

OBJETO DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE –CON ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE SUPERFICIE PROYECTADO¹ Y A LA SUPERFICIE FORESTAL DE LA LEY 25509*

Por **Martha Linares de Urrutigoity** e **Irene Pujol de Zizzias**

Sumario

I.- Introducción. II.- Desarrollo. A.- Posibles posturas en torno al objeto del derecho real de superficie. B.- ¿Puede considerarse al espacio aéreo como objeto de los derechos reales? C.- ¿Puede el espacio ser objeto de un derecho real por separado, en forma independiente del emplazamiento? D.- ¿Desmembra el derecho de dominio la constitución de un derecho de superficie? E.- Consecuencias prácticas. F.- Propuesta legislativa. III.- Conclusiones.

I. Introducción

Con motivo de las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil organizadas por la Universidad de Ciencias Empresariales y Sociales del 20 al 22 de septiembre del año 2001, nos abocamos a estudiar el meduloso y debatible tema del objeto de los derechos reales².

Con el fin de no quedarnos en una mera discusión teórica sobre cuál debe ser el objeto de los derechos reales en general, nos referimos específica y concretamente al objeto del derecho real de superficie, teniendo en cuenta que el

*Especial para *Revista del Notariado*.

(1) Nos referimos al Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (redactado por la Comisión designada por decreto 685/95).

(2) Tema de la Comisión N° IV.

derecho debe ser una herramienta para regular la convivencia armónica de los hombres y no una estructura lógica perfecta basada en preceptos indiscutibles, que complica sin sentido las relaciones entre los hombres y trae inseguridad en las transacciones.

Elegimos el derecho real de superficie porque creemos que es una figura jurídica que jugará un rol importante para movilizar la riqueza y la producción en nuestro país. Por lo tanto, en aquella oportunidad, consideramos necesaria la incorporación del derecho de superficie dentro del régimen de los derechos reales, como lo propone el Proyecto que comentamos³, el cual implica una reforma orgánica de nuestra legislación civil. Es más, entendimos que –en caso de no aprobarse– este nuevo derecho real debería ser consagrado por una ley especial.

Esto último –pero limitando la figura a una sola actividad productiva⁴– fue precisamente lo que aconteció con la sanción de ley 25509⁵, que introdujo como un nuevo derecho real la llamada “Superficie Forestal”. El artículo 13 de la ley 25509 agrega, como inciso octavo al artículo 2503 del Código Civil, la “Superficie Forestal”, y modifica el artículo 2614 del Código Civil para dar cabida a este nuevo derecho, hasta entonces prohibido.

En efecto, como se dice en los Fundamentos del Proyecto: “es razonable suponer que la superficie estimulará la construcción (y forestación), pues constituirá una herramienta atractiva para los dueños de los terrenos que no pueden o no quieren construir, que tendrán la alternativa de que lo hagan terceros, con el aliciente de que aquéllos se conviertan luego en propietarios de lo construido”⁶. Respecto del derecho de forestar, se ha dicho que “la posibilidad de desarrollar negocios forestales creó la necesidad de brindar un adecuado marco jurídico que les brinde seguridad, porque se trata de una actividad –especialmente en el caso de la implantación– que para rendir sus frutos, exige períodos mínimos que superan los diez años y que no siempre el inversor es-

(3) Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio (redactado por la Comisión designada por decreto 685/95).

(4) Como ya dijimos, al comentar el Proyecto, nos parece más conveniente la ampliación de la figura en cuanto a sus fines y fundamentos, haciéndola viable (en sus dos planos, si se quiere mantener esta diferenciación) para alcanzar otras finalidades –además de la construcción y la forestación–. No debería coartarse la posibilidad de que este nuevo derecho real se aplicara a otras actividades distintas de la construcción y forestación como, por ejemplo, las plantaciones, explotaciones de minerales susceptibles de dominio privado, habitación, otras explotaciones agropecuarias, emprendimientos turísticos, proyectos que permitan el acceso a una vivienda más económica, mejoramiento, reciclaje o puesta en valor de construcciones ya existentes para hacerlas nuevamente útiles, etc. (Ver ZIZZIAS, Irene Pujol de y URRUTIGOITY, Martha Linares de: “Consideraciones en torno al Derecho Real de Superficie...” *RdN*, N° 864, págs. 71 y ss.) La ley 25509 es pasible de las mismas observaciones, ya que limita aún más el derecho de superficie, haciéndolo aplicable solamente a la silvicultura.

(5) Sancionada el 14 de noviembre de 2001, promulgada el 11 de diciembre de 2001 y publicada en el Boletín Oficial el 17 de diciembre de 2001.

(6) Ver pág. 126, Fundamentos del Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio. Fundamentos del Proyecto de Código Civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, pág. 126.

tá en condiciones de comprar el terreno, porque ello implica distraer recursos destinados a la plantación de especies arbóreas en una mayor superficie”⁷.

Además, como tenemos dicho⁸, el derecho real de superficie viene a incentivar el cumplimiento de esta función social de la propiedad, aunque desde la iniciativa privada, dando a los particulares las herramientas necesarias para poner sus bienes al servicio de la comunidad, sin desprenderse definitiva y totalmente de ellos, antes bien, haciéndolos partícipes de los beneficios de su explotación. Así, el propietario de un inmueble que, por cualquier motivo, no pueda o no quiera explotarlo pero que, sin embargo, no quiera desprenderse de él total y definitivamente, podrá constituir sobre él derecho real de superficie, de modo tal que sea otro quien, por ejemplo, construya en él cocheras, viviendas económicas, realice explotaciones agrícolas, recicle un inmueble en ruina, etc.⁹ Así, en todos estos casos, será el notario, como intérprete de la voluntad de las partes, quien deberá plasmar tales negocios jurídicos mediante el otorgamiento de la correspondiente escritura pública de constitución de derecho real de superficie, si es que el mismo se adaptara para satisfacer las necesidades prácticas de sus requirentes.

Con esta nueva herramienta legal se logrará que los fundos improductivos que actualmente vemos (cuyas potencialidades económicas no están puestas al servicio de la sociedad) se conviertan en vehículos de difusión de la riqueza¹⁰, de modo tal que sectores importantes de la población que tienen necesidades insatisfechas (de producción o de consumo) puedan satisfacerlas sin tener que inmovilizar capital para comprar el dominio de un inmueble base de sus proyectos¹¹.

(7) ABATTI, Luis Enrique y ROCCA, Ival, “Derecho Real de Superficie Forestal”, *Doctrina Jurídica*, págs. 205 y ss.

(8) PUJOL DE ZIZZIAS, Irene y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Consideraciones en torno al derecho real de superficie”, *Rev. del Not.* N° 864, pág. 71.

(9) Esta forma de hacer cumplir a la riqueza su función social es acorde con los procesos de tercerización de funciones estatales y, desde un punto de vista ius-filosófico, con el principio de subsidiariedad.

(10) Pensamos, en el mismo sentido que se pronunciaron las XXV Jornadas Notariales Argentinas, que resulta necesaria la ampliación de las finalidades del Instituto a situaciones tales como construcciones, forestaciones o plantaciones en general, explotaciones mineras y demás supuestos que impliquen un aprovechamiento socio-económico de los inmuebles. En sintonía con esta idea, pensamos que, considerando al espacio como objeto de este nuevo derecho real, se consigue una mayor flexibilidad y amplitud a la hora de idear posibles finalidades que este derecho puede ayudar a alcanzar, lo que lo torna más útil a la sociedad.

(11) Recordemos el debate acerca del carácter “absoluto” del derecho real de dominio y la tan mentada “función social de la propiedad”, que exige que el propietario explote su inmueble en consideración de un interés social, estándole vedado ejercer actos en perjuicio de la sociedad, dejando de aportar a ésta las riquezas que ese inmueble es capaz de producir. Hoy, luego de la sanción de la ley 17711 que modificó los artículos 1071, 2513 y 2514 del Código Civil, queda claro que el derecho de dominio (como todos los derechos) no es absoluto, en el sentido de ilimitado; se trata de un derecho relativo que el titular tiene sobre la cosa de modo directo; lo que lo faculta a hacer con la cosa lo que desee siempre que no perjudique a terceros ni contrarie los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlo ni las normas que lo reglamentan, ni tampoco exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres. No obstante, hasta el momento no se ha incorporado en una norma expresa de nuestro ordenamiento jurídico la obligación del propietario de explotar sus bienes en consideración del interés social.

Por todos los motivos expuestos, para mejor entender la esencia del derecho real de superficie –teniendo en cuenta los fines que puede tener vocación de desarrollar– y en aras de alcanzar una mejor aprehensión de esta nueva figura, hemos dedicado este trabajo al análisis del objeto del derecho real de superficie.

Como se verá al ir profundizando el estudio acerca del objeto del derecho real de superficie, hemos tenido que abocarnos al análisis de la posibilidad de la inclusión del **espacio** como objeto de este nuevo derecho real, para luego estudiar si el espacio puede ser objeto de un derecho real en forma independiente de su emplazamiento, si la superficie desmembra el derecho de dominio del propietario del suelo y cuáles son las consecuencias prácticas de nuestra postura. Finalizamos el presente con nuestra propuesta legislativa y una síntesis de las conclusiones a las que arribamos respecto del objeto del derecho real de superficie y de la Superficie Forestal incorporada por la ley 25509¹².

II. Desarrollo

A. Posibles posturas en torno al objeto del derecho real de superficie

Si nos preguntamos acerca del objeto del derecho real de superficie¹³, en sus dos planos, es decir, el derecho de construir o forestar (que existe cuando no hay algo construido o forestado o cuando, según el Proyecto, no se ha concluido lo construido o forestado –art. 2024–) y la propiedad superficiaria (que nace cuando se ha concluido lo construido o forestado o cuando directamente se adquiere una construcción o forestación ya existentes en forma separada del suelo –art. 2027–), podemos esquematizar cinco posibles posturas:

1) Una primera posición consiste en **que el derecho de construir o forestar recae sobre inmueble ajeno, en tanto que la propiedad superficiaria tiene por objeto un inmueble propio** (lo construido o forestado).

En esta corriente se enrolan los autores del Proyecto, ya que en los Fundamentos han dicho: “A la manera del Código de Italia de 1942, se diseñan dos planos en el derecho de superficie, en el primero se asiste a un derecho real sobre cosa ajena: el derecho real de construir o forestar, y en el segundo a un derecho real sobre cosa propia: la propiedad superficiaria”¹⁴.

(12) El presente trabajo analiza la ley 25509 de superficie forestal solamente en lo atinente al objeto de este nuevo derecho real y otras particularidades relativas a su régimen jurídico, que constituye la materia de esta monografía. El estudio pormenorizado de cada uno de sus artículos, en especial la gran innovación jurídica respecto de la posibilidad de constituir derechos reales de garantía sobre la superficie, será objeto de una próxima publicación, en preparación. No obstante, el lector interesado en el estudio del derecho de superficie forestal puede encontrar en éste y en nuestro anterior trabajo, ya citado, material suficiente para entender e interpretar la nueva legislación.

(13) Que, según el art. 2018 del Proyecto citado, es el “...derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de su emplazamiento, por un plazo determinado...”

(14) Proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio. Fundamentos del Proyecto de Código Civil, Ed. Abeledo Perrot, Bs. As., 1999, pág. 126.

Además, también puede predicarse esta opinión de los autores del Proyecto, por las siguientes razones:

– Porque el art. 1820 enumera a la superficie como derecho real y no sólo a la propiedad superficiaria.

– Porque el art. 1821 establece que son derechos reales sobre la cosa total o parcialmente propia: el dominio, el condominio, la propiedad horizontal y la superficie, si existe propiedad superficiaria. Los restantes derechos reales recaen sobre la cosa ajena.

– Porque en el art. 2018 se establece que la superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado....

– Porque el art. 2027 considera aplicable a la propiedad superficiaria las normas de dominio resoluble.

2) Según otra posición alternativa, **el derecho de construir o forestar podría ser considerado como un derecho personal, mientras que la propiedad superficiaria sería un derecho real sobre cosa propia.** La doctrina francesa ha admitido la naturaleza mixta del derecho de superficie, aunque considerando que la doble cualidad del derecho radica en la naturaleza real del mismo sobre cosa propia, y el carácter personal de éste sobre cosa ajena¹⁵. Pero el derecho personal no ofrece la seguridad que para el titular del derecho de construir y forestar ofrece el derecho real. Además, la mezcla de ambos tipos de derechos patrimoniales no parece muy aconsejable.

3) Igualmente puede sostenerse **que siempre el derecho de superficie, en sus dos planos, tiene por objeto un inmueble ajeno.** Para esta posición, el derecho real de construir o forestar y la propiedad superficiaria serían derechos reales sobre cosa ajena, como el usufructo, el uso, la habitación. Pero esta posible postura queda descartada por contrariar la esencia del derecho real de superficie, que consiste en la posibilidad de hacer propio lo incorporado.

4) Desde otro punto de vista, también puede pensarse **que ambos planos del derecho de superficie tienen por objeto un inmueble propio.** Para esta postura, el objeto del derecho de superficie radica en una parte determinada del inmueble: el espacio (o la superficie) ubicado sobre el emplazamiento, ya sea que el inmueble esté construido o forestado (propiedad superficiaria), en cuyo caso el objeto será lo que sea que se ubique en ese espacio, o el volumen donde se tenga derecho de construir o forestar (derecho de construir o forestar), si dicho espacio está vacío.

La ley 25509 parece haberse enrolado en esta posición, en virtud de que su artículo 2 expresamente establece: *“el derecho de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar*

(15) *“Le superficiaire a une double qualité: d’une part il est propriétaire des constructions et de l’autre locataire sui generis du terrain sur lequel ces constructions sont édifiées”.* MONTCHAL, Max y PILLET, Pierre, *Le droit de superficie en Suisse. La propriété par étages*, Librairie de l’université - George - Geneve (Suisse), 1968, pág. 22.

forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

5) Por último, otra posible línea de ideas sería que el **derecho de superficie**, en sus dos planos –tanto el derecho de construir o forestar y la propiedad superficiaria– tiene naturaleza mixta. En ambos casos se trataría de un derecho real sobre inmueble propio, al que generalmente se le suma un derecho real sobre inmueble ajeno.

La ley 25509, a pesar de calificar al derecho real de superficie forestal como derecho real sobre cosa propia (art. 2), igualmente puede ser ubicada en esta última postura, ya que implícitamente parece aceptar que la superficie forestal recae también sobre suelo ajeno, debido a que impone al titular del suelo fuertes limitaciones a sus facultades, al punto de llegar a desmembrar el dominio. En efecto, el artículo 4 prohíbe al propietario del suelo constituir derechos reales de disfrute y de garantía sobre el suelo mientras dure el derecho de superficie forestal.

Consideramos que la clave para dilucidar este tópico radica en el concepto de “espacio” y si éste como tal puede ser objeto de los derechos reales.

– Si se entiende que el espacio aéreo puede ser objeto de los derechos reales, entonces se podría decir que el derecho de construir o forestar es un derecho real sobre cosa propia (postura 4) o que el derecho de superficie en sus dos planos es un derecho de naturaleza mixta (postura 5).

– Por el contrario, si se entiende que el espacio aéreo no puede considerarse objeto de los derechos reales, entonces la única cosa sobre la que puede recaer el derecho de construir o forestar cuando todavía no se ha comenzado a construir o forestar es el inmueble del propietario del suelo, si se lo quiere considerar como derecho real. Lo que implicaría que el derecho real de construir o forestar es un derecho real que recae sobre suelo ajeno (postura 1) o no es un derecho real porque no tiene como objeto una cosa material (postura 2), sino sólo un derecho personal.

B. ¿Puede considerarse al espacio aéreo como objeto de los derechos reales?

Esta cuestión ya ha sido debatida en doctrina. El art. 1815 del Proyecto nos da la definición del derecho real como “poder jurídico, de estructura legal, que se ejerce directamente **sobre un objeto**, que atribuye a su titular las facultades de persecución y preferencia, y las demás previstas en este Código”. El art. 1816 del Proyecto establece cuáles pueden ser los objetos de los derechos reales: “a) las cosas que están en el comercio. Se ejercen sobre la totalidad de ellas, o sobre una parte material, o por alícuotas. b) Los derechos en los casos previstos especialmente”. Vemos que el Proyecto retoma la definición clásica de derecho real, pero esta vez con un contenido más amplio, ya que no solamente habla de la relación hombre-cosa, sino de la relación hombre-objeto, y éste puede ser una cosa o un derecho (éste último cuando está previsto legislativamente).

Fácil es advertir que **lo que el hombre pueda hacer con las cosas –o con los objetos–** y cuáles sustancias pueden considerarse cosas –u objetos– **tiene inti-**

ma relación con el estado de la ciencia y la tecnología. Por lo tanto, el derecho deberá prever normas flexibles que permitan abarcar los nuevos cambios tecnológicos, so pena de convertirse en un sistema caduco.

Además, debemos considerar que el concepto de derecho real o la consagración legislativa de estos derechos están determinados por numerosas cuestiones de política legislativa, en estrecha relación con los más diversos aspectos de la vida en sociedad (política, economía, religión, moral, etc.) y de acuerdo, también, con los avances de la tecnología que el hombre aplica a las cosas¹⁶.

La principal objeción que ha existido en el mundo jurídico para sostener que el espacio no puede ser considerado objeto de los derechos reales es que éste **no es una cosa que exista materialmente** (preconcepto que parece irrefutable para muchos juristas, pero que es totalmente discutido en filosofía); en consecuencia, las negociaciones sobre el espacio aéreo (por ejemplo “ventas” de unidades funcionales a construir) entran en la órbita de los derechos personales...¹⁷ También se ha dicho que el espacio no es cosa sino **medio** en que se encuentra la cosa y que es necesario para la existencia y ejercicio de la cosa y del derecho sobre la cosa, es decir que se trataría de un concepto de relación. Que es simple vacío y que por sí no da utilidad alguna¹⁸.

Sin embargo, del texto del art. 2518 de nuestro Código Civil también podría llegar a deducirse que el espacio aéreo es una cosa, pues reza: “... El propietario es dueño exclusivo del espacio aéreo... puede extender en él sus construcciones... y demandar la demolición de las obras del vecino...” Creemos que Vélez, aunque parece haber considerado al espacio como cosa, no lo admitió –como sí lo hizo Aubry y Rau– como objeto (independiente del suelo) de un derecho real autónomo (el derecho de superficie). Las razones que tuvo para no admitir este derecho, según la nota al artículo 2503 párrafo 5, son el posi-

(16) Por ejemplo, lo que sucede con el material genético. Se ha dicho que “el material genético humano es utilizado hoy en día por la industria y la medicina como un simple material de vida apropiable, que nos coloca frente a un proceso de patrimonialización que ubica el problema en el campo ético-filosófico y aun religioso, en las fronteras que separan a la persona de las cosas”. GALEGARI DE GROSSO, Lydia E., *Derechos Reales - Estudio a partir del caso judicial*, tomo I, Abeledo Perrot, Bs. As., 1998, pág. 16. Lo mismo sucedió con el hombre en la época de la esclavitud, que podía considerarse cosa y objeto del derecho de dominio.

(17) GUTIÉRREZ ZALDÍVAR, Álvaro, “La venta de aire, del espacio aéreo, el derecho de superficie, los derechos reales suprimidos”, Rev. *LA LEY*, t. 1997-D, 781; RACCIATTI, Hernán, “Propiedad por pisos o por departamentos”, N° 300, 3ª. ed., Depalma, Bs. As., 1975, citado por CORNEJO, Américo Atilio, en “El objeto de los derechos reales”, *LL*, 1989-D, Sec. Doctrina pág. 990.

(18) Se ha dicho “el espacio que se eleva sobre el fundo es simple abstracción, es un vacío que puede ser rellenado, pero entonces deja de ser espacio, mientras es espacio no se puede considerar como bien ya que como tal no da utilidad alguna. Lo que da utilidad no es el espacio de por sí, sino la posibilidad jurídica de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo, que se manifiesta mediante plantaciones y construcciones efectuadas directamente por los mismos propietarios o bien con la atribución a los demás de efectuarlas...” “no tiene sentido constituir un derecho real o personal que no se refiera al suelo...” BIONDO BIONDO, *Los bienes*, pág. 74, Ed. Bosch, Barcelona, 1961, citado por CORNEJO, Américo Atilio, “El objeto de los derechos reales”, *LL*, t. 1989-D, Sec. Doctrina, pág. 991.

ble desmejoramiento de los bienes raíces y el hecho de que dicha figura podría ser fuente de pleitos. Debe advertirse, respecto de esta última objeción, que no existía en la época de Vélez un sistema de publicidad suficiente, como el que desempeñan los actuales registros inmobiliarios.

Según la filosofía, o para la mayoría de los filósofos, el espacio existe, es decir es un ser, mientras para algunos es una realidad ideal y para otros es una realidad material¹⁹ perceptible por los sentidos y mensurable.

Por eso la filosofía ha afirmado que el espacio es un ser, no puede argüirse como una verdad dogmática que, como el espacio es simple vacío, no existe o no es un ser. Además, resulta errado decir que lo que da utilidad al espacio es la posibilidad de ejercitar el derecho de propiedad sobre el suelo. Piénsese en la aeronavegación, en la construcción de puentes²⁰. Por otro lado, también se ha afirmado que lo que da utilidad al suelo es el espacio; por lo tanto, utilizando el mismo razonamiento podríamos llegar al absurdo de afirmar que el suelo no es un bien porque lo que le da utilidad es el espacio y, en consecuencia, no puede ser objeto de los derechos reales. Lo cierto es que tanto el espacio como el suelo son bienes útiles y, unidos, dan una mayor o completa utilidad.

El *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, cuando trata sobre espacio territorial, nos remite a *dominio aéreo*, que se conceptualiza de la siguiente manera: “es el que ejerce el Estado en el espacio aéreo que se prolonga verticalmente sobre su territorio o, mejor dicho, sobre sus dominios terrestre

(19) En los diccionarios de filosofía, se dice que “tanto los átomos como el vacío existen, ya que de otra suerte no podría haber movimiento, pero son dos distintas formas de existencia...” Demócrito: “El espacio puede considerarse como un receptáculo puro...” Platón: “...En parte las cosas están hechas, según Aristóteles, de espacio... y también define al espacio como lugar”. Teofrasto “...considera al espacio como algo definido mediante la posición y orden de los cuerpos...” Plotino, concibiendo el espacio como lugar, dice que éste “es una realidad incorpórea”. En varias interpretaciones filosóficas el espacio aparece como “una realidad sustancial” o, como Kant dirá luego, como “cosa en sí”. Las interpretaciones modernas se pueden clasificar en empiristas (especialmente filósofos insulares, ingleses e irlandeses) y en racionalistas (especialmente sostenida por filósofos continentales). Por ejemplo, podemos citar la teoría de Locke como empirista. Éste se interesa sobre todo por el problema del origen de la idea del espacio, ésta es obtenida por medio de la vista y del tacto. Las ideas de Locke al respecto tienen una consecuencia: que aunque la noción de espacio tiene origen empírico, el espacio es concebido “como algo en sí”. Ahora, si el espacio no puede ser percibido, ello no significa que sea una ilusión; el espacio es una realidad o mejor dicho una idea real, el espacio existe. La interpretación más corriente de la concepción de Newton sobre el espacio es la que lo considera como cosa, entidad o realidad absoluta, independiente en principio de los objetos situados en él y de sus movimientos. Clarke ha sostenido que “el espacio es real, no se halla limitado por los cuerpos, sino que existe igualmente dentro de los cuerpos y sin ellos”, mientras que Leibniz sostenía que es una cosa ideal. Según Heidegger, el espacio no está en el sujeto, como afirma el idealismo, ni el mundo está en el espacio, como sostenía el realismo, sino más bien el espacio está en el mundo, por cuanto es el ser-en-el-mundo de la existencia el que ha dejado “franco” el espacio. Tales posiciones pueden distribuirse entonces en dos grupos: unas en las cuales el problema del espacio está estudiado con relación al sujeto, y otras en las cuales el espacio está considerado en sí mismo. Ver FERRATER MORA, José, *Diccionario de Filosofía*, tomo I A-K, Editorial Sudamericana, Buenos Aires, 1965, voz “espacio”.

(20) El caso de las construcciones en puentes se desarrollará en el punto C.

y acuático...”²¹ Obsérvese que en el caso del dominio aéreo del Estado, el espacio está tomado como objeto independiente de dicho derecho administrativo.

Entre los juristas, autores franceses como Aubry y Rau²², Julliot²³ y otros aceptan que el espacio pueda ser objeto del derecho de dominio. Quagliata, autor uruguayo, se pronuncia en el mismo sentido y cita a autores italianos, entre ellos a Carlos Maiorca, que se refiere a la teoría de Bonfante, para quien el espacio es objeto autónomo de un derecho autónomo. Para Francisco Fontbona, si el espacio geométrico “cubo de aire” pudiera ser incluido entre los derechos reales, no lo sería en la propiedad horizontal (porque para poder ser local o unidad exclusiva necesita de un proceso de fabricación). “La propiedad del cubo de aire cabría, mejor, como derecho real desmembrado del dominio, en el derecho de superficie”²⁴.

Cabe destacar una cita de Carlos Maiorca: “La solución afirmativa de la propiedad sobre el espacio está admitida desde el punto de vista del derecho romano, del derecho intermedio, del derecho germánico, del derecho civil italiano y del derecho extranjero... (según el cual, en el contrato constitutivo de superficie se enajena la propiedad del espacio)”²⁵.

C. ¿Puede el espacio ser objeto de un derecho real por separado, en forma independiente del emplazamiento?

Si nos atenemos a la terminología utilizada por los redactores del Proyecto, éste parece haber introducido una importante innovación en el tema al **admitir al espacio como objeto integrante del derecho sobre la unidad funcional en la propiedad horizontal**²⁶. Obsérvese que el art. 1974 conceptualiza a la unidad funcional de la siguiente manera: “*El derecho de propiedad horizontal se determina en la unidad funcional, la que consiste en pisos, departamentos, locales u otros espacios susceptibles de aprovechamiento independiente por su naturaleza o destino ...*” En los Fundamentos del Proyecto se expresa, respecto del artículo 1974, que se amplía el concepto de unidad funcional –la que alcanza hasta espacios susceptibles de aprovechamiento independiente– sin agregar ningún comentario sobre la falta o no de corporeidad de éste.

No puede decirse que en el supuesto de la propiedad horizontal no se le dé valor y valor económico al espacio; no es lo mismo –económicamente hablan-

(21) OSSORIO, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales*, Editorial Heliasa S. R. L., Bs. As., 1982.

(22) Citado por FONTBONA, Francisco I. J., *Estado prehorizontal*, Editorial Rolandino Argentina, Bs. As., 1970, pág. 80.

(23) JULLIOT, CH. L., “Traité - Formulaire”, editado por “Journal des Notaires et des Avocats, Francia, 1927, *Revista del Notariado*, N° 674, Bs. As., marzo-abril 1964, pág. 329. Traducción del Dr. Pablo Creten.

(24) FONTBONA, Francisco I. J., *Estado Prehorizontal*, Ed. Rolandino Argentina, Bs. As., 1970, pág. 84.

(25) En su obra “*Lo spazio e il liite della propieta fondiaria*”.

(26) VÁZQUEZ, Gabriela Alejandra, “El objeto de los derechos reales en el Proyecto de Código Civil de 1998”, aporte homenaje al Profesor Roberto López Cabana, Córdoba, 2001, págs. 15 y 16.

do— que las paredes divisorias dejen un espacio sólo para colocar bicicletas (bauleras) o que dejen un espacio para dos automóviles (cochera). Seamos realistas ¿no estamos comprando un espacio para vivir, colocar nuestros automóviles y nuestras cosas?

No obstante, estimamos que la introducción del espacio como posible objeto del derecho sobre la unidad funcional en la propiedad horizontal, a pesar de considerarla acertada, no resulta tan necesaria como la introducción del espacio como objeto en el derecho real de superficie. Ello debido a que el Proyecto contempla otras soluciones para los problemas que se han suscitado en torno a la prehorizontalidad, los barrios privados y la sobreedificación.

En efecto, para solucionar el problema de la **prehorizontalidad** (que consiste en la falta de protección del adquirente con boleto de compraventa de unidades de un edificio generalmente no construido aún, que se someterá al régimen de la propiedad horizontal), el capítulo XII del Proyecto prevé el seguro obligatorio, cuyo ámbito de aplicación es el de los contratos preliminares celebrados sobre unidades construidas O PROYECTADAS bajo el régimen de propiedad horizontal, salvo los supuestos expresamente excluidos por el art. 2017.

Con respecto a la problemática de los **clubes de campo**, parques industriales, barrios o cementerios privados, centros de compras o entidades similares, consiste en que si se quiere someter a éstos al régimen de propiedad horizontal, nos encontramos con el obstáculo irremediable señalado por la doctrina y jurisprudencia del carácter común del terreno. En efecto, si el terreno es necesariamente común —derecho accesorio—, no existe objeto material, es decir, cosa sobre la que pueda recaer el derecho sobre la unidad privativa —derecho principal—, si no hay construcción alguna. Dicha problemática se soluciona con el agregado al art. 2029 del Proyecto, que expresa: “En los conjuntos inmobiliarios sometidos al régimen de propiedad horizontal o que se sujeten a él, sólo son necesariamente comunes las partes de terreno destinadas a vías de acceso y comunicación e instalaciones de uso común...” Es posible, de ahí en más, adquirir en forma particular un lote o parcela para enterrar a un muerto, en un barrio o cementerio privado sometido al régimen de propiedad horizontal (arts. 2015 y ss.).

Por último, el problema de la sobreedificación en el régimen de la propiedad horizontal se resuelve con la previsión del derecho de construir sobre construcción ya existente, aun dentro del régimen de propiedad horizontal (art. 2025). En el derecho vigente, por no admitirse al espacio como objeto de la unidad funcional y por otras razones, la facultad de sobreelevar sólo es un derecho personal²⁷. En virtud del art. 2025, la facultad de sobreelevar reserva-

(27) Respecto a la atribución de la naturaleza jurídica a la sobreedificación, la que oscila entre derecho real y personal. La doctrina que se enrola en la tesis de derecho real, mayoritariamente italiana, califica a esta situación jurídica como derecho real sobre cosa ajena, muy próximo al derecho de superficie, que limita al domino facultando al titular de la reserva de sobreedificar a levantar nuevas construcciones y hacer suya la edificación resultante. Este derecho es transmisible por actos entre vivos y mortis causa y no está limitada su disposición a copropieta-

da a un consorcista o al que se incorpore como consorcista modificando el reglamento dentro del régimen de la propiedad horizontal, podría ser un derecho real de construir *ab initio*²⁸.

Además, no queda claro que la intención de los redactores del Proyecto haya sido la de introducir al espacio como objeto del derecho real sobre la unidad privativa. Ya que si ésa hubiera sido la intención, habrían comentado o habrían vertido los argumentos que avalan su postura, más aún tratándose de una innovación de importancia trascendental para la teoría del objeto de los derechos reales. Por el contrario, los autores del Proyecto guardan silencio sobre el término “espacios”, utilizado en el art. 1974. Y, además, en los Fundamentos agregan lo siguiente: “Es novedosa la enumeración de las cosas y partes propias, la que permite rescatar en la propiedad horizontal algunos otros perfiles del dominio clásico, y denotan cuán efectista es la alusión a que se trata únicamente de una desteñida propiedad sobre el cubo de aire”²⁹.

Consideramos que si el legislador no quiso que el “espacio” fuera considerado objeto del derecho real sobre la unidad funcional privativa, no debió haber utilizado la expresión “espacios susceptibles de aprovechamiento independiente” en el art. 1974 del Proyecto, para evitar confusiones.

rios del edificio, sino que libremente puede ser trasferido a cualquier tercero o aun afectárselo con gravámenes. Quienes se adhieren al criterio opuesto se limitan a señalar que no puede superar el ámbito de los derechos creditorios, porque le falta el elemento cosa, tipificante de todo derecho real, el cual sólo existirá cuando las unidades estén concluidas. La constancia de la reserva del reglamento importa que cada adquirente queda obligado a aceptar la realización de obras. La naturaleza personal de la reserva se hace más evidente aún, ya que es inadmisiblesu inscripción en los registros de la propiedad inmueble. A fin de que la reserva de sobreedificar pueda ser ejercida será necesario:

- obtener la aprobación de los planos respectivos por la autoridad administrativa;
- afianzar la seguridad del edificio y realizar las obras de consolidación necesarias para sostener el peso de las nuevas construcciones;
- asegurar que los espacios para ventilación de los pisos inferiores no sufran disminución alguna;
- responder de todo daño, gasto o molestia que la obra traiga aparejados.

El incumplimiento de cualquiera de estas condiciones dará derecho al perjudicado a demandar judicialmente la paralización de las obras, hasta que el daño efectivo o el peligro eventual hayan cesado”. PAPAÑO, Ricardo y otr., *Derechos Reales*, tomo II, Depalma, Bs. As., 1990, pág. 83.

(28) No obstante, también puede señalarse que la diferencia entre el derecho de sobreedificar en el régimen de la propiedad horizontal y el derecho de construir sobre construcciones ya existentes sometidas al régimen de propiedad horizontal podrían ser las siguientes: el sobreedificador es un consorcista o pasará a ser un consorcista, la unidad está prevista en el reglamento o tiene que estar reservada su construcción en éste o modificarse el reglamento mediante el voto unánime de los consorcistas para incluir el nuevo proyecto de unidad. En cambio, en el caso de un superficiario que construye sobre un edificio o bajo un edificio sometido a propiedad horizontal, su construcción no es una unidad funcional del edificio, ni el superficiario es un consorcista, ni su derecho está regulado por las normas relativas al derecho de propiedad horizontal ni por el reglamento de copropiedad y administración de ese edificio.

(29) El art. 1977 dice: “Son necesariamente propios con respecto a la unidad funcional las cosas y partes comprendidas en el volumen limitado por sus estructuras divisorias, los tabiques internos no portantes, las puertas, ventanas, artefactos, y los revestimientos, incluso de los balcones...”

Ahora, si se admitiera la premisa de que el espacio puede ser objeto de un derecho real, como la propiedad horizontal, podríamos concluir que también puede ser objeto del derecho real de superficie.

Por supuesto que hasta hoy –salvo para el caso de aeronavegación– generalmente el espacio por sí solo no satisface las necesidades del hombre pues siempre se necesita, por el principio de gravedad, de un terreno para apoyar la construcción o para que penetren las raíces de lo plantado. En el caso de la propiedad horizontal –salvo en casos de clubes de campo, barrios privados, etc.–, el terreno es de todos los consorcistas, en el supuesto del derecho de superficie el terreno sobre el que se apoya lo construido y forestado es generalmente ajeno. Decimos “generalmente ajeno” porque es acertada la advertencia que se nos ha hecho de que en casos excepcionales, cuando el derecho de superficie tuviere por objeto una construcción o el derecho de construir sobre un espacio aéreo, esta construcción podría llegar a no necesitar el suelo ajeno para apoyarse. Esto puede darse en caso de que el titular del derecho de superficie sea propietario de un inmueble colindante y la construcción nazca apoyada sobre suelo propio del titular del derecho de superficie y sobrevuele sobre inmueble ajeno (como un puente), sin tocar el suelo ajeno.

Por eso parece que, salvo el caso excepcional planteado, no es tan razonable hablar siempre de la propiedad superficiaria como un derecho real sólo sobre cosa propia, olvidándose de que ésta generalmente hunde sus cimientos o sus raíces en terreno ajeno.

D. ¿Desmembra el derecho de dominio la constitución de un derecho de superficie?

Lo cierto es que si una persona tiene derecho a construir o forestar sobre el espacio aéreo pero no puede apoyar su construcción sobre el suelo, no le sirve su derecho, a causa de la ley de gravedad. Parecería, entonces, que el **derecho real de superficie, en muchas ocasiones, tendrá una naturaleza mixta, principalmente derecho real sobre la cosa propia, a la que se le suma un derecho sobre la cosa ajena de manera accesorio** y, aun cuando exista propiedad superficiaria, podría coexistir junto con el derecho real sobre cosa propia (la construcción o plantación) un derecho sobre la cosa ajena, que puede consistir en tener apoyada la cosa propia sobre el suelo ajeno, en hundir sus raíces sobre suelo ajeno o en el derecho a pasar sobre inmueble ajeno (art. 2025), etc., lo cual –en la mayoría de los casos– limitará rotundamente el derecho de dominio del titular del suelo, **desmembrándolo. Así, el propietario del suelo que ha dado en superficie el subsuelo y la superficie tiene una posibilidad de disfrute material del suelo prácticamente nula (máxime si ya están ocupados la superficie y el subsuelo con construcciones o forestaciones), porque suelo sin espacio aéreo ni subsuelo no puede brindar mucha utilidad material.**

El mismo Vélez Sársfield considera al derecho de superficie como una desmembración del dominio del titular del suelo, ya que en su nota al artículo 2503 del Código Civil expresa: “...el Derecho Pretoriano concedió al adquirente de la superficie una acción y un interdicto especial, cuando se tratase de

una concesión a perpetuidad o por un largo tiempo. El derecho de superficie, desde entonces como una **desmembración**³⁰ del derecho de propiedad, 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”.

Adviértase que el Proyecto implícitamente admite esta modalidad mixta, o bien acepta implícitamente que el espacio sea objeto del derecho de superficie, al disponer, en el artículo 2025, que: “*El derecho de superficie puede comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento*”. Porque, o la extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción es toda ajena (con suelo y espacio), con lo que podríamos tener un derecho real de superficie sobre construcción propia a la que se suma un derecho sobre inmueble ajeno; o sólo de esa mayor extensión el suelo es ajeno, pero el espacio es propio, con lo que tendríamos también un derecho mixto en parte sobre inmueble propio –lo construido y el espacio contiguo necesario para su aprovechamiento– y sobre inmueble ajeno –el suelo ajeno que se encuentra bajo el espacio propio y que, al igual que el espacio, es necesario para transitar–, etcétera.

La ley 25509, a pesar de definir en el artículo 2 al derecho de superficie forestal como un derecho real autónomo sobre cosa propia, implícitamente acepta que dicho derecho trae aparejado un derecho real sobre cosa ajena accesorio, que desmembra el derecho de dominio del titular del suelo. El artículo 4 de la ley 25509 no deja lugar a dudas al expresar: “*El propietario del inmueble afectado al derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perjudicar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación*”.

Creemos que, a los efectos del ejercicio de los derechos del superficiario, no es necesaria tanta limitación de los derechos del propietario del suelo, sino que hubiera sido suficiente con impedirle al propietario del suelo los actos que perturbasen los derechos del superficiario. A modo de ejemplo, la constitución de una hipoteca sobre el suelo puede ser útil para su propietario y no perjudicar los derechos del superficiario, quedando sólo a criterio del acreedor hipotecario la aceptación o no de esta garantía. Además, esta excesiva limitación de los derechos del titular del suelo acarreará un alza en el precio del derecho de superficie, acercándolo así al precio de compra de un inmueble, o de su dominio revocable erogación que quiso evitarse a fin de hacer más atractiva para el inversor la explotación forestal con este nuevo derecho real.

También en apoyo de la postura que considera que el derecho de superficie generalmente desmembra el derecho del propietario del suelo, puede citarse la opinión de Salvat, que sostiene: “*la propiedad del espacio se ha considerado indispensable como medio de asegurar la eficacia práctica de la propie-*

(30) La negrita es nuestra.

*dad de la superficie*³¹. Por lo tanto, si el espacio es tan importante para darle utilidad práctica al suelo, no podemos decir que la constitución de un derecho de superficie sobre el espacio o sobre la construcción que se encuentra sobre el suelo no desmembra el derecho de dominio del propietario del suelo.

En el supuesto del derecho de construir o forestar, lo que se le concede al superficiario es la facultad de ejercitar gran parte de los actos materiales que puede ejercitar el dueño del suelo sobre el suelo (plantar, construir, remover el suelo, regarlo, forestarlo, etc.), renunciando éste último al derecho de accesión en forma temporaria y a plantar, construir, etc. donde se ha otorgado derecho de superficie (porque de hecho no puede hacerlo), pero sólo manteniendo la facultad de disponer jurídicamente de lo que resta de su derecho de dominio sobre el suelo o nuda propiedad en el sector donde se apoyará la construcción o forestación ajena (así lo dispone el artículo 3 de la ley 25509 para la superficie forestal). Y eso mismo seguirá pasando cuando la construcción o forestación se hayan realizado, si vemos la situación desde la óptica del dueño del suelo, lo que no podrá hacer sobre su suelo será igual o se acentuará cuando nazca la propiedad superficiaria. Entonces, ¿por qué decimos que su derecho está desmembrado en el primer caso y negamos dicha desmembración en el segundo?

Errado sería decir que, en el caso de la propiedad superficiaria, se ha enajenado la propiedad de lo edificado o de lo forestado y del suelo donde se hunden los cimientos o raíces, porque si se enajenara el suelo con lo construido, el titular del derecho de superficie pasaría a ser titular del derecho de dominio sobre el inmueble y el antiguo propietario del suelo se convertiría en propietario del derecho de superficie sobre el subsuelo. Además, va en contra de la esencia del derecho de superficie, que consiste en construir o forestar y hacer propio lo incorporado sobre **suelo ajeno**, transmitir –además de lo construido o forestado– el suelo, que pasaría a ser propio en vez de seguir siendo ajeno.

E. Consecuencias prácticas

Esta discusión en torno al objeto del derecho real de superficie, en sus dos planos, no es solamente doctrinaria, sino que tiene importantes efectos prácticos:

1) Determinación del comienzo de la propiedad superficiaria: tratando de adaptarse a la realidad, los redactores del Proyecto han creado una ficción y, cuando se crea una ficción en el derecho, esto siempre trae consecuencias no queridas e inseguridades. Así, es ficticio que la propiedad superficiaria nazca

(31) A continuación, cuando habla de la extensión del espacio aéreo, nos dice que “la doctrina moderna restringe la propiedad del espacio aéreo, en la medida del interés legítimo del propietario, es decir, en la medida que le sea necesario para asegurar el goce efectivo de la propiedad de la superficie”. Es decir, de dicho texto podría deducirse que la doctrina moderna considera objeto del derecho de dominio el suelo y el espacio sobre éste (necesario para ejercer el derecho sobre el suelo). “Cuando el propietario extrae o puede extraer del espacio aéreo o del subsuelo alguna utilidad concreta, nadie puede privarlo de ella, pues su interés práctico merece la tutela de la ley...” Conf. Ruggiero, op. cit., t. I, págs. 539-40, citado por SALVAT.

recién cuando se **concluye** la obra o la plantación (art. 2024). Porque cuando ya se ha plantado o construido algo (una habitación, una hectárea), aunque no se haya concluido la casa o la totalidad de la forestación estipulada, ¿de quién es el dominio de esa construcción o plantación? Si decimos que sólo hay un derecho real sobre cosa ajena, se deduce que el dominio de lo construido o forestado es del titular de suelo. Esa afirmación parece ir contra la sustancia del derecho de superficie, ya que su concepto o su finalidad es hacer propio lo construido o plantado. ¿Y cuándo va a considerarse concluido lo construido o plantado? ¿habrá que presentar un proyecto al titular del suelo? ¿y si luego el superficiario quiere agrandar la construcción nacerá otro derecho de construir? Como se ve, las preguntas y los conflictos que pueden suscitarse son varios.

En efecto, el derecho de construir o forestar implica un derecho de propiedad superficiaria *in fieri*; en la práctica resulta difícil determinar cuándo termina uno y comienza el otro, más si se tiene en cuenta que el propio hecho de la construcción o forestación va generando propiedad superficiaria a medida que se avanza en su consecución³².

El Proyecto, al no considerar la posibilidad de que el derecho de construir o forestar recaiga sobre el espacio, lo ha configurado como un derecho real sobre cosa ajena, diferenciándolo de la propiedad superficiaria, ya que ésta recae sobre cosa propia. A partir de esta diferenciación conceptual ha ideado dos regímenes jurídicos distintos³³. La legislación proyectada ha regulado separadamente los modos de adquisición y de extinción del derecho de construir o forestar y de la propiedad superficiaria, de la siguiente forma:

2) Modos de adquisición: la propiedad superficiaria se puede *adquirir* –al igual que el dominio sobre inmuebles– también por cualquier modo originario aplicable a inmuebles (es decir, la accesión y la prescripción adquisitiva), además de los modos derivados (tradición y sucesión). El derecho de construir o forestar no se puede adquirir por modos originarios.

Pensamos que no se justifica esta diferenciación de modos de adquirir los diferentes planos del derecho de superficie porque existen los mismos motivos (necesidad de que la desmembración del dominio nazca por un acto voluntario e inaplicabilidad práctica de la figura, especialmente en el caso de la usucapión larga³⁴) para denegar la posibilidad de adquirir por un modo originario en el derecho de construir y forestar y en la propiedad superficiaria.

(32) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, ob. cit., pág. 12. “El *ius edificandi* es una facultad autónoma, pero medial, pues a diferencia de lo que hace, p. ej., el locador de obra, el superficiario no construye simplemente para construir, sino para llegar a la propiedad superficiaria. Por eso, alguna doctrina francesa ha hablado de ‘inmueble por anticipación’”.

(33) Ver PUJOL DE ZIZZIAS, Irene y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Consideraciones en torno al derecho real de superficie...” publicado en *Revista del Notariado* N° 864, págs. 71 y ss.

(34) Porque raro será que se quiera adquirir por prescripción veinteñal un derecho de superficie si con los mismos actos posesorios se puede adquirir el dominio que es perpetuo y más completo.

3) **Modos de extinción: con respecto a la extinción, el no uso durante diez años** está previsto solamente como modo de extinción para el derecho de construir y forestar. No está previsto el no uso como causal de extinción de la propiedad superficiaria. No obstante, consideramos que para que se justifique la propiedad superficiaria esta causal de extinción debe hacerse aplicable a la misma, justamente para que ésta alcance su fin (incentivar la construcción, la forestación y la explotación de los bienes) y para que no se generen desmembraciones estériles del dominio.

Con respecto a la previsión del supuesto de la **destrucción de la cosa**, el Proyecto sólo trata el tema para la propiedad superficiaria por obvias razones, determinando que ésta no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado si el titular superficiario vuelve a construir o forestar en un plazo de diez años. En el supuesto de la propiedad superficiaria se justifica esta previsión ya que, de no haberlo establecido el legislador, al serle aplicable las normas del dominio resoluble, se extinguiría la propiedad superficiaria. En el caso de un derecho de construir o forestar que aún no se haya comenzado a ejercer, es inaplicable fácticamente (no hay materia que se pueda destruir). Además, si se entiende que el espacio es objeto del derecho de superficie, no hace falta prever que no se extingue la propiedad superficiaria en este supuesto por falta de objeto, porque ella subsistirá sobre el espacio.

Consideramos, por lo tanto, que no se justifica un régimen diferenciado de modos de adquirir y extinguir para cada uno de los planos del derecho de superficie ya que la única diferencia razonable se da en el caso de destrucción de lo construido o forestado, que es de imposible aplicación material en el caso del derecho de construir o forestar y que no haría falta preverlo si se considerara al espacio objeto de este derecho real.

Pensamos que el Proyecto debería regular el derecho de superficie sin un régimen diferenciado para cada plano de este derecho, previendo como modos de adquirir dicho derecho sólo los modos derivados y, como modos de extinción específicos, el abandono expreso y tácito (o por desuso por diez años), cumplimiento del plazo o condición.

Sostenemos que la distinción tan tajante entre las dos clases de derecho de superficie —el derecho de construir y forestar y propiedad superficiaria— es artificiosa o forzada. Pensamos que, en la práctica, se confunden y superponen, ya que el derecho de construir o forestar conlleva generalmente la propiedad superficiaria, y la propiedad superficiaria, cuando se destruye lo construido o forestado, se convierte en derecho de construir o forestar³⁵ porque no existe objeto —edificado o forestado— sobre el que recaiga dicho derecho real, a

(35) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, y PUERTA DE CHACÓN, Alicia, op. cit., págs. 62 y 63: “El hecho de que la superficie no se extinga con la propiedad superficiaria, demuestra que ésta es sólo una manifestación de aquélla y no la superficie toda, pues de existir total identidad, la destrucción del edificio debiera producir la extinción del derecho de superficie. Por eso mismo, por subsistir el derecho de superficie a través del *ius edificandi*, permanece la obligación del superficiario de pagar la renta”.

pesar de que en el art. 2028 del Proyecto, en forma artificiosa, se disponga que “ésta (refiriéndose a la propiedad superficiaria) no se extingue”.

Además, si se mantiene la diferenciación de regímenes se producen situaciones de lagunas legislativas. En efecto, el artículo 2027 del Proyecto ha omitido decir que las normas sobre propiedad superficiaria, y su remisión al dominio resoluble, no sólo se aplican si el derecho de superficie se ejerce sobre una construcción ya existente, sino también a las construcciones o forestaciones concluidas incorporadas por el superficiario.

Concluyendo, parece que lo más coherente es considerar al derecho de superficie como un derecho real sobre objeto propio, que generalmente acarrea también una desmembración del derecho de dominio del titular del suelo ajeno, tomando una fisonomía más bien mixta. Ya que muchas veces, aunque el espacio que se encuentra en la superficie sea propio, se trabajará sobre suelo ajeno, se penetrará en él y hasta en su subsuelo con cimientos y raíces, y se limitará la facultad de disposición material del propietario del suelo, sobre la parte del suelo en la que se apoya la construcción o forestación y sobre la parte de éste necesaria para el aprovechamiento de la construcción o forestación (art. 2025).

En cambio, la ley 25509 trata al derecho de superficie forestal como un derecho real sobre cosa propia, estableciendo un solo régimen jurídico. Consideramos acertado el criterio de la ley 25509 de Superficie Forestal³⁶, que establece un único régimen jurídico, que podemos sintetizar de la siguiente forma:

En primer lugar, tenemos que aclarar que la ley 25509 no distingue dos planos diferentes dentro del derecho de superficie forestal, como lo hace el Proyecto, sino que en el artículo 2 hace referencia a la facultad de forestar o realizar silvicultura –que sería, en terminología del Proyecto, el “derecho de forestar”– y a la posibilidad de hacer propio lo forestado sobre suelo ajeno o adquirir directamente una forestación ya existente independientemente del suelo –la propiedad superficiaria del Proyecto–³⁷.

Con respecto a los modos de adquirir el derecho de superficie forestal, el artículo 5 dispone: “*El derecho real de superficie forestal se adquiere por contrato oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión. Deberá ser inscripto, a los efectos de su oponibilidad a terceros interesados en el Registro de la Propiedad Inmueble de la jurisdicción correspon-*

(36) La ley 25509 configura la superficie forestal como un nuevo derecho real: Artículo 1º: “Créase el derecho real de superficie forestal, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura, de conformidad al régimen previsto en la ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la presente ley”.

(37) Artículo 2º: “El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario, que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno con la facultad de realizar forestación o silvicultura y hacer propio lo plantado o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes, pudiendo gravarla con derecho real de garantía”.

diente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado de la inscripción dominial antecedente”.

Llama la atención que se haya denegado la posibilidad de que este derecho pueda constituirse por actos de última voluntad como sí lo contempla el Proyecto, siendo que este modo de adquirir no había recibido críticas de la doctrina en los congresos y jornadas de especialistas.

Como ya tenemos dicho, nos parece necesario que este derecho de superficie forestal requiera para su nacimiento de un acto voluntario del propietario del inmueble afectado, razón por la cual es acertada la posición de la ley 25509, que limita los modos de adquisición a los derivados (contrato oneroso o gratuito), quedando excluidos los modos de adquisición originarios, como la prescripción³⁸.

La Ley de Superficie Forestal aclara que este nuevo derecho real, en sintonía con todo el régimen de los derechos reales de nuestro Código Civil, debe constituirse por escritura pública y tradición e inscribirse en el Registro Inmobiliario correspondiente, a los efectos de su oponibilidad. Desde el punto de vista registral, la ley unifica la técnica de inscripción, mediante la utilización de “submatrículas” relacionadas con la matrícula madre correspondiente al inmueble afectado, como lo habíamos propuesto³⁹.

La ley 25509 dedica los artículos 7 al 11 a la regulación de los modos de extinción del derecho de superficie forestal y sus efectos. El artículo 8 enumera los modos de extinción, estableciendo: “*El derecho real de superficie forestal se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de una condición resolutoria pactada, por consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario o por el no uso durante tres años*”.

Aquí resulta interesante comentar que se establece el no uso como causal de extinción, tanto del derecho de forestar como de la propiedad superficial (que la ley no distingue), como ya lo habíamos propuesto y se había recomendado en las XXV Jornadas Notariales Argentinas, con el objeto de evitar la proliferación de desmembraciones inútiles del dominio e incentivar la explotación de estos inmuebles. Además, se ha reducido el plazo de diez a tres años, lo que nos parece apropiado, ya que no se exige la terminación de la plantación sino solamente que se esté usando el fundo.

El artículo 7 dispone: “*El derecho real de superficie forestal no se extingue por la destrucción total o parcial de lo plantado, cualquiera fuera su causa, siempre que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro del plazo de tres años*”. Como ya dijimos, este artículo –en el que parecería que el legislador entiende que el derecho podría extinguirse por la destrucción total o parcial de lo plantado, si no hace la salvedad de la replantación en un plazo de tres años– no resulta coherente con el artículo 2 de la ley, que establece que el de-

(38) Ver nuestro trabajo, “Consideraciones en torno al derecho real de superficie...” ya citado.

(39) Ídem.

recho real de superficie recae sobre cosa propia, teniendo como objeto la superficie de un inmueble ajeno. En efecto, si la superficie o el espacio sobre inmueble ajeno constituye el objeto de este nuevo derecho real, no sería necesaria la aclaración del artículo 7 que comentamos.

Los artículos 9, 10 y 11⁴⁰ regulan los efectos de la extinción del derecho de superficie forestal, de manera similar a los artículos 2021, 2022 y 2023 del Proyecto. Para su análisis nos remitimos a nuestra publicación anterior en esta misma revista, ya citada⁴¹.

F. Propuesta legislativa

Lo cierto es que el espacio no es un sujeto; para algunos no tiene la misma entidad que una cosa material, pero sí existe, y es un ser distinto del sujeto, es decir, un objeto al que el hombre valora; algo susceptible de apreciación económica, con más razón hoy en día. Veamos: ¿lo que se busca en el supuesto del derecho de construir o forestar no es un espacio para construir y forestar? Esto es más claro aún en el supuesto del derecho de construir o forestar en el subsuelo porque, a pesar de que en el subsuelo hay cosa material sin duda alguna (tierra), no interesa la tierra que se encuentra bajo la superficie sino el espacio que puede quedar libre al sacar la tierra para construir.

Debe advertirse que, aunque las situaciones difieren, en los dos derechos reales en los que podría admitirse al espacio como objeto de ellos, también existe un derecho sobre el suelo: ajeno en el caso de la superficie y común en el caso de la propiedad horizontal.

Para los que consideren que el espacio no puede ser considerado cosa, podría aun sostenerse que éste puede ser objeto de una *cuasipropiedad superficiaria* o que se le pueden aplicar las normas del derecho de propiedad superficiaria. Y aun cuando no se hubiera construido algo o no se hubiera plantado algo, habría también derecho real sobre el espacio propio. Así, el derecho de construir o forestar sería una “cuasipropiedad superficiaria” y, en consecuencia, no tendría sentido la diferenciación de regímenes con la propiedad superficiaria.

Por lo tanto, aun si se llegara a considerar que el espacio no tiene la misma entidad que las cosas materiales, nada impide que se le pueda aplicar por analogía el régimen de las cosas y, entonces, que pueda ser objeto de los derechos reales; de forma análoga a lo que sucedió con la energía y otras fuerzas naturales susceptibles de apropiación (como agregó la ley 17711 al art.

(40) Artículo 9: “La renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones”.

Artículo 10º: “En el supuesto de extinción del derecho real de superficie forestal por consolidación, los derechos y obligaciones del propietario y del superficiario continuarán con sus mismos alcances y efectos”.

Artículo 11º: “Producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento”.

(41) “Consideraciones en torno al Derecho Real de Superficie...”

2311 del C. C.) o de “ser puestas al servicio del hombre”, como reza el art. 214 del Proyecto.

En este orden de ideas, pensamos que podría agregarse al artículo 214 del Proyecto un párrafo que dijera: “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía, a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre y a los espacios susceptibles de aprovechamiento, si así se dispone”. De esta forma quedaría claro que, aunque se llegara a entender que el espacio no puede ser considerado cosa, lo que es discutible desde el punto de vista jurídico⁴², igualmente puede ser objeto de los derechos reales⁴³.

Además, podría modificarse el art. 2018 del Proyecto, que define el derecho de superficie en este sentido: “La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y *en espacio propio* y hacer propio lo incorporado...”

Respecto de la ley 25509, que limita el derecho de superficie a la forestal exclusivamente, y admite –de una manera implícita– al espacio como objeto de este nuevo derecho real, nuestra propuesta legislativa consiste principalmente en ampliar el ámbito de aplicación de esta ley, haciéndolo extensible a cualquier otra finalidad lícita, que permita satisfacer una necesidad socioeconómica propendiendo a que los inmuebles cumplan su función social, desde la iniciativa privada, como lo sostuvimos en oportunidad de las XXV Jornadas Notariales Argentinas.

Además, sería conveniente complementar la ley 25509 con una modificación del artículo 2311 del Código Civil, de manera similar a la que hemos propuesto para el artículo 214 del Proyecto de Unificación, haciendo extensivas las disposiciones referentes a las cosas al espacio susceptible de aprovechamiento económico. Esta propuesta se fundamenta en la necesidad de no romper la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico con respecto al tema del objeto de los derechos reales. De esta forma se evitarían críticas doctrinarias y jurisprudenciales a la nueva norma e interpretaciones que tornaran inaplicables la superficie forestal o las hipotecas sobre el derecho de forestar, permitidas por el artículo 2 de la ley 25509. En efecto, estas hipotecas –si no se modifica el artículo 2311 del Código Civil– pueden verse atacadas por acciones de

(42) “De acuerdo con el *Diccionario de la Lengua Española*, entendemos por cosa: “(Del lat. *causa*) f. Todo lo que tiene entidad ya sea corporal o espiritual, natural o artificial, real o abstracta. 2. Ser inanimado en contraposición con los seres animados... 5. *Der.* En contraposición a persona o sujeto, el objeto de las relaciones jurídicas. En el régimen de la esclavitud el esclavo era una cosa. 6. *Der.* El objeto material, en oposición a los derechos creados sobre él y a las prestaciones personales. 7. *Der.* Bien...” Vélez, en la nota del art. 231, expresa que para la postura que considera desacertada “la cosa es género y el bien la especie”. Citado por CURA GRASSI, Domingo, “Derechos reales. Objeto”, publicado en *Rev. Doctrina Judicial*, Año XVII, N° 33, Bs. As., 15 de agosto de 2001, pág. 1087.

(43) CURA GRASSI, Domingo, “Derechos reales. Objeto”, publicado en *Rev. Doctrina Judicial*, Año XVII, N° 33, Bs. As., 15 de agosto de 2001, pág. 1087. También podría ser objeto de los derechos reales el espacio si se ampliara el concepto de cosa abarcando las cosas inmateriales, como lo propone el Dr. Domingo Cura Grassi.

nulidad basadas en una reiterada doctrina nacional que considera que el espacio no puede ser objeto de los derechos reales.

III. Conclusiones

– Es posible advertir en el derecho de construir o forestar un objeto “propio”: el espacio que se ubica sobre o bajo el emplazamiento.

– La admisión del espacio como objeto propio del derecho de construir o forestar, o la naturaleza única del derecho de superficie (que puede conllevar, en muchos casos, también una desmembración del dominio del titular del suelo en sus dos planos), tiene importantes consecuencias prácticas:

- Unificación de regímenes jurídicos de los dos planos de la superficie.
- No sería necesario tener que establecer en forma forzada el límite entre los dos planos del derecho de superficie.
- Podría dejar de preverse la ficción contenida en el art. 2028 del Proyecto, según el cual la propiedad superficiaria no se extingue con la destrucción de lo construido o forestado. Si no se considera al espacio como objeto de este derecho real se estaría frente a un derecho real sin objeto durante un tiempo, que puede durar hasta diez años.

– Se podría agregar al artículo 214 del Proyecto un párrafo que dijera: “las disposiciones referentes a las cosas son aplicables a la energía, a las fuerzas naturales susceptibles de ser puestas al servicio del hombre y a los espacios susceptibles de aprovechamiento cuando así se disponga”. Y/O modificar el art. 2018 del Proyecto, que define el derecho de superficie en este sentido: “La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre inmueble ajeno y *en espacio propio* y hacer propio lo incorporado...”

Con respecto a la ley 25509 de Superficie Forestal, podemos sintetizar las siguientes conclusiones:

- El artículo 2 parece admitir de forma implícita que el “espacio” o la “superficie sobre el inmueble ajeno” constituyen el objeto de este nuevo derecho real de superficie forestal, al configurarlo, como siempre, como un derecho sobre cosa propia que confiere facultades de uso, goce y disposición jurídica sobre la superficie de un inmueble ajeno. Si ésta no hubiera sido la intención del legislador, el derecho de forestar habría carecido de objeto propio y habría sido errada la calificación de este artículo. Si, por el contrario, el legislador quiso considerar al espacio como el objeto de este nuevo derecho, resulta innecesaria la salvedad del artículo 7, en el sentido de que el derecho no se extingue por la destrucción de lo plantado.

- Pensamos que el artículo 4 despeja toda duda sobre si la superficie forestal desmembra o no el derecho de dominio del titular del suelo, ya que prohíbe a éste constituir derecho real alguno de disfrute o de garantía sobre el inmueble afectado. No obstante, nos parece excesiva tanta limitación del derecho del dueño del suelo, siendo preferible la redacción del Proyecto que, en su artículo 2020, dispone que el propietario no puede turbar los derechos del superficiario. Además, esta excesiva limitación encarecerá el valor del derecho de

superficie forestal, acercándolo al precio de compra del inmueble, lo que contraría los fines del instituto.

- Nos parece acertada la reglamentación del derecho real de superficie forestal de una manera simple y unificada, sin necesidad de crear ficciones que en la práctica darán lugar a inseguridades y conflictos, con las observaciones que hemos ido formulando a cada norma en particular.

- Sería conveniente complementar la ley 25509 con una modificación del artículo 2311 del Código Civil, de manera similar a la que hemos propuesto para el artículo 214 del Proyecto de Unificación, haciendo extensivas las disposiciones referentes a las cosas al espacio susceptible de aprovechamiento económico; ello para no romper la coherencia de nuestro ordenamiento jurídico respecto al tema del objeto de los derechos reales.

- Por último, se manifiesta una fuerte intención política de privilegiar con este derecho a un sector de la producción, evidentemente necesitado de esta herramienta. Ello resulta objetable ya que el derecho de superficie tiene aptitud para reactivar más sectores de la producción, como pueden ser, la construcción (la cual –es bien sabido– tiene un gran efecto multiplicador de la riqueza), otras áreas de la agricultura, etcétera. En consecuencia, proponemos que se amplíe el campo de aplicación de este nuevo derecho real.