

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES.¹

SOME CONSIDERATIONS REGARDING THE REAL RIGHT OF SURFACE IN THE ARGENTINE LEGAL SYSTEM AND IT'S EVOLUTION - THE REAL RIGHT OF ENFITEUSIS AND ITS POSSIBLE INCORPORATION TO THE CATALOG OF REAL RIGHTS.

Por *Ronald Alfredo Marmissolle Guarisco* (*)

Resumen: El trabajo consiste en desarrollo de la evolución del derecho real de superficie en el derecho argentino, partiendo de la opinión de Vélez Sarsfield, pasando por el régimen de la ley 25.509 de superficie forestal para concluir con el análisis del derecho de superficie en el Código Civil y Comercial, efectuado comparaciones entre ambos regímenes respecto del: concepto, objeto, naturaleza, ejercicio y la facultad de constituir derechos reales de garantía

Palabras Claves: Superficie, Forestación, plantación y construcción, Propiedad superficiaria.

Abstract: The work consists about the development of the evolution of the real surface right in Argentine law, starting from the opinion of Vélez Sarsfield, going through the regime of the law 25.509 of forest surface to conclude with the analysis of the surface right in the Civil and Commercial Code, made comparisons between both regimes regarding: concept, object, nature, exercise and the power to establish security rights in rem

Keywords: Surface, Afforestation, planting and construction, Surface property.



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar. © Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2021\(3\)08](https://doi.org/10.22529/rdr.2021(3)08)

¹ Artículo recibido el 22 de Julio de 2021 y aprobado para su publicación el 20 de Agosto de 2021.

(*) Abogado. Profesor Titular Interino de la Cátedra “B” de Derecho Privado VI (Derechos Reales) de la Universidad Católica de Córdoba – Profesor Asistente por Concurso de la Cátedra “B” de Derecho Privado V (Derechos Reales) de la Universidad Nacional de Córdoba. Correo Electrónico: marmissolle@hotmail.com

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

I. ACLARACIONES PREVIAS

Con motivo de la realización del “1er. Encuentro de Institutos de Derecho Romano de la República Argentina²”, realizado los días 31 de julio y 1 de agosto de 2020, organizado por la Universidad Católica de Córdoba, el Instituto de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialet y el A.D.R.A, presentamos ponencia sobre “*El derecho argentino y el derecho real de superficie (evolución). La inclusión del derecho de real enfiteusis*”, en la que se sugería: a) La limitación del derecho real de superficie a las construcciones.; b) A fin de canalizar los supuestos de plantaciones y forestación, se proponía su inclusión dentro del derecho real de enfiteusis, admitiendo el mismo en el derecho positivo vigente.

En tal ocasión, dado que se trataba de una ponencia, no fue posible explayarnos sobre el particular como hubiésemos querido, tanto en lo presentado por escrito como en la exposición oral que se hiciera sobre la temática en cuestión. En esta oportunidad, se nos ha brindado la posibilidad de hacerlo, a través de la publicación de la “Revista de Derecho Romano de la Universidad Católica de Córdoba”, agradeciendo desde ya a la Directora de la publicación³ tal deferencia. No sin antes dejar en claro que el término “algunas consideraciones” usado para titular el trabajo, halla su razón de ser en el sentido que la temática no se agota en el presente trabajo, pues no se han tratado todos los rubros que la componen a fin de agotarla, sino que nos hemos ceñido a realizar un mínima retrospectiva histórica (derecho romano y el pensamiento de Vélez sobre ambas figuras) y, un análisis comparativo entre la regulación de la superficie en el régimen de la Ley 25.509 y la provista por ordenamiento vigente, haciendo hincapié en su naturaleza jurídica, objeto, ejercicio y la facultad de gravar con derechos reales de garantía.

II. NOCIÓN DE LOS DERECHOS REALES DE SUPERFICIE Y DE ENFITEUSIS

² Titulado “EL ROL DEL DERECHO ROMANO SOBRE LA ENSEÑANZA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EN EL SIGLO XXI”.

³ La Profesora Dra. Cristina FILIPPI.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

Para realizar un trabajo sobre los derechos reales de superficie y de enfiteusis, es necesario retrotraerse, como corresponde, al derecho romano y, habiendo sido Vélez un conocido estudioso del derecho romano, nos prevaleceremos de sus comentarios vertidos en las notas del Código Civil sobre la temática para hacer *una breve introducción*, toda vez que, esta exposición no aborda la temática desde es un enfoque histórico de las figuras. Dejamos en claro esto, habida cuenta que existen prestigiosos juristas que han relatado brillantemente el desarrollado de la figura en su evolución histórica, sin embargo, nos hemos ceñido en ese tópico a las opiniones de Vélez Sarsfield, porque lo nuestro en realidad, es analizar el derecho positivo comparándolo, a lo sumo, con el régimen de la superficie forestal de la ley 25.509.

Para introducir al tema, según opinión del “El Codificador”, el derecho real de superficie consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del 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.

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

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. L. 1, §§ 6 hasta 9, Dig. “De adq. vel amitt. possess”⁴.

En cuanto a la enfiteusis (o lo que en España se llamaba censo enfiteútico.), era la concesión de un fundo que una de las partes entregaba a la otra a perpetuidad o por un largo tiempo, con cargo de mejorarlo por construcciones o plantaciones, y de pagar un canon anual. La enfiteusis se distingue por un doble efecto: por una parte, el enfiteuta se obliga a pagar al cedente del terreno el canon enfiteútico, lo que parece demostrar que la propiedad permanece en poder de éste, y por otra parte, el enfiteuta adquiere un derecho real. Ejerce las acciones posesorias y petitorias; puede enajenar su derecho, constituir hipotecas en el fundo, o imponerle servidumbres⁵

III. VÉLEZ Y LOS DERECHOS REALES DE SUPERFICIE Y ENFITEUSIS

1. Introducción

Nuestro Codificador, como se sabe, era partidario del sistema de numerus clausus respecto de los derechos reales⁶ pues ello surgía con meridiana claridad, del texto de art. 2502⁷ de su brillante obra y, no se mostró partidario de tales derechos reales, al expresar: “...No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar⁸...”, y en las notas a los arts. 2502 y 2503, los fustigó fuertemente.

Explicaba, que “el derecho romano” no reconocía al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada

⁴ Conforme la opinión de VELEZ, en la nota al art. 2503.

⁵ Según VELEZ, ver nota al art. 2502 del CC.

⁶ No así respecto de los derechos personales, en donde campeaba el principio de la autonomía de la voluntad, y ello quedo plasmado en la letra del art. 1197, en el cual dejo sentado que: “Las convenciones hechas en los contratos forman para las partes una regla a la cual deben someterse como a la ley misma”.

Nota: 1197. LL. 6, tít. 5 y 1, tít. 11, Part. 5ª, Cód. francés, art. 1134. Quedando allí patentizado sus idearios liberales.

⁷ Artículo 2502: “Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer.”

⁸ Ver nota al art. 2503 del CC.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

la creación arbitraria de nuevos derechos reales: pero después, en 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 medios⁹. Agregando además que: “...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 ajeno¹⁰...”.

Finalmente diremos que Vélez fue determinante respecto de su incorporación al elenco de derechos reales que quería admitir al manifestar que la multiplicidad de 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, pues ellas quedaban “perpetuamente embarazadas”, además todo ello desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. Cerrando la temática con esta frase: “...La conveniencia de este contrato ha dependido siempre del estado de la sociedad en sus diferentes épocas, de las instituciones políticas que permitían los feudos, la inalienabilidad de los bienes raíces y los mayorazgos que constituían el derecho sucesorio al arbitrio de los padres. Entre nosotros ha existido, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfiteúticas no se cultivan ni se mejoran con edificios.... el contrato de arrendamiento será, entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente”.

2. El artículo 2614 y los derechos reales expresamente prohibidos.

No satisfecho con las críticas demoledoras que había efectuado en las notas a los artículos precedentemente citados y la omisión de regulación específica alguna, se despachó

⁹ 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 derecho para perseguir la cosa a cualquiera mano que pasase. Los escritores españoles se quejan de los males que habían producido los derechos reales sobre una 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 propietario del pasto que naciera, y otro el de las plantaciones que hubiesen hecho. La multiplicidad de 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 poderse dividir la cosa asiento de ellos

¹⁰ También, ver nota al art. 2503 del CC.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

con una artículo ubicado en las restricciones y límites al dominio en el que expresaba: ·Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, 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”. Con los dichos del artículo 2614, la suerte de los derechos reales de superficie y de enfiteusis, quedaron selladas.

IV. LA LEY 25.509 DE SUPERFICIE FORESTAL.

1. Introducción

A pesar de la negativa del Gran Codificador¹¹, el 14 de noviembre de 2001 se sanciona la ley 25.509, la que en su art. 1 establece la creación del derecho real de superficie¹², pero bastante minorado, pues solo se limitaba inmuebles susceptibles de “forestación o silvicultura”¹³, siempre de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados y a los normado por la ley citada, vedando cualquier otra manifestación del derecho real de superficie¹⁴.

¹¹ Conforme al art. 2614 del Código Civil.

¹² La palabra superficie proviene del latín *super facies*, esto es, “sobre la faz de la tierra”, según expresa ANDORNO, Luis O, con cita de Doménico Barbero, agregando que muy análoga es, la relación que en lugar de abarcar “la superficie”, abarca “el subsuelo”, como objeto de propiedad separadamente del suelo. Inclusive esa propiedad resulta también diferente de la conexas al “derecho de superficie”, pues tanto la propiedad bajo el suelo y no encima de él, el “suelo” mismo no pierde toda utilidad para su propietario, que puede gozar de él a su placer con tal que respete y no comprometa las necesidades del “subsuelo” atribuido a otro propietario. Autor citado, en: “El Derecho de Superficie”. Publicado en La Ley – 1985 – III, p. 658.

¹³ Según ANDORNO, Luis aproximadamente en el siglo IX se llegó a admitir, lo que seguramente los juristas romanos no admitieron, esto es, *el derecho de superficie arbórea*. “El Derecho de Superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”. Trabajo publicado en JA el 10/05/2000, pag. 229.

¹⁴ Según al el Diccionario de la Real Academia Española, en su primer acepción, se trata del límite o termino de un cuerpo, que lo separa y distingue de lo que no es él y, en la segunda se refiere a extensión de tierra.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

En derechos reales, según se ha dicho, rige sistema del número cerrado, y ello tiene que ver con un marcado orden público “económico”¹⁵. Aunque resulta una paradoja: “*económica fue la razón de su supresión y económica es el motivo de su inclusión*”.

Entre los argumentos de la sanción de la citada ley, en el Senado de la Nación¹⁶ se manifestó que el negocio de los productos forestales superaba al mercado de cereales y de oleaginosas juntos y, como si eso fuera poco, el negocio iba in crescendo¹⁷. Se apuntó también que por la Ley 25.080, se daban beneficios a los productores¹⁸ sobre todo, numerosos subsidios los que tardaban veinte meses en llegar a los mismos, con el agravante que las entidades bancarias exigían una *hipoteca sobre el dominio del terreno*. Por ende, si se aprobaba el nuevo derecho real, *la garantía podría recaer sobre la parte forestada*¹⁹ y *no sobre todo el terreno*²⁰, abaratando de esa manera los costos, por ello se argumentaba que: “... el tema en tratamiento versaba sobre un sector económico importantísimo...”²¹; *de allí que sostengamos que si el argumento de política económica fue letal para su incorporación allá, por el año 1871, ciento treinta años después, fue decisivo para su admisión en el catálogo de los derechos reales*.

Abatti y Rocca expresan que la nueva figura vino a implementar una esperada posibilidad negocial, en un país con grandes extensiones territoriales aptas para la forestación. La silvicultura arrastra también, con sus actividades conexas al aprovechamiento de los bosques cultivados, la comercialización de sus productos madereros o no madereros,

¹⁵ Basta leer las ya citadas notas del Código Civil a los artículos 2502 y 2503 para poder apreciar esa postura, en las que, brillantemente expone Vélez las razones del sistema del numerus clausus.

¹⁶ Según versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación. 71° Reunión – 23° Sesión ordinaria – 14 de noviembre de 2001 del señor vicepresidente del H. Senado, doctor Eduardo Menen, Secretarios: señor Juan Carlos Oyarzum, señor José D. Canata y señor Miguel J. Mamy. Prosecretarios: señor Juan J. Canais, doctor Miguel Augusto Fernández y señor Rodolfo Barnardini.

¹⁷ Textual de la versión taquigráfica.

¹⁸ Los que se estimaban en entre diez y doce mil productores.

¹⁹ Es de tener presente que de los bosques de eucalipto se extra la pasta base para fabricar papel –celulosa- la que según el Diccionario de la Real Academia Española, en su primera acepción expresa: “Polisacárido que forma la pared de las células vegetales. Es el componente fundamental del papel”.

²⁰ Todo lo que puede verse reflejado en la parte final del art. 1 de la citada Ley 25.509 al expresar: “...pudiendo gravarla con derecho real de garantía...”

²¹ En el año 2001, sostenía el Senador Emilio Marcelo Cantarero (Senador por Salta), la balanza comercial había tenido un déficit de 819 millones de pesos.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

a una serie de industrias regionales que aprovechan de su producción para elaborarla.²² Por su parte J. Díaz Reyna concluye al tratar la figura que ella podía ser una alternativa para los propietarios de inmuebles, principalmente rurales, para no tener que enajenarlos por no poder explotarlos²³ y, a su vez permita que quienes quieren emprender unan explotación forestal puedan hacerlo sin tener que realizar una enorme erogación inicial que implicaría comprar esos inmuebles para tales fines²⁴. Por su parte Cura Grassi²⁵, al expresar el beneplácito por la figura receptada, sugería la sería conveniencia de la recepción de una normativa específica, cuando el titular de dominio fuera el Estado, coincidiendo con lo la propuesta de Andorno²⁶.

2. Concepto del derecho real según la ley 25.509

El art. 2° de la norma bajo análisis definía al derecho expresando: *“El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”*.

Para ejemplificar la hipótesis de la definición legal nos parece oportuno apelar a la comparación con una figura receptada por la normativa velezana, nos referimos al caso de art. 2873 del C.C. que regulaba el “usufructo de un monte” (entre los llamados usufructos especiales), el que establecía: *“El usufructuario de un monte disfruta de todos los provechos que pueda producir según su naturaleza. Siendo monte tallar o de madera de construcción puede hacer los cortes ordinarios que haría el propietario, acomodándose en el modo,*

²² ABATTI, Enrique L. - ROCCA (h.), Ival en “Derecho real de superficie forestal”. Publicado en: ADLA 2002 - A, 1569.

²³ En tal sentido, ANDORNO Luis. O en “El derecho real de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”. Trabajo publicado en JA, el 10/05/2000, p. 226.

²⁴ DIAZ REYNA, José Manuel en “El derecho real de superficie forestal (Ley 25.509)”. p. 75 y 76. Publicado en el Foro de Córdoba, nro. 76.

²⁵ CURA GRASSI, Domingo Cesar. En: “Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal”, Publicado en La Ley. 06/02/2003.

²⁶ En tal sentido ANDORNO, Luis O, proponía en sus conclusiones en el trabajo titulado “El Derecho de Superficie”, en el punto V referido a las mismas, que la constitución del derecho de superficie sobre bienes del Estado debe ser objeto de una regulación especial. Publicado en JA 1985-III, p. 662

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

porción y épocas a las costumbres del país. Pero no podrá cortar árboles frutales o de adorno, a los que guarnecen los caminos, o dan sombra a las casas. Los árboles frutales que se secan o que caen por cualquier causa, le pertenecen, pero debe reemplazarlos con otros.”

En el caso del usufructo, los árboles no le pertenecen al usufructuario, él tiene derechos a los frutos que estos producen, así, si se trata manzanas, las manzanas le pertenecerán pero no los árboles que continuarán siendo del nudo propietario, quedando en claro que el usufructuario no podría cortar los mismos²⁷, no tendría posibilidad de hacer de ellos leña, por la sencilla razón que los árboles son “producto”²⁸ (o sea sustancia) y no “fruto”²⁹; ahora bien lo que es simple en esta hipótesis se complica cuando no se refiere a árboles frutales sino del monte talar. Como muy bien lo dice Mariani de Vidal³⁰, lo mejor para esclarecer su significado es ir a la fuente, que no es otra que el derecho romano, en donde se entendía por tal: “...al que se tiene para ser cortado...”³¹ o “... el que cortado por el pie renace otra vez de los troncos o de las raíces...”³². Como se ve las diferencias se desdibujan, *pues es posible talarlos*, cosa que no podría hacerse con los árboles frutales, porque los árboles del monte talar son frutos dado que renacen y no productos. No obstante, *lo que no podría hacer de ninguna forma es quitar las raíces*, pues allí si se trata de *producto* y no de *fruto* y, como sabemos, en el usufructo el límite lo establece el principio “salva rerum substantia”; *pero esta limitación no opera en el derecho de superficie pues el árbol (con sus*

²⁷ Conforme surge de la nota al art. 2444 del Código Civil al expresar: “...los árboles que hubieren cortado que no eran de bosques de corte...”

²⁸ Nota al art. 2444 del Código Civil: “...Los juriscultos, dice DEMOLOMBE, distinguen los frutos propiamente dichos de los otros productos. Los productos son, al contrario, los que la cosa no está destinada a producir, y cuya producción no es periódica ni tiene regularidad alguna. Los productos no son sino una porción desprendida de la sustancia misma de la cosa, tales como las piedras extraídas de canteras que no se explotan...”

²⁹ Nota al art. 2444 del Código Civil: “...Los juriscultos, dice DEMOLOMBE, distinguen los frutos propiamente dichos de los otros productos. Llamen frutos lo que la cosa produce sin alteración de su sustancia; lo que está destinado a producir por su naturaleza misma, o por voluntad del propietario...”

³⁰ MARIANI de VIDAL, Marina “Derechos Reales”, tomo III, 7ma. Edición, p. 37 y 38. Editorial Zavalia, Bs. As, 2004.

³¹ La autora citada expresa que según el “Digesto”, es definido así, con cita de Gayo.

³² La autora citada expresa que según el “Digesto”, es definido así, con cita de Servio.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

*frutos) le pertenece aunque él este plantado en fundo ajeno, con las limitaciones propias del ejercicio regular del derecho*³³.

Sin embargo, es de tener en cuenta que la propiedad de la forestación, tal como se analizará al tratar las facultades del superficiario, en lo que a disposición material se refiere³⁴, debe hacerse de conformidad “*al régimen especial*” previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados” (25.080), cabiendo observar también a tal efecto, las prescripciones de la de la Ley de Defensa Forestal (13.273), como muy bien lo apunta Mariani de Vidal³⁵, y además, “*sin perder de vista que en lo general*”, la disposición material, debe sujetarse a ejercicio regular de un derecho propio y no constituir una conducta abusiva, dado que le son aplicables las reglas generales del art. 1071³⁶ del CC, como cualquier derecho subjetivo, tal como se lo apuntó en el párrafo precedente.

Habiendo tratado de ilustrar el caso de la superficie forestal, corresponde ahora analizar los términos de la definición legal; no obstante antes de hacerlo, nos parece oportuno referir a la reflexión que efectuará Gabriel Ventura³⁷, en el XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el año 2003, quien sostenía que el derecho real nacido con motivo de la ley que estamos analizando, no constituía en rigor de verdad un derecho de “*superficie*”, sino en realidad un derecho real de “*enfiteusis*”, ya que si se utilizarán las expresiones técnicas del derecho romano, aquel consistía *en la cesión del derecho a edificar*, mientras que este radicaba fundamentalmente en conceder *el derecho a sembrar o plantar*, lo que es motivo la ley en cuestión. Agregaba también, que en esta variante (forestar) poco podía interesarle al legislador y al propietario las facultades que el propietario mantenía sobre el subsuelo, lo que

³³ Conforme al art. 1071 del Código Civil.

³⁴ Aunque la ley en su art. 2 hace referencia a uso, goce y disposición jurídica, en la modalidad que posibilita adquirir las plantaciones ya existentes, van implícitas las facultades materiales.

³⁵ Autora y obra citada, tomo III, p. 120.

³⁶ Artículo 1071: “El ejercicio regular de un derecho propio o el cumplimiento de una obligación legal no puede constituir como ilícito ningún acto. *La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos. Se considerará tal al que contrarie los fines que aquella tuvo en mira al reconocerlos* o al que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres.

³⁷ VENTURA Gabriel, en “Ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2003) sobre “Derecho Real de Superficie Forestal”

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

es característico en el derecho de superficie, porque en la forestación el subsuelo excepcionalmente podría ser explotado³⁸, persiguiéndose fundamentalmente, con la figura en el ámbito en forestal, la seguridad del retorno a la propiedad plena.

Volviendo, al tratamiento del art. 2 de la ley citada, ello debía ser conjugado, tal como lo dijimos, con el art. 1º, pues dicha norma requiere que se trate de un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, y además sujeta al mismo al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados 25.080, y a lo establecido en la mismísima Ley 25.509.

Estas normas sellaron la suerte del nuevo derecho real, *pues lo limitaron la actividad forestal vedando cualquier tipo de actividad, ya sea referida a construcciones o plantaciones en general*, toda vez que el término “silvicultura” (del lat. silva, selva, bosque, y -cultura), según el Diccionario de la Real Academia Española significa “el cultivo de los bosques o montes”. Enseñaba Mariani de Vidal, *que el nuevo derecho real que ingresaba a la constelación de los derechos reales autorizados no podría, entonces, ser constituido sino el marco de las previsiones de la Ley de Inversiones para bosques Cultivados y sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura, cabiendo además observar las prescripciones de Ley de Defensa Forestal 13.273*. Esta es la concepción restrictiva³⁹.

No obstante, destacada doctrina trataba de persuadir de que era *razonable sostener una comprensión amplia del ámbito de la ley*, y en ese sentido que el nuevo derecho real *pueda aplicarse a las plantas en general*; tal era la opinión Jorge Alterini.

Basaba su postura, el prestigioso jurista, en que el vocablo “forestal” apunta, según se acepción gramatical captada por la Real Academia Española, a lo relativo a los bosques y, en tanto que el término “bosque” alude al sitio poblado de árboles y matas. Los “árboles”, son plantas de cierto porte, pero las “matas” refieren a cualquier planta de poca alzada o tamaño, así una mata de tomates o de claveles (según ejemplo brindado por la Real Academia

³⁸ Es que en la forestación, no solo debe mirarse lo que aparezca sobre el suelo en cuanto a su extensión (copa del árbol), sino también lo que está debajo del suelo (raíces) que también tiene una extensión considerable, lo que torna inutilizable para el propietario no solo el suelo y espacio aéreo, sino también el subsuelo.

³⁹ Según MARIANI de VIDAL, Marina obra citada, tomo III, p. 120.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

Española). Desde otro costado, también puede arribarse a la misma conclusión, es decir abarcar toda especie de “planta” (independientemente de su porte o tamaño), al analizar la palabra “silvicultura”, pues ella importa el cultivo de bosques o montes, entendiéndose por este último a la tierra inculta cubierta de árboles, arbustos o matas, de allí que exprese Alterini, *que la palabra silvicultura nos lleve a la comprensión de diversas plantas*.⁴⁰

Por nuestra parte, coincidíamos con la postura restrictiva, ya que la referencia de la ley de creación del derecho (25.509) al aludir a la Ley de Bosques Cultivados (25.080) imponía una valla infranqueable para la aplicación en las plantaciones de trigo, maíz, lino, sorgo, soja, algodón, yerba mate, tabaco y futas, dado que lo limitaba a la actividad maderera dejando fuera de su objeto esas otras plantaciones⁴¹.

Incluso, parte de la doctrina se lamentaba que no se extendiera también a plantaciones que dan sus frutos y que quedan fijas al suelo por largos plazos, tales como citrus, viñedos, olivos, nogales u otros

3. Objeto

Conviene resaltar que en *ambas situaciones existe el derecho real de superficie forestal*, solo que en el caso de la forestación existente, aparte del derecho real de superficie existirá también lo que se denomina “propiedad superficiaria”, que en nuestra hipótesis será el bosque, *el que a su vez constituirá el “objeto “del derecho real*, por más que asiente en un inmueble ajeno, ya que la forestación en si misma reviste el carácter de propia, tal como se dijo.

En la otra modalidad también existe el derecho real de superficie forestal, el que consistirá en la facultad de forestal y hacer propio lo forestado, *pero no habrá allí propiedad superficiaria* hasta el momento en que se concrete la mentada forestación, una vez realizada

⁴⁰ ALTERINI, Jorge H. “Superficie Forestal”, en Revista del Notariado Nro. 873, Año CVI, p. 121 a 126. Bs. As. 2003.

⁴¹ En tal sentido: TAIANA de BRANDI, Nelly A. y BRANDI TAIANA, Maritel M. “Derecho Real de Superficie Forestal”, en Revista del Notariado Nro. 868, Año CV p. 17 a 25. Bs. As. 2002.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

nacerá la “propiedad superficiaria”; *pero derecho real de superficie existirá igualmente aunque no se foreste*. Dicha facultad es derecho real y no personal, como bien lo apunta Mariani de Vidal, y encuentra su fundamento en un doble orden: a) primero porque resultaría difícil explicar por qué una vez realizada la forestación el derecho personal se transforma automáticamente en derecho real y; b) en segundo lugar porque si se tratase de un derecho personal, y por ende siempre de alcance relativo, podría llegar a ser ineficaz en caso enajenación del inmueble por el nudo propietario⁴². *A su vez el objeto del derecho real, al no existir el bosque, será el inmueble ajeno⁴³ en donde se llevará a cabo la forestación.*⁴⁴

También se dijo que, en la segunda modalidad, en que se puede presentar el derecho analizado, su objeto en lugar de ser el inmueble ajeno, *podría llegar a ser el espacio o vacío en el que se concretaría la forestación*, en tal sentido se expidieron Linares de Urrutigoit y Pujol de Zizzias⁴⁵. Sin embargo, Mariani de Vidal⁴⁶, apoyándose en Messineo, explica que el espacio, es una “*no cosa*”, ya que desde el punto de vista jurídico es el vacío y no constituye objeto de relaciones jurídicas, aun cuando el espacio sea el ambiente en donde se encuentra las cosas y se desarrolla la actividad humana. Agregaba, además, la citada autora que en vigencia del Código de Vélez, las cosas estaban reguladas por el art. 2311 y que, mientras no se declare aplicable al espacio las disposiciones referidas a las cosas, tal cual lo hizo la ley 17.711 con la energía, *el espacio no podía ser considerado una cosa*. Concedíamos con esta última postura.

Es importante recalcar que este derecho real siempre recaerá sobre inmuebles, tanto en una modalidad como en la otra: a) Si hay propiedad superficiaria será *inmueble por accesión física*⁴⁷ para el caso de las construcciones (que no estaba receptado por la ley

⁴² Conforme MARIANI de VIDAL, M. obra y tomo citado, p. 125 y 126.

⁴³ MARINI de VIDAL, M. obra y tomo citado, p. 127

⁴⁴ Dice ALTERINI Jorge H. “... el derecho real a forestar... implica un derecho real sobre cosa ajena: el inmueble asiento de la forestación...”, En Superficie Forestal. Revista del Notariado, N° 873, Año CVI. Bs As. 2003, p. 123.

⁴⁵ Autoras citadas por MARIANI de VIDAL, en obra citada, tomo III, p. 127. Cita n° 17.

⁴⁶ Conforme autora, obra y tomo citados, p. 126 y 127.

⁴⁷ Artículo 2315 del Código Civil: “Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad”.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

25.509), o una “parte” de inmueble *por su naturaleza* (que sería el caso de la ley 25.509) dado que las plantaciones son consideradas por el Código Velezano como cosas inmuebles⁴⁸ y; b) si no lo hay (derecho a forestar), se dará el caso del inmueble *por su naturaleza* (el suelo).

4. Naturaleza jurídica

Enlazando lo relatado precedentemente con el tema que ahora nos ocupa, el derecho real de superficie forestal en tiene una doble naturaleza⁴⁹, si *existe propiedad superficiaria* será derecho real sobre “*cosa propia*” y; si no la hay, o sea si se trata *del derecho a forestar*, es un derecho real “*sobre cosa ajena*”, tratándose en esta modalidad, de una relación jurídica dualista, pues hay: a) una *relación básica* que confiere un derecho real sobre el suelo ajeno que faculta para plantar o mantener lo plantado; y b) una *relación complementaria* que otorga la propiedad de lo plantado con independencia de la propiedad del suelo⁵⁰.

No obstante, es importante resaltar que, *en ambos casos, el inmueble será ajeno para el superficiario*, toda vez que el dominio permanece en cabeza del propietario, el que pasa a tener un dominio imperfecto y desmembrado en virtud del derecho real de superficie constituido a favor del tercero.

⁴⁸ Artículo 2314 del Código Civil. “Son inmuebles por su naturaleza las cosas que se encuentran por sí mismas inmovilizadas, como el suelo y todas las partes sólidas o fluidas que forman su superficie y profundidad: *todo lo que está incorporado al suelo de una manera orgánica* y todo lo que se encuentra bajo el suelo sin el hecho del hombre”. Así opina también ANDORNO, Luis O en “El Derecho de Superficie”, publicado en JA-1985-III, p. 659.

⁴⁹ Tiene, al decir de ALTERINI, una manifestación bifronte, ambivalencia inspirada por el Código Civil italiano de 1942, recibida por el Proyecto de 1998 y que se mantiene en la Ley 25.509 (con la salvedad que solo se refiere a la forestación). El derecho a edificar (léase a forestar), expresa Alterini (con cita de Francesco 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 superficiaria... solamente cuando la construcción (o la obra) –léase forestación- se haya hecho, adquiere el cesionario un derecho de propiedad, mientras que antes tiene un derecho real sobre cosa ajena...” En Superficie Forestal. Revista del Notariado, N° 873, Año CVI. Bs As. 2003., p. 124.

⁵⁰ ROCA SASTRE, citado por Luis O ANDORNO, en “El Derecho de Superficie”. JA 1985-III, p. 658. Nota el autor incluye al derecho de edificar, al que no referimos pues estamos analizando la Ley 25.559 que no lo contempla.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

En lo atinente al objeto, tal como se dijo, en el caso de existir propiedad superficiaria será la “forestación” en sí misma y, en el caso del derecho a forestar el inmueble ajeno, en donde se forestará. Luego de producida la forestación derecho muta automáticamente y pasa a ser derecho real sobre cosa propia, es decir derecho real de superficie forestal con propiedad superficiaria (bosque).

En posición diferente se encuentra Ventura⁵¹, quien sostiene que se trata en todos los casos de un derecho real sobre cosa propia, toda vez que sostiene que la esencia conceptual de la clasificación (sobre cosa propia o ajena) radica en la mayor o menor amplitud de las facultades del titular del derecho⁵². Coincidente, Díaz Reyna⁵³; también en lo considera sobre cosa propia, Areán, tal cual se lo manifestara al tratar el ejercicio del derecho.

5. Ejercicio del derecho real de superficie

Su ejercicio se verifica por la posesión la que será desigual y de diferente naturaleza. *Es dable aclarar que nosotros participábamos de la postura que sostenía “la inexistencia” de la “llamada cuasi posesión” durante la vigencia del Código Civil.* En efecto, tal como lo expresaba el artículo 2400, “...Todas las cosas que están en el comercio son susceptibles de posesión. *Los bienes que no fueren cosas, no son susceptibles de posesión...*” y pesar de lo expresado por Vélez en la nota a ese mismo artículo sobre la cuasi posesión, creíamos que lo determinante pasaba por el art. 2401, el que expresaba: “... *dos posesiones iguales y de la misma naturaleza, no pueden concurrir sobre la misma cosa...*”, en la nota al art. 2401 el Codificador expresaba que la exclusión se configuraba si se trataba de posesiones del mismo género. (o sea rivales, tal cual lo expresa Areán). También por lo normado en el art. 2355 al expresar que la posesión legítima se corresponde al “... *ejercicio de un derecho real...*” (*no al ejercicio del dominio*), *Ídem el art. 2351 (que alude al término “un” derecho de propiedad, y no el derecho real de dominio)*. Cerrando la temática no se puede dejar de

⁵¹ VENTURA; Gabriel B. en “Ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2003) sobre “Derecho Real de Superficie Forestal”.

⁵² Así cuando el derecho genera las facultades dispositivas que no involucren solo la posibilidad de renuncia, sino también la transmisión y su gravamen será sobre cosa propia, y en los casos en que el derecho no pueda transmitirse ni gravarse, será de cosa ajena (por ejemplo usufructo)

⁵³ Autor y obra citada, p. 65.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

mencionar que esa situación que se ha ejemplificado con el usufructuario y nudo propietario (concurriendo sobre la misma cosa) era susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios que la verdadera posesión (nota al art. 2400, parte final) *todo lo cual y en definitiva, sea a favor de la cuasiposesión o en contra de ella (a favor de posesiones de distinta naturaleza), concluía resolviéndose de igual forma, dado que eran susceptible de las mismas cualidades y de los mismos vicios*”, tal como se dijo⁵⁴.

En el derecho real de superficie la relación recaerá: a) En primer lugar sobre el inmueble ajeno, en el caso “del derecho a forestar”, procediéndose luego a poseer la forestación producto del derecho mencionado, y que constituirá el objeto de la propiedad superficiaria ahora efectiva. b) En cambio sí se adquiere el derecho real “sobre la forestación ya existente”, simultáneamente el superficiario pasa a poseer ambos objetos a la vez, solo que la del terreno enmarca en el art. 2401 siendo desigual y de diferente naturaleza porque el terreno sigue siendo ajeno⁵⁵, situación que no ocurre con la plantación, porque la cosa es propia y el dueño del suelo no tiene sobre ella relación real alguna en tanto dure la propiedad superficiaria.

6. La facultad de constituir derechos reales de garantía

⁵⁴ En tal sentido, nos apoyábamos, en más o en menos en: MARIANI de VIDAL, M. obra citada, tomo I, p. 116 y 119; MUSTO, Néstor J. obra citada, tomo I p. 219 y 220; AREÁN, B. obra citada, tomo I, p. 153 y 154

⁵⁵ En contra: Beatriz Areán, quien considera que el superficiario posee las plantaciones, y por una ficción legal, el ejercicio de la posesión no recae sobre el inmueble. Por tanto, el dictado de la ley importa una modificación de conceptos tradicionales en materia posesoria, tales como el que surge del art. 2403 que establece que “*la posesión de una cosa hace presumir la posesión de las cosas accesorias a ella*” y el art. 2405 que reza “*cuando la cosa forma un solo cuerpo, no se puede poseer una parte de él, sin poseer todo el cuerpo*”. Dice la autora citada, que deja de ser aplicable frente a la superficie forestal, el ejemplo comprendido en la nota al último artículo referido que decía (con cita de Saviny): “...una casa no puede ser poseída sin el terreno sobre que reposa, porque es inseparable del suelo. El superficiario, expresa la autora, *habrá de poseer los árboles sin el terreno en el que están plantados*. Autora y obra citada, tomo II, p. 698 y 699

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

El artículo 2 que estamos analizando concluye diciendo: “...pudiendo gravarla con derecho real de garantía⁵⁶...”, se le criticó fuertemente al párrafo aludido que no expresaba cual derecho real de garantía era admisible⁵⁷.

Más allá de la crítica⁵⁸, la cuestión versaba en determinar si era factible, constituir hipoteca en ambas modalidades de la superficie. En lo tocante a gravarla con el mencionado derecho en el caso de las forestaciones ya existentes al momento de constituirlo, no presentaba problemas, pues el objeto del derecho real de hipoteca sería parte del inmueble por su naturaleza⁵⁹, es decir todo “aquello referido a la forestación que se encuentre orgánicamente adherido al suelo de manera perdurable” (o sea, el bosque), más el suelo, que sigue perteneciendo al “dominis solis”, quedaba exceptuado de la misma⁶⁰.

Pero la cuestión no estaba tan clara en el modalidad consistente en “el derecho forestar”, así por ejemplo Ventura, al referir al tema de la hipoteca, consideraba que ambas manifestaciones, propiedad superficiaria y derecho a plantar y hacer suyo lo pactado, no debieron regularse juntas sin efectuar los distinguos pertinentes, dado el primero tiene objeto

⁵⁶ Igual que ocurría en el Proyecto de Código Civil de 1998 (art. 2026), según lo apuntaba ANDORNO, L. “el derecho a construir o forestar puede ser hipotecado”. Autor citado en: “El Derecho de Superficie en Proyecto de Código Civil de 1998”, Publicado en JA el 10/05/2000, p. 240.

⁵⁷ Conforme SLEMENSON, Héctor en “Un nuevo derecho real: El derecho real de superficie forestal”, publicado en LA LEY, 2002- E. Este autor expresa: “... entendemos que hubiera sido conveniente nominar la garantía real que puede se puede establecer sobre el derecho real de superficie, lo que, lamentablemente, no se ha hecho...” También agrega que “... la superficie puede ser gravada con derecho real de garantía, que no será justamente de hipoteca, pues esta se constituye sobre el dominio, sea perfecto o imperfecto, mientras que es en este caso, la garantía la constituye el superficiario, y recaerá materialmente sobre lo que este plantado sobre el suelo, o lo que se plante eventualmente. Se plantea acá qué normas se aplicarían por analogía: si las correspondientes a la hipoteca o la prenda, por ser los bosques y selvas cosas que pueden ser arrancadas de la tierra, con lo que se convierten, de inmuebles por accesión a bienes muebles. Pensamos que, en la medida en que la superficie sea la que está gravada con derecho real de garantía superficiaria, todo lo que se encuentre adherido al suelo corresponderá a esa garantía y solamente se podrá preñar lo que esté desprendido del mismo. Autor y trabajo citado. P. 1223 y 1224.

⁵⁸ Que solo compartimos en su primera parte, pues el derecho real de prenda no sería aplicable.

⁵⁹ Artículo 2315 del C.C. “Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran realmente inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con tal que esta adhesión tenga el carácter de perpetuidad”. Nota: 2315. LL. 28 y 29, tít. 5, Part. 5ª. “Así las plantas de un almárgo, aunque estén inmediatamente adheridas al suelo, no son inmuebles, *pues sólo temporalmente están unidas al suelo.*”. A contrario sensu, el bosque lo sería, *pues esa unión es de carácter perdurable.*

⁶⁰ AREAN sostenía: “que en tal caso, debe quedar bien en claro que: “... solo tendrá por objeto la superficie, de suerte que, en caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario no tendrá derecho alguno sobre el terreno, debiendo limitarse a ejecutar las plantaciones existentes en el mismo”. Autora y obra citada, en tomo II, p. 707.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

actual en tanto el segundo el objeto es futuro, pudiendo hipotecar solo el primer caso y no el segundo porque el objeto del derecho aún no ha nacido⁶¹. También era coincidente en la imposibilidad de hipotecar el derecho a forestar Cura Grassi⁶².

Nos parece oportuno, antes de adentrarse en esa compleja situación, dilucidar la cuestión sobre el objeto de los derechos reales dentro del Código de Vélez, indagando a cerca de la posibilidad, de que los “derechos” pudieran ser objeto de los mismos.

La cuestión determinar pasaba (a nuestro entender) por la interpretación de un artículo ubicado en la normativa del derecho real de usufructo, nos referimos al polémico artículo 2838, en cuyo texto se consignaba lo siguiente: “... *El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales...*” dando a entender que respecto de ese derecho real su objeto podría recaer sobre objetos “inmateriales”, vale decir bienes en su sentido restringido⁶³, o sea “derechos”.

Eso dio lugar a que se dividiera la doctrina en torno al objeto del usufructo y también del derecho real de prenda de créditos.

Diversas fueron las interpretaciones del citado artículo, algunos admitiendo esa posibilidad y otros negándola, toda vez que entendían que los derechos no podían constituir el objeto de un derecho real.

Salvat⁶⁴, al analizar el artículo mencionado supra, sostenía que el principio general era que podía ser establecido sobre toda especie de bienes, es decir, *tanto cosas como derechos*, aclarando que: a) Las expresiones corporales o incorporales se referían a *cosas* y

⁶¹ Autor citado en ponencia referida. No obstante, este autor considera que el objeto de los derechos reales el Código Civil, a tenor de lo preceptuado en el art. 2838 podían ser los bienes.

⁶² CURA GRASSI, Domingo Cesar quien expresa que en su opinión solo podría hipotecar el titular de la propiedad superficiaria, no así el titular del derecho a sembrar, quien tan solo es titular de un derecho personal, para alguna parte de la doctrina o derecho real sobre cosa ajena, para alguna otra parte de la doctrina. En: “Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal”, Publicado en La Ley. 06/02/2003.

⁶³ Conforme BUTELER CACERES, José A, “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Advocatus, p. 176 y 177. Córdoba. 2da. Edición, 1989.

⁶⁴ SALVAT, Raymundo M “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales) N° 1529 y 1430. Tomo II, p. 29 y 30), Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Bs. As. 1927.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

a derechos; b) La terminología muebles e inmueble, *se aplicaba fundamentalmente a las cosas*, dado que los derechos que podrían tener el carácter de *inmuebles estarían excluidos* del usufructo según lo preceptuaba el artículo 2842⁶⁵. Sin embargo, delimitaba la hipótesis, aclarando que las cosas o derechos para ser objeto del usufructo deben estar en el comercio y, que de tratarse de derechos conforme a la segunda parte del art. 2838, estos derechos deben estar representados por sus instrumentos, *porque son estos instrumentos los que objetivamente constituyen el derecho* y, si el instrumento no existe, el usufructo de no deja de tener valor, sino que vale para el caso de las cosas comprendidas en el derecho, llegaren poder del usufructuario: *el usufructo recae en este caso sobre las cosas mismas* (al concluir de esa forma, su posición termina pareciendo a la postura que expresara Gatti, que infra desarrollaremos, a pesar de la amplitud con que comienza a tratar el tema). También expresa que el usufructo puede ser: a) universal⁶⁶, cuando refiere a una herencia (universalidad de derecho) o referir por ejemplo a una tropa de ganado (universalidad de hecho), sea por entero o por una parte alícuota; o b) particular⁶⁷, tal el caso de recaer sobre una casa o cincuenta caballos⁶⁸.

Musto⁶⁹ por su parte expresa que, según el art. 2838, *puede extenderse a “bienes que no sean cosas”*, agregando que los bienes inmateriales pueden ser objeto de goce pero no de uso⁷⁰ y, que el más común entre los bienes, es el llamado *usufructo de créditos*, en el cual el goce consiste en la obtención por parte del usufructuario de los frutos civiles de las sumas adeudadas, o sea los intereses. Y en lo concerniente al requisito de la representación del

⁶⁵ Artículo 2842: “No pueden ser objeto de usufructo, el propio usufructo, los derechos reales de uso y habitación, las servidumbres reales activas, separadas de los inmuebles a que fueren inherentes, la hipoteca, la anticresis, la prenda separada de los créditos garantidos con ella, y los créditos que fuesen intransmisibles”.

⁶⁶ Artículo 2827: “El usufructo es universal, cuando comprende una universalidad de bienes, o una parte alícuota de la universalidad. ...”.

⁶⁷ Artículo 2827: “El usufructo... es particular cuando comprende uno o muchos objetos ciertos y determinados”.

⁶⁸ Autor y obra citada, nro. 1495, tomo II, p. 14.

⁶⁹ Autor y obra citada, tomo II, p. 44 y 45. Este autor es quizás, uno de los doctrinarios de mayor amplitud en cuanto a los derechos como objeto del usufructo. Ver p. 102, 108 y siguientes.

⁷⁰ El usufructo de bienes dice el autor, reduce a su titular al campo “fructuario” y desecha el campo del “usus” y, aunque que se suele hablar de uso y goce de los derechos, estos solo se gozan, las cosas se poseen y se usan. Musto, obra citada, tomo II, p. 108.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

crédito con sus respectivos instrumento, que terminaría reduciendo el objeto del usufructo a la cosa (instrumento) y no al crédito en sí mismo, *estima que constituye una restricción o alteración de la significación de las frase contenida en la norma, porque es evidente que no es el instrumento en si lo que genera el derecho creditorio, sino que es el derecho en él instrumentado*⁷¹. Al tratar el usufructo universal el autor expresa que su objeto no es la cosa⁷² y la posibilidad de constituir usufructo sobre bienes inmateriales, responde a una idea amplia de propiedad⁷³, *tal como se puede apreciar, denota una postura mucho más categórica a que el objeto del usufructo puedan ser los “derechos” que la expresada por Salvat.*

Mariani de Vidal⁷⁴ por su parte, en principio expresa que el objeto del derecho real, en el sentido del art. 2311 del Código Civil, *son las cosas. Las que deben ser ciertas, individualmente determinadas, en el comercio y actualmente existentes*, apoyándose en la nota al Título IV⁷⁵ del Libro III y la nota al libro III⁷⁶. No obstante, ante la existencia de casos especiales dentro del Código Civil, se plantea la posibilidad de morigerar la rigidez del principio, admitiendo que *como regla que el objeto son las cosas, pero que los derechos también pueden serlo en casos excepcionales*⁷⁷. Y cita las hipótesis indicadas en los párrafos

⁷¹ Autor y obra citada, p. 45.

⁷² Musto, obra citada, tomo II, p. 96

⁷³ Musto, obra citada, tomo II, p. 106

⁷⁴ Autora y obra citada, tomo I, p. 25.

⁷⁵ Nota al Título IV del Libro III, Párrafo 9º: “...pues que la cosa es el objeto directo e inmediato, y no puede haber un derecho sin objeto...”

⁷⁶ Nota al Libro III: “Al tratar de las cosas y de la posesión antes que de los derechos reales, seguimos la opinión y el método de Mackeldey, *porque las cosas y la posesión son los elementos de los derechos reales.*”

⁷⁷ Autora y obra citada, tomo I, p. 26 y 27.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

anteriores, coincidiendo con la doctrina mencionada. Vale decir: los artículos 2838⁷⁸, 2827⁷⁹ y 2816⁸⁰ referentes al usufructo y los artículos 3204⁸¹, 3209⁸² y 3212⁸³ atinentes a la prenda.

Valdes y Orchansky⁸⁴, abonaban la posibilidad de que los *demás bienes, excepcionalmente pudieran ser objeto de los derechos reales*, pues la tratar las diversas clasificaciones sobre los derechos reales, destinaban una a ese tópico en particular, a la que titulaban “*derechos reales sobre cosas y sobre bienes*”. Al referir al caso del derecho de usufructo y al de prenda ya citados precedentemente reconocían que, para configurarse dichas hipótesis, era necesario que el crédito este “corporificado”⁸⁵ en un documento; agregando además, que esa circunstancia permite considerarlo *civiliter* como un objeto corpóreo⁸⁶. Por lo demás añadían que, excepcionalmente, también podía darse *la constitución de un derecho*

⁷⁸ Artículo 2838: “*El usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes muebles o inmuebles, corporales o incorporales, que pueden ser vendidos o donados, y todos los que pueden ser dejados por disposiciones de última voluntad. Los bienes que no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos. Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro*”

⁷⁹ Artículo 2827: “*El usufructo es universal, cuando comprende una universalidad de bienes, o una parte alícuota de la universalidad. Es particular cuando comprende uno o muchos objetos ciertos y determinados*”.

⁸⁰ Artículo 2816: “*El usufructo legal es establecido por la ley en los bienes de los hijos menores a favor de sus padres, en los términos dispuestos en el título "De la patria potestad"; y también en los bienes sujetos a reserva por el cónyuge bínubo, según los términos dispuestos en el título "Del matrimonio"*.

⁸¹ Artículo 3204: “*Habrà constitución de prenda cuando el deudor, por una obligación cierta o condicional, presente o futura, entregue al acreedor, una cosa mueble o un crédito en seguridad de la deuda*”.

⁸² Artículo 3209: “*Si el objeto dado en prenda fuese un crédito, o acciones industriales o comerciales que no sean negociables por endoso, el contrato, para que la prenda quede constituida, debe ser notificado al deudor del crédito dado en prenda, y entregarse el título al acreedor, o a un tercero, aunque él sea superior a la deuda.*”

⁸³ Artículo 3212: “*No puede darse en prenda el crédito que no conste de un título por escrito.*”

⁸⁴ VALDES, Horacio y Benito ORCHANSKY en “*Lecciones de Derechos Reales*”, Editorial Lerner. Bs. As. 1969, p. 29.

⁸⁵ Lo cual también podría ser ubicada dentro de la postura contraria, pues el término “*corporificado*” así lo indica.

⁸⁶ Seguían agregando los autores mencionados, que el derecho real así constituido no crea, no puede crear, un señorío que no existe en el derecho sobre que se asienta, sino que sólo antepone al acreedor otra persona que en virtud de su derecho real ha de conducirse como acreedor a los fines de percibir la utilidad del crédito o el crédito mismo. Y que en tales casos, más que una constitución de un derecho real sobre el crédito, hay un negocio jurídico fiduciario, en que la tradición, propia de los derechos reales sobre cosas, se lleva a cabo por una cesión, cuyas formas corresponden a la naturaleza del documento.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

*real sobre otro derecho real, cuando por ejemplo, el usufructuario da en anticresis su derecho de usufructo*⁸⁷.

Alterini por su parte expresa, respecto al art. 2838 del Código Civil, que el principio general es que el usufructo puede ser establecido sobre toda especie de bienes, *o sea que, aparte de cosas puede recaer sobre derechos*⁸⁸ y, en lo concierne a la prenda de créditos, *sostiene en ese caso recae sobre el crédito, alegando que Vélez habría recurrido a la categoría de las cosas por su carácter representativo para mantener a ultranza el principio de que los derechos reales recaen sobre cosas*⁸⁹.

Sin embargo, otro sector de la doctrina, entendía que “*solo las cosas podían ser objeto de usufructo*”, siguiendo la opinión de Fernando López de Zavalía⁹⁰ y Edmundo Gatti⁹¹ (era la denominada doctrina clásica⁹²) a la que adherían modernamente entre otros, Highton⁹³ y Areán⁹⁴.

Esta última sostenía los derechos reales solo pueden tener por objeto cosas⁹⁵ y *que nunca un derecho real podría tener por objeto otro derecho real*⁹⁶ y, al interpretar el art 2838, que alude al usufructo de créditos, y que en cuyo texto se lee que: “...Los bienes que

⁸⁷ Autores y obra citada, p. 29.

⁸⁸ ALTERINI, Jorge H –Director General- en “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” Tomos IX y X. (Director del Tomo COSSARI, Nelson G. A). Editorial La Ley, Bs As 2015. (En tomo, X comentario al art. 2130 del CCCN, p. 219. En la cita nro. 52, se apoya en la opinión de GARRIDO, Roque y ANDORNO Luis: en “Código Civil Anotado”. (Victor P. Zavalía. Bs. As. 1979. T° III. P. 273).

⁸⁹ Autor y obra citada, comentario al art. 1883. Tomo IX, p. 31 y 32.)

⁹⁰ Autor citado por Lilian N. GURFINKEL de WENDY, al comentar el art. 1883 en: “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”. RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela (Directores), Editorial la Ley, Bs. s. 2014, p. 214.

⁹¹ Autor citado, en “Teoría General de los Derechos Reales”, Editorial Abeledo-Perot, Bs. S. 1975, p. 204, referido por ALTERINI quien pese a citarlo, no comparte la posición de Gatti. Ver ALTERINI, Jorge H. Director General en el “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, ya citado. Ver comentario al art. 1883, Tomo IX, p. 30 y 31.

⁹² Según la expresión de BRAIDOT, Eliana Verónica al comentar el art. 2130 del CCCN, en Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”. RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela, Editorial la Ley, Bs. As. 2014, p. 714.

⁹³ Conforme expresa ALTERINI, obra citada, comentario al art. 1883, Tomo IX, p. 30 y 31. Editorial La Ley. Bs. As. 2015.

⁹⁴ Según surge de la obra citada de esta autora en el presente.

⁹⁵ Autora y obra citada, tomo I, p. 87 (al tratar el objeto de los derechos reales).

⁹⁶ Autora y obra citada, tomo II, p. 729 (al tratar objetos excluidos del usufructo).

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

no son cosas sólo pueden ser objeto actual de usufructo cuando estuvieren representados por sus respectivos instrumentos...⁹⁷, sostenía que en realidad el objeto del usufructo *no era el “crédito” en sí mismo, “sino el instrumento portante de él”*.

De allí, que López de Zavalia y Gatti, sostuviesen que Vélez introdujo la categoría de las “cosas por su carácter representativo” precisamente para sostener que el *único objeto de los derechos reales eran las cosas*⁹⁸.

Además, el artículo⁹⁹, refería en su última parte a que: “...*Cuando no estuvieren representados por instrumento, las cosas comprendidas en el crédito o en el derecho, que viniesen a poder del usufructuario, serán su objeto futuro...*”¹⁰⁰, en realidad apuntaba a que a las cosas que irían a poder del usufructuario en virtud de la obligación asumida en dicho instrumento, serían el denominado objeto futuro. En opinión de Areán, solo *se trataba de una manera metafórica de expresar breve y cómodamente la compleja situación que se da cuando el titular del crédito faculta a otra persona para que reciba el pago del deudor, “a los efectos de que en ese momento quede constituido automáticamente en su cabeza un usufructo o un cuasiusufructo”, según la naturaleza de las cosas entregadas en pago*. Por lo tanto, mientras el deudor no haya cumplido, solo puede hablarse de usufructo en sentido

⁹⁷ MARINI de VIDAL, proporciona un ejemplo expresando: “A tiene un crédito contra B que consta en instrumento –público o privado- por el que B se obliga a entregar un a A un caballo. Luego A da en usufructo a C dicho crédito entregándole el instrumento en que consta la obligación de B. Este tiene un objeto actual, que es el instrumento y un objeto futuro, que es el caballo. Autora y obra citada, tomo III, p. 13

⁹⁸ Según la opinión de Lilian N. GURFINKEL de WENDY, al comentar el art. 1883 en: “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”. RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela, Editorial la Ley, Bs. As. 2014, p. 214.

⁹⁹ De redacción poco clara, según AREAN, en obra citada, tomo II, p. 729 y 730,

¹⁰⁰ MARIANI de VIDAL, proporciona un ejemplo (no sin antes expresar que esa parte del artículo 2838, es inteligible y que es necesario recurrir a la art. 4548 del Esbozo de Freitas para esclarecerlo). A tiene un crédito contra B por el cual éste se obliga a entregar un caballo. Dicho crédito no consta por escrito. Luego A de un usufructo dicho crédito a C. Ese usufructo no tiene objeto actual (su objeto futuro es el caballo), que recién lo tendrá cuando B entregue el caballo a C. Como puede apreciarse C no es usufructuario, sino titular de un derecho personal de crédito, que se rige por la cesión de crédito. Cronológicamente, dice la autora hay: a) Contrato de usufructo; b) Derecho personal de cesión de créditos y c) Derecho real de usufructo, recién en la última situación. Autor y obra citada, tomo III, p. 14.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

figurado, máxime cuando el crédito no estaba representado por un instrumento pues, si lo estuviera, por lo *menos tendría como objeto una cosa por su carácter representativo*¹⁰¹.

En lo que respecta, al denominado usufructo universal, en el caso de las universalidades de hecho¹⁰², en realidad no tenía como objeto la misma, sino cada una de las cosas en particular que lo conformaban¹⁰³, tal el caso del art. 2902 del C.C¹⁰⁴. En lo que respecta a la universalidad de derecho, el llamado usufructo de un patrimonio¹⁰⁵, como el derecho real debe recaer sobre cosas determinadas, el objeto de dicho usufructo no es la universalidad jurídica¹⁰⁶, ya que ésta se compone de cosas y bienes que no son cosas, que integran el activo, como así también las obligaciones y cargas con las que se conforma el pasivo. Según la opinión de Edmundo Gatti, no puede verse al patrimonio en su conjunto como objeto, *sino que el usufructo se descompone en usufructos sobre las cosas no consumibles o fungibles que la integran, más “cuasiusufructos” sobre las consumibles y*

¹⁰¹ AREÁN Beatriz, obra citada, tomo II, p. 730 y 331.

¹⁰² La nota al art. 2312, recordaba José A. BUTELER CACERES, se alude a que además de la “*universitas iuris*”, esto es la universalidad jurídica, existe también la “*universitas facti o rerum*”, vale decir universalidad de hecho o universalidades de cosas. Ellas refieren a ciertos estados de los cuerpos, de aquellos constituidos por muchas partes diferentes y distintas, pero unidas bajo un solo nombre, como un rebaño, una piara, una biblioteca. *Aquí el sentido de unidad proviene de la propia voluntad del hombre* o de la afectación económica común que tiene las individualidades que integran el conglomerado. *En cambio* en la “*universitas iuris*”, *el sentido de unidad proviene de la ley*. Autor citado, en obra citada, p. 193.

¹⁰³ Su correlato en materia posesoria la brindaba el artículo 2404: “La posesión de una cosa compuesta de muchos cuerpos distintos y separados, pero unidos bajo un mismo nombre, como un rebaño, una piara, comprende sólo las partes individuales que comprende la cosa”. Nota: 2404. TROPLONG, *id.* núm. 275. Si en un rebaño hay animales ajenos, el dueño de él no los posee.

¹⁰⁴ Artículo 2902: “Si el usufructo consiste en ganados, el usufructuario está obligado a reemplazar con las crías que nacieren, los animales que mueren ordinariamente, o que falten por cualquier causa. Si el rebaño o piara de animales perece del todo sin culpa del usufructuario, éste cumple con entregar al dueño los despojos que se hayan salvado. Si el rebaño o piara perece en parte sin culpa del usufructuario, tendrá éste opción a continuar en el usufructo, reemplazando los animales que faltan, o cesar en él, entregando los que no hayan perecido”.

¹⁰⁵ Artículo 2898: “El que adquiere a título gratuito un usufructo sobre una parte alícuota de los bienes, está obligado a pagar en proporción de su goce y sin ninguna repetición, las pensiones alimenticias, las rentas, sueldos y réditos devengados que graven el patrimonio.

¹⁰⁶ El patrimonio, constituye la universalidad jurídica de todos los derechos activos y pasivos pertenecientes a una persona en cuanto son bienes, esto es, en cuanto son susceptibles de apreciación pecuniaria. Está integrado por los derechos reales y los personales o de créditos, como así también la propiedad intelectual en cuanto refiera a su valor patrimonial. BUTELER CACERES, J. obra citada. 191.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

*fungibles, más usufructo de créditos que tenga el patrimonio. Ello junto a una cesión de las deudas que figure en el pasivo*¹⁰⁷.

Todo ello lleva a decir a Beatriz Areán de manera terminante, *que: “...la locución “usufructo de un patrimonio” no era más que otra expresión metafórica que se utilizaba para designar cómodamente la complejidad de derechos que pueden nacer activa y pasivamente en cabeza del denominado usufructuario...*¹⁰⁸.

En lo atinente a la prenda de créditos, al igual que en usufructo de créditos, el objeto no es crédito (derecho personal) sino el instrumento que constata su existencia, que es una cosa mueble por su carácter representativo. Por lo tanto, cuando el deudor del crédito cumple con *la prestación no pagara al acreedor, sino al acreedor prendario del acreedor, recayendo la prenda sobre las cosas que hubiere recibido el deudor*¹⁰⁹.

Para cerrar el análisis de esta línea de pensamiento, que opinaba que los “derechos” no podían ser objetos de “los derechos reales”, se citaba también en apoyo, lo normado por el art. 2842 del CC. *por el cual no podían ser objeto de usufructo, ciertos derechos, tales como: a) el propio usufructo; b) los derechos reales de uso y habitación; c) las servidumbres reales activas, separadas de los inmuebles a que fueren inherentes; d) la hipoteca, la anticresis, la prenda separada de los créditos garantidos con ella; y e) los créditos que fuesen intransmisibles. Desde otro costado se citaba lo establecido en el art. 3120 referente a la hipoteca, que sentenciaba: a) los derechos reales de usufructo, b) servidumbre; c) de uso y habitación, d) y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse. Entre los fundamentos de tal resolución, el Codificador expresaba que: “...El código francés resolvió que el derecho de usufructo podía ser hipotecado; pero no siendo cosa sino un derecho, no entra en nuestro sistema admitir la hipoteca del usufructo...”*¹¹⁰.

¹⁰⁷ Autor citado, en “Teoría General de los Derechos Reales”, Editorial Abeledo-Perot, Bs. S. 1975, p. 204. Referido por ALTERINI, J. en el “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, ya citado, al comentar el art. 1883, Tomo IX, p. 30 y 31.

¹⁰⁸ AREAN, Beatriz. Obra citada, tomo II, p. 731.

¹⁰⁹ AREAN, obra citada, tomo II, p. 873.

¹¹⁰ Nota al art. 3120 del C.C.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

Otro artículo a reseñar es 3242 ubicado dentro del título XVI del libro III, que corresponde al derecho real de anticresis, en cuyo texto se lee: “El usufructuario puede dar en anticresis *su derecho de usufructo*”. Pese a la literalidad de la norma, en realidad el objeto del ese derecho real de garantía son los frutos existentes, cuya propiedad pertenece al usufructuario¹¹¹. Por su parte Alterini aclaraba, al comentar el artículo referido, que la doctrina sostenía que la anticresis recaía en realidad sobre la cosa dada en anticresis y no sobre el derecho de usufructo¹¹².

Realizado un breve paneo sobre el tópico, corresponde tomar posición sobre una u otra postura doctrinaria, adelantando que adherimos a los fundamentos de la doctrina clásica, sostenida por Edmundo Gatti y seguida por Beatriz Areán, a quien hemos citado en reiteradas ocasiones, por lo que entendíamos que, *en el sistema Velezano el objeto de los derechos reales eran solo las cosas, y en honor a la brevedad nos remitimos a sus argumentos anteriormente expuestos.*

Ahora bien, la cuestión pasa por relacionar el objeto de los derechos reales dentro del Código Civil y a la Ley 25.509, toda vez que la citada normativa aludía en su art. 2 establecía: “...*pudiendo gravarla con derecho real de garantía...*”. La redacción de la norma no era lo suficientemente clara, tanto fue así, que no quedaba esclarecido a cuál de ellos se refería o, si lo hacía respecto de todos. Slemenson expresaba que una vez arrancado los bosques y selvas de la tierra se convierten de inmuebles a muebles, infiriéndose entonces que el derecho apropiado no era precisamente la hipoteca¹¹³. Dentro de esta línea de pensamiento se consideraba adecuado que fuese la “prenda”, dado que el derecho de superficie deroga el principio de accesión, e impedía considerar las plantaciones como inmuebles. Coincidimos plenamente con Alterini en que, si bien el derecho de superficie impide la atracción de las plantaciones al dominio del dueño de suelo, *no puede convertir en mueble lo que técnica es*

¹¹¹ En contra: VALDES y ORCHANSKY, en obra citada, p. 29.

¹¹² ALTERINI, Jorge H. -Director General- en “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” al comentar el art. 2142 del CCCN, Tomo X, p. 269,

¹¹³ SLEMENSON, Héctor en trabajo citado. p. 1223 y 1224. LA LEY, 2002- E

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

un inmueble, por tanto la naturaleza del objeto determina que el derecho real de garantía a constituir era la hipoteca y no la prenda¹¹⁴.

Otro déficit, que se le endilgó al art. 2 de la ley, antes citada, fue que no quedaba claro si la posibilidad de gravar con derecho real de garantía, *abarcaba a las dos modalidades*, o si solo resultaba acotada a la hipótesis de la ... “propiedad de plantaciones ya existentes...” (o sea, la propiedad superficiaria), excluyendo de esta forma a “...la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado...”.

En relación a ello, como era previsible, la doctrina se dividía, pues un sector importante de ella, admitía la posibilidad de gravar ambas modalidades con derecho real de garantía, y otro condicionaba tal posibilidad a la presencia de “plantaciones ya existentes”, lo que equivalía a decir que sin propiedad superficiaria, no era factible la constitución de un derecho real de garantía.

En tal sentido, Cossari y Luverá, expresaban que no está lo suficientemente claro si la hipoteca estaba habilitada sobre el derecho a forestar como lo hacía el proyecto de 1998 (art. 2026 – 1990 de la Comisión) dado que pareciera que son las plantaciones ya existentes las que se pueden gravar con derecho reales de garantías¹¹⁵. Cura Grassi, por su parte argumentaba que era de suma importancia el esclarecimiento del tema relativo a la posibilidad de hipotecar este derecho de superficie forestal, y que en su opinión solo podría hipotecar el titular de la propiedad superficiaria, y *no así el titular del derecho a sembrar*, quien es tan solo titular de un derecho personal, para alguna parte de la doctrina o derecho real sobre cosa ajena, para alguna otra parte de la doctrina¹¹⁶.

Por la negativa, también se expedía Gurfinkel de Wendy, quien siguiendo el lineamiento clásico sobre el objeto de los derechos reales, esto es que los mismos recaen solo

¹¹⁴ ALTERINI Jorge H. –Director- en “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, comentario al art. 2120 del CCCN, Tomo X, p. 178.

¹¹⁵ COSSARI, Nelson G. y Miguel A. LUVERA, en Derecho Real de Superficie Forestal (Breve comentario a la ley 25.509), p. 687. La Ley. Litoral Juris, Año 6, Numero 6, Julio de 2002.

¹¹⁶ CURA GRASSI, Domingo Cesar en “Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal”. Artículo publicado en la Ley, el jueves 06 de febrero de 2003.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

sobre cosas, expresaba que resultaba imposible que estos tengan por objeto otro derecho. Tal principio exigiría al menos para su derogación en el caso particular, una manifestación expresa del legislador, la que no se daba en Ley 25.509¹¹⁷. En efecto, comparando la ley de creación del derecho real de propiedad horizontal, con la de superficie forestal, se puede apreciar que al dictarse la ley 13.512, el art. 2617¹¹⁸ del Código Civil (que prohibía la división en planos horizontales de la propiedad), mantuvo su lozanía, toda vez que el art. 18¹¹⁹ de la ley 13.512, *no deroga a todos los efectos el art. 2617 sino "a los efectos de la presente ley"*. Lo que equivalía a decir que de ninguna forma podía modificarse el dominio vertical en planos horizontales, excepto por aplicación de régimen previsto en la 13.512. No hay ninguna referencia en la ley 25.509 (más allá de la falta de precisión y claridad de su artículo 2) a los artículos 3108¹²⁰ y 3109¹²¹, y menos al art. 3120¹²² del Código Civil que vinculan con el tópico en relación al objeto del nuevo derecho real, en su faceta del derecho a forestar.

Luis O Andorno¹²³, quien en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, es terminante en negar tal posibilidad en cuanto al derecho de forestar; en un trabajo publicado en relación al Proyecto de Código Civil de 1998¹²⁴, vinculado al derecho a edificar, no opinaba lo mismo, seguramente porque la redacción de la norma de la Ley 25.509 no era

¹¹⁷ GURFINKEL de WENDY, Lilian “Ley 25.509 – Superficie Forestal” en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirigido por BUERES, Alberto J y coordinado por HIGHTON; Elena I, 2da. Edición. Hammurabi; Bs. As. 2005. T. 5-C, p. 693. Citado por ALTERINI Jorge H. en “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, comentario al art. 2120 del CCCN, Tomo X, p. 178, cita 121.

¹¹⁸ Artículo 2617: “El propietario de edificios no puede dividirlos horizontalmente entre varios dueños, ni por contrato, ni por actos de última voluntad”.

¹¹⁹ Ley 13.512 - Artículo 18: “A los efectos de la presente ley, quedan derogados los artículos 2617, 2685 in fine y 2693 del Código Civil, así como toda otra disposición que se oponga a lo estatuido en esta ley”.

¹²⁰ Artículo 3108: “La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles, que continúan en poder del deudor”.

¹²¹ Artículo 3109: “No puede constituirse hipoteca sino sobre cosas inmuebles, especial y expresamente determinadas, por una suma de dinero también cierta y determinada. Si el crédito es condicional o indeterminado en su valor, o si la obligación es eventual, o si ella consiste en hacer o no hacer, o si tiene por objeto prestaciones en especie, basta que se declare el valor estimativo en el acto constitutivo de la hipoteca”.

¹²² Artículo 3120: “Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación, y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse”.

¹²³ Este autor es referido por ALTERINI Jorge H. -Director- en “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, comentario al art. 2120 del CCCN, Tomo X, p. 179 y 180, citas n° 117 y 118.

¹²⁴ Auto citado en “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, publicado JA el 10/05/2000.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

similar a la proyectada en 1998¹²⁵. A pesar de la negativa inicial, Alterini, cuenta que en las citadas Jornadas el prestigioso jurista se persuadió en el debate de la posibilidad de admitir de *lege lata* la hipotecabilidad del derecho de forestar, votando en tal sentido¹²⁶. Tal como se puede apreciar de posición vacilante del gran jurista, *el tema no era tan sencillo de discernir*.

Gabriel B. Ventura, al referir al tema de la hipoteca, consideraba que ambas manifestaciones, propiedad superficiaria y derecho a plantar y hacer suyo lo pactado, *no debieron regularse juntas sin efectuar los distingos pertinentes*, dado el primero tiene objeto actual en tanto el segundo el objeto es futuro, *pudiendo hipotecar solo el primer caso y no el segundo* porque el objeto del derecho aún no ha nacido¹²⁷.

Acerca de la posibilidad de hipotecar el derecho a forestal, Mariani de Vidal expresa que el principio de *numerus clausus* va dirigido a los contratantes y no al legislador, que puede regular el estatuto de los derechos reales admitiendo del modo que mejor lo considere conveniente, de manera que no sería extraño que se configure una hipoteca sobre un derecho: el derecho de forestar¹²⁸. A su vez Jorge H. Alternini, en relación a la Ley 25.509 entendía, que debía interpretarse dicha ley en el sentido de permitir el derecho de hipoteca tanto sobre la propiedad superficiaria como sobre el derecho a forestar, *pero que debía ser reformado el texto para evitar cualquier cuestión al respecto*, dado que ningún inversor iba a otorgar un crédito exponiéndose a planteos de nulidad, recordando además que: “El principio de tipicidad en el derecho argentino exige sumo cuidado a la hora de redactar las normas”. Asimismo, recordaba que en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el punto VI del despacho mayoritario entendió que la superficie forestal en sus dos manifestaciones

¹²⁵ El autor referido, expresaba que: “... Finalmente el art. 2016 del Proyecto de 1998 expresaba que el derecho a construir o forestar puede ser hipotecado...” y cerraba manifestando que compartía plenamente el criterio sustentado por el Proyecto que estaba comentado...”. En: “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, publicado JA el 10/05/2000, p. 240.

¹²⁶ ALTERINI, Jorge H. en “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, comentario al art. 2120 del CCCN, Tomo X, p. 180, cita n° 124.

¹²⁷ Autor citado en ponencia referida. Cabe aclarar que este autor, enfoca el problema en que su objeto es futuro, toda vez que si admite la posibilidad de que los derechos reales tengan por objeto bienes (art. 2838 del CC)

¹²⁸ Autora, obra y citado, tomo III p. 139 y 140 y tomo I, p. 27 y 28.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

puede ser objeto de hipoteca; y que en las XXI Jornadas Nacionales de Derecho Civil se ratificó esa posibilidad¹²⁹.

Pasado revista de la los argumentos de ambas posturas, y ante la falta de claridad del art. 2 de la ley en análisis, compartíamos la posición que sostenía que solo podía gravarse con derecho real de garantía en la modalidad que refería a l adquisición de la propiedad de las plantaciones ya existentes. Es decir que consideramos necesaria la existencia de la denominada *propiedad superficiaria* que terminaba siendo el objeto actual, al decir de Ventura, y sobre él se predicara el principio de especialidad requerido para la existencia de la garantía, conforme las pautas que brindaba el Código de Vélez.

En lo que respecta a la otra modalidad, es decir aquella que alude a la facultad de forestar, nos inclinábamos por la negativa, pues creíamos (en base a los argumentos vertidos), *que los derechos no podrían configurar el objeto de los derechos reales* y, constituyendo la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado “*un derecho*”, estaba vedada la posibilidad de constituir sobre el derecho de forestar, derechos reales de garantía. Y, si lo que se quería era dejar de lado el principio, coincidimos con las expresiones de Lilian Gurfinkel de Wendy, en que debió haber una manifestación expresa del legislador en tal sentido¹³⁰, tal cual se había realizado con el otro derecho real creado con posterioridad a la sanción del Código Civil, nos referíamos a la ley 13.512 de propiedad horizontal (artículo 18).

No podemos dejar pasar los interesantes los comentarios de Andorno¹³¹, quien, a pesar de expedirse por esta postura negativa, en uno de sus trabajos¹³², en referencia al derecho

¹²⁹ ALTERINI Jorge H. en “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, comentario al art. 2120 del CCCN, p. 180.

¹³⁰ GURFINKEL de WENDY, Lilian, Ley 25.509 – Superficie Forestal”, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial, dirigido por Bueres, Alberto J. y coordinado por HIGHTON, Elena I. 2da. Edición, Hammurabi, Bs. As. 2005, Tomo 5-C, p. 693. Citado por ALTERINI, Jorge H –Director General- en “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, Tomo X. Comentario al art. 2120, p. 180.

¹³¹ Autor citado en. “El derecho de superficie en el Código Civil de 1998”, Publicado en JA el 10/05/2000, p. 241. Quien se apoya en MARTY, Juan Pierre “La dissociation juridique de l’immeuble. Contribution à l’étude du droit de superficie. Paris. 1979. p. 163.

¹³² “El derecho de superficie en el Código Civil de 1998”, JA 10/05/2000, p. 236.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

francés mencionaba la tesis del denominado “*inmueble por anticipación*”, conformando así una nueva categoría de inmueble¹³³. Ella surgía de la reforma¹³⁴ al art. 2133 del Código Civil francés que establecía que, “cuando una persona posee un derecho actual que lo faculta a construir a su favor sobre el fundo de otro, *la misma puede construir hipoteca sobre los edificios cuando la construcción haya comenzado o simplemente cuando la misma haya sido proyectada*”. Para haberlo aplicado a nuestra legislación habría que sustituir el término “*edificación*” por “*forestación o silvicultura*”.

Este trabajo se publicó antes de la sanción de la Ley 25.509, y pudo redactarse de esa forma, y de esa manera se conservaba el principio que *el objeto son las cosas*, para el caso: “*el inmueble por anticipación*”, pudiéndole configurar la tan mentada hipoteca, pero no fue así.

También se debía tener presente que para que se configure el gravamen debe respetarse los caracteres que informan al derecho de hipoteca, entre ellos la “especialidad”, en cuanto a los sujetos, causa, crédito y objeto. Precisamente en esta última variante de la especialidad, es que podrían presentarse algunos problemas, pues en el caso de gravar las forestaciones existentes, el objeto sería la forestación. Cabe también recordar, las expresiones de Areán, quien advertía que: “...en caso de hipoteca, debe quedar bien en claro que solo tendrá por objeto la superficie, de suerte que, en caso de incumplimiento, el acreedor hipotecario no tendrá derecho alguno sobre el terreno, debiendo limitarse a ejecutar las plantaciones existentes en el mismo.”¹³⁵.

Por otra parte, y siempre que exista propiedad superficial, no solo podía gravarla con derecho real de garantía (hipoteca y anticresis), sino también derechos reales de disfrute

¹³³ Recordando que en el Código Civil, la clasificación de los mismos se agrupaba según el art. 2313 en: a) inmuebles por su naturaleza -art. 2314-; b) inmuebles por accesión física -art. 2315- y moral -art. 2316-) y; c) inmuebles por su carácter representativo -art. 2317-.

¹³⁴ Por decreto n° 55-22 del 4 de enero de 1955.

¹³⁵ Autora y obra citada, tomo II, p. 707.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

como el usufructo¹³⁶ y las servidumbres¹³⁷ estando facultado para adquirirlas también¹³⁸, y constituir derechos personales.

7. Consideraciones finales sobre el derecho real se superficie forestal

Nos parecía oportuna la incorporación del derecho real de superficie a la nómina de los derechos reales en el ordenamiento jurídico argentino, y como la mayoría de la doctrina, lamentamos que su campo de aplicación quedase acotado a la actividad forestal. Ademase éramos partícipes de la postura restringida¹³⁹, la que sostenía que no podría ser constituido sino el marco de las previsiones de la Ley de Inversiones para bosques Cultivados y sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura, cabiendo además observar las prescripciones de Ley de Defensa Forestal 13.273.

Por otra parte, en lo tocante a la redacción del texto legal, había una serie de críticas que adjudicarle, las que se han mencionado en el presente, no obstante cabe remarcar que ante la falta de claridad del art. 2 de la ley en análisis, compartíamos la posición que sostenía que solo podía gravarse con derecho real de garantía en la modalidad que refería a la adquisición de la propiedad de las plantaciones ya existentes. Es decir que, consideramos necesaria la existencia de la denominada *propiedad superficiaria* que terminaba siendo el objeto actual¹⁴⁰, y sobre él se predicara el principio de especialidad requerido para la existencia de la garantía, conforme las pautas que brindaba el Código de Vélez.

En lo que respecta a la otra modalidad, es decir aquella que alude a la facultad de forestar, nos inclinábamos por la negativa, pues creíamos *que los derechos no podrían*

¹³⁶ Al respecto J. M. DIAZ REYNA, expresaba que era de aplicación el art. 2973 del C.C. sobre usufructo de montes; agregado que sería muy difícil de concebir el derecho de uso y muchos menos el de habitación. Obra citada, p. 68.

¹³⁷ De acuerdo con el art. 2998 del CC.

¹³⁸ Según artículos 2980, 2982 y 2984 del CC.

¹³⁹ Sostenida entre otros por MARIANI de VIDAL, Marina en “Derechos Reales”, 7ma. edición, editorial Zavalia, Bs. As. 2004, tomo III, p. 120

¹⁴⁰ Según opinión de VENTURA, Gabriel B. en ponencia del XIX Jornadas Nacionales de D. Civil, en el año 2003.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

*configurar el objeto de los derechos reales y, constituyendo la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado “un derecho”, estaba vedada la posibilidad de constituir sobre el derecho de forestar, derechos reales de garantía y, si lo que se quería era dejar de lado el principio, debería haber existido una manifestación expresa del legislador en tal sentido*¹⁴¹.

Finalmente, coincidíamos también con el Profesor Gabriel B Ventura¹⁴², *quien sostenía que el derecho real nacido con motivo de la ley que estamos analizando, no constituía en rigor de verdad un derecho de “superficie”, sino un derecho realidad “enfiteusis”, ya que si se utilizarán las expresiones técnicas del derecho romano, aquel consistía en la cesión del derecho a edificar, mientras que este radicaba fundamentalmente en conceder el derecho a sembrar o plantar, lo que es motivo la ley en cuestión*¹⁴³.

V. EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

1. Introducción

La ley 25.509, antes analizada, rigió hasta el día 31 de julio de 2015 y a partir del 01 de agosto de 2015, al entrar a regir el CCCN, por fin el derecho real de superficie es regulado conjuntamente con el resto de los derechos reales (arts. 2114 al 2129)¹⁴⁴, llegando a su

¹⁴¹ Conforme la postura de GURFINKEL de WENDY, Lilian “Ley 25.509 – Superficie Forestal” en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirigido por BUERES, Alberto J y coordinado por HIGHTON; Elena I, 2da. Edición. Hammurabi; Bs. As. 2005. T. 5-C, p. 693. Citado por ALTERINI Jorge H. –Director General- en “Código Civil y Comercial – Tratado exegético”, comentario al art. 2120 del CCCN, Tomo X, p. 178, cita 121.

¹⁴² Autor citado en la ponencia referida.

¹⁴³ Agregaba también el autor citado, que en esta variante (forestar) poco podía interesarle al legislador y al propietario las facultades que el propietario mantenía sobre el subsuelo, lo que es característico en el derecho de superficie, porque en la forestación el subsuelo excepcionalmente podría ser explotado, persiguiéndose fundamentalmente, con la figura en el ámbito en forestal, la seguridad del retorno a la propiedad plena.

¹⁴⁴ Título 7 del Libro IV del CCCN.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

máxima expresión, pues la normativa del nuevo código adopta una postura amplia que incluye todo tipo de plantación, además las construcciones.

2. Concepto según del Código Civil y Comercial

El nuevo Código Civil y Comercial, conceptualiza el derecho de superficie en estos términos: “*Es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales*”¹⁴⁵.

Tal cual lo señalan Mariani de Vidal y Abella, se trata de un derecho real inmobiliario que se ejerce separadamente del derecho del dueño del terreno, la obra sobre o debajo del suelo, no es atraída por la propiedad del terreno¹⁴⁶. Kiper, por su parte dice, que la superficie es en términos simples, *el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno*¹⁴⁷. Dicho autor¹⁴⁸ también expresa la superficie es una de las excepciones a la regla del art. 1945¹⁴⁹, por la cual el dueño del suelo extiende su derecho al subsuelo y al espacio aéreo y, como

¹⁴⁵ Conforme reza el art. 2114 del CCCN.

¹⁴⁶ MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana “Derechos Reales – En el Código Civil y Comercial”, tomo I, p. 366. Editorial Zavalia, Bs. As. 2016.

¹⁴⁷ KIPER; Claudio “Manual de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994”- p. 433. Editorial Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2016; y LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”, - Director. Tomo IX y X (Coordinadores De Loredo. Miguel Federico y Lorenzetti Pablo) Ver comentario al art. 2116, tomo IX , p. 710. Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2015.

¹⁴⁸ KIPER C. obra citada, p. 435.

¹⁴⁹ Artículo 1945 del CCCN. Extensión: “El dominio de una cosa comprende los objetos que forman un todo con ella o son sus accesorios. *El dominio de una cosa inmueble se extiende al subsuelo y al espacio aéreo, en la medida en que su aprovechamiento sea posible, excepto lo dispuesto por normas especiales. Todas las construcciones, siembras o plantaciones existentes en un inmueble pertenecen a su dueño, excepto lo dispuesto respecto de los derechos de propiedad horizontal y superficie.* Se presume que las construcciones, siembras o plantaciones las hizo el dueño del inmueble, si no se prueba lo contrario”.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

consecuencia de ello, todo lo que se plante, foreste o construya sobre dichos espacios le pertenecerá al titular del derecho real de dominio¹⁵⁰.

Se regula de una manera más amplia, habida cuenta que ya no solo abarca el caso de la forestación, sino también lo casos de edificación y plantación, sin embargo es posible apreciar que la esencia del derecho se mantiene, es decir: existe una persona que es quien ostenta el dominio de un inmueble –propietario- que cuenta con edificaciones, forestaciones o plantaciones y le transfiere en derecho real a otro -superficiario-, la propiedad de esas edificaciones, forestaciones o plantaciones¹⁵¹; o si el terreno no las tiene, se confiere el derecho otorgando las facultades de edificar, forestar o plantar y hacer propio lo edificado, forestado o plantado¹⁵². Además, agrega entre las facultades que confiere la disposición material, posibilidad que la ley 25.509 había omitido, ya que solo facultaba a usar, gozar y disponer jurídicamente. No obstante, la potestad de disposición material se encontraba implícita, y así lo reconocía la doctrina, no sin reconocer que esa posibilidad se da solo en el caso de la existencia de la denominada propiedad superficiaria, toda vez que como bien lo apunta Alterini, no es posible, ni conceptual ni prácticamente, *la disposición material del derecho de plantar, forestar o construir ya que los derechos carecen de materialidad*¹⁵³.

También es de destacar que en su marco regulatorio, al establecer que las facultades se otorgan: “... según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución...”, si bien se alude expresamente a las modalidades y el plazo, no deja autorizar una mínima preponderancia a la autonomía de la voluntad, ya que los derechos reales se regulan, al decir de Guillermo Allende¹⁵⁴, por normas

¹⁵⁰ Artículo 1941 del CCCN. Dominio perfecto: “El dominio perfecto es el derecho real que otorga todas las facultades de usar, gozar y disponer material y jurídicamente de una cosa, dentro de los límites previstos por la ley. El dominio se presume perfecto hasta que se pruebe lo contrario”.

¹⁵¹ Art. 2115.- Modalidades. “El superficiario... también puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad...”.

¹⁵² Art. 2115.- Modalidades. El superficiario puede realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido...”

¹⁵³ ALTERINI, Jorge A (Director) “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético”, Tomo X, comentario al art. 2114, p. 143

¹⁵⁴ Autor citado por MARIANI de VIDAL, M, en obra ya referida, tomo I, p. 24 y 25, al analizar la definición de derecho real.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

“sustancialmente¹⁵⁵ de orden público”; aunque luego enmarca el acto constitutivo a lo establecido en el título 7 del CCCN y en lo determinado por leyes especiales, por ejemplo las referidas a la actividad forestal y silvicultura.

3. Objeto:

En esta cuestión mantenemos la misma posición que se sostuvo al analizar la temática en relación a la ley 25.509. Si se trata del derecho de realizar plantaciones, forestación o construcción (las que podrán realizarse también sobre el subsuelo y sobre vuelo), el objeto será el inmueble, *el que siempre será ajeno*, pues sobre él se harán efectivas y; si se refiere a adquirir las plantaciones, forestaciones y construcciones ya existentes, si bien el derecho recaerá sobre ellas, es de tener en cuenta que las plantaciones y forestaciones revisten la calidad de inmuebles por su naturaleza¹⁵⁶ y la edificación conforma un inmueble por accesión¹⁵⁷. En definitiva, su objeto será un inmueble¹⁵⁸, sea rural o urbano.

No creemos, por más que el art. 1883¹⁵⁹ aluda a que los “bienes” puedan ser objeto del derecho real, *que el caso de del derecho de realizar plantaciones, forestación o construcción conformen un supuesto de esa naturaleza*, porque como ya se dijo esa facultad se concretara en un inmueble que será siempre ajeno.

Sin embargo pensamos que en el caso de constituirse un derecho real de hipoteca en relación a la primera modalidad (derecho de realizar plantaciones, forestación o

¹⁵⁵ Y no totalmente de orden público. Por ejemplo el art. 2952 del Código de Vélez establecía; “...El uso y el derecho de habitación son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones siguientes...”. Entendemos que es perfectamente viable trazar un paralelismo entre el art. 2114 del CCCN y el citado artículo del CC.

¹⁵⁶ Artículo 225 del CCCN.- Inmuebles por su naturaleza. “*Son inmuebles por su naturaleza el suelo, las cosas incorporadas a él de una manera orgánica y las que se encuentran bajo el suelo sin el hecho del hombre*”.

¹⁵⁷ Artículo 226.- Inmuebles por accesión. “*Son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable*. En este caso, los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario. No se consideran inmuebles por accesión las cosas afectadas a la explotación del inmueble o a la actividad del propietario”.

¹⁵⁸ Conforme, KIPER C. en obra citada, p. 437.

¹⁵⁹ Artículo 1883 del CCCN.- Objeto. “El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. *El objeto también puede consistir en un bien taxativamente señalado por la ley*”.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

construcción), *en tal caso si el objeto será un bien*, dado que no se puede hipotecar el suelo, pues no le pertenece, lo que se grava es un “derecho” porque aún no existen ni las plantaciones y las forestaciones, ni la construcción; además el artículo 2188 del CCCN¹⁶⁰ expresamente lo prevé al decir “cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía”.

Cuando ellas tomen existencia actual o, cuando se trata de la segunda modalidad (adquirir las plantaciones, forestaciones y construcciones ya existentes), adquirirá materialidad (además de constar de objeto actual), por lo el objeto será una cosa y no un derecho.

4. Naturaleza jurídica

Respecto de la naturaleza jurídica, el asunto fue tratado in extenso al analizar la Ley 25.509, en aquella oportunidad tomamos partido por la “*naturaleza mixta del derecho*”. Dentro de la novel legislación, ha prevalecido esa postura, la que se ve reflejada en el art. 1888¹⁶¹, el que expresamente dice: “...son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: ... y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena...”. De manera que si se trata del derecho a forestar, plantar o construir, *será derecho real sobre cosa ajena*, el que se transformará en cosa propia al tener el denominado objeto actual y; si se configura la otra opción (con propiedad superficiaria – objeto actual), estamos en presencia de un *derecho real sobre cosa propia*¹⁶², con la

¹⁶⁰ Artículo 2188 del CCCN.- Especialidad en cuanto al objeto. “Cosas y *derechos* pueden constituir el *objeto* de los derechos reales de garantía. *Ese objeto debe ser actual*, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo.”

¹⁶¹ Derechos reales sobre cosa propia o ajena: “Son derechos reales sobre cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal, los conjuntos inmobiliarios, el tiempo compartido, el cementerio privado y la superficie si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena”.

Y en su segunda parte expresa: Carga o gravamen real: “Con relación al dueño de la cosa, los derechos reales sobre cosa ajena constituyen cargas o gravámenes reales. Las cosas se presumen sin gravamen, excepto prueba en contrario. Toda duda sobre la existencia de un gravamen real, su extensión o el modo de ejercicio, se interpreta a favor del titular del bien gravado”. Art. 1888 del CCCN.

¹⁶² LORENZETTI, Ricardo L. (Director) “Código Civil y Comercial de la Nación - Comentado”, comentario al art. 2116, tomo IX, p. 713 y 714.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

particularidad que el suelo continuará siendo un inmueble ajeno para el superficiario. Para mayor abundamiento, nos remitimos a todo lo manifestado en aquella ocasión.

5. Ejercicio del derecho real de superficie en el CCCN

Su ejercicio se verifica por la posesión (art. 1891), la que será desigual y de diferente naturaleza¹⁶³, recayendo en primer lugar sobre el inmueble ajeno, en el caso “*del derecho a forestar*”, procediéndose luego a poseer la forestación producto del derecho mencionado, y que constituirá el objeto de la propiedad superficiaria ahora efectiva. En cambio, sí se adquiere el derecho real “*sobre la forestación ya existente*”, simultáneamente el superficiario pasa a poseer ambos objetos a la vez, solo que la del terreno enmarca en el art. 1913¹⁶⁴ siendo desigual y de diferente “especie” o naturaleza, porque el terreno sigue siendo ajeno, situación que no ocurre con la plantación, porque la cosa es propia y el dueño del suelo no tiene sobre ella relación real alguna en tanto dure la propiedad superficiaria.

6. La facultad de constituir derechos reales de garantía:

El nuevo Código expresamente prevé la posibilidad que el titular del derecho de superficie este facultado para constituir derechos reales de garantía¹⁶⁵ sobre el derecho de

¹⁶³ Sobre el tema de la “*llamada cuasi posesión*” nosotros participábamos de la postura que sostenía “*la inexistencia*” de esa figura durante la vigencia del Código Civil (ver todo cuanto se dijo al tratar los caracteres de la superficie forestal dentro del régimen de la ley 25.509) y la mantenemos esa tesitura en referencia a las relaciones de poder dentro del CCCN.

¹⁶⁴ Art. 1913 del CCCN. Concurrencia: “No pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de la misma especie que se excluyan entre sí” (La norma guarda relación con el viejo art. 2401 del Código de Vélez). Lo que interpretado a contrario sensu significa decir que: “*Si pueden concurrir sobre una cosa varias relaciones de poder de diferentes especies, en tanto no se excluyan entre sí*”. Por otra parte el art. 1909 alude al término “un” derecho real (y no el derecho real de dominio) y, el art. 1915 expresa que la posesión legítima importa el “... ejercicio de un derecho real...” (no al ejercicio del dominio). Tal cual lo hacían los art. 2351 y 2355 del Código Civil.

¹⁶⁵ La utilización del plural hace suponer que además de hipoteca, pueda gravarse con anticresis. Conforme LORENZETTI. Ricardo L (Director) en “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”, comentario al art. 2120, tomo IX, p. 725.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria¹⁶⁶. La norma en tal sentido es muy clara a diferencia del art. 2 de la ley 25.509 que era bastante ambiguo¹⁶⁷.

Así, en ambas modalidades pueden ser objeto de derechos reales de garantía, si se configura la facultad de plantar, forestar o construir, resulta de aplicación el art. 1883 del CCN que autoriza que un bien (derecho) pueda llegar a ser objeto de un derecho real¹⁶⁸. Nosotros no creíamos viable tal posibilidad en el régimen de la ley 25,509 por las razones expuestas al tratar las facultades y cargas que tenía el superficiario bajo aquel régimen, *más en el actual es perfectamente factible*, pues además del artículo que refiere al objeto de los derechos reales antes citado, el art. 2188¹⁶⁹ referente a los derechos reales de garantía y el art. 2206¹⁷⁰ referente a hipoteca, también lo contemplan. En el segundo caso (con existencia de propiedad superficiaria), no había dudas al respecto en el régimen anterior¹⁷¹ y se mantiene en la actualidad. Por supuesto limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie¹⁷².

Al incluirse la posibilidad de construcción, se habilita al superficiario para que pueda afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

¹⁶⁶ Es lo que prevé el art. 2120 que refiere a las facultades del superficiario.

¹⁶⁷ Ver todo cuanto se dijo al tratar los derechos y cargas del superficiario bajo el régimen de la Ley 25.509.

¹⁶⁸ KIPER, Claudio expresa que podría ser un caso de derecho real sobre derecho y, cuando la propiedad superficiaria existe, hay una suerte de subrogación legal. Autor y obra citada, p. 445.

¹⁶⁹ Artículo 2188 del CCCN. Especialidad en cuanto al objeto: “*Cosas y derechos pueden constituir el objeto de los derechos reales de garantía. Ese objeto debe ser actual, y estar individualizado adecuadamente en el contrato constitutivo*”.

¹⁷⁰ Artículo 2206 del CCCN. Legitimación: “*Pueden constituir hipoteca los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie*”. Conforme: RIVERA, Julio C. y MEDINA Graciela (Directores) “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”, tomo V, comentario al art. 2120, p. 699.

¹⁷¹ Así se lo expreso al tratar los derechos y cargas del superficiario bajo el régimen de la Ley 25.509.

¹⁷² En función del principio “*nemo plus iure*”, consagrado en el art. 399 del CCCN.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

Corresponde expresar, en forma de crítica al art. 2130¹⁷³ del CCCN (que consagra las facultades del propietario en su primer párrafo, al cual ya hemos hecho referencia), que se puede decir también que no solo puede gravar la superficie con derecho real de garantía (hipoteca y anticresis), sino que de una interpretación sistemática de las normas resulta que también puede constituir derechos reales de disfrute como el usufructo según surge claramente del art. 2131¹⁷⁴ (en tanto sean compatibles), y también el derecho real de servidumbre según el art. 2168¹⁷⁵ que expresamente lo autoriza, además de inferirse del art. 2125 en párrafo que se consigna “*libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario*”¹⁷⁶, pudiendo constituir también derechos personales¹⁷⁷.

7. Consideraciones finales sobre el derecho real en el marco del CCCN

Nos parece oportuna la mantención del derecho real de superficie en la escuadra de los derechos reales en el ordenamiento jurídico argentino.

Si bien el derecho real de superficie desde su habilitación legal, en el año 2001, no ha tenido mucha utilización, quizás lo fue porque estaba circunscripto a la actividad forestal, por esa posible razón nos parece adecuada su conservación, y dado que el nuevo código amplía su campo de actuación a las construcciones y plantaciones, es justo darle una nueva oportunidad. Ya, si dentro de unos años, no hay casos de superficie, entonces habrá que darle la razón a Vélez, en el sentido que en el ordenamiento argentino, tal derecho “no puede tener

¹⁷³ Artículo 2120 del CCCN, primer párrafo. Facultades del superficiario: “El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie...”

¹⁷⁴ Artículo 2131 del CCCN. Legitimación: “Sólo están legitimados para constituir usufructo el dueño, el titular de un derecho de propiedad horizontal, el superficiario y los comuneros del objeto sobre el que puede recaer”.

¹⁷⁵ Artículo 2168 del CCCN. Legitimación: “Están legitimados para constituir una *servidumbre los titulares de derechos reales que recaen sobre inmuebles y se ejercen por la posesión*. Si existe comunidad debe ser constituida por el conjunto de los titulares”.

¹⁷⁶ Artículo 2125 del CCCN primer párrafo: Efectos de la extinción. “...Al momento de la extinción del derecho de superficie por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario...”

¹⁷⁷ Artículo 2125 del CCCN tercer párrafo: Efectos de la extinción. “...Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido...”

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

lugar” y que las razones históricas que él esgrimió para el siglo XIX son tan valederas para el siglo XXI.

Como ya lo dijimos, celebramos que se incluyan las “construcciones”, y considerábamos equivocada la naturaleza jurídica que le había asignado la ley 25.509, en considerarlo derecho real como cosa propia, porque tal como lo apuntaba la doctrina se trataba un derecho real “mixto”, y que según la modalidad que presente puede revistar en una u otra categoría (sobre cosa propia o sobre cosa ajena), según existía o no, la llamada “propiedad superficiaria”, tal cual lo expresáramos.

El objeto del derecho, siempre lo será un inmueble y aun en el caso del derecho a construir, plantar o forestar, no creyendo que pueda ser en tal hipótesis el asiento de esa modalidad un “derecho”, sino que el objeto es el inmueble ajeno. Solo si decide hipotecar, en ese caso sí, el objeto será un derecho, aplicándose lo preceptuado en el art. 1883 segundo párrafo.

En derecho real de superficie, existirán dos posesiones desiguales y de diferente naturaleza conforme al art. 1913, y seguimos creyendo que no se puede aludir a la “cuasi posesión”, ni en el Código Civil, ni en el en el actual.

Respecto de la hipoteca del derecho a construir, plantar o forestar, recién nos parece viable con la normativa del nuevo Código, no con la del Código Velezano.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

En cuanto al “derecho de edificar”, este puede ser regulado junto con la “el derecho real de superficie”, o hacerlo separadamente¹⁷⁸ como han hecho otras legislaciones¹⁷⁹, es una

¹⁷⁸ Andorno Luis O. parecía adherir a esa idea. Es lo que se desprende al expresar: “... pensamos así que ante una eventual reforma de nuestro Código Civil resultaría conveniente incorporar dos institutos en esta materia en forma similar a los dispuesto en los arts. 201, 203 y 209 del Código Civil de Bolivia de 1976; debería regularse una suerte de “concesión ad edificandi” o “derecho de construir”, en cuanto verdadero real inmobiliario, en cuya virtud el propietario de un terreno pueda conceder a una persona el derecho de construir sobre suelo adquiriendo así el concesionario la propiedad de la construcción. Dicho acto de concesión podrá efectuarse en testamento o contrato oneroso o gratuito celebrado en forma escrita. Luego debería disciplinarse el derecho real de superficie tanto sobre el sobresuelo como respecto del subsuelo, con los caracteres que hemos visto en los puntos precedentes...” . Autor citado en “El Derecho de Superficie” en JA 1885-III, pag. 659.

¹⁷⁹ En el Código Civil de Bolivia, el derecho real se ubica en el Libro Segundo que se denomina: “De los bienes, de la propiedad y de los derechos reales sobre la cosa ajena”, en su Capítulo V, regula la disgregación de la propiedad del sobre el suelo y bajo el suelo. El epígrafe del referido capítulo se intitula: “DE LA PROPIEDAD DEL SOBRESUELO Y DE LA PROPIEDAD SEPARADA DEL SUBSUELO”.

“El derecho a construir” se regula separadamente del “Derecho de superficie”, aunque conforman el mismo capítulo, tal como lo apuntamos (siguiendo la huella brindada por Andorno). En dicho capítulo se observan tres divisiones: a) El derecho a construir (arts. 201 y 202); b) “La superficie” (arts. 203 al 208) y, c) La propiedad separada del subsuelo”, la que se compone de un solo artículo (209).

A) En lo que respecta “**al derecho de construir**” el art. 201 trata su constitución y dispone:

- “El propietario de un terreno puede conceder a una persona el derecho a construir sobre el suelo, adquiriendo así el concesionario, la propiedad de la construcción. El acto de concesión puede hacerse en testamento o en contrato oneroso o gratuito celebrado en forma escrita”. II. “El derecho a construir es un derecho real inmobiliario”.

- Por su parte el art. 202, que alude al plazo para la construcción y la extinción del derecho establece: “Si el título no ha fijado un plazo para realizar la construcción, el concesionario debe levantarla en el término de cinco años desde la fecha en que se abrió la sucesión o se hizo el contrato. Vencido el término, se extingue el derecho a construir sin obligación ninguna para el concedente quien recupera la plenitud de su derecho propietario”.

B) En cuanto a al “**derecho de superficie**” el art. 203 instituye que:

- El derecho de propiedad del sobresuelo puede constituirse: I. 1) Por efecto del derecho a construir. 2) Por legado o transferencia de una construcción ya hecha que constituirá una propiedad separada del suelo y subsuelo. 3) Por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno. II. Los contratos respectivos para constituir el derecho de superficie deberán necesariamente celebrarse por escrito.

- En tanto la duración del derecho (art. 204), fija que: I. “El derecho de superficie es temporal y no puede durar más de treinta años”. “II. Cuando el derecho de superficie es accesorio a un contrato de arrendamiento de un terreno, sólo dura por el plazo de dicho arrendamiento”.

- En lo tocante al objeto y extensión (art. 205) se establece que: I. Pueden ser objeto del derecho de superficie sólo las construcciones en su integridad y que representen un todo independiente. II. El derecho de superficie se extiende a todo el subsuelo en que se apoya y sustenta la construcción. Se extiende también a otras partes del suelo que impliquen una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa. III. En caso de enajenación del suelo o de la superficie, el superficiario o el propietario del suelo, tiene derecho de preferencia en igualdad de condiciones frente a terceros interesados.

- En relación al contenido del derecho (art. 206), se consigna que: I. El contenido del derecho de superficie puede ampliarse o reducirse mediante contrato escrito especialmente celebrado para el efecto. En caso de reducción deberán necesariamente concurrir al acto y dar su asentimiento las personas que tengan un derecho cualquiera sobre el derecho de superficie. II. En caso de demolición o ruina, el superficiario puede reconstruir lo edificado.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

cuestión de técnica legislativa, y habrá que esperar que es lo que nos depara la experiencia en lo referente a su utilización para estimar con precisión qué es lo más conveniente, por lo pronto, adherimos a la regulación conjunta de ambas figuras.

VI. SUGERENCIAS

Tal como lo hemos expresado, preferimos circunscribir el derecho real de superficie a las construcciones, es decir a la modalidad más pura¹⁸⁰, y no incluir en el derecho bajo análisis las hipótesis de las plantaciones y forestaciones.

Todo lo referente a las plantaciones o forestaciones, a nuestro entender deberían canalizar por el derecho real de Enfiteusis, manteniendo esa línea de pensamiento, conforme lo hemos manifestado en el “1er. Encuentro de Institutos de Derecho Romano de la República Argentina”¹⁸¹, en la ponencia titulada “*El derecho argentino y el derecho real de superficie (evolución). La inclusión del derecho de real enfiteusis*”, en la que se sugería: a) La limitación del derecho real de superficie a las construcciones.; b) A fin de canalizar los

• En cuanto a la extinción se estatuye (art. 207) que: I. El derecho de superficie se extingue: 1) Por los modos ordinarios de extinción de la propiedad compatibles con la naturaleza del derecho de superficie. 2) Por vencerse el término, caso en el cual el propietario del suelo deviene propietario de la construcción pagando previamente el valor de ella apreciado al hacerse el pago, salvo pacto o disposición contraria. II. Si el superficiario tiene derecho a una indemnización por hipotecas y anticresis que tenga la propiedad del sobreprecio que pasan al valor o precio de la indemnización, con el mismo rango de preferencia que los derechos gravantes.

• Se cierra la segunda sección refiriendo a las reglas de la propiedad inmobiliaria aplicables (art. 208), en donde se consigna que: “Son aplicables al derecho de superficie las normas de la propiedad inmobiliaria en todo lo compatible con su naturaleza, a menos que la ley disponga otra cosa”.

C) En alusión a “**la propiedad separada del subsuelo**”: Se concluye la temática en la tercer Sección nominada: “De la propiedad separada del subsuelo” (art. 209), en la cual se ordena que son aplicables a tal situación, las normas del derecho de superficie:

En ella, se reseña que:

• “El propietario de un terreno puede ceder a cualquier persona la propiedad del subsuelo para hacer construcciones”.

• “Las normas del derecho de superficie serán aplicadas al derecho de propiedad en todo cuanto no se oponga a su naturaleza”.

¹⁸⁰ Conforme: Alterini, Jorge H. quien menciona los casos de Alemania, Suiza e Italia. En “Superficie Forestal”, en Revista del Notariado Nro. 873, p. 122. Año CVI. Bs. As. 2003.

¹⁸¹ Realizado los días 31 de julio y 1 de agosto de 2020, “EL ROL DEL DERECHO ROMANO SOBRE LA ENSEÑANZA DE LAS INSTITUCIONES JURÍDICAS EN EL SIGLO XXI”. Organizado por la Universidad Católica de Córdoba, el Instituto de Derecho Romano Dr. Agustín Díaz Bialet y el A.D.R.A,

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

supuestos de plantaciones y forestación, se propone su inclusión dentro del derecho real de enfiteusis, admitiendo el mismo en el derecho positivo vigente.

Entendemos que, sin dudas en caso de las plantaciones o forestaciones, el inmueble también queda afectado en el subsuelo; y como ya lo dijimos, creemos que ambas situaciones (construcción o forestación) no impactan de la misma manera en el inmueble, constituyendo el segundo supuesto una afectación de mayor intensidad, ameritando en consecuencia ese supuesto de hecho, su ubicación en otro derecho real, y proponiendo para tal caso el derecho real de enfiteusis.

Como decía Lopez de Zavalía¹⁸², el derecho real toma cautiva la cosa; o la toma en todo (dominio) o la toma en parte para los derechos reales limitados (usufructo); pero, agregamos nosotros¹⁸³, que en el caso de las forestaciones, la cuestión es más compleja, toda vez en lo referente al propietario, su derecho queda reducido a un dominio meramente conceptual, habida cuenta que tampoco podrá utilizar el subsuelo. Si se trata de un bosque de eucaliptus, por ejemplo, *no solo debemos mirar lo que se ve sobre el suelo, sino que hay que tener presente lo que no se ve: el subsuelo, el que estaría prácticamente inutilizable por el propietario.*

Tal como lo apuntaba el autor citado, una vez que la cosa ha sido tomada, ha sido absorbida por el sujeto, *ya no queda nada para que la absorba otro*; y un tercero solo podrá absorberla, *en lo que no haya sido absorbida antes por el primer titular.*

Pues bien, si un propietario decide conceder a otro el derecho de forestar: ¿Cuánto le puede quedar para aprovechar de ese inmueble?; o dicho de otro modo: *¿Cuánto le quedara para absorber?*, para seguir usando los términos del prestigioso jurista nombrado. *Creemos que muy poco*, por eso preferimos dividir los supuestos “*dado que no afectan al inmueble de*

¹⁸² LOPEZ de ZAVALIA, Fernando J. “Curso Introductorio al Derecho Registral”. p. 378. Editorial Zavalía, Bs. As. 1983.

¹⁸³ Corre por nuestra cuenta.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

la misma manera”; entonces: a) Para construir: superficie y; b) Para forestar o plantar: enfiteusis.

VII. BIBLIOGRAFIA.

ABATTI, Enrique L. - ROCCA (h.), Ival en “Derecho real de superficie forestal”. Publicado en: ADLA 2002 – A. (cita 22 – pag- 5)

ALTERINI, Jorge H. “Superficie Forestal”, en Revista del Notariado Nro. 873, Año CVI. Bs. As. 2003 (cita 40 – pag. 9)

ALTERINI, Jorge H (Director General) en “Código Civil y Comercial Comentado – Tratado Exegético” Tomos IX y X. (Director del Tomo COSSARI, Nelson G. A). Editorial La Ley, Bs As 2015. ANDORNO Luis. O en “El derecho real de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”. Trabajo publicado en JA, el 10/05/2000. (cita 23 – pag. 5)

ANDORNO, Luis O. “El Derecho de Superficie”. Publicado en La Ley – 1985 – III. (cita 12 pag 4)

AREÁN, Beatriz. “Derechos Reales”. Sexta edición renovada y ampliada. Editorial Hammurabi, Bs. As. 2003. (cita 55 – pag. 12)

BRAIDOT, Eliana Verónica (Al comentar el art. 2130 del CCCN, en Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”. RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela, Editorial la Ley, Bs. As. 2014)

BUTELER CACERES, José A, “Manual de Derecho Civil – Parte General”, Advocatus. Córdoba. 2da. Edición. 1988

COSSARI, Nelson G. y Miguel A. LUVERA, en Derecho Real de Superficie Forestal (Breve comentario a la ley 25.509). La Ley. Litoral Juris, Año 6, Numero 6, Julio de 2002.

CURA GRASSI, Domingo Cesar en: “Reflexiones acerca del nuevo derecho real de superficie forestal”, Publicado en La Ley. 06/02/2003. (cita 25 –pag- 6)

DIAZ REYNA, José Manuel en “El derecho real de superficie forestal (Ley 25.509)”. Publicado en el Foro de Córdoba, nro. 76. (cita 24 – pag. 6)

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

GURFINKEL de WENDY, Lilian N. (Al comentar el art. 1883 en: “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”. RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela – Directores-, Editorial la Ley, Bs. s. 2014) (Cita 90 -17)

GURFINKEL de WENDY, Lilian N. (al comentar la “Ley 25.509 – Superficie Forestal” en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial”, dirigido por BUERES, Alberto J y coordinado por HIGHTON; Elena I, 2da. Edición. Hammurabi; Bs. As. 2005. T. 5-C. Cita 117 Pg. 21)

GATTI, Edmundo y ALTERINI, Jorge H. Teoría General de los Derechos Reales”, Editorial Abeledo-Perot, Bs. A. 1975.

KIPER; Claudio “Manual de Derechos Reales – Código Civil y Comercial de la Nación, Ley 26.994”- Rubinzal Culzoni. Santa Fe 2016.

LOPEZ de ZAVALIA, Fernando J. “Curso Introductorio al Derecho Registral”. Editorial Zavalía, Bs. As. 1983

LORENZETTI, Ricardo Luis “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”, - Director. Tomo IX y X (Coordinadores De Loredó. Miguel Federico y Lorenzetti Pablo). Editorial Rubinzal Culzoni, Bs. As. 2015.

MARIANI de VIDAL, Marina “Derechos Reales”, 7ma. Edición. Editorial Zavalía, Bs. As, 2004 (cita 30 – pag. 7)

MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana “Derechos Reales – En el Código Civil y Comercial”. Editorial Zavalía, Bs. As. 2016. (cita 144 pag. 27)

MUSTO, Néstor Jorge “Derechos Reales”, Editorial Astrea Bs. As. 2000. (cita 55 – pag. 12)

RIVERA, Julio Cesar y MEDINA Graciela (Directores) “Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado”. Editorial la Ley, Bs. s. 2014. (Cita 90 – 17)

SLEMENSON, Héctor en “Un nuevo derecho real: El derecho real de superficie forestal”, publicado en LA LEY, 2002- (cita 58 – pag. 34)

TAIANA de BRANDI, Nelly A. y BRANDI TAIANA, Maritel M. “Derecho Real de Superficie Forestal”, en Revista del Notariado Nro. 868, Año CV. Bs. As. 2002. (cita 41 – pag. 9)

SALAVT, Raymundo M “Tratado de Derecho Civil Argentino (Derechos Reales), Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Bs. As. 1927.

ALGUNAS CONSIDERACIONES RESPECTO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ARGENTINO Y SU EVOLUCIÓN – EL DERECHO REAL DE ENFITEUSIS Y SU POSIBLE INCORPORACIÓN AL CATÁLOGO DE DERECHOS REALES

VALDES, Horacio y Benito ORCHANSKY en “Lecciones de Derechos Reales”, Editorial Lerner. Bs. As. 1969.

VENTURA Gabriel, en “Ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2003) sobre “Derecho Real de Superficie Forestal”.