¿De qué trata el Nuevo Derecho Real de Superficie?

MARIA JIMENA RIGGIO

Con la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación, se introduce un nuevo derecho real, el de superficie (DRS). Se trata de un derecho real, autónomo, ….., constituido ….sobre el mismo a cambio de una contraprestación, aunque también a título gratuito, o directamente adquirir una obra -o plantación o forestación- ya existente.

En esta nueva figura se puede apreciar cuáles son sus principales características y el potencial que trae implícito su futura implementación, constituyéndose en una herramienta novedosa que permitirá ampliar las posibilidades de desarrollo de las actividades agrícolas y el financiamiento de los productores.

Antecedentes

El anterior Código no incluía la figura y exponía las razones de la exclusión en la nota del artículo 2503, basándose en el temor a que provocara el debilitamiento del derecho inmobiliario y a los eventuales pleitos entre superficiarios y propietarios. En el artículo 2614 se la prohibía expresamente.

En el año 2001 se dictó la ley 25509, ley que incorporó al artículo 2503 esta figura, pero limitada a lo forestal y en relación con la ley 25080 de inversiones para bosques cultivados. No se contemplaba la posibilidad de plantar o de construir y suprimía del artículo 2614 la prohibición de su constitución.

Más allá de su introducción en nuestro reciente Código Civil y Comercial de la Nación, en la actualidad la figura es admitida por varios países, como Francia, España, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Austria, Suiza, Japón, Bolivia, Perú, Cuba. Por otra parte, se encuentra presente en los Códigos de Quebec de 1991 y de Holanda de 1992.

¿Cuáles es su estructura?

Se la define como un derecho real temporario, enajenable, hipotecable y transmisible que:

•Se constituye sobre un inmueble ajeno (propiedad del superficiatario).

•Otorga al titular del derecho (superficiario) la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho bajo dos supuestos:

i.Derecho real de superficie propiamente dicho:

Se trata de un derecho real concedido por contrato, por un período legal, a favor de un tercero para realizar en la superficie de un predio, una construcción, forestación o silvicultura.
Se trata de un derecho real sobre cosa ajena.
1° etapa: destinado a construir o plantar en suelo ajeno.
2° etapa: para adquirir (en forma temporaria) la propiedad de lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo).

ii.Propiedad superficiaria:

El propietario del suelo lo concede, respecto de una constitución o forestación ya existente, dando lugar a dos propietarios, desdoblando la propiedad: del suelo - que sigue perteneciendo al titular de dominio - y la propiedad de lo construido o plantado -que pasa a ser propiedad del superficiario.
En consecuencia, la superficie nace como derecho real sobre cosa propia, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose así la propiedad superficiaria, cuyo uso, goce y disposición corresponde al superficiario, aunque temporariamente.

Etapa única: adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo.
El DRS (i) contiene, en potencia, la propiedad superficiaria (ii), situación que se mantiene hasta tanto se construya o se foreste, y como contraprestación a este derecho, el superficiario pagará al dueño de la propiedad una cantidad única o periódica prevista en el contrato (canon).

Su particularidad es que en el DRS coexiste el derecho con la propiedad separada del titular del suelo.

Podrá constituirse por un plazo de 70 años para edificios o 50 años para plantaciones, siguiendo para la variante de forestación los preceptos de la ley anterior; su extensión puede abarcar sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal; se encuentra legitimado para constituirlo el titular del dominio, sus condóminos, como así también los titulares de propiedad horizontal; podrá celebrarse por contrato oneroso, mediante el pago de un canon único o por cuotas, o gratuito siendo necesario que sea bajo forma de escritura pública, inscripto en el Registro de la Propiedad para su oponibilidad a terceros interesados; y su transmisibilidad se dará por acto entre vivos o por causa de muerte mediante testamento.

El propietario del suelo deberá indemnizar al superficiario salvo pacto en contrario. Respecto de la cuantía de la indemnización se otorga la posibilidad de pactarlo al constituir la superficie o en acuerdos posteriores. En caso en que no se haya pactado, en subsidio, a los efectos de establecer el monto de la indemnización, se toman en cuenta los valores subsistentes incorporados por el superficiario durante los dos últimos años, descontada la amortización.

Con la constitución del DRS se da el principio de *Elasticidad del Dominio* el cual supone que gravado un inmueble con él, el nudo propietario tendrá un dominio desmembrado, lo que hará que al momento de extinción de la superficie, recupere las facultades cedidas al superficiario.

Su extinción puede darse en caso de destrucción de la propiedad superficiaria, si no se construye nuevamente en el plazo de seis años, o no se planta o foresta dentro de los tres años. También puede extinguirse no sólo por renuncia expresa, vencimiento del plazo, cumplimiento de la condición resolutoria y por consolidación, sino también por el no uso durante diez años para el derecho de construir y durante cinco años para el derecho a plantar o forestar. En caso de producirse la extinción por vencimiento de plazo legal o convencional, el propietario del suelo hace suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones libres de derechos reales o personales. En cambio si se produce antes del vencimiento, el propietario hace suyas las construcciones, plantaciones o forestaciones, pero continúan los derechos reales y personales gravando la propiedad superficiaria como si fuesen parcelas distintas.

¿Qué facultades y obligaciones poseen las partes?

El superficiario está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria al plazo de duración del DRS. Puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.

Si el derecho de superficie se extingue antes del cumplimiento del plazo legal o convencional, los derechos reales constituidos sobre la superficie o sobre el suelo continúan gravando separadamente las dos parcelas, como si no hubiese habido extinción, hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie. Subsisten también los derechos personales durante el tiempo establecido.

El bien sujeto a propiedad superficiaria puede ser gravado por el superficiario con derechos reales de disfrute, tales como el usufructo, el uso y la habitación.

El superficiario queda obligado a:

a)cumplir con lo establecido en la cláusula, respecto a la construcción, forestación o plantación;
b)pago del canon pactado en el tiempo y forma acordada;
c)abonar las tasas e impuestos nacionales, provinciales y municipales que afecten el inmueble y las actividades que en él se desarrollen;
d)dar a lo construido el destino acordado conforme al contrato en particular, por acuerdo entre las partes, podrán detallarse todas aquellas obligaciones asumidas por el superficiario, a fin de no dejar aspectos sin considerar que pueden generar conflictos.

El superficiatario conserva la disposición material y jurídica que corresponde a su derecho, siempre que ejerza la misma sin afectar el derecho del superficiario.

¿Cuál es su potencial implícito?

•Implica abrir posibilidades en el negocio inmobiliario privado o facilitar políticas del suelo en las Administraciones Públicas, aumentando el valor de la propiedad para el propietario al realizar el superficiario obras, construcciones o

plantaciones.
•Al ser un derecho real enajenable, hipotecable y transmisible, permite a su titular proyectar su utilización como garantía en otros ámbitos.
•Cuando el propietario de un inmueble no desea o no puede, por dificultades económicas, explotar su propiedad y, en consecuencia, tiene la posibilidad de constituir un derecho de superficie a favor de un tercero, que tendrá la facultad de disponer de la superficie física y jurídicamente.
•Para el superficiario no requiere una gran inversión, ya que para construir o forestar no se necesita adquirir la propiedad, sino pagar un canon por el tiempo de uso previsto en el contrato de cesión. Por otro lado, el mismo puede destinar la propiedad construida para realizar una inversión inmobiliaria con obtención de rentas durante la vigencia del acuerdo.
•A diferencia del arrendamiento o la aparcería, puede ser constituido a título gratuito y no podría ser aplicable al propietario del inmueble la extensión de la solidaridad por las obligaciones laborales y previsionales del arrendatario o aparcero que el artículo 12 de la ley 26727 de trabajo agrario hace al arrendador o al dador respectivamente.
•Otras ventajas tangibles para ambas partes, que muestran la flexibilidad de esta nueva figura jurídica, son las siguientes:

*no hay entrega de fianzas u otras garantías reales;
*se adquiere una propiedad separada y diferente del propietario del terreno;
*permite un derecho de indemnización para el superficiario al finalizar el plazo;
*hay ausencia de pacto alguno que impida la transmisión del derecho;
*es posible una prórroga del plazo; y
*hay un plazo definido para la ejecución de la instalación o plantación.

Tratamiento registral hoy

En virtud del corto tiempo de la entrada en vigencia del CCyCN, han surgido sólo las primeras normas registrales que emitieron criterios de aplicación en torno a la inscripción de títulos portantes de actos jurídicos que sirven de causa a la constitución del mismo:

•El Registro de la Propiedad Inmueble Santa Fe, mediante el dictado de la Instrucción de Servicio N°5 de fecha 23 de Noviembre de 2015.
•El Registro de la Propiedad Inmueble de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, mediante la Disposición técnico registral 3/2015.
•Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Buenos Aires, mediante la Orden de servicio 45/2015.
•El Registro de la Propiedad Inmueble de la Provincia de Entre Ríos aplica por analogía la Disposición Técnico Registral Nº 001 D.G.N.R.A. del año 2003, dictada para la registración del Derecho Real de Superficie Forestal.