos que forjaron la transmutación del derecho romano en legislación positiva¹⁷.

Vélez supo sistematizar en la creación del código el derecho romano, español y patrio. Su sólida formación jurídica luce a través de las numerosas fuentes, obras y autores romanistas, que cita a través del *Corpus Iuris Civilis*, legislación indiana, códigos de Napoleón, Luisiana, Nápoles, y las obras de los doctrinarios Savigny, Ihering, Troplong, Mayns, Zacharie, Pothier, entre otros¹⁸.

Las notas del código incorporadas al texto desde la primera edición, y mantenidas posteriormente, constituyen verdadera doctrina que ha dado a conocer el pensamiento jurídico del autor. Trasunta el derecho romano como fuente de

¹² D.6.2.12.3 / D.43.17.3.7 / D.43.18.1.1.

¹³ D.6.3.1.1.

¹⁴ DAZA MARTÍNEZ, J. y RODRÍGUEZ ENNES, L., *op. cit.* p. 270.

¹⁵ PEÑA GUZMÁN, L. A. y ARGUELLO, L. R., *Derecho Romano*, TEA, T. II, Buenos Aires, 1962, p. 152 y ss.

¹⁶ D.6.1.73 / D.6.1.73.1 / D.6.1.74 / D.6.1.75 / D.6.2.12.3 / D.43.18.1. pr / D. 43.18.1.1 / D. 43.18.1.2 / D.43.18.1.3 / D.43.18.1.4.

¹⁷ COSTA, J. C., *op. cit.* p. 196.

¹⁸ VÁZQUEZ, H., MICIELI, L., BAZÁN, M., CALVO LEAL, M., *El derecho romano en la biblioteca del Dr. Vélez Sarsfield*, Advocatus, Córdoba, 1996, p. 10 y ss.

inspiración directa e indirecta y conforma la continuidad existente entre la obra justinianea y los códigos contemporáneos¹⁹.

El derecho romano ha ejercido una innegable y profunda influencia en el derecho argentino, que penetra con el de la época hispánica proyectado, luego, en las normas del derecho patrio, en la etapa de la emancipación y organización política, y que tiene su máxima expresión con la sanción del código civil en 1869²⁰.

La recepción del derecho romano en la normativa argentina se produce en el transcurso de diversas etapas desde mediados del siglo XVI: con el inicio de la organización política-jurídica hasta 1869, con la sanción del código velezano a través del cual se consolida mediante la obra de su autor²¹.

VI.

Vélez, según dijera, no contempla el derecho real de superficie, lo cual se debe a las siguientes razones. El código dispone en cuanto a los derechos reales lo que se conoce como número cerrado (*numerus clausus*), una de las diferencias más importantes con los derechos personales²², bajo el fundamento de que todo el sistema de los derechos reales interesa de manera directa al orden público. Queda por esta causa prohibido no solo crear derechos reales que la ley no admite, sino también modificar los que la ley reconoce (arts. 2502 y 2503).

Pues bien, la legislación española y el derecho patrio anterior al código velezano admitían una serie de derechos reales que dificultaban el goce y transmisión de la propiedad y hacían sumamente complejo el régimen del derecho sobre las cosas²³. Vélez Sarsfield suprimió algunos derechos reales que, a su criterio, no desempeñaban ningún papel económico valioso ni conveniente desde el punto de vista del interés de la propiedad. Se preocupó, fundamentalmente, por estructurar un derecho de propiedad fuerte destinado al incentivo de la explotación de las grandes extensiones de tierras existentes en su época. Por dicha razón, cierta parte de la doctrina considera que su decisión al respecto tuvo un significado importante en lo político y económico²⁴.

Los derechos reales suprimidos por Vélez son los de superficie, enfiteusis, rentas y censos de más de cinco años, mayorazgos y capellanías. El propio codificador, consciente de la importancia de la decisión asumida, brindó fundamento en la nota al art. 2502²⁵.

¹⁹ SCHIPANI, S., *Treinta años de diálogo con los juristas latinoamericanos*, Revista Jurídica La Ley, Buenos Aires, 22/09/2004.

²⁰ ELGUERA, E., *La influencia del derecho romano en nuestra vida jurídica*, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1952, N° 10, p. 725.

²¹ SCHIPANI, S., *El derecho romano en el nuevo mundo* en "Curso de actualización en Derecho Romano", Aracne Editrice, Roma, 2003.

²² Cuyo contenido y número quedan librados a la voluntad de las partes.

²³ BORDA, G. A., *Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales*, T. I., Editorial Perrot, 3ª Edición Actualizada, Buenos Aires, 1984, p. 15 y ss.

²⁴ *Ibíd.*, p. 19.

²⁵ La nota dice, "Desde la Edad Media, las leyes de casi todos los Estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua y por mil otros medios. En España la constitución de rentas perpetuas como los censos creó un derecho real sobre los inmuebles que las debían; y el acreedor del canon tenía el derecho de perseguir la cosa a cualquier mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre la misma cosa, el del propietario y el del censalista, pues las propiedades iban a su ruina. En otros casos se veía ser uno el propietario del terreno y otro el de los árboles que en él estaban. Algunas veces, uno era el propietario del pasto que naciera y otro el de las plantaciones que hubiese hecho. La multiplicidad de los derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos sin poder dividir la cosa asiento de ellos".

Vélez deja de lado el derecho real de superficie, prefiere una propiedad plena, que abarque también el subsuelo y el espacio aéreo correspondiente²⁶.

Con el fin de completar lo expuesto, debo decir que el nuevo código también dispone el número cerrado (*numerus clausus*) en lo que respecta a la creación de los derechos reales (art. 1887) incluyendo, en lo que nos concierne, a la superficie (art. 1887 inc. h)²⁷.

VII.

El Anteproyecto de Código Civil Unificado con el Código de Comercio, que tuvo media sanción legislativa en el año 1998, incluyó el derecho real de superficie en el título VI, capítulos I y II (arts. 218 a 228). Se intentó con ello estañar el vacío legal de Vélez pero no se logró, por cuanto no recibió sanción definitiva.

VIII.

Por fin, el nuevo código civil y comercial sancionado por ley 26.994 dispone el derecho real de superficie en el título VIII, artículos 2114 a 2128. A dicho respecto, debo destacar especialmente que los autores del nuevo código reconocen en los Fundamentos del Anteproyecto la influencia del derecho romano en el derecho argentino y, en consecuencia, en su articulado. Señalan que una de las características primordiales que porta consigo es una “identidad cultural latinoamericana”, y exponen que “existe una concepción orientada a integrar el bloque cultural latinoamericano; este es un cambio relevante, toda vez que la historia revela la extraordinaria influencia de la tradición romana e hispánica, y luego francesa, a partir de la codificación”. Mas, luego, se reafirma la citada premisa que sostiene que “esta tradición ha sido muy importante durante toda la historia del derecho argentino y la hemos respetado en sus aspectos esenciales²⁸”.

La lectura atenta de la exposición de motivos del nuevo código permite inferir, entonces, que la consideración del derogado resulta un engranaje de importancia en el nuevo sistema. Si la nueva codificación reconoce, a través de sus fundamentos, que mantiene la tradición romanista receptada por la dogmática del derecho privado; las distintas doctrinas y teorías elaboradas a través del código de Vélez, la interpretación de sus notas y toda la labor jurisprudencial posterior conducen, naturalmente, a la concreción de la evolución del derecho romano en el nuevo código.

Por dicha razón, he destacado la importancia que seguirá teniendo Vélez puesto que, en mi opinión, oficiará de puente entre la tradición del derecho romano receptada en nuestra legislación y su transcurso evolutivo en casi los dos últimos siglos. La coherencia jurídica de los autores del nuevo código respecto a la evolución de la tradición jurídica argentina a partir de la recepción del derecho romano, según dan cuenta sus propios fundamentos, permite la afirmación efectuada.

En otras palabras, encontramos en la dogmática argentina un nuevo eslabón del fenómeno de la recepción que, considero, ha intensificado incluso la etapa de la pervivencia para adentrarse en el estadio de la transmutación del derecho romano en derecho actual²⁹.

²⁶ Ver nota del artículo 2503

²⁷ Los derechos reales dispuestos en el actual Código son los siguientes: dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios, tiempo compartido, cementerio privado, superficie, usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, anticresis y prenda.

²⁸ *Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación*

²⁹ COSTA, J. C., *op. cit.*, p. 28.

IX.

Lo expuesto guarda relación con otras manifestaciones del acontecer jurídico que, si bien no he de enfatizar dado las características del presente trabajo, resulta necesario traer a consideración en razón del momento jurídico especial que acontece en Argentina.

La tradición romana a la que hace referencia la *Exposición de Fundamentos* y que relaciona con la “*integración en un bloque cultural latinoamericano*³⁰” ha sido vislumbrada oportunamente por Catalano, cuando sostiene la necesaria consideración de la “*la existencia de la base sociocultural de la unidad del sistema en un bloque romano iberoprecolombino*³¹”.

En mi parecer, Latinoamérica se encuentra impregnada de una fuerte tradición romanística y, en algunos casos, la presencia del derecho romano es aún más gravitante que en países del viejo continente³². Al respecto, Schipani ha dicho que los criterios propios del derecho latinoamericano y de su codificación han desarrollado lo que se llama “perfeccionamiento de la transfusión del derecho romano”, dado que “el sistema jurídico se ha modelado bajo la influencia del sistema romanista³³”.

Todavía más, hablar de civilización romana es hacerlo también en cuanto a mundo occidental³⁴. En este sentido Labruna ha sostenido que:

Europa es ante todo un fenómeno cultural, más que un concepto geográfico es una síntesis de elementos culturales, entre los cuales ocupa un puesto de absoluto relieve el derecho de Roma, la experiencia pública y privada de una comunidad que en la edad antigua supo expandirse territorialmente en gran parte del continente y en vastas áreas de Asia y Africa³⁵.

En el mismo sentido se ha manifestado Rodríguez-Ennes: “aquella gran empresa cultural que protagonizada por Roma condujo en suma a la creación de Europa y al sistema de valores propios de la sociedad occidental³⁶”.

X.

El código civil y comercial sancionado por ley 26.994 legisla sobre el derecho real de superficie entre los artículos 2114 y 2128. El 2114 brinda el concepto del derecho de superficie. En él se establece que

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 suelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución.

³⁰ *Fundamentos [...], op. cit.*

³¹ CATALANO, P., *Sistemas jurídicos latinoamericanos y derecho romano*, Revista General de Legislación y Jurisprudencia, Bogotá, 1982, p. 61.

³² COSTA, J. C., *op. cit.*, p. 7 y ss.

³³ SCHIPANI, S., *El código civil peruano y el sistema latinoamericano*, Xº Congreso Latinoamericano de Derecho Romano, Perú, 1996.

³⁴ COSTA, J. C., *op. cit.*, p. 4 y ss.

³⁵ LABRUNA L., *Principios jurídicos, tradición romanística y humanidad del derecho entre Europa y América*, Lectio Doctoralis, Buenos Aires, 2004.

³⁶ RODRÍGUEZ-ENNES L., Gallaecia, *Romanización y ordenación del territorio*, Dykinson SL, Madrid, 2004, p. 11 y ss.

Las distintas modalidades y emplazamiento que puede presentar el derecho de superficie se encuentran previstos en los arts. 2115 y 2116. El 2117 rige el plazo del derecho de superficie. Se determina en él que el término convenido en el título de adquisición no puede exceder los setenta años cuando se trata de construcciones y los cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, y que el plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos previstos en el código.

Se encuentran facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal (art. 2118); y puede ser adquirido por contrato oneroso o gratuito y transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. No puede adquirirse por usucapión y la prescripción breve es admisible a los efectos de saneamiento del justo título (art. 2119).

El artículo 2120 establece las facultades del superficiario y el artículo 2121 las que corresponden al propietario. La extinción de la superficie se produce por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por la falta de uso durante diez años para el derecho de construir y de cinco años para el derecho a plantar o forestar (art. 2124).

Al momento de la extinción del derecho de superficie por cumplimiento del plazo convenido 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 hubiera habido extinción hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie; subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido (art. 2125).

Una vez producida la extinción, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario excepto que se haya pactado lo contrario. El monto de la indemnización es fijado por las partes en el acto constitutivo del derecho real de superficie o en acuerdos posteriores (art. 2126).

Se aplican al instituto, en modo supletorio, las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo, sin perjuicio de lo pactado por las partes en el acto constitutivo (art. 2127).

XI.

El análisis del articulado del código, juntamente con las fuentes romanas, el código derogado y los antecedentes de reforma permiten la siguiente conclusión: el concepto, las características, los modos de constituirse, la extinción, los derechos de las partes y los efectos contemplan el origen proveniente del derecho romano con el agregado de ciertas particularidades que la evolución del tiempo trae consigo. En este caso, el derecho real de superficie abarca también lo que se encuentra en el terreno, suelo o subsuelo (art. 2114) en concordancia con la extensión del dominio que contempla el nuevo código (art. 1945 apartados segundo y tercero).

El contenido económico del instituto, favorecía la construcción, la forestación y/o la plantación e imponía su consideración en el derecho argentino, máxime cuando no se encontraba contemplado en el código velezano.

Lo interesante de la decisión adoptada por los legisladores es la evaluación de la necesidad de incorporar a la normativa vigente el derecho real de superficie, siguiendo los antecedentes de reforma y respetando el origen de la institución en el derecho romano. Ello implica el reconocimiento de su vigencia en la normativa actual.