



FACULTAD
DE CIENCIAS
ECONÓMICAS



Universidad
Nacional
de Córdoba

REPOSITORIO DIGITAL UNIVERSITARIO (RDU-UNC)

**El derecho argentino y el derecho real de superficie
(evolución). La inclusión del derecho de real enfiteusis**

Ronald Alfredo Marmissolle Guarisco

Artículo publicado en Revista de Derecho Romano

Número 2, 2020 – e-ISSN 2618-5148



Esta obra está bajo una [Licencia Creative Commons Atribución – No Comercial – Sin Obra Derivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/)

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS¹

ARGENTINE LAW AND SURFACE RIGHT (EVOLUTION) THE INCLUSIÓN OF THE RIGHT OF REAL ENFITEUSIS

Por *Ronald Alfredo Marmissolle Guarisco*^(*)

Resumen: Con el presente trabajo, se propone, de lege ferenda, la limitación del derecho real de superficie a las construcciones. A fin de canalizar los supuestos de plantaciones y forestación, se propone su inclusión dentro del derecho real de enfiteusis, admitiendo el mismo en el derecho positivo vigente.

Palabras Claves: Derecho de Superficie – Derechos Reales – Derecho Civil

Abstract: With the present work, it is proposed, lege ferenda, the limitation of the real right of surface to the constructions. In order to channel the assumptions of plantations and afforestation, it's inclusion within the real right of emphytheusis is proposed, admitting the same in the current positive law.

Keywords: Surface Right - Real Rights - Civil Law



Artículo publicado bajo Licencia Creative Commons Atribución-No Comercial-Sin Derivar.
© Universidad Católica de Córdoba

[https://doi.org/10.22529/rdr.2020\(2\)05](https://doi.org/10.22529/rdr.2020(2)05)

¹ Artículo recibido el 30 de Julio de 2020 y aprobado para su publicación el 20 de Agosto de 2020.

^(*)Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Civil en la Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Asistente por Concurso en Derecho Privado V (Derechos Reales) en la Universidad Nacional de Córdoba. Profesor Titular Interino de Derecho Civil IV (Derechos Reales) en la Universidad Católica de Córdoba. Mail: marmissolle@hotmail.com

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

I. INTRODUCCIÓN

Originalmente, existían dos derechos análogos: La enfiteusis y la superficie:

El derecho de enfiteusis encuentra sus orígenes en “*ager vectigales*”, que eran aquellos fundos que dependían de “*ager publicus*”, cuyo uso era concedido a particulares sobre fundos provinciales mediante el pago de una renta cierta. En Siglo II (era cristiana) se dio ese nombre a los fundos de tierra arrendados a perpetuidad por los Municipio, Colegios Sacerdotales y otras Corporaciones

Vectigal: era el nombre de la renta a pagar y el colono no podía ser expulsado, tenía acción posesoria y real por analogía (*actio utilis in rem o actio vectigalis*)

El emperador Zenon decidió que tenía naturaleza particular (ni contrato ni propiedad)

Luego los emperadores concedieron a los particulares sobre sus bienes de dominio privado y se lo denominó *agriemphyteutecari* por oposición al *agrivectigalis*².

1. Enfiteusis:

Derecho real en virtud del cual se puede cultivar el fundo de otro y gozar de él de la manera más extensa, con la condición de pagar una determinada renta al propietario. Tiene su origen en la palabra griega que significa propiamente plantación³ o acción de plantar y mejorar la tierra.

2. Superficie:

Es todo lo que se eleva sobre el suelo, adhiriéndose, especialmente a las construcciones y plantaciones⁴, por los principios generales ello pertenece al propietario, pero si trata de

²Conforme: Peña Guzmán, Luis Alberto en “Curso de Derecho Privado Romano”, p. 212 y 213, San Miguel de Tucumán, 1952.

³De acuerdo a lo relatado Arguello, Luis Rodolfo en “Manual de Derecho Romano”, 2da. Edición corregida – 3ra. Reimpresión, Editorial Astrea, Buenos Aires. 1987, p. 234.

⁴De acuerdo a la opinión de Andorno Luis O, aproximadamente en el Siglo IX se llegó a admitir lo que seguramente no admitieron los juristas romanos, esto es, el derecho de superficie arbórea. Autor citado en “El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998”, publicado en JA el 10-05-2000, p. 229.

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

edificios, el derecho pretoriano admite que pueda concederse el uso como derecho real, con tal que la concesión se haga a perpetuidad o, por lo menos, por un tiempo muy largo.

De allí que propietario del fundo es en verdad propietario de la superficie, pero el concesionario tiene un derecho sobre el edificio concedido, un derecho tan extenso como el enfiteuta sobre los terrenos laborables que le ha sido arrendados.

Este derecho puede ser concedido a título oneroso (pago de una sola vez llamado *emptio* o renta anual llamada *pensio* o *solarium*) o a título gratuito⁵.

II. LA LEGISLACIÓN ARGENTINA SOBRE ENFITEUSIS Y SUPERFICIE:

1. Anterior al Código Civil:

En la legislación anterior al C.C. (La enfiteusis ha existido en nuestro país, cuando en él imperaba la antigua legislación española, regulándolo de manera análoga al derecho romano⁶)

La ley del 18 de mayo de 1926 en la Presidencia de Rivadavia, se ordenó que las tierras de propiedad pública se diesen en enfiteusis, todo lo cual termino fracasando. (Vélez Sarsfield refiere incidentalmente a tal cuestión cuando expresaba que: “... *entre nosotros ha existido*, y la experiencia ha demostrado que las tierras enfitéuticas no se cultivan ni se mejoran con edificios⁷).

2. Vélez Sarsfield y los derechos referidos:

Al redactar el Código Civil, Vélez Sarsfield manifestaba que: “...*el Derecho romano no reconoce al lado de la propiedad, sino un pequeño número de derechos reales, especialmente determinados, y era por lo tanto privada la creación arbitraria de nuevos*

⁵ Según Peña Guzmán, Luis A, en obra citada, p. 217.

⁶ Según la opinión de Salvat Raymundo M. en “Tratado de Derecho Civil Argentino - Derechos Reales”, Tomo II. Librería y Casa Editora de Jesús Méndez, Buenos Aires. 1932. Número 2005, p. 261.

⁷ Nota al art. 2503 del C.C. noveno párrafo.

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

derechos reales. Mas desde la Edad Media las leyes de casi todos los estados de Europa crearon derechos reales por el arrendamiento perpetuo o por el contrato de cultura perpetua, y por mil otros medios...”⁸. Continuaba exponiendo en otra parte de su obra que: “...*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 los terrenos...*” y además agregaba, “...Suprimimos también el derecho enfiteutico, o lo que en España se llamaba censo enfiteutico...”⁹. Seguidamente aseveraba que: “...*No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este código no pueden tener lugar...*”¹⁰

La supresión de tales derechos ha sido una razón de orden práctico y económico, dado sus expresiones que manifestaban que: “... *suprimiendo la enfiteusis, evitamos los continuos y difíciles pleitos que necesariamente trae, cuando es preciso dividir por nuestras leyes de sucesión el derecho enfiteutico y el derecho del señor directo. El contrato de arrendamiento será entre los propietarios y los cultivadores o criadores de ganado, un intermediario suficiente...*”¹¹.

Tal como se pudo apreciar las críticas fueron demoledoras, por parte del Gran Codificador, para la regulación del derecho real enfiteusis y del derecho real de superficie en aquella época.

No obstante, las condiciones de ese contexto histórico, cultural y principalmente, económico, no son las mismas que en la época actual que los acontecidas en el Siglo XIX, pues entre los argumentos que se expusieron en la sanción de la Ley 25.509¹², en el Senado

⁸ Nota al art. 2502, segundo párrafo.

⁹ Nota al art. 2503, quinto párrafo.

¹⁰ Nota al art. 2503, primer párrafo.

¹¹ Nota al art. 2503, noveno párrafo

¹² La que consagrara la creación del derecho real de Superficie Forestal, pero superficie al fin.

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

de la Nación¹³ se manifestó que el negocio de los productos forestales superaba al mercado de cereales y de oleaginosas juntos y, como si eso fuera poco, el negocio iba in crescendo¹⁴.

Se apuntó también que por la Ley 25.080¹⁵, se daban beneficios a los productores¹⁶ sobre todo, numerosos subsidios los que tardaban veinte meses en llegar a los mismos, con el agravante que las entidades bancarias exigían una *hipoteca sobre el dominio del terreno*. Por ende, si se aprobaba el nuevo derecho real, *la garantía podría recaer sobre la parte forestada¹⁷ y no sobre todo el terreno¹⁸*, abaratando de esa manera los costos, por ello se argumentaba que: “... el tema en tratamiento versaba sobre un sector económico importantísimo...”¹⁹;

3. La Ley 25.509:

Admite la figura (bajo el nombre de superficie forestal), modificando del art. 2614, pero la limita a la actividad forestal y correlacionando su funcionamiento con la ley 25.080 sobre Bosques Cultivados. Lo hace admitiéndola en ambas modalidades.

Critica:

Fue criticado por referir solo actividad forestal. Según Marina Mariani de Vidal, el nuevo derecho real que ingresaba a la constelación de los derechos reales autorizados, no podría *ser constituido sino el marco de las previsiones de la Ley de Inversiones para bosques Cultivados y sobre inmuebles susceptibles de forestación o silvicultura, cabiendo además*

¹³ Según versión taquigráfica de la Cámara de Senadores de la Nación. 71° Reunión – 23° Sesión ordinaria – 14 de noviembre de 2001 del señor vicepresidente del H. Senado, doctor Eduardo Menen, Secretarios: señor Juan Carlos Oyarzum, señor José D. Canata y señor Miguel J. Mamy. Prosecretarios: señor Juan J. Canais, doctor Miguel Augusto Fernández y señor Rodolfo Barnardini.

¹⁴ Textual de la versión taquigráfica.

¹⁵ Ley de Bosques Cultivados.

¹⁶ Los que se estimaban en entre diez y doce mil productores.

¹⁷ Es de tener presente que de los bosques de eucalipto se extrae la pasta base para fabricar papel –celulosa- la que según el Diccionario de la Rea Academia Española, en su primera acepción expresa: “Polisacárido que forma la pared de las células vegetales. Es el componente fundamental del papel”.

¹⁸ Todo lo que puede verse reflejado en la parte final del art. 1 de la citada Ley 25.509 al expresar: “...pudiendo gravarla con derecho real de garantía...”

¹⁹ En el año 2001, sostenía el Senador Emilio Marcelo Cantarero (Senador por Salta), la balanza comercial había tenido un déficit de 819 millones de pesos.

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

observar las prescripciones de Ley de Defensa Forestal 13.273²⁰, conformándose la denominada concepción restrictiva²¹. No obstante, existía otra posición doctrinaria, sostenida por Jorge H. Alterini, quien afirmaba que no solo era aplicable a los bosques, sino a cualquier plantación aunque no fuese actividad forestal²². El destacado jurista trataba de persuadir de que era razonable sostener una comprensión amplia del ámbito de la ley, y en ese sentido que el nuevo derecho real pueda aplicarse a las plantas en general. Basaba su postura, en que el vocablo “forestal” apunta, según se acepción gramatical captada por la Real Academia Española, a lo relativo a los bosques y, en tanto que el término “bosque” alude al sitio poblado de árboles y matas. Los “árboles”, son plantas de cierto porte, pero las “matas” refieren a cualquier planta de poca alzada o tamaño, así una mata de tomates o de claveles (según ejemplo brindado por la Real Academia Española). Desde otro costado, también puede arribarse a la misma conclusión, es decir abarcar toda especie de “planta” (independientemente de su porte o tamaño), al analizar la palabra “silvicultura”, pues ella importa el cultivo de bosques o montes, entendiéndose por este último a la tierra inculta cubierta de árboles, arbustos o matas, de allí que exprese Alterini, *que la palabra silvicultura nos lleve a la comprensión de diversas plantas*.²³

Otra crítica, fue la realizada por el Profesor Gabriel B Ventura²⁴ en ponencia del XIX Jornadas Nacionales de D. Civil.²⁵, en el año 2003, quien sostenía que el derecho real nacido con motivo de la ley que estamos analizando, no constituía en rigor de verdad un derecho de “superficie”, sino un derecho realidad “enfiteusis”, ya que si se utilizarán las expresiones técnicas del derecho romano, aquel consistía en la cesión del derecho a edificar, mientras que este radicaba fundamentalmente en conceder *el derecho a sembrar o plantar*, lo que es

²⁰ Conforme MARIANI de VIDAL, Marina en “Derechos Reales”, 7ma edición, editorial Zavalia, Buenos Aires. 2004, tomo III, pag. 120.

²¹ Según MARIANI de VIDAL, Marina obra citada, tomo III, p. 120.

²² Alterini, Jorge H. en “Superficie Forestal”, en Revista del Notariado, Año CVI, nro. 87, Buenos Aires. 2003, p. 125, 126 y 127.

²³ ALTERINI, Jorge H. “Superficie Forestal”, en Revista del Notariado Nro. 873, Año CVI. Buenos Aires. 2003, p. 121 a 126.

²⁴ Profesor Titular de Derecho Privado V en la U.N.C. y Derecho Notarial en la U.C.C.

²⁵ VENTURA Gabriel, en “Ponencia en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil (2003) sobre “Derecho Real de Superficie Forestal”.

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

motivo la ley en cuestión. Agregaba también, que en esta variante (forestar) poco podía interesarle al legislador y al propietario las facultades que el propietario mantenía sobre el subsuelo, lo que es característico en el derecho de superficie, porque en la forestación el subsuelo excepcionalmente podría ser explotado²⁶, persiguiéndose fundamentalmente, con la figura en el ámbito en forestal, la seguridad del retorno a la propiedad plena.

4. El Código Civil y Comercial de la Nación:

Regula la superficie en el Título VII del Libro IV, en los CCN 2114 al 2128.

Admite también: a) Plantaciones, b) Forestación y, c) Construcciones (en ambas modalidades)

5. La legislación comparada:

En Alemania, Suiza e Italia, se aplica en la modalidad más pura, esto es solo a construcciones.

Otros países como Francia, España, Portugal, Japón, y Holanda incluye las plantaciones²⁷.

Otros casos como en Bolivia, diferencia el derecho del “derecho de edificar” de la propiedad superficiaria, regulando separadamente²⁸.

6. Sugerencias

²⁶ Es que en la forestación, entiende el suscripto y corre por su cuenta, no solo debe mirarse lo que aparezca sobre el suelo en cuanto a su extensión (copa del árbol), sino también lo que está debajo del suelo (raíces) que también tiene una extensión considerable, lo que torna inutilizable para el propietario no solo el suelo y espacio aéreo, sino también el subsuelo.

²⁷ Conforme: Alterini, Jorge H. en trabajo citado, p. 122.

²⁸ Así lo hace saber Andorno Luis O al expresar: “... pensamos así que ante una eventual reforma de nuestro Código Civil resultaría conveniente incorporar dos institutos en esta materia en forma similar a los dispuesto en los arts. 201, 203 y 209 del Código Civil de Bolivia de 1976; debería regularse una suerte de “concesión ad edificandi” o “derecho de construir”, en cuanto verdadero real inmobiliario, en cuya virtud el propietario de un terreno pueda conceder a una persona el derecho de construir sobre suelo adquiriendo así el concesionario la propiedad de la construcción. Dicho acto de concesión podrá efectuarse en testamento o contrato oneroso o gratuito celebrado en forma escrita. Luego debería disciplinarse el derecho real de superficie tanto sobre el sobresuelo como respecto del subsuelo, con los caracteres que hemos visto en los puntos precedentes...”. Autor citado en “El Derecho de Superficie” en JA 1885-III, p. 659.

EL DERECHO ARGENTINO Y EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE (EVOLUCIÓN). LA INCLUSIÓN DEL DERECHO DE REAL ENFITEUSIS

Mantener el derecho de superficie, pero solo limitado a las construcciones (en ambas modalidades)

Todo lo referente a las plantaciones o forestaciones deberían canalizar por el derecho real de Enfiteusis.