

CONSEJO FEDERAL DEL NOTARIADO ARGENTINO



BECA DEL NOTARIADO ESPAÑOL 2017

Tema: “El Derecho real de superficie para construcción como vehículo de inversión nacional y extranjera en el derecho argentino y español”

JORGE ALBERTO LATINO

ESCRIBANO TITULAR REGISTRO 232, CABA

El derecho real de superficie para construcción como vehículo de inversión nacional y extranjera en el derecho argentino y español:

Jorge Alberto LATINO. Escribano Titular Registro 232, CABA

I) Introducción:

El objeto de este aporte es demostrar cómo el derecho real de superficie puede constituir un instrumento de fomento de inversiones nacionales y extranjeras y un vehículo que permita dar respuesta a necesidades sociales actuales, como ser el acceso a la vivienda. Con este objetivo se desarrolla en primer lugar una síntesis histórica del instituto, para analizar luego su regulación, concepto y características y poder así mostrar su importancia desde la óptica de la inversión. Se destina un apartado especial a la relación del derecho de superficie con los derechos reales de garantía y, previo al desarrollo de las conclusiones, se presenta un conflicto suscitado en Madrid de gran interés para el presente estudio.

II) Evolución y Regulación del Derecho de Superficie:

Para entender la importancia que este derecho presenta en la actualidad, especialmente en materia de inversión inmobiliaria, no deben perderse de vista las raíces romanas de esta figura que nace como respuesta a necesidades no tan distinta de las actuales. Espilez Murciano¹ sostiene que en la época republicana romana llegaban muchas personas a la ciudad, lo que provocó el aumento de la densidad poblacional y generó un grave problema de escasez de viviendas que fue justamente solucionado por la superficie, al impulsar a los propietarios a negociar con su derecho de accesión transmitiendo ya no el suelo de su propiedad sino el derecho a permitir que alguien edificase o plantase en su finca, facultándolo a usar y disfrutar esa construcción o plantación por un determinado período de tiempo a cambio de un determinado pago. Siglos más tarde con la Revolución Francesa no se admitió la propiedad dividida, lo cual fue captado por el Código de Napoleón que no reconoció el derecho de superficie², produciéndose el resurgimiento de esta figura recién en el siglo XX como consecuencia de la ruina que provocaron las guerras mundiales³.

En Argentina Vélez Sarsfield, al elaborar el Código Civil que entraría en vigencia en el año 1871, sigue la postura romanista y consagra el principio de accesión, estableciendo que la propiedad de la superficie no puede ser distinta de la propiedad del suelo, y prohíbe en consecuencia el derecho de superficie a través del artículo 2614 y de la nota al 2503 buscando con ello evitar conflictos en virtud de la multiplicidad de derechos reales sobre los mismos bienes. El cambio de paradigma y la aceptación de este instituto en el ordenamiento jurídico se logra gracias al desarrollo doctrinario en obras y congresos nacionales e

¹ ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles, “El derecho de superficie y el titular catastral”, en *Revista Catastro*, nº 66, Octubre 2009, España, p. 26.

² Idem, p. 27.

³ Cossari cita como ejemplo a Alemania, que tuvo en el derecho de superficie uno de los sustentos fundamentales para posibilitar su sorprendente reconstrucción. Ver COSSARI, Nelson, “El derecho real de superficie: las regulaciones legales del siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina”, en *Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba*, <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artderechorealdesuperficie/> Última fecha de consulta: 13 de Noviembre de 2016. P. 2.

internacionales⁴, que se refleja posteriormente en parte en la ley 25.509 de Superficie Forestal, ley especial sancionada en el año 2001⁵ que se complementaba con la ley 25.080 de promoción de inversiones en proyectos foresto-industriales y que incorporó el derecho real de superficie forestal a la nómina de derechos reales al agregarlo como inciso octavo al artículo 2503 del Código Civil. La evolución se consolida con el Código Civil y Comercial de la Nación⁶, vigente a partir del primero de agosto de 2015, que deroga el Código Civil velezano y la ley 25.509 y extiende el objeto de este derecho real a la construcción y no sólo a la forestación.

En España, Díez-Picazo y Gullón⁷ señalan que este instituto fue regulado por primera vez en 1956 en la primitiva Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, llamada usualmente Ley de Suelo, que se sumaba al artículo 1161 del Código Civil Español que anunciaba leyes especiales para poder redimir “*los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes*” existentes en la época en que entró en vigor el Código. La última reforma de la Ley de Suelo es plasmada en el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015, que regula el derecho de superficie en el Capítulo III (“Derecho de Superficie”) del Título VII (“Función social de la Propiedad y gestión del suelo”). También se deben tener presentes los alcances de la Ley Hipotecaria Española y del Reglamento Hipotecario en lo que respecta a este instituto, como se verá.

No debe perderse de vista que el régimen de los derechos reales presenta variantes entre Argentina y España: mientras que en el primero en virtud de lo establecido por los artículos 1884 y 1887 del CCCN existe un sistema de *numerus clausus* o número cerrado, siendo derechos reales aquellos que el ordenamiento jurídico dispone y estando su regulación establecida sólo por la ley, deviniendo nula la configuración de un derecho real no previsto o la modificación de su estructura; en España nos encontramos con un sistema abierto o de *numerus apertus* que permite crear derechos reales distintos de los ya regulados por el ordenamiento jurídico en virtud del artículo 2 de la Ley Hipotecaria Española y del artículo 7 del Reglamento Hipotecario, debiendo cumplirse con los recaudos establecidos por la Dirección General de los Registros y del Notariado⁸. Entonces, mientras que en España el titular del suelo puede, por ejemplo, imponer al superficiario una serie de prohibiciones o de obligaciones de hacer que **pasan a integrar el derecho real**, y si ese superficiario transmite su derecho el adquirente debe cumplir con esas prohibiciones u obligaciones de hacer contraídas; en el sistema argentino no pueden realizarse tales agregados al derecho real, y si ello ocurriera

⁴ Se destaca especialmente el VI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid en 1984 que concluyó que la propiedad superficiaria separada de la propiedad del suelo puede ser conveniente para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, propiciando su recepción en los países que no la recogen en su ordenamiento.

⁵ Esta ley fue criticada por limitar el derecho real de superficie a la forestación y la doctrina se esforzó por flexibilizar esta interpretación para hacerla extensible a plantaciones o cultivos típicos de la actividad agropecuaria. Para un mayor desarrollo remitirse a DODDA, Zulma, *Código Civil y Comercial. Comentado, Anotado y Concordado*, Dir. Eduardo CLUSELLAS, Astrea – FEN, Buenos Aires, T. 7, p. 288.

⁶ En adelante CCCN.

⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. III, 6° ed., 1997, Tecnos, España, p. 484.

⁸ La Dirección General de los Registros y del Notariado es el órgano encargado de la superintendencia de registradores y notarios y de aplicación de la Ley Hipotecaria Española y del Reglamento Hipotecario, pudiendo determinar los requisitos inscribibles de los Derechos Reales.

se estaría frente a **derechos personales que no integran el derecho real** y, por lo tanto, no se transmitirían a terceros ni les serían oponibles.

III) Concepto:

Díez-Picazo y Gullón⁹ sostienen que el derecho de superficie *“en su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido. Pero también cabe la posibilidad de que el superficiario construya, en base a su derecho, sobre el subsuelo o el vuelo ajeno. Así ocurrirá, en este último caso, cuando el dueño de un edificio conceda a un tercero el poder de elevar sobre él una o varias plantas. En su variedad rústica, el derecho de superficie permite a su titular plantar o sembrar, teniendo la propiedad de lo plantado o sembrado”*. Por su parte, para Roca Sastre¹⁰ *“el derecho de superficie es el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho añejo de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente”*. En Argentina, el artículo 2114 del CCCN dispone: *“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 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.”*

IV) Ventajas del Derecho de Superficie para la Construcción. Vehículo de inversiones nacionales y extranjeras y medio de atención de necesidades sociales:

El derecho de superficie presenta importantes ventajas en comparación con otras figuras y alternativas jurídicas desde la perspectiva de la construcción, y una primera aproximación muestra que no será necesario invertir en la compra de un terreno, lo que genera que los costos sean considerablemente menores en relación con una adquisición de dominio. Dodda¹¹ destaca en este sentido que *“lo que se abone en concepto de superficie es siempre menor que el valor del inmueble; se aísla la tierra de los riesgos del negocio; el propietario del inmueble sin capital para invertir no se encuentra compelido a venderlo, y es posible enajenar o gravar el vuelo o sobre vuelo sin afectar el terreno”*, y Espilez Murciano¹² agrega que *“el derecho real de superficie es la institución más eficaz para la realización de obras poco perdurables. Por ejemplo, a cualquier empresa puede interesarle construir su edificio mediante el derecho de superficie ya que, a su término la edificación sabe que estará obsoleta, o bien se trata de construcciones con una maquinaria llamada a ser renovada o incluso a desaparecer. De esta manera el superficiario*

⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. Cit. (Cfr. Nota 7), p. 484.

¹⁰ ROCA SASTRE, Ramón, “Ensayo sobre el derecho de superficie”, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n° 392-393, Enero-Febrero 1961, Pp. 7-66. Disponible en <http://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/ensayo-derecho-superficie-340826> Última fecha de consulta: 13 de Noviembre de 2016.

¹¹ DODDA, Zulma, ob. cit. (cfr. Nota 5), p. 285.

¹² ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles, ob.cit. (cfr. Nota 1), p.35.

reduce costes en el terreno. Por su parte el cedente puede pactar un régimen liquidatorio apropiado y también obtener un beneficio". Algunos ejemplos en los que se ha utilizado el derecho de superficie con estos fines son los siguientes: construcción de complejos de edificios, centros culturales, desarrollo de emprendimientos con fines de arrendamiento, de enseñanza, de investigación. Capón Filas¹³, haciendo mención de la reseña de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil argentino, trae a colación el caso del palacio de las Naciones Unidas en Ginebra, levantado en superficie, y menciona ciudades como Berna, asentadas sobre esta figura. Asimismo para De Salas Murillo¹⁴ las utilidades de esta figura no se circunscriben a viviendas, sino que *"pueden ser muy variadas: desde servir de marco jurídico para la instalación de parques eólicos o instalaciones solares fotovoltaicas, a centros de iniciativas sociales (guarderías, centros para personas con discapacidad, etc.)"*. Un estudio estadístico de lo provechosa que puede resultar la figura se encuentra en el apartado **"VIII) Conclusiones"**.

Amerita un párrafo especial la relación de este derecho con el acceso a la vivienda. Es mi parecer que en el instituto de la superficie el notariado puede ser un pilar fundamental no sólo para emprendimientos e inversiones privadas sino también para facilitar, mediante una adecuada articulación de políticas estatales y tributarias, el acceso a la vivienda digna, consagrado constitucionalmente tanto en Argentina como en España. En este sentido De Salas Murillo¹⁵, al subrayar la necesidad de llevar adelante políticas concretas por parte de los poderes públicos para garantizar el derecho constitucional a la vivienda, destaca en primer lugar la importancia que tiene el derecho de propiedad en España al ser los ciudadanos españoles los que más optan en Europa por la vivienda en propiedad conforme un estudio realizado entre los años 1996 y 2008, y en segundo lugar el cambio de mentalidad que comenzó a observarse a partir de las dificultades que existen para obtener préstamos hipotecarios para el acceso a la vivienda. Es por ello que propone, entre distintas vías para satisfacer esta necesidad, la conjugación del Derecho de Superficie junto con Arrendamientos especiales accesibles para personas de clase media y baja: *"La tendencia actual marca una creciente utilización (del derecho de superficie) para la consecución del derecho a la vivienda. De hecho, es ya un recurso extendido por toda España, para la construcción de viviendas protegidas destinadas a arrendamiento, en suelos, generalmente públicos, aportados por las Administraciones públicas"*. En este orden de ideas, en Argentina Alterini¹⁶ ha sostenido que *"Más allá de aspectos ideológicos, hay coincidencia en que la superficie es una herramienta que el mundo de hoy necesita. La necesita con fines solidaristas, porque a través de la superficie bien manejada se puede facilitar, sobre todo con los terrenos de propiedad del Estado, el acceso a la vivienda por los particulares de menores recursos. Y es un motor del dinamismo del país porque debería constituirse en estímulo de la construcción a través de modalidades de tipo negocial perfectamente compatibles con la superficie ... En el interior del país, familias tradicionales que se fueron empobreciendo con el curso de los años aspiran a mantener dentro*

¹³ CAPÓN FILAS, Mario, "El Derecho de Superficie en las Décimas Jornadas de Derecho Civil", en *La Ley*, T. 1986 A, p. 878. Citado por COSSARI, Nelson, ob. Cit. (Cfr. Nota 3), p.2.

¹⁴ DE SALAS MURILLO, Sofia, "Tendencias Recientes sobre el Arrendamiento y el Derecho de Superficie en el Marco del Derecho a la Vivienda", en *Derecho Privado y Constitución*, n° 23, Enero-Diciembre 2009, España, p. 94.

¹⁵ Idem, p. 92-94.

¹⁶ ALTERINI, Jorge, "Nuevas Formas de Propiedad", en *Revista del Notariado*, n° 811, Octubre, Noviembre, Diciembre 1987, Buenos Aires, p.1647-48.

del acervo familiar extensiones de terreno, seguramente de origen sucesorio, pero no pueden construir. Adviértase que al possibilitarse el derecho de superficie, esos propietarios podrán otorgarlo para que otros, con mayor potencia económica, realicen la etapa edilicia ... Por todo ello, mi entusiasmo por la superficie, aunque no se puede anticipar con certeza que en la Argentina habrá de difundirse.”

Frente a lo provechoso que puede resultar este instituto, veamos sus lineamientos esenciales.

V) Características del Derecho Real de Superficie en Argentina y en España:

Díez-Picazo y Gullón¹⁷ sostienen que *“la especialidad más característica del derecho real que estudiamos reside en (la) separación entre el dominio de lo construido o plantado o sembrado, y el suelo en que se efectúa. El primero corresponde al titular de la superficie, y el segundo al concedente de la misma. Viene a ser así una derogación convencional del principio de accesión: el propietario del suelo no hace suyo lo que en él se edifica, planta o siembra. Por otra parte, el superficiario goza del suelo ajeno, en tanto que lo utiliza para construir o sembrar o plantar, y mantener el resultado de su actividad.”*

En el ordenamiento argentino el CCCN establece respecto del derecho de superficie: que es un derecho real; que su objeto es un inmueble; que exige escritura pública para su constitución como forma instrumental ineludible e inscripción a efectos de publicidad, por una interpretación sistémica de este instituto junto con los artículos 1017 inc. A), 1892, 1893, y con la ley 17.801; que es temporal, por un máximo de setenta años cuando se trata de construcciones, contados desde la adquisición del derecho de superficie, es decir, a partir de la fecha de la firma de la escritura pública que instrumenta la constitución del derecho real con la entrega de la posesión, reuniéndose el título y el modo suficientes¹⁸; que puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte materialmente determinada del mismo; que están legitimados para constituirlo los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal; que puede constituirse por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte, no pudiendo adquirirse por usucapión veinteañal; que implica una suspensión temporal del principio de accesión en el dominio de los inmuebles quedando excepcionalmente separada la propiedad del terreno de la propiedad de la superficie o de lo edificado en la superficie; que producida su extinción, el titular del derecho real sobre el suelo debe indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario¹⁹; que es dual. Destacamos que es un derecho real “dual” porque puede operar en dos planos o modalidades:

¹⁷ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. Cit. (Cfr. Nota 7), p. 484.

¹⁸ En igual sentido se pronuncia Zulma Dodda (DODDA, Zulma, ob. cit. (cfr. Nota 5), p. 301) y Nelson Cossari (COSSARI, Nelson, *Código Civil y Comercial Comentado. Tratado Exegético*, Dir. Jorge Alterini, Coord. Ignacio Alterini, La Ley, Buenos Aires, T. X, p. 162).

¹⁹ El artículo 2126 del CCCN fija pautas para calcular la indemnización (valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización) en caso que las partes no hubieran previsto una forma distinta.

- Constitución de derecho real de superficie por parte del propietario del terreno a favor de un tercero en su modalidad de Derecho real de Plantar, Forestar o Construir, en virtud del cual el tercero²⁰ tendrá un derecho real sobre cosa ajena (que posteriormente al realizarse la construcción, plantación o forestación derivará en la propiedad superficiaria, derecho real sobre cosa propia) y el propietario del terreno mantendrá un derecho real sobre cosa propia sobre el mismo. Se aplicarán supletoriamente en virtud del 2127 del CCCN las normas relativas a las limitaciones del uso y goce en el derecho de usufructo.
- Constitución ab initio de derecho real de superficie por parte del propietario del terreno a favor de un tercero (superficiario) en su modalidad de propiedad superficiaria sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. El superficiario tendrá un derecho real sobre cosa propia **temporario** sobre las edificaciones, plantaciones o forestaciones existentes, y el dueño del terreno un derecho real sobre cosa propia sobre el mismo. Se aplicarán supletoriamente en virtud del 2128 del CCCN las normas relativas al dominio revocable.

Dentro de las facultades de los sujetos intervinientes nos encontramos:

- En una primera etapa (Derecho de Plantar, Forestar o Construir) el superficiario está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar limitado al plazo de duración del derecho de superficie (ver punto **VI**) **“Relación con los derechos reales de garantía”**); como así también tiene las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica en virtud del derecho real sobre cosa ajena.
- En una segunda etapa el superficiario podrá constituir derechos reales de garantía sobre la propiedad superficiaria, limitado al plazo de duración del derecho de superficie; tiene las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica en virtud del derecho real sobre cosa propia; puede constituir usufructo (artículo 2131 CCCN), uso (artículo 2155 CCCN), habitación (artículo 2159 CCCN) y servidumbres (artículo 2168 CCCN). Por los artículos 2116 y 2120 del CCCN el superficiario está facultado para afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario, y para transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario, lo cual puede ser resultado de dos extremos: o bien que el notario al redactar el Reglamento de Propiedad Horizontal incluya ab initio la posibilidad de constituir derecho real de superficie, o bien que la totalidad de los copropietarios lo decida por unanimidad con posterioridad, al ser justamente ellos los que conservan las facultades de disposición material y jurídica sobre las partes comunes.
- El propietario del inmueble afectado a superficie conserva el derecho de enajenarlo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie constituido. También podrá afectar su inmueble con derechos personales o reales en la medida en que no

²⁰ La doctrina se divide en cuanto a la denominación de este sujeto: hay quienes lo llaman “titular del derecho de plantar, forestar o construir” y hay quienes lo llaman “superficiario”.

interfiera con las facultades del superficiario. Una vez extinguido el derecho de superficie²¹ el titular del terreno recuperará el dominio pleno y adquirirá nuevamente vigencia el principio de accesión, recibiendo, en caso de extinguirse por cumplimiento del plazo legal²², los bienes **libres de derechos reales y personales impuestos por el superficiario**, por aplicarse el efecto retroactivo propio de las reglas generales de dominio revocable (artículos 1967 y 1969 del CCCN). Coincidimos con Kiper y con Díez-Picazo y Gullón al sostener²³ que no será necesaria la tradición de la cosa para el titular del suelo, sino que la adquisición es automática y el dueño extiende su dominio a lo construido en virtud del principio *superficie solo cedit*, es decir, el principio de accesión por el cual lo principal atrae a lo accesorio.

El ordenamiento jurídico español contiene algunas diferencias respecto a lo desarrollado. En este sentido, el artículo 53.2 del Texto Refundido de la Ley de Suelo dispone que para que el derecho de superficie quede **válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad**, debiendo fijarse necesariamente en la escritura el plazo de duración del derecho de superficie, que **no podrá exceder de noventa y nueve años**; y el artículo 54.5 que el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho. Asimismo, este 54.5 establece que, a la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado **sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho, pudiendo no obstante pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie**. Por último, la relación del Derecho de Superficie con la Propiedad Horizontal en el ordenamiento jurídico español se encuentra con los mismos alcances que los desarrollados en el artículo 54.2 del Texto Refundido de la Ley de suelo.

En primer lugar, vemos que el plazo máximo de duración del derecho es mayor respecto al establecido en el ordenamiento jurídico argentino y que se presenta la regla inversa en materia de indemnización, al no deberse justamente al superficiario indemnización alguna salvo pacto en contrario, y en segundo lugar que se establece una inscripción constitutiva en materia registral. Sin embargo debe aclararse que la doctrina²⁴ no es pacífica respecto al efecto constitutivo de la inscripción del derecho de superficie (como sí lo es respecto de la inscripción de la hipoteca o de la inscripción de inmuebles en favor de extranjeros) ya que al estar regulado en el Texto Refundido de la Ley de Suelo están quienes consideran que la exigencia sólo aplica al derecho de superficie que constituye el Estado, y no a los particulares.

²¹ El derecho a construir, plantar o forestar se extinguirá por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria, por consolidación y por el no uso durante diez años. La propiedad superficiaria se extinguirá por destrucción de lo plantado, forestado o construido en el caso de que el superficiario no construya nuevamente dentro del plazo de seis años, vencimiento del plazo o cumplimiento de condición resolutoria, por abandono y consolidación.

²² Si el derecho de superficie se extingue por otras causales, los derechos constituidos continuarán gravando separadamente las dos parcelas hasta el vencimiento del plazo, como si no hubiese habido extinción, buscando así resguardar a terceros.

²³ KIPER, Claudio, *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Dir. Ricardo Lorenzetti, Coord. Miguel De Lorenzo y Pablo Lorenzetti, Rubinzal-Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, p.740; DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. Cit. (Cfr. Nota 7), p. 488.

²⁴ Ver en este sentido *Ley de Suelo: Comentario Sistemático de la Ley 8/2007*, Dir. Enrique Sánchez Goyanes, La Ley, Madrid, 2007, p. 866 y siguientes. Si bien la obra citada corresponde a una versión reformada de la Ley de Suelo, el debate se mantiene vigente.

VI) Relación con los derechos reales de garantía:

En el ordenamiento argentino los artículos 2120 y 2206 del CCCN disponen que 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. La doctrina²⁵ es conteste en sostener que al hablarse de “derechos reales de garantía” las posibilidades consistirán en anticresis o hipoteca. Aquí se pondrá el acento en la hipoteca al ser el derecho real de garantía que mayores ventajas brinda en materia de desarrollo de emprendimientos inmobiliarios, construcciones e inversiones nacionales y extranjeras. En este sentido, no presentando mayor complejidad el supuesto en el cual se hipoteca la propiedad superficiaria, resulta de gran interés analizar el caso de la hipoteca sobre el derecho de construir, para lo cual se debe estudiar si los derechos reales pueden tener por objeto algo que no sean cosas. En el régimen del derogado Código Civil velezano para la doctrina mayoritaria²⁶ la respuesta era negativa y el único objeto de los derechos reales podían ser las cosas porque solo respecto de ellas podría darse el carácter de inmediatez²⁷, mientras que para la minoría, con Molinario²⁸ a la cabeza, el derecho real podía tener por objeto un bien en tanto el mismo fuera actual y determinado. El CCCN introdujo una Parte General para los Derechos Reales, y el artículo 1883 establece que su objeto podrá consistir: 1) en la totalidad o una parte material de una cosa, por el todo o por una parte indivisa, y 2) en un bien taxativamente señalado por la ley. En virtud de ello debe concluirse que los bienes pueden constituir el objeto de los derechos reales, siendo esta una excepción a la regla de la materialidad del objeto y, como excepción que es, deberá buscarse cuidadosamente en el ordenamiento vigente y establecerse de forma clara y concisa en futuras incorporaciones legislativas. De forma coincidente con lo desarrollado Abreut de Begher²⁹ sostiene que, conforme al artículo 1883 del CCCN, se permite que el objeto de los derechos reales sea además de las cosas los bienes en los supuestos taxativamente señalados, como en el caso de la hipoteca sobre el derecho de construir.

No cabe duda, entonces, de la posibilidad de recurrir a la figura de la hipoteca en las dos modalidades de este derecho real, y en caso de haberse hipotecado el derecho de construir, a medida que se vaya edificando y adquiriendo la propiedad de ello, esto quedará afectado por la hipoteca constituida sobre el derecho de construir. Kiper³⁰ afirma en este sentido que se produce una subrogación automática y operativa de la hipoteca del derecho de construir sobre lo edificado, sin que sea necesario el otorgamiento de ningún acto complementario.

²⁵ KIPER, Claudio, ob. Cit. (Cfr. Nota 23), p.725; GURFINKEL DE WENDY, Lilian, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Dir. Graciela Medina y Julio Rivera, Coord. Mariano Esper, La Ley, Buenos Aires, 2015, T. V, p. 699, entre otros.

²⁶ ALLENDE, Guillermo, *Panorama de los Derechos Reales*, La Ley, Buenos Aires, 1967, p. 19.

²⁷ GATTI, Edmundo, *Derechos Reales Teoría General*, Ed. Lajouane. 1º edición, Buenos Aires, 2006, p. 196.

²⁸ MOLINARIO, Alberto, *Derecho Patrimonial y Derecho Real*, La Ley, Buenos Aires, 1965, p. 43.

²⁹ ABREUT DE BEGHER, Liliana, “Comentarios sobre el Derecho Real de Superficie en el Código Civil y Comercial”, en *Sistema Argentino de Información Jurídica*. <http://www.saij.gob.ar/comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-comentarios-sobre-derecho-real-superficie-codigo-civil-comercial-nv12467-2015-08-26/123456789-0abc-764-21ti-lpssedadevon> Última fecha de consulta: 13 de Noviembre de 2016.

³⁰ KIPER, Claudio, ob. Cit. (Cfr. Nota 23), p.727.

Por el lado de la legislación española, el objeto sobre el que puede recaer la hipoteca es amplio en virtud del artículo 107.5 de la Ley Hipotecaria Española, que dispone que podrán hipotecarse los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, arribando en consecuencia a las mismas conclusiones que las expuestas.

VII) Un conflicto Suscitado en Madrid³¹:

En el año 1997 “Petrolurb de Arriendos, Inversiones y Explotaciones, SL” y “Shell España SA” suscriben un contrato privado en virtud del cual Petrolurb se compromete a constituir derecho de superficie a favor de Shell y a hacerse cargo de obtener en un determinado plazo todas las licencias necesarias para el desarrollo de la actividad prevista por Shell junto con la autorización para la construcción a cambio de una determinada remuneración. Ese mismo año tiene lugar la celebración de la escritura pública sin haberse obtenido las licencias correspondientes, situación que se mantiene en el tiempo y lleva a Shell, en Febrero de 1999, a solicitar la resolución del contrato por el incumplimiento de Petrolurb, que finalmente obtiene las licencias en Noviembre de 1999 y argumenta, por un lado, la extinción de su obligación original por consumación del precontrato al haberse celebrado posteriormente escritura pública **sin reiterarse en la misma su obligación de obtener las licencias**, lo que supone una “novación modificativa del contrato privado”, y por el otro, un **cumplimiento tardío mas no un incumplimiento** que habilite la resolución del contrato.

La Sección Décima de la Audiencia Provincial de Madrid estableció que las partes celebraron originariamente un contrato definitivo, habiendo señalado los elementos y circunstancias del contrato y diferido la firma de la escritura en el tiempo, por lo cual no puede sostenerse que el otorgamiento de la escritura pública haya producido una novación de las obligaciones contraídas por los estipulantes, ya que ello requeriría un acuerdo de voluntades en virtud de la cual se crea una nueva obligación y se establece la sustitución y extinción de otra precedente, lo cual no ocurrió. Se pone el acento en que las partes deben comportarse de acuerdo al principio de buena fe y a la teoría de los propios actos, por lo cual es esencial el mantenimiento de la palabra. En consecuencia, al no producirse modificación ni extinción de las obligaciones contraídas por las partes en el documento privado de 1997, la obtención de las licencias constituyó para ambas partes verdadera “causa del contrato” y el transcurso de dos años sin obtenerlas representa un lapso muy prolongado, que se traduce en incumplimiento. Todo esto lleva a la Audiencia Provincial de Madrid a confirmar la sentencia de Primera Instancia, resolviendo el contrato e indemnizando a Shell.

VIII) Conclusiones:

Considero importante comenzar esta conclusión con datos estadísticos aportados por Díaz Capmany³² destacando que, si bien fueron tomados hace 35 años, muestran como el derecho de superficie en conjunción con políticas de Estado ha sido eficazmente

³¹ Audiencia Provincial de Madrid (Sección 10ª), Sentencia de 14 de Diciembre de 2002, Thomson Reuters - Aranzadi Instituciones, AC\2003\377, p. 1-23.

utilizado en distintas partes del planeta. Esta estadística refleja que en Amsterdam el Municipio utilizó exitosamente desde 1896 el sistema de derecho de superficie junto a arrendamiento de setenta y cinco años; en Estocolmo se implementó el mismo sistema en alrededor del 70% del territorio municipal, siendo los terrenos alquilados por sesenta años con reconducción posible por cuarenta años, salvo que la municipalidad quisiera alterar el destino del suelo, con indemnización al arrendatario; en los demás países escandinavos, incluida Finlandia, se acudió a la misma práctica; en Gran Bretaña el régimen de arrendamiento se aplicó por noventa y nueve años; y en Japón los diques construidos para el puerto de Kobé, de más de 1.000 hectáreas, fueron en parte concedidos por el Municipio por una duración de cincuenta años. Si bien no debe perderse de vista que estamos en presencia de sistemas distintos al argentino y al español, esto no es óbice para reconocer la esencia palpitante del instituto que, en palabras de Alterini³³, se aplica en la mayoría del derecho comparado de cualquier matiz ideológico, desde países latinos como Francia, Italia, España o Portugal, hasta anglosajones como los Estados Unidos o Inglaterra.

Por otra parte, deben tenerse presente las críticas realizadas a la figura para poder superar así los escollos que han surgido. Díez-Picazo y Gullón³⁴ resaltan que hasta la década de 1990 en el derecho español la superficie no tuvo éxito entre los particulares, y consideran que *“no se conseguirá el despegue de la misma del texto de las leyes a la práctica hasta que no cambie la mentalidad social que no concibe que la propiedad de una vivienda no lleve consigo la propiedad del suelo en el que está edificada”*. Agrega De Salas Murillo³⁵ que *“la experiencia demuestra que la reforma de cualquier régimen jurídico pierde operatividad si no va acompañada de las medidas fiscales y financieras de apoyo a la figura de que se trate.”*

En Argentina estamos frente a un desafío novedoso por la reciente recepción legislativa del derecho de superficie en la órbita de la construcción. España muestra un camino transitado que debe mirarse con atención para poder aprender de sus virtudes, identificar las críticas realizadas, y potenciar una figura que se muestra idónea tanto para fomentar y lograr inversiones públicas y privadas, nacionales y extranjeras, como para servir de herramienta de atención a necesidades sociales. Se remarca por último que **son tres las columnas sobre las que debe apoyarse la prosperidad de este derecho de superficie**: políticas estatales a mediano y largo plazo que permitan lograr un cambio de mentalidad en torno a la propiedad y al acceso a la vivienda; políticas fiscales que potencien el uso de la figura; y un adecuado asesoramiento notarial, que brinde como opción este derecho en aquellos casos en que corresponda su utilización.

³² DÍAZ CAPMANY, Felipe, “El Derecho de Superficie en la Nueva Ley de Suelo”, en *Revista de Estudios de la Vida Local*, España, n° 202, año 1979, p. 271. Los datos estadísticos aportados por Capmany fueron tomados de la obra de J.P. GILLI, *Redéfinir le droit de propriété*.

³³ ALTERINI, Jorge, ob. cit. (cfr. Nota 16), p.1647.

³⁴ DÍEZ-PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio, ob. Cit. (Cfr. Nota 7), p. 48.

³⁵ DE SALAS MURILLO, Sofia, ob. Cit. (Cfr. Nota 14), p. 94.