



# **XVIII Jornada Notarial Cordobesa**

## **Córdoba, 30, 31 de Julio y 1 de Agosto de 2015**

**Tema 2:**

**“El Nuevo Régimen del Usufructo y Derecho de Superficie en el Código Civil y Comercial de la Nación”.**

*Coordinador: Esc. Emery Omar Muñoz*

*Te 0351-4710552*

*Email: [escribaniamunoz@gmail.com](mailto:escribaniamunoz@gmail.com)*

## **INTRODUCCION**

Sin duda alguna, casi pensando en las justas ocasiones, estas jornadas cordobesas vienen a irrumpir en un momento histórico para la República Argentina y muy especialmente para los operadores del derecho, con la sanción de la ley 26.994 – Código Civil y Comercial de la Nación - y su sincrónica entrada en vigencia a la realización de las mismas, donde la función notarial, responsable y defensora de la seguridad jurídica y la paz social, se encuentra bajo un perfecto escenario a los fines de poder trabajar y proponer líneas de interpretación en tal sentido.

La dimensión de lo que se avecina, es casi indescriptible por sus proyecciones, pero sin duda algunas, nuestro abordaje sobre los temas propuestos, no debe descuidar su interpretación metódica, camino rector tendiente a ordenar y estructurar racional y sistemáticamente, el conjunto de normas existentes en un cuerpo normativo.

Dentro de este marco, y sin descuidar su ubicación sistémica, los **derechos reales de usufructo y superficie**, con sus nuevas caracterizaciones, abren sus puertas, al estudio e investigación, siendo las presentes pautas, un lineamiento u orientación en tal sentido a fin de que los trabajos y ponencias, encuentren un eje marco y variantes direccionadas a un debate productivo, tarea que intentaremos cumplir bajo el presente.

Por último y antes de ingresar al desarrollo de las mismas, recomendamos, seguir lineamientos metodológicos de investigación, desarrollando una clarificadora Introducción, definir claramente el planteo del problema, delimitar los objetivos generales y específicos, presentar un plan de trabajo, y sin duda alguna desembocaran en un exitoso y productivo estudio sobre lo abocado.-

## **PAUTAS DE TRABAJO**

### **LINEAMIENTOS GENERALES**

A fin de lograr un orden expositivo y teniendo en cuenta la particularidad de cada uno de los derechos que nos ocupa, su nueva caracterización y eventuales consecuencias, procederemos a desarrollarlos por separado para su mejor tratamiento.

Vale resaltar que las presentes pautas de trabajo, se apoyan sustancialmente bajo dos ejes centrales: 1) los aspectos novedosos o que han experimentado un cambio en el nuevo Código Civil y Comercial de la nación; y 2) dentro de ese marco, a los que tengan notoria importancia en la actividad notarial, ya que intentar abordar un estudio integral, nos mostrara un universo difícil de abordar, sin profundidad y menos provecho.

## **LINEAMIENTOS ESPECIFICOS**

### **1) USUFRUCTO**

#### **1.1 - Tratamiento normativo – aspectos analíticos.**

Dentro de la simplificación normativa que nos presenta el código Civil y Comercial, sobre el derecho que nos ocupa encontramos una reducción a 25 artículos, en relación a los 141 del Código Velezano.

Lo reseñado, lejos de indicar un pre concepto sobre el particular, obedece a la nueva sistematización que encontramos sobre los derechos reales, los que se estructuran bajo una parte general a todos y luego títulos específicos a cada uno de ellos, lo que evita una repetición de principios o conceptos y consecuente extensión normativa.

La nueva estructura indicada, torna indispensable al momento de abordar el estudio del tema elegido, analizar conjuntamente, a más de las normas específicas, todas aquellas referencias a los derechos reales en general.

Bajo los presentes lineamientos, ya sobre la norma predisuelta en los artículos 2129 y 2142, encontramos uno de los aspectos más novedosos del derecho, que sin duda alguna será motivo de innumerables consultas y nueva incumbencia, y nos referimos especialmente a la facultad del usufructuario de poder disponer jurídicamente de su derecho, y de constituir diferentes derechos reales, con las limitaciones expresadas en la misma. Esta nueva caracterización de notable relevancia, nos proporciona un inmejorable escenario de estudio, a fin de clarificar sus alcances y efectos. Entre tantos otros, los aspectos vinculados a si existen o no límites de transmisiones, como acreditar la vida del usufructuario ante posteriores transmisiones, o si

representan un condicionante dispensable o no, las garantías exigidas en primera constitución y en sucesivas, serán sin duda, puntos de interesante análisis.

En lo que respecta al objeto de los derechos reales en general - artículo 1883 – y en particular el artículo 2130, también se advierten puntos novedosos, que sin duda alguna nos presenten un panorama muy amplio como línea de estudio, donde resultará de gran atracción y utilidad, determinar cómo se instrumentaran las constituciones sobre un derecho, sobre una parte material, teniendo presente su expresión física y su determinación (especialidad) a los fines de su registración. En lo referente a la constitución vía testamentaria sobre todo o una parte indivisa de la herencia, advertimos otro punto de atención, donde la especialidad formara un aspecto insoslayable a los fines de su posterior inscripción.

En referencia a los elementos accidentales de los actos, el artículo 2136 – intentando conciliar posturas antagónicas de la doctrina hasta el momento – posibilita su constitución, sujeta a plazos o condiciones resolutorias, o cargos; expresando asimismo que no son válidas las constituciones bajo modalidad suspensiva salvo, vía testamentaria y que se cumplan antes del fallecimiento del testador. En el particular se advierte una posible superposición de elementos accidentales, muchas veces de difícil comprobación, aspecto que resulta de interesante análisis para determinar su validez como título y antecedente.

Otro de los aspectos novedosos para su estudio y análisis, es lo referente al inventario y determinación del estado del objeto del usufructo regulado en los artículos 2137 y 2138. Es de resaltar su ubicación bajo el capítulo 1 “Disposiciones generales”, y concebido como un derecho de las partes, situación que cambia claramente su perspectiva de análisis, ya que en el código velezano se encuentra bajo el título “de las obligaciones de usufructuario antes de entrar en el uso y goce de los bienes”.

Sobre el particular, resultará imperioso el estudio y análisis, de los efectos que acarreará sobre el derecho en sí, la ausencia de inventario, su confección posterior o dispensa. Asimismo será importante analizar en que casos – pese a la letra de la norma – será recomendable su instrumentación bajo la forma de escritura pública y a que tipo de escritura se refiere, debiendo analizarse frente a las diferentes hipótesis, el fin de la norma y el bien jurídico tutelado.

Otro de los puntos que merecerá su análisis, será determinar las posibles soluciones ante la negativa de alguna de las partes a realizar el inventario y si dicha

circunstancia encontraría solución en sede notarial o judicial; asimismo, indagar si resultara necesaria la concurrencia de ambas para su instrumentación bajo las diferentes hipótesis contempladas en la norma.

El tema entendemos refleja su trascendental importancia cuando se lo proyecta y vincula a las presunciones legales, derechos y deberes de las partes, sus responsabilidades y particularmente cuando se analiza y determina la obligación de saneamiento, situación que ameritara su estudio conexo.

Otro aspecto a analizar será los efectos y consecuencias de una incapacidad sobrevinida en alguna de las partes constituyentes.

Como se advierte los puntos de investigación son amplísimos y su abordaje dependerá de las diferentes inquietudes que cada uno vayan experimentando a lo largo del camino, siendo lo expresado tan solo algunos aspectos ejemplificativos.

## **2) SUPERFICIE.**

### **2.1 – Evolución del derecho.**

Sin pretender ingresar en los antecedentes del derecho, por ser ajeno a nuestro cometido, nos interesa referenciar su evolución para su mejor ubicación dentro del contexto.

En tal aspecto, recordando el artículo 2614 en la redacción original de Vélez, el mismo, bajo el “*Título 6 – Restricciones y límites al dominio*”, prohibida a los propietarios de bienes raíces constituir derecho de superficie entre otros, dando sus razones en las notas a los artículos 2502 “*...la multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es una fuente fecunda de complicaciones y de pleitos y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de las propiedades*”, y artículo 2503 “*No enumeramos el derecho del superficiario ni la enfiteusis, por que para este código no pueden tener lugar.*”

Bajo este primer antecedente, e interpretando posteriormente que “el derecho de superficie” podría ser de gran utilidad en el ámbito forestal, siguiendo lineamientos del derecho comparado, en el año 2001, se sanciona la ley 25.509 – vigente hasta el 31 de julio de 2015 - creando un nuevo derecho real que se sumaba a los ya existentes, designado como “derecho real de superficie forestal”.

Avanzando en esta línea, pero yendo más allá, el nuevo Código Civil y Comercial de la nación, regula en su libro 4, título 7, la figura del derecho real de Superficie, con singulares caracteres y enfoque, brindando un panorama de acción mucho más amplio, extendiendo el ámbito agrario a la construcción, caracterización que sin duda alguna significaran una gran herramienta jurídica para la expansión del mercado inmobiliario y como medio para el acceso a la vivienda.

## **2.2 – Tratamiento normativo – aspectos analíticos.**

Con su nueva caracterización, y dentro de la ubicación señalada, el derecho real de superficie, encuentra su regulación específica en los artículos 2114 al 2128 inclusive.

Dentro de su desarrollo sin duda alguna su primer artículo a más de darnos su concepto, nos marca su caracterización más novedosa, donde la constitución del derecho, limitado en el tiempo y sobre inmueble ajeno, otorga a su titular *“la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o **construir**, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo”*.-

Esta extensión del ámbito agrario a la construcción, sumado a sus modalidades, donde el superficiario podrá construir, plantar o forestar, como así mismo el derecho constituirse sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, sin duda, nos proporciona una inmejorable herramienta para la expansión del mercado inmobiliario, donde los notarios, tendremos innumerables consultas sobre su tratamiento y aplicación.

Del concepto dado por la norma, surgen importantes puntos de investigación a fin de determinar entre otros aspectos, como se circunscribe el objeto del derecho y si conforme a su nueva configuración son susceptibles de ser embargados y eventualmente ejecutados.

Sobre la misma línea y dependiendo la modalidad del derecho, será importante trabajar sobre qué elementos resultaran indispensables y suficientes a los fines de una correcta publicidad registral en pos de la seguridad y tráfico jurídico.

Otro de los aspectos novedosos que se advierten, se refiere al emplazamiento del derecho, el que según la norma puede constituirse entre otros *“sobre una parte*

*determinada de un inmueble, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo*”, artículo que sin duda nos proporciona un importante punto de análisis, sobre todos aquellos aspectos vinculados a su configuración, particularmente a la determinación de su especialidad, a los fines de su posible publicidad y oponibilidad a terceros.

Como bien se desprende del concepto, el derecho de superficie es temporario y la norma del artículo 2117, nos proporciona los plazos máximos a los cuales debe sujetarse. Conforme su legal configuración temporal, el mismo queda sujeto a las normas del dominio revocable en los términos del art. 1965 y siguientes, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por su regulación especial. Bajo esta línea y partiendo de los límites precitados, resultará de gran interés, analizar los límites a las facultades jurídicas y materiales del superficiario a fin de determinar que actos se encuentra legitimado a realizar y sobre cuales encontrara un escollo legal en tal sentido. Asimismo será de utilidad determinar si dichas facultades pueden ser limitadas en el título de constitución.

Analizando la legitimación para constituir el derecho, consideramos un interesante punto de estudio, la situación de los condóminos sobre su parte, cuestionando si la existencia de convenio de uso y goce en el título adquisitivo, repercute en la configuración del objeto, su expresión material y consecuente legitimación.

Consideramos que sobre la propiedad horizontal, tendrá gran aplicación el derecho en estudio, a fin de contemplar por ejemplo la instalación de antenas en las terrazas de los edificios, situaciones muy actuales, que nos obligaran a poner mayor atención a la hora de formalizar los reglamentos de copropiedad y administración.

Otro de los aspectos que merece su análisis será investigar si los titulares de otros derechos reales también sobre cosa propia estarían legitimados para tal constitución. ¿La adaptación exigida para los conjuntos inmobiliarios en el art. 2075 los legitimaría?.

Cuando la norma se refiere a la forma de adquisición, nos indica que el derecho puede constituirse por contrato oneroso o gratuito y puede ser transmitido por actos entre vivos o por causa de muerte. Esta última circunstancia, nos proporciona un importante campo de estudio donde se deberán analizar las particularidades de la copropiedad superficiaria y comunidad hereditaria y todo lo referente a la configuración de una partición extrajudicial solicitado en tal aspecto.

Uno de los artículos de gran impacto notarial es el 2120 que por su importancia se transcribe: *Facultades del superficiario. El titular del derecho de superficie está facultado para constituir derechos reales de garantía sobre el derecho de construir, plantar o forestar o sobre la propiedad superficiaria, limitados, en ambos casos, al plazo de duración del derecho de superficie.*

*El superficiario puede afectar la construcción al régimen de la propiedad horizontal, con separación del terreno perteneciente al propietario excepto pacto en contrario; puede transmitir y gravar como inmuebles independientes las viviendas, locales u otras unidades privativas, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad de consentimiento del propietario.*

En este punto advertimos la elasticidad de la norma en relación al objeto de los derechos reales, y en función de estas nuevas caracterizaciones, consideramos que será motivo de estudio la instrumentación de esos derechos y su especial determinación a los fines de posibilitar la constitución de derechos reales de garantía y su consecuente inscripción registral.

En lo relativo a la facultad del superficiario de afectar la construcción al régimen de propiedad horizontal y de transmitir o gravar como inmuebles independientes dichas unidades, siempre limitadas al tiempo de duración del derecho de superficie, encontramos un interesante punto de análisis en determinar bajo qué tipo de dominio quedarían aquellos unidades que se transmitan por cualquier causa al propietario del suelo, como también investigar si extinguido el derecho de superficie, queda extinguido el sometimiento a propiedad horizontal y si cambia su incidencia el hecho de que el sometimiento a propiedad horizontal se haya formalizado conjuntamente con el propietario del suelo. El estudio de todos estos aspectos y su correcta interpretación redundaran en un correcto y completo asesoramiento direccionado en el tiempo.

Por último, referenciamos a la extinción del derecho como otro de los grandes puntos de gran incidencia notarial, ya que nos encontramos frente a una diversidad normativa, que nos obligara a estudiar sistemáticamente los modos extintivos de los derechos reales en general junto a los modos extintivos en particular, como así mismo los efectos extintivos del dominio revocable junto a los efectos extintivos del derecho en particular, circunstancia que nos implicara un importante esfuerzo interpretativo para su correcta aplicación.



La ley marca claras diferencias y efectos si la extinción se produce por vencimiento del plazo convencional o legal o por otra causal antes del tiempo acordado. Es este punto será de importancia analizar cómo quedarán configuradas esas adquisiciones y extinciones en el Registro General de la Provincia y que aspectos serán relevantes al momento de su correcta publicidad.

Sobre el punto, consideramos de gran utilidad abocarnos a la búsqueda de herramienta jurídica que nos proporcione el ordenamiento jurídico a fin de evitar que todos los derechos constituidos por el superficiario se extingan al vencimiento del plazo legal o convencional, situación que nos implicara un esfuerzo interpretativo, a fin de su correcta configuración.

### **2.3 - Consideraciones finales**

Sin duda alguna, los temas abordados, merecen un profundo tratamiento e investigación por parte de todo el notariado argentino, a fin de logra como primer cometido, interpretar los derechos conforme su función social dada por la norma, y bajo este línea, lograr satisfacer las necesidades de la sociedad en procura de conquistar la seguridad jurídica y paz social que se nos ha encomendado.

En tal dirección, los invitamos a todos a participar activamente en las presentes jornadas, con presentación de trabajos y ponencias a fin de enriquecer el presente encuentro con sus valorables aportes.

### **BIBLIOGRAFÍA:**

ALTERINI, Jorge Horacio. Primeras consideraciones sobre los derechos reales en el Proyecto de Código. (En: La Ley. Bs. As. tomo 2012-E, pág.898).

ALTERINI, Jorge Horacio. Superficie forestal. (En: Revista del Notariado. Nro. 873, 2003, pág. 121. Colegio Escribanos Capital federal).

ANDORNO, Luís O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998. (En: Brebbia, Roberto H. Estudios sobre el Proyecto de Código Unificado de 1998. Bs. As., Zavalía, 2001. pág. 225).

ANDORNO, Luís O. Superficie forestal. (En: Jurisprudencia Argentina. Bs. As. tomo 2003-III, pág. 1147).

ARMELLA, Cristina N. Y Otros. Usufructo y donaciones como negocios jurídicos familiares. Ediciones Centro Norte, 1990.

BELLUSCIO, Augusto C. Código Civil y leyes complementarias... Bs. As., Astrea, 1985.

BOUJON, Abel Julio. El nuevo derecho real de superficie forestal como generador de empleo y desarrollo económico: conciencia forestal. (En: Revista del Notariado. Nro. 867, 2002, pág. 285. Colegio Escribanos Capital Federal).

BUERES, Alberto J. Código Civil y Comercial de la Nación...Bs. As. Hammurabi, 2014.

BUERES, Alberto J. y HIGHTON, Elena I. Código Civil y normas complementarias... Bs. As. , Hammurabi, 1995.

CALEGARI DE GROSSO, Lidia E. El derecho real de superficie forestal... (En: Jurisprudencia Argentina. Bs. As. tomo 2003- III, 1178).

CAUSSE, Jorge R. Derecho real de superficie forestal. El art. 2614 del Código Civil... (En: Seminario de Técnica Notarial Laureano Moreira. Bs. As., nov. 2002, pág. 29).

CIFUENTES, Santos. Código Civil comentado y anotado... Bs. As., La ley, 2003.

D´ALESSIO, Carlos M. Teoría y técnica de los contratos, instrumentos públicos y privado. Bs. As., La Ley, 2007. tomo 2.

EWSPINOZA, María C. y Otros. El derecho real de superficie y la superficie forestal. (En: Jurisprudencia Argentina. Bs. As. tomo 2003-III, pág. 1161).

FRANCHINI, María F. Aportes sobre los derechos reales en el Proyecto de Código. (En: La Ley. Bs. As. tomo2013-D, pág. 897).

GATTARI, Carlos N. Práctica notarial... Bs. As., Depalma, 1988. tomo 5 pág. 126 y tomo 11, pág. 202.

GURFINKEL DE WENDY, Lilian N. Estado actual del debate acerca de la regulación del derecho real de superficie. (En: Jurisprudencia Argentina. Bs. As. tomo 2001-I, pág. 973).

HIGHTON DE NOLASCO, Elena I. Reforma al Código Civil y Comercial: principios y disposiciones generales en materia de derechos reales. (En: Revista de Derecho Privado y Comunitario. Sta. Fe, Rubinzal Culzoni. Tomo 2012, n° 2, pág. 575).

HUMPHREYS, Ethel. Algunas vicisitudes del derecho real de usufructo. (En: La Ley. Bs. As. La Ley tomo 2003-D, 202. AR/DOC/1249/2004.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída y PUERTA DE CHOCÓN, Alicia. Derecho real de superficie... Bs. As., Astrea, 1989.

KIPER, Claudio M. El Proyecto de Código y el derecho real de usufructo. (En: La Ley. Bs. As. tomo 2013-B, pág. 1101).

LAFAILLE, Héctor y ALTERINI, Jorge H. Derecho civil. Tratado de los derechos reales. 2 ed. Actualizada. Bs. As., La Ley, 2010.

LAMBER, Rubén A. La constitución del usufructo y su relación causal. (En: Seminario de Técnica Notarial Laureano Moreira. Bs. As. nov. 1998, pág. 6).

LAQUIS, Manuel A. Derechos reales... Bs. As., Depalma, 1975.

LINARES DE URRUTIGOITY, Martha y PUJOL DE ZIZZIAS, Irene. Objeto del derecho real de superficie: con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la ley 25.509. (En: Revista del Notariado. Nro 867, 2002, pág. 41. Colegio Escribanos Capital Federal).

LOPEZ DE ZAVALÍA, Fernando J. Derechos reales. Bs. As., Zavalía, 1989.

LORENZETTI, Ricardo L. Código Civil y Comercial de la Nación... Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2014.

LLAMBIAS, Jorge J. Código Civil anotado... Bs. As., Abeledo Perrot, 1978.

MARIANI DE VIDAL, Marina. Curso de derechos reales. Bs. As., Zavalía, 1993. Tomo 3.

MASRI, Victoria S. Y RAGGI, María E. Usufructo de acciones y cuotas: derechos políticos del socio. (En: Revista del Notariado. Nro. 912, 2013, pág. 89-. Colegio Escribanos Capital Federal).

MAZZEI, Juana B. Derecho real de superficie forestal: consideraciones sobre la publicidad registral. (En: Revista del Notariado. Nro. 885, 2006, pág. 57. Colegio de Escribanos Capital Federal).

MUSTO, Néstor J. Derechos reales. Bs. As., Astrea, 2000. tomo 2.

ORELLE, José M. Dinámica del proyectado derecho real de superficie de construir y forestar. (En: Seminario de Técnica Notarial Laureano Moreira. Bs. As., nov. 1999, tomo 1, pág. 90).

PAPAÑO, Ricardo y Otros. Derecho civil. Derechos reales. 2 ed. Bs. As., Astrea, 2004.

PEÑA GUZMÁN, Luis A. Derecho civil. Derechos reales. Bs. As., TEA, 1975.

PEPE, Marcelo A. Transferencia del usufructo. (En: La Ley. Tomo 2013-E, pág. 785).

PUJOL DE ZIZZIAS, Irene y LINARES DE URRUTIGOITY, Martha. Consideraciones en torno al derecho real de superficie : (conforme al proyecto de Código Civil de la República Argentina unificado con el Código de Comercio). (En: Revista del Notariado. Nro. 864, 2001, pág.71. Colegio Escribanos Capital Federal).

RIVERA, Julio C. Código Civil comentado... Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2004.

RIVERA, Julio C. y MEDINA, Graciela. Código Civil y Comercial de la Nación... Bs. As., La Ley, 2014.

RODRÍGUEZ ACQUARONE, Pilar y ACQUARONE, María T. Usufructo de acciones y cuotas societarias. (EN. Seminario de Técnica Notarial Laureano Moreira. Bs. As., nov. 2013, pág. 29).

SMAYEVSKY, Miriam y Otros. Derechos reales: objeto de los derechos reales. (En: Revista del Notariado. Nro. 865, 2001, pág. 119. AR/DOC/6360/2011).

TAIANA DE BRANDI, Nelly Alicia y BRANDI TAIANA, Maritel Mariela. Derecho de superficie forestal. (En: Revista del Notariado. Nro. 868, 2002, pág. 17. Colegio Escribanos Capital Federal).

URBANEJA, Marcelo Eduardo. Extinción de usufructo por no uso. (En: Revista del Notariado. Nro. 901, 2010, pág. 276. Colegio Escribanos Capital Federal).

VENTURA, Gabriel B. Ley 17.801. Registro de la Propiedad Inmueble... Bs. As., Hammurabi, 2009.