

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE: LAS REGULACIONES LEGALES DEL SIGLO XXI EN CATALUÑA, BRASIL Y ARGENTINA.

Por Nelson G.A. Cossari*

Sumario: I. Introducción. II. El sistema de derechos reales. III. Antecedentes históricos. IV. El derecho real de superficie y las plantaciones. V. El derecho real de superficie. Sus dos planos. VI. Constitución del derecho. Registro VII. El plazo de duración. VIII. Constitución de gravámenes reales. IX. Derecho de preferencia en la adquisición del inmueble. X. Destrucción de la propiedad superficiaria y reconstrucción. XI. Efectos de la extinción entre partes. XII. Conclusiones

I. Introducción.

En el comienzo de este siglo han coincidido en varias partes del mundo la sanción de nuevas leyes que regulan el derecho real de superficie.

Se trata de una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez más mayor importancia por la función económica que está llamada a cumplir.

El derecho real de superficie permite construir –o plantar o edificar- sobre suelo ajeno, generalmente a cambio de una contraprestación, o directamente adquirir una obra –o plantación o forestación- ya existente; todo ello, sin necesidad de comprar el terreno o el inmueble sobre el cual se asientan las mismas.

Se pretende así obtener disminuir los costos de las construcciones, ante los altos precios del suelo.¹

También posibilita que quien no tiene los fondos necesarios, o no quiere encarar nuevas obras sobre su terreno pueda, sin desprenderse del mismo, darlo en superficie para que el superficiario realice emprendimientos que quizás necesiten de grandes inversiones o de una organización empresarial que no quiere o no puede encarar el propietario. Al término de la superficie, el titular dominial recuperará el dominio pleno sobre su suelo, tal vez enriquecido con importantes obras.

* Doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UCA), Miembro del Instituto de Ciencias Jurídicas y Sociales de Santa Fe, Profesor a cargo Derechos Reales (UCA), Director del Instituto de Derecho Inmobiliario y Registral (UCA), Director del Instituto de Derecho Ambiental (UCA), Director del Centro de Estudios de Derecho Comparado (UCA), Vicepresidente del Instituto de Derecho Civil (Colegio de Abogados de Rosario), Vicepresidente del Instituto de Derecho Registral (Colegio de Abogados de Rosario).

¹ DIEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio; *Sistema de Derecho Civil*, Volumen III, Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario y Registral, pg. 485, Tecnos, Madrid, 1998, sexta edición.

Su funcionamiento tiene que ver también con la cultura moderna que, ordinariamente, no da espacio en su seno para obras perdurables. A una gran empresa hotelera, por ejemplo, puede interesarle construir y poseer su edificio en superficie, sabiendo que a su término la construcción será obsoleta, y de esa manera, abonar un precio menor por el uso del terreno.

Al amparo de la superficie se pueden emprender grandes empresas. Como afirma el Informe de la Comisión de Legislación General al Proyecto de Código Civil argentino de 1.993, 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 Nacionales de Derecho Civil argentino, 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.²

Sin embargo, no debe creerse que el éxito de la superficie es automático. Diez- Picazo y Gullón recuerdan que en derecho español la superficie sigue sin vida entre los particulares. En el criterio de estos autores “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).”³

No bastará, entonces, con la sola recepción legislativa. Se necesitará –además del cambio sociológico del que hablan los maestros españoles- un legislador atento a solucionar de inmediato los problemas interpretativos que puedan darse en la práctica, y sobre todo que la nueva figura sea acompañada por una normativa impositiva y administrativa adecuada.

Consecuentemente con la expansión de este instituto en el siglo pasado, ya a comienzos de éste, Argentina, Brasil y Cataluña han puesto en vigencia flamantes normas sobre el mismo, que expresan el renovado interés sobre esta forma de derecho real.

Aquí nos proponemos estudiar algunos aspectos particulares de estos ordenamientos para señalar sus coincidencias y diferencias.

II. El sistema de derechos reales.

Una advertencia preliminar para el estudio de éste, o cualquier otro derecho real, es tener en cuenta la manera en que genéricamente están configurados los derechos reales en las legislaciones en estudio.

² CAPÓN FILAS, Mario, “El Derecho de Superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil”, en *La Ley* Tomo 1986 A pg. 878

³ DIEZ-PICAZO, y GULLÓN; op. cit. pg. 485.

Es importante examinar *ab initio* si las mismas siguen un sistema cerrado o abierto en esta materia.

A. Argentina.

En Argentina, el artículo 2.502 del Código Civil establece el principio respecto del cual "los derechos reales sólo pueden ser creados por ley".⁴

Se adoptó así el sistema de *número clausus* de derechos reales por oposición al de *numerus apertus*, siguiendo en esto a Demolombe y a Freytas, y en contra de lo sostenido por la mayoría de la doctrina francesa a la época de su sanción.

B. Brasil

Lo mismo ocurre en Brasil donde rige el mismo principio según el cual el derecho real no puede ser objeto de libre convención entre las partes,⁵ ni en cuanto a crear nuevos tipos, ni en su contenido, el que no puede ser variado.

El intérprete argentino o el brasileño están fuertemente constreñidos por esta regla por lo que no pueden recurrir sin más a normas análogas o a principios generales para colmar eventuales vacíos legislativos.

C. Cataluña.

En España la cuestión es diversa, pues rige el *numero apertus*,⁶ pudiendo las partes crear nuevos derechos reales y modificar, dentro de ciertos límites, la fisonomía de los establecidos por la ley.⁷

Ello forzosamente incide sobre la interpretación y evaluación que pueda hacerse de las normas respectivas.

El nuevo derecho civil catalán, en pleno desarrollo, otorga amplios márgenes a la autonomía de la voluntad en la configuración de los derechos reales, lo que hace sobrentender una aceptación del principio de *numerus apertus*.

⁴ Artículo 2.502 del Código Civil Argentino: Los derechos reales solo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer.

⁵ DINIZ, María Elena; *Curso de Direito Civil Brasileiro*, 4º volume, Direito das Cosas, pg. 14. 16ª edición revisada. Editora Saraiva, San Pablo, 2001.

⁶ ALBALADEJO, Manuel; *Derecho Civil*, tomo III, Derecho de Bienes, Volumen I, pg. 30, octava edición, José María Bosch Editor S.A., Barcelona, 1.994.

⁷ CASTÁN TOBEÑAS, José; *Derecho Civil Español, Común y foral*, tomo Segundo "Derecho de Cosas", volumen primero, pg. 79, Decimocuarta edición, Reus S.A., Madrid 1992.

III. Antecedentes históricos.

El origen histórico del derecho de superficie, conforme enseña Castán Tobeñas, se encuentra en Roma; ello por la protección dada por el Pretor. Más tarde, en la época post clásica, sus perfiles se encontraban ya totalmente establecidos, no confundiendo con el dominio.⁸

Su germen se encuentra en las concesiones *ad aedificandum* del suelo público romano conocidas ya en la época republicana. Luego esas concesiones comenzaron a ser practicadas por los privados.

Sin embargo, el concesionario no hacía suya la propiedad, por aplicación de la regla de la accesión, teniendo sólo un derecho de goce.

Más tarde, en el *ius praetorium*, el pretor concedió al superficiario un interdicto modelado sobre el interdicto posesorio *uti possidetis* y una acción de superficie.⁹

Pero, aunque al superficiario se le concedía una suerte de *rei vindicatio*, subsistía el principio conforme el cual la propiedad de lo edificado no podía estar en el dominio de otra persona diversa al dueño del suelo.¹⁰

En el Digesto se reporta el comentario de Ulpiano al Edicto, resultando que la posición del superficiario era sustancialmente equiparada al titular de un derecho real, teniendo éste, contra terceros, una acción *quasi in rem*.

Para Bianca es discutido si la superficie fue incluida en la categoría de las servidumbres y si en la época posclásica se reconoció al superficiario la propiedad de las construcciones, siendo la opinión más atendible que las fuentes justinianeas no admitieron excepción al principio de la accesión.¹¹

Su afirmación como derecho autónomo, diverso de la propiedad, encontró su fundamento, dice Messineo, en la posibilidad, delineada en el derecho medieval, de la

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, José; *Derecho Civil Español, Común y foral*, tomo Segundo "Derecho de Cosas", volumen segundo, pg. 360, Undécima edición, Reus S.A., Madrid 1.973

⁹ BIANCA, *Diritto Civile*, tomo 6, pg. 542, Giuffrè Editore, Milano, 1999.

¹⁰ RUGGIERO Roberto, *Instituciones*, Volumen I, pag. 737

¹¹ BIANCA, op. cit. pg. 542. Castán Tobeñas (op. cit. volumen segundo, pg. 360) se inclina por la atribución, ya en época post clásica, de derecho real.

división de la propiedad inmobiliaria, además de por planos verticales, también por planos horizontales, derogando el principio de la accesión inmobiliaria.¹²

En el derecho intermedio, tomó la estructura de un dominio dividido.¹³

El código Napoleón no la reconoció por ser considerada como una de las antiguas formas de sofocación de la propiedad inmobiliaria.¹⁴ Esta fue en general la política de los Códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, que eran en general contrarios a la propiedad dividida.¹⁵

El autor del Código Civil Argentino, Dalmacio Vélez Sarsfield, sintetiza en forma magistral las razones que expulsaron al derecho de superficie de las legislaciones del siglo XIX. En su medulosa nota al artículo 2503 dice textualmente:

“No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual sin embargo, podía por derecho propio, hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo de la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno.

En Roma, según las reglas del Derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella.

Mas después el Derecho pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de una concesión a perpetuidad, o por un largo tiempo.

El derecho de superficie desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. L. 1, § 6 hasta 9, Dig. Di adq. vel amitt. possess.

¹² MESSINEO, Francesco; *Manual de Derecho Civil y Comercial*, tomo III pg. 420, (traducción de Santiago Sentis Melendo). Editorial EJE, Buenos Aires, 1971.

¹³ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit. volumen segundo, pg. 361

¹⁴ BIANCA, op.cit., pg. 543.

¹⁵ CASTÁN TOBEÑAS op. cit. volumen segundo, pg. 361.

Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.”

La recepción del derecho real de superficie por el Código Civil Alemán, vigente desde el 1 de enero de 1.900, produjo una gran influencia que se extendió rápidamente a los Códigos del siglo XX. Merece, sin embargo, recordarse que con anterioridad al mismo, el Código Civil Japonés reguló específicamente el derecho de superficie en el capítulo IV del libro II, “De los derechos reales”, a continuación del condominio e inmediatamente antes de la enfiteusis.¹⁶

Actualmente admiten la superficie, entre otros países, Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba y los Códigos de Québec de 1991 y de Holanda de 1992.

¿Cómo se llega a las normas vigentes en los derechos que estamos particularmente examinando?

A. Argentina.

El Código Civil argentino, como ya dijimos, conforme a la política restrictiva sobre derechos reales que inspiró a su codificador, no sólo no incluyó a la superficie dentro del listado de éstos, lo que era suficiente para dejarla fuera del sistema jurídico atento el principio de *numerus clausus* que rige en el derecho argentino, sino que expresamente la prohibió en el artículo 2.614.¹⁷

Sin embargo, a partir de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1.985 la doctrina argentina se manifestó partidaria de incluir al derecho real de superficie en el ordenamiento argentino. Tal sentir fue repetidamente recogido en los proyectos de 1.987, 1.993 y luego en el de 1.998, el que a partir del 1 de noviembre de 2.001, cuenta con dictamen favorable de la Comisión de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación.

Por fin, el derecho real de superficie fue sancionado por ley 25.509, del 14 de noviembre de 2001 promulgada el 11 de diciembre de 2001. Constituye una particularidad del ordenamiento actual argentino el haberla regulado sólo como superficie forestal.

B. Brasil

¹⁶ CASTÁN TOBEÑAS, op. cit. volumen segundo, pg. 362

¹⁷ Artículo 2.614 del Código Civil Argentino (texto anterior a la ley 25.509): Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna.

En la época colonial del Brasil el derecho de superficie fue contemplado en su legislación.

Luego de proclamada su independencia, la legislación portuguesa quedó vigente y con ella el derecho de superficie. Pero fue dejado de lado con la ley 1.257 del 29 de septiembre de 1.864 que no incluyó a la superficie entre los derechos reales permitidos.

Clóvis Bevilacqua, en su proyecto de Código Civil de 1900, que luego se transformaría en el Código de 1916, no reguló el derecho real superficie. Si bien la Comisión revisora del proyecto intentó incluirlo entre los derechos reales sobre cosa ajena, finalmente el Código fue promulgado sin el mismo, por ley 3.071.

El 10 de julio de 2001, Brasil sancionó la ley federal n° 10.257, denominada "Estatuto da Cidade", en miras de establecer las directrices generales para el establecimiento de una ciudad moderna. Entre los instrumentos que contempla para ello se encuentra el derecho real de superficie.

Finalmente el nuevo Código civil de Brasil, sancionado por ley n° 10.406 de fecha 10 de enero de 2002, entró en vigencia el 11 de enero de 2003.

El mismo regula el derecho real de superficie en los artículos 1.369 a 1.377 y de él nos ocuparemos.

C. Cataluña.

El Código Civil Español no se ocupó expresamente de esta figura, que sólo mencionó en el artículo 1.611 tercer párrafo al aludir a leyes especiales para la redención de foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes. Esta norma y el artículo 1.655 que alude a la aplicación del censo enfiteútico para otros gravámenes de naturaleza análoga eran el único sustento del derecho de superficie.

Sin embargo la ley hipotecaria de 1861, en el artículo 107.5, lo incluyó como derecho real susceptible de ser hipotecado y el Reglamento de la misma, en el artículo 16, estableció las condiciones para su inscripción registral.¹⁸

Esto ha sido suficiente para darle sustento. Como ha dicho recientemente el Supremo español "aun cuando el CC carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de numerus apertus en materia de creación de derechos reales, han

¹⁸ MEZQUITA del CACHO, José Luis; "El derecho de vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana", en *Revista Critica de Derecho Inmobiliario*, n° 672, julio-agosto, 2002 pg. 1449.

venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.”¹⁹

Sin embargo, la escasa regulación la tornó, según Diez-Picazo y Gullón, en una figura muerta en el derecho civil español.²⁰

La ley del suelo del 16 de mayo de 1956 se ocupó y reguló el derecho de superficie desde la óptica urbanística. Con sus sucesivas reformas siguió ocupándose de este derecho hasta el presente. Mas este derecho siguió sin vitalidad entre los particulares.²¹

Llegamos así a la legislación catalana. Luego de ocuparse de ella en su legislación urbanística, Cataluña, por ley 22/2001 del 31 de diciembre de 2001, de regulación de los Derechos de Superficie, de Servidumbres y de Adquisición voluntaria o Preferente, da plena acogida a este derecho.

Como se dice en el Preámbulo de la ley la misma “cumple la previsión de una regulación civil del derecho de superficie, ya que, hasta el momento, la única regulación de este derecho es la dada, para el ámbito de la actuación urbanística, por el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprobó la refundición de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística.”

IV. El derecho real de superficie y las plantaciones.

El Código Alemán, que tanta influencia tuvo sobre las legislaciones del siglo pasado, sólo se refirió a la superficie en su variante edificada, atento a que contempla la posibilidad de tener una edificación sobre suelo ajeno y no una plantación.²²

El Código Civil Italiano de 1942 en su artículo 956 prohíbe la superficie referida a plantaciones, al expresar “no puede ser constituida o transferida la propiedad de las plantaciones separadamente de la superficie del suelo”. Este límite esencial, al decir de Barbero,²³ que innova respecto a lo comúnmente admitido respecto del Código italiano de 1.865, se explicaba en que de ello se seguiría un obstáculo al progreso agrícola.²⁴ Al respecto dice Bianca que “a diferencia de las construcciones, que utilizan el suelo exclusivamente

¹⁹ TRIBUNAL SUPREMO, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 26 noviembre 2002, en *Actualidad Civil*, N° 17 semana del 21 al 27 de abril de 2003. Editorial La Ley.

²⁰ DIEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit. pg. 485

²¹ *ibidem*

²² WOLF, Martin; Derecho de Cosas, en *Tratado de Derecho Civil* por ENNECCERUS, Ludwing; KIPP, Theodor, y WOLF, Martin, Tomo III-2°, pg. 2, (traducido por Pérez González, Blas y Alguer, José actualizada por Valentí Fiol, Eduardo) Bosch, Casa Editorial, Barcelona 1971.

²³ BARBERO, Domenico; *Sistema de Derecho Privado*, Tomo II, pg. 305, traducción de Sentis Melendo, de la 6° edición, Santiago. E.J.E.A., Buenos Aires 1967.

²⁴ MESSINEO, op. cit., pg. 431

como lugar donde asentarse, la plantas tienen necesidad del suelo para crecer y fructificar. A tal fin el suelo debe ser trabajado apropiadamente (arado, irrigado, etc.) pero el propietario de las solas plantas no tiene el poder de efectuar intervenciones sobre un suelo que pertenece a otros.²⁵

Como se ven las objeciones no parecen decisivas, en tanto y en cuanto el derecho de superficie conlleva la posibilidad de actuar sobre el suelo ajeno a fin de la debida implantación, cuidado y utilización de la propiedad superficiaria.

El Código Portugués en su artículo 1.524 admite la superficie para hacer o mantener plantaciones.

El Código patrimonial Neerlandés en su Libro cinco, artículo 101, apartado 1, también se refiere a tener o adquirir plantaciones.

En igual sentido el Código Civil de Québec permite la constitución sobre plantaciones (argumento artículos 1.115, 1.116)

La inclusión de las plantaciones, cada vez más frecuente, puede considerarse, en consecuencia, una tendencia firmemente arraigada en el derecho moderno.²⁶

Veamos las legislaciones particulares bajo análisis:

A. Argentina.

Los importantes proyectos de reforma del Código Civil de 1987, artículo 2614, y 1993, artículos 3163 a 3158) se refirieron solo a la variante edificable del derecho de superficie.

El proyecto de 1998, en cambio, se refirió a construcción o forestación (artículo 2018) y en la nueva redacción dada por la Comisión de legislación general ahora -bajo en número de artículo 1982- dice que “la superficie es el derecho real de construir o forestar o realizar plantaciones”.

La ley 25.509 se refiere a este derecho real sólo como de “superficie forestal” constituido “sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura” (artículo 1°).²⁷

²⁵ BIANCA, op. cit. Tomo 6, pg. 560/561

²⁷ Artículo 1° ley 25.509: Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley.

Resulta a todas luces criticable que la ley 25.509 se refiera sólo al derecho real de superficie forestal. Con ello se dejan de lado las mejores enseñanzas de la doctrina local, y de los intentos legislativos, que venían propiciando fundamentalmente el derecho de superficie edificada.

Lo correcto hubiera sido regular a ambas variantes con amplitud y en lo posible en forma conjunta.²⁸

Otra lamentable limitación se encuentra en que, de la manera en que está redactado el artículo 1 de la ley 25.509, parece deducirse que el derecho de superficie sólo puede establecerse en el marco del régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados. Es decir la ley 25.080 del mes de enero de 1.999. Así autores como Mariani de Vidal opinan que sólo puede constituirse el derecho de superficie forestal en el marco de esta ley de fomento y promoción de inversiones en forestación.²⁹

Este cercenamiento de posibilidades no tiene ninguna justificación, máxime cuando la ley de 25.509 es complementaria del Código Civil (artículo 14) y por su artículo 13 modifica el artículo 2.503 del Código, agregando al rol de derechos reales como inciso 8º "La Superficie Forestal".

Dado que la ley 25.509 también modifica el artículo 2.614 ya citado³⁰, eliminando la alusión a la prohibición de la superficie, cabe preguntarse si es posible vía interpretativa admitir todo derecho de superficie, incluso el urbano, sobre todo ante lo previsto en el artículo 2.519.³¹ La doctrina había entendido que la presunción de propiedad establecida en ese artículo, en el sentido que el dueño del suelo es también propietario de lo plantado o construido, es *iure et de iure*, dado que si no estaríamos ante un derecho de superficie prohibido por el mencionado artículo 2.614³². Pero algún autor insinuó que, sin la señalada prohibición, podría haber quedado un resquicio que llevaría como ocurrió en Italia y Francia a soluciones más progresistas.³³ Ahora esa grieta se encuentra abierta, pero igualmente debemos manifestarnos contrarios a la posibilidad de acoger la superficie en nuestro derecho vía interpretativa y al margen de la ley 25.509. Y es que el principio de tipicidad emanado del

²⁸ Así lo sostuvimos en nuestro trabajo publicado en conjunto con Miguel A. LUVERA, "Derecho Real de Superficie Forestal" en *La Ley Litoral*, Tomo 2002 pg. 686. En el mismo sentido se expide MARIANI de VIDAL. Marina; Derecho Real de Superficie Forestal, Ley 25.509, en diario La Ley del 13 de noviembre de 2002 pg. 3.

²⁹ MARIANI de VIDAL, op. cit. pg. 3.

³⁰ *Supra* nota 18.

³¹ Artículo 2.519 del Código Civil Argentino: Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera sea el monto de los trabajos.

³² LLAMBÍAS Jorge J. y ALTERINI Jorge H.; *Código Civil Anotado*, T IV- A pg. 18. Editorial Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1981.

³³ CAPÓN FILAS; op. cit. pg 876

numerus clausus impide recurrir a la analogía para llenar la falta de regulación del pretendido derecho.³⁴

B. Brasil

El nuevo Código brasileño acierta cuando siguiendo el antecedente portugués, y de las legislaciones más modernas, se refiere tanto a la variante edificada como a las plantaciones.

De todas formas ante la polémica existente en ese derecho en el sentido de si las plantaciones se refieren a cualquier cubierta vegetal o solamente a los árboles, quizás debió aclararse el punto.³⁵

En tal sentido el Proyecto argentino de 1.998 al referirse a plantaciones, forestaciones y construcciones, no deja duda sobre la diversidad de cosas que pueden ser objeto de propiedad separada.

C. Cataluña

La legislación catalana, artículo 1º, también se refiere en forma amplia a construcciones y plantaciones. Se pretende según su preámbulo darle la máxima extensión dejando de “ser sólo un medio de fomento de la construcción para convertirse en un factor importante en la formación del mercado inmobiliario y en la multiplicación de los aprovechamientos agrarios y forestales”.

Asimismo se alegan en el mencionado preámbulo razones prácticas, como la de brindar solución a figuras controvertidas como la “rabassa morta”³⁶ y otras instituciones análogas.

Acertadamente se sigue entonces, de las posturas existentes en el derecho ibérico, aquella que entiende que la superficie referente a plantaciones sobre terrenos rústicos es verdadero derecho de superficie.³⁷

³⁴ En igual sentido MARIANI DE VIDAL, op. cit. pg. 3.

³⁵ Ver al respecto BAPTISTA, Bruno de Albuquerque; *Direito real de superficie*, en <http://www1.jus.com.br/doutrina/texto.asp?id=2360>

³⁶ Según Peña Bernaldo de Quirós la rabassa morta “es un derecho de superficie de tipo censal, de carácter temporal y para finalidad determinada: se constituye un contrato en cuya virtud el dueño del suelo cede su uso para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole al cesionario una renta o pensión anual en frutos o en dinero”, PEÑA BERNALDO de QUIROS, Manuel; *Derechos Reales*, Tomo I pg. 716., Centro de Estudios Registrales, Madrid 1999.

³⁷ Ver al respecto: NAVARRO VIÑUALES, José María; “*El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos Catalana*”, pg. 85, Cuadernos Notariales – 16, Fundación Matritense del Notariado.

V. El derecho real de superficie. Sus dos planos.

Modernamente se ha definido a la superficie como el derecho de hacer y mantener una construcción sobre el suelo o el subsuelo de otros.³⁸

Esta noción de superficie es similar a la que en substancia suministra el Código Portugués según el cual la superficie, conforme el artículo 1.524, consiste en la facultad de construir o mantener una obra en terreno ajeno, o de hacer y mantener plantaciones.

La superficie –siguiendo a Messineo- no refiere al estrato (necesariamente sutilísimo y en rigor sin espesor) de la corteza terrestre, esto es, el suelo o la *facies* de la tierra que está en contacto con el inicio del espacio atmosférico, sino a lo que estando incorporado al suelo (construcción o en su caso plantación o forestación) emerge del suelo; es el sobresuelo (*superficiem*).³⁹

El Código Italiano de 1.942, (artículo 952), regula magníficamente el derecho real de superficie en dos planos por un lado el derecho real de construir y por el otro la propiedad superficiaria.

El derecho de construir, o en su caso plantar o forestar, no es sólo eso sino que también conlleva la potencia de hacer propia la obra emprendida que es lo que interesa al titular del derecho. Es la concesión *ad aedificandum*. Ésta, explica Messineo, no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria⁴⁰ y de hecho, al terminar la construcción, aquella potestad se trocará en este derecho, manteniendo latente la facultad de reconstruir.

La segunda vertiente contempla la posibilidad de adquirir la construcción (o plantación o forestación en el caso de los derechos que particularmente estamos examinando) independiente del inmueble de emplazamiento.

En suma, bajo la denominación genérica de derecho real de superficie se engloban el *ius aedificandi* y la propiedad superficiaria.

¿Cómo se recogen estos conceptos las normas de las que nos venimos ocupando?:

A. Argentina.

El artículo 2º de la ley 25.509 expresa "El derecho real de superficie forestal es un derecho real... que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o

³⁸ BIANCA, op. cit. pg. 541

³⁹ MESSINEO, op. cit. pg. 420

⁴⁰ MESSINEO, op. cit. pg. 422

adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía".

En este sentido la nueva ley, siguiendo las aguas del Código Italiano de 1942 – a través de los últimos proyectos de reforma del Código Civil-, regula el derecho real de superficie en la doble variante ya vista.

La ley 25.509, no sólo contempla el derecho de forestar, sino que también prevé expresamente el hacer propio lo plantado, que es lo que le interesa en verdad al titular del derecho.

Al respecto Luis Andorno afirma "el derecho real de construir o forestar es un derecho real que experimenta una curiosa metamorfosis, pues nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre la cosa propia cuando se efectúa la construcción o forestación, dando origen a la propiedad superficiaria."⁴¹

La norma en su párrafo final concede la posibilidad de adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes. Con lo que se sigue el criterio del ya citado Código Italiano y mantiene como podemos apreciar, las dos variantes previstas en el proyecto de 1998. El derecho real de forestar (derecho real sobre cosa ajena) y la propiedad superficiaria (derecho real sobre cosa propia)⁴².

B. Brasil.

El artículo 1369 del Código Brasileño dispone que "el propietario puede conceder a otro el derecho de construir o plantar en su terreno".

La posibilidad de adquirir una construcción o plantación ya existente no aparece expresamente prevista.

Es de lamentar que el derecho de superficie no se haya perfilado mejor en este aspecto, dado que ante la vigencia del principio de *numerus clausus* en el derecho brasileño podría concluirse en la imposibilidad de adquirir plantaciones o construcciones ya efectuadas.

⁴¹ ANDORNO, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en *Jurisprudencia Argentina* 2000 - II pg. 890.

⁴² Para nosotros, si bien el derecho sobre lo construido o lo forestado es un derecho real sobre cosa propia, un dominio temporal, la esencia del derecho de superficie, propiamente dicho, es posibilitar que la propiedad de lo construido se mantenga separada del dominio del suelo. En consecuencia, es el derecho real que permite que la obra sobre un inmueble no sea atraída por el derecho de propiedad sobre éste. Es *un ius in re aliena*. Al respecto remitimos a nuestro trabajo "El derecho real de superficie. Su regulación en el proyecto de Código Civil unificado de 1.998, con las modificaciones del 1 de noviembre de 2001", en *Zeus*, del 9 de abril de 2003, pg. 2 y siguientes.

C. Cataluña.

La ley catalana en el artículo 2 establece en forma nítida las dos clases del derecho de superficie al disponer que “El derecho de superficie puede recaer sobre unas construcciones o plantaciones anteriores o posteriores a la constitución del derecho. En el segundo caso, el derecho atribuye la legitimación para su realización a quien sea su titular.”

De la Iglesia Monje critica el segundo párrafo de la norma citada, dado que afirma es obvio que en el caso en el que el contenido del derecho de superficie sea el *ius aedificandi*, el superficiario será el sujeto legitimado para proceder a la construcción o a la plantación de la propiedad superficiaria separada.⁴³

A nosotros nos parece sin embargo una aclaración atinada que da claridad a la disposición sin afearla.

VI. Constitución del derecho. Registro.

La forma de constitución del derecho de superficie en cada una de las legislaciones está obviamente influida por el sistema de derechos reales que se trate.

A. Argentina.

Como es sabido, rige en derecho argentino el sistema del título y el modo respecto a la adquisición de derechos reales, por actos entre vivos,⁴⁴ siendo la tradición el modo en cuestión. Conforme al artículo 577 del Código Civil, antes de la tradición no se adquiere sobre la cosa ningún derecho real.

Concordantemente, el artículo 5 de la ley 25.509 establece "El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión."

Como podemos apreciar, la ley ha establecido un modo expreso de constitución de ese derecho real, al precisar que se "adquiere por contrato", es decir, de común acuerdo entre las partes, bien existiendo una contraprestación, bien a título gratuito, aplicándosele en consecuencia las normas pertinentes previstas en la ley de fondo.

En lo que respecta a la instrumentación de este tipo de derecho real, la ley exige una determinada forma, "la escritura pública", que constituye en puridad de verdad el instrumento público por excelencia.

Cabe aclarar que dicha exigencia es superflua, por cuanto el derecho real de superficie forestal se ejercerá sobre un bien inmueble, y en relación a este tipo de cosas el artículo 1184 inc. 1 del Código Civil prevé expresamente que "Deben ser hechos en escritura pública, con

⁴³ IGLESIA MONJE; Isabel de la; “El nuevo derecho de superficie del futuro e inminente Código Patrimonial Catalán”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 672, julio-agosto, 2002 pg. 1411.

⁴⁴ GATTI, Edmundo; *Teoría General de los Derechos Reales*, pg. 326, Abeledo Perrot, Buenos Aires.

excepción de los que fuesen celebrados en subasta pública: 1º 1. Los contratos que tuvieren por objeto la transmisión de bienes inmuebles, en propiedad o usufructo, o alguna obligación o gravamen sobre los mismos, o traspaso de derechos reales sobre inmuebles de otro...". Por tanto, aunque nada dijera la ley, igualmente hubiera sido necesaria la escritura pública.

El citado artículo 5 refiere en su última parte que deberá efectuarse la "tradicción de posesión". Tampoco era necesario decirlo, dado que esta imperatividad es para todos los derechos reales, que se ejercen por la posesión (artículo 577 ya citado).

El segundo párrafo del artículo 5 expresa "Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente".

Es decir, el contrato a través del cual se le da nacimiento a este tipo de derecho real en lo que respecta a la relación entre los contratantes, tendrá efectos a partir de su celebración, y con relación a terceros, a los fines de gozar de los atributos que la ley de fondo concede a los titulares de derechos reales sobre inmuebles, le será aplicable la normativa registral vigente. El registro hace sólo a la oponibilidad del derecho.

A ese respecto será de aplicación lo previsto en el artículo 2 de la ley 17.801 que expresa "De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 2505, 3135 y concordantes del Código Civil", para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes actos: a) Los que constituyan, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles", y el inciso c) al decir "Los establecidos por otras leyes nacionales...". La ley 25.509 que estamos comentando, como podemos apreciar, se encuentra contemplada en el mencionado inciso c).

Otra de las normas que deberá ser considerada especialmente aplicable al derecho en tratamiento es la prevista en el artículo 3 de la ley 17.801, que prescribe "Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos: a) Estar constituidos por escritura notarial... b) Tener la formalidades establecidas por la leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo. c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismos o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable".

La mención de la necesidad de inscripción en el registro de la propiedad a los fines de su oponibilidad a terceros es también superflua atento a que surge claramente de las normas generales citadas.

Tiene interés, en cambio, el apunte de técnica registral de la última parte del citado artículo 5 de la ley 25.509 que indica la técnica que el registrador deberá seguir, al decir "abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente". Dicha directiva resulta sumamente apropiada en función de este nuevo derecho real y de las consecuencias jurídicas que es posible que se sucedan luego de su registración; de forma tal que todos los registros del país deberán -más allá de sus reglamentaciones locales- adecuarse

a la misma, creando una nueva matrícula que contemplará únicamente el derecho real de superficie forestal, con mención expresa de la inscripción dominial antecedente.

B. Brasil

El artículo 1.369 establece la necesidad de escritura pública debidamente registrada en el Registro de inmuebles.

Creemos que puede predicarse de esta norma los mismos defectos que los referidos a la mención de la necesidad de registración dado, que ya el artículo 1227 con carácter general establece que los derechos reales sobre inmuebles, constituidos o transmitidos por actos entre vivos, se adquieren con el registro en la oficina del registro de inmuebles de los referidos títulos.

C. Cataluña

El artículo 3, primer párrafo de la ley catalana, establece que “Todo derecho de superficie debe formalizarse por escrito. El derecho que atribuye la legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras debe realizarse en escritura pública.”

Mezquita del Cacho critica que el artículo sólo exija escritura pública en los casos en que el derecho atribuye la legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras dado que, en los otros supuestos, el adquirente quedará desprotegido ante un posible fraude atento a que a diferencia de lo que sucede en la escritura pública, en el documento privado no gozará de asistencia y asesoramiento imparcial.⁴⁵

En cuanto a la registración, como expresa el Preámbulo de la ley, el tema se resuelve por la técnica de la inoponibilidad.

Se deja de lado pues la inscripción registral constitutiva prevista en el artículo 16 del reglamento hipotecario,⁴⁶ siendo esta sólo declarativa. Ello, se ha dicho, implica haber perdido la oportunidad de solucionar la cuestión acerca de la inscripción constitutiva del derecho de superficie.⁴⁷

⁴⁵ MEZQUITA del CACHO, José Luis; “Els drets de superfície: sobreelevació i subedificació davant el Codi patrimonial de Catalunya en elaboració”, ponencia en el I. Congrés de Pret Civil Català: El Dret patrimonial en el futur Codi Civil de Catalunya, publicado en *La Notaria* 9-10 pg. 172.

⁴⁶ MEZQUITA del CACHO, “El derecho de vuelo o subsuelo urbano...”, pg. 1453

⁴⁷ IGLESIA MONJE, “El nuevo derecho de superficie...” pg. 1443. Sobre el tema puede también verse NAVARRO VIÑUALES, op. cit. pg. 59; IGLESIA MONJE, Isabel de la; “A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia del 31 de enero de 2001 de la Sala Contencioso – Administrativa del Tribunal Supremo”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 667 septiembre-octubre 2001, pg. 1836 y siguientes. Recientemente el Tribunal Supremo ha dicho que cuando la operación por la que se constituye un derecho de superficie no rebasa “la esfera de los intereses particulares... no se halla sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que, para que el derecho de superficie alcance

VII. El plazo de duración.

La duración a perpetuidad es ampliamente conocida en el derecho real de superficie.

Así el Código Portugués, en su artículo 1.524, establece que el mismo puede ser perpetuo o temporal, al igual que el artículo 953 del Código Civil italiano.

Otros, como el Código Suizo (Artículo 779 I), le señalan un máximo de cien años.

A favor de la perpetuidad del derecho de superficie se ha señalado que en algunos supuestos la perennidad, sin afectar la función del dominio ni obstar a su racional ejercicio, puede resultar conveniente, como en el caso de una construcción subterránea que no obste al aprovechamiento del suelo.⁴⁸

Parece preferible, por razones económicas, la solución normativa que le fija un plazo de duración impidiendo un desmembramiento permanente del derecho de dominio, aunque en esto, como en tantas otras normas referentes a los derechos reales, deben tenerse en cuenta las peculiaridades locales.

¿Qué ocurre en las legislaciones que estamos estudiando?

A. Argentina

Aquí la ley de superficie forestal ha receptado las recomendaciones de las Décimas Jornadas Nacionales de Derecho Civil, y siguiendo lo previsto en los proyectos de 1.987, 1993 y 1998 estableció un lapso máximo de cincuenta años (artículo 6°), previendo que en caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de la ley (artículo citado).

No aceptó establecer un término mínimo, que las Décimas Jornadas Nacionales de derecho civil fijaban en quince años.

Creemos que la opción por un derecho real de superficie limitado a plazo es la adecuada. Ello es acorde con la tradición jurídica argentina que no desea un dominio gravado con cargas perpetuas.

¿Puede renovarse el plazo?

La ley 25.509 no contempla la posibilidad de renovación. Si lo hacía el artículo 2018 del Proyecto de 1998 al decir: "Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración".

existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del suelo, pues ésta no es aplicable al supuesto... ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma" TRIBUNAL SUPREMO - Sala Primera, de lo Civil, sentencia del 26 noviembre 2002, en *Actualidad Civil*, op. cit.

⁴⁸ CAPÓN FILAS, op. cit. pg. 881.

Sin embargo, no vemos obstáculo a que las partes acuerden su renovación; bien entendida que nunca el derecho real podrá tener un horizonte mayor de cincuenta años desde el acuerdo en tal sentido.⁴⁹

Para Mariani de Vidal la renovación puede efectuarse siempre que en total no se excedan los cincuenta años contado desde la constitución originaria, dado que de lo contrario “la posibilidad de renovación puede llegar a convertirse en una cláusula de estilo en el contrato originario con lo que el derecho pasaría a extenderse por el término de cien años o aun llegaría a ser perpetuo...empero si vencido el plazo máximo convenido y recuperado el dominio su carácter pleno, el propietario quisiera constituir un nuevo derecho de superficie, inclusive a favor del mismo superficiario, no parece que exista inconveniente para que así proceda.”⁵⁰

A nosotros nos parece que las partes pueden pactar la renovación del derecho de superficie, aun excediendo el total de los cincuenta años, y aún antes del vencimiento del plazo, pero siempre cuidando que a partir de la renovación no haya por delante un plazo mayor a cincuenta años. Nos parece que con ello queda suficientemente abastecido el propósito de la ley de evitar una derogación del principio de accesión por mayores términos, y siempre teniendo en cuenta que la prórroga no puede perjudicar a terceros que tengan inscriptos derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie.

B. Brasil

El artículo 1.369 del Código de Brasil establece que la superficie se constituye “por tiempo determinado”. Andorno manifiesta que llama la atención que se propicie la temporalidad del derecho de superficie, pero sin fijar plazo.⁵¹

Eso ha hecho decir a los doctrinarios brasileños que se han ocupado del tema que, vía la fijación de un plazo enorme, el derecho de superficie puede tornarse, en la práctica, *ad eternum*.⁵²

C. Cataluña

La ley catalana en su artículo 2, apartado 2, establece un máximo de noventa y nueve años.

Se trata de una disposición imperativa que las partes no pueden dejar de lado.

⁴⁹ Ya hemos vertido esa opinión en COSSARI, Nelson y LUVERÁ, Miguel Ángel; “Derecho Real...”, op. cit. pg. 690.

⁵⁰ MARIANI de Vidal, Marina; op. cit. pg. 4.

⁵¹ ANDORNO, Luis O.; “Derechos Reales en el nuevo Código de Brasil, con particular referencia al derecho de superficie”, en *Zeus*, 15 de abril de 2002, pg. 3.

⁵² BAPTISTA, op. cit.

Tal plazo, enseña Isabel de la Iglesia Monje, era el que la propia legislación urbanística ya recogía, siendo un término máximo que, conforme la mencionada autora, “persigue el dotar de estabilidad a la relación que se crea no sólo entre las partes sino también en relación con los terceros” habiendo el legislador querido “conceder facilidades para que el suelo privado se ponga a disposición de los promotores con la finalidad de promover tanto la industria como el fomento de las viviendas de alquiler.”⁵³

VIII. Constitución de gravámenes reales.

La posibilidad de constituir gravámenes reales, en particular la hipoteca, sobre el derecho de superficie ostenta la máxima importancia, si se desea dotar a este derecho de la financiación correspondiente para realizar grandes emprendimientos.

A. Argentina.

El artículo 2° de la ley 25.509 expresa "El derecho real de superficie forestal es un derecho real... que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía".

La norma concluye permitiendo que pueda gravarse con derecho real de garantía.

Recordemos que el Proyecto de Código Civil de 1987 prohibió que el derecho de edificar pudiera ser objeto de gravámenes reales, (artículo 2614) –si podía serlo la propiedad separada- lo que, según sus notas explicativas, es coherente con el rechazo por el Código Civil Argentino de que existan derechos reales que recaigan sobre otros derechos reales.

El Proyecto de 1.993, en cambio, en su artículo 3155 último párrafo, admitió la posibilidad de hipotecar el derecho a edificar. En el Informe de la comisión de legislación general se explica que ello es para facilitar la financiación durante la construcción.

El Proyecto de 1.998 estableció expresamente entre las facultades jurídicas del titular del derecho a edificar la de hipotecar este derecho (artículo 2.026 en la numeración original de Proyecto). La potestad para hipotecar se repite en el artículo 2.105 (en la numeración original), al establecerse quienes se encuentran legitimados para constituir hipoteca.

El proyecto de 1.998 quiso, seguramente, establecer expresamente la facultad de hipotecar en referencia al *ius aedificandi*, a fin de evitar que pudiera entenderse que sólo se podría hipotecar la propiedad separada.

En la redacción del artículo 2 de la ley de superficie forestal no está suficientemente claro si la hipoteca está habilitada sobre el derecho a forestar, como lo hace el proyecto de

⁵³ IGLESIA MONJE, “El nuevo derecho de superficie...”, n° 672, julio-agosto, 2002 pg. 1415.

1.998, dado que pareciera que son sólo las plantaciones ya existentes las que se pueden gravar con derechos reales de garantía.⁵⁴ Andorno comparte nuestra preocupación.⁵⁵

Mariani de Vidal entiende, fundamentalmente por razones económicas, que la interpretación más razonable lleva a incluir a ambos planos del derecho de superficie como posible objeto de derecho real de hipoteca.⁵⁶

En nuestro entender debe interpretarse la ley en el sentido de permitir el derecho de hipoteca tanto sobre la propiedad separada como sobre el derecho a forestar, pero debe ser reformada para dar claridad al concepto. Ningún inversor va a otorgar un crédito exponiéndose a planteos de nulidad. El *numerus clausus* del derecho argentino exige sumo cuidado a la hora de redactar las normas.

¿Este derecho de garantía al que se refiere la ley es la hipoteca?

Para Slemenson tal derecho no es la hipoteca pues ésta se constituye sobre el dominio.⁵⁷ En el mismo sentido se expide Goldemberg, para quien la derogación del principio de accesión, que implica la superficie, impide considerar a las plantaciones como inmuebles.⁵⁸

Nosotros no dudamos que, por sentido común, se trata de la hipoteca dado que no sólo es el régimen indicado para el objeto en cuestión sino porque el derecho de superficie, si bien impide la atracción de las plantaciones al dominio del dueño del suelo, no puede convertir en mueble lo que técnicamente corresponde al concepto de inmueble. Incluso en el caso de las plantaciones, conforme a la doctrina argentina prácticamente unánime, se considera que al declarar el artículo 2.314 del Código Civil, inmueble por naturaleza a “todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica” comprende también a todos los vegetales.⁵⁹ Incluso aún refiriéndonos a construcciones, que el artículo 2.315 del Código Civil declara inmuebles por accesión, esa declaración no tiene nada que ver con la propiedad que se atribuye al propietario del suelo de lo que está natural o artificialmente unido y que consagra la máxima “*superficies solo cedit*”. Si advertimos que el artículo 2.318 declara cosas muebles las que puedan transportarse de un lugar a otro, sea moviéndose por sí mismas, sea que sólo se muevan por una fuerza externa, es obvio que una forestación o un edificio no pueden considerarse cosas muebles.

⁵⁴ COSSARI y LUVERÁ, op. cit. pg. 687, en el mismo sentido CURA GRASSI, Domingo; “Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal, en *La Ley*, 6 de febrero de 2003, pg. 3.

⁵⁵ ANDORNO, Luis O; “El derecho real de superficie forestal”. En el ordenamiento jurídico positivo argentino, en *Doctrina Judicial*, Tomo 2002-2, pg. 149.

⁵⁶ MARIANI de VIDAL; op. cit. pg. 6

⁵⁷ SLEMSON, Héctor B. “Un nuevo Derecho Real: El Derecho real de superficie forestal”, en *La Ley*, 18 de septiembre de 2002, pg. 3.

⁵⁸ GOLDEMBERG, Alicia E., “El derecho real de superficie sobre las plantaciones en los bosques cultivados”, en *Información Empresaria*, n° 273 pg. 54.

⁵⁹ LLAMBÍAS y ALTERINI; op. cit. pg. 18.

Pese al singular usado por la ley (“derecho real de garantía”), como ya hemos opinado en referencia al proyecto de 1998, es posible el derecho real de anticresis sobre la propiedad separada.⁶⁰ En igual sentido se pronuncia Mariani de Vidal.⁶¹

Una singularidad del derecho argentino en la materia se encuentra en el artículo 4 de la ley 25.509 cuando establece que: "El propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato..."

En el Proyecto de 1998 el *dominus* del inmueble sobre el que se asienta el derecho de superficie, sigue siendo propietario del mismo, pero limitado por la constitución del derecho de superficie; conservando la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho (artículo 2020 del Proyecto -1984 de la Comisión-). En el Proyecto el propietario puede constituir sobre el predio derechos reales o personales en la medida que sean compatibles con el derecho del superficiario.

En cambio la normativa emergente de la ley 25.509 resulta aún más estricta que la plasmada en el citado proyecto al prohibir al titular del inmueble, afectado al derecho real de superficie forestal, constituir otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato.

La prohibición de la constitución de otros derechos reales de disfrute puede resultar entendible en tanto y en cuanto la intención del legislador haya sido despejar conflictos acerca de si éstos obstaculizan o no el derecho del titular del derecho de superficie forestal y asimismo intente por esta vía otorgarle un derecho sumamente fuerte al superficiario.

En cuanto a la prohibición de la constitución de los derechos reales de garantía, creemos que cabe hacer una distinción. Por supuesto es concebible la prohibición de anticresis, dado que no se ve como el acreedor podría obtener los frutos del predio. Pero nos parece inadecuado impedir que el propietario del suelo pueda hipotecarlo, dado que ello no perjudicaría los derechos del superficiario. Ello le implica quitar toda posibilidad de recurrir al crédito. Por lo demás es incongruente que no pueda hipotecar y sí pueda vender.⁶² En igual sentido se expide Andorno,⁶³ y Mariani de Vidal estimando esta última autora que esta prohibición seguramente redundará en que el propietario del suelo, que ve vedado su acceso al crédito mediante hipoteca, exija un mayor canon a la hora de la constitución del derecho de superficie.⁶⁴

Por su parte Slemenson efectúa análogas críticas proponiendo, para salvar la dificultad, que la locución “él” se interprete referida a la superficie forestal y no al inmueble, implicando así la obviedad que sobre el derecho real de superficie el propietario, que por

⁶⁰ COSSARI, Nelson; “Derecho real de superficie forestal: Necesidad de reformas” en *El Derecho*, Tomo 204, pg. 887.

⁶¹ MARIANI de Vidal, op. cit. pg. 6.

⁶² COSSARI y LUVERA, op. cit. pg. 688.

⁶³ ANDORNO, El derecho Real de superficie forestal... op. cit. pg. 150,

⁶⁴ MARIANI de VIDAL, op. cit. pg. 6.

hipótesis no es titular del mismo, no puede constituir derechos de disfrute o de garantía.⁶⁵ Ello es forzar demasiado la interpretación del artículo.

B. Brasil

Conforme el artículo 1.473 del Código de Brasil pueden ser objeto de hipoteca, los inmuebles y los accesorios de los inmuebles conjuntamente con ellos, el dominio directo y el dominio útil.⁶⁶ Por su parte el artículo 80 considera que son inmuebles para las consecuencias legales los derechos reales sobre inmuebles y las acciones que los aseguran.

Puede pues el superficiario constituir derechos reales de garantía como la hipoteca y la anticresis.⁶⁷

C. Cataluña.

El objeto sobre el que puede recaer la hipoteca, en derecho ibérico, siempre ha sido amplio. Puede recaer sobre el dominio, sobre una cuota del mismo o sobre un derecho limitado enajenable.⁶⁸ Así el artículo 107 de la ley hipotecaria en su apartado 5, alude al derecho de superficie, el que estará sujeto a los límites inherentes al derecho del superficiario.⁶⁹

La nueva ley catalana no se extiende al respeto, pero conforme expresa Mezquita del Cacho, el artículo 3.3. de la misma “confirma la susceptibilidad legal del derecho de superficie de quedar afectado por otros derechos limitativos o de garantía.”⁷⁰

Será posible pues gravar con hipoteca cualquiera de los dos aspectos del derecho de superficie, es decir tanto el derecho de construir, como la construcción objeto de la propiedad separada.⁷¹

IX. Derecho de preferencia en la adquisición del inmueble.

En los derechos reales de uso y goce sobre cosa ajena que pueden constituirse por largos periodos de tiempo suele ser deseable establecer mecanismos que permitan que la propiedad se consolide en cabeza de un solo titular.

⁶⁵ SLEMENSON, op. cit. pg. 3

⁶⁶ Al referirse a dominio directo y a dominio útil se alude al derecho real de enfiteusis que, aunque derogado por el nuevo código, queda subsistente respecto de los ya constituidos.

⁶⁷ TORRES, Marcos Alcino Azevedo, “*Direito de Superficie*”, en el sitio web de la Universidade do Estado do Rio de Janeiro, <http://www2.uerj.br/~direito/publicacoes/publicacoes/diversos/malcino.html>.

⁶⁸ PEÑA BERNALDO de QUIRÓS; op. cit. Tomo II, pg. 118.

⁶⁹ DIEZ-PICAZO y GULLÓN; op. cit. pg. 530.

⁷⁰ MEZQUITA del CACHO; “El derecho de vuelo o subsuelo urbano...”, op. cit. pg. 1460.

⁷¹ IGLESIA MONJE; “El nuevo derecho de superficie...”, op. cit. pg. 1416/1417 nota 30.

¿Cuál ha sido la solución de los derechos en examen?

A. Argentina.

No se encuentra entre los derechos del propietario ni los del superficiario la regulación de un derecho de preferencia, como sí otorgaba el Proyecto de Código Civil de 1.987.

Éste establecía en su artículo 2.614 que “si el dueño o el superficiario deciden enajenar su derecho, cualquiera sea el tiempo transcurrido desde la configuración de la superficie, deben notificar al otro para que pueda ejercer el derecho de preferencia para la adquisición”.

Este derecho ya había sido postulado en las X Jornadas nacionales de derecho civil, que en el punto duodécimo del despacho de la comisión número cuatro, de derechos reales, consideró que debe otorgarse derecho de tanteo tanto al concedente como al superficiario.

Los proyectos de 1.993 y 1.998 tampoco lo incluyeron.

Pese a que el derecho de preferencia parece deseable, en general el mismo no ha sido legislado en derecho argentino, por tanto creemos acertado no contemplar éste en los primeros tiempos del desarrollo del nuevo instituto.

Su inclusión, mientras el uso de la nueva figura no se consolide, sería inconveniente al percibirse como una traba a la libre disponibilidad de los derechos del dueño y del superficiario. Ello puede conspirar contra la adopción del nuevo derecho.

Creemos, para la Argentina, que hará a la vitalidad de la superficie que tanto el derecho del *dominus*, como los del superficiario, puedan enajenarse libremente.

B. Brasil

El artículo 1.373 del nuevo Código Brasileño establece que: “En caso de enajenación del inmueble o del derecho de superficie, el superficiario o el propietario tiene derecho de preferencia, en igualdad de condiciones.”

Se trata pues en forma amplia este derecho, permitiendo que tanto el titular del derecho de superficie como el dueño del suelo puedan ante la pretensión de enajenar del otro hacer uso de su derecho de preferencia, logrando así la consolidación del dominio pleno. Ello es sumamente conveniente si se piensa que en la práctica el término de duración de la superficie puede ser ilimitado.

C. Cataluña

Como se sabe en España los derechos de tanteo y retracto son ampliamente conocidos y regulados.

Diez-Picazo y Gullón enseñan que los derechos de adquisición preferente “confieren a la persona que se encuentra en una determinada situación jurídica... la facultad de adquirir una cosa determinada cuando su propietario ha decidido venderlo, o cuando la ha enajenado a un tercero, respectivamente.”⁷²

En materia de superficie tanteo y retracto tanto para el titular del suelo, como para el superficiario han sido lo usual históricamente.⁷³

Ya la ley del suelo del 12 de mayo de 1956 establecía el derecho de tanteo y retracto a favor del titular del derecho de superficie, concediendo el mismo derecho al dueño del terreno.

La ley catalana deja a la autonomía de la voluntad la posibilidad de pactar los derechos de adquisición. En efecto, en el artículo 4º que se ocupa del “Régimen voluntario del derecho”, en su apartado 5º establece que respecto a los derechos de superficie y propiedad de la finca, pueden pactarse, en entre otros los derechos de adquisición recíprocos (inciso b).

Estos derechos implican, como enseña de la Iglesia Monje, una “revitalización anticipada de las reglas de accesión inmobiliaria.”⁷⁴

La misma ley catalana 22/2001 regula los derechos de adquisición preferente contemplando el derecho de opción (artículo 19 apartado a.), definido como aquel que otorga al titular la facultad de la adquisición dentro del plazo establecido y el derecho de tanteo (artículo 19 apartado b.), el que se caracteriza como el que otorga al titular la facultad de adquisición preferente, en las enajenaciones onerosas en las que el titular del derecho pueda realizar o dar la contraprestación a que se haya comprometido el adquirente.

Es de destacar que, conforme el artículo citado, el derecho de tanteo supone el de retracto cuando ya ha tenido lugar la transmisión, y que conforme el artículo 20 de la misma ley, para que ostente naturaleza jurídico real, los derechos de adquisición deben constituirse por escritura pública y se inscriben en registro correspondiente, siendo solo oponibles a terceros mediante la inscripción registral.

X. Destrucción de la propiedad superficiaria y reconstrucción.

Comúnmente la destrucción de la propiedad superficiaria debería traer aparejada la extinción del derecho real de superficie. Más las legislaciones, con buen tino, suelen contemplar el derecho de reconstrucción.

En estos casos puede decirse que de alguna manera nace o recobra virtualidad el *ius aedificandi* y el derecho no se extingue, si el superficiario construye o foresta nuevamente.

⁷² DIEZ-PICAZO y GULLÓN op. cit. pg. 593.

⁷³ MEZQUITA del CACHO, “El derecho de vuelo o subsuelo urbano...”, op. cit. pg. 1.461

⁷⁴ IGLESIA MONJE; “El nuevo derecho de superficie...”, op. cit. pg. 1430.

Su justificación se encuentra en que lo que se extingue realmente por la falta de objeto es la propiedad superficiaria, pero no, el derecho de goce que ostenta el superficiario sobre el suelo ajeno, siempre que edifique o plante en los plazos previstos. En última instancia, el objeto del derecho de superficie es el suelo ajeno, de modo que mientras éste exista, subsistirá el objeto del derecho de superficie.⁷⁵

¿Cómo resuelven la cuestión los derechos que estamos examinando?:

A. Argentina.

El artículo 7 de la ley 25.509 dispone que el derecho real de superficie forestal no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuera su causa, siempre que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años.

En la ley actual se da una variante con relación al plazo que establecía el Proyecto de 1998, el cual en su artículo 2.028 preveía la no extinción del derecho real de superficie forestal por destrucción de la propiedad separada, siempre y cuando el superficiario foreste dentro de un plazo de diez (10) años o en el menor que se determine. Es decir, hacía referencia a un plazo mayor, admitiendo además el pacto en contrario, posibilidad que la ley 25.509 no contempla.

¿Puede en el régimen actual de la ley reducirse el plazo para la reforestación o dejarse directamente de lado al mismo por convención de las partes?

Teniendo en cuenta los principios que rigen a los derechos reales en la legislación argentina coincidimos con Mariani de Vidal que tales pactos pareciera que no serían válidos.⁷⁶

B. Brasil

El nuevo Código de Brasil, no prevé el derecho de reconstruir, a diferencia de los que ocurre, por ejemplo, en la legislación portuguesa, donde está contemplado en el artículo 1.536 inciso b.

Según Rizzardo la destrucción de las construcciones o plantaciones existentes provocan la extinción si son de tal importancia que quede inviabilizada la reconstrucción o renovación de las plantaciones.⁷⁷

⁷⁵ ORTI VALLEJO Antonio, en *Curso de Derecho Civil*, Tomo III, Derechos Reales y Registral Inmobiliario, coordinado por MORENO QUESADA, Bernardo, Tirant Lo Blanch, Valencia 1.999. En igual sentido para el derecho italiano Bianca op. cit. pg. 554.

⁷⁶ MARIANI de VIDAL, op. cit. pg. 6

⁷⁷ RIZZARDO, Arnaldo, *Directo das Coisas*, Ed. Forense, Río de Janeiro 2.004. pg. 866.

En general los autores se lamentan que la legislación brasileña ha resultado demasiado parca en la regulación del derecho de superficie,⁷⁸ sobre todo porque se trata de reintroducir una figura que lleva más de ciento treinta años fuera del derecho positivo del Brasil.⁷⁹

C. Cataluña.

El artículo 2, apartado 4, de la ley catalana regula el derecho de reconstrucción en estos términos:

“Si la construcción o plantación se pierde y la hubiera realizado el titular del derecho de superficie, no se extingue su derecho y su titular puede reconstruirla o rehacerla”.

Téngase en cuenta que para que sea de aplicación la disposición legal es necesario que las construcciones o plantaciones hayan sido realizadas el superficiario; si las mismas hubieran sido preexistentes, en principio, el derecho se extinguiría con la destrucción.

XI. Efectos de la extinción entre partes.

Producida la extinción del derecho de superficie el principio de accesión recupera toda su virtualidad y la propiedad queda unificada en cabeza del titular del suelo.

La adquisición del *dominus solis*, dicen Diez Picazo y Gullón, es automática, no hace falta hacer tradición de la cosa al propietario sino que es una derivación del renacimiento en toda su virtualidad del principio de accesión. El dueño extiende su dominio a lo construido o plantado.⁸⁰ Lo principal, el suelo, queda unido a lo accesorio, lo edificado o plantado, atrayendo al mismo. La propiedad como dice el artículo 105 del Código Neerlandés se readquiere por “ministerio de la ley”.

Las legislaciones suelen disponer si se le debe alguna compensación a quien realizó las construcciones que ahora vienen a enriquecer el suelo.

Así el artículo 1.538 del Código Portugués establece, en su apartado segundo, que salvo disposición en contrario, el superficiario tiene derecho a una indemnización calculada según las reglas del enriquecimiento sin causa.

Veamos que ocurre en las legislaciones que estamos estudiando:

A. Argentina.

El artículo 11 de la ley 25.509 reza que "Producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las

⁷⁸ ANDORNO, “Los derechos reales en el nuevo...”, op. cit. pg. 2.

⁷⁹ BAPTISTA; op. cit.

⁸⁰ DIEZ PICAZO y GULLÓN op. cit. pg. 488.

plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento".

Ante la extinción de la superficie, el derecho de dominio recobra toda su plenitud expandiéndose sobre las forestaciones que se encontraban sometidas al derecho de superficie.

La obligación que la ley le impone al *dominus* de indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento, resulta ser una norma justa que, ante la falta de previsión de las partes, contempla un resarcimiento a favor del titular del derecho de superficie, que evita un enriquecimiento sin causa por parte del *dominus solis*.

Se trata de una disposición análoga al artículo 2.023 del Proyecto de 1.998⁸¹, una de cuyas fuentes en este tema se encuentra en el Código Portugués, pudiendo asimismo referirse que el Código Suizo dispone, en una interesante norma, que el propietario del fundo debe al superficiario una equitativa indemnización por las construcciones devueltas (artículo 779 d apartado segundo).

Tales convenciones podrán celebrarse *ab initio* o posteriormente, pero deberán ser inscriptas en el registro de la propiedad para su oponibilidad a terceros.⁸²

B. Brasil

La solución brasileña es diversa que la argentina en el artículo 1.374 dispone que "Extinguida la superficie, el propietario pasará a tener el dominio pleno sobre el terreno, construcción o plantación, independientemente de su indemnización, salvo estipulación en contrario de las partes." Es decir, no es una regla de orden público y por tanto queda al arbitrio de las partes convenir y proveer al respecto.⁸³

C. Cataluña

Aquí el legislador deja jugar en toda su majestad a la autonomía de la voluntad. Las partes pueden pactar el régimen liquidatorio de la posesión (artículo 4, apartado 2, inciso 3)

Y aunque las partes pacten o no indemnización de todas maneras al llegar a término el derecho de superficie el suelo forzosamente se confundirá con la superficie.

⁸¹ El anteproyecto de dictamen de la Comisión de legislación general de la Cámara de Diputados, al proyecto de 1.998, invertía la regla consagrada en el artículo 2.023 y establecía que no existe cargo de indemnización alguna, salvo pacto en contrario. Deberían pues las partes establecer si habría indemnización y su forma de cálculo dado que en su defecto el propietario extendería su derecho sobre la superficie sin deber ningún pago. El dictamen definitivo mantuvo la solución original del Proyecto.

⁸² El artículo 779 e del Código Suizo dispone que pueden ser estipuladas convenciones, en la forma prescripta para la constitución del derecho, referentes al importe de la indemnización, el procedimiento para su determinación, y la supresión de la obligación de la misma. Esos pactos que deben ser anotados en el registro fundiario.

⁸³ RODRIGUES, Silvio, *Directo Civil, volume 5*, Ed. Saraiva, 28 ed. San Pablo, 2003.

Como puede observarse los ordenamientos dejan en este aspecto libertad a las partes para pactar lo que mejor convenga a sus intereses.

Por una parte el establecimiento de la indemnización parece de justicia para quien realizó las construcciones y probablemente estuvo pagando un canon a lo largo de toda la vigencia del derecho real. Además, la indemnización esperada puede contribuir a que no se desentienda en los últimos tramos de vigencia del derecho de la conservación de la propiedad separada.

Por el otro el superficiario suele ser un inversor avezado que *ab initio* podrá calcular los costos y los beneficios que obtendrá de su inversión sin tener que cifrar su ganancia en la indemnización a cobrar con la extinción del derecho.

Es bueno pues que se deje a las partes reglar en la forma que entiendan más convenientes sus derechos.

XII. Conclusiones

Las legislaciones estudiadas con sus matices y diferencias marcan, al recibir en forma plena en el seno del derecho civil el derecho de superficie, el insoslayable interés que el mismo tiene para el derecho y la economía moderna.

La regulación de la superficie sobre plantaciones –forestaciones en el caso argentino– revela también la preocupación de las sociedades modernas por contar con instrumentos aptos para promover la actividad forestal, no sólo por la importancia económica, sino también por la incidencia ecológica de la misma.

Sin embargo se advierte tanto en la legislación argentina, como en la brasileña, una regulación escasa de la figura que puede conspirar con su vigencia práctica. Para constatar ello basta comparar los pocos artículos que le dedican en contraste con otros derechos reales próximos como el usufructo.

Ello revela el olvido del legislador sudamericano de la necesidad de perfilar acabadamente los derechos reales creados, como tributo a pagar al principio de *numerus clausus* que se ha preferido. Este principio impone como contrapartida, fundamentalmente al legislador, cargas muy concretas que, si no son satisfechas, conducen al ahogo inútil de la libertad o al anquilosamiento de los textos y siempre, a la esclerosis del sistema con grave daño para el desarrollo económico y social.⁸⁴

Hacemos votos para que los objetivos, tenidos en cuenta por los legisladores locales a la hora de sancionar cada una de estas normas, se cumplan plenamente y el derecho de

⁸⁴ CAPÓN FILAS, Mario; “Las servidumbres personales”, en *Homenaje a la Profesora Dra. María Antonia Leonfanti*, pg. 118.

Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba
(República Argentina)
<http://www.acader.unc.edu.ar>

superficie goce de vigencia y vitalidad en la vida cotidiana, para lo cual, repetimos, en el caso argentino y brasileño, se necesitarán oportunas reformas legales.