

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

Acerca de la Subsistencia del Derecho. Real de Superficie en la Tierra del Fuego

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

IGNACIO V. JORDA

Tal vez suene extraño, o antojadizo al criterio jurídico del lector el encabezamiento, pero es dable destacar que la institución del derecho del superficiario, raleada expresamente del Código Civil por Vélez Sársfield, subsiste de hecho en la realidad cotidiana de la Tierra del Fuego, y en esta pequeña reseña trataremos de decir en qué modo se configura y de qué modo encontramos una solución jurídica.

Dice el codificador en la nota al artículo 2503 en el que se enumeran los derechos reales: "...No enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre las cuales tenía un derecho de propiedad, independiente del de propietario del terreno, el cual, sin embargo, podía por derecho propio hacer sótanos y otros trabajos subterráneos bajo la misma superficie que pertenecía a otro, con tal que no perjudicase los derechos del superficiario, así como el superficiario no podía deteriorar el fondo del terreno. En Roma, según las reglas del derecho civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente, sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella. Mas después 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 del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción. Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de terrenos. Como todos sabemos, la Tierra del Fuego es políticamente un territorio federal, con la gran mayoría de sus terrenos de carácter fiscal, y a ello se une por un lado la falta de catastro, los realmente privilegiados propietarios que tengan lo que para nuestro derecho constituye un título de propiedad, aunque más no fuere un título imperfecto, y por otra parte una gran masa de población chilena, que ha llegado en algunos casos a transferirse títulos de propiedad por la vía cartularia del endoso, excusados tal vez por su escasa permanencia en nuestro país y su absoluto desconocimiento del derecho. Podría decirse que el error de derecho no es excusable, etc., lo que a nuestro ánimo jurídico sería hartamente agradable, pero por otro lado no podemos cerrar los ojos a la latente realidad humana que

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

nos rodea, y más aún nos enfrenta. Es a esta misma población a la que la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad, no por lo que se pueda entender como prejuicio nacionalista, sino en la loable misión de ejercer la custodia de la soberanía de nuestras fronteras, fiscaliza estrictamente, coadyuvando ambos factores a delinear el planteo preliminar del problema. Y es en este punto que aparece en la práctica lo que llamaremos, parafraseando al derecho mismo, el "HECHO REAL DE SUPERFICIE", y tomamos esta denominación porque si bien está el DERECHO REAL DE SUPERFICIE expresamente omitido del artículo dos mil quinientos tres en su enumeración taxativa, y en su nota también es condenado por los problemas que acarrearía como ya vimos, esta tesis se ve robustecida por el artículo dos mil quinientos dos que reza: "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer". Pero hete aquí que a pesar de las prohibiciones expresas del cuerpo legal, la vida de las relaciones jurídicas nos pone frente a convenciones que carecen de lo que un penalista llamaría FALTA DE ADECUACIÓN AL TIPO, puesto que así como en el derecho criminal si la acción no se adecua al patrón o modelo predeterminado no existe delito, en el campo de los derechos reales, si no están determinados por el código o por otra ley, no podemos llamarlos derechos reales. Una vez hecho este planteamiento vamos a ver en qué forma práctica se da lo que llamamos el HECHO REAL DE SUPERFICIE.

Suele suceder que comparecen las partes ante el escribano y piden que se les prepare lo que ellos llaman "UN PAPEL DE VENTA DE MEJORAS" (sic), y esas mejoras constituyen una casa edificada sobre un terreno fiscal, la que generalmente sólo tiene el rótulo de precaria, pues algunas incluso las podríamos ver en los alrededores de la Capital Federal sin pensar siquiera remotamente en que tienen tal calidad. Estas obras realizadas sobre terrenos con posesión precaria cambian de dueño con una facilidad pasmosa, nos aventuraríamos a decir que con una frecuencia que puede llegar a dos transferencias por año. Súmese a ello que pese a que lo que el escribano pueda decirles en ejercicio de su deber de consejo, las partes entienden estar celebrando una escritura de compraventa por el solo hecho de otorgarla ante el fedatario, el que para su precaria liturgia jurídica desempeña un papel cuasi - sacerdotal de purificar los vicios emergentes o eventuales que pudiera tener el contrato o convención que se efectúa, y al cual denominan MINISTRO DE FE. También reconocemos que está presente la picardía humana de poder realizar la transferencia sin injerencia alguna de la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad. Frente a estos hechos, al notario, como custodio de la legalidad no sólo de forma, sino también de fondo, se le presenta el problema de encuadrar en los cánones habituales de lo jurídico la relación de derechos y obligaciones que verá la luz con el otorgamiento del acto.

A pesar de que las partes lo llamen "VENTA DE MEJORAS", una casa es en la República Argentina o en cualquier parte un inmueble - valga la

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal

perogrullada -, pero tampoco se le puede dar la forma de una compraventa de inmuebles ordinaria por las razones apuntadas, ni por supuesto la de venta de cosas muebles. Nosotros, tratando de conciliar al acto con el sistema de nuestro código, y tomando como base el artículo dos mil quinientos dos antes mencionado, en la parte que dice: "Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este código se reconocen, valdrá sólo como constitución de derechos personales, si como tal pudiese valer" - en ocasiones se da también el ver que estas mejoras se dejan por un causante a su o sus sucesores, como parte del acervo hereditario, lo que afortunadamente no es muy frecuente por la velocidad de circulación de estos bienes -, solicitamos la correspondiente autorización a la Comisión Nacional de Zonas de Seguridad, como si se tratara de una compraventa normal y con la finalidad de que ese control de la soberanía no se torne meramente lírico, y por otro lado cumpliendo un principio de legalidad del acto Posteriormente solicitamos el correspondiente certificado de inhibiciones al Registro de la Propiedad, y en base al mismo confeccionamos una escritura de cesión de derechos y acciones, con mención expresa de lo siguiente en el cuerpo de la escritura: "Yo el autorizante dejo expresa constancia que advierto en este acto a las partes que la presente escritura no configura un título de propiedad en la República Argentina, como asimismo que manifiestan los cesionarios que se hacen cargo de las mejoras en las condiciones del artículo tres mil doscientos setenta del Código Civil, de cuyo contenido los impongo; y los cedentes que responderán por la evicción y vicios redhibitorios con arreglo a derecho. Presente en este acto, doña... cónyuge en primeras nupcias del cedente a efectos de conferirlo la autorización conyugal exigida por el artículo mil doscientos setenta y siete y leyes en vigencia. Leo ..."

Conceptuamos que es en estas circunstancias que el viejo principio establecido en el artículo 3270 "nemo plus juris ad alium transferre potest quam, ipse habet" reverdece sus laureles y se ve insuflado de una vivencia fundamental, teniendo en cuenta que no es posible al escribano conocer la pureza del derecho del cedente a lo que se transfiere para avalarlo, y entonces imponemos al cesionario de la eventual impureza del derecho que adquiere, y responsabilizamos al transferente de la evicción y vicios redhibitorios, y haciendo comparecer a la esposa del mismo cumplimos con el propósito de tuición hacia la cónyuge que está en el espíritu del artículo de nuestro código reformado hace dos años y medio.

Entendemos de esta manera no sólo cumplir con el principio de legalidad, sino dar a la relación jurídica una relativa "AEQUITAS", que no será tal vez la mejor, pero configura a nuestro juicio un paliativo para el desarrollo de la buena fe que debe presidir las convenciones, a las que la avasalladora realidad cotidiana les hace superar los prístinos márgenes en que trata de encuadrarlos el derecho.

REVISTA DEL NOTARIADO
Colegio de Escribanos de la Capital Federal