

Derecho superficiario fiduciario. ¿Ahora sí?*

Maritel Mariela Brandi Taiana

RdN 916

RESUMEN

El derecho real de superficie constituye una herramienta novedosa en el ámbito de la construcción para abaratar sus costos. Unido al contrato de fideicomiso y la propiedad fiduciaria, puede disminuir los riesgos de los emprendimientos, y resulta especialmente interesante con relación a los terrenos propiedad del Estado y las políticas públicas de vivienda. La ampliación de su objeto a los “derechos”, más allá de las “cosas”, le da versatilidad al instituto y le permite un mayor desarrollo también en el ámbito sucesorio. En el fideicomiso testamentario resulta una alternativa en protección de las personas con discapacidad, por cuanto minimiza el perjuicio de los restantes herederos legitimarios, que pueden además ser sus beneficiarios, más allá de devenir propietarios de los bienes fideicomitidos en su condición de sucesores.

Sumario: **1.** Introducción. ¿Por qué el derecho real de superficie? **2.** Derecho superficiario fiduciario. ¿Para qué? **3.** Inscripción del derecho superficiario fiduciario. **4.** Conclusión.

1. Introducción. ¿Por qué el derecho real de superficie?

Vélez, en la nota al artículo 2503 del Código Civil vigente, al justificar la no inclusión del derecho de superficie entre los derechos reales legislados, dice que “El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”. Es posible que la sospecha de Vélez tuviera asidero en su momento. Cabe tener presente que el Código no incorporó el derecho de propiedad horizontal y deben haber concurrido los mismos fundamentos.

Alterini explicó cómo la incorporación de ese derecho a nuestra normativa vigente empezó a ser considerada como una necesidad desde el punto de vista doc-

* [N. del E.: este artículo es anterior a la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación Argentina Ley 26.994. Por tal motivo, las referencias utilizan el término “Proyecto”].

trinario, a pesar de la prohibición originaria del Código.¹ El autor comenta que, a partir del VI Congreso Internacional de Derecho Registral² (Madrid, 22-26 octubre 1984), los juristas argentinos tuvieron la oportunidad de transitar el camino de un instituto que, si bien prohibido en nuestro derecho, en los tiempos que corren puede ofrecer “la posibilidad de que el propietario de un terreno que no quiere o no puede construir otorgue la alternativa de hacerlo a un tercero, con el aliciente de convertirse en propietario de lo edificado”, y, de esta manera, colaborar a “paliar la crisis habitacional”.

Sin embargo –como destaca Alterini–, los tiempos cambiaron y la recepción del derecho real de superficie en nuestra legislación se encuentra ampliamente legitimada en muchos aspectos, especialmente el económico, dado que reduciría el costo de los emprendimientos y, de esa manera, facilitaría su desarrollo. Así, se redactaron distintos proyectos de ley para incorporar el derecho real de superficie, postura que fue receptada en el último Proyecto de unificación de los Códigos Civil y Comercial de 2012, prácticamente sin variaciones respecto de la forma en que fue abordado en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 1995; la excepción fueron los plazos de duración previstos, que se extendieron, de conformidad con lo previsto en el artículo 2117: un máximo de setenta años cuando se trata de construcciones y de cincuenta años para forestaciones y plantaciones.

En el año 2000, tuvimos oportunidad de analizar el derecho real de superficie en el Proyecto 1995 y aplaudir su incorporación a nuestro sistema jurídico positivo en el marco de las innovaciones propuestas para los derechos reales.³ Propusimos la articulación conjunta del derecho real de superficie y el fideicomiso para asegurar mejor el uso del primero como instrumento de inversión, dando origen a lo que bautizamos dominio fiduciario superficiario. Hoy, tras haber continuado profundizando el estudio del tema y recibido interesantes opiniones,⁴ debemos reformular su denominación y proponemos hablar de **derecho superficiario fiduciario**.

Al contrario de lo que proponía Alterini cuando sostuvo que el mayor interés de aplicación de este instituto residía en el ámbito de la construcción, finalmente, en el año 2001, a través de la Ley 25.509, el derecho real de superficie se legisló exclusivamente para el ámbito forestal.

En el círculo doctrinario, esta normativa dejó gusto a poco, no sólo por lo **acotado de su objeto** y las críticas a las que dio lugar la definición del derecho (art. 2),

1. ALTERINI, Jorge H., “Derecho real de superficie”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Capital Federal, n° 850, noviembre 1997, pp. 9-22.

2. Actuó como coordinador nacional del tema II “El derecho de superficie y el Registro” y como coordinador general de la delegación argentina.

3. BRANDI TAIANA, Maritel M., “Dominio fiduciario superficiario y algunas consideraciones sobre forestación y donaciones a terceros”, en AA. VV., *XXV Jornadas Notariales Argentinas. Ponencias*, Mendoza, Colegio Notarial de Mendoza, 2000, pp. 235-248.

4. Agradezco muy especialmente la colaboración prestada por la escribana Adriana Abella, quien desinteresadamente leyó este trabajo y realizó importantes aportes.

sino porque, al apartarse de la reforma integral propuesta, **perdió el soporte que le ofrecía el Proyecto 1995 como un todo.**

Dijimos en un comentario: la ley prevé la posibilidad de gravar la propiedad superficiaria con derecho real de garantía, reconociendo así la posibilidad de constituir un derecho real sobre un derecho real; es decir, un derecho real no sobre una *cosa* en los términos del artículo 2311 del Código Civil sino sobre *bienes* en los términos del artículo 2312. Esta conclusión surge de la lectura del artículo 2 *in fine*. La ley se expresa en términos genéricos: “derecho real de garantía”, con lo que surge la posibilidad de constituir hipotecas y fideicomisos en garantía.⁵

Lo cierto es que la redacción de la ley no es clara y llevó a la doctrina a discutir su alcance en diversos aspectos, entre ellos, la posibilidad de constituir un derecho real de garantía sobre el derecho real de superficie forestal en su etapa de derecho sobre cosa ajena, previa a la propiedad superficiaria.

Cabe recordar que el derecho de superficie, según lo ha concebido la doctrina y lo regula la Ley 25.509, presenta dos planos: uno en tanto derecho sobre cosa ajena a plantar, forestar o construir, y otro en tanto derecho real sobre cosa propia respecto de lo plantado, forestado o construido en el terreno, que da nacimiento a la propiedad fiduciaria propiamente dicha. Como consecuencia de que el derecho de superficie forestal fue legislado de forma independiente al Proyecto 1995, se dejaron de lado dos aspectos fundamentales: a) la extensión del derecho real de superficie más allá del ámbito forestal, a plantaciones y construcciones; y b) la ampliación expresa del objeto de los derechos reales a determinados derechos, sin limitarlos únicamente a las cosas, como lo hace el artículo 2311 del Código Civil.

No podemos dejar de destacar que con la legislación vigente existe cierta incomodidad jurídica para la constitución del derecho real de hipoteca sobre el derecho real de superficie en su etapa previa a la propiedad superficiaria. No ocurre lo mismo con el fideicomiso en garantía, dado que la Ley 24.441, desde su origen, ha admitido la transmisión de bienes en propiedad fiduciaria de. Sin embargo, por los mismos argumentos, no podríamos ampliar la convivencia entre el derecho real de superficie forestal y la propiedad fiduciaria más allá de la excepción taxativa prevista en la ley únicamente para los derechos de garantía, por cuanto se trata de una excepción que debe aplicarse en sus términos estrictos.

Estamos ahora ante una nueva oportunidad de modificar la conceptualización del Código Civil vigente en este sentido, ya que, a la par de receptor dentro de los derechos reales el de superficie en términos generales, el Proyecto 2012 admite la ampliación del objeto de los mismos en general a fin de incrementar los supuestos de aplicación. El artículo 2114 del Proyecto 2012 establece:

Concepto. 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

5. BRANDI TAIANA, Maritel M. y TAIANA DE BRANDI, Nelly A., “Derecho de superficie forestal”, en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 868, abril-junio 2002, pp. 17-25.

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.

Asimismo, el artículo 1883 dispone:

Objeto. El derecho real se ejerce sobre la totalidad o una parte material de la cosa que constituye su objeto, por el todo o por una parte indivisa. El objeto también puede consistir en un **bien taxativamente señalado por la ley.**

2. Derecho superficiario fiduciario. ¿Para qué?

Cuando nos adentramos en el estudio de este instituto, llegamos a la conclusión de que su utilidad no reside únicamente en su propia existencia, sino que su implementación en conjunto –propiedad superficiaria y propiedad fiduciaria– permitiría soslayar algunos aspectos que, en la práctica, pueden hacer poco atractiva su utilización.

En efecto, junto con los beneficios que ofrece la figura del derecho real de superficie, en especial en cuanto al abaratamiento del emprendimiento por el menor valor de adquisición del terreno superficiario, es factible su transmisión fiduciaria de manera de **añadir la protección del patrimonio de afectación que nos acerca el fideicomiso**, no sólo en su aspecto de garantía, al permitirse tanto en el Proyecto 1995 como en el Proyecto 2012 la constitución de determinados derechos reales sobre derechos.

En consonancia con el artículo 1 de la Ley 24.441, el artículo 1666 proyectado define el contrato de fideicomiso de la siguiente manera:

Hay contrato de fideicomiso cuando una parte, llamada fiduciante, **transmite o se compromete a transmitir la propiedad de bienes** a otra persona denominada fiduciario, quien se obliga a ejercerla en beneficio de otra llamada beneficiario, que se designa en el contrato, y a transmitirla al cumplimiento de un plazo o condición al fideicomisario.

Específicamente **se admiten como objeto de los derechos reales los derechos** en los casos previstos por la ley, y **el contrato de fideicomiso permite puntualmente que la propiedad fiduciaria recaiga sobre bienes**, es decir, **tanto sobre cosas como sobre derechos**. De esta manera, es factible que el derecho real de superficie, tanto en su etapa de derecho sobre bien ajeno como en su etapa de propiedad superficiaria, sea transmitido en el marco de un contrato de fideicomiso, de manera tal de constituir una propiedad fiduciaria sobre el objeto de dicho derecho real. Ello daría origen al **derecho superficiario fiduciario**.

Con respecto al contrato de fideicomiso, no hay innovación en cuanto a su objeto, dado que, aún hoy con el texto vigente de la Ley 24.441, la propiedad fiduciaria puede recaer sobre derechos. Su artículo 1 dispone:

Habrà fideicomiso cuando una persona (fiduciante) **transmita la propiedad fiduciaria de bienes determinados** a otra (fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el contrato (beneficiario), y a transmitirlo al cumplimiento de un plazo o condición al fiduciante, al beneficiario o al fideicomisario.

En todo caso, la innovación trascendental que acerca la regulación proyectada del contrato de fideicomiso es la posibilidad de que el fiduciario sea beneficiario. Veremos que esta novedad puede ayudarnos a implementar la operatoria del derecho superficiario fiduciario en algunos aspectos, con mayor comodidad.

A continuación se detallan algunos supuestos prácticos de utilidad –expuestos oportunamente⁶–.

2.1. *Fideicomiso de administración*

Es evidente que el derecho real de superficie permite que un propietario que no puede o no quiere construir transmita dicho derecho a un tercero para que éste construya en el inmueble y haga propio lo construido, abonando –precisamente debido a la temporalidad del derecho de superficie– un importe menor por el predio del que debería desembolsar para la adquisición de su dominio pleno. A su vez, el transmitente no sufre la pérdida definitiva de su propiedad. Más atrayente es aún este esquema cuando se trata de predios propiedad del Estado.

Cuando el Estado es parte en el contrato, la combinación del derecho real de superficie con el contrato de fideicomiso permitiría limitar los riesgos del negocio exclusivamente al propio emprendimiento y aseguraría, aún más, la debida restitución del predio al transmitente a la extinción del derecho de superficie, libre de los avatares económicos y financieros del adquirente.

La propuesta consiste en que el Estado, evitando correr con los riesgos empresarios correspondientes, transmita en fideicomiso el derecho de superficie sobre terrenos inexplorados a una fiduciaria que, en principio, sería una empresa constructora. La fiduciaria tendría en su cabeza el derecho superficiario fiduciario de tales terrenos, con el cargo de construir a su costo, por ejemplo, un complejo de viviendas (bajo el régimen de propiedad horizontal) para enajenar a terceros –fideicomisarios– el derecho de superficie al finalizar la obra, dentro de determinadas condiciones (éstas serán reglamentadas por el Estado en el contrato, teniendo en cuenta los intereses del sector social al que van dirigidas esas viviendas). El plazo del derecho real de super-

6. Cfr. nota 3.

ficie no tiene necesariamente que coincidir con el plazo del fideicomiso, ya que, si bien éste tiene una duración máxima de treinta años –en este caso, presumiblemente durará sólo hasta la finalización de la obra–, podría preverse que, en cabeza de los fideicomisarios, el derecho real de superficie que en definitiva les sea adjudicado tenga una duración mayor, siempre que no se exceda el plazo máximo de setenta años en total.

Evidentemente, debe reconocerse un lucro –controlado– a favor de la fiduciaria por cuanto el Estado no puede pretender un enriquecimiento sin causa, pero dicho beneficio podría consistir en el producido de la venta de algunas de las unidades existentes a la finalización del proyecto.

Este plan de acción debería completarse con beneficios impositivos a favor de las constructoras, lo que les facilitaría encarar proyectos que de otra manera excederían sus posibilidades, y se integrarían así las pymes al circuito económico.

El programa de adquisición de la vivienda podría complementarse con la celebración de contratos de *leasing* con los eventuales adquirentes –fideicomisarios de un derecho real de superficie sobre la unidad funcional construida–. Estos contratos estarían sujetos a la condición suspensiva de que, una vez extinguido el derecho superficiario fiduciario, los fideicomisarios –que deberían reintegrar su vivienda al Estado al finalizar el plazo del derecho de superficie– accedan a la propiedad plena, siempre que reúnan determinados requisitos que garanticen el pago del saldo de precio residual y el cierre de la operación de financiación. En este supuesto, los fideicomisarios tendrían un derecho de preferencia respecto de otros adquirentes con relación a las viviendas construidas bajo esta modalidad, de las que hubieran sido adjudicatarios oportunamente.

Entendemos que el escalonamiento de los riesgos favorece las inversiones y hace más eficiente la intervención del Estado.

2.2. Fideicomiso testamentario

Además del esquema propuesto, que en definitiva es el que naturalmente surge del derecho real de superficie, sugerimos la utilización de estas herramientas en el marco de protección a los incapaces.

Sin perjuicio de las disposiciones contenidas respecto del fideicomiso testamentario en la Ley 24.441, el artículo 1699 del Proyecto 2012 establece que se le aplican al fideicomiso testamentario los artículos 2448 y 2493.

Artículo 2448:

Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad a toda persona que padece una alteración funcional permanente o

prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar social, educacional o laboral.

Artículo 2493:

Fideicomiso testamentario. El testador puede disponer un fideicomiso sobre toda la herencia, una parte indivisa o bienes determinados, y establecer instrucciones al heredero o legatario fiduciario, conforme a los recaudos establecidos en la Sección 8ª, Capítulo 30,⁷ Título IV del Libro Tercero. La constitución del fideicomiso no debe afectar la legítima de los herederos forzosos, excepto el caso previsto en el artículo 2448.

Es evidente la espectacular modificación estructural que suponen los artículos transcritos –independientemente del déficit de su redacción⁸–, dado que introducen no sólo una mejora especial para el caso de las personas con discapacidad, sino que reconocen la existencia de la discapacidad natural⁹ como circunstancia determinante de su aplicación.

El derecho de superficie, como objeto del fideicomiso testamentario y constitutivo del derecho superficiario fiduciario, también sería de suma utilidad en este caso. El beneficio reside en que, dado el menor valor del derecho real de superficie respecto del derecho real de dominio –del que de todos modos la persona con discapacidad no podría libremente disponer–, la combinación de ambos institutos permite asegurarle mejor al disponente que la porción de su patrimonio que destina a la protección de aquél no excede la parte que la ley le permite afectar al efecto, lo que, además, redunda en una mejor relación entre los herederos.

Como comentábamos, es conveniente tratar de evitar la disposición más allá de la porción legítima, por cuanto no estamos únicamente en el terreno de la ley abstracta sino fundamentalmente en el de las relaciones humanas, con todas las debilidades que ello puede conllevar. Los inconvenientes patrimoniales en casos como el expuesto suelen devenir en la desprotección emocional del incapaz, cuya atención es tan necesaria como el apoyo patrimonial.

Colaborará también en la ingeniería a desarrollar para el debido cumplimiento de la voluntad del disponente, la protección de la persona con discapacidad y la preservación de la paz familiar el hecho de que en el propio fideicomiso testamentario **puede designarse fiduciario a uno o más herederos que podrán, además, ser sus beneficiarios** durante su vigencia, dado que es admitido por el Proyecto 2012 (art. 1671).

7. Regulación del contrato de fideicomiso.

8. En el artículo 2448 no queda claro si se trata de una mejora que involucra una tercera parte de la herencia o una tercera parte de dos terceras partes de ella.

9. Venimos bregando por su reconocimiento normativo desde el año 2002, como expusimos en “Incapacidad”, en *Revista Notarial*, La Plata, Colegio de Escribanos de la Provincia de Buenos Aires, n° 954, 2006, pp. 431-512.

En cuanto a la prohibición que se mantiene respecto de que el fiduciario sea, a su vez, fideicomisario, entendemos que en el caso del fideicomiso testamentario el hecho de que los restantes herederos legitimarios resulten últimos titulares de los bienes del causante después del fallecimiento de la persona con discapacidad o superada la discapacidad que lo afecte no supone que se reúna en la misma persona la calidad de fiduciario y fideicomisario, dado que, al momento de la adquisición por parte de los legitimarios de los bienes objeto del fideicomiso testamentario, éste se habrá extinguido y aquéllos regresan al patrimonio del fiduciante-disponente, con la consecuente distribución entre los legitimarios.

3. Inscripción del derecho superficiario fiduciario

A la luz de lo dispuesto por el artículo 5 de la Ley 25.509 debe analizarse pormenorizadamente la inscripción del derecho real de superficie forestal. Dicho artículo establece:

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 correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente.

Rescatamos el carácter publicitario de la inscripción, por contraposición al carácter constitutivo existente en otros ordenamientos jurídicos respecto de este derecho de superficie, como el caso del Reglamento Hipotecario español.¹⁰

Por otra parte, si bien compartimos con parte de la doctrina especializada la opinión de que la ley se excedió en los lineamientos indicados para la inscripción, en tanto en cuanto supone un avance sobre competencias provinciales, lo cierto es que a esta altura se cuenta con una metodología de trabajo al efecto, que sería conveniente extender, en caso de que se apruebe la reglamentación amplia del derecho real de superficie según se establece en el Proyecto 2012, sin más modificaciones, a los nuevos supuestos contemplados.

En este sentido, sería conveniente aplicar las conclusiones a las que arriba Mazzei¹¹ respecto del derecho real de superficie forestal:

... aparece como técnica de registración adecuada la siguiente: en la matrícula donde consta la titularidad del dominio, en el rubro "Gravámenes y restricciones e interdic-

10. El art. 16 de ese ordenamiento establece: "Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir".

11. MAZZEI, Juana B., "Derecho real de superficie forestal. Consideraciones sobre la publicidad registral", en *Revista del Notariado*, Buenos Aires, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, n° 885, julio-septiembre 2006, pp. 57-61.

ciones”, se consignará: 1) afectado derecho real de superficie forestal Ley 25.509; 2) la superficie afectada, en caso de no ser la totalidad del inmueble; 3) la identificación del plano respectivo; 4) los datos de la escritura de afectación y del escribano autorizante; y 5) los datos registrales correspondientes (nº de presentación al registro, fecha).

En el folio anexo, donde se inscribe el derecho real de superficie forestal Ley 25.509, deberá estar claramente identificado el número de la matrícula, que coincidirá con la del folio original que es su antecedente, y se le podrá agregar seguidamente “superficie forestal” o las iniciales SF, para completar su determinación.

A modo de ejemplo, transcribimos parcialmente la Disposición técnico-registral 22/2005 de la provincia de Buenos Aires, que establece respecto de la superficie forestal lo siguiente:

Artículo 2. Cuando la superficie afectada no coincida con la superficie total del inmueble, deberá confeccionarse un plano de mensura aprobado por los organismos competentes.

Artículo 3. La registración del documento producirá la conversión a la técnica de folio real. Su toma de razón originará la creación de un “folio real anexo”, que mantendrá la misma numeración que el folio real de origen, seguida de la expresión “superficie forestal”, en el que se asentarán todos los asientos registrales referente al derecho real de superficie forestal. En el rubro b) “Gravámenes, restricciones e interdicciones” del folio real de origen, se dejará constancia de la inscripción del derecho real de superficie forestal.

Es probable que el criterio de registración a seguir sea el mismo en el caso de que se apruebe el Proyecto 2012. En el supuesto de que exista derecho superficiario fiduciario, éste debería anotarse en el rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones”, en donde se harían constar, además de los datos relativos al derecho real de superficie en sí mismo, los correspondientes al fideicomiso, es decir: el fiduciario, el plazo de hasta treinta años, los datos de la escritura de constitución y las limitaciones para su disposición, en su caso. En el folio real anexo correspondiente al derecho real de superficie, se anotarían los demás datos relevantes que afecten la concurrencia de ambos derechos, como, por ejemplo, la parte material del inmueble afectada.

4. Conclusión

La posibilidad de constituir derechos reales sobre derechos, prevista en los Proyectos de 1995 y de 2012, amplía el marco de aplicación del derecho real de superficie.

Según el Proyecto 2012, es factible la complementación del derecho real de superficie con el fideicomiso para la constitución del derecho superficiario fiduciario, de manera tal de disminuir los riesgos de los emprendimientos superficiarios y hacer más atractiva su utilización.

El derecho superficiario fiduciario constituye una herramienta trascendente para diversos proyectos, entre ellos: a) desarrollo de una política estatal que, sin dis-

minuir el patrimonio nacional, provincial o municipal, permita superar el déficit habitacional con menores riesgos para el Estado; b) la protección de los herederos con discapacidad, en consonancia con las previsiones establecidas por el Proyecto 2012 en sus artículos 2448 y 2493.

En caso de que se apruebe la regulación del derecho real de superficie en los términos previstos en el Proyecto 2012, es conveniente extender la experiencia registral desarrollada a la luz de la Ley 25.509 respecto del derecho real de superficie forestal.

El derecho superficiario fiduciario tendrá reflejo registral mediante su inscripción en la matrícula correspondiente al inmueble, en el rubro “Gravámenes, restricciones e interdicciones” y originará un folio real anexo. En la inscripción que tendrá lugar en la matrícula raíz del inmueble, se harán constar las particularidades del derecho de superficie con vocación registral –según se hace actualmente–, acompañadas de la identidad del fiduciario, el plazo del fideicomiso y las limitaciones de disposición si existieran. En el folio real anexo, se anotarán los demás datos relevantes que afecten la concurrencia de ambos derechos, como, por ejemplo, la parte material del inmueble afectada.