

XXXII JORNADA NOTARIAL ARGENTINA.

DERECHO DE SUPERFICIE. Amalgama para la reactivación económica.

TEMA IV: Novedades en el tratamiento de los derechos reales en el nuevo Código Civil y Comercial; Derecho de superficie, conjuntos inmobiliarios, propiedad horizontal, hipoteca abierta y cementerios privados.

COORDINADOR: Escribano Marcelo de Hoz

AUTORES: Sebastián SZABO, Horacio TEITELBAUM

szabo@barcanszabo.com.ar; preguntashoracio@hotmail.com

TELÉFONO: 011-4342-6585

INDICE SUMARIO.

Introducción.

1- Combinación con otras figuras jurídicas.

2- Propiedad horizontal. Diferencias con el derecho de sobreelevar. Conjuntos inmobiliarios.

3- Aplicación del Derecho real de superficie al desarrollo y expansión urbano y rural.

4- Armonía con normas administrativas. Zonas de frontera y seguridad. Ley de tierras. Comunidades Aborígenes y límites al dominio. Minería .

5- El derecho sustentable y el impacto ambiental.

6- Inversiones extranjeras. Artículo 2667 CCCN.

7- Aspecto impositivo.

Epilogo.

PONENCIA. Derecho de Superficie. Amalgama para la reactivación.

Por Sebastián Szabo y Horacio Teitelbaum

- 1- El derecho real de superficie es un vehículo eficiente para motorizar procesos de expansión y para paliar situaciones vinculadas con situaciones de déficit habitacional y social.
- 2- Su plasticidad permite articularlo con múltiples derechos reales y personales, siempre en el marco de los límites al dominio, el derecho de los pueblos originarios, las zonas de seguridad fronterizas, la ley de tierras y de la preservación del derecho sustentable y de incidencia colectiva.
- 3- Las sociedades de la sección IV pueden intervenir como nexo en la concesión de la locación de obra y servicios por parte del superficiario, y articularse permutas u otros contratos innominados. Es factible establecer un contrato de arbitraje para que, durante el desarrollo de la obra y su culminación, se evite la judicialización.
- 4- La indemnización al superficiario (Art. 2126 CCCN) es renunciable, la que no constituye un acto a título gratuito al estar previsto el pacto en contrario. Puede compensarse con la transmisión de parte del terreno o unidades funcionales luego de cumplirse con la readquisición de dominio del dueño perfecto.
- 5- Es posible la afectación a propiedad horizontal por el superficiario sin existir terreno común. Presenta diferencias notables y ventajas frente al derecho de sobreelevar y responden a necesidades diferentes. Es una herramienta original para su aplicación en los conjuntos inmobiliarios artículo 2073 CCCN.
- 6- El superficiario tiene amplias facultades de administración y disposición, solo limitadas por el plazo y las condiciones particulares del contrato. La concepción del dominio absoluto, perpetuo y pleno, se redirecciona hacia una figura que utilizada con pragmatismo y fluidez avanza sobre el desgaste del fideicomiso inmobiliario.

DERECHO DE SUPERFICIE. AMALGAMA PARA LA REACTIVACION .

SOLO CERRANDO LAS PUERTAS DETRÁS DE UNO SE ABREN
VENTANAS HACIA EL PORVENIR. (Françoise Sagan)

INTRODUCCIÓN.

Sea en épocas de crisis o de crecimiento económico, la creatividad y capacidad de iniciativa se convierte en el factor distintivo que provoca la diferencia. Actitud más que aptitud para la altitud de proyectos que amplíen horizontes y aun bajo riesgo de abandonar la zona de confort nos elevan a una mejor calidad de vida.

El derecho real de superficie supo insertarse en períodos históricos, en los que generó un cambio cualitativo para la urbanización, luego del éxodo del campo a la ciudad en la antigua Roma, para la reconstrucción de la Europa devastada por la guerra, en el boom edilicio de la potencia Nipona, y hoy al servicio de las necesidades sociales de vivienda, las obras de infraestructura, para la explotación agroindustrial, forestal, minera y de generación de energías renovables, y para la conservación del patrimonio histórico y su explotación turística.

El desarrollo esta también asociado a la destrucción del medio ambiente o por lo menos a su deterioro, será motivo de este ensayo analizar como articular el nuevo derecho real de superficie en armonía con las normas de derecho sustentable y derecho administrativo y las restricciones y limites al dominio.

También intentaremos dar un panorama original de aplicación integral con otras figuras jurídicas frente a un escenario rico en opciones y superador del fideicomiso un tanto desgastado y desprestigiado por su excesiva utilización. En los albores de la ley 24441 pocos apostaban a una institución

jurídica exitosa como lo era el Trust anglosajón, sin embargo fue exponencial su auge y protagonismo en los emprendimientos inmobiliarios y en la promoción de los créditos para la vivienda. Fue necesario apartarse de la mala imagen y reputación que en la codificación anterior, a la hoy vigente, era asignada al fideicomiso.

Actualmente, volvemos a encontrar un desafío similar y potencialmente una alternativa igualmente multiplicadora de proyectos edilicios y generadores de puestos de trabajo. Dejar atrás el aforismo romano y la idea de la propiedad desde el cielo al infierno, y la condición de perpetuidad y absolutez del dominio llevara tiempo y esfuerzo, he aquí el desafío y vale la pena intentarlo.

1- COMBINACION CON OTRAS FIGURAS JURIDICAS.

La primera fase que da nacimiento al derecho real de superficie (DRS) se caracteriza por una constitución gratuita u onerosa (derecho real sobre cosa ajena) que emplaza al superficiario para que potencialmente despliegue sus iniciativas como si se tratase de un propietario pleno (derecho real sobre propiedad superficiaria). En efecto, ya en posesión y habilitado sobre la rasante, vuelo o subsuelo del inmueble, sea para plantar, forestar o construir se comporta como un titular de dominio pleno con la salvedad que su derecho queda limitado temporalmente a lo pactado por las partes (Propiedad superficiaria = PS). Resaltamos que el derecho también puede constituirse sobre plantaciones forestaciones y construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad (PS).

Por supuesto que su margen de actividad debe respetar los derechos del propietario titular del suelo y este a su vez conserva la disposición material y jurídica evitando turbar el derecho del superficiario. El pacto al momento de la constitución relacionado con el uso y goce rige la relación entre las partes y supletoriamente se le aplican las normas del derecho real de usufructo cuando

la modalidad es de derecho de superficie y las normas del dominio revocable cuando lo es sobre la propiedad superficiaria.

La ventaja del derecho real de superficie radica en la ductilidad que lo caracteriza, la cual lo hace sumamente apto para combinarse con otras figuras jurídicas y concretar proyectos de distinta magnitud y variedad. En el plano inmobiliario, la constitución del derecho para desarrollos edilicios, sean de gran escala o emprendimientos mas modestos, faculta a que el propietario del suelo que no desea desprenderse de su terreno en forma definitiva lo vehiculice a favor de algún inversor quien podrá desarrollarlo, sin asumir el costo del terreno.

Este tipo de inversión, brinda posibilidad de explotación, y acceso a un costo inferior al común en virtud de la temporalidad a que se vincula. Es factible, no obstante, pactar que al vencimiento del plazo el superficiario o adquirentes posteriores compensen y tal vez agreguen cierta suma, con respecto a la indemnización que pueda llegar a acordarse con el propietario del terreno (art 2126 CCCN) e interviantan su titulo y se constituyan en propietarios plenos. En esta etapa, renace el derecho de accesión, hoy plasmado en el articulo 1945 CCCN y el propietario del terreno recupera lo que anteriormente era la propiedad superficiaria.

Puede el superficiario acreedor de la indemnización renunciar a la misma, lo cual no implica liberalidad alguna ni enriquecimiento sin causa a favor del deudor, puesto que la posibilidad legal de pactar al respecto esta contemplada en el ordenamiento jurídico. Inclusive, puede dejarse establecido por las partes que la indemnización será abonada con la transmisión de un bien que puede formar parte del proyecto o emprendimiento que llevará a cabo el superficiario, y en todo caso si el contrato de origen fue a título oneroso, hasta le asiste al superficiario conservar la cosa debida por el derecho de retención (ART 2587 CCCN) hasta el efectivo pago. Por su parte, el nudo propietario podrá exigir que se hipoteque el inmueble constituido en superficie en resguardo de un fiel cumplimiento del contrato celebrado.

El pacto sobre la indemnización y la adquisición luego de extinguido el DRS, nos recuerda a la opción de ejercicio de compra del leasing. Resaltamos igualmente, que primero se debe concretar la readquisición del dominio conforme las normas de remisión al dominio revocable y que también se encuentra prevista para el fideicomiso en los artículos 1968 y 1706 CCCN respectivamente.

Esta nueva modalidad, no implica tradición ni gravamen impositivo alguno ya que se considera que el denominado dueño perfecto recupera lo que fue transitoriamente transmitido bajo plazo o condición. El propietario pleno, readquirido el dominio, lo transmite al o los inversores quienes ejercen su cláusula contractual de compensar su indemnización con la transmisión del dominio pleno. Por otra parte, y sea en cuanto a la forestación, plantación o construcción de lo ya existente o lo que pueda desplegarse en el futuro, el propietario superficiario puede incluir en sus proyectos la combinación de negocios que le aporte comodidad. La permuta se viene aplicando exitosamente para la entrega de cosas por cosas aun futuras por remisión de los artículos 1175 al 1131.

La constitución de un fideicomiso para aislar los riesgos de la inversión planeada resulta ser un recurso aplicable el cual se limita a un plazo máximo de 30 años. (1668 CCCN) razón por la cual se tendrían que armonizar los máximos de 50 para las forestaciones y 70 para las construcciones con el mencionado del contrato de fideicomiso.

El proyecto puede encararse por una sociedad simple o libre como se ha dado a denominar a las de la sección IV de la ley General de Sociedades 19550. La hoy desaparecida sociedad civil, ha demostrado ser una alternativa auspiciosa en los negocios de construcción de edificios y su heredera en la actualidad bien puede continuar esta modalidad tan utilizada. Siguiendo con las ventajas de la sociedad de la sección IV, su simpleza radica en que no requiere inscripción, ni libros rubricados ni depende de reglas contables ni de modificaciones tan estrictas, y cuenta con la tan interesante responsabilidad

simplemente mancomunada de sus integrantes, con el beneficio de excusión y con la clara posibilidad de tener contrato, organismo de representación y ser titular de derechos reales.

Todo negocio genera tarde o temprano alguna tensión entre sus actores, sea en lo interno o en lo externo. Mas allá de las normas sobre los derechos de los consumidores que el código consagra de manera ejemplar (artículos 1092 al 1122 CCCN) ampliando los ejes de la ley de defensa del consumidor, los conflictos pueden resolverse evitando lo mas posible la judicialización y sus obstáculos. El contrato de arbitraje, y las clausulas compromisorias que se incluirán en los contratos o en un acuerdo independiente o estatuto o reglamento (Art.1650 CCCN) sustrae de la competencia judicial a priori los eventuales conflictos, salvo que el tribunal arbitral no este aun conociendo la controversia y el convenio parezca ser manifiestamente nulo o inaplicable. (Art.1656CCCN). Lo novedoso es que no se depende de los códigos de procedimientos locales sino del código de fondo, y que la elección de los árbitros no exige ninguna profesionalización ni titulo ni colegiación sin perjuicio de optarse por un arbitraje institucional donde las partes encomiendan la administración del arbitraje y la designación de árbitros a asociaciones civiles u otras entidades nacionales o extranjeras cuyos estatutos así lo prevean.

2- PROPIEDAD HORIZONTAL DIFERENCIAS CON EL DERECHO DE SOBREELEVAR. CONJUNTOS INMOBILIARIOS.

De conformidad con el art 2120 CCCN el superficiario puede afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal SUPERFICIARIA salvo pacto en contrario y puede transmitir y gravar las unidades funcionales resultantes durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario. Tan clara posibilidad se hace extensiva a los conjuntos inmobiliarios considerados propiedad horizontal especial y que incluyen a

clubes de campo, barrios cerrados, parques industriales, y a los derechos reales de cementerio privados y tiempo compartido. El superficiario se encuentra legitimado para afectar a propiedad horizontal superficiaria a los fines de la división jurídica del edificio (Art. 2038 CCCN).

La particularidad radica en que este tipo de afectación según el contexto en que se aplique puede carecer de terreno común sobre el cual se edifique o subedifiquen las construcciones. En efecto, en conjuntos inmobiliarios propiamente dichos, encontramos una peculiaridad, ya que son necesariamente comunes, no solo el terreno, sino las partes y lugares del mismo, destinadas a vías de circulación, y todo bien afectado al uso comunitario. En el derecho real de superficie afectado a propiedad horizontal puede no existir el terreno común, el cual permanece en cabeza del propietario del terreno, y solo quedan emplazadas en propiedad horizontal superficiaria las unidades funcionales construidas o a construir según convenio, lo cual no choca con el concepto del artículo 2014 CCCN que enunciativamente define las cosas y partes necesariamente comunes si es que existen en el edificio. Es decir, puede haber un edificio sin balcones, sin vivienda para el encargado, sin locales destinados a vestuario del personal y no obstante regirse integralmente por el marco normativo de la propiedad horizontal.

Hasta la sanción de la ley 26994, el derecho de sobreelevar o subedificar se regía por los principios de la accesión, y se regulaba mediante la inclusión de una cláusula o reserva de un derecho personal para neutralizar los efectos de la incorporación de las obras nuevas en condominio. Por lo general, se apuntalaba la modificación de reglamento e incorporación de obra nueva con renunciaciones a favor del autorizado por las partes privativas y recíprocamente renuncia del concesionario o emprendedor de la construcción a favor de los demás propietarios en las partes comunes, excepto en la proporción del mismo. A esto se agrega, que se suele otorgar poder especial irrevocable para la autonomía del autorizado o su cesionario y se suele conferir facultades para la modificación del reglamento y sus tramites. (DTR 2-99 RPI CABA). El

artículo 1945 del CCCN prevé el mismo postulado de accesión el cual justamente no se aplica al derecho real de superficie.

¿Cuales son entonces las diferencias y ventajas de un derecho real aplicado a esta situación y uno personal de sobreelevar? Básicamente el derecho de sobreelevar precisa de una etapa posterior para nacer jurídicamente e integrar las nuevas construcciones a la propiedad horizontal de manera ilimitada o perpetua. Es en principio privativo de algún integrante del consorcio, salvo cuando este lo cede a un tercero. En el derecho real de superficie, las unidades funcionales surgen jurídicamente escindidas del terreno, sea en el vuelo o subsuelo y como rasgo típico su temporalidad depende de lo acordado en la constitución y un máximo prescripto por ley.

Destacamos que si las nuevas construcciones se desarrollan dentro de un derecho de propiedad horizontal ya constituido, es regla sine qua non la unanimidad por imperio del artículo 2052.

Por último, y no menos importante, independientemente de la indemnización o no prevista al finalizar el plazo de la constitución del DRS, podrá preverse la incorporación de las nuevas unidades a las ya existentes o al pasar a ser de titularidad del propietario del terreno, procediéndose si fuera necesario a la modificación del reglamento de propiedad o la continuación de la afectación con la integración del terreno.

3- APLICACIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE AL DÉFICIT HABITACIONAL Y EXPANSIÓN URBANA, RURAL Y MINERA.

El déficit habitacional es una asignatura pendiente de las políticas sociales de los últimos tiempos. La relocalización de las viviendas de asentamientos precarios requiere, además de voluntad política, un plan de acción con incentivos que generen una motivación para cambiar de radicación de zona geográfica. El derecho real de superficie utilizado social y

económicamente ha encauzado en nuestro país vecino Republica Federativa de Brasil a través del Estatuto de la Ciudad por ley Federal 10.257 directivas generales de política urbana. Esta ley reglamenta los artículos 182 y 183 de la Constitución Federal y establece las directrices generales de la política Urbana y dicta otras medidas. En su primer artículo se define que la ley se denomina Estatuto de la Ciudad y establece normas de orden público e interés social que regulan el uso de la propiedad urbana en pro del bien colectivo, de la seguridad y del bienestar de los ciudadanos, así como del equilibrio ambiental. En su artículo 4 se subraya que se utilizaran entre otros instrumentos, planeamientos y el derecho real de superficie (inciso L). Otro ejemplo lo presenta Cuba, que concede el DRS a inversores extranjeros para la construcción de facilidades turísticas y sedes diplomáticas o entidades internacionales.

Continuando en el plano de la economía política y aplicación del derecho real de superficie, con relación al desarrollo constructivo las investigaciones de derecho internacional comparado citan la reconstrucción de la Alemania de postguerra y la edificación de la ciudad de Berna Suiza y el Palacio de las Naciones Unidas en Ginebra Suiza en base al derecho real de superficie.

En el plano rural o de la forestación, varios son los países que promueven la plantación y forestación a través del DRS como instrumento de política pública en reemplazo de los contratos de arrendamientos e incentivando la EMPRESARIZACIÓN del campo y el acceso al mercado de valores por medio de bienes primarios como Commodities. En nuestro país el límite a la inversión rural de fuente extranjera ha sido previsto por ley de compra de tierras rurales que restringe adquisiciones de extranjeros (ley 26737) y ha sido recientemente morigerada y modificada por decreto 820/16 que abre la puerta por medio de un sistema de equivalencias en las provincias de la denominada zona núcleo (Norte Bonaerense, Sur de Santa Fe, y Sur de Córdoba, con un límite de 1000 hectáreas para los extranjeros) para facilitación de la llegada de inversiones productivas de capital extranjero, tal como analizamos en el punto 4) del presente trabajo.

En el plano de la minería nuestro país cuenta con una rica tradición vigorizada por la incesante demanda mundial de minerales como litio y silicio sumada a la clásica extracción de oro, plata, plomo, aluminio y cobre. La industria minera es proveedora de insumos básicos para el desarrollo de otros bienes a diferente escala. Últimamente, la actualización del código de Minería de 1995 por ley 24498 junto con la constitución del 94 reorientó el dominio originario de los recursos naturales hacia las provincias favoreciendo la creación de empresas mineras locales y generando una evolución favorable del sector. Antes de la irrupción del DRS en forma amplia de la ley 26994, el código de minería, obviamente considerando el subsuelo, establecía que las minas forman una propiedad distinta de la del terreno en que se encuentran y se rigen por los mismos principios que la propiedad común, salvo las disposiciones especiales de ese código. Se advierte entonces, que al igual que la propiedad superficiaria del subsuelo, la propiedad minera tiene relativa autonomía en base al derecho de explotación, concesión y exploración con carácter de utilidad pública regulado específicamente en el citado ordenamiento. Hay entonces dos propiedades la del superficiario y la del subsuelo que el código de Minería reconoce al descubridor. La concesión estatal a los particulares y los permisos consideran al dueño de la superficie y a los exploradores. Por las características especiales que reviste este derecho, solo recordamos el rol que le otorga el código al escribano de minas en el artículo 49 y concordantes siendo que el descubrimiento debe ser manifestado ante el descubridor o por otras personas y dentro del plazo de 100 días realizarse los trámites de manifestación, reconocer la dirección, inclinación y existencia y clase de mineral.

En síntesis, por las propias reglas de este segmento, es que son inaplicables las regulaciones del DRS del CCCN debido a las propias directrices que campean en este ámbito.

4- ARMONIA CON NORMAS ADMINISTRATIVAS. ZONAS DE FRONTERAS Y SEGURIDAD. LEY DE TIERRAS. COMUNIDADES ABORIGENES. LIMITES AL DOMINIO.

La legislación del derecho real de superficie no excluye de los legitimados para constituirlo al estado. En cambio la comunidad Aborígen, no se encuentra mencionada en el artículo 2118 y a tenor de lo establecido por el artículo 18 del título preliminar tampoco se ha dictado hasta la fecha una ley específica sobre derecho real de propiedad Comunitaria Indígena. No obstante, tienen derecho incluso reconocido constitucionalmente a la posesión y propiedad comunitaria de las tierras que tradicionalmente ocupan. Ya en 1985 por ley 23302 sobre asuntos indígenas, se crea la Comisión Nacional de Asuntos Indígenas para la protección y apoyo de las comunidades Aborígenes. Por decreto 155 del 1989 que reglamenta la ley citada, se crea el Instituto Nacional de Asuntos Indígenas, y se establece un Registro Nacional de Comunidades Indígenas, al cual se accede entre otros requisitos, por tener identidad étnica, lengua pretérita autóctona, conservar tradiciones esenciales, convivir en un hábitat común, y ser un mínimo de tres familias asentadas. En consecuencia, si bien no podrán constituir derecho real de superficie, la radicación de su territorio legal y reglamentariamente constituido debe ser respetado como límite a la extensión de los intereses privados.

El estado, en cambio como titular de tierras fiscales, y merced a mecanismos de licitaciones de obras públicas con fines de infraestructura, viviendas o desarrollo edilicios, posee una herramienta de gran expansión para financiar sus proyectos públicos y atraer capitales de inversión nacionales o extranjeros.

El plexo normativo sobre protección del territorio Nacional por cuestiones de soberanía Nacional se extiende a no solo las zonas de frontera y adyacentes a lugares logísticamente destacables, sino a la protección de las tierras rurales y la injerencia del capital Foráneo. Es decir que cualquier

proyecto expansivo que tenga como eje al derecho de superficie o la propiedad superficiaria tendrá que considerar como cualquier otro emprendimiento de desarrollo estas limitaciones de orden legal. El CCCN también establece restricciones y límites que, mas allá de lo dispuesto por las autoridades administrativas locales, rigen las relaciones de vecinos en subsidio de las normas administrativas de cada jurisdicción, por ejemplo los códigos de edificación en zonas urbanas o ley de tierras provinciales. (Artículos 1970 a 1982).

TIERRAS RURALES (Ley 26.737)

La Ley 26.737 (B.O. 32305 2712/2011) establece un régimen, de orden público, para la protección al dominio nacional sobre la propiedad, posesión o tenencia de las tierras rurales, sean producciones agropecuarias, forestales, turísticas u otros usos. Entendiendo por tales, aquellas que estén ubicadas fuera de un ejido urbano, con independencia de su localización o destino (Art. 1º).

Régimen que tiene por objeto regular y fijar límites a la titularidad y posesión, cualquiera sea su destino de uso o producción, y que se aplica a todas las personas físicas y jurídicas extranjeras, que por sí o por interpósita persona, las posean.

Quedan alcanzadas por la ley, las personas humanas, las personas jurídicas privadas o públicas, y todas las modalidades asociativas contractuales (UT, Contratos de Colaboración, Fideicomisos) extranjeras. Las personas jurídicas y modalidades contractuales asociativas, siempre que la participación extranjera en el capital social sea en una proporción superior al cincuenta y uno por ciento ó el necesario para formar la voluntad social.

Fija límites porcentuales a la titularidad o posesión de las tierras rurales (Arts. 8º y 9º) y lo prohíbe respecto a las que contengan o sean ribereñas de cuerpos de agua de envergadura y permanentes y los ubicados en zonas de seguridad de fronteras.

Establece la necesidad de un certificado de habilitación expedido por la autoridad de aplicación para la celebración de todo acto por el cual se transfieran derechos de propiedad o posesión sobre las tierras rurales, a favor de las personas humanas o jurídicas alcanzadas por la ley.

Todos los actos jurídicos que se celebren en violación a lo establecido por la ley serán de nulidad total, absoluta e insanable (Art. 7º).

La ley creó el Registro Nacional de Tierras Rurales, y establece que es su autoridad de aplicación.

Fue reglamentada el 28 de diciembre de 2012 por el decreto 274/2012. A los efectos de la determinación de la titularidad o situaciones de posesión y el cómputo de las superficies permitidas a los extranjeros solo hizo mención a los condóminos. Sin distinguir los casos de dominio desmembrado ni revocable.

El decreto 820/2016 (B.O. 30/06/2016), modifica el decreto reglamentario y establece que a los efectos del cómputo de la superficie de tierras rurales (susceptibles de titularidad o posesión por extranjeros) en el caso de dominio desmembrado (usufructo, superficie, uso, habitación) y anticresis, esta deberá computarse al nudo propietario (artículo 2.2.). Y que no deberá solicitarse el certificado de habilitación en el supuesto de constitución de derechos reales que desmembrén el dominio (usufructo, superficie, uso y habitación) y anticresis, o transmisión de dichos derechos reales. (Artículo 14.2.ii).

El artículo 13 bis de la Disposición 1/2013 de la Dirección Nacional de Registro de Tierras Rurales, incorporado por la disposición 1/2014 y previo al decreto 820/2016, establece que no requerirán "Certificado de Habilitación" los actos que constituyan derecho real de usufructo, a favor de los sujetos comprendidos en el artículo 3º de la Ley Nº 26.737, cuando el destino sea el desarrollo de Proyectos de Parques Eólicos o algún emprendimiento para la generación de energía eléctrica, de conformidad con el objeto de la Ley 26.190. El artículo 2º establece que "Los actos no comprendidos en la Ley Nº 26.737 y los exceptuados por la misma, que sean calificados por los escribanos,

profesionales o funcionarios intervinientes como tales, relacionando tal circunstancia en el instrumento de otorgamiento del acto no requerirán la intervención del REGISTRO NACIONAL DE TIERRAS RURALES.”

En virtud de los antecedentes relacionados, y sin perjuicio de la necesaria adecuación de la disposición 1/2013, la escritura de constitución de derecho real de superficie, sus modificaciones, gravámenes y cesiones no requiere el certificado de habilitación previsto en la Ley 26667. Por el contrario la escritura que instrumenten actos de disposición y gravamen de los derechos del nudo propietario a favor de personas alcanzadas por la ley, requiere certificado de habilitación.

ZONAS DE SEGURIDAD (Decreto Ley 15385/44)

El Decreto Ley 15385/1944 crea en todo el territorio de la Nación zonas de seguridad, destinadas a complementar las previsiones territoriales de la defensa nacional que comprenderán una faja a lo largo de la frontera terrestre y marítima y una cintura alrededor de aquellos establecimientos militares o civiles del interior que interesen especialmente a la defensa del país. Las zonas situadas en las fronteras se denominarán "zonas de seguridad de fronteras" y las del interior "zonas de seguridad del interior (art.1º)". Los límites de las zonas de seguridad resultan del decreto 887/94. El artículo 4º (Texto vigente conf. Ley 23.544) declara de conveniencia nacional que los bienes ubicados en la zona de seguridad pertenezcan a ciudadanos argentinos nativos, y que la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad ejercerá en dicha zona la policía de radicación con relación a la transmisiones de dominio, arrendamiento o locaciones, o cualquier forma de derechos reales o personales, en virtud de los cuales debe entregarse la posesión o tenencia de inmuebles a cuyo efecto acordará o denegará las autorizaciones correspondientes.

El decreto 32530/48 dispone que a los efectos de la previa autorización, los funcionarios tendrán en cuenta la conveniencia de que todos los habitantes sean argentinos nativos sin antecedentes desfavorables ó argentinos

naturalizados con comprobado arraigo en el país o, por excepción, a extranjeros de reconocida moralidad y cuyo afincamiento a las tierras pueda considerarse definitivo, con familia argentina o para establecerse con empresas o industrias de importancia económica para el país (arts.1). El artículo 3º determina que todo escribano que deba escriturar transferencia o arrendamiento de inmuebles dentro de las zonas de seguridad, está obligado a solicitar la autorización a que se refiere el artículo 4ª del Decreto Ley 15385 y a dejar constancia al final de la escritura que la transferencia se realiza de acuerdo a la previa autorización de la Comisión de Zonas de Seguridad. La sanción por el incumplimiento es la nulidad absoluta del acto. Conforme el artículo 7º el Registro de la Propiedad o repartición que deba registrar la escritura, contrato u otro documento sobre transferencia de inmuebles en zonas de seguridad no dará curso a la inscripción cuando no lleve constancia de la previa autorización y comunicará su rechazo a la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad.

La resolución Ministerial 0166/2009 del Ministerio del Interior establece el régimen de solicitud, o excepción del régimen, de previa conformidad, en atención a “la nacionalidad” o la calidad de persona humana o jurídica del solicitante.

En virtud de lo expuesto el otorgamiento de escrituras relacionadas con el DERECHO REAL DE SUPERFICIE, se requiere cumplir con el Régimen previsto en la normativa reseñada.

5- EL DERECHO SUSTENTABLE Y EL IMPACTO AMBIENTAL.

Así como el derecho real de superficie y la propiedad superficiaria puede constituirse sobre todo el inmueble, o una parte determinada (para tercerizar proyectos desarrollistas incluso por PH) y la extensión del inmueble afectado puede ser mayor que la necesaria si es útil para su aprovechamiento, el derecho ambiental y de incidencia colectiva conforman un cuadro estratégico relevante.

Los proyectos se plasman para un rendimiento exitoso, y la velocidad y voracidad de lucro en ocasiones resultan indiferentes a los perjuicios que se ocasionan en el medio ambiente. El código se ocupa de la preservación del ecosistema y de amortiguar al mínimo el impacto ambiental. Sea en la plantación forestación o construcción, somos testigos de agotamientos de suelo por monocultivo – soja – tala de bosques y cambios climáticos – inundaciones y sequías- y crecimientos edilicios desmesurados que no están en consonancia con las infraestructuras urbanísticas de una ciudad que crece a veces caóticamente. La inversión proyectada en la actualidad, tiene que ponderar estos aspectos ya instalados no solo legalmente sino a nivel de la sociedad que comienza a tomar conciencia de fenómenos globales de destrucción inexorable de nuestro hábitat común .

Los artículos 41 de la Constitución Nacional, y los del CCCN 240, 1711, 1737 y 2078 ultima parte son fiel exponente de esta tendencia ecológica y cultural de conservación de la naturaleza.

Por su parte, la ley 24585 que se incorpora al código de minería, exige también la presentación de un informe de impacto ambiental para la prospección, exploración, explotación mediante declaración presentada a la autoridad pertinente en forma bianual la cual emitirá un certificado ambiental y controlará la actividad del sector.

6- INVERSIONES EXTRANJERAS. ARTÍCULO 2667 CCCN.

El artículo 2667 del CCCN regula el régimen aplicable a los derechos reales sobre inmuebles. En sentido concurrente con el artículo 10 del Código Civil anterior, establece que se rigen por la ley del lugar de su situación. Siguiendo las reglas del artículo 1211 del Código Civil determina que los contratos hechos en un país extranjero para transferir derechos reales sobre inmuebles situados en la República, tienen la misma fuerza que los hechos en

el territorio del Estado, siempre que consten en instrumentos públicos y se presenten legalizados. Pero a diferencia del artículo 1211, prescinde del requisito de la protocolización por orden del juez competente para hacerse la tradición de estos con efectos jurídicos, si por ellos se transfiriese el dominio de bienes raíces.

El nuevo ordenamiento carece de regla específica para el caso de constitución de derechos reales sobre bienes inmuebles existentes en la república, regla que si existía en el Art. 3.129 del Código de Vélez respecto a las hipotecas.

Dado este nuevo encuadre normativo la transferencia de la propiedad superficiaria podría realizarse bajo las reglas del artículo 2667, más no la constitución del derecho.

Es imprescindible una urgente reglamentación de este artículo por parte de las Agencias Gubernamentales competentes (A.F.I.P., U.I.F, Agencias de Recaudación provinciales) , con el objeto de resguardar los intereses del fisco y proteger los derechos de los terceros interesados.

El Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad de Buenos Aires, a tomado nota de la problemática, y el 1 de julio del corriente año a dictado una Instrucción de Trabajo (9/16) por la que establece reglas de calificación de tales documentos, los que sin perjuicio de su registración si cumple con las formalidades exigidas por el Código Civil, la Ley 17801 y su decreto reglamentario, serán comunicados a la AFIP, la AGIP a los fines que pudiere corresponder.

7- ASPECTO IMPOSITIVO .

Este nuevo derecho real, requiere de un encuadre impositivo que facilite su utilización, permitiéndole desarrollar todo su potencial. El Código de Vélez había desechado la figura. La Ley 25.509 lo incorporó a nuestro derecho

positivo, pero limitándolo a la forestación o silvicultura, con el objetivo de darle impulso a la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, instaurando un régimen de beneficios tributarios. Por el artículo 3º inciso a) de la Ley 26.994 se derogó la Ley 25.509. La reforma integral del derecho civil y comercial impone la necesaria adecuación del derecho tributario, especialmente en lo relativo a las nuevas figuras consagradas.

Los organismos tributarios, AFIP, AGIP, ARBA, aún no han emitido normativa específica.

La A.G.I.P. en nota del 3 de marzo de 2016 en respuesta a la consulta formulada el 19 de febrero de 2016 por el Colegio de Escribanos de la Ciudad, manifiesta que el tratamiento del Derecho Real de Superficie frente impuesto de Sellos no tiene disposición específica en el Código Fiscal, y que considera pertinente la aplicación de las conclusiones arribadas por el Colegio. Al respecto el Colegio de Escribanos, en la consulta citada, entiende gravado con la alícuota general del uno por ciento (1%) la constitución onerosa, la transmisión onerosa, la extinción con indemnización, la constitución de derecho reales de garantía y de derechos reales de disfrute si fueren onerosos. Mientras que entiende fuera del hecho imponible la extinción sin indemnización.

El artículo 1968 del CCCN respecto a la readquisición del dominio perfecto establece que “Al cumplirse el plazo o condición, el dueño revocable de una cosa queda inmediatamente constituido en poseedor a nombre del dueño perfecto. Si la cosa es registrable y el modo suficiente consiste en la inscripción constitutiva, se requiere inscribir la readquisición; si la inscripción no es constitutiva, se requiere a efecto de su oponibilidad.

Toda vez que en oportunidad de cumplirse la condición o plazo el dueño anterior readquiere el dominio, por imperio de la ley, sin necesidad de que se le haga tradición de la cosa, la ausencia de transmisión importa la no gravabilidad de tal readquisición.

EPÍLOGO

La autonomía que supone la incorporación en nuestro sistema jurídico del DRS y la PS la convierten en un comodín flexible y dúctil para articularse con respuestas de desarrollo a nivel rural urbano y social. La carta de ciudadanía que le permite fusionarse con otros institutos mas clásicos esta lista. Contamos con un articulado austero aunque suficiente para estimular la imaginación y creatividad de los inversores.

El desafío consiste en primer lugar en aceptar y dejar atrás los postulados romanos SUPERFICIE SOLO CEDIT Y CUIUS ET SOLUM EIUS EST USQUEAD COELUM, USQUE AD INFEROS redireccionar la mentalidad de la utilidad de la tierra improductiva y confiar en las inversiones a mediano plazo como modelo de reactivación se tornan un imperativo punto de partida. Los registros de la propiedad inmueble vienen reglamentando a través de disposiciones técnico registrales los aspectos para la oponibilidad a terceros, los tributaristas tienen una ardua tarea por delante para canalizar los incentivos fiscales que promocionen los negocios productivos. La expansión económica depende de factores combinados que aplicados con planes coordinados pueden conseguir un despegue gradual o veloz en función del contexto.

Construir, confiar, cambiar de mentalidad, difundir y aplicar el nuevo DRS y la PS depende en gran parte de los actores, (entre los cuales incluimos a todos los profesionales del derecho), que participan en un escenario cuyo horizonte tiene mas para ganar que para conservar un status quo somnoliento.

TODOS LOS TRIUNFOS NACEN CUANDO NOS ATREVEMOS A COMENZAR.

(Eugene Fitch).

BIBLIOGRAFIA.

1. "Derecho de superficie y bienes de dominio público" por Ignacio M. De la Riva, LA LEY 10/03/2016. Tomo 2016-B.
2. "Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial" por Marina Mariani de Vidal y Adriana N. Abella, LA LEY 23/02/2016. Tomo 2016-A.
3. "Comentarios sobre el derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial" por Liliana Abreut de Begher, infojus.gov.ar SAJ: DACF150402.
4. "Injerencias del derecho real de superficie en la actividad notarial" por Lucía Malpeli. Trabajo presentado en la 39 Jornada Notarial Bonaerense 25/11/2015.
5. "Derecho real de superficie" por Jorge Horacio Alterini, Revista del Notariado 873.
6. "Superficie Forestal" por Jorge Horacio Alterini, Revista del Notariado 850.
7. "Objeto del derecho real de superficie, con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25509" por Martha Linares de Yrrutigoity e Irene Puyol de Zizzias, Revista del Notariado 867.
8. "Derecho Real de Superficie, proyecto de Ley de regulación del derecho real de superficie, Costa Rica" por Comisión permanente de asuntos sociales, Expediente Legislativo 16300, Costa Rica.
9. "Las modificaciones al Código Civil y Comercial de la Nación en el nuevo derecho real de superficie y el IVA" por Julián Ruiz, 28/12/2015, www.cronista.com.
10. "El nuevo Código y el Impuesto a las Ganancias" por Luis O. Fernández, checkpont.laleyonline.com.ar , Thomson Reuters

11. "Efectos en el IVA del derecho real de superficie. Nuevo Código Civil y Comercial de la Nación – Ley 26.994" por Darío Rajmilovich. Thomson Reuters La Ley.
12. "Un nuevo derecho real sale a la superficie" por Elda Fernández Cossini y otros. Trabajo presentado en la 39 Jornada Notarial Bonaerense 25/11/2015.
13. "Las nuevas directivas a la luz de la resolución de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad y su aplicación en el ámbito notarial" por Norma Trucco y Carlos Guillermo Ríos, LVIII Seminario "Laureano Arturo Moreira" Academia Nacional del Notariado, Octubre 2009.
14. "El derecho real de superficie" por Jorge R. Causse. LXIX Seminario "Laureano Arturo Moreira" Academia Nacional del Notariado, Octubre 2015.
15. "Constitución de Derecho Real de Superficie" en Teoría y Técnica de los contratos, instrumentos Públicos y Privados por Carlos D'Alessio, María T. Acquarone, Norberto Benseñor y Eleonora Casabe, Editorial La Ley.
16. "La propiedad comunitaria Indígena: reflexiones en torno a su inclusión en la reforma y unificación del Código Civil y Comercial" por Sonia Liliana Ivanoff, Expediente Boletín Jurídico del Colegio de Abogados de Comodoro Rivadavia, Año 2015, N° 7 Abril.
17. "La propiedad comunitaria indígena y su caracterización. Por Juan Manuel Lezcano. INFOJUS.GOV.AR SAIJ: DACF150293
18. "Un nuevo derecho real: El derecho real de superficie forestal" por Héctor B. Slemenson. La Ley 2002-E.
19. "Nuevos Derecho Reales: derecho de superficie y conjuntos inmobiliarios." Conclusiones de la 41º Convención Notarial 24, 25, 26 de junio de 2015, Boletín N° 2.
20. "Superficie" por Mario Zelaya, en "Aplicación Notarial del Código Civil y Comercial de la Nación – Tomo 3" Director Claudio Kiper. Rubinzal Culzoni Editores.

21. “Superficie” por Lilian N. Gurfinkel de Wendy en “Código Civil y Comercial de la Nación, Comentado” Directores Julio César Rivera y Graciela Medina, Thomson Reuters La Ley.
22. “Superficie” por Zulma Aurora Dodda en “Código Civil y Comercial, Comentado, Anotado y Concordado” Coordinador Eduardo G. Clusellas. Editorial Astrea – Fen Editora Notarial.
23. “Guía Práctica de Escribanía” por Teitelbaum, Horacio, Di Lalla Ediciones.