

XXXIII Jornada Notarial Argentina
San Carlos de Bariloche – 20 al 22 de septiembre de 2018

TEMA II

Derechos Reales de Garantía.

SUBTEMA

Hipoteca de Superficie.

TITULO

Derechos reales de garantía constituidos por el superficiario

AUTOR

Not. Pedro Facundo Saenz

COLEGIO DE ESCRIBANOS DE LA PROVINCIA DE SAN LUIS

Coordinadoras: Not. Silvia Maela Massiccioni y Not. Natalia Martinez Dodda

DERECHOS REALES DE GARANTIA CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO

Sumario: 1. Introducción. 2. Concepto y Naturaleza jurídica del derecho real de superficie. 3. Derechos reales de garantía constituidos por el superficiario: 3.1 Palabras preliminares. 3.2 Un poco de historia. 3.3 La regulación en el Código Civil y Comercial. 4. Conclusión. 5. Ponencias. 6. Bibliografía consultada

1. INTRODUCCIÓN:

Entre las novedades más importantes traídas por el Código Civil y Comercial de la Nación – en adelante CCyC- en el ámbito de los derechos reales, se cuenta, sin lugar a dudas, la regulación del derecho real de superficie.

Cierto es que el derecho patrio conoció en el año 2001 al derecho real de superficie forestal, incorporada al elenco de derechos reales admitidos por el entonces vigente Código Civil – en adelante CC - en virtud de la ley nacional 25.509 (sancionada el 14 de noviembre de 2001, promulgada el 11 de diciembre de ese año y publicada en el Boletín Oficial el 17 del mismo mes), pero el restringido ámbito de aplicación de dicho cuerpo normativo, por su enmarque en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados (Ley 25.080), no le permitió a esta herramienta jurídica tomar el vuelo que se hubiere deseado.

Tomando clara distancia de la política legislativa seguida en el texto de la citada ley nacional 25.509, el CCyC consagra un derecho real de superficie muchos más abarcativo, con un campo de proyección referido, no solo a la actividad vinculada a la plantación y forestación, sino también – y tal vez este sea el aspecto más interesante – a la construcción.

El derecho real de superficie normado desde el artículo 2114 al 2128 inclusive de nuestro CCyC, rompe con los paradigmas tradicionales en materia de propiedad inmobiliaria pues autoriza a diseccionar la cosa inmueble en, al menos, dos planos admitiendo la posibilidad de atribuir la propiedad del suelo a un sujeto y la propiedad de lo que en él se hubiere plantado o construido a otro, rompiendo de esta forma la clásica

concepción según la cual el dominio sobre el suelo se extendía “a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo en líneas perpendiculares”.¹

Estamos entonces ante un instituto jurídico que pone a los operadores del derecho en la necesidad de abordar, con actitud desafiante pero prudente, una serie de proyecciones jurídicas otrora desconocidas en la normativa positiva, entre las que cabe incluir – entre un vasto campo de implicancias - lo atinente a las garantías reales² constituidas por el superficiario, que constituirán el núcleo de este trabajo.

Antes de avocarnos a dicho menester resulta imprescindible desentrañar, al menos sucintamente, aspectos básicos vinculados al concepto y a la naturaleza jurídica del derecho real de superficie.

2. CONCEPTO Y NATURALEZA JURÍDICA DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE³

El Código Civil y Comercial, en su artículo 2114, literalmente establece: “*Concepto. El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades*

¹ Art. 2518 CC.

² No desconocemos que autorizada doctrina considera que no debe identificarse garantía real con derecho real de garantía, toda vez que, según estos autores, las garantías reales son aquellas en las que se afecta uno o más bienes - del deudor o de un tercero – al pago de la obligación, configurándose el derecho real de garantía cuando esa afectación se traduce en un derecho del tal categoría (MARIANI DE VIDAL, Marina, ABELLA Adriana en “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”. 1º Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Zavalia. Año 2016. Tomo II. Pág. 81). En cambio, por nuestra parte, preferimos utilizar el término garantías reales en su acepción más restringida, identificándolas con los derechos reales de garantía, tal cual lo hace Bueres y Mayo, para quienes: “las garantías reales son las que acuerdan al titular un derecho real respecto del objeto”. (BUERES, Alberto J. y MAYO Jorge A. en “Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación” en Revista de Derecho Privado y Comunitario - Garantías. Volumen 2. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año 1993. Pág. 19)

³ Seguimos en este acápite nuestro artículo “Reflexiones sobre el derecho real de superficie en el código civil y comercial”. SAENZ, Pedro Facundo y RACHID, Martín. Revista del Notariado N° 927 (ene – mar 2017). Órgano del Colegio de Escribano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

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.”

Siguiendo a Kiper, podemos afirmar que “El derecho de superficie es, en términos simples, el derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno. La superficie, con más técnica, es el derecho real de construir, plantar o forestar sobre una inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción, plantación o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado.”⁴

De la redacción del artículo podemos distinguir dos planos o manifestaciones del derecho de superficie que se darán, normalmente, de manera sucesiva desde el punto de vista cronológico, a saber: en una primera instancia el titular del derecho de superficie (superficiario) tendrá la facultad de construir, plantar o forestar sobre la rasante, vuelo o subsuelo del inmueble y, en una segunda instancia, se hará propietario de lo construido, plantado o forestado.

Esto permite sostener que, en la mayoría de los casos, habrá un primera etapa o manifestación primigenia del derecho de superficie (derecho de superficie en sentido estricto) donde estará contenida, de manera embrionaria, una propiedad superficiaria que recaerá sobre lo que en definitiva se construya o plante en el inmueble. En este sentido se ha afirmado: “El derecho de edificar 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”.⁵

No obstante, y tal como lo deja aclarado el citado artículo 2114, existe la posibilidad de que el derecho de superficie se constituya sobre construcciones o plantaciones existentes, supuesto en el cual estaremos ante propiedad superficiaria *ab initio*, sin

⁴ KIPER, Claudio Marcelo. “Derechos Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)”. Claudio KIPER Director. Editorial Rubinzal – Culzoni. Editores. Año: 2015. Pág. 237.

⁵ MESSINEO Francesco en “Manual de derecho civil y comercial” Traducción de Santiago Sentís Melendo, III, Bs. As., 1954, Págs. 421 y ss. citado y transcripto en LAFAILLE Héctor y ALTERINI Jorge Horacio en Ob. Cit. Tomo Vi. Pág. 475.

perjuicio de la facultad correspondiente al superficiario de realizar nuevas plantaciones o construcciones.

De lo precedentemente dicho, y respecto a la naturaleza jurídica de este derecho, podemos sostener que se trata de un derecho real de carácter temporario mixto o dual, toda vez que, mientras no existan en el inmueble plantaciones o forestaciones recaerá sobre cosa ajena en tanto que, a medida que vayan haciéndose edificaciones o plantaciones, será sobre cosa propia.⁶

En tal sentido, es dable destacar que en las Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Rosario (2003) se concluyó que el derecho real de superficie forestal es mixto, bifronte o bipolar, en el sentido de que puede presentarse o catalogarse tanto como derecho real sobre cosa propia como derecho real sobre cosa ajena.⁷

Claramente este es el criterio seguido por el CCyC, conforme se trasluce en el texto del artículo 1888, que literalmente reza: “*Derechos reales sobre cosa propia o ajena. Carga o gravamen real. **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***”

⁶ Durante la vigencia de la ley 25.509, y dado que su artículo 2 establecía que “El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario”, hubo quienes consideraron que, aún cuando no hubiera nada plantado (recordemos que la ley citada solo admitía el derecho de superficie con fines de forestación o silvicultura), el objeto del derecho de superficie era el espacio aéreo. De esta manera se explicaba por qué este derecho se configuraba siempre como derecho real sobre cosa propia (Ver el excelente trabajo al respecto de LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOS DE ZIZZIAS, Irene. “Objeto del Derecho Real de Superficie” en Revista del Notariado N° 867, 2002. Pág. 41). Esta posición, y la redacción de la primera parte del artículo 2 de la Ley 25.509, fue objeto de crítica por la mayoría de la doctrina especializada toda vez que, conforme a la normativa del CC solo las cosas podían ser objeto de derechos reales y el espacio aéreo precisamente constituye una “no-cosa”. Si bien conforme al artículo 1883 CCyC pueden ser objeto de derechos reales bienes taxativamente señalados por la ley y su artículo 2039 incluye al “espacio susceptible de aprovechamiento” como posible unidad funcional objeto del derecho real de propiedad horizontal – lo que debilita los categóricos argumentos oportunamente admitidos para negarle al espacio la potencialidad de convertirse en objeto de un derecho real – entendemos que en materia de derecho de superficie el legislador ha optado por el carácter dual del objeto de este derecho en virtud de lo dispuesto en el artículo 1888, tal lo ha expresado en los fundamentos.

⁷ Conf. KIPER, Claudio Marcelo. Ob. Cit. Pág. 250.

propiedad superficiaria. *Los restantes derechos reales recaen sobre cosa ajena...*”
(el resaltado nos pertenece).

Concluimos entonces que cuando haya propiedad superficiaria, estaremos ante un derecho real sobre cosa propia, en cambio, mientras esta propiedad superficiaria no se configure – porque aún no existen plantaciones o edificaciones – el derecho real recaerá sobre cosa ajena.

3. DERECHOS REALES DE GARANTÍA CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO

3.1 Palabras preliminares:

El artículo 2120 del CCyC establece: *“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.*

El superficiario puede 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.”

Una lectura literal y aislada del artículo transcrito, y teniendo especialmente en cuenta el pretencioso título que lo encabeza, podría conducirnos a la errónea conclusión de que las facultades acordadas al titular del derecho real de superficie se encuentra contenidas íntegramente en esta norma, pero de ninguna manera las prerrogativas del superficiario se agotan en ella.

En efecto, y tal como lo sostuviéramos oportunamente⁸, de una interpretación sistemática de CCyC cabe reconocerle al superficiario, por un lado facultades

⁸ SAENZ, Pedro Facundo y RACHID, Martín en “Reflexiones...” Revista del Notariado N° 927 (ene – mar 2017).

materiales referidas a la plantación, forestación o construcción y, por otro lado, facultades de índole estrictamente jurídica, tales como: a) la transmisibilidad de su derecho (artículos 2119 y 2123); b) legitimación para constituir derechos reales de disfrute (artículos en el artículo 2131, 2155, 2159 y 2168) como así también para afectar las construcciones al régimen de propiedad horizontal, con la consiguiente facultad de gravar y enajenar las unidades funcionales generadas; c) la implícita facultad de dar nacimiento a derechos personales a favor de terceros a través de contratos como locación o comodato, como consecuencia del uso y goce que, por definición, atribuye a su titular (artículo 2114); d) la legitimación para afectar los construido al régimen de protección de la vivienda regulado en los artículos 244 y siguientes y; e) la facultad de constituir derechos reales de garantía (artículo 2120, 2206 y 2213).

Habiendo hecho la aclaración precedente, nos adentraremos a analizar el objeto de este trabajo, referido a la última de las facultades consignadas, esto es, la legitimación que el artículo 2120 le acuerda al superficiario en orden a la constitución de derechos reales de garantía, para lo cual parece conveniente hacer un repaso por los criterios consagrados en los proyectos de reforma del CC y en la ley nacional 25.509, para luego abordar específicamente las normativa actualmente vigente.

3.2 Un poco de Historia

Como es sabido, Vélez Sarsfield se manifestó claramente en contra del derecho de superficie, no solo en la nota al artículo 2503 CC⁹, sino también consagrando expresamente su reprobación en la el texto original del artículo 2614¹⁰.

Los anteproyectos de reforma de la legislación civil de Bibiloni del año 1926, el del año 1936 y el de Llambías del año 1954 no contemplaron la figura del derecho real de superficie, manteniendo en tal sentido la posición contraria consagrada por el CC.

⁹ “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar”.

¹⁰ “Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna”.

Si se quisiera identificar un momento específico a partir del cual el derecho real de superficie adquiere carta de ciudadanía entre la doctrina nacional sería, sin lugar a dudas, las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Corrientes en el año 1985, donde se declaró la conveniencia de regular el derecho de superficie y una serie de directivas que marcaron el rumbo de los futuros proyectos de reforma.

En ese sentido, los proyectos de reforma del año 1987 (artículo 2614), del año 1993 (artículos 3153 a 3158) y el proyecto del año 1998 (artículos 2018 a 2028) previeron y reglaron el derecho real de superficie, no obstante lo cual – como es sabido – ninguno de los proyectos llegó a convertirse en ley vigente.

A título ilustrativo, y solo en lo atinente a la legitimación del superficiario para la constitución de derechos reales de garantía, haremos una breve referencia a las normas contenidas en esos proyectos.

El artículo 2614 del Proyecto de Unificación del año 1987, en su parte pertinente, establecía: “El derecho de edificar... no puede ser objeto de gravámenes reales... La propiedad superficiaria de una construcción ya existente se rige por las normas aplicables al dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las contenidas en este artículo”.

Por su parte, el proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial del año 1993, en su artículo 3155 preveía: “... El derecho de edificar puede ser hipotecado.” El artículo 3156, por su parte, siguiendo el mismo criterio del proyecto de 1987 hacía aplicable a la propiedad superficiaria las normas del dominio revocable, en idénticos términos.

Por su lado, el proyecto del año 1998, reiteraba el criterio seguido por la Comisión Federal autora del proyecto de 1993, pues en la parte final de su artículo 2026 consagraba la posibilidad de hipotecar el derecho de construir o forestar y hacía aplicable las normas del dominio revocable a la propiedad superficiaria en su artículo siguiente.

Esto quiere decir que, en un principio y conforme surge del texto del proyecto del año 1987, el criterio seguido expresamente prohibió la constitución de derechos reales de garantía respecto de lo que hemos denominado “derecho real de superficie en sentido estricto” o “ius edificandi” y, al hacer aplicables las reglas del dominio revocable a la propiedad superficiaria, entendemos que, en cambio, tornaba procedente la constitución de garantías reales sobre las construcciones ya existentes.

En los proyectos siguientes (año 1993 y 1998), se percibe una ampliación del criterio, toda vez que expresamente se admitió la posibilidad de hipotecar el derecho del superficiario aún antes de que existieran plantaciones o construcciones.

Dejando de lado los proyectos legislativos procede ahora recordar lo dispuesto por la única norma positiva que rigió el derecho real de superficie – acotado a la forestación y silvicultura - en nuestro país, a saber: la ley nacional 25.509.

En lo estrictamente referente a la legitimación del superficiario para constituir derechos reales de garantía, el artículo 2º del citado plexo normativo rezaba: *“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.”*

Si bien la doctrina especializada, pese a la redacción en singular de la directiva atinente a garantías reales, coincidió en que la propiedad superficiaria podía ser objeto de derecho real de hipoteca como así también de anticresis, no existió tal unanimidad en cuanto a la posibilidad de hipotecar el derecho de plantar o forestar (derecho real de superficie en sentido estricto).

En este sentido, la Comisión N° 4 de las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (Rosario, septiembre de 2003) sostuvo, por amplia mayoría, que: “La superficie forestal, en sus dos manifestaciones, puede ser objeto de hipoteca”. En cambio, el despacho en

minoría concluyó: “El derecho real de superficie forestal, en tanto derecho no puede ser objeto de derecho real de hipoteca”.

Consideramos que si se presta atención a la evolución que se dio en las pautas seguidas en los proyectos de modificación de los años 1987, 1993 y 1998 – que precedentemente hemos desarrollado - pasando de una prohibición expresa a la posibilidad de hipotecar el derecho de edificar (proyecto de 1987) hasta su admisión (proyectos de 1993 y 1998), la interpretación restrictiva, por la cual se limitaba las garantías reales a los casos en que existía propiedad superficiaria, implicaba un retroceso en la hermenéutica y en la dinámica del derecho real de superficie.

Adherimos a lo oportunamente sostenido por Alterini, en cuanto que “vedar la hipoteca del derecho real de superficie en la etapa en que aún no existen plantaciones significaría tanto como obstaculizar seriamente el desarrollo de la superficie forestal¹¹”.

En virtud de lo precedentemente expuesto, consideramos que en el marco de la ley 25.509, era posible la constitución de derecho real de hipoteca sobre el derecho de plantar o forestar, siendo la propiedad superficiaria susceptible de constituirse en objeto de garantía hipotecaria y anticrética.

3.3 La regulación en el Código Civil y Comercial

Conforme al actual artículo 2120, que más arriba se ha transcripto, se le acuerda al superficiario legitimación para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar como así también sobre la propiedad superficiaria.

Superando las dificultades interpretativas que la redacción en singular del artículo 2 de la ley 25.509 había generado, el CCyC utiliza el plural, lo que nos permite sostener que, en principio, “el superficiario está legitimado para constituir derechos reales de hipoteca

¹¹ ALTERINI, Jorge Horacio en “Derecho Civil. Tratado de Derechos Reales”. LAFAILLE Héctor – Actualizado por ALTERINI, Jorge Horacio. 2° Edición Actualizada y Ampliada. Editorial: La Ley - Ediar. Año: 2011. Tomo VI. Pág. 498. El mismo argumento axiológico sostuvo ZAVALA Gastón en Revista Notarial N° 936. Órgano del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires. Año: 2000. Pág. 413.

(artículo 2206) y de anticresis (2113), gravámenes que son los que involucran inmuebles”.¹²

Sin embargo es importante aclarar, como hemos dejado establecido al abordar lo atinente al concepto y naturaleza jurídica de la superficie, que mientras aún no haya propiedad superficiaria – por no existir plantaciones o construcciones - el derecho real de superficie se traduce en un derecho real sobre cosa ajena que confiere a su titular la facultad de plantar, forestar o construir, motivo por el cual en esta etapa solo parece admisible la constitución del derecho real de hipoteca, no pareciendo posible la constitución de un derecho real de anticresis, pues esta tiene por objeto una cosa registrable individualizada, lo cual no condice con la realidad jurídica que se presenta en la etapa inicial del derecho real de superficie, toda vez que el superficiario solo tiene para ofrecer el “*ius edificandi*” del que ya hemos hablado.

El derecho real de anticresis presupone la entrega de la posesión de la cosa al acreedor o a un tercero por él designado a los fines de que se la haga producir frutos en orden a imputarlos a la cancelación de la deuda (artículo 2212), lo que es de imposible cumplimiento en el caso del derecho de plantar, forestar o construir ya que “la posesión no puede adquirirse a partir de la transmisión de un bien inmaterial, es decir de un bien que no sea cosa, por parte del superficiario al acreedor anticresista.”¹³

A ello cabe agregar que lo propio de la anticresis es “el *ius fruendi* transferido al acreedor (que va unido al *ius utendi*, que permite gozar del primero), para la percepción de los frutos derivados de la cosa e imputarlos a la deuda, como medio para extinguirla...”¹⁴

¹² MARIANI DE VIDAL, Marina, ABELLA Adriana en “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”. 1º Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Zavalia. Año 2016. Tomo II. Pág. 381.

¹³ ZELAYA Mario en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación”. 1º Edición Revisada. Santa Fe. Editorial Rubinzal-Culzoni. Año: 2015. Tomo III Pág. 193.

¹⁴ SAUCEDO Mauricio en “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Julio Cesar RIVERA y Graciela MEDINA Directores. Mariano ESPER Coordinador. 1º Edición. Buenos Aires. Editorial La Ley. Año: 2014. Tomo V Pág 866.

Esto pone en evidencia que el derecho real de superficie en sentido estricto, es decir, el derecho de plantar, forestar o construir no puede ser objeto de un derecho real de anticresis por no reunir aquella la materialidad propia que exige el objeto de dicha garantía y, además, por implicar una realidad jurídica incompatible con la estructura y dinámica de la garantía real a la que estamos haciendo referencia.

Por último, podría pensarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 1885, en caso de instrumentarse un contrato por el cual se constituya derecho real de anticresis sobre el derecho de plantar, forestar o construir, una vez que las plantaciones o construcciones llegaran a existir, quedaría convalidada aquella garantía real. No compartimos tal hipótesis, pues la anticresis constituida en tales condiciones adolece de vicios en la especialidad en cuanto al objeto, pues, conforme al artículo 2188, tal objeto, además de estar adecuadamente individualizado en el contrato, debe ser actual, requisito este último que no se cumple si aún no hay plantaciones o construcción para entregar.

En cambio, ninguna duda cabe que el derecho real de hipoteca, al no suponer tradición del objeto sobre el que recae, puede constituirse tanto sobre el derecho a plantar, forestar o construir como así también sobre la propiedad superficiaria.

Adviértase que en el primer caso estaremos ante un supuesto de derecho real constituido sobre un bien que no es cosa, expresamente aceptado por la legislación vigente en su artículo 1883 *in fine*.

Resulta plausible esta decisión del legislador, pues – tal como se mencionara más arriba citando a Alterini - precisamente es en esta etapa en la que el superficiario más necesita acceder al crédito para poder llevar adelante la construcción, plantación o forestación que han motivado la constitución del derecho real de superficie, por lo que acertado es brindarle una herramienta de este tipo para facilitarle la obtención de la financiación requerida.

Consideramos, junto con Kiper, que en caso de que se constituyera hipoteca sobre el “*ius edificandi*”, cuando la plantación o construcción se hubiere realizado, el derecho

real de garantía se extenderá, por la figura de la subrogación, a lo plantado o edificado, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.¹⁵

En efecto, la redacción del artículo 2194 claramente establece que la garantía se traslada de pleno derecho sobre los bienes que sustituyen a los gravados y, por la propia mecánica del derecho real de superficie, la metamorfosis que se opera por el pasaje del derecho de plantar, forestar o construir a la propiedad superficiaria sobre lo plantado o construido, claramente torna aplicable el principio de subrogación real¹⁶.

Cabe preguntarse si, en virtud de ese mismo principio, la garantía del acreedor hipotecario se extiende a la indemnización que percibiera el superficiario frente a la extinción de su derecho (artículo 2126). En opinión favorable se manifestaron oportunamente, y siempre en base al texto del proyecto de reforma del año 1987, KEMELMAJER de CARLUCCI y PUERTA DE CHACON.¹⁷

Sin embargo, entendemos que conforme a las normas positivas actualmente vigentes eso no es posible, en primer lugar, porque expresamente se establece que el derecho del acreedor hipotecario no puede extenderse más allá de la duración del derecho real de superficie, en consecuencia de ello, hacer recaer la garantía hipotecaria en la indemnización que el superficiario percibiere con motivo de la extinción de su derecho por vencimiento del plazo legal o convencional sería tanto como acordarle a la hipoteca una supervivencia más allá del derecho de superficie. En segundo lugar y, tal como lo desarrollaremos más abajo, producida la extinción del derecho del superficiario antes del vencimiento del plazo legal o contractual, los derechos reales constituidos sobre la superficie continúan vigentes - como si no hubiese habido extinción - hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie, motivo por el que no resulta necesario

¹⁵ KIPER, Claudio Marcelo en Ob. Cit. Pág. 267.

¹⁶ Esta misma solución es la que se propiciara en el derecho español donde, admitiéndose la hipoteca antes de efectuada la construcción, aquella se extiende a lo que se construya con posterioridad a su constitución. KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACON, Alicia en "Derecho Real de Superficie". Editorial: Astrea. Año: 1989. Pág. 90.

¹⁷ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACON. *Ibidem*. Pag. 93.

hacer recaer la hipoteca sobre la indemnización pues esta conservará su objeto originario.

Por último, y de acuerdo al segundo párrafo del artículo 2120, el superficiario puede, salvo pacto en contrario, afectar lo construido al régimen de propiedad horizontal y gravar las unidades funcionales generadas, sin necesidad del consentimiento del propietario, lo cual es absolutamente lógico, pues respecto de la propiedad superficiaria se aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto no estén modificadas, por expresa remisión contenida en el artículo 2128¹⁸.

Ahora bien, y tal como lo aclara el artículo 2120, los derechos reales de garantía constituidos por el superficiario están limitados al plazo de duración del derecho de superficie, pues este derecho es, en nuestro sistema normativo, esencialmente temporario.¹⁹

Cabe tener en cuenta que la constitución del derecho real de superficie implica una suspensión del principio de accesión, el que se mantiene latente, en una especie de letargo, por lo que, al producirse la extinción del derecho real de superficie, el dominio recobra plenamente su elasticidad y el derecho de propiedad del nudo propietario (dueño del suelo) abraza o envuelve también las plantaciones o construcciones que pertenecieran al superficiario, todo ello "**libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario**" (artículo 2125 primer párrafo).

Sin embargo, es de vital importancia destacar que solo en caso de extinción por cumplimiento del plazo legal o convencional esto se produce de manera plena y automática, con extinción de los derechos constituidos por el superficiario.

¹⁸ En este sentido se ha dicho: "la propiedad superficiaria es un dominio sujeto a un plazo resolutorio". CORNEJO, Américo Atilio en "El Derecho Real de Superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial" LL 1987-D-1200. Pág. 1210.

¹⁹ ARTICULO 2117.- Plazos. El plazo convenido en el título de adquisición no puede exceder de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para las forestaciones y plantaciones, ambos contados desde la adquisición del derecho de superficie. El plazo convenido puede ser prorrogado siempre que no exceda de los plazos máximos.

En cambio, cuando la extinción se produce antes de cumplirse ese plazo²⁰, las consecuencias son diferentes porque, si bien es cierto que hay una “reactivación” del principio de accesión y el propietario del suelo extiende su dominio a las construcciones o plantaciones subsistentes, para proteger a los terceros que han contratado durante la vigencia del derecho de superficie, la ley se encarga de aclarar que los derechos reales y personales *constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.*

Se consagra así, respecto de esos terceros – acreedores hipotecarios o anticresista a los fines de nuestro trabajo - la inoponibilidad de la extinción operada (artículo 382 *in fine*), pues ellos han contratado teniendo en cuenta el plazo del contrato constitutivo o el plazo legal, por lo que, privarlos de sus derechos ante un hecho o acto jurídico que ocasiona la extinción anticipada del derecho de superficie, produciría un gran inseguridad jurídica, convirtiendo al derecho de superficie en letra muerta.

4. CONCLUSION

El análisis de la legitimación legalmente acordada para la constitución de garantías reales necesariamente impone tener presente la naturaleza dual o bifronte que, en nuestra normativa positiva vigente, presenta el derecho real de superficie, distinguiendo claramente entre, por un lado, el derecho de plantar, forestar o construir (lo que denominamos derecho de superficie propiamente dicho) y, por el otro, la propiedad superficiaria que recae sobre las plantaciones o construcciones existentes (sean estas fruto de la actividad desplegada por el superficiario o hayan sido directamente aportadas por el propietario del suelo).

²⁰ Son causales de extinción, además del vencimiento del plazo, las siguientes: a) el cumplimiento de una condición resolutoria; b) la renuncia a su derecho por parte del superficiario; c) las consolidación; d) el no uso durante 10 años para el derecho de construir y de 5 años para el derecho de plantar o forestar; e) la no reconstrucción o replantación - en caso de destrucción de la propiedad superficiaria - en el plazo de 6 o 3 años respectivamente (artículo 2122).

En efecto, en el caso de que el objeto de la garantía fuera el derecho de superficie propiamente dicho, al no existir aún plantaciones o construcciones atribuibles al patrimonio del superficiario, solo parece aceptable la constitución del derecho real de hipoteca, supuesto en el cual se configuraría la excepcional situación en la que un bien se erigirá como objeto de un derecho real (artículo 1883 *in fine*). En tal caso, una vez que asuma realidad ontológica la plantación o la construcción, el derecho real del acreedor hipotecario se extenderá de pleno derecho a las mismas, por el principio de subrogación real consagrado en el artículo 2194.

No resulta admisible en tal situación o etapa constituir derecho real de anticresis, pues por la propia definición legal (artículo 2212) y la estructura y dinámica de esta garantía real exige que su asiento sea una cosa registrable respecto de la cual habrá de hacerse tradición al acreedor o a una persona por el designada para que, haciéndola producir, pueda ir cancelándose la deuda garantizada con los frutos generados.

Existiendo propiedad superficiaria, en cambio, el superficiario será propietario de cosa inmueble propia (las plantaciones o construcciones realizadas) y podrá en tal caso constituir sobre estas tanto el derecho real de hipoteca como de anticresis, por estar resultar en definitiva aplicable a estas cosas las normas sobre dominio revocable, salvo las incompatibilidades o modificaciones emergentes del sistema legal.

En todos los casos, las garantías reales constituidas por el superficiario no podrán extenderse más allá del plazo de duración acordado a su derecho el que, en el Código Civil y Comercial, pues – conforme al artículo 2125 -una vez vencido el plazo contractual o legal, el propietario del suelo hace suyo plantado, forestado o construido, libre de los derechos reales o personales constituidos impuestos por el superficiario. No obstante ello, es de vital importancia destacar que, conforme al segundo párrafo del citado artículo, cuando la extinción del derecho real de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo convencional o legal, los

derechos reales constituidos sobre la superficie continuarán vigentes hasta el transcurso de aquel plazo.

5. PONENCIAS

- El derecho real de superficie es mixto, bifronte o bipolar, en el sentido de que puede catalogarse tanto como derecho real sobre cosa propia como derecho real sobre cosa ajena.
- Mientras no haya edificación o plantación (derecho real de superficie en sentido estricto) el objeto será un inmueble ajeno, perteneciente precisamente al dueño del suelo, en tanto que, una vez comenzadas las plantaciones o construcciones (propiedad superficiaria) el objeto será un inmueble propio.
- Sobre el derecho real de superficie en sentido estricto solo se puede constituir derecho real de hipoteca, no así el de anticresis. En el primer caso estaremos ante un derecho real cuyo objeto es un bien inmaterial.
- El derecho real de hipoteca constituido sobre el derecho de plantar, forestar o construir, se subroga, por imperio del artículo 2194, a las plantaciones o construcciones luego erigidas, sin necesidad de otorgar ningún acto complementario.
- No es posible, en cambio, admitir esa subrogación real sobre la indemnización que el superficiario perciba como consecuencia de la extinción de su derecho real.
- Los efectos jurídicos de la extinción del derecho real de superficie difieren según esta se hubiere producido por cumplimiento del plazo legal o contractual o bien por alguna de las otras causales admitidas. En el primer supuesto, el propietario del suelo hace suyo lo plantado o construido libre de los derechos reales y personales constituidos por el superficiario. En el segundo caso, en cambio, los derechos impuestos por aquel continuarán vigentes - como si no hubiere habido extinción - hasta que se cumpla el plazo legal o convencional.

6. BIBLIOGRAFIA CONSULTADA

ALTERINI, Jorge Horacio. “Derecho Real de Superficie” en Revista del Notariado N° 850 año 1997.

BUERES, Alberto J. y MAYO Jorge A. en “Lineamientos generales sobre las “garantías” de la obligación” en Revista de Derecho Privado y Comunitario - Garantías. Volumen 2. Editorial Rubinzal-Culzoni Editores. Año 1993. Pág. 19

“Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”. Julio Cesar RIVERA y Graciela MEDINA Directores. Mariano ESPER Coordinador. Editorial: La Ley. Año 2015. Tomo V.

CORNEJO, Américo Atilio - “El Derecho Real de Superficie en el proyecto de unificación legislativa civil y comercial” LL 1987-D-1200.

“Derecho Notarial, Registral e Inmobiliario. Derecho Inmobiliario. Reales”. Jorge Horacio ALTERINI Director. Ignacio Ezequiel ALTERINI, Coordinador. Editorial: La Ley. Año 2012. Tomo VII.

“Derecho Civil. Tratado de Derechos Reales”. LAFAILLE Héctor – Actualizado por ALTERINI, Jorge Horacio. 2° Edición Actualizada y Ampliada. Editorial: La Ley - Ediar. Año: 2011. Tomo VI.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACON, Alicia en “Derecho Real de Superficie”. Editorial: Astrea. Año: 1989.

KIPER, Claudio Marcelo - “Derechos Reales. Novedades en el Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994)”. Claudio KIPER Director. Editorial Rubinzal – Culzoni. Editores. Año: 2015.

LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOS DE ZIZZIAS, Irene - “Objeto del Derecho Real de Superficie” en Revista del Notariado N° 867, 2002.

MARIANI DE VIDAL, Marina, ABELLA Adriana en “Derechos Reales en el Código Civil y Comercial”. 1º Edición. Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Editorial Zavalia. Año 2016.

SAENZ, Pedro Facundo y RACHID, Martín. Revista del Notariado N° 927 (ene – mar 2017). Órgano del Colegio de Escribano de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

ZAVALA, Gastón. Revista Notarial N° 936. Órgano del Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires. Año: 2000

ZELAYA, Mario. “Superficie” en “Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación”. Claudio KIPER Director. Luis O Daguerre Coordinado. Editorial: Rubinzal – Culzoni. Año 2015. Tomo III.