



UN NUEVO DERECHO REAL SALE A LA SUPERFICIE.

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 Nacional: Not. Marcelo de Hoz.

Autores:

Not. Elda FERNÁNDEZ COSSINI. (eldafcossini@gmail.com
(03489) 422476)

Not. Mariana HEFLING. (marianahefling@gmail.com (011)
42931258)

Not. Bárbara María RÍOS. (barbara.maria.rios@gmail.com
(0336) 4425833)

Not. Gonzalo Matías VÁSQUEZ. (vgonzalom@hotmail.com
(011) 42445435)

“No es la especie más fuerte la que sobrevive, ni la más inteligente, sino la que responde mejor al cambio”

Charles Darwin.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN. III. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES. IV. ASPECTOS REGISTRALES. V. SUS ANTECEDENTES Y APLICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO. VI. ASPECTOS TRIBUTARIOS. VII. CONCLUSIÓN. BIBLIOGRAFÍA. PONENCIAS.

I. INTRODUCCIÓN.

El notariado nacional vuelve a convocarse en su encuentro académico más importante. En esta oportunidad con el desafío de encontrarnos frente a un momento histórico, como es la reforma de la legislación privada argentina.

A casi un año de la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, y siendo los escribanos los primeros operadores del derecho llamados a aplicarlo, resta ahora la difícil pero motivadora tarea de analizar y estudiar los principales cambios introducidos por la reforma, en miras del interés no sólo de los involucrados en el campo del derecho, sino de la comunidad toda.

La reforma genera importantes cambios en el paradigma del derecho privado argentino. Varios son los institutos que se crean, modifican y extinguen, incorporándose además nuevos principios, muchos ya consagrados por la doctrina y jurisprudencia.

Dentro de estas innovaciones nos encontramos con el tema que nos ocupa en el presente trabajo, cual es la creación de un nuevo derecho real denominado de superficie, que si bien ya existía como ley incorporada al Código de Vélez, se limitaba sólo a la forestación.

El legislador viene de esta forma a introducir un nuevo instituto ya utilizado y reconocido por el derecho comparado y que a nuestro entender el desarrollo de la sociedad y las nuevas formas de urbanización, sumado a la necesidad de incentivar la actividad económica nacional resulta un acierto de la reforma.

Este nuevo derecho se asienta sobre dos grandes pilares. El primero es el de la autonomía de la voluntad, jerarquizada por el reformador en comparación al código velezano. El segundo la ruptura con el principio del Código de Vélez en cuanto al carácter absoluto del derecho de dominio, que sólo en contadas ocasiones y como excepción podía ser desmembrado.

II. CONCEPTO Y CARACTERIZACIÓN

El Código comienza el tratamiento de la figura definiéndola en su artículo 2114 de la siguiente forma: “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.”

A partir de esta definición se extraen como sus elementos más importantes los siguientes:

1) Temporalidad.

Es por definición temporario, es decir, está destinado a durar por un cierto tiempo convenido por las partes. A fin de garantizar ese carácter esencial de la temporalidad es que el artículo 2117 CCC establece sus máximos: 70 años si la superficie es utilizada para construcciones y 50 años si es destinada para plantaciones o forestaciones. Está permitida la prórroga en el plazo, pero ésta podría perjudicar a terceros que ostenten

derechos que se consolidarían al extinguirse la superficie. Por ello, si bien el plazo originariamente convenido por las partes puede ser prorrogado por estas, en ningún caso las sucesivas prórrogas (si las hubiere) pueden superar los máximos legales establecidos, ya que en materia de derechos reales en general y en el de superficie en particular, están en juego intereses que van más allá de los meramente personales. La fijación de plazos máximos diferenciados para la construcción por una parte (70 años) y la plantación y forestación por la otra (50 años) obedece a los distintos tiempos de vida útil y amortización para actividades tan diversas.

2) Modalidades.

El titular del dominio puede constituir derecho real de superficie en cualquiera de sus dos modalidades permitiendo al superficiario: a) realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, vuelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido, en cuyo caso es derecho real sobre cosa ajena, como también permitir que b) se constituya el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad, (propiedad superficiaria), en cuyo caso se trata de derecho real sobre cosa propia.

De una u otra manera daría nacimiento a una coexistencia de derechos: 1) derecho del superficiario y 2) derecho del titular del suelo, por lo que el dominio va a sufrir un desmembramiento, convirtiéndose en imperfecto.

Según el artículo 1913 CCC no puede existir más de un derecho de superficie o cualquier otro derecho real que sean excluyentes entre sí sobre la misma parte material del inmueble por aplicación del principio de concurrencia.

Entendemos, además, que el derecho de superficie importa una excepción al principio de accesión previsto como regla en el artículo 1945 CCC.

3) Emplazamiento.

Puede constituirse sobre la totalidad del inmueble o solo en una parte determinada del mismo, sobre el suelo o rasante, el vuelo o el subsuelo, lo que admitiría el carácter tridimensional del derecho.¹

Se entiende por suelo el sitio o solar no edificado y que geométricamente sería un plano que se ubica en la capa térrea. El vuelo es el espacio aéreo que existe sobre el suelo. Y el subsuelo vendría a constituir no un antónimo del vuelo, sino un espacio cuya caracterología resulta similar pero ubicada en el plano subterráneo.

El vuelo y el subsuelo, juntamente con la rasante, son dimensiones autónomas del inmueble y cada de una de ellas sirve de asiento a la constitución de este derecho real.

En cualquier caso el titular dominial podrá dividir materialmente el inmueble y aprovecharlo de distintas maneras, sea en forma directa o constituyendo diversos derechos reales sobre cada una de las partes del fundo.²

Cabe destacar que según el artículo 2116 segundo párrafo del código, la afectación al derecho de superficie no sólo puede recaer sobre la parte del inmueble destinada a construir, forestar o plantar sino también extenderse a otras partes materiales del mismo siempre que sean de utilidad al ejercicio del derecho superficiario.

4) Legitimación.

Se encuentran legitimados para constituir derecho de superficie las personas físicas titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal. Respecto a éste último, pueden presentarse distintas situaciones:

¹ CAUSSE, Jorge R. "El derecho de superficie". Academia Nacional del Notariado. LXIX Seminario Teórico Práctico Laureano Moreira, página 82.

² ZAVALA, Gastón Augusto. "Derecho real de superficie". Revista Notarial Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires número 936

- Que los copropietarios constituyan derecho real de superficie, en cualquiera de sus dos modalidades, sobre el inmueble sometido a P.H. Para este caso, se requerirá decisión unánime de todos los propietarios de las unidades que formen parte del edificio
- Que un copropietario constituya la superficie sobre su unidad funcional.

Como contrapartida, el superficiario, en cualquiera de las modalidades, puede afectar lo construido a P.H.

Respecto de las personas jurídicas el código nada dice, por lo que entendemos que si no hay norma que lo limite es válida su legitimación.

5) Facultades del superficiario.

Las facultades otorgadas al superficiario según la interpretación conjunta de los artículos 2114 y 2120 del Código Civil y Comercial son muy amplias: puede usar, gozar y disponer de la cosa material y jurídicamente, como también gravarla con derecho real de garantía y afectar la superficie construida bajo el régimen de propiedad horizontal.

Según lo dispuesto en los artículos 2213 y 2206 del Código Civil y Comercial pueden constituirse sobre el de superficie dos derechos reales de garantía: la hipoteca y la anticresis, los que podrán recaer sobre: a) el derecho de construir, plantar, o forestar; o b) sobre la propiedad superficiaria. En el primer caso sería sobre cosa ajena y en el segundo sobre cosa propia.

El superficiario también puede someter la construcción al régimen de propiedad horizontal como lo dispone el artículo 2120 segundo párrafo del Código. Al respecto es importante aclarar que en principio y aún si nada se dice al respecto, el superficiario puede someter lo construido al régimen de la propiedad horizontal sin autorización del titular del inmueble, la que se requerirá sólo cuando así se hubiera acordado expresamente.

6) Modo de adquisición.

Al respecto hay que distinguir entre la constitución del derecho de superficie y su transmisión.

En cuanto a la constitución: al definirse el derecho real de superficie como un derecho real temporario que se constituye sobre inmueble ajeno, lo concebimos como una desmembración del dominio, por lo que sólo podrá ser constituido por quien resulta propietario del inmueble. Esto implica que la constitución de éste derecho real, requiere título y modo, en consecuencia la adquisición necesariamente para el superficiario debe ser DERIVADA, ya sea por contrato oneroso o gratuito.

Ahora en cuanto a la transmisión el código regula que puede ser por acto entre vivos o mortis causa pero nos gustaría aclarar algunas cuestiones:

- **Por actos entre vivos:** Si fuera onerosa, sería un tanto difícil definir su valor, la mayoría de la doctrina entiende que la contraprestación podría consistir por ejemplo en la adjudicación a favor del titular del dominio del inmueble de unidades construidas o a construir.

- **Por causa de muerte:** No puede constituirse derecho de superficie por causa de muerte, es decir por testamento; el código nada dice al respecto pero al tratarse de un derecho real estamos ante normas de orden público, y no podemos dejar de atender lo que establece el artículo 1884, “es nula toda configuración de un derecho real no previsto en la ley o modificación de su estructura”. Ahora bien, sí podrá transmitirse un derecho superficiario constituido en vida del causante, es decir se transmite a los herederos el derecho de superficie constituido en cabeza del causante.

No puede adquirirse por **usucapión**. Sin embargo se admite la prescripción breve a efectos de sanear el justo título. Así lo legisla el código, vale agregar que la prescripción adquisitiva aún con justo título solo sería factible si se hubiera edificado, es decir, debemos estar ante una propiedad superficiaria, que se constituyó por justo título y que el usufructuario ejerce posesión hace ya 10 años; reiteramos es solo admisible a los efectos del saneamiento del justo título. Y en cuanto a la

prescripción veintañal, sería ridículo creer que alguien posea el inmueble solo con ánimo de adquirir el derecho real de superficie y no todo el inmueble, es decir, el derecho real de dominio.

En cualquier caso, y cuando el derecho se constituya en forma onerosa, surge la pregunta sobre la manera de garantizar los derechos del titular de dominio del inmueble frente al resto de los acreedores del superficiario por el pago del monto debido en concepto de la superficie, teniendo en cuenta especialmente la eliminación del privilegio sobre saldo de precio que contemplaba el código velezano. Consideramos como una posible solución a este inconveniente la de la constitución simultánea al de superficie de un derecho real de garantía hipotecaria en primer grado sobre la propiedad superficiaria en favor del titular de dominio del inmueble, para asegurar sus derechos al cobro.

7) Extinción.

El derecho de superficie se extingue por:

- a) Renuncia, debe ser expresa e instrumentada en escritura pública para su inscripción.
- b) Vencimiento del plazo, produce de pleno derecho la extinción.
- c) Cumplimiento de una condición resolutoria.
- d) Consolidación, se produce por la confusión en una misma persona de la calidad de titular de dominio del inmueble y de superficiario.
- e) No uso durante 10 años en el caso de superficie para construir o 5 años para los casos de superficies de plantar o forestar.
- f) Destrucción de la propiedad superficiaria: en principio el derecho se extingue por destrucción de la propiedad superficiaria, salvo que el beneficiario del derecho construya nuevamente dentro del plazo de 6 años para las superficies de construcción o 3 para superficies de plantar o forestar.

Cuando el derecho de superficie se extingue por el cumplimiento del plazo convencional o legal, el propietario del suelo hace suyo lo construido, plantado o forestado, libre de los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si el derecho de superficie en cambio se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, tanto los derechos reales como personales constituidos por el superficiario continúan vigentes en cabeza de éste último y gravan a la cosa como si la extinción no se hubiere producido.

Creemos recomendable incorporar, al constituir el derecho real de superficie, alguna cláusula de garantía o depósito, que salvaguarde los derechos del titular del suelo, y que prevenga que el superficiario descuide o abandone la cosa cuando el plazo esté cerca de su vencimiento, como las que por estilo se utilizan por ejemplo en materia de derecho administrativo para los casos de contrato de concesión.

8) Indemnización al superficiario.

Producida la extinción, el titular de dominio del inmueble debe indemnizar al superficiario, por cuanto al hacer suyo lo plantado, forestado o construido se produce una mejora patrimonial en su favor.

Por aplicación del principio de la autonomía de la voluntad, queda a criterio de las partes pactar al momento de la constitución del derecho esta indemnización y la forma en que debe llevarse a cabo, como así también el monto de la misma.

También pueden los contratantes eximir al titular de dominio del inmueble del pago de la indemnización o estipular algún tipo de compensación para el superficiario.

A efectos de calcular esta indemnización resulta conveniente tener en cuenta el valor fijado por las partes al momento de constituir el derecho o posteriormente.

Para el caso en que las partes no hubieran previsto monto alguno, la norma fija parámetros objetivos destinados a valorar la indemnización

cuantificando los valores incorporados por el superficiario durante los dos últimos años.

III. DIFERENCIAS CON FIGURAS AFINES.

A fin de caracterizar correctamente a este nuevo derecho real, cabe diferenciarlo de algunas figuras jurídicas que pueden resultar afines.

Usufructo.

Tienen en común que ambos son derechos reales de uso y goce sobre una cosa de propiedad ajena.

Se diferencian en que mientras que el usufructo tiene como plazo máximo la muerte del usufructuario (indeterminado en el tiempo) el derecho de superficie estará sujeto al plazo que pacten las partes, y en su defecto al máximo establecido por la ley.

Su principal diferencia radica en que mientras que el derecho de usufructo es de carácter personal y no puede gravarse, el superficiario puede constituir derechos reales sobre el objeto afectado.

El usufructo se extingue con el fallecimiento del beneficiario y no se transmite mortis causa, como sí ocurre con la superficie.

Locación.

La primera diferencia estriba en que mientras que la locación se constituye en un contrato, la superficie es un derecho real autónomo.

En el caso de la locación además el locatario no es dueño de las mejoras introducidas en la cosa ajena como sí lo es el superficiario quien cuenta con un derecho de dominio distinto al del dueño del suelo por el tiempo que dura la afectación.

Enfiteusis.

Ambos son derechos reales. Pero mientras que la enfiteusis el beneficiario no se encuentra limitado en el ejercicio de sus derechos

sobre la cosa ajena, en la superficie el superficiario sólo puede ejercer su derecho limitado al objeto para el que se hubiera afectado (forestar, plantar o construir).

Por último la enfiteusis sólo puede ser onerosa, debiendo abonar al dueño de la cosa un canon, mientras que el derecho de superficie puede ser de naturaleza gratuito.

V. ASPECTOS REGISTRALES

Frente a la creación de nuevos derechos reales en el Código Civil y Comercial, se plantea como duda la forma como los mismos deberán ser registrados a efectos de darles publicidad a terceros en los registros respectivos.

Encontrándose el derecho real de superficie dentro de esta nueva categoría de institutos, debemos analizar los aspectos relacionados a su registración.

Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

Al respecto se expidió expresamente la Orden de Servicios Interna publicada por el Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires.

Comienza su texto por reconocer la creación de este nuevo derecho real temporario, constituido sobre inmueble ajeno, creándose así una coexistencia entre el derecho del superficiario con la propiedad separada del titular del suelo, conforme lo establece el artículo 2115 in fine del CCC.

Para ello se establece que el derecho de superficie deberá ser rogado mediante los códigos registrales que se generen al efecto.

Teniendo en cuenta las amplias facultades que tiene el superficiario conforme se establece en el artículo 2120 del mismo cuerpo legal el Registro procederá a calificar:

La constitución del derecho debe hacerse por escritura pública cuando el mismo recaiga sobre bienes inmuebles.

En dicha escritura deberá hacerse constar el plazo de duración del derecho, para darle efectiva publicidad, siempre que el mismo haya sido convenido por las partes conforme los artículos 2117 y 2125 del Código. De no pactarse plazo regirán los máximos establecidos por ley.

Puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada del mismo, sobre el espacio aéreo o sobre el subsuelo o sobre construcciones existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal sobre una unidad determinada que surja del mismo.

Cuando el derecho de superficie se constituya sobre la totalidad del inmueble no se requerirá plano de mensura para delimitar al mismo. En cambio cuando el derecho se constituya sobre una parte del inmueble, el Registro de la Propiedad se inclinó por la postura defendida por agrimensores en cuanto a la necesidad de exigir plano para su constitución. Al respecto cabe aclarar que el Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires sostuvo que bastaría con presentar croquis para delimitar la parte afectada, sin necesidad de un plano, como se aplica respecto a otros derechos reales como el usufructo.

Puede constituirlo el titular de derecho real de dominio sobre el terreno, condóminos o consorcistas en propiedad horizontal.

Los actos jurídicos que realice el superficiario deberán celebrarse dentro del plazo de vigencia del derecho de superficie sin necesidad del consentimiento del titular de dominio del terreno.

En caso de que en el asiento registral se hicieran constar que el superficiario no puede afectar al régimen de propiedad horizontal sin consentimiento del titular de dominio del lote, por así haberse pactado, se observarán los documentos que no cuenten con la expresa autorización de este último.

Una vez calificado el instrumento, el procedimiento de registración se inicia con la anotación de la afectación a superficie en la parte superior (descripción del inmueble) de la matrícula del bien objeto del derecho, donde se dejará constancia de la apertura de matrículas de "Superficie A"

(SA), utilizando hasta la confección de las mismas las planillas A existentes con la rectificación "SA".

Se deberá abrir una matrícula "SA" distinta de la correspondiente al inmueble para cada derecho de superficie constituido sobre este último, es decir que si el inmueble estuviera afectado por distintos derechos de superficie, cada uno de ellos originará la apertura de una matrícula "SA" independiente.

Cuando el derecho de superficie abarca a todo el bien, en la matrícula "SA" no se necesitará consignar nuevamente los datos de individualización del inmueble.

En cambio si el derecho de superficie se constituye sobre una parte del inmueble, se debe realizar la designación de la parte sobre la que recae conforme al plano realizado.

En el rubro a) de la matrícula "SA" se inscribirá la titularidad sobre el derecho de superficie. Los gravámenes, medidas cautelares, cancelaciones y certificaciones referentes al derecho real de superficie en cambio, se inscribirán en los rubros b), c) y d) de la matrícula.

Es importante mencionar que los pedidos de publicidad que recaigan sobre inmuebles afectados a derecho real de superficie serán expedidos con la información de las constancias que surjan en la totalidad de las matrículas "A", "SA", "SPHB", "SPHA". Es decir por ejemplo que si se solicita un informe de dominio por el número de matrícula correspondiente al inmueble "madre" se informarán además las matrículas abiertas en ocasión de inscribirse el derecho de superficie.

Cuando el superficiario afectare su derecho a propiedad horizontal, se generarán matrículas "PHB" por las unidades creadas y "PHA" para cada una de las mismas.

En cuanto a la extinción del derecho de superficie, la misma debe ser rogada expresamente por parte interesada una vez operada por cualquiera de las causales que establece la ley para ser cancelado registralmente.

Al operarse los plazos máximos legales, y aunque el texto de la norma manifiesta que la extinción se realiza de pleno derecho, los mismos no serán objeto de calificación registral, siendo necesario rogar la

extinción del derecho registralmente. Operada la extinción, sea por vencimiento del plazo legal o convencional, el titular de dominio hace suyo lo construido, plantado o forestado libre de derechos reales o personales que afectaban a la propiedad superficiaria.

Si la extinción del derecho en cambio opera antes del cumplimiento del plazo del derecho (sea el pactado por las partes o el máximo legal) los derechos reales constituidos sobre la propiedad superficiaria continúan vigentes en cabeza del superficiario hasta la expiración del plazo de vigencia del mismo, conforme lo establece el artículo 2125 del Código.

Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Fue coincidente en su regulación con el Registro de la Propiedad de la provincia en cuanto a la necesidad de la realización de un plano de mensura cuando el derecho se constituya sobre una parte del inmueble para su registración, y en lo relativo a la necesidad de rogar la cancelación expresa del derecho una vez extinguido por cualquier causa que fuera.

Sin embargo se dispuso que en el caso del Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad, existirán dos tipos de matrículas distintos dependiendo de si el derecho de superficie recae sobre todo el bien ("ST" por superficie total) o sobre una parte del mismo ("SP" por superficie parcial). Solicitando la confección de los planos respectivos, en el caso de parcialidad.

V. SUS ANTECEDENTES Y APLICACIÓN EN EL DERECHO COMPARADO.

Como muchos de nuestros derechos reales, la superficie tiene su fuente en el derecho romano.

Originariamente nace en el ámbito del derecho público, con la práctica de locar terrenos del Estado a particulares, permitiendo que los locatarios pudieran construir un edificio, contra el pago de un canon.

Generalmente era un contrato a muy largo plazo o a perpetuidad. Aquellos que construían podían usar y beneficiarse (uti frui) del edificio construido (se lo llamaba superficies) siempre y cuando se pagara dicho canon (se lo llamaba solárium = de solum, suelo).

Si bien se lo encuadraba en la locación, se asimilaba a una concesión pública³.

En la época clásica, se amplió la posibilidad de constituir derecho de superficie en terrenos privados.

El superficiario podía esgrimir las defensas nacidas de la relación contractual. En caso de ser privado de su derecho por el locador podía ejercer la actioconducti y en caso de privación por un tercero, el dueño locador debía cederle sus propias acciones.

Si bien la superficie nace normalmente de una locación, Ulpiano habla de que también se puede comprar, en cuyo caso se darían las acciones de compra, aunque esto se haya discutido en la doctrina romanista.

Posteriormente, el iuspraetorium morigeró este principio general en beneficio del superficiario. “El pretor consideró (...) equitativo concederle una protección más eficaz: en primer lugar le ofreció en el edictumel interdicto de superficiebus -para ser mantenido en el goce- y, si el arriendo era a perpetuidad o por largo plazo, el pretor prometió darle una acción in rem útil -para hacer valer su derecho contra todos, aun contra el propietario- y una excepción contra la reivindicatio de este último.”⁴

Se trataba de un derecho real de cosa ajena. Lo edificado pertenecía al populus o al municipium en el caso de que el terreno fuese público o al titular dominial si era de dominio privado, conforme a la regla clásica de que “superficie solo cedit” (lo que está en la superficie accede al suelo). Pero se le reconoce al superficiario la facultad de usar de la construcción si pagaba el solárium, como ya dijimos, en general, por un plazo de tiempo bastante prolongado.

³ Di Pietro, Alfredo, Derecho Privado Romano, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, pág. 151

⁴ Mariani de Vidal, Marina y Abella, Adriana N., Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 23/02/2016, Cita Online: AR/DOC/507/2016

El derecho de superficie se consideraba como una desmembración del derecho de propiedad, por lo que podía “ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción”⁵.

En la Edad Media se amplió el objeto del derecho de superficie a lo plantado además de estrictamente lo construido.

En el derecho medieval, además, comenzó a modificarse la noción del principio de la accesión inmobiliaria, planteándose ciertas posibilidades de división de la propiedad conforme planos verticales y horizontales.

Sin embargo, este derecho real fue dejado de lado por el Código de Napoleón y los restantes códigos decimonónicos a los que aquel sirvió de inspiración, ya que ideológicamente intentaban fomentar el dominio pleno no sujeto a restricciones, limitaciones o plazos.

Siguiendo esos lineamientos, en el Código Civil Argentino de 1869, vigente desde 1871, expresamente se prohibió el derecho real de superficie en el art. 2614 del Código Civil⁶. El codificador era plenamente consciente de la existencia y el funcionamiento de este derecho y, expresamente, eligió no receptorlo dentro del numerus clausus de derechos reales de dicho cuerpo legal ya que consideraba que “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”⁷.

Sin embargo, académicamente, hace ya muchos años que comenzó a bregarse por una modificación en este rígido criterio.

En el VI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en Madrid, en el año 1984, se advirtieron los beneficios socioeconómicos que podía brindar el derecho de superficie -incluso por la misma delegación argentina en donde, recordemos, el dicho derecho se encontraba

⁵ Nota al art 2503 del Código Civil velezano

⁶ Art. 2614 Código Civil velezano “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”.

⁷ Nota al art 2503 del Código Civil velezano

prohibido- y se recomendó su inclusión en las legislaciones que no lo receptaban.

En nuestro país, en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en la ciudad de Corrientes en el año 1985 también se propició el reconocimiento de este derecho y desde entonces esa posición se reprodujo en las distintas jornadas subsiguientes. Solo a título de ejemplo, la Comisión n° 7 de la XIII Conferencia Nacional de Abogados realizada en el mes de abril de 2000 en la ciudad de San Salvador de Jujuy y las XXV Jornadas Notariales Argentinas que tuvieron lugar en la ciudad de Mendoza en el mes de septiembre de 2001 aconsejaron de lege ferenda, la incorporación del derecho real de superficie a la legislación nacional.

Legislativamente, los Proyectos de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de 1987 y 1993 previeron la figura del derecho de superficie enfocado a los fines edilicios.

El proyecto de unificación de 1998, por su parte, también lo aceptó pero con un enfoque dirigido a la superficie forestal.

Mediante la Ley 25.509 sancionada el 14 de Noviembre de 2001 y promulgada de hecho el 11 de Diciembre de 2001 se aceptó el derecho real de superficie forestal -es decir, limitado únicamente a este objeto-. Se incluyó además, el inciso número 8 al artículo 2503 del Código Civil por el que se incorporaba el derecho real de superficie forestal al listado de derechos reales en nuestra legislación conforme el criterio del numerus clausus.

Finalmente, la Ley 26.994 deroga la ley 25.509 y legisla un nuevo régimen de derecho real de superficie, con los alcances que analizamos en el presente.

En el análisis de los casos de derecho comparado, la aplicación de este derecho viene relacionada a procesos de planeamientos urbanísticos.

En el año 2003 Brasil, incorporó a su Código Civil el derecho real de superficie, en base a un proyecto de urbanización de distintas zonas del país vecino. En dicho país, se utiliza la figura para aplicarla a regularización dominial, otorgando el Estado al ocupante de la tierra un derecho real de superficie por el plazo de 20 años, vencido el cual el

superficiario puede consolidar el dominio a su favor, si el titular dominial no se opone.

En Alemania, este derecho fue introducido por una ordenanza del año 1919, y fue aplicado como una solución para la reconstrucción de las ciudades luego de las guerras mundiales. La gran diferencia que presenta el derecho de superficie en Alemania respecto al incorporado en nuestra legislación, es que en dicho país puede ser perpetuo, debido a que fue creado para tierras que eran de propiedad del Estado, por lo que la perpetuidad no generaba conflicto entre partes.

En otros países como en Francia el derecho de superficie se utiliza para la construcción de monumentos.

VI. ASPECTOS TRIBUTARIOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE.

El notario, no sólo debe cumplir con su función pública como profesional del derecho, sino también tiene obligaciones en su carácter de agente de retención e información en las operaciones en las que interviene.

En dicho carácter nos vemos en la necesidad de analizar las leyes tributarias, con relación al tema que en este trabajo nos ocupa, el derecho real de superficie.

Antes de comenzar con el análisis de la normativa, cabe aclarar que la ley tributaria no fue modificada desde la entrada en vigencia del nuevo Código unificado. Por lo que debemos estudiar si los nuevos derechos reales, como ser el de superficie se encuentra regulado en la normativa vigente.

Nos acotaremos al estudio del impuesto a la transferencia de inmuebles, el impuesto a las ganancias y sellos de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Impuesto a la transferencia de inmuebles.

Dicho impuesto se encuentra regulado en la ley 23.905 la cual en su artículo 7 dispone "Establécese en todo el territorio de la Nación un impuesto que se aplicará sobre las transferencias de dominio a título oneroso de inmuebles ubicados en el país". Siempre que no está alcanzado por el impuesto a las ganancias.

La misma ley entiende por transferencia de dominio: "a la venta, permuta, cambio, dación en pago, aporte a sociedades y todo acto de disposición, excepto la expropiación, por el que se transmita el dominio a título oneroso, incluso cuando tales transferencias se realicen por orden judicial o con motivo de concursos civiles." (Artículo 9)

Las normas fiscales deben ser interpretadas en forma restrictiva, no debiendo suponer la falta de previsión legislativa, así la jurisprudencia resolvió:"lo contrario importaría presuponer la inconsecuencia o la falta de previsión del legislador, lo cual en principio y según reiterada jurisprudencia de esta corte es inadmisibile" (nota autos "Soldati Santiago Tomás, c/ DGI" 15/10/2013).

De la norma transcripta se desprende que lo que se encuentra gravado es la transmisión de dominio, enumerando las formas en las que puede producirse su transmisión. En el caso del derecho real de superficie no hay transmisión de dominio, sino un desmembramiento del dominio, mediante el cual el titular dominial otorga al superficiario la facultad para construir, plantar o forestar sobre el suelo, vuelo o subsuelo de su propiedad.

Por lo que se desprende de dichos conceptos que no correspondería el pago del impuesto a la transferencia de inmuebles.

Cabe recordar que los sujetos obligados al pago son los vendedores, siempre que no sean una sociedad comercial o un sujeto empresa.

Impuesto a las ganancias.

Aquí deberemos hacer un análisis de la ley de impuesto a las ganancias (en adelante LIG). Previamente debemos identificar el sujeto obligado al pago.

Persona física

Puede ser sujeto empresa o no habitualista.

El sujeto empresa tendrá el mismo tratamiento que las sociedades comerciales, las cuales veremos más adelante, veamos qué sucede con los sujetos no habitualistas.

La ganancia gravada para dichos sujetos debe tomarse del artículo primero de la LIG, de donde surge la teoría de la fuente. A su vez en el artículo tercero establece que "A los fines indicados en esta ley se entenderá por enajenación la venta, permuta, cambio, expropiación, aporte a sociedades y, en general, todo acto de disposición por el que se transmita el dominio a título oneroso". Aplicando la lógica utilizada para el impuesto a la transferencia de inmuebles se deduce la misma conclusión, no existe transferencia de dominio. Por lo que, queda analizar si se encuentra alcanzada por alguna de las categorías gravadas.

El artículo 41 establece que son de la primera categoría "cualquier especie de contraprestación que se reciba por la constitución a favor de terceros de derechos reales de usufructo, uso, habitación o anticresis." Este artículo realiza una enumeración taxativa por lo cual no sería aplicable al derecho real de superficie.

Entendiendo que el sujeto no habitualista no se encontraría alcanzado ni por el impuesto a la transferencia de inmueble ni por el impuesto a las ganancias.

Sociedades comerciales y sujeto empresa.

En el caso de dichos sujetos por la teoría del balance o rédito, "dicha teoría sostiene que el rédito es todo ingreso neto en bienes materiales, inmateriales o servicios valúables en dinero, periódico transitorio o accidental, de carácter oneroso o gratuito, que importe un incremento neto del patrimonio de un individuo en un periodo determinado de tiempo, esté acumulado o haya sido consumido y se exprese en

términos monetarios"⁸ no cabe duda que la constitución del derecho real de superficie onerosa pagará dicho impuesto, tanto en las sociedades comerciales como en el sujeto empresa.

Por lo que el escribano, si el dinero pasara por ante él, deberá actuar como agente de retención. Recordando que si el dinero pasó antes del acto de constitución del derecho real de superficie, el notario deberá actuar como agente de información y no de retención.

No cabe duda, luego de este breve análisis, que la ley impositiva deberá actualizarse y dictar la normativa correspondiente a este nuevo derecho real.

Impuesto de sellos.

En cuanto a los tributos provinciales, la Ciudad de Buenos Aires a pedido del Colegio de Escribanos se expidió con relación al impuesto de sellos.

En dicho dictamen se establece que la constitución del derecho real de superficie abonará el 1 por ciento del valor por el cual se constituye, sin tener en cuenta el valor inmobiliario de referencia ni la valuación homogénea.

También se plantea el pago de dicho impuesto, en el caso de la extinción del derecho con indemnización. Estableciendo que deberá abonar el 1 por ciento sobre el valor de la indemnización.

Entendemos que esta es una solución acertada al corto plazo, debiendo la legislación actualizarse e incorporar correctamente estos nuevos derechos.

VII. CONCLUSIÓN.

Ante la entrada en vigencia del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, dos son las posturas que pueden adoptarse. La primera,

⁸ DI PIETROMICA, Viviana. Régimen Tributario de la Actuación Notarial. Editorial LexisNexis, pág. 161.

pesimista y conservadora, se inclina por criticar los cambios introducidos sin reconocer las bondades e innovaciones producidas. La segunda, optimista que se inclina por reconocer los beneficios del cambio, analizando y estudiando los institutos introducidos y reformados, buscando y aprovechando las nuevas incumbencias notariales, sin dejar de efectuar las críticas constructivas que como todo nuevo cuerpo normativo el código admite.

De entre las dos opciones nos inclinamos por la segunda, en este caso particular refiriéndonos al derecho de superficie como una nueva figura que bien aplicada puede coadyuvar a generar soluciones a situaciones jurídicas ya existentes, beneficiando no sólo al titular de dominio del inmueble, sino también al superficiario. La misma crea nuevas posibilidades negociales, en las que la actuación conjunta de todos los operadores del derecho, y en especial del notario, debe tener una participación activa, comprometiéndose en su estudio y difusión al efectuar su asesoramiento e instrumentación.

Como analizamos en el presente trabajo, vemos positiva la incorporación de este nuevo derecho real a nuestro ordenamiento legal con los alcances establecidos, no por ello desconociendo las dificultades y dudas que plantea, las que confiamos la práctica comercial irá encauzando con el tiempo.

BIBLIOGRAFÍA:

- ABREUT de BEGHER, Liliana. “Comentarios sobre el derecho real de superficie”. Revista Derecho Privado, Año II Numero 5 – Reformas del Código Civil IV – Derechos Reales, Ed. Infojus.
- ALTERINI, Jorge Horacio. “Superficie Forestal”. Revista del Notariado Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires número 873, Anuario Dpto. Der. Privado.
- CARANTA, Martín. "Aspectos relevantes para contadores". Ed. Errepar. 2015

- CAUSSE Jorge R. “El Derecho de Superficie”. Academia Nacional del Notariado, LXIX Seminario Teórico – Práctico “Laureano Moreira”.
- CORNA, Pablo M. y FOSSASECA Carlos A. “Comentario al Título VIII del Libro Cuarto del Proyecto de Código Civil”. Análisis del Proyecto de Nuevo Código Civil y Comercial 2012, Facultad de Derecho - Pontificia Universidad Católica Argentina.
- DIRECCIÓN PROVINCIAL DEL REGISTRO DE LA PROPIEDAD INMUEBLE DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. Orden de Servicios Interna número 45/2015.
- DI PIETRO, Alfredo, Derecho Privado Romano, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 1999, pág. 151
- DI PIETROMICA, Viviana. "Régimen tributario de la Actuación Notarial". Ed. Lexis Nexis.
- FLAH, Lily R. y SMAYEVSKY, Miriam. “Derecho de Superficie. Restricciones y límites del dominio”. L.L 1988-C, 705.
- GURFINKEL de WENDY, Lilian N. “Superficie”, Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012, Julio Cesar Rivera (Director) Graciela Medina (Coordinadora) Ed. Abeledo Perrot, Capítulo LI.
- GURFINKEL de WENDY, Lilian N, “Superficie”, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Julio Cesar Rivera y Graciela Medina (Directores) Mariano Esper (Coordinador) Ed. La Ley, Título VII.
- GURFINKEL de WENDY, Lilian N. “Derechos Reales”, 2da. Edición Actualizada de acuerdo al nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Tomo II, Buenos Aires, Ed. Abeledo Perrot, 2016..
- MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana N., Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 23/02/2016, Cita Online: AR/DOC/507/2016

- MEZZA, Liliana. "Derecho de Superficie. Antecedentes y Situación Actual". Trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Argentina, Mendoza, año 2000.
- PICASSO, Sergio Raúl y VAINI, Rafael Enrique. "Derecho de Superficie". Trabajo presentado en la XXV Jornada Notarial Argentina, Mendoza, año 2000.
- ZAVALA, Gastón Augusto. "Derecho Real de Superficie". Revista Notarial del Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires número 936.

PONENCIAS. Tema IV. UN NUEVO DERECHO REAL SALE A LA SUPERFICIE. Autores: Not. Elda FERNÁNDEZ COSSINI - Not. Mariana HEFLING - Not. Bárbara María RÍOS - Not. Gonzalo Matías VÁSQUEZ.

El derecho real de superficie incorporado al Código Civil y Comercial de la Nación constituye una importante innovación que se materializa en un desmembramiento del derecho de dominio no contemplado por Vélez.

El titular del dominio puede constituir derecho real de superficie en cualquiera de sus dos modalidades permitiendo al superficiario: a) realizar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre la rasante, suelo y subsuelo del inmueble ajeno, haciendo propio lo plantado, forestado o construido, en cuyo caso es derecho real sobre cosa ajena; como también permitir que b) se constituya el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad, (propiedad superficiaria), en cuyo caso se trata de derecho real sobre cosa propia. De una u otra manera daría nacimiento a una coexistencia de derechos: 1) derecho del superficiario y 2) derecho del titular del suelo, por lo que el dominio va a sufrir un desmembramiento, convirtiéndose en imperfecto.

El titular de la propiedad superficiaria puede someterla al régimen de la propiedad horizontal. En principio y si las partes nada dicen no se requerirá el consentimiento del titular de dominio del inmueble para hacerlo, salvo que se hubiera pactado expresamente lo contrario.

Se recomienda incorporar, al constituir el derecho real de superficie, alguna cláusula de garantía o depósito, que salvaguarde los derechos del titular del suelo, y que prevenga que el superficiario descuide o abandone la cosa cuando el plazo esté cerca de su vencimiento.

Cuando el derecho de superficie es oneroso, y a fin de garantizar frente al silencio normativo el derecho al cobro de la contraprestación por parte del titular de dominio del inmueble, frente al resto de los acreedores del superficiario, se recomienda constituir simultáneamente al de superficie un derecho real de garantía hipotecaria en primer grado sobre la propiedad superficiaria en favor del primero.