

XXXIII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA

San Carlos de Bariloche, Pcia de Río Negro, 20,21 y 22 de Septiembre de 2018

TITULO DE LA PONENCIA: *¿Se requiere escritura pública para constituir hipoteca sobre el derecho real de superficie?*

Tema Nº II. Garantías Reales

COORDINADORES NACIONALES: Notarios Natalia Martínez Dodda y Silvia Maela Massiccioni

NOMBRE DEL AUTOR: Abog. Dr. Juan Manuel A. Costantini¹

Email: jmcostantini@gmail.com

Tel: (0341) 156-491595

¹ Docente universitario, Derecho Civil IV (Reales), Cátedra A, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Rosario.

I. Introducción.

Posiblemente la reacción inmediata a la lectura del título de la presente ponencia genere alguna sorpresa. En segunda instancia, luego de la sensación de sorpresa, muy probablemente el lector se pregunte si realmente el autor de la ponencia reúne las condiciones mínimas de idoneidad y conocimiento del derecho para ejercer la profesión de abogado. Y por último, quizás la reacción que humildemente espera el autor de este trabajo, sea producir alguna inquietud y curiosidad por el tema bajo estudio.

Luego de estudiar pormenorizadamente la posibilidad de gravar con derecho real de hipoteca al derecho real de superficie, estaríamos en condiciones de afirmar y fundar que en la actual regulación de nuestra legislación civil y comercial vigente no se requeriría la escritura pública para la constitución del derecho real de hipoteca cuando el objeto del derecho real es el derecho de superficie.

II. Desarrollo del tema.

a) El código civil de Vélez y la imposibilidad de constituir hipoteca sobre derechos.

Vélez Sársfield tomó una decisión legislativa al establecer en el art. 3120 que “Los derechos reales de usufructo, servidumbre de uso y habitación y los derechos hipotecarios no pueden hipotecarse”. Recordemos que el primer codificador argentino había optado por dejar fuera de la enumeración legal de los derechos reales al derecho de superficie. Sin embargo, en su nota al artículo mencionado reconocía que casi todos los comentadores del Derecho Romano enseñaban que las servidumbres rústicas podían ser objeto de las hipotecas, y afirmaba que sus fundamentos eran muy atendibles, suponiendo la existencia de las hipotecas generales. Pero se diferenciaba de estas opiniones sosteniendo que para nuestro derecho civil el fin de la hipoteca es que la cosa hipotecada pueda ser vendida para pagar el crédito, y una servidumbre no podría ser vendida en remate. Además, abundaba a este razonamiento de particularidad del derecho argentino, donde el usufructo, el uso y la habitación no pueden enajenarse ni cederse porque

son concedidos a determinadas personas, tienen un valor incierto y estaban supeditados a la existencia de determinada persona. Finalmente, en la nota que mentamos, decía Dalmacio Vélez Sársfield que el sistema hipotecario moderno, que él seguía o instauraba en su código, las acciones de cualquier naturaleza no eran objeto de la hipoteca porque una acción no deja de ser un derecho incorporal sin base sólida.

Roque Garrido y Luis O. Andorno, en el lúcido y destacado comentario al Código Civil concluían respecto de este tema que Vélez había tomado esta decisión respecto del art. 3120 porque básicamente la hipoteca es un derecho y la misma debe recaer sobre una cosa. Es decir, afirmaban que la hipoteca debía asentarse necesariamente en un bien material y como derecho real accesorio no podía constituirse sin la existencia de un inmueble que le sirviera de sustento².

b) El objeto de los derechos reales y de las garantías reales en nuestro Código Civil y Comercial.

El libro cuarto, título I, capítulo I, de nuestro Código Civil y Comercial regula lo que llamamos la parte general de los derechos reales o principios comunes a todos los derechos reales. El primero de los artículos que allí aparece es el art. 1882 y establece: *“El derecho real es el poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente sobre su objeto, en forma autónoma y que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”*.

Resaltamos la frase que dice *“poder jurídico de estructura legal que se ejerce directamente sobre su objeto”*. En otras palabras, ese poder se refiere a las facultades que su titular tiene y ostenta, en un marco de número cerrado de figuras especial y específicamente reguladas, cuyas normas son sustancialmente de orden público y a ello responde la estructura legal y tipicidad del art. 1887 del Código, y por otro lado la relación es inmediata y directa sobre su objeto. Y aquí vale la pena hacer un llamado de atención: el texto legal muy acertadamente dice *“su objeto”* cuando podría haber dicho *“la*

² GARRIDO, Roque y ANDORNO, Luis O., *Código civil anotado. Libro III, Derechos Reales, Tomo IV, Ed Víctor de Zavalía, Bs As, 1976, pag 414*

cosa”, como lo hace el artículo siguiente que regula el objeto de los derechos reales. En tal sentido podemos afirmar que la técnica legislativa elegida ha sido sumamente correcta y satisfactoria. Esto resume en gran parte lo esencial de la dinámica de los derechos reales, ello sin olvidar que las notas características por excelencia son también las facultades de persecución y preferencia.

Pero el objeto de los derechos reales, presenta características muy particulares. A tenor del art. 1883 CCyC, la regla general es que las cosas pueden ser objeto de los derechos reales y los bienes solamente cuando estén taxativamente mencionados por la ley. En ese sentido podemos mencionar el caso del art. 16 del CCyC cuando asimila la energía (bien inmaterial) al régimen de las cosas; el art. 2188 del CCyC que prevé expresamente que pueden ser objeto de los derechos reales de garantía las cosas y derechos y el art. 2120 del Código cuando establece las facultades del superficiario.

Ahora bien, ¿qué pasaría si el objeto del derecho real fuese un derecho?. O mejor aún, ¿qué pasaría si pretendo constituir una hipoteca sobre un derecho y no sobre un inmueble?. Un claro ejemplo de que esta hipótesis es posible la encontramos en el art. 2120 del Código expresamente faculta al superficiario a constituir derecho real de garantía sobre su derecho de superficie: *“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”*. Es decir, se trata de un derecho real que se constituye sobre otro derecho real para garantizar una obligación principal a la cual accede, por ejemplo un contrato de mutuo. Asimismo, el art. 2188 del Código Civil y Comercial habilita expresamente la posibilidad de que se constituyan derechos reales de garantía sobre derechos: *“Cosas y derechos pueden constituir objeto de los derechos reales de garantía”* establece claramente el texto legal.

El superficiario -mientras el derecho de superficie sea un derecho a construir, plantar o forestar- no podrá gravar el inmueble con una hipoteca porque el único legitimado para hacerlo, hasta ese momento, sería el nudo propietario.

c) El Derecho real de superficie.

El derecho real de superficie fue incorporado en la última reforma de nuestro código civil y comercial en la enumeración legal del art. 1887 inc. g), y a partir del art. 2114 se lo define como el 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 el título que lo regula y las leyes especiales³.

Para Marina Mariani de Vidal⁴ el derecho real de superficie puede presentarse en dos modalidades y cualquiera sea la modalidad que se adopte, siempre existirá un derecho real desde su constitución, sujeto al régimen específico del código civil. Precisamente el texto legal del art. 2115 regula estas dos modalidades a las cuales didácticamente se remite la profesora Mariani de Vidal. La primera se refiere a esa facultad de disposición material y jurídica sobre ese “derecho de plantar, forestar o construir” sobre un inmueble ajeno. Vale decir que la primer modalidad que se regula es la posibilidad del superficiario de realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido. La segunda modalidad tiene que ver con constituir el derecho real de superficie sobre lo ya plantado, forestado o construido, atribuyendo al superficiario su propiedad. En ambas modalidades el derecho del superficiario (titular del derecho real de superficie) coexiste con la propiedad separada del titular del suelo (nudo propietario).

Continuando con su análisis, Marina Mariani de Vidal plantea que la primera modalidad, es decir la posibilidad de plantar, construir o forestar sobre terreno ajeno, presentaría dos planos o momentos: a) Uno, antes y durante la construcción o plantación, etapa en la cual el derecho se configura como derecho real sobre la cosa ajena; y b) el otro plano o momento se

³ Así lo regula el nuevo código civil y comercial unificado por ley 26.994

⁴ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, 1ra Ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Zavalía, 2016

manifestaría una vez realizada la construcción o plantación, cuando nace la propiedad superficiaria; el derecho se convertiría en derecho real sobre cosa propia (porque apuntaría a lo construido, plantado o forestado), respecto de la cual el superficiario tendría el poder de usar, gozar y disponer temporariamente, independientemente de la propiedad del suelo, que continuaría en cabeza del nudo propietario.

Cabe destacar que hasta tanto la construcción o forestación no se realice, no existiría propiedad superficiaria, pero sí existiría desde su constitución derecho real de superficie, pues se trata de un poder autónomo actual sobre un inmueble ajeno que constituye el germen de una futura propiedad superficiaria⁵.

En este último punto nos permitiríamos hacer un planteo que la Dra Mariani de Vidal no formula en su obra: entendemos que habría tres planos o momentos en lugar de dos, como ella destaca. Ese plano sería el desplegado o existente entre la fecha de constitución del derecho real de superficie y el momento de comienzo de la construcción, plantación o forestación.

La constitución del derecho real de superficie se deberá instrumentar por escritura pública porque dicho acto encuadra en lo establecido en los arts 1882 (concepto de derecho real), 1883 (objeto del derecho real), 1884 (estructura legal), 1887(enumeración legal), 1892(título y modo suficiente para la constitución de los derechos reales), 2114 (definición del derecho real de superficie) y 1017 (forma de los actos jurídicos que recaigan sobre cosas inmuebles) del Código Civil y Comercial: en el acto constitutivo deberán comparecer el superficiario, que será el sujeto activo de la relación de poder que le otorgará el derecho real de superficie, por un lado, y por el otro el nudo propietario quien gravará su inmueble con la carga real de la superficie, debiendo respetar por el plazo que se pacte –dentro del límite legal- el derecho del superficiario de disponer material y jurídicamente, primero de su derecho a forestar, plantar o construir, y luego de su propiedad superficiaria.

Concluimos entonces que la constitución del derecho real se formalizará por un contrato bilateral, consensual y oneroso, que deberá instrumentarse por escritura pública a tenor de del art. 1017 del CCyC. Ese

⁵ MARIANI DE VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., *Derechos reales en el Código Civil y Comercial*, 1ra Ed, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Zavalía, 2016, pag 368 y sig

título deberá inscribirse en el registro de la propiedad inmueble para dar suficiente publicidad y lograr la oponibilidad del derecho.

d) La hipoteca sobre el derecho a construir, plantar o forestar (derecho real de superficie).

Concluida la etapa constitutiva del derecho real de superficie, -el desarrollista, si no lo tiene resuelto hasta ese momento- deberá procurar financiamiento para el desarrollo. La pregunta que se impone es si el derecho real de superficie, en su modalidad de derecho a construir, plantar o forestar tiene contenido económico. La respuesta es contundentemente afirmativa: como derecho real es un derecho subjetivo de contenido patrimonial y de oponibilidad *erga omnes*. Con lo cual, si bien hasta este momento es un bien inmaterial (art 15 del CCyC), el mismo integra el patrimonio de su titular y otorga todas las facultades materiales y jurídicas de disposición reguladas por el Código Civil y Comercial en relación al derecho real de superficie.

En este estadio sería lógico pensar que el titular de ese derecho real pueda pretender constituir una garantía real para obtener financiamiento. Y como hasta ese momento lo único que tiene es un derecho real legalmente constituido pero aún nada construido, plantado o forestado, cabe preguntarse cuál será el objeto del derecho real de hipoteca. Estaremos hablando, entonces, de una hipoteca sobre un derecho.

Ahora bien, sabemos que -como regla- se puede constituir derecho real de hipoteca sobre cosas inmuebles (art 2205 CCyC). Como excepciones en nuestro ordenamiento legal argentino tenemos la hipoteca naval y la aeronáutica, que recaen sobre cosas muebles registrables como lo son los buques y aeronaves y sus motores, en el caso de estas últimas⁶.

Todo esto nos lleva a preguntarnos: ¿la regulación del derecho hipotecario argentino vigente permite constituir un derecho real de hipoteca

⁶ La ley 20.094, publicada en el B. O. el 2-3-1973, definida como Ley de Navegación, habilita la posibilidad de constituir hipoteca naval sobre cosas muebles registrables, es decir, buques de 10 o más toneladas de arqueo total. De igual forma, el art. 52 del Código Aeronáutico Argentino establece que las aeronaves pueden ser hipotecadas en todo o en sus partes indivisas, pudiendo también hipotecarse también los motores de las mismas. En ambas regulaciones específicas se establece que la hipoteca deberá constituirse por instrumento público e inscribirse en el Registro respectivo.-

sobre un derecho?. Partiendo del análisis de los artículos 2205 y 2209 del CCyC, como regla, se refieren a una cosa inmueble especialmente determinada. Pero luego, de la interpretación de los arts. 2114 y 2120, en consonancia con los arts 1883 *in fine* y 2188 del del Código Civil y Comercial, deviene en posible y concreta la viabilidad de constituir derecho real de hipoteca sobre el derecho real de superficie en su estadio de derecho a construir, plantar o forestar. El bien gravado por la hipoteca será el derecho a forestar, construir o plantar, porque en la constitución de la hipoteca no comparece el nudo propietario afectando o aceptando el gravamen hipotecario sobre el inmueble de su propiedad.

Pero adviértase que ninguno de los textos legales que posibilitan la constitución de una hipoteca sobre un derecho imponen una forma determinada de constitución de esta hipoteca, como si ocurre cuando el Código regula la hipoteca inmobiliaria, expresamente el art. 1017 impone la forma de la escritura pública, o en las excepciones a la hipoteca inmobiliaria, cuando tanto en la hipoteca naval como en la aeronáutica se impone expresamente la forma de celebración del acto por escritura pública.

Resulta llamativo que la nueva y reciente legislación civil al habilitar la constitución de derechos reales de garantía sobre el derecho a construir, plantar o forestar no haya establecido una forma específica a observar para la celebración del acto.

e) La forma del acto constitutivo de la hipoteca sobre un derecho.

La forma del acto jurídico se regula para dar seguridad jurídica, precisamente la técnica legislativa es posiblemente falible y puede generar algunas interpretaciones dudosas. Nos hemos tomado el atrevimiento, abiertamente provocador, de preguntarnos si se requiere la escritura pública para constituir una hipoteca sobre el derecho real de superficie precisamente para dejar en evidencia que la redacción del actual código civil no es tan clara ni categórica.

No caben dudas que en la gran mayoría de los casos las hipotecas que se celebran cotidianamente recaen sobre inmuebles y se les aplica lisa y llanamente el art. 1017 del CCyC. Pero lo que aquí pretendemos

analizar y resaltar es un caso que podría generar dudas. Cuando analizamos esta novedosa posibilidad de poder hipotecar un derecho pareciera que los codificadores modernos olvidaron imponerle una forma específica en el código civil.

Es cierto que la ley registral nacional 17801 podría funcionar como “*salvavidas*” de esta aparente falencia normativa que nos permitimos señalar, pero aún para quienes sostuvieran que el art 2º⁷ de la ley registral nacional no deja dudas de que debe constituirse la hipoteca por escritura pública -para poder acceder y lograr la publicidad registral-, podemos argumentar que ese fundamento podría ser válido pero como todo en derecho, es relativo. Y ello es así porque también se podría interpretar factible o posible la presentación de un documento con firma de los otorgantes autenticadas y no dejaría de ser un instrumento privado que se encontraría habilitado, en esas condiciones, a obtener registración y publicidad⁸.

En fin, de lo que estamos seguros es que el tema no es tan claro y tan categórica la respuesta afirmativa o negativa para cada una de las posturas que un profesional del derecho, sea abogado, escribano o procurador pueda tomar al momento de generarse un caso similar en la práctica.

Es por ello que consideramos oportuno formular algunas ideas y compartir algunas inquietudes en el marco de este certamen académico del

⁷ Artículo 2º - De acuerdo con lo dispuesto por los artículos 1890, 1892, 1893 y concordantes del CODIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACION, para su publicidad, oponibilidad a terceros y demás previsiones de esta ley, en los mencionados registros se inscribirán o anotarán, según corresponda, los siguientes documentos:

- a) Los que constituyan, transmitan, declaren, modifiquen o extingan derechos reales sobre inmuebles;
- b) Los que dispongan embargos, inhibiciones y demás providencias cautelares;
- c) Los establecidos por otras leyes nacionales o provinciales.

(Ley 17.801- Artículo sustituido por punto 1.2 del Anexo II de la Ley N° 26.994 B.O. 08/10/2014 Suplemento. Vigencia: 1º de agosto de 2015, texto según art. 1º de la Ley N° 27.077 B.O. 19/12/2014)

⁸ Artículo 3º - Para que los documentos mencionados en el artículo anterior puedan ser inscriptos o anotados, deberán reunir los siguientes requisitos:

- a) Estar constituidos por escritura notarial o resolución judicial o administrativa, según legalmente corresponda;
- b) Tener las formalidades establecidas por las leyes y estar autorizados sus originales o copias por quien esté facultado para hacerlo;
- c) Revestir el carácter de auténticos y hacer fe por sí mismo o con otros complementarios en cuanto al contenido que sea objeto de la registración, sirviendo inmediatamente de título al dominio, derecho real o asiento practicable.

Para los casos de excepción que establezcan las leyes, podrán ser inscriptos o anotados los instrumentos privados, siempre que la firma de sus otorgantes esté certificada por escribano público, juez de paz o funcionario competente (Ley 17.801 - Registro de la propiedad inmueble, Buenos Aires, 28 de junio de 1968).-

notariado nacional, procurando ofrecer un humilde aporte y contribución al debate y estudio de nuestro reciente y novedoso código civil y comercial argentino.

III. Conclusiones.

De lege lata:

- a) En nuestra codificación actual los derechos reales son derechos subjetivos de contenido patrimonial y oponibles erga omnes, de estructura legal y que tienen como regla general por objeto un bien material.-
- b) Excepcionalmente, por imperio del art 1883, se habilita la posibilidad de que un bien inmaterial sea considerado objeto de un derecho real, o mejor dicho, que un derecho real pueda recaer sobre un derecho, cuando sea taxativamente señalado por la ley.-
- c) En el caso particular del derecho real de superficie el art. 2120, faculta al titular del derecho real de superficie a gravar con hipoteca su derecho real y el art. 2188 expresa que pueden ser objeto de las garantías reales las cosas y los derechos.-
- d) La hipoteca como derecho real accesorio, se puede constituir en garantía de una obligación principal (contrato de mutuo, por ejemplo), pudiendo recaer sobre el derecho a construir, plantar o forestar, donde se plantea la duda razonable de que se requiera para su instrumentación la escritura pública por aplicación del art. 1017 del Código Civil y Comercial.

De lege ferenda:

- a) Debería revisarse la técnica legislativa que habilita la constitución de derechos reales de garantías sobre derechos, regulando la forma que debe observarse para la constitución de aquellos actos jurídicos.-