

El Derecho Real de Superficie: ¡Un hito en el financiamiento de la actividad productiva!

Manuel C. Gómez de la Lastra*

A. El Derecho Real de superficie y el Código Civil y Comercial de la Nación

1. Concepto

La autoridad monetaria ha dictado una nueva norma reglamentaria, en cuanto a la garantía que una entidad financiera prestamista puede requerir de un productor agropecuario que, por lo novedosa y en un mercado tradicionalmente conservador, puede considerarse como un giro copernicano en la materia.

Previamente corresponde traer a colación lo previsto en el nuevo Código, donde se define al derecho real de superficie.

ARTÍCULO 2114.- 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.

En tal virtud aparece una nueva relación jurídica donde existirán dos partes, el titular del dominio o dueño del terreno o inmueble, a quien la doctrina denomina superficiante y el llamado superficiario.

El superficiante es quien constituye el derecho de superficie, a favor del superficiario. A su vez, este último está facultado a efectuar construcciones, plantaciones o forestaciones sobre dicho inmueble.¹

Los aspectos sobresalientes del concepto legal reseñado, son los siguientes: la incorporación del derecho de superficie con jerarquía de derecho real; asimismo, se establece como primer objeto una cosa inmueble que debe ser ajena; al titular del derecho de superficie (superficiario) se le otorgan las facultades de uso, goce y disposición material y jurídica para el ejercicio de los derechos de plantar, forestar o construir; asimismo, se determina un segundo objeto, consistente en lo plantado, forestado o construido en el inmueble ajeno, ocupando el terreno, el vuelo o el subsuelo, que puede originar un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena, con arreglo a lo que se estipule en el acto constitutivo; estableciéndose un plazo máximo de duración y se lo debe constituir por título suficiente².

Lo más destacable es justamente la ampliación del ámbito de aplicación de este derecho real. Ya que, si bien estaba incorporado al orden jurídico local, a través de la Ley 25509 (pionera en la materia), se limitaba su aplicación puramente a lo forestal, excluyendo otro tipo de negocios jurídicos. En la actualidad hay diversas variantes que la norma admite, ampliando el espectro de sus posibilidades operativas al plantar, forestar y construir.

Dada lo vasto de los términos utilizados, ya sea el de "forestación" como el de "plantaciones", se aclara y amplía el campo de aplicación previsto en la Ley 25.509 para el Derecho Real de Superficie Forestal, alcanzando a todas las actividades realizables sobre una tierra apta a esos efectos, disponiéndose así, junto al fideicomiso de garantía, de un instrumento más seguro y efectivo, que el de los arrendamientos o aparcerías rurales.³

¹ Balán, Osvaldo, El nuevo derecho de superficie y su tratamiento impositivo, La Ley Práctica Profesional 2015-248, 29/10/2015, Cita Online: AR/DOC/3443/2015

² Caramelo, Gustavo, Sebastián Picasso ; Marisa Herrera, Código civil y comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, página 227/229

³ Gómez de la Lastra, Manuel C., La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales, LA LEY 25/01/2013, Cita Online: AR/DOC/5477/2012

Del concepto legal surge la estructura de un derecho que, además de reconocer sus diferentes objetivos o destinos (plantar, forestar, construir), se puede constituir abarcando el subsuelo, el rasante, y el vuelo del inmueble involucrado. Asimismo, admite que de la constitución del derecho sobre inmueble ajeno, se pueda generar un derecho real sobre cosa propia —la plantación, la masa arbórea, lo construido— lo que no obsta a la constitución originaria y autónoma de este último, cuando tales objetos ya existan sobre el inmueble o su transferencia en propiedad —con arreglo a lo que establecen las normas de aplicación⁴.

Sin embargo, no quedan claras las razones que justifican plazos de vigencia tan dispares, de setenta (70) años para las "construcciones" y de cincuenta (50) años para las "forestaciones y plantaciones", como así también el fundamento por el cual dichos lapsos no sean prorrogables, al menos por un período similar en cada caso, cuando lo lógico hubiera sido, dada la naturaleza económico-productiva de ambas actividades, previa consulta con los potenciales usuarios, prever un solo período para ambas situaciones, renovable por una única vez.⁵

2. Modalidades

El nuevo Código establece las dos modalidades que puede adoptar este derecho, por un lado la facultad de realizar construcciones, plantaciones o forestaciones, y por el otro, la facultad de hacerse de lo ya construido, plantado o forestado.

De esta manera, en la primera modalidad, la ley le otorga al titular del derecho de superficie (superficiario), la facultad de llevar a cabo construcciones, plantaciones o forestaciones ocupando, a tal efecto, la rasante, el vuelo y el subsuelo del inmueble que le pertenece al propietario, lo que determina la constitución del derecho sobre inmueble ajeno cuya utilidad se ha

⁴ Caramelo, Gustavo, Sebastián Picasso ; Marisa Herrera, Código civil y comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, página 227/229

⁵ Gómez de la Lastra, Manuel C., La superficie forestal, el Proyecto de Código Civil y la ley de tierras rurales, LA LEY 25/01/2013, Cita Online: AR/DOC/5477/2012

desmembrado. En consecuencia, el dominio del propietario queda imperfeccionado por la constitución del derecho de superficie.⁶

De esta manera, por esa actividad que el superficiario despliegue sobre el inmueble, se producirán cultivos, masas arbóreas o edificios, sobre o bajo la superficie del inmueble, los que le pertenecerán como derecho real sobre cosa propia. La existencia en el inmueble de plantaciones, bosques o construcciones pertenecientes a su propietario permite que este constituya derecho de superficie sobre su predio transfiriéndole la propiedad de tales objetos.⁷

Sin perjuicio de ello, este derecho no es necesario constituirlo en la totalidad del terreno del titular del dominio, sino sólo sobre una parte excluyendo por ejemplo alguna construcción ya realizada. En este sentido la normativa vigente permite que el derecho se constituya total o parcialmente⁸.

En una segunda modalidad, es donde se establece que puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad. Al respecto la norma dispone que en ambas modalidades, el derecho del superficiario coexiste con la propiedad separada del titular del suelo. Al constituirse la superficie, se desdobra por un lado la propiedad de éste —que permanece en cabeza del constituyente, quien quedará con un dominio imperfecto o desmembrado o nuda propiedad— y por el otro la propiedad de lo construido o plantado —que pasa a ser propiedad del superficiario en carácter de "propiedad superficiaria"—. En este supuesto la superficie nace como derecho real sobre cosa propia, pues recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose así directamente la propiedad superficiaria, cuyo uso, goce y disposición corresponde al superficiario, aunque temporariamente.⁹

⁶ Caramelo, Gustavo, Sebastián Picasso ; Marisa Herrera, Código civil y comercial de la Nación comentado / Gustavo Caramelo - 1a ed. - Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Infojus, 2015, página 227/229

⁷ Ibidem

⁸ Balán, Osvaldo, El nuevo derecho de superficie y su tratamiento impositivo, La Ley Práctica Profesional 2015-248, 29/10/2015, Cita Online: AR/DOC/3443/2015

⁹ Mariani de Vidal, Marina Abella, Adriana N., Derecho real de superficie en el Código Civil y Comercial, Publicado en: LA LEY 23/02/2016, 23/02/2016, Cita Online: AR/DOC/507/2016

3. El Superficialario y sus particularidades

Respecto de los sujetos que pueden constituir este derecho, no sólo serán los propietarios, sino también aquellos titulares de otros derechos reales como el condominio y la propiedad horizontal.

De la lectura completa de la normativa correspondiente, se desprende que el superficialario se comporta con total libertad y como un verdadero propietario de la superficie.

Su única limitación será la de no realizar un ejercicio abusivo de su derecho. En este sentido, como principio, su ejercicio debe hacerlo en forma racional, de modo de no degradar el inmueble ni alterar su destino conducta que le resultará particularmente exigible en las últimas etapas, cuando se avecine la extinción de la superficie, ya que el propietario puede aspirar a continuar la explotación.¹⁰

Como consecuencia de la extinción de la superficie, el nudo propietario hace suyo lo construido o plantado libre de los derechos reales o personales, impuestos por el superficialario¹¹.

Respecto de la constitución de derechos personales, va de suyo que el superficialario tiene amplias facultades para constituir derechos personales como locación, comodato, etc., por el plazo de su derecho.

Asimismo, entre las garantías que ofrece esta figura, a la finalización del derecho real de superficie y dado el caso, el titular del suelo o inmueble habrá, dado el caso, de indemnizar al superficialario.

B. El Banco Central de la República Argentina

Con fecha 10 de agosto de 2017, el Directorio del Banco Central de la República Argentina ha comunicado que *“...aprobó la incorporación del “derecho de superficie” como garantía bancaria. La medida mejorará las condiciones de acceso al crédito bancario de muchos productores agropecuarios y de otros*

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem

sectores que poseen un derecho de explotación sobre un terreno sin ser sus dueños”.

Posteriormente, dicha decisión se ha plasmado en la Comunicación “A” 6297 del 11/8/2017 que, en la Sección Garantías, incluye taxativamente a “derechos de superficie”, como así también “...*los inmuebles y/o derechos de superficie sobre los que se haya constituido una propiedad fiduciaria, en la medida que la entidad financiera prestamista tenga asignada – en el contrato de fideicomiso- la mejor prelación de cobro respecto del resto de los acreedores, cualquiera sea la modalidad por la que se otorgue esa preferencia de cobro...emprendedores que no cuenten con inmuebles propios podrán llevar adelante proyectos de inversión mediante financiamiento bancario, ofreciendo como garantía el flujo de fondos de la explotación comercial”.*

Ello no obstante, no queda clara la suerte que correrían proyectos de inversión, con orientación no comercial o que tienen fines altruistas o destinados al bienestar general de la población, como el que desarrolla el Conservation Land Trust¹².

Indudablemente que, pese a la particular redacción, que caracteriza a las normas emanadas de la mencionada entidad rectora del mercado financiero, desde el punto de vista económico general, se abre un amplio abanico de posibilidades para la inversión productiva.

A partir de ahora, ya no será imprescindible adquirir la tierra para efectuar determinados emprendimientos, posibilidad que puede, además, encontrar obstáculos en las previsiones de la denominada Ley de Tierra Rurales, que acota la concurrencia de inversores extranjeros para la compra de dicho tipo de inmuebles.

Asimismo, algunos proyectos forestales, al momento de su constitución, suelen contemplar el arrendamiento de la tierra, a los fines del desarrollo de la actividad.

Ahora y a luz de lo dicho, podría ser más conveniente constituir el derecho real superficie, sinérgicamente con el instituto del fideicomiso, lo que

¹² Tompkins, Kris, “La Nación Emprende”, agosto 2017, pag. 4.

permitiría, con mayores certezas, garantizar los intereses de las partes: superficiario, superficiante y entidad financiera, puntualmente en desarrollos como los forestales.

Esto así, dado que el crecimiento de las especies arbóreas se produce en plazos mayores que los comunes, entre 10 a 80 años aproximadamente y según la especie, para que el árbol se encuentre en condiciones de ser comercializado.

En este sentido, teniendo en cuenta que, para el desarrollo de los negocios forestales se estimaba necesario el “arriendo” de la tierra, desde que se cuenta con el derecho real de superficie, esto podría haberse prácticamente superado, siendo sumamente útil la concatenación entre las figuras de la superficie y la del fideicomiso, para llevar a cabo de este tipo de negocios.

Hasta la sanción de la ley 25509, la situación de los forestadores era complicada pues debían adquirir el inmueble, sobre el cual realizarían las plantaciones, para lo cual, en el primer caso, era necesario inmovilizar una cantidad significativa de capital, hasta tanto la inversión diera sus frutos, o arrendar los campos sobre los cuales forestarían, debiendo no sólo realizar grandes inversiones, sino que se encontraban además, en el caso, imposibilitados de gravarlos por ser dichas plantaciones accesorias al inmueble principal, del cual no era propietarios (principio de accesión). A partir de aquella norma, en cambio, este principio se encuentra suprimido y se puede desmembrar fácilmente la propiedad del terreno y la de las plantas.

De esta forma, se daría fluidez a los negocios forestales, con su efecto multiplicador en la economía en general y en el empleo genuino, en particular, ya que las plantaciones integrarán el patrimonio del superficiario y ninguna injerencia tendrán los herederos ni acreedores en general del inmueble afectado al nuevo derecho real, dado que existirá una anotación propia e individual en el Registro de la Propiedad Inmueble, correspondiente a la jurisdicción donde las mismas se levanten¹³.

En los negocios forestales que tienden, por definición, a ser a largo plazo, esto resulta una interesante alternativa de inversión, en un contexto local

¹³ Gotlib, Gabriel y otros, Tratado de Fideicomiso: parte especial, 1° edición, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, La Ley 2013, página 146/147.-

caracterizado por la inestabilidad. Asimismo, cuenta a su favor que, la renta biológica (crecimiento de las plantas), está dissociada de la economía en general y de política en particular¹⁴.

C. Conclusiones

La inversión productiva en la economía real se plantea como un escenario de absoluta necesidad en los tiempos que corren, donde cada vez se torna más imprescindible la concurrencia de quienes tengan el diferencial de la profesionalidad en el manejo de los negocios productivos, alejados de lo meramente financiero, campo éste que se debate en una crisis aparentemente y sin un horizonte de solución en el corto plazo¹⁵. Para ello se necesita tanto de la técnica del pensamiento complejo, como del concurso de personas capaces de brindar, al decir de Robert Reich, en su obra “El Trabajos de las Naciones”, un servicio analítico simbólico.

Frente a los nuevos desafíos deberán elaborarse nuevas estrategias para encarar lo imprevisible, lo aleatorio y lo cualitativo, especialmente cuando se trate de pensar más allá del corto plazo, reconociendo la necesidad de distinguir con precisión los elementos existentes en cada situación determinada.

Es por ello que se estima que el derecho de superficie y el fideicomiso, se integrarán, complementariamente, en todos los negocios de posible realización.

Como ya quedara dicho, ello dependerá de las finalidades de los distintos emprendimientos que se encaren y las necesidades de cada uno de ellos.-

*Abogado y Lic. en Economía

Comisión Técnica de Asuntos Jurídicos de la AAFyFID

¹⁴ Ibidem

¹⁵ Ibidem