



Universidad Abierta Interamericana
Facultad de Derecho y Ciencias Políticas
Sede Regional Rosario
Carrera Abogacía

“Derecho Real de Superficie Eólica”

2012

Tutora: Dra. María Alejandra Pasquet

Alumna: María Evangelina Leale

Título al que se aspira: Abogada

Fecha de presentación: Agosto de 2012

1- Resumen.

El Tema elegido para este trabajo final es el Derecho Real de Superficie Eólica, que no es más que el derecho real de superficie pero aplicado específicamente a la construcción y explotación de emprendimientos eólicos, que producen energía eléctrica a partir de un recurso renovable.

Nuestro derecho positivo vigente, no recepta el derecho real de Superficie, solo se admite una especie de ella, la superficie forestal, regulada por la Ley 25.509, y además instituye los principios de número cerrado y tipicidad como rectores del sistema de derechos reales.

Al adoptar nuestro régimen de derechos reales el principio de *Numerus Clausus*, los particulares sólo pueden regular sus intereses por medio del catálogo de derechos reales admitidos por el legislador.

Por el principio de tipicidad, se establece que las normas que configuran el estatuto regulador de los distintos derechos reales admitidos sean, sustancialmente, de orden público, por lo que los particulares no pueden apartarse de ellas al regular sus intereses, salvo que la misma norma admita un pacto en contrario.

De allí se sigue la necesidad de que el legislador de vida y regule expresamente el derecho real específico, objeto de estudio de éste trabajo.

Introduciéndonos ya en la estructura del presente trabajo, explicamos que en el primer capítulo abordamos la noción de energía sostenible, dentro de la cual puede encuadrarse a la energía eléctrica generada a partir de fuentes renovables, entre ellas la eólica, sus beneficios y su articulación con la noción de desarrollo sostenible.

Éste principio tiene raigambre constitucional, por su implementación expresa en el artículo 41 de la Constitución Nacional, luego de la Reforma de la Carta Magna operada en el año 1.994. Luego haremos un somero análisis de dos leyes que son

corolarios del principio de desarrollo sostenible, ambas relativas al fomento de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables. Lo más interesante de una de ellas es que establece la necesidad de modificar la matriz energética nacional, estableciendo como objetivo lograr una contribución de las fuentes de energía renovables hasta alcanzar el ocho por ciento (8%) del consumo de energía eléctrica nacional, en el plazo de diez (10) años a partir de la puesta en vigencia de la misma. Destacamos que finalidad de la creación del derecho real de superficie eólica que proponemos consiste en fomentar la iniciativa privada en la producción de energía eléctrica de fuente renovable.

En el segundo capítulo, analizaremos el actual régimen de derechos reales vigente en Argentina; y como éste influye en la decisión de admitir y regular el derecho real de superficie eólica en nuestro ordenamiento. Veremos, también, como los principios que lo inspiran constituyen un límite a su implementación actual por los particulares, dado que no se encuentra admitido y, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio del número cerrado.

Luego de observar su articulación con los principios que rigen el estatuto de los derechos reales, a fin de contextualizarlo, nos abocaremos al estudio de la superficie en particular, especialmente la necesidad de definirla claramente (dado el principio de tipicidad), mencionaremos las modalidades que puede asumir y estableceremos su naturaleza jurídica. Cuestiones éstas, que merecen especial atención y revisten suma importancia dado el carácter estatutario de las normas que regulan la materia, en donde la amplitud de la autonomía de la voluntad no encuentra un gran espacio para su desarrollo.

Por último, explicaremos las ventajas de orden económico, social y jurídico que la superficie trae aparejadas, absolutamente compatibles con la función social que la propiedad esta llamada a cumplir en nuestros días.

En el tercer capítulo, nos abocaremos al somero examen de distintos cuerpos normativos que han admitido el derecho real de superficie.

A tal efecto, emprenderemos la tarea de analizar la regulación de la superficie en el Proyecto de Código Civil del año 1.998. También nos abocaremos al estudio de la Ley 25.509 de Superficie Forestal, que regula la única forma admitida del derecho real de superficie, en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad.

Y por último, analizaremos el Proyecto de Ley de Superficie Eólica presentado en las Comisiones de Energía y Combustibles y de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación por la Diputada Alicia Comelli, del Frente Popular Neuquino. Debemos poner de manifiesto, en este punto, que éste proyecto de ley, que fue el que despertó nuestra inquietud y motivó el tema en análisis en el presente trabajo final, tiene fecha de ingreso a Comisión en el mes de marzo del año 2.010 y hasta la actualidad no ha sido tratado en la Cámara de Diputados.

Todo ello, con la finalidad de proponer los lineamientos generales que deberían recogerse, a nuestro criterio, en la regulación del derecho real de superficie eólica, cuya creación proponemos.

Finalmente en el cuarto y último capítulo brindaremos las conclusiones personales y propuestas necesarias para responder a la hipótesis planteada en nuestro trabajo.

2. Estado de la Cuestión:

El origen histórico del derecho de superficie se encuentra en Roma. Su germen se localiza en las concesiones *ad aedificandum* del suelo público romano. A pesar de que en Roma regía plenamente el principio de accesión, en épocas de la República surgió la necesidad de crear una nueva figura que permitiera explotar la tierra y construir o edificar la superficie de los diferentes fundos públicos existentes en la época.

Pero su afirmación como derecho autónomo, distinto de la propiedad, encontró su fundamento, en la posibilidad, delineada en el derecho medieval, de la división de la

propiedad inmobiliaria, además de por planos verticales, también por planos horizontales, derogando el principio de la accesión.

En efecto, durante la Edad Media se produjo un abuso en las desmembraciones del dominio; por lo que en el siglo diecinueve hubo un movimiento manifiestamente contrario a la propiedad desmembrada, y por tanto, hostil a incorporar al derecho real de superficie en las legislaciones.

La política de los Códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, implicaba que eran por regla, contrarios a la propiedad dividida. De este modo, el derecho de superficie no fue admitido, puesto que lo consideraban como una de las formas de sofocación de la propiedad inmobiliaria.

En Argentina, el redactor del Código Civil, Dalmacio Vélez Sarsfield, no escapó a esta tendencia. Adoptó una política restrictiva respecto al número de derechos reales, dentro de los cuales no incluyó al derecho real de superficie, pero además lo prohibió expresamente en el artículo 2.614, para que no existieran dudas relativas a tal proscripción. Luego, la doctrina especializada, principalmente a partir de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 1.985, propició su inclusión en el listado de derechos reales admitidos en Argentina.

Tal sentir fue repetidamente recogido en los Proyectos de 1.987, 1.993 y luego en el de 1.998, donde el derecho real de superficie es adoptado, aunque con algunas variantes respecto al régimen aplicable al mismo.

Por fin, el derecho real de superficie fue sancionado por ley 25.509, del 14 de noviembre de 2001 promulgada el 11 de diciembre de 2001. Constituye una particularidad del ordenamiento actual argentino el haberla regulado sólo como superficie forestal.

En la actualidad, al revés de lo que sucedía en la época de la sanción del Código en donde el derecho de superficie se veía como una forma de disminuir el valor de los

bienes inmuebles, se ve a la superficie como una alternativa para disminuir los costos de las construcciones, ante los altos precios del suelo. Además, también implica ventajas para el dueño puesto que recuperará el dominio pleno sobre su suelo, tal vez enriquecido con importantes obras que aumentarán su valor en el mercado inmobiliario. Por ello se trata de una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez más mayor importancia.

Al presente el derecho real de superficie es admitido en España, Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Suiza, Japón, Bolivia, Perú y el nuevo Código Civil de Brasil vigente desde el año 2.003, entre otros; aunque en cada legislación ha adoptado distintas modalidades

Por último, en el año 2.010 la Diputada por el Frente Popular Neuquino, Alicia Comelli, presentó en la Comisión de Energía y Combustibles de la Cámara de Diputados de la Nación un Proyecto de ley que establece la creación del derecho real de Superficie Eólica. Este espera todavía ser tratado en Comisión.

3. Marco Teórico.

Sobre el Derecho Real de Superficie, del cual el tema tratado en este trabajo no es más que una especie, existen tanto en la legislación como en la doctrina especializada en materia de derechos reales, opiniones contrapuestas en cuanto a su naturaleza jurídica.

Estas contradicciones en cuanto a su naturaleza jurídica tienen cabal importancia, dado que influyen en el momento de regularla legalmente.

Dijimos, entonces, que existen en doctrina dos posiciones contrapuestas. Una corriente, que podríamos denominar posición unitaria, que entiende que el derecho real de superficie debe ser concebido unitariamente, es decir, ven a la superficie como un

derecho real sobre cosa ajena, que funciona como una derogación transitoria del principio de accesión.

La otra corriente, ve en el derecho de superficie dos manifestaciones diferentes del mismo. La primer modalidad aparece como el derecho real que posibilita construir o plantar en suelo ajeno con la finalidad de adquirir automáticamente la propiedad de lo construido o plantado, independientemente de la propiedad del suelo.¹ En esta modalidad el derecho de superficie presenta dos momentos distintos. En primera instancia, es decir, durante la construcción o plantación que realizará el superficiario, se trata de un derecho real sobre cosa ajena (el suelo asiento de la construcción o plantación). En un segundo momento, luego de realizada la construcción o plantación, el derecho real de superficie se convierte automáticamente en derecho real sobre cosa propia, que vendría a ser lo construido o plantado y es lo que se denomina propiedad superficiaria.²

La segunda modalidad del derecho de superficie, nace cuando se adquiere directamente lo construido o lo plantado anteriormente, con independencia de la propiedad del suelo, éste se constituye sobre una construcción o plantación que ya existe en un inmueble. Por lo tanto se produce un desdoblamiento, puesto que la propiedad del suelo corresponde al constituyente y la propiedad de lo construido o plantado pasa a ser propiedad del superficiario por un período de tiempo. En este caso, la superficie nace directamente como derecho real sobre cosa propia y se denomina, como antes dijimos, propiedad superficiaria.

Los autores que reconocen estas dos modalidades, por lo general, le aplican a cada una de ellas un régimen jurídico distinto. Al derecho real sobre cosa propia, lo regulan como un dominio revocable. Al ius aedificandi, como un derecho real sobre cosa ajena.

Como vemos, la adopción de una postura u otra tiene fundamental importancia. Cabe mencionar que el Proyecto de Código Civil de 1.998 admitió la superficie y la

¹ Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F, 1415

² Ibidem.

reguló diferenciando sus dos modalidades, aplicándole a cada una de ellas un régimen jurídico distinto. Por último, adelantamos que nosotros adherimos a esta concepción dual del derecho real de superficie, y abordamos este trabajo desde su óptica.

4. Introducción.

El tema elegido, el derecho real de superficie eólica, pertenece a la rama del Derecho Privado, más específicamente al área de los Derechos Reales.

No obstante ello, también se relaciona con el Derecho Público, más específicamente con el derecho ambiental, dado que la finalidad específica para la que lo preponemos, que es la construcción de emprendimientos eólicos, a fin de obtener energía eléctrica de fuente renovable, necesariamente se relaciona con la idea de desarrollo sustentable.

Frente al tema planteado surgieron múltiples interrogantes, que fueron la causa generadora del problema de investigación. Los mismos nos llevaron a plantear como problema a investigar: que es necesaria la participación del sector privado, en la actividad de producción de energía eléctrica a partir de la fuente eólica; y que para ello es necesaria la existencia de figuras legales que otorguen seguridad jurídica y permitan disminuir el costo de las inversiones.

A modo de hipótesis, demostraremos que el derecho real de superficie se plantea como una alternativa adecuada para generar energía renovable, no contaminante y sustentable.

El objetivo general de este trabajo final es determinar que la incorporación del derecho real de Superficie Eólica al sistema de derechos reales vigentes en nuestro país responderá adecuadamente a la necesidad de participación de los particulares en la producción de energía eléctrica a partir del recurso eólico.

También planteamos como objetivos demostrar la utilidad económica y social que el derecho real de superficie reporta, especialmente respecto de emprendimientos de

carácter productivo porque permite disminuir el costo de la inversión y porque el titular del emprendimiento obtendrá mayor seguridad jurídica: la superficie otorga protección real con las ventajas del ius perseguendi y el ius preferendi.

Con la finalidad de profundizar el estudio del derecho real de superficie, nos planteamos el objetivo de analizar los lineamientos del sistema de los derechos reales establecido en el Código Civil Argentino. Esto nos permitirá entender su funcionamiento, para observar luego cual es la situación del derecho real específico en estudio, dentro del mismo y como debe llevarse a cabo su creación.

También nos trazamos como objetivo comparar los distintos cuerpos normativos que incluyen el derecho real de superficie, a fin proponer los lineamientos adecuados para su regulación.

Finalmente y en cuanto a la motivación que tuvimos al proponer este tema para la realización de este trabajo final, fue la de pensar que en la actualidad la cuestión de la utilización de las energías renovables, para producir energía eléctrica, si bien esta en continuo avance y progreso, no está debidamente fomentada como actividad productiva de los particulares, no obstante ser sostenible desde el punto de vista económico, social y ambiental.

CAPÍTULO I

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA DE FUENTE RENOVABLE: UNA ALTERNATIVA SOSTENIBLE EN ARGENTINA

SUMARIO: 1. Producción de energía de fuente renovable: Una alternativa sostenible. 2. La cuestión en Argentina: El artículo 41 de nuestra Constitución Nacional y leyes complementarias del mismo. 3. La situación fáctica en Argentina. 4. Conclusiones.

1. Producción de energía de fuente renovable: Una alternativa sostenible.

La energía eólica es aquella que se obtiene del viento, es decir, la energía cinética generada por efecto de las corrientes de aire al desplazarse de áreas de alta presión hacia áreas de baja presión y que es transformada en otras formas útiles para las actividades humanas³.

En la actualidad, este tipo de energía es utilizada principalmente para producir energía eléctrica mediante dispositivos llamados aerogeneradores que transforman la energía cinética del viento en energía eléctrica.

Los beneficios de la utilización de energía eólica son múltiples: se trata de un recurso extremadamente limpio, totalmente renovable (inagotable) y económicamente competitivo, evita emisiones a la atmósfera a través del remplazo de fuentes convencionales (fósiles)⁴.

Además, la utilización eficaz del recurso eólico garantiza la diversificación de la matriz energética nacional y promueve la estabilización de los precios pagados por energía en el largo plazo, favoreciendo la previsibilidad económica⁵.

Es además, una alternativa sostenible de desarrollo.

Ahora bien, en el Informe Energía y el reto de la Sustentabilidad⁶ se señala que la energía es una condición esencial para que exista desarrollo humano, puesto que impulsa el crecimiento económico, amplía las oportunidades de los ciudadanos y mejora sustancialmente las condiciones de vida.

³ Informe sobre el estado de la Industria Eólica en Argentina, año 2009. Cámara Argentina de Energías Renovables. También disponible en <http://www.argentinarenovables.org/archivos/EstudioEolicoCADER2009.pdf>

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ Informe Energía y el reto de la sustentabilidad. Programa de Naciones para el Desarrollo (PNUD) Disponible a través de : <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/environment-energy/world-energy-assessment-overview-2004-update--spanish.html>

En éste informe se presenta el concepto de energía sostenible, que es aquella que es “producida y utilizada de modo que respalde el desarrollo humano a largo plazo, en todas sus dimensiones sociales, económicas y ambientales”. Este término, según el informe, se refiere a “la producción y uso de recursos energéticos de forma que fomenten el bienestar humano y el equilibrio ecológico a largo plazo, o al menos que sean compatibles con ellos.”⁷

Pero el informe plantea, a su vez, una problemática, que consiste básicamente en que los actuales sistemas energéticos, no encuadran en esta definición, y por lo tanto, son insostenibles desde el triple enfoque social, económico y ambiental del desarrollo sustentable.

Dado que debe buscarse una forma más eficaz de utilización de la energía como un instrumento para el desarrollo sostenible, la opción que se presenta para producir y usar la energía (ajustada a criterios de sustentabilidad) más importante expuesta en el informe *Energía y Sustentabilidad* es la utilización de energía proveniente de fuentes renovables.

Este tipo de energía es sostenible desde el punto de vista social, el económico y el ambiental⁸.

Desde la sostenibilidad en lo social, el uso de fuentes renovables de energía permite un acceso más equitativo a los servicios energéticos. Si se satisfacen las necesidades energéticas de los pobres con las modernas tecnologías, se podrá mejorar el nivel de vida y salud así como crear nuevos puestos de trabajo y oportunidades de negocio.

Con respecto a la sostenibilidad económica de las fuentes renovables de energía ya es económicamente viable una mayor contribución de los recursos renovables al consumo mundial de energía, puesto que los costos de las mismas son relativamente

⁷ Informe *Energía y el reto de la sustentabilidad*. Programa de Naciones para el Desarrollo (PNUD) Disponible a través de : <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/environment-energy/world-energy-assessment-overview-2004-update--spanish.html>

⁸ *Ibíd.*

accesibles. Además, nos dan la oportunidad de diversificar la matriz energética mundial, altamente dependiente de los combustibles fósiles (incluyendo tanto los proveedores como las formas de energía).

Para ello es necesario complementar la reestructuración del sector de la energía con normas que estimulen la energía sostenible, mediante incentivos económicos y fiscales. Solucionarían, además, los problemas de interrupción y falta de suministro de energía para actividad comercial e industrial, dado su carácter de recurso inagotable.

Desde el enfoque de la sostenibilidad ambiental, la energía de fuente renovable protege tanto la salud humana como la de los ecosistemas a corto y largo plazo, puesto que generan emisiones nulas o casi nulas tanto de contaminantes atmosféricos como de gases de efecto invernadero. Son energías limpias y seguras.

En síntesis, el uso de energías sustentables, de fuente renovable, nos permite encaminarnos por la dirección de la sostenibilidad en las actividades humanas que implican desarrollo.

Además, las inversiones que facilitan el acceso a energías renovables mejoran la calidad de vida y apuntan a un desarrollo humano sostenible, por lo que deben contar con el apoyo y promoción públicas, para así atraer a los recursos privados.

2. La cuestión en Argentina: El artículo 41 de la Constitución Nacional.

Luego de la Reforma de 1994, se incorpora a nuestra Carta Magna el artículo 41, que reza “Todos los habitantes gozan del derecho a un ambiente sano, equilibrado, apto para el desarrollo humano y para que las actividades productivas satisfagan las necesidades presentes sin comprometer las de las generaciones futuras; y tienen el deber de preservarlo. El daño ambiental genera prioritariamente la obligación de recomponer, según lo establezca la ley. Las autoridades proveerán a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural

y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales. Corresponde a la Nación dictar las normas que contengan los presupuestos mínimos de protección y a las provincias, las necesarias para complementarlas, sin que aquellas alteren las jurisdicciones locales. Se prohíbe el ingreso al territorio nacional de residuos actual o potencialmente peligrosos y de los radiactivos”.

Como vemos, en el artículo 41 de la Constitución Nacional se hace expresa mención al desarrollo sostenible, considerándolo como aquel en el que la realización de actividades productivas que satisfagan las necesidades presentes, no comprometan las necesidades de las generaciones futuras.

También se establece el deber de preservación del ambiente, el cual alcanza tanto a los habitantes de la Nación como al Estado.

De la imposición de éste deber de preservación se extrae la idea de que las actividades humanas productivas, relativas tanto a bienes como a servicios, deben realizarse atendiendo especialmente a la preservación medioambiental, cuidando de no contaminar y utilizando racionalmente los recursos naturales.

Esto es concordante, con la idea de desarrollo sustentable. Más, si tenemos en cuenta que, según Sagüés⁹, el artículo 41 de la constitución Nacional “ampara a todos los habitantes de la Nación, pero también a las generaciones futuras”. Ello implica que se está reconociendo a las generaciones futuras, la categoría de sujetos de derecho constitucionalmente protegidos.

Por último, atribuye a las autoridades la responsabilidad de proveer a la protección de este derecho, a la utilización racional de los recursos naturales, a la preservación del patrimonio natural y cultural y de la diversidad biológica, y a la información y educación ambientales.

⁹ Sagüés, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo II. Tercera Edición actualizada y ampliada. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea. Año 1999, pág. 335.

Para Sagüés “este manajo de deberes estatales genera a su turno atribuciones para el Estado, en el sentido de, por ejemplo, fijar reglas de uso y explotación del patrimonio ecológico y cultural, incluyendo prohibiciones aún cuando tal patrimonio estuviere en manos privadas”¹⁰.

En concordancia con la idea de desarrollo sostenible, existen dos leyes en el ámbito nacional que fomentan la producción de energías renovables por los particulares.

Régimen Nacional de Energía Eólica y Solar Ley 25.019 ¹¹

Por esta ley, se declara de interés nacional la generación de energía eléctrica de origen eólico y solar en todo el territorio nacional.

Se establece, además, que el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos de la Nación, a través de la Secretaría de Energía promoverá la investigación y el uso de energías no convencionales o renovables.

Por último, y con la finalidad de promover el desarrollo de la actividad energética, en base a recursos renovables establece beneficios impositivos.¹²

Ley 26.190. Régimen de Fomento Nacional para el uso de fuentes renovables de energía destinada a la producción de energía eléctrica. ¹³

¹⁰ Sagüés, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo II. Tercera Edición actualizada y ampliada. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea. Año 1999, pag. 337.

¹¹ Sanción: 23 de septiembre de 1998. Promulgación parcial: 19 de octubre de 1998. Publicación B.O.: 26 de octubre de 1998

¹² Ley 25.019. Artículo 3°. -Las inversiones de capital destinadas a la instalación de centrales y o equipos eólicos o solares podrán diferir el pago de las sumas que deban abonar en concepto de impuesto al valor agregado por el término de quince (15) años a partir de la promulgación de esta ley. Los diferimientos adeudados se pagarán posteriormente en quince (15) anualidades a partir del vencimiento del último diferimiento.

¹³ Sancionada: Diciembre 6 de 2006. Promulgada de Hecho: Diciembre 27 de 2006.

Esta ley propende a diversificar la matriz energética nacional favoreciendo el uso de fuentes de energía renovables y contribuyendo a la mitigación del cambio climático.

Promueve la realización de nuevas inversiones en emprendimientos de producción de energía eléctrica, a partir del uso de fuentes renovables de energía en todo el territorio nacional.

Al igual que la ley 25.019, declara de interés nacional la generación de energía eléctrica a partir del uso de fuentes de energía renovables con destino a la prestación de servicio público como así también la investigación para el desarrollo tecnológico y fabricación de equipos con esa finalidad.

Lo más interesante de la Ley 26.190 es que establece como objetivo del Régimen de Fomento que ella crea, lograr *una contribución de las fuentes de energía renovables hasta alcanzar el ocho por ciento (8%) del consumo de energía eléctrica nacional, en el plazo de diez (10) años a partir de la puesta en vigencia del mismo.*¹⁴

Compromete, también, al Poder Ejecutivo Nacional, a instrumentar políticas públicas destinadas a promover la inversión privada en el campo de las energías renovables y el fortalecimiento del mercado y aplicaciones a nivel masivo de las energías renovables.

También establece un conjunto de medidas de fomento de inversiones en energías renovables, cuya producción esté destinada al Mercado Eléctrico Mayorista o la prestación de servicios públicos. Dichas medidas consisten básicamente en beneficios promocionales impositivos (referente al Impuesto al Valor Agregado y al Impuesto a las Ganancias) durante el plazo de 10 años¹⁵.

Al momento de merituar los proyectos de inversión privada en obras debe darse prioridad a las que cumplan especialmente las siguientes pautas: creación de empleo,

¹⁴ Artículo 2. Ley 26.190

¹⁵ Artículos 7, 8, 9 y 10. Ley 26.190

minimización del impacto ambiental e integración de la obra con bienes de capital de origen nacional.

Por último, se prevé la creación de un Fondo Fiduciario de Energías Renovables, que se aplicará a una remuneración adicional para cada kilovatio hora efectivamente generado por sistemas eólicos instalados y a instalarse, que vuelquen su energía en los mercados mayoristas o estén destinados a la prestación de servicios públicos .

3. La situación fáctica en Argentina.

La Cámara Argentina de Energías Renovables presentó, en el año 2.009 un estudio sobre el Estado de la Industria Eólica en Argentina.¹⁶ En él se presenta a la energía eólica como una opción viable económica y técnicamente en nuestro país.

Según el informe anteriormente citado la matriz de abastecimiento de energía eléctrica argentina depende altamente de los combustibles fósiles. En el mismo, puede leerse “al año 2007, el 90 % de las fuentes primarias de energía estaban compuestas por gas y petróleo. En comparación con otros países de la región, tenemos una de las matrices energéticas menos diversificadas, similar a países exportadores de petróleo como Rusia o el Medio Oriente. Además debemos agregar el hecho de que el crecimiento de la demanda de energía, en los últimos años llevaron a que la Argentina deba importar combustibles líquidos como ser el gasoil y el fueloil”¹⁷.

Todo esto nos conduce a concluir que tenemos una matriz energética altamente dependiente de los combustibles fósiles y que no logra cubrir el total de la demanda del país. Es imprescindible, por lo tanto diversificar la matriz energética nacional.

Según el informe de la Cámara Argentina de Energías Renovables existe un marco muy favorable para implementación de energías limpias en nuestro país y a gran

¹⁶ Informe sobre el estado de la Industria Eólica en Argentina, año 2009. Cámara Argentina de Energías Renovables. También disponible en <http://www.argentinarenovables.org/archivos/EstudioEolicoCADER2009.pdf>

¹⁷ Ibídem.

escala, dado que el recurso eólico (viento) es muy abundante en la Argentina. La forma de medición del viento es en metros por segundo (m/s), cuando su velocidad supera los 4 m/s (equivalente a 14km/h) es apto para instalaciones eólicas.

En la Patagonia hay regiones con promedios de 9 m/s.¹⁸ Explicando esto, el informe de la Cámara Argentina de Energías Renovables dice “el potencial teórico de generación eólica en Argentina es muy elevado. Algunos estudios llegan a indicar que podrían instalarse más de 2 .000 GW, valor equivalente a dos veces la capacidad de generación total actualmente existente en los Estados Unidos”¹⁹

Actualmente el marco regulatorio argentino se basa en la Ley Nacional 26.190 del año 2.006, antes comentada, que fija como objetivo lograr una contribución de las fuentes renovables que alcance el 8% de la demanda en un plazo de 10 años a partir de la puesta en vigencia del régimen. La citada Ley define un sistema de fomento con una prima de 15 pesos argentinos por MWh garantizada por el Fondo Fiduciario de Energías Renovables.

A diferencia de lo que ocurría hasta el año 2.009, que la energía eólica había sido desarrollada por el sistema cooperativista, y a fin de alcanzar la meta de 8% de renovables que fija la ley, el gobierno lanzó el Programa GenRen²⁰. Este implica la licitación, a través de ENARSA de 1015 MW de fuentes renovables de energía, de los cuales 500 MW corresponden a energía eólica.

Este programa resulta un aporte para la promoción de las energías renovables porque ha promovido el ingreso de empresas privadas, convirtiéndolas en el nuevo motor de la economía sustentable mediante la adjudicación firme por 15 años de contrato de provisión de energía a la red eléctrica nacional a precios constantes en

¹⁸ *Ibidem*. El principal dato de “cuánto viento aprovechable hay” sale de una función acumulada conocida con el nombre de Factor de Capacidad (FC). Zonas patagónicas muestran FC mayor a 45% pero no sólo ahí los vientos son aprovechables; zonas serranas en distintas provincias así como también a lo largo de la costa de la provincia de Buenos Aires (en cercanía a los grandes centros de consumo), arrojan resultados del orden del 35%. Cabe mencionar a modo de comparación que el FC promedio en Europa, en donde la industria está ampliamente desarrollada, ronda el 25%.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ El lanzamiento del programa GENREN por parte de la empresa estatal ENARSA fue en Mayo del 2009.

dólares.²¹ No obstante ello, no ha logrado fomentar la actividad dentro de la iniciativa privada.

El desarrollo sustentable de la industria eólica en Argentina depende en gran parte de la existencia de un marco regulatorio y de garantías propicias que provean previsibilidad a largo plazo y que permitan a los inversores evaluar razonablemente los riesgos del negocio y acceder a líneas de financiamiento también razonables (sean corporativas o a nivel de proyectos)²².

El marco legal actualmente vigente lamentablemente no genera dichas condiciones y es necesario crear un ámbito de discusión y cooperación entre todas las partes interesadas (gobierno, inversores, entidades públicas y privadas de financiamiento, asociaciones de consumidores).

Además, las nuevas tecnologías imponen la necesidad de adecuar nuestros cuerpos normativos a los efectos de optimizar el desarrollo económico, para crear mecanismos de contratación y operación idóneos que animen a los particulares a invertir en el sector

El derecho real de superficie eólica permitirá la concreción de nuevos negocios entre propietarios y desarrolladores, contribuyendo al incremento de la matriz energética en un marco de seguridad jurídica.

4. Conclusiones del Capítulo.

El mundo marcha hace varios años hacia producción de energía eléctrica mediante recursos renovables.

²¹ Informe sobre el estado de la Industria Eólica en Argentina, año 2009. Cámara Argentina de Energías Renovables. También disponible en

<http://www.argentinarenovables.org/archivos/EstudioEolicoCADER2009.pdf>

²² *Ibídem*.

Argentina no escapa a esta realidad, puesto que ha instituido en su ordenamiento positivo, leyes que fomentan la producción de energías renovables y establecen como meta alcanzar que el ocho por ciento (8%) del consumo de energía eléctrica nacional, sea provisto por fuentes renovables en el plazo de diez (10) años (al año 2.016).

Estas políticas de Estado guardan relación con el mandato constitucional de adecuar las actividades productivas a los criterios de sustentabilidad a fin de proveer al desarrollo sostenible, pero también al imperioso mandato de la realidad, que indica que es necesario diversificar la matriz energética nacional altamente dependiente de los combustibles fósiles, dado los cortes y/o falta de suministro tanto a nivel residencial como industrial. La energía eléctrica escasea y esto nos lleva a importar combustibles, pagando por ellos precios siderales.

En éste contexto, la producción de energía eléctrica a través de la fuente eólica constituye una actividad sumamente sostenible, dado que cumple con los tres pilares básicos de sustentabilidad:

- Sostenibilidad económica: porque es una actividad rentable y posible desde el punto de vista financiero.
- Sostenibilidad social: porque tiene en cuenta las consecuencias sociales de la actividad en todos los niveles: los trabajadores (generar empleo, salarios, y condiciones dignas de trabajo, etc.), el consumo (calidad en el servicio para los consumidores), y para la sociedad en general. En definitiva, es apta para la mejora de la calidad de vida.
- Sostenibilidad ambiental: porque es compatible con la preservación de la biodiversidad y de los ecosistemas, y evita la degradación del medioambiente. Este último pilar es necesario para que los otros dos sean estables.

Como informa la Cámara Argentina de Energía Renovable, en el año 2009, “Con vientos que redundan en factores de capacidad por encima del 35% en gran parte del territorio nacional, el potencial teórico de generación eólica en Argentina es muy elevado. Algunos estudios llegan a indicar que podrían instalarse más de 2 .000 GW,

valor equivalente a dos veces la capacidad de generación total actualmente existente en los Estados Unidos.”²³

Pero, las políticas de Estado no han acaparado la atención de los particulares, y el alto costo de la tierra en nuestro país impide que sea atractivo el negocio en base a las figuras que existen en nuestro ordenamiento.

Por esta razón, en muchos casos no se justifica la adquisición del suelo, sino más bien que se requiere alguna figura jurídica que permita la coexistencia de diversas condiciones del dominio.

En este contexto, derecho real de superficie concurriría junto con otras medidas a incentivar un mayor aprovechamiento del recurso eólico, que es no agotable y no contaminante.

La utilidad de ésta figura para la regulación de emprendimientos productivos es innegable. Esto es así porque, por un lado, permite al superficiario disminuir los costos, dado que no necesitará adquirir en dominio el inmueble donde se enclavará el emprendimiento eólico; y por otro lado, permitirá al dueño del inmueble que no cuenta con los medios necesarios para realizar la inversión o simplemente no quiere correr riesgos mantener su inmueble productivo, a cambio de una contraprestación en dinero, que seguramente le garantizará una importante fuente de ingresos.

Además, permitirá que la inversión de quienes estuvieran interesados en explotar un terreno apto desde el punto de vista técnico no se viera entorpecida por la necesidad de adquirirlo ni por la natural resistencia que puede existir en el propietario a desprenderse con carácter definitivo de su finca.

Y por último, contribuirá a dotar de seguridad jurídica a este último tipo de negocios, donde intervienen particulares exclusivamente.

²³ Informe sobre el estado de la Industria Eólica en Argentina, año 2009. Cámara Argentina de Energías Renovables. También disponible en <http://www.argentinarenovables.org/archivos/EstudioEolicoCADER2009.pdf>

CAPITULO II

EL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU RELACION CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Los derechos reales: noción y caracteres. 3. Régimen de los derechos reales en Argentina. 3.1. Sistema de numerus clausus. 3.2. Principio de tipicidad. 3.3. ¿El artículo 2614 del Código Civil prohíbe el derecho real de superficie? 3.4. El principio de accesión. 4. Definición de Derecho Real de Superficie. 5. Evolución histórica. 6. Modalidades del derecho de superficie. 7. Naturaleza jurídica del derecho de superficie. 8. Derecho comparado. 9. Función económica y social del derecho de real de superficie. 10. Conclusiones finales del capítulo.

1. Introducción

El derecho real de superficie, que consiste básicamente en la facultad de “tener una cosa propia en terreno ajeno”²⁴, nació en Roma a partir de su gran expansión territorial, que generó la necesidad de utilizar y aprovechar la tierra.

En nuestro país, siempre se mantuvo excluido del catálogo de derechos reales, con fundamento en la opinión adversa a la superficie que inspiró a Vélez Sársfield. Recién fue previsto, aunque con diferentes rasgos en cada caso, en los Proyectos de Unificación Legislativa Civil y Comercial de 1.987 y por la Comisión de Reformas al Código Civil Argentino de 1.993.

Luego se incluyó en el Proyecto de Código Civil de 1.998 y finalmente se incorporó, por la sanción de la Ley 25.509, el derecho de superficie forestal, que solo es una modalidad de la superficie genérica, dado que tiene un objeto muy acotado.

En el presente capítulo vamos a analizar el actual régimen de derechos reales vigente en Argentina; y como éste influye en la decisión de admitir y regular el derecho real de superficie en nuestro ordenamiento.

Veremos, también, como los principios que lo inspiran constituyen un límite a su implementación actual por los particulares, dado que no se encuentra admitido y, en nuestro ordenamiento jurídico rige el principio del número cerrado.

Luego de observar su articulación con los principios que rigen el estatuto de los derechos reales, a fin de contextualizarlo, nos abocaremos al estudio de la superficie en particular, especialmente la necesidad de definirlo claramente (dado el principio de tipicidad), mencionaremos las modalidades que puede asumir y estableceremos su naturaleza jurídica. Cuestiones éstas, que merecen especial atención y revisten suma importancia dado el carácter estatutario de las normas que regulan la materia, en donde

²⁴ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en *Jurisprudencia Argentina 2000 - II* pg. 890 y ss.

la amplitud de la autonomía de la voluntad no encuentra un gran espacio para su desarrollo.

Por último, explicaremos las ventajas de orden económico, social y jurídico que la superficie trae aparejadas, absolutamente compatibles con la función social que la propiedad esta llamada a cumplir en nuestros días. Razones éstas, fundamentales para justificar la creación y regulación del instituto en el ordenamiento jurídico nacional.

2. Los Derechos Reales: Noción y Caracteres

Los derechos reales quedan enmarcados, junto con los derechos personales, dentro de la categoría de los derechos patrimoniales, puesto que son susceptibles de apreciación pecuniaria.

Si bien el Código Civil no nos proporciona un concepto de derecho real, de acuerdo a la opinión de la Dra. Beatriz Areán ²⁵, Vélez Sársfields en la nota al Título IV del Libro III del Código Civil, adhiere a la definición de Demolombe.

En dicha nota podemos leer el concepto del citado autor: “El derecho real es el que crea entre las personas y las cosas una relación directa e inmediata, de tal manera que no se encuentran en ella sino dos elementos, a saber: la persona, que es el sujeto activo del derecho, y la cosa, que es el objeto”²⁶ El derecho real entonces es el poder o facultad que se tiene directamente sobre una cosa.

²⁵ Areán, Beatriz. Derechos Reales. 6° Edición Renovada y Ampliada. Ed. Hammurabi. Tomo I, pág.38.

²⁶ En la citada nota, Vélez luego de adherir a la definición de Demolombe, marca la diferencia con los derechos personales. Así dice, que se llama, por el contrario, derecho personal, a aquel que sólo crea una relación entre la persona a la cual el derecho pertenece y otra persona que se obliga hacia ella, por razón de una cosa o de un hecho cualquiera, de modo que en esa relación se encuentran tres elementos, a saber: la persona que es el sujeto activo del derecho (el acreedor), la persona que es sujeto pasivo (el deudor), y la cosa o el hecho que es el objeto. Continúa diciendo luego que los derechos reales comprenden los derechos sobre un objeto existente; los derechos personales, comprenden los derechos a una prestación, es decir, a un objeto que tiene necesidad de ser realizado por una acción. La persona a la cual pertenece un derecho real, puede reivindicar el objeto contra todo poseedor; la que tiene un derecho personal no puede perseguir sino a la persona obligada a la acción o a la prestación.... El derecho real se tiene cuando entre la persona y la cosa que es el objeto, no hay intermediario alguno, y existe independiente de toda obligación especial de una persona hacia otra. Por el contrario, el que no puede dirigirse directamente sobre la cosa misma y tiene necesidad de dirigirse a una persona especialmente obligada a él por razón de la cosa, no tiene sino un derecho personal. El derecho real supone necesariamente la existencia actual de

Por su parte el Dr. Guillermo Allende²⁷ nos da una definición analítica del derecho real, que nos permite distinguir cuáles son sus caracteres y elementos necesarios.

Según Allende, entonces, el derecho real “es un derecho absoluto, de contenido patrimonial, cuyas normas sustancialmente de orden público, establecen entre una persona (sujeto activo) y una cosa (objeto) una relación inmediata, que previa publicidad obliga a la sociedad (sujeto pasivo) a abstenerse de realizar cualquier acto contrario al mismo (obligación negativa), naciendo para el caso de violación una acción real y que otorga a sus titulares las ventajas inherentes al *ius persequendi* y al *ius praeferendi*”.

De la definición dada extraemos los caracteres del derecho real:

1. Es un derecho absoluto, porque es oponible *erga omnes*, es decir, contra cualquiera que pretenda perturbar al titular en el goce de las cosas.
2. Es de contenido patrimonial, porque los derechos reales son susceptibles de valor y por tanto, integran el patrimonio de la persona, conforme al artículo 2.312 del Código Civil.
3. Se dice que las normas que regulan los derechos reales son sustancialmente de orden público, y por lo tanto no pueden ser dejadas de lado por las convenciones privadas.
4. Sujeto activo: que puede ser una persona física o de existencia ideal.
5. Objeto: son las cosas, entendidas en el sentido del artículo 2.311 del Código Civil, como objetos materiales susceptibles de tener valor. Las cosas como objetos de los derechos reales deben reunir determinados requisitos. En

la cosa a la cual se aplica, pues que la cosa es el objeto directo e inmediato, y no puede haber derecho sin objeto; mientras que el derecho personal, no teniendo en realidad por objeto sino el cumplimiento de un hecho prometido por la persona obligada, no exige necesariamente la existencia actual de la cosa, a la cual ese hecho deba aplicarse.

²⁷ Citado en Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7º edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I, pág. 23 y ss.

tal sentido; se entiende que deben ser: ciertas, individualmente determinadas, en el comercio y actualmente existentes. Pero este principio no es absoluto. En éste sentido nos dice la Dra. Mariani de Vidal²⁸ que existen casos en el Código Civil y otros que se plantea la doctrina que plantean la posibilidad de que se morigere la rigidez del principio, en el sentido de admitir que “aún cuando como regla el objeto de los derechos reales son las cosas, los derechos también pueden ser objeto de los derechos reales, pero sólo en los casos expresamente admitidos por el legislador”²⁹

6. Relación inmediata: El derecho real establece una relación directa e inmediata con la cosa. Esto quiere decir que el titular, para extraer el beneficio de la cosa sobre la que recae su derecho, no necesita de ningún intermediario.³⁰

7. Publicidad: Si el derecho real es oponible *erga omnes*, es necesario que sea conocido por todos; por ello es necesaria la publicidad. De acuerdo a nuestro régimen la publicidad puede cumplirse a través de dos sistemas: la tradición³¹ y la inscripción en registros especiales (de acuerdo al artículo 2.505 del Código Civil)³².

8. Sujeto pasivo y su deber de abstención: El sujeto pasivo del derecho real está constituido por toda la sociedad, que tiene un deber negativo de abstención que consiste solamente en respetar la acción del titular del derecho sobre su cosa.³³

²⁸ Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7^o edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I, pág. 26 y ss.

²⁹ Esta idea es concordante con las conclusiones aprobadas en las XVIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y con lo previsto en el Proyecto de Código Civil de 1.998 y es de suma importancia respecto al tema en estudio, puesto que se presenta como una de las opciones disponibles al momento de resolver el régimen aplicable en la superficie, en lo referente a admitir o negar la facultad del superficiario de gravar con derechos reales de garantía su derecho. Este tema será desarrollado en los capítulos siguientes.

³⁰ Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7^o edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I, pág. 28.

³¹ Artículo 577 Código Civil: Antes de la tradición de la cosa, el acreedor no adquiere sobre ella ningún derecho real.

³² Artículo 2.505 Código Civil: La adquisición o transmisión de derechos reales sobre inmuebles, solamente se juzgará perfeccionada mediante la inscripción de los respectivos títulos en los registros inmobiliarios de la jurisdicción que corresponda. Esas adquisiciones o transmisiones no serán oponibles a terceros mientras no estén registradas.

³³ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit. Pág. 29

9. Acciones Reales: Los derechos reales dan origen a las llamadas acciones reales, las que tienen por objeto mantener el derecho y se ejercen tantas veces como sea necesario para poder ampararlo, cuando se atenta contra su existencia, plenitud o libertad.

10. Ius perseguendi: Es la facultad del titular de un derecho real de perseguir la cosa de cualquiera que la tenga, para ejercer su derecho.

11. Ius praefereendi: Entendida como derecho de exclusión, se materializa en la posibilidad de dejar de lado y prevalecer, no sólo sobre los derechos personales sino también sobre los derechos reales de fecha posterior, y que se concreta en la máxima primero en el tiempo, mejor en el derecho.³⁴

Habiendo conceptualizado a los derechos reales y dado sus caracteres principales, nos abocamos en el punto siguiente al estudio del régimen establecido en el Código Civil para ellos.

3. Régimen de los Derechos Reales en Argentina

Con la finalidad de profundizar el estudio del derecho real de superficie, vamos a explicar primeramente los lineamientos del sistema de los derechos reales establecido en el Código Civil Argentino.

Esto nos permitirá entender su funcionamiento, para observar luego cual es la situación del derecho real específico en estudio, dentro del mismo.

En el régimen genéricamente aplicable a los derechos reales establecido por el codificador se adopta el sistema de *numerus clausus*; rigen, además, los principios de tipicidad y accesión. A continuación los abordaremos uno a uno.

³⁴ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit. Pág. 29.

También analizaremos el artículo 2614, que proscribe algunos derechos reales, entre los cuales se encuentra la superficie, y las diversas interpretaciones que se la ha dado a lo largo de su vigencia, especialmente teniendo en cuenta las modificaciones que se han introducido en el ordenamiento jurídico positivo argentino, con motivo de la creación del derecho real de superficie forestal.

3.1 Sistema de Numerus Clausus

En Argentina, el principio del *numerus clausus* o número cerrado está regulado, con respecto a los derechos reales en el artículo 2.502 del Código Civil, el cual preceptúa:

“Los derechos reales sólo pueden ser creados por ley. Todo contrato o disposición de última voluntad que constituyese otros derechos reales, o modificase los que por este Código se reconocen, valdrá solo como constitución de derechos personales, si como tal pudiesen valer”.

El fundamento de la adopción de este sistema es la finalidad del redactor del Código de impedir la existencia de múltiples derechos reales, puesto que la proliferación de éstos durante la Edad Media, había perjudicado, según su criterio, la riqueza inmobiliaria.

Así, podemos leer en la nota al artículo 2.502 el pensamiento del codificador: “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 derechos reales. Más 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... La multiplicidad de derechos reales sobre unos mismos bienes es fuente fecunda de complicaciones y de pleitos, y puede perjudicar mucho a la explotación de esos bienes y la libre circulación de esas propiedades, perpetuamente embarazadas, cuando por las leyes de sucesión esos derechos se dividen entre muchos herederos, sin poderse dividir la cosa asiento de ellos. Las propiedades se desmejoran y los pleitos nacen cuando el derecho real se aplica a

una parte material de la cosa que no constituye, por decirlo así, una propiedad desprendida y distinta de la cosa misma, y cuando no constituye una copropiedad susceptible de dar lugar a la división entre los comuneros o a la licitación.”³⁵

Se adoptó así el sistema de *numerus clausus* de derechos reales por oposición al de *numerus apertus*.

Así, como dice Marina Mariani de Vidal en el régimen adoptado por el Codificador “existe una gran valla a la autonomía de la voluntad, que en cambio, juega con amplitud –es claro que no absoluta- en materia de derechos creditorios”³⁶, tal como lo establece el artículo 1.197 del Código Civil.

Aquí, los particulares no pueden crear otros derechos reales, distintos a los creados por ley.

Pero es necesario no confundirnos, por lo que tomamos textualmente la atinada aclaración que nos hace Mariani de Vidal, en su obra “no quiere todo esto decir que los derechos reales no pueden tener su origen en un contrato (ejemplos los tenemos en los artículos 2.812 inc. 1º, 2.949, 2.977), y aun algunos de ellos solo pueden nacer por convención, como los derechos reales de garantía (así, art. 3.115 Código Civil).”³⁷

En derecho comparado observamos que en Brasil también rige el principio del número cerrado, según el cual el derecho real no puede ser objeto de libre convención entre las partes, ni en cuanto a crear nuevos tipos, ni en su contenido, el que no puede ser variado.

Consideramos atinada la apreciación que el Dr. Cossari hace respecto a las consecuencias de la adopción de tal principio en las legislaciones argentina y brasileña, en el sentido de que “el intérprete argentino o el brasileño están fuertemente

³⁵ Nota al artículo 2.502. . Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley.

³⁶ Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7º edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I, pág. 66.

³⁷ *Ibidem*.

constreñidos por esta regla por lo que no pueden recurrir sin más a normas análogas o a principios generales para colmar eventuales vacíos legislativos”.³⁸

En España, por el contrario, la cuestión es diferente, pues allí está vigente el sistema de número abierto, por lo que las partes pueden crear nuevos derechos reales y modificar, dentro de ciertos límites, la fisonomía de los establecidos por la ley³⁹.

Con respecto a la adopción en la legislación argentina del principio del *numerus clausus* y su relación con el derecho real de superficie, es importante destacar que Vélez Sársfield debido a su política restrictiva respecto al número de derechos reales, no incluyó a la superficie dentro del listado de derechos reales, lo cual era suficiente para dejarla fuera del sistema jurídico atento al principio antes mencionado; pero además la prohibió expresamente en el artículo 2.614, para que no existieran dudas relativas a tal proscripción.⁴⁰

Luego, la doctrina especializada, principalmente a partir de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en el año 1.985 propició su inclusión en el listado de derechos reales admitidos en Argentina, lo que ocurrió, aunque parcialmente, con la introducción del Derecho Real de Superficie Forestal por la Ley 25.509, como luego veremos.

Por tanto, tenemos que decir que, tal como está el panorama actual en el derecho argentino, no es admitido el derecho real de superficie en el Código Civil Argentino, puesto que no se encuentra instituido ni en el artículo 2.503, donde se enumeran los derechos reales permitidos por el codificador, ni en ninguna ley complementaria del Código Civil Argentino. Sólo se admite una modalidad; el derecho real de superficie forestal, creado por la Ley 25.509, el cual tiene un objeto sumamente restringido.

³⁸ Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

³⁹ *Ibidem*.

⁴⁰ Cossari, Nelson. El Derecho Real de Superficie: Balance de la Legislación Argentina a la luz de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1º Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III. Pág. 1.807 y ss.

Ahora bien, coincidimos con Mariani de Vidal en el sentido de que “debe quedar claro que el número cerrado en materia de derechos reales es cerrado desde el punto de vista del intérprete (incluidos los contratantes), pero no para el legislador, que puede crear cuantos derechos reales considere convenientes, adoptando distintas figuras como derechos reales autónomos y dotándolos del correspondiente estatuto regulador que estime adecuado”.⁴¹

3.2 Principio de Tipicidad de los Derechos Reales

Este principio es complementario del anterior, puesto que si por el primeramente enunciado los particulares no pueden constituir o crear un derecho real distinto de los reconocidos expresamente por la ley, porque sólo ella puede crearlos; por éste principio se reduce más aun el ejercicio de la autonomía de la voluntad en el ámbito de los derechos reales.

Así, por el principio del número cerrado, los particulares no podrán crear un derecho real distinto a los establecidos en la ley y, además, por la regla de la tipicidad, no podrán modificar por pactos privados las normas que los rigen, porque las normas relativas a los derechos reales no son meramente supletorias de la voluntad de las partes, como en general acontece en lo atinente a los derechos personales, sino que se le imponen, en tanto y en cuanto ellas mismas no dispongan lo contrario.

Las motivaciones que llevaron a Vélez Sársfield a adoptar tal principio se esbozan en la nota al artículo 2.828 del código, permitiéndonos observar cual era su posición.

En dicha nota puede leerse: “Los actos y contratos particulares no podrían derogar las disposiciones del artículo, porque la naturaleza de los derechos reales... está

⁴¹ Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I, pag. 67.

fijada en consideración al bien público y al de las instituciones políticas y no depende de la voluntad de los particulares.”⁴²

Y de esta forma, no podrían las partes, siguiendo el ejemplo del artículo 2.828 del Código Civil, pactar que el usufructo sea transmisible a los herederos del usufructuario, contrariando lo dispuesto por la ley.

Es decir, que en estos casos, la voluntad de las partes se ve limitada a dar a luz el derecho real, siempre que sea uno de los establecidos en la ley, y sus caracteres y reglamentación estarán predeterminados por ella misma, sin que la convención pueda modificarlos.

Esto se relaciona directamente con la idea de que las normas que regulan los derechos reales son sustancialmente de orden público, es decir, que “están vinculadas al plexo de principios de orden superior, políticos, económicos, morales y algunas veces religiosos, a los cuales una sociedad considera estrechamente vinculada la existencia y conservación de la organización social establecida y que, por eso mismo, no pueden ser dejadas de lado por las convenciones privadas.”⁴³

Esto es así, siempre y cuando la misma ley no diga lo contrario. Por ello en los casos en que la norma lo establece, existe un amplio margen de autonomía de la voluntad para la regulación de los derechos que ellas constituyen. Ejemplos de esta situación vemos en el caso de las servidumbres, que son atípicas, acuerdo al artículo 3.000 del Código Civil y en los derechos de uso y habitación, en los cuales se establece que son regidos por los títulos que los han constituido, y en su defecto, por las disposiciones del Código. En estos casos las normas del Código pueden ser dejadas de lado por las partes y solo entrarían a funcionar supletoriamente, en defecto de lo acordado por los privados.

Entendemos que en caso de admitirse en nuestro ordenamiento jurídico el derecho real de superficie, tiene especial relevancia el principio de tipicidad. Esto es así por el hecho de que al elaborar la normativa que será su estatuto regulador; el cual no

⁴² Nota al artículo 2.828. Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley.

⁴³ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit. Pág. 24.

podrá dejarse de lado por las partes por su carácter de normas sustancialmente de orden público, se requerirá suma claridad y precisión.

De lo contrario, si el estatuto deja lugar a dudas, lagunas u oscuridades y por no poder recurrir el interprete o el operador del derecho a la analogía, entre otros recursos, se producirían serios problemas tanto en la interpretación como en la aplicación del derecho de superficie, cuando existieran conflictos entre los particulares sujetos a resolución judicial. Así, los derechos de los particulares podrían verse frustrados, y esto no solo atenta contra seguridad jurídica que cualquier particular espera encontrar en la constitución de un derecho real, sino que además frustra la promoción del instituto en estudio como herramienta jurídica válida para la regulación de sus intereses particulares.

3.3 ¿El artículo 2.614 del Código Civil prohíbe el derecho real de superficie?

El artículo 2.614 del Código Civil Argentino, en su redacción original establecía:

“Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie, ni imponerles censos, ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera que sea el fin de la imposición; ni hacer en ellos vinculación alguna.”

Respecto al mismo, se ha presentado en doctrina el problema de determinar qué derechos reales de los que en él se nombran están prohibidos por el Código Civil y cuáles son admitidos.

Los derechos reales enumerados en el artículo, antes de la reforma que se introdujo en el mismo por la ley 25.509⁴⁴, son: la enfiteusis, la superficie, los censos, rentas y las vinculaciones.

⁴⁴ Ley 25.509. Promulgada de hecho el 14 de noviembre del año 2001 y publicada en el Boletín Oficial del 17 de diciembre del año 2001. Incorpora el derecho de superficie forestal al ordenamiento jurídico argentino.

Veamos que nos dice la doctrina al respecto. Marina Mariani de Vidal considera que respecto de las vinculaciones no existe, en la doctrina, duda alguna, puesto que su constitución está terminantemente prohibida, al decir el artículo “ni hacer en ellos vinculación alguna”. Tampoco existen discusiones, con respecto a las rentas, cuya constitución está permitida, siempre que se haga por cinco años. Al respecto es claro el artículo al decir “ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años”.⁴⁵

Ahora bien, respecto de los otros derechos reales enumerados en el artículo 2.614 la doctrina ha dado diferentes interpretaciones. Sintetizando, y siguiendo aquí también a la autora anteriormente citada, decimos que las distintas opiniones expuestas son las siguientes.

Para una primera postura, sólo estarían permitidas las rentas, y por el plazo de cinco años. Esta es la tesis que fue seguida por Llerena.

Según otra interpretación, estarían permitidas la enfiteusis, la superficie, los censos y las rentas; todos con el tope temporal de cinco años. Esta es la tesis sostenida por Machado, entre otros.

Por último existe otra corriente, que podemos considerar mayoritaria en doctrina, que considera que los únicos derechos reales que pueden constituirse, y siempre con la limitación de cinco años, son los censos y las rentas. Los otros dos derechos reales enunciados, la enfiteusis y la superficie, estarían proscriptos.⁴⁶

Los argumentos que esta postura esgrime son, sintéticamente, los siguientes. Respecto a la proscripción de los derechos reales de enfiteusis y superficie dice Mariani de Vidal “Basta leer detenidamente las notas a los artículos 2.502 y 2.503, primera parte... para llegar a la conclusión de que ... la enfiteusis y la superficie quedan eliminadas; más hay otra razón aún, tal vez la más fuerte, y es que hace a la esencia de estos dos derechos reales su perpetuidad o por lo menos su larga duración. Es imposible que a Vélez, profundo conocedor del derecho romano y del español, se le ocurriera

⁴⁵ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7º edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I. pág. 58 y ss.

⁴⁶ *Ibidem.*

establecer derechos de superficie o enfiteusis por cinco años. Justamente en la nota al artículo 2.503, en la definición del derecho de enfiteusis, se alude a su carácter perpetuo o por largo tiempo.”⁴⁷

Consideramos que es clara la intención de Vélez en el sentido de proscribir el derecho real de superficie en nuestra legislación. Podemos ver magistralmente expuestas sus opiniones al respecto en la nota al artículo 2.503, en el cual enumera los derechos reales que nuestra legislación admite. En dicha nota se lee “No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por éste Código no pueden tener lugar... Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase o plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos”.⁴⁸

Con la sanción de la Ley 25.509, por la cual se introduce el Derecho Real de Superficie Forestal en nuestro ordenamiento jurídico, el panorama desarrollado se modifica parcialmente y surgen, nuevamente, problemas interpretativos en la doctrina especializada.

Así, el artículo 12 de la ley en cuestión introduce una reforma al artículo 2.614, el que quedó redactado de la siguiente forma:

“Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni imponerles censos ni rentas que se extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de su imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna”.⁴⁹

Como podemos observar, la Ley 25.509 eliminó del artículo en estudio la referencia al derecho real de superficie, con carácter general.

⁴⁷ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit. Pág. 60.

⁴⁸ Nota al artículo 2.503. Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley.

⁴⁹ Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley.

Esta modificación suscita en la doctrina el interrogante de si, luego de ella, la constitución de cualquier tipo de superficie está, ahora, autorizada por nuestro Código Civil.

De acuerdo a Mariani de Vidal no se permite, ni aún con la nueva redacción del artículo, la constitución de cualquier especie de derecho real de superficie, exceptuando por supuesto de la prohibición a la superficie forestal. Reflexiona la autora que esto no puede producirse por la adopción del principio del *numerus clausus*.

Por lo tanto, sólo estaría habilitada la constitución por los particulares, del derecho real de superficie forestal (y de conformidad con los artículos 1 y 13 de la ley 25.509), porque por el principio del número cerrado, solo pueden ser constituidos los derechos reales que la ley expresamente admite.⁵⁰

Concluimos, por tanto, que atento a la vigencia actual del principio del número cerrado y del artículo 2.614 y de acuerdo a la acertada interpretación dada al mismo por la doctrina, luego de las dudas que se suscitaban con motivo de la derogación de la superficie del elenco de derechos expresamente prohibidos, ella continúa prohibida, excepto en su modalidad de derecho real de superficie forestal, admitido por la Ley 25.509.

Aclarado el punto, debemos tener en cuenta que, más allá de los problemas interpretativos que el artículo 2.614 de Código Civil, tanto en su redacción original como en la adoptada con la reforma de la ley 25.509, está de acuerdo la doctrina respecto a la inutilidad de su existencia.

En éste sentido, Marina Mariani dice “Es ilógica la existencia misma del artículo. Si por el artículo 2.502 se adopta el principio del *numerus clausus*, si en el 2.503 se enumeran los derechos reales autorizados, en consonancia con el artículo anterior, no es coherente con esta posición que luego se diga que no pueden crearse ciertos derechos reales, puesto que no solamente los prohibidos expresamente no

⁵⁰ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit. Pág. 62.

pueden crearse, sino todos aquellos que no estén expresamente permitidos, pues tal es el principio del número cerrado adoptado por Vélez”⁵¹

3.4 El Principio de Accesión

Nuestro Código Civil, en el artículo 2.520 establece el principio de accesión, que es consecuencia del aforismo romano *superficies solo cedit*. Así, dentro de la regulación del derecho real de dominio, leemos en el artículo antes mencionado “La propiedad de una cosa comprende simultáneamente la de los accesorios que se encuentran en ella, natural o artificialmente unidos”.⁵²

En el Régimen del Código Civil, de acuerdo al artículo 2.518, “el derecho real de dominio sobre el suelo se extiende a toda su profundidad y al espacio aéreo sobre el mismo, en líneas perpendiculares”.

Esta regla es completada con las disposiciones del artículo 2.519, por el cual todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o interior de un terreno se presume que pertenecen a su propietario.

Leemos en el artículo 2.519: “Todas las construcciones, plantaciones y obras existentes en la superficie o en el interior de un terreno, se presumen hechas por el propietario del terreno, y que a él le pertenecen, si no se probare lo contrario. Esta prueba puede ser dada por testigos, cualquiera sea el valor de los trabajos”.⁵³

La presunción establecida en éste artículo, fue interpretada por la doctrina como una presunción *jure et de jure*, porque de lo contrario se estaría admitiendo el derecho real de superficie, prohibido por el artículo 2.614.⁵⁴

⁵¹ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit. Pág. 61.

⁵² Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley.

⁵³ Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley

⁵⁴ Cossari, Nelson. El Derecho Real de Superficie: Balance de la Legislación Argentina a la luz de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1º Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III. Pág. 1.807 y ss.

Según el Dr. Musto el principio de accesión tiene otras numerosas aplicaciones en nuestro Código, además de la anteriormente mencionada. Así, se aplica también por ejemplo, en los modos de adquisición del dominio, específicamente en lo que se refiere a la edificación y plantación, donde el dueño del terreno hace suya la obra realizada por un tercero.⁵⁵

Ahora bien, la constitución del derecho real de superficie significa, claramente, una excepción al principio de accesión. Funciona como una derogación transitoria de tal principio.

Tal como dice el Dr. Cossari “la regulación del derecho real de superficie habría roto el esquema de Vélez, al permitir que el dueño de lo construido o plantado sea una persona distinta del propietario del terreno sobre el cual se construye o planta”⁵⁶.

Efectivamente, en virtud del derecho de superficie se produce una separación entre la propiedad de lo que se construye o planta y el terreno o suelo en que se hace.

Por todo ello, en el Régimen original de los derechos reales establecido en el Código la existencia del derecho real de superficie resulta imposible.

Así, respecto a la opinión de Vélez sobre el punto, leemos en la nota al artículo 2.503: “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 solo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las plantaciones y construcciones que él hubiese hecho en el suelo con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho 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. Más 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 muy largo tiempo. El derecho de superficie, desde entonces, como una desmembración

⁵⁵ Musto, Nestor. El Derecho Real de Superficie, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1º Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III. Pág. 1.829 y ss.

⁵⁶ Cossari, Nelson. Ob. Cit. Pág. 1.808.

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.” Concluye la extensa nota el Codificador diciendo “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 sobre suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos.”⁵⁷

Así, el motivo por el cual el codificador tenía una opinión adversa a incluir el derecho real de superficie en el Código Civil, fue el abuso de las desmembraciones del dominio que se produjo en la Edad Media.⁵⁸

Sin embargo, en la actualidad esto ha cambiado sustancialmente. Hoy, al revés de lo que sucedía en la época de la sanción del Código en donde el derecho de superficie se veía como una forma de disminuir el valor de los bienes inmuebles, se ve a la superficie como una alternativa para disminuir los costos de las construcciones, ante los altos precios del suelo. Además, también implica ventajas para el dueño puesto que recuperará el dominio pleno sobre su suelo, tal vez enriquecido con importantes obras que aumentarán su valor en el mercado inmobiliario. Por ello se trata de una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez más mayor importancia.

4. Definición del Derecho Real de Superficie

Si bien ya hemos adelantado una noción del derecho real de superficie, creemos necesario conceptualizarlo.

En éste sentido, Vélez Sarsfield, en la conocida nota al arto 2503 del Código Civil, en la que se manifiesta francamente contrario a la regulación del derecho de superficie (la que suprime de modo expreso en el arto 2614, conjuntamente con otros

⁵⁷ Nota al artículo 2.503. Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley

⁵⁸ Musto, Néstor. El Derecho Real de Superficie, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1º Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III. Pág. 1.829 y ss.

derechos reales) nos recuerda que dicho derecho real consistía "en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc., adherentes al suelo, sobre los 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 de 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"⁵⁹.

Según Marina Mariani de Vidal la superficie "es el derecho real en virtud del cual le es concedido a su titular el derecho de construir o plantar en suelo ajeno y hacer suyo lo construido o plantado (con independencia de la propiedad del suelo), o adquirir una edificación o plantación ya existente en forma separada de la propiedad del suelo." Luego agrega que se trata de un derecho real temporario y enajenable y que puede adoptar, como se desprende del concepto, dos modalidades.⁶⁰

También damos la definición que nos proporcionan las Doctoras Aída Kemelmajer de Carlucci y Alicia Puerta de Chacón, puesto ésta nos parece sumamente didáctica.

Las autoras antes mencionadas lo definen como "el derecho real de tener y mantener temporalmente en inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación ya existente"⁶¹

Consideramos que ésta es la definición que describe mejor la esencia del derecho real de superficie, puesto que diferencia nítidamente las dos posibles modalidades del mismo, además de ser clara y sintética.

⁵⁹ Código Civil Argentino. Buenos Aires. Año 2.011. Ed. La Ley

⁶⁰ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I. pag. 63.

⁶¹ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. El Derecho Real de Superficie. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1.989.

El Dr. Andorno dice que “el derecho real de superficie es aquel en el cual una persona puede ser propietaria de una construcción o de una plantación ubicada en terreno ajeno”⁶².

En síntesis y con palabras simples, al decir de Luis Andorno “a la luz de lo que llevamos expuesto, nos parece que podemos caracterizar al derecho real de superficie como al derecho real de tener una cosa propia en terreno ajeno”⁶³

Por último, luego de dar distintas definiciones del derecho real de superficie en general (apto para construir, edificar o plantar o adquirir la propiedad de lo construido, edificado o plantado) nos abocamos a analizar la definición de Derecho Real de Superficie Forestal que la Ley 25.509, complementaria del Código Civil Argentino, nos proporciona.

Antes, queremos aclarar que esta modalidad de superficie es la única admitida en la legislación argentina en la actualidad, conforme al artículo 2.503 del Código Civil que enumera dentro de los derechos reales admitidos en nuestro ordenamiento a la Superficie Forestal (modificado en tal sentido por la Ley 25.509) y la interpretación dada al artículo 2.614, luego de ser modificado también por aquella ley.⁶⁴

El artículo 1° de la ley 25.509 establece “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.”

Por su parte, el artículo 2° completa lo dicho en el anterior, al decir “El derecho real de superficie forestal es un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario,

⁶² Andorno, Luis. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890 y ss.

⁶³ *Ibidem*.

⁶⁴ Recordemos que por el artículo 12 de la Ley de Superficie Forestal se deroga la superficie del catálogo de derechos reales enunciados en el artículo 2.614, ante lo cual la doctrina se plantea si esto permitiría la constitución de cualquier tipo de derecho real de superficie por los particulares, y no sólo de la superficie forestal. Concluyen, en posición mayoritaria, por la negativa, atento fundamentalmente al principio del número cerrado que adopta nuestro régimen de derechos reales.

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.

De la lectura de los dos artículos anteriores, entiende Marina Mariani de Vidal que el derecho real de superficie forestal que se crea es definido como un derecho real autónomo sobre cosa propia temporario (art. 2º), constituido sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura" (art. 1º), que queda sometido a las prescripciones de la ley 25.509 y a la ley de inversiones para bosques cultivados (24.080, modificada por la 25.080), según lo dispuesto en el art. 1º.⁶⁵

Merece la pena señalar, que de acuerdo a la autora que seguimos en el tema, el derecho de superficie aparece limitado en nuestra legislación, solo a la actividad forestal, es decir, a las plantaciones de bosques, y no se extiende a todo tipo de plantaciones, como por ejemplo: nogales, olivos, vid, etcétera. No obstante ello, aclara que existe una caracterizada doctrina que sostiene que es posible interpretar la Ley 25.509 con un criterio amplio, entendiéndose que admite el derecho de superficie para todo tipo de plantaciones y no solo relativamente a las especies maderables.⁶⁶

En tal sentido, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Rosario en el año 2.003, en el seno de la Comisión número cuatro se concluyó por unanimidad en que "la remisión a la ley 25.080 de Inversiones para Bosques Cultivados no excluye que la Ley 25.509 tenga un ámbito propio. Por ello, entre otras consecuencias, el cumplimiento de los requisitos establecidos por la Ley 25.080 no es presupuesto necesario para la constitución del derecho real de superficie forestal." Y con respecto a la finalidad del derecho, se resolvió, por mayoría, que "corresponde una interpretación amplia del vocablo forestal, comprensiva de distintas plantaciones. No cabe circunscribir este derecho real a las especies arbóreas. Ello en aras de la utilidad socio-económica de la figura y el principio de igualdad de raigambre constitucional."⁶⁷ Coincidimos en que éste es el alcance que debe darse al derecho real de superficie

⁶⁵ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7º edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Página 121.

⁶⁶ *Ibidem*.

⁶⁷ *Ibidem*.

forestal instituido por la Ley 25.509 en el régimen jurídico de los derechos reales argentino.

Habiendo definido el derecho de superficie en sentido lato y analizado el alcance de la definición dada por el ordenamiento jurídico argentino al derecho real de superficie forestal, único admitido en el mismo, pasamos ahora a exponer y analizar su evolución histórica y las distintas modalidades en que se presenta el derecho de superficie.

5. Evolución histórica

Según hemos visto, la superficie es lo que está por encima de la tierra, pudiendo consistir en construcciones o plantaciones. El origen histórico del derecho de superficie se encuentra en Roma. Su germen se encuentra en las concesiones ad aedificandum del suelo público romano conocidas ya en la época republicana. Entonces, el derecho real de superficie nace en el *ager publicus*⁶⁸.

La creación del derecho de superficie y su implementación se debe al principio romano *superficie solo cedit*, por el que quien edificaba en suelo ajeno se encontraba desamparado ante el propietario del fundo⁶⁹.

A pesar de que en Roma regía plenamente el principio de accesión, en épocas de la Republica surgió la necesidad de crear una nueva figura que permitiera explotar la tierra, construir o edificarla superficie de los diferentes fundos públicos existentes en la época.

Más tarde esas concesiones comenzaron a ser practicadas por los privados. El derecho de superficie se podía constituir tanto en forma gratuita como onerosa. En el segundo caso, al precio que se pagaba se lo denominaba *solarium*, y podía ser entregado globalmente o bien en períodos determinados.

⁶⁸Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890 y ss.

⁶⁹Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

Pero en rigor de verdad, el concesionario no adquiriría la propiedad de la construcción, que seguía perteneciendo al propietario del suelo, por aplicación de la regla de la accesión. Sin embargo dicho concesionario tenía el derecho al goce de la construcción en base a una relación que en el caso de las concesiones privadas se configuraba sólo como un derecho de goce⁷⁰.

Tales circunstancias llevaron a que el pretor otorgue algunas defensas para su auxilio, por lo que el derecho del concesionario, entonces, adquirió una autonomía relevante en el *ius praetorium*.

En efecto, en el derecho pretoriano viene específicamente identificada y tutelada la posición del superficiario, a quien el pretor concede un interdicto modelado sobre la base del interdicto posesorio *uti possidetis* y una *actio de superficie*⁷¹.

En el Digesto se reporta un comentario de Ulpiano al Edicto, resultando que la posición del superficiario era sustancialmente equiparada al titular de un derecho real, teniendo éste, contra terceros, una acción *quasi in rem*⁷².

Pero su afirmación como derecho autónomo, distinto de la propiedad, encontró su fundamento, en la posibilidad, delineada en el derecho medieval, de la división de la propiedad inmobiliaria, además de por planos verticales, también por planos horizontales, derogando el principio de la accesión⁷³.

Luego, la idea de una propiedad separada de la construcción encontró reconocimiento. La idea fue formulada por los Comentadores quienes ponían en cabeza del superficiario el dominio útil, en tanto que colocaban en cabeza del propietario del suelo, el dominio directo⁷⁴.

⁷⁰ Andorno, Luis. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en *Jurisprudencia Argentina* 2000 - II pg. 890 y ss.

⁷¹ *Ibidem*.

⁷² *Ibidem*.

⁷³ Cossari, Nelson, *El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina*. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁷⁴ *Ibidem*.

Durante la Edad Media se produjo un abuso en las desmembraciones del dominio; por lo que en el siglo diecinueve hubo un movimiento manifiestamente contrario a la propiedad desmembrada, y por tanto, hostil a incorporar al derecho real de superficie en las legislaciones.

El derecho de superficie no fue admitido de modo expreso en el Código Civil francés de 1804, por cuanto se creía que ello hubiera significado una de las antiguas formas de sofocación de la propiedad inmobiliaria. Esta fue en general la política de los Códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, que eran en general contrarios a la propiedad dividida⁷⁵.

El ejemplo del Código Civil francés fue seguido por el Código Civil italiano de 1865. Pero por una fuerte influencia de la doctrina y de la jurisprudencia italiana el derecho de superficie halla reconocimiento expreso en el Código Civil italiano de 1942⁷⁶.

Además, la recepción del derecho real de superficie por el Código Civil Alemán, vigente desde el 1 de enero de 1.900, produjo una gran influencia que se extendió rápidamente a los Códigos del siglo XX⁷⁷.

El Código Civil argentino, como ya dijimos, conforme a la política restrictiva sobre derechos reales que inspiró a su codificador, no sólo no incluyó a la superficie dentro del listado de éstos, lo que era suficiente para dejarla fuera del sistema jurídico atento el principio de numerus clausus que rige en el derecho argentino, sino que expresamente la prohibió en el artículo 2.614⁷⁸.

Sin embargo, a partir de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1.985 la doctrina argentina se manifestó partidaria de incluir al derecho real de superficie en el ordenamiento argentino.

⁷⁵ Andorno, Luis. Ob. Cit.

⁷⁶ *Ibidem*.

⁷⁷ Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁷⁸ *Ibidem*.

Tal sentir fue repetidamente recogido en los proyectos de 1.987, 1.993 y luego en el de 1.998⁷⁹.

Por fin, el derecho real de superficie fue sancionado por ley 25.509, del 14 de noviembre de 2001 promulgada el 11 de diciembre de 2001. Constituye una particularidad del ordenamiento actual argentino el haberla regulado sólo como superficie forestal.

6. Modalidades del Derecho de Superficie

Según venimos viendo el derecho de superficie puede adoptar dos modalidades diferentes.

Si bien el punto será desarrollado in extenso en el próximo capítulo, creemos conveniente introducir aquí una breve noción respecto a las dos modalidades que la superficie puede asumir, porque nos permitirá entender acabadamente su definición.

La primer modalidad aparece como el derecho real que posibilita construir o plantar en suelo ajeno con la finalidad de adquirir automáticamente la propiedad de lo construido o plantado, independientemente de la propiedad del suelo.⁸⁰

En esta modalidad el derecho de superficie presenta dos momentos distintos. En primera instancia, es decir, durante la construcción o plantación que realizará el superficiario, se trata de un derecho real sobre cosa ajena (el suelo asiento de la construcción o plantación). En un segundo momento, luego de realizada la construcción o plantación, el derecho real de superficie se convierte automáticamente en derecho real sobre cosa propia, que vendría a ser lo construido o plantado y es lo que se denomina propiedad superficiaria.⁸¹

⁷⁹ Cossari, Nelson. Ob.Cit.

⁸⁰ Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F, 1415.

⁸¹ Ibídem.

En la segunda modalidad del derecho de superficie, es decir cuando se adquiere lo construido o lo plantado anteriormente, con independencia de la propiedad del suelo, éste se constituye sobre una construcción o plantación que ya existe en un inmueble.

Por lo tanto se produce un desdoblamiento, puesto que la propiedad del suelo corresponde al constituyente y la propiedad de lo construido o plantado pasa a ser propiedad del superficiario por un período de tiempo. En este caso, como vemos, la superficie nace directamente como derecho real sobre cosa propia.

En suma, bajo la denominación genérica de derecho real de superficie se engloban tanto el *ius aedificandi* (como era conocido en el derecho romano) o derecho de edificar, construir o plantar, como la propiedad superficiaria.

Con respecto al derecho comparado sobre el punto, el Dr. Cossari⁸² nos explica que el Código Italiano de 1.942 regula el derecho real de superficie, con sus dos modalidades (por un lado el derecho real de construir o plantar y por otro la propiedad superficiaria) en forma extraordinaria.

Es importante destacar en este punto que el Código Italiano de 1.942 en su regulación del derecho real de superficie fue, la fuente de inspiración de los últimos proyectos de reforma del Código Civil, especialmente del Proyecto de Código Civil de 1.998 y, por medio de éstos, de la Ley 25.509 que actualmente rige en nuestro país el derecho real de superficie forestal, regulando ambas modalidades.

Por el contrario, en el derecho brasileño, el Código Civil no regula ambas modalidades, sino que se limita a otorgar al propietario la facultad de conceder a otro el derecho de construir o plantar en su terreno. En cambio, la posibilidad de adquirir una construcción o plantación ya existente no aparece expresamente prevista, por lo que dado el principio de número cerrado que adopta este derecho, no estaría admitida esta modalidad del derecho real de superficie.

Habiendo repasado brevemente la cuestión en el derecho comparado,

⁸² Cossari, Nelson. El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

explicamos que la diferenciación entre las dos modalidades del derecho real de superficie tiene, también, suma importancia por su gravitación a la hora de analizar la naturaleza jurídica del instituto en estudio. A ello nos abocaremos en el punto siguiente.

7. Naturaleza Jurídica del Derecho de Superficie

En cualquiera de las modalidades que adopte el derecho de superficie, siempre se tratará de un derecho real.

Es decir, la superficie siempre será un derecho real desde su constitución, y como tal, estará dotado de un régimen específico, con sus reglas particulares para resolver las diversas vicisitudes por las que pueda transitar⁸³.

Así, cuando el derecho se concede respecto a construcciones o plantaciones ya existentes (lo que denominamos propiedad superficiaria) existirá un derecho real desde el momento mismo de la constitución, pero también existirá derecho real *ab initio* cuando se conceda el derecho de construir o plantar con la facultad, una vez realizada la construcción, de hacer propio lo construido o plantado (lo que la doctrina denomina derecho de construir, edificar o plantar).

En éste último, cuando se concede el derecho de construir o plantar aún antes de llevarse a cabo la construcción o plantación sobre la que se asentará luego la propiedad superficiaria, el superficiario será titular de un derecho real y no de un derecho personal⁸⁴.

Explicando magistralmente lo dicho anteriormente nos dice Mariani de Vidal que en el caso de la concesión del derecho a construir o plantar, se dice que en esa facultad reside una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una propiedad superficiaria y, si la construcción o plantación no se lleva a cabo, no existirá propiedad superficiaria pero si derecho real de superficie⁸⁵.

⁸³ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7º edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 125 y ss.

⁸⁴ *Ibidem*.

⁸⁵ *Ibidem*.

Esta categorización resulta acertada, según la Dra. Mariani de Vidal, por dos motivos. Así en caso de que el derecho a construir o plantar otorgado al superficiario fuese de naturaleza personal, sería difícil de explicar por qué, una vez realizada la edificación o plantación, el derecho se transforma en forma automática de derecho personal a derecho real. El segundo motivo, porque en caso de tratarse de un derecho personal, que es siempre de alcance relativo, podría llegar a ser ineficaz en caso de enajenación del inmueble por el nudo propietario.

En síntesis; en ambas modalidades estamos en presencia de un derecho de naturaleza real y por tanto existirá desde el momento de su constitución un poder autónomo y oponible *erga omnes*, incluso ante el nudo propietario y sus sucesores.

Ahora bien, habiendo determinado ya que el derecho de superficie es, en ambas modalidades, un derecho real, nos toca ahora determinar si se trata de un derecho real sobre cosa propia o un derecho real sobre ajena.

Para poder determinar eso es necesario distinguir nuevamente entre las dos modalidades que puede asumir el derecho real de superficie.

Así, cuando el derecho real de superficie recae sobre una construcción o plantación que ya existe en un inmueble, es claro que la superficie nace directamente como derecho real sobre cosa propia, pues recae sobre la construcción o plantación que ya existe y que pasa a ser propiedad del superficiario, en forma separada de la propiedad del suelo, originándose así directamente la propiedad superficiaria⁸⁶

Esto es así porque al constituirse la superficie se desdobra por un lado la propiedad del suelo, que permanece en cabeza del constituyente y por la otra la propiedad de lo construido o plantado, que pasa a ser propiedad del superficiario.

Pero cuando la superficie se presenta como el derecho real que permite edificar y plantar en suelo ajeno y adquirir, luego, la propiedad de lo edificado o plantado, con

⁸⁶ Conf. Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F, 1415

independencia de la propiedad del suelo la doctrina entiende que presenta en dos planos⁸⁷.

En el primer plano, que se da como facultad para realizar la construcción o plantación, se presenta como derecho real sobre una cosa ajena, que es el suelo asiento de la construcción o plantación.

El segundo plano se manifiesta cuando la construcción o plantación se concretan, y entonces el derecho se convierte en derecho real sobre cosa propia (lo construido o plantado) que es la propiedad superficiaria, respecto de la cual el superficiario tiene el poder de usar, gozar y disponer, bien que temporariamente. Cabe advertir que el superficiario, en esta modalidad, realiza la construcción o plantación con el fin de adquirir lo plantado, para adquirir lo plantado, y no con otra finalidad.

Al respecto el destacado jurista Luis Andorno afirma "el derecho real de construir o forestar es un derecho real que experimenta una curiosa metamorfosis, pues nace sobre cosa ajena y se convierte en derecho real sobre la cosa propia cuando se efectúa la construcción o forestación, dando origen a la propiedad superficiaria."⁸⁸

Concordantemente, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en Rosario en el año 2.003, la doctrina se pronunció respecto a la naturaleza jurídica del derecho de superficie forestal, que es el único admitido actualmente en nuestro ordenamiento jurídico.

En dicho encuentro la mayoría de los presentes consideró que se trata de un derecho real que admite en su desarrollo una categorización dual, tanto como derecho real sobre cosa propia cuanto como derecho real sobre cosa ajena. Dichas conclusiones, si bien se refieren a la superficie forestal, nos parecen aplicables al derecho real de superficie en general, sea cual sea la finalidad de la concesión, puesto que aquel derecho no es más que una especie o modalidad del género derecho real de superficie.

El Dr. Nelson Cossari, por el contrario, adopta una posición unitaria respecto a

⁸⁷ Conf. Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F, 1415; Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890.

⁸⁸ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890

la naturaleza jurídica del derecho real de superficie y nos dice “si bien el derecho sobre lo construido o lo forestado es un derecho real sobre cosa propia, un dominio temporal, la esencia del derecho de superficie, propiamente dicho, es posibilitar que la propiedad de lo construido se mantenga separada del dominio del suelo. En consecuencia, es el derecho real que permite que la obra sobre un inmueble no sea atraída por el derecho de propiedad sobre éste. Lo considera, por tanto, un *ius in re aliena*”⁸⁹.

8. Derecho Comparado

En la actualidad el derecho real de superficie es admitido en España, Francia, Italia, Portugal, Bélgica, Alemania, Suiza, Japón, Bolivia, Perú y el nuevo Código Civil de Brasil vigente desde el año 2.003, entre otros; aunque en cada legislación ha adoptado distintas modalidades⁹⁰.

Respecto a las regulaciones en la legislación comparada de los distintos temas que tratamos, nos remitimos a lo dicho en cada uno de ellos respecto al derecho comparado; puesto que consideramos más adecuado darle dicho tratamiento.

9. Función Económica y Social del Derecho de Superficie

La admisión y regulación del derecho real de superficie está fundamentada principalmente en la función económica y social que este puede desempeñar.

Por ello se trata de una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez más mayor importancia.

Así, teniendo en cuenta la función social que la propiedad esta llamada a cumplir en nuestros días, el derecho real de superficie se presenta ante nosotros como una

⁸⁹ Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

⁹⁰ *Ibidem*.

herramienta sumamente valiosa, puesto que nos permite, al decir Musto⁹¹ “disociar el dominio del suelo, del derecho a construir, a urbanizar, a producir diversas especies y a forestar”. A las finalidades enunciadas, nosotros podemos agregarle la posibilidad de producir, mediante la introducción de molinos o aerogeneradores en la superficie de un predio ajeno, energía eléctrica de fuente renovable, sin necesidad de aumentar los costos adquiriendo el terreno sobre el cual se asentarían los mismos.

Este derecho real nos permite construir, plantar o edificar sobre suelo ajeno, normalmente a cambio de una contraprestación, o directamente adquirir una obra o plantación o forestación ya existente; todo ello, sin necesidad de comprar el terreno o el inmueble sobre el cual se asientan las mismas⁹².

Se pretende, así, disminuir los costos de las construcciones, ante los altos precios del suelo. También posibilita que quien no tiene los fondos necesarios, o no quiere encarar nuevas obras sobre su terreno pueda, sin desprenderse del mismo, darlo en superficie para que el superficiario realice emprendimientos que quizás necesiten de grandes inversiones o de una organización empresarial que no quiere o no puede encarar el propietario⁹³.

Además, al término de la superficie, el titular dominial recuperará el dominio pleno sobre su suelo, tal vez enriquecido con importantes obras que aumentarán su valor en el mercado inmobiliario⁹⁴.

Estamos de acuerdo con el Dr. Cossari cuando dice que el funcionamiento del derecho real de superficie “tiene que ver también con la cultura moderna que, ordinariamente, no da espacio en su seno para obras perdurables. A una gran empresa hotelera, por ejemplo, puede interesarle construir y poseer su edificio en superficie,

⁹¹ Musto, Néstor J. y Musto, Claudia V. El Derecho Real de Superficie, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1° Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III. Pág. 1.829 y ss.

⁹² Cossari, Nelson. Ob. Cit

⁹³ Musto, Néstor J. y Musto, Claudia V. Ob. Cit.

⁹⁴ *Ibíd.* .

sabiendo que a su término la construcción será obsoleta, y de esa manera, abonar un precio menor por el uso del terreno⁹⁵.

Utilizando la figura de la superficie se pueden emprender grandes empresas.

Pero también, el derecho real de superficie puede convertirse en un medio para fomentar distintas actividades productivas, puesto que produce un abaratamiento de los costos.

Propende, por tanto, a la multiplicación de los emprendimientos productivos y a la dinamización de la economía.

Sin embargo, no debe creerse que el éxito de la superficie es automático, será muy difícil su implementación en la práctica por los particulares, hasta que no cambie la mentalidad social, en la que se encuentra tan arraigado el principio de accesión.

No bastará, entonces, con la sola recepción legislativa. Se necesitará además del cambio sociológico y sobre todo que la figura sea acompañada por una normativa impositiva y administrativa adecuada, que tiendan a su fomento.

Es fundamental que, a fin de promover el desarrollo económico y social para lograr bienestar y pujanza, el legislador esté atento a la necesidad social, y otorgue, por medio de la legislación, herramientas jurídicas válidas y seguras, en donde los particulares puedan encuadrar sus actividades productivas y minimizar, de alguna manera sus costos.

En este contexto el derecho real de superficie se erige como una alternativa sumamente válida, dadas sus ventajas; muestra de ello es su éxito en los países más desarrollados, en donde es admitido desde antaño.

⁹⁵ Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

10. Conclusiones finales del Capítulo

A modo de conclusión y haciendo una breve síntesis de todo lo dicho en el capítulo, tenemos que decir que, tal como está el panorama actual en el derecho argentino, no es admitido el derecho real de superficie en el Código Civil Argentino, puesto que no se encuentra instituido ni en el artículo 2.503, donde se enumeran los derechos reales permitidos por el codificador, ni en ninguna ley complementaria del Código Civil Argentino. Sólo se admite una modalidad, la Superficie Forestal, que es muy acotada respecto a su finalidad.

Pero, no obstante ello y para nuestra fortuna, el número cerrado en materia de derechos reales es cerrado desde el punto de vista del intérprete (incluidos los contratantes), pero no para el legislador, que puede crear cuantos derechos reales considere convenientes y dotarlos del estatuto regulador que estime adecuado.

Por ello, entendemos que en caso de admitirse en nuestro ordenamiento jurídico el derecho real de superficie –solución que nosotros propiciamos, aunque limitada al desarrollo de una actividad determinada, como es el caso del derecho real de Superficie Eólica -, tiene especial relevancia el principio de tipicidad.

Esto es así por el hecho de que al elaborar la normativa que será su estatuto regulador; el cual no podrá dejarse de lado por las partes por su carácter de normas sustancialmente de orden público, se requerirá suma claridad y precisión.

De lo contrario, las deficiencias en la legislación, motivarían que los operadores jurídicos no aconsejen a su cliente recurrir a esta figura para regular sus intereses. Además, cualquier diferencia de interpretación del juez a la hora de un conflicto derivaría en la falta de eficacia real de lo pretendido por las partes, frustrando la promoción del instituto en estudio como herramienta jurídica válida para la regulación de sus intereses privados.

Es necesario, por lo tanto, seguridad en cuanto al régimen aplicable, logrado mediante una legislación idónea y precisa y también su fomento mediante incentivos fiscales o de otra índole, hasta que el instituto logre predicamento en las actividades

productivas de los particulares, dado el arraigo que el principio de accesión tiene en la mentalidad social. De lo contrario, su regulación será letra muerta.

Desde el punto de vista de su utilidad económica y social, creemos que también es necesaria su incorporación a nuestro ordenamiento jurídico.

El derecho real de superficie puede convertirse en un medio para fomentar distintas actividades productivas, puesto que produce un abaratamiento de los costos y propende, por tanto, a la multiplicación de los emprendimientos productivos y a la dinamización de la economía.

En éste orden de ideas, consideramos que es importante que el legislador promueva, a través de herramientas legales idóneas –entre las cuales, la más destacable es la superficie a nuestro entender-, la inversión de los particulares en la actividad primaria energética, en pleno crecimiento y expansión por nuestros días; todo ello, además de la sustentabilidad ecológica de la actividad.

CAPITULO III

POTENCIAL ESTATUTO REGULADOR DEL DERECHO REAL DE SUPERFIE EÓLICA: ANÁLISIS DE DISTINTOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE REGULAN EL DERECHO DE SUPERFICIE

SUMARIO: 1. Introducción. 2. Definición. 3. Manifestaciones del Derecho Real de Superficie 3.1. Ius Aedificandi. 3.2. Propiedad superficiaria. 4. Objeto. 4.1 Extensión del Objeto. 5. Sujetos. 5.1 Legitimación 6. Plazo y Posibilidad de Renovación. 7. Modos de adquisición. 8. Causales de Extinción. 8.1 Efectos de la Extinción. 8.2 Abandono. 8.3 Destrucción. 9. Derechos y Deberes de las partes. 9.1 Derechos y Deberes del Superficiario. 9.2. Derechos y Deberes del Propietario del Suelo. 10. Derecho de preferencia o tanteo. 11. Consideraciones Finales.

1. Introducción

Habiendo analizado en el capítulo anterior el actual régimen de derechos reales vigente en Argentina y su necesaria influencia en la decisión de admitir y regular el derecho real de superficie en nuestro ordenamiento, nos abocaremos en el presente, al examen de distintos cuerpos normativos que han admitido al derecho real de superficie.

A tal efecto emprenderemos la tarea de analizar la regulación de la superficie en el Título VI denominado “Del Derecho Real de Superficie”, inserto dentro del Libro V del Proyecto de Código Civil del año 1.998, elaborado por los doctores Héctor Alegría, Atilio Aníbal Alterini, Jorge Horacio Alterini, María Josefa Méndez Costa, Julio César Rivera y Horacio Roitman; todos ellos eminentes juristas.

También nos abocaremos al estudio de la Ley 25.509 de Superficie Forestal, que regula la única forma admitida del derecho real de superficie, en nuestro ordenamiento jurídico en la actualidad.

Este particular derecho de superficie, constituido a favor de terceros, por los titulares de dominio o condominio tiene por objeto un “inmueble susceptible de forestación o silvicultura” y se constituye de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados, y a lo establecido en la Ley de Superficie Forestal (conforme al artículo 1° de la ley). Como podemos apreciar, el objeto del mismo resulta acotadísimo.

Por último, analizaremos detenidamente el Proyecto de Ley de Superficie Eólica, presentado en las Comisiones de Energía y Combustibles y de Legislación General de la Cámara de Diputados de la Nación por la Diputada Alicia Comelli, del Frente Popular Neuquino. Debemos poner de manifiesto, en este punto, que éste proyecto de ley, que fue el que despertó nuestra inquietud y motivó el tema en análisis en el presente trabajo final, tiene fecha de ingreso a Comisión en el mes de marzo del año 2.010 y hasta la actualidad no ha sido tratado en la Cámara de Diputados.

Mencionamos aquí, que también analizaremos las conclusiones de lege ferenda de la Comisión IV sobre derecho real de superficie de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en el año 1.985, dada su importancia doctrinal en el tema.

Respecto a los puntos sometidos a análisis en los distintos cuerpos normativos seleccionados, creemos necesario abarcar el régimen establecido para la superficie en profundidad. Por ello, los temas abordados serán: definición del derecho real de superficie, manifestaciones del mismo y régimen aplicable a cada una de ellas, objeto, sujetos, plazo y posibilidad de renovación, modos de adquisición del derecho real en estudio, las formas de extinción del mismo y los efectos que produce, los derechos y deberes de las partes y la posibilidad de establecer el derecho de tanteo.

Todos estos puntos, a nuestro criterio, son los que conforman el estatuto regulador del derecho real de superficie, sea éste admitido con carácter amplio para múltiples actividades como lo hace el Proyecto de Código Civil del año 1.998; o con carácter limitado a una actividad específica, tal como lo regulan la Ley 25.509 y el proyecto de ley de superficie eólica.

Por último, nos referiremos a la finalidad de éste análisis. Creemos que el estudio de estos dos instrumentos nos permitirá comprender cabalmente el funcionamiento del instituto en estudio.

Además, dada la recepción, en nuestro régimen de derechos reales, de los principios de principios de numerus clausus y tipicidad, ello nos resulta de vital importancia a la hora de proponer los lineamientos a seguir en su regulación, puesto que por los principios antes mencionados, las partes al hacer uso de éste instituto para regular sus intereses, deberán ajustarse a lo establecido en la ley, desde que su normativa es sustancialmente de orden público. No podrán, por tanto, hacer uso de la autonomía de la voluntad, salvo cuando expresamente la ley lo habilite.

Por ello, a fin de que el derecho de superficie eólica, en caso de ser admitido en nuestro ordenamiento, se convierta en una herramienta jurídica válida y útil para que los particulares regulen sus intereses por medio de ella, debe regularse en la ley en forma

clara, reduciendo las posibilidades de interpretación diversa por parte de los operadores del derecho; porque de lo contrario, se convertiría en una figura insegura desde el punto de vista jurídico y ello es absolutamente contrario a la finalidad que persiguen los particulares, al momento de constituir un derecho real para regular sus intereses.

Si esto fuese así, aunque el legislador la adopte entre las filas de los derechos reales disponibles para los particulares, a la hora de regular sus intereses esta figura no será de utilidad.

Por lo tanto pensamos, que de ello depende su éxito en la realidad negocial. Nos abocamos, por tanto, al análisis de la normativa antes mencionada.

Su éxito, depende en gran medida, de que surja del instrumento que la regula en forma clara el régimen jurídico aplicable.

2. Definición

En este apartado vamos a analizar las distintas definiciones proporcionadas por las fuentes en análisis, sea que se trate del derecho real de superficie en sentido amplio o de una especie determinada de aquel.

El Proyecto de Código Civil de 1.998⁹⁶ regula el derecho de superficie en el Título VI del Libro V denominado “De los derechos reales”. En el artículo 2018 nos proporciona una definición, estableciendo:

“Definición: La superficie es el derecho real de construir o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado, o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado que no exceda de cincuenta (50) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda de cincuenta (50) años contados desde su celebración.”

⁹⁶ Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2º Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires.

Consideramos que esta definición se alinea en una tendencia moderna en cuanto a la regulación del derecho de superficie, puesto que comprende en su definición las distintas modalidades del mismo.

Recoge, por un lado, el derecho de edificar o forestar, configurado como derecho real sobre cosa ajena, cuando reza “la superficie es el derecho real de construir o forestar sobre un inmueble ajeno y hacer propio lo incorporado...”

Pero también recepta la otra modalidad en que puede presentarse el derecho real de superficie; esto es, la propiedad superficiaria, cuando dice “o de adquirir una construcción o forestación ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento..”

En éste segundo caso, se configura como derecho real sobre cosa propia, que se adquiere con prescindencia del lugar de su emplazamiento.

Por otro lado, la Ley 25.509 de Superficie Forestal, define en su artículo 2º el específico tipo de superficie que regula de la siguiente manera:

“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.” Como vemos, también adopta las dos modalidades del derecho de superficie.

En el proyecto de ley de Superficie Eólica, presentado por la diputada Alicia Comelli, en el artículo primero se establece: “Definición. La superficie eólica es el derecho real de construir, sobre inmueble ajeno y hacer propio, uno o más molinos y sus accesorios, destinados a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica por un plazo determinado que no podrá exceder de treinta (30) años. Puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda los cincuenta (50) años desde su celebración

En esta ley, al contrario de lo establecido en los otros dos cuerpos normativos, sólo se prevé la posibilidad de construir, sobre el inmueble ajeno, uno o más molinos y sus accesorios y luego hacerlos propios. Es decir, solo regula el ius aedificandi, pero no regula la posibilidad de adquirir lo ya construido (en éste caso molinos) con independencia del suelo sobre el cual están incorporados. A nuestro entender, no hay motivos que justifiquen tal proscripción. Consideramos que sería adecuado incorporar dicha posibilidad, como explicaremos en el capítulo siguiente.

3. Manifestaciones del derecho de Superficie.

De la definición proporcionada por el artículo 2.018 del Proyecto de Código Civil de 1.998 se extraen las dos manifestaciones del derecho real de superficie, ampliamente difundidas en el derecho comparado.

En este sentido, baste notar que los propios autores del Proyecto de Código Civil de 1.998 dicen, en los fundamentos anexos al proyecto, que toman como fuente para la regulación de la superficie al Código Civil Italiano de 1.942, en el que se diseñan los dos planos del derecho de superficie.⁹⁷

Siguiendo con el análisis del derecho comparado, y en una tendencia contraria a la recogida por el Código Italiano de 1.942, nos recuerda el Dr. Cossari⁹⁸, la regulación de la superficie en el Código Civil brasileño, que cuenta con la particularidad de regular solamente una de las manifestaciones del derecho real de superficie. En este sentido, nos dice que el artículo 1369 del Código Brasileño dispone que “el propietario puede conceder a otro el derecho de construir o plantar en su terreno” y que por el principio del numerus clausus, que también rige en el sistema de derechos reales de aquel país, la posibilidad de adquirir una construcción o plantación ya existente no es posible, ya que no se encuentra específicamente admitida y regulada.

⁹⁷ Fundamento N° 285. Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2° Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 114.

⁹⁸ Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>

Ya en nuestro país, la Ley de Superficie Forestal, en el artículo 2 antes citado, consagra ambas modalidades. Esto se debe, en gran parte, a que el antecedente inmediato de la ley en la regulación de la figura, fue el Proyecto de Código Civil de 1.998.

Pasamos ahora a analizar en profundidad las dos formas de manifestarse el derecho real de superficie.

Pero primeramente creemos necesario destacar que en doctrina existen algunos autores que no están de acuerdo con la disgregación del derecho de superficie en estas dos modalidades, el derecho de edificar, construir o plantar y la propiedad superficiaria. La razón que esgrimen para fundamentar su afirmación radica en que es la configuración unitaria del derecho de superficie lo que le concede su autonomía como derecho real.

En este sentido, el Dr. Cossari dice “para nosotros, si bien el derecho sobre lo construido o lo forestado es un derecho real sobre cosa propia, un dominio temporal, la esencia del derecho de superficie, propiamente dicho, es posibilitar que la propiedad de lo construido se mantenga separada del dominio del suelo. En consecuencia, es el derecho real que permite que la obra sobre un inmueble no sea atraída por el derecho de propiedad sobre éste. Es un *ius in re aliena*”.⁹⁹

Compartiendo también ésta posición, el Dr. Gabriel de Reina Tartiere, considera que al derecho real de superficie debe asignársele un objeto de carácter unitario. Agrega luego que “su objeto será, justamente, la finca sobre la que se constituya, en cuanto a las utilidades que el aprovechamiento de su vuelo pudiera conferir al superficiario, y siempre conforme al contenido que las partes hubieran querido otorgarle en el título constitutivo”.¹⁰⁰

Nosotros, por el contrario, consideramos fundamental distinguir entre ambas manifestaciones, puesto que la regulación jurídica aconsejable para cada una difiere.

⁹⁹ Cossari, Nelson, Ob. Cit.

¹⁰⁰ De ReinaTartiere, Gabriel. Derecho Real de Superficie Forestal. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2.003. Pág. 26 y ss.

Esta, además, es la postura mayormente propiciada por calificada doctrina, tanto nacional como extranjera¹⁰¹.

Es, también, el lineamiento recogido, por el Código Civil Italiano de 1.942, el Proyecto de Código Civil de 1.998 y la Ley 25.509 de Superficie Forestal en Argentina, como pudimos ver anteriormente.

Aclaración hecha, nos abocamos al análisis de las modalidades del derecho de superficie.

3.1 Ius Aedificandi

El denominado derecho de edificar, construir o plantar consiste básicamente en el derecho o facultad de usar un inmueble ajeno con una finalidad determinada; que es justamente la de llevar a cabo la edificación, construcción o plantación, para luego hacer propio lo edificado, construido o plantado. Se trata, además, de un derecho de carácter temporal.

Si bien han existido dudas al respecto, como ya lo hemos expuesto al tratar la naturaleza jurídica del derecho de superficie, es fundamental destacar el carácter real de ésta manifestación del derecho de superficie, puesto que se establece una relación directa e inmediata sobre una cosa ajena y oponible *erga omnes*. Se trata por lo tanto, de un derecho real.

Ahora bien, dentro de las distintas categorías de derechos reales, el derecho de edificar se presenta como un derecho real sobre cosa ajena, puesto que el inmueble

¹⁰¹ Propician esta solución entre otros: Kemelmajer de Carlucci y Puerta de Chacón, Derecho Real de Superficie. Ed. Astrea. Buenos Aires. Año 1.989. Pág. 29 y ss. Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890. Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F, 1415.

sobre el que se realizará la edificación, construcción o plantación seguirá perteneciendo al dominio del nudo propietario¹⁰².

Hay que tener en cuenta, para comprender cabalmente el funcionamiento del instituto, que no es sólo un derecho de construir, edificar o plantar, sino que el mismo también comprende la facultad de hacer propio lo incorporado, que es lo que interesa al titular del derecho. Este, por tanto, “es un poder autónomo y actual, en el cual reside también, el germen de una futura propiedad superficiaria, y de hecho, al terminar la plantación, aquella potestad se trocará en éste derecho.”¹⁰³

Según el Dr. Luis Andorno, “experimenta una curiosa metamorfosis” puesto que nace sobre cosa ajena “y se convierte en derecho real sobre la cosa propia cuando se efectúa la construcción o forestación, dando origen a la propiedad superficiaria”.¹⁰⁴

En consecuencia, si la construcción finalmente no se hace, no nacerá la propiedad superficiaria, pero si habrá existido derecho real de superficie. Por el contrario, cuando se construye, el derecho de construir agota su propia función y queda inerte, dando lugar a la propiedad superficiaria, que es la otra manifestación del derecho real de superficie. No obstante ello, si la construcción es destruida o demolida, éste renacerá.¹⁰⁵

También se presenta como un derecho temporal, puesto que si el superficiario no edifica en un plazo establecido, desde que se constituyó o desde que se destruyó lo construido, se extingue.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en el año 1.985, en el seno de la Comisión IV referida al derecho de superficie, se resolvió de *lege ferenda* que el derecho de edificar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno.

¹⁰² Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit.

¹⁰³ Cossari, Nelson. El Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de Reformas. El Derecho. T- 204 Pág. 887 y ss.

¹⁰⁴ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890

¹⁰⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. El Derecho Real de Superficie. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1.989.

Y con respecto a su temporalidad que “este derecho caducará si luego de transcurrido el plazo convenido, o en su defecto, el de cinco años de constituido, no se hubiere dado cumplimiento al objeto que originó el mismo”.

Con respecto a su regulación en las distintas fuentes, tenemos en primer lugar el Proyecto de Código Civil de 1.998 que no sólo admite esta modalidad, sino que además la regula en forma separada a la propiedad superficiaria, haciendo una diferenciación en cuanto al régimen jurídico aplicable.

Así, el régimen establecido para el *ius aedificandi* difiere del de la propiedad superficiaria, puesto que se distinguen claramente.

En éste sentido, el artículo 2.024 establece: Normas aplicables al derecho de construir o forestar: El derecho de superficie se rige por las normas del derecho de construir o forestar, si *no* se ejerce sobre una construcción o forestación concluida.

Además, el Proyecto de 1.998 dispone que confiere el uso, goce y disposición jurídica (artículo 2.026); sólo se origina por adquisición derivada y se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez años (artículo 2.026).

Por último, se establece que el derecho de construir o forestar puede ser hipotecado.

Por el contrario, para el caso de la propiedad superficiaria el artículo 2.027 dispone: Normas aplicables a la propiedad superficiaria: Si el derecho de superficie se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en un construcción o forestación ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria a la que se le aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en éste título.

La ley 25.509 que regula en nuestro país el derecho real de superficie forestal no hace una diferenciación de régimen aplicable, según la modalidad que adopte el derecho de superficie. A ambas se les aplica el mismo régimen.

Consideramos, en este aspecto, más acertado el doble régimen establecido en el Proyecto de Código Civil de 1.998, puesto que en esencia ambas manifestaciones del derecho real de superficie son absolutamente distintas. Una, la propiedad superficiaria, es un derecho real sobre cosa propia, un verdadero derecho de dominio, aunque temporal. La otra modalidad, el derecho de construir o forestar (en el Proyecto de 1.998) o de forestar únicamente (en la Ley 25.509) si bien es un derecho de carácter real, es un *ius in re aliena*.

3.2 La Propiedad Superficiaria

Esta modalidad del derecho de superficie se presenta como un derecho real sobre cosa propia, puesto que su objeto será lo construido, edificado o plantado en un inmueble.

Pero no debe perderse de vista que el inmueble sobre el que se constituya la superficie será ajeno para el superficiario, ya que el dominio de ese inmueble permanecerá en cabeza de su dueño, que pasará a ser nudo propietario, titular de un dominio imperfecto por hallarse desmembrado, en virtud del derecho de superficie constituido a favor de un tercero.¹⁰⁶

Este derecho puede nacer de dos maneras. La primera de ellas se configura cuando el superficiario adquiere una construcción, edificación o plantación ya existente, separadamente del dominio del suelo en el cual se asientan.

La segunda forma de arribar a la propiedad superficiaria se genera a partir del ejercicio del *ius aedificandi* por parte del superficiario, como explicamos en el punto anterior.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de Corrientes, del año 1.985, se resolvió de *lege ferenda*, respecto a éste tema que el derecho de superficie constituye un derecho real autónomo, que acuerda al superficiario la propiedad temporal sobre lo

¹⁰⁶ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 125 y ss.

edificado o plantado. Se recomendó, también su temporalidad, estableciendo que el derecho de superficie solamente podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años.

En el Proyecto de Código Civil de 1.998 se le aplica a la propiedad superficiaria un régimen distinto que a la otra modalidad del derecho real de superficie.

En éste sentido, el artículo 2.027 que establece: Si el derecho real de superficie se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción o forestación ya existente, se le aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en este Título.

A mayor abundamiento digamos que dicho dominio revocable, conforme al artículo 1905 del Proyecto es el sometido a condición o plazo resolutorio a cuyo cumplimiento el dueño debe restituir la cosa a quien la transmitió. La condición o el plazo deben ser impuestos por disposición voluntaria expresa, o por la ley¹⁰⁷.

Agregamos que según el artículo 1.907 la resolución tiene efecto retroactivo, salvo que lo contrario surja del título de adquisición o de la ley.

La Ley de Superficie Forestal, por su parte, da lugar en su normativa a las dos modalidades del derecho real de superficie, puesto que otorga al superficiario el derecho de “uso, goce y disposición jurídica sobre 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”, conforme a su artículo segundo.

Pero, por otro lado, no establece una regulación diferenciada para cada una de ellas, por lo que se aplica uniformemente el régimen de la ley para ambas modalidades.

En el proyecto de Ley de Superficie Eólica, solo se prevé la posibilidad de construcción sobre el inmueble ajeno, y hacer propios el/los molinos y sus accesorios, no previendo la adquisición de lo ya existentes.

¹⁰⁷ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en *Jurisprudencia Argentina* 2000 - II pg. 890

Por otro lado, al ser una copia casi literal del articulado del Proyecto de Código Civil de 1.998, luego regula la propiedad superficiaria, lo que a nuestro entender es contradictorio y genera confusión respecto al régimen aplicable. Por lo tanto, la única forma de arribar a la propiedad superficiaria que prevé es mediante el ejercicio del derecho de construir.

4. Objeto

Es éste uno de los elementos esenciales de cualquier derecho real, junto con el sujeto, puesto que la relación directa e inmediata típica de los derechos reales, se establece entre ellos.

Con respecto al objeto del derecho de superficie, en particular, resulta necesario hacer una distinción.

Así, si el derecho de superficie se constituye sobre edificaciones, construcciones o plantaciones ya existentes al momento de la constitución, aparecerá la modalidad de Propiedad Superficiaria, que es un derecho real sobre cosa propia.

El objeto del derecho real, en este caso, será la edificación, construcción o plantación existente, la cual puede ser categorizada como cosa de acuerdo al artículo 2.311¹⁰⁸. Reúne, además, los restantes requisitos exigidos por la ley para ser objeto de un derecho real, puesto que ese objeto tendrá existencia actual, y no futura.¹⁰⁹

La cuestión, en cambio, es un poco más compleja cuando el derecho real de superficie se presenta a la vida jurídica bajo la otra modalidad.

Así, cuando el derecho de superficie se constituye como el derecho de edificar, construir o plantar sobre un inmueble ajeno, con la facultad aneja de hacer propio lo incorporado, puede advertirse una dificultad en torno a la determinación de su objeto.

¹⁰⁸ Artículo 2.311, 1° párrafo, Código Civil Argentino: Se llaman cosas en este Código, los objetos materiales susceptibles de tener un valor.

¹⁰⁹ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit.

En éste supuesto, hasta que la edificación o plantación no sea realizada, el derecho del superficiario no recae sobre cosa propia, puesto que las plantaciones o edificaciones aún no existen al momento de la constitución del mismo y sin objeto actual no hay derecho real alguno. En éste caso, un sector de la doctrina considera que el objeto del derecho real de superficie será el inmueble ajeno, donde se llevará a cabo la edificación o plantación. Se trataría, por tanto, de un derecho real de goce del inmueble ajeno.¹¹⁰

Por el contrario, otro sector doctrinario, aunque minoritario, sostiene que el objeto de esta modalidad del derecho real de superficie, mientras no se ejerza el *ius aedificandi*, es el espacio aéreo situado sobre el terreno, que configuraría en este caso, el objeto propio, de existencia actual¹¹¹.

4.1 Emplazamiento y Extensión del Objeto

El Proyecto de Código Civil de 1.998 prevé la posibilidad expresa de que se extienda el objeto. Así, en el artículo 2.025 del mismo puede leerse: Emplazamiento y proyección. La construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal. 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.

Respecto a ésta norma, cabe destacar que para que pueda utilizarse una extensión mayor del inmueble afectado, es necesario que esto signifique una ventaja para el uso y goce del edificio o plantación.¹¹²

¹¹⁰ Así lo entienden, entre otros, Mariani de Vidal y Cornejo.

¹¹¹ Sería el caso de Linares de Urrutigoity y Pujol de Zizzias. Objeto del derecho real de superficie –con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25.509- Revista del Notariado. Buenos Aires. 2002, n° 867, pág. 41.

¹¹² Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890

Por el contrario, en la Ley de Superficie Forestal, el legislador no prevé una extensión del objeto expresa. Por tanto, para que el derecho de superficie pueda comprender una extensión del derecho mayor que la estrictamente necesaria para la forestación, sería necesario una cláusula expresa en el título constitutivo.

Por último, el proyecto de ley de superficie eólica establece en su artículo 7º: Emplazamiento y proyección. La construcción debe emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. 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.

Como vemos, es una réplica del artículo 2.025 del Proyecto de Código Civil de 1.998. Consideramos que en éste caso la copia literal desvirtúa el instituto. Las razones que nos llevan a tal afirmación son las siguientes. En el Proyecto de 1.998, la superficie regulada tiene un objeto sumamente amplio, puede forestarse y también construirse; pero la construcción a la que la norma se refiere es la posibilidad de edificar. Ello surge claramente de los fundamentos del Proyecto. Al respecto leemos: “Es razonable suponer que la superficie estimulará la construcción... es sorprendente la reconstrucción edilicia de Alemania, devastada por la guerra, al influjo de la superficie, como también las expresiones arquitectónicas que canalizó Francia. La preocupación de la legislación urbanística por ocuparse del derecho de superficie, denota su relevancia para el interés general”.¹¹³ En éste contexto es lógico que la norma prevea que la construcción deba emplazarse en el suelo o sobre construcciones ya existentes aún dentro del régimen de propiedad horizontal, puesto que es posible que se construya, por ejemplo, una vivienda o una habitación sobre una edificación ya existente.

Por el contrario, en el caso del derecho real de superficie eólica, que tiene un objeto tan acotado como es la producción de energía eléctrica a través de aerogeneradores, que son objetos de gran tamaño y se ubican en emprendimientos

¹¹³ Fundamento N° 285. Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2º Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 116.

eólicos de gran envergadura denominados parques eólicos, esta norma no tiene razón de ser.

Además, a diferencia del artículo 2.025 que si lo hace, no prevé específicamente la posibilidad de proyectar la construcción al subsuelo. A nuestro entender, hubiera sido preferible que esta posibilidad se estableciera específicamente, puesto que en los emprendimientos eólicos, gran parte de la construcción, referida a los cableados que transportan la energía producida por los aerogeneradores, se ubican bajo tierra. Lo mismo vale para los acumuladores para producir electricidad durante un tiempo, cuando el viento no sopla, que en algunos casos se ubican del mismo modo.

Además, como se trata de un derecho que implica una desmembración del derecho de dominio, puesto que traslada algunas facultades del propietario al superficiario, el alcance de las mismas, por regla es de interpretación restrictiva, por lo que podría generar inconvenientes para el superficiario, si no ha sido regulada la facultad de usar el subsuelo en forma expresa en el título constitutivo.

5. Los sujetos

Los sujetos son, por un lado el concedente o superficiante, que es el dueño del suelo, y que pasa a ser nudo propietario, puesto que luego de la constitución del derecho real de superficie será titular de un dominio desmembrado. Y por el otro lado, el titular del derecho real de superficie o superficiario.

5.1. Legitimación

El constituyente de la superficie es el titular del dominio con capacidad de disponer. Si el inmueble está sometido a condominio, se requiere el consentimiento unánime de todos los condóminos.

Con respecto a la legitimación para constituir el derecho real de superficie, en el Proyecto de Código Civil de 1998, se establece en el artículo 2.019 que, pueden constituir el derecho real de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

Por su parte, de la Ley de Superficie Forestal surge que solo puede constituir el derecho de superficie el propietario del inmueble o en caso de condominio, con el consentimiento de todos los copropietarios, puesto que se trata de un acto de disposición jurídica que desmembrara sus derechos.

A su turno, el proyecto de ley de superficie eólica repite el elenco de legitimados establecido en el proyecto de 1.998, es decir; los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.

Con respecto a la posibilidad de que los titulares del derecho real de propiedad horizontal constituyan éste derecho sobre el inmueble sometido a aquel régimen remitimos a lo dicho al tratar el objeto.

6. Plazo y Posibilidad de Renovación

El derecho real de superficie es, en esencia, temporario. Esto se debe a que tanto el legislador, en el caso de la Ley de Superficie Forestal, como la doctrina han estimado inconveniente que se prolongue en forma indefinida la desmembración del dominio, puesto que podría esterilizarlo.¹¹⁴

En este sentido, ya en la X Jornadas de Derecho Civil de 1985, en ocasión de expedirse la doctrina en forma favorable a la incorporación del instituto a nuestro derecho, se recomendó de *lege ferenda* que el derecho de superficie solamente podrá ser temporario, no pudiendo constituirse por un plazo menor de 15 años ni mayor de 50 años.

¹¹⁴ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 128 y ss.

El proyecto de Código Civil del año 1998, siguiendo las recomendaciones de las Jornadas antes mencionadas, establece un plazo máximo de 50 años, pero con la posibilidad de convenirse la renovación en forma “expresa”, por un lapso que no exceda de 50 años desde la renovación. (artículo 2.018).

La Ley 25.509 de Superficie Forestal, habla de un derecho temporario cuyo plazo máximo de duración podrá ser de 50 años. La ley establece que en caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a sus efectos; es decir que se considerara que la superficie ha sido constituida por el plazo máximo autorizado, en caso de que se hubiera pactado uno superior (conforme al artículo 6)

En cuanto a la renovación, este cuerpo normativo no la prevé expresamente, pero la doctrina entiende que se podrá hacer, puesto que no se lesiona la finalidad de la norma que es la de evitar el desmembramiento de la propiedad.

Pero, podrá pactarse la renovación siempre que se respete el máximo legal de 50 años, contados a partir de la constitución originaria e incluida la renovación.¹¹⁵

De acuerdo a la opinión de Marina Mariani de Vidal¹¹⁶, la ley no distingue, de modo que el plazo máximo de 50 años resultara aplicable para ambas modalidades.

Entendemos que la Comisión reformadora del año 1.998 ha otorgado un mejor tratamiento al asunto en cuestión, puesto que da pautas específicas al supuesto, otorgando mayor claridad a los contratantes.

El proyecto de ley de superficie eólica, por su parte, en el artículo 1º establece como plazo máximo de duración del derecho real que regula de treinta (30) años. Establece también que puede convenirse la renovación del plazo en forma expresa por un lapso que no exceda los cincuenta (50) años desde su celebración.

¹¹⁵ Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. El Derecho Real de Superficie. Editorial Astrea. Buenos Aires. Año 1.989. Pags. 55 y 56.

¹¹⁶ Mariani de Vidal, Marina. Ob. Cit.

Como podemos observar, modifica el plazo de 50 años establecido en las regulaciones anteriores, por el de 30 años, renovables en forma expresa por 50 años mas desde su celebración.

Creemos que ésta modificación puede estar relacionada al tipo de inversión específica que regula y el plazo probable de recuperación de la misma, en el cual, la forestación, por ejemplo, necesitaría de un mayor tiempo de producción en relación a los aerogeneradores que producen energía eólica, puesto que luego de instalados comienzan a trabajar inmediatamente.

Nosotros, en cambio, creemos conveniente mantener el plazo que adoptan los otros cuerpos normativos en análisis, puesto que se trata de un plazo máximo establecido en la ley; y en todo caso, de juzgarlo conveniente los particulares, pueden establecer un plazo menor libremente en el título constitutivo del derecho real.

Por último destacamos que ni el Proyecto de Código Civil de 1998, ni la Ley 25.509 ni el Proyecto de Ley de superficie eólica establecen un plazo mínimo de duración.

Creemos que es necesaria la regulación de un plazo mínimo. La razón que argüimos es la siguiente. Así como se establece un plazo máximo - responde a la naturaleza temporal del derecho de superficie - con la finalidad de impedir que la propiedad se mantenga desmembrada por demasiado tiempo y por tanto se vuelva improductiva; también consideramos que es primordial establecer un plazo mínimo. La finalidad del mismo consistiría en otorgar una tutela al superficiario, de manera tal de asegurarle, de alguna manera, que las actividades que realice - que pueden implicar por cierto una gran inversión en el caso de un emprendimiento eólico- tampoco se vuelvan improductivas, por el corto plazo para la explotación.

Además, lo que propiciamos es concordante con las recomendaciones de las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1.985, en tanto consideraron la conveniencia de establecer un plazo mínimo, el que establecieron en 15 años.

7. Modos de Adquisición

Con respecto al punto, las X Jornadas de Derecho Civil recomendaron de *lege ferenda* que el derecho de superficie se constituya por actos entre vivos o por disposición de última voluntad. Consagra, por tanto, la adquisición derivada.

A su turno, en el Proyecto de 1.998, dado la duplicidad de regímenes que establece, prevé que el derecho de construir o forestar solo se originará por adquisición derivada (de acuerdo al artículo 2.026), mientras que la propiedad superficiaria queda regulada en el punto, por las reglas del dominio revocable (conforme al artículo 2.027).

Según el Dr. Andorno el referido artículo 2026 del Proyecto de 1.998 “señala que el derecho de construir o de forestar sólo se origina por adquisición derivada., lo que significa indiscutiblemente un criterio limitativo”¹¹⁷. Y luego continúa diciendo que esto implica que el derecho de edificar o de forestar, solo se adquiere por contrato y tradición o disposición de última voluntad. Por el contrario, la usucapión constituye un modo originario de adquisición de la propiedad, por lo que el derecho de construir o de forestar no puede adquirirse por usucapión¹¹⁸.

Por otra parte, el derecho de construir o de forestar constituye un derecho real sobre inmueble ajeno y necesariamente, si el mismo nace de un contrato deberá ser formalizado por escritura pública, de acuerdo a de lo normado por el artículo 1.184 del Código Civil. Además, a los fines de su oponibilidad a terceros interesados será necesaria su inscripción registral.

Por su parte, el artículo 5 de la Ley 25.509 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 correspondiente, el que abrirá un nuevo folio correlacionado con la inscripción dominial antecedente.

¹¹⁷ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890 y ss.

¹¹⁸ *Ibidem*.

En virtud de dicho precepto, queda consagrada por la ley, la adquisición derivada del derecho de superficie forestal, de manera que la superficie forestal es un derecho real de origen convencional, sea cual fuere la modalidad que adopte.

Se descarta, consecuentemente, la adquisición originaria del mismo, quedando excluida la posibilidad de usucapir¹¹⁹. Además, no existe derecho real de superficie de origen legal.

El título suficiente para adquirir será, entonces, el contrato –gratuito u oneroso– que deberá ser otorgado por escritura pública, puesto que se trata de un derecho real sobre un inmueble, conforme al artículo 1.184 del Código Civil. El modo suficiente será la tradición. La ley también exige que el contrato sea inscripto en el registro de la Propiedad Inmueble, a los efectos de su oponibilidad respecto de terceros interesados¹²⁰.

Respecto al punto, el proyecto de Ley de superficie eólica reproduce el esquema previsto en el proyecto de Código Civil de 1.998.

Así, el artículo 8º del proyecto de ley de superficie eólica dice que el derecho de superficie eólica sólo se origina por adquisición derivada y se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez (10) años. Por su parte, el artículo 9º, siguiendo el esquema de Proyecto de 1.998 establece que si el derecho de superficie eólica se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción ya existente, se le aplican las reglas previstas para el caso de propiedad superficiaria a la que se le aplican las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles, en tanto sean compatibles y no estén modificadas por las previstas en esta ley. Rigen, por tanto, en este caso las normas previstas para el dominio revocable.

¹¹⁹ Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F, 1415.

¹²⁰ *Ibidem*.

8. Causales de Extinción

EL Proyecto de Código Civil de 1.998, sigue respecto a las causales de extinción, la línea de duplicidad de régimen, aplicando distintas normas, según se trate del derecho de construir o forestar o de la propiedad superficiaria.

De éste modo, en su artículo 2026 regula las causales de extinción del derecho de construir o de forestar. Las previstas son:

- 1) renuncia,
- 2) vencimiento del plazo,
- 3) cumplimiento de una condición resolutoria y
- 4) por el no uso durante diez (10) años.

Por otro lado, respecto a la propiedad superficiaria, declarara aplicables las normas del dominio revocable.

Además, siendo la propiedad superficiaria un derecho de dominio, aunque imperfecto, se extingue por las mismas causales por las cuales se extingue el dominio.

Pero además, si se tiene en cuenta que de acuerdo al artículo 2.027 del Proyecto de Código Civil de 1998, el derecho de superficie queda sujeto a las reglas del dominio resoluble sobre cosas inmuebles, en cuanto resultaren compatibles, se extinguirá al cumplirse el respectivo plazo o condición resolutoria pactados¹²¹.

Con respecto al no uso, queda descartada como causal de extinción para la propiedad superficiaria. Esto es así, porque en este punto hay que tener en cuenta que la propiedad superficiaria es una especie de dominio, y éste por su esencia no se extingue

¹²¹ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890 y ss.

por su no uso (supuesto que si produce la extinción del derecho de construir y forestar), dado que subsiste con independencia de su ejercicio¹²².

Según el artículo 1.885 del Proyecto de 1.998 el dominio es no se extingue aunque el dueño no ejerza sus facultades, o las ejerza otro, salvo que éste adquiriera el dominio por prescripción adquisitiva.

Además, es necesario señalar, que el artículo 2.021 del Proyecto de 1998 menciona de modo expreso al abandono, como causal de extinción de la propiedad superficiaria. Esta causal es diferente del no uso, que sólo extingue el derecho de construir o forestar.

Por último, el artículo 2.022 regula la extinción por consolidación, y dice: El derecho de superficie se extingue en todos los casos por su consolidación total con la propiedad. Los gravámenes constituidos por el propietario o por el superficiario continúan con los alcances propios de cada gravamen. De aquí se extrae que esta causal se aplica a ambas modalidades del derecho de superficie.

Es lógico que la consolidación traiga como consecuencia la extinción del derecho de superficie, puesto que este derecho real supone necesariamente la existencia de dos titulares de derechos reales ligados entre sí, el propietario del suelo y el superficiario. Si tales titularidades se unen en una misma persona, dejará de existir el derecho de superficie

Por su parte, la Ley 25.509 en su artículo 8° enumera las siguientes causales de extinción del derecho real de superficie forestal:

1. Renuncia expresa
2. Vencimiento del plazo contractual
3. Cumplimiento de la condición resolutoria pactada

¹²² Andorno, Luis O. Ob. Cit.

4. Consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario.

5. No uso por tres años.

Es importante advertir, que al no distinguir la ley, con respecto a las causales de extinción, entre el derecho de forestar y la propiedad superficiaria de lo forestado, todas las causales se aplican a ambas modalidades. Se diferencia en esto del Proyecto de Código Civil de 1.998.

De ésta forma, el no uso, al aplicarse a ambas modalidades del derecho de superficie, se producirá para el supuesto del derecho a forestar, cuando el superficiario no lleve a cabo la forestación o no la explote, una vez realizada y para el supuesto de la propiedad superficiaria, cuando no ejerza su derecho por el plazo de tres años, es decir, cuando no explota las plantaciones existentes¹²³.

Por último, el proyecto de ley de superficie eólica, como en todos los puntos anteriores, copia la normativa establecida en el Proyecto de 1.998. Así, el artículo 8° determina que el derecho de superficie eólica (que es el equivalente al derecho de construir o forestar del Proyecto de 1.998) se extingue por renuncia, vencimiento del plazo, cumplimiento de una condición resolutoria y por el no uso durante diez (10) años.

Respecto a la propiedad superficiaria, en éste caso, también se extingue, al igual que en el proyecto de 1.998 por las causales de extinción del dominio, dado que es una modalidad que aquel, pero además por vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición resolutoria pactada, dado su carácter de revocable, por abandono –causal específicamente prevista – y por consolidación.

¹²³ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 146 y ss.

8.1 Efectos de la Extinción

Los efectos derivados de la extinción que establece el Proyecto de 1.998 son claros. Así cuando la extinción se produce por consolidación, el artículo 2.022 instituye que en este supuesto los gravámenes constituidos por el propietario o el superficiario continúan con los alcances propios de cada gravamen.

Por tanto, si el derecho del superficiario se extingue por consolidación, ya sea a través de la vía de la sucesión mortis causa o bien por actos entre vivos, los gravámenes reales (como por ejemplo hipoteca) o personales constituidos tanto por el propietario, cuanto por el superficiario, subsistirán, con sus mismos alcances, como si el referido derecho de superficie no se hubiera extinguido. El Dr. Andorno considera que tales gravámenes no podrán subsistir más allá del plazo convenido en la superficie¹²⁴.

Por otro lado, el artículo 2.021 instituye la subsistencia y transmisión de las obligaciones del superficiario. Aquí el artículo citado preceptúa: La renuncia por el superficiario del derecho de construir y forestar, su desuso o el abandono de la propiedad superficiaria, no lo liberan de sus obligaciones. La doctrina entiende que se trata de las obligaciones que el superficiario adquiere respecto del titular del inmueble, como sería, por ejemplo, pagar el canon cuando el derecho se ha constituido a título oneroso.

Al respecto, puede leerse en los fundamentos del proyecto que la finalidad inmediata de esta solución es “propender al efectivo cumplimiento de las obligaciones que asume el superficiario, imprescindible para el funcionamiento del sistema, y superar disputas interpretativas a las que se asiste en la doctrina comparada”¹²⁵

Respecto a los efectos de la extinción en relación del titular del inmueble el artículo 2.023 dispone: En todos los casos, producida la extinción del derecho de superficie, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones o

¹²⁴ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890 y ss.

¹²⁵ Fundamento N° 285. Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2° Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 116.

forestaciones efectuadas que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario.

Esta obligación de indemnizar al superficiario en la medida del enriquecimiento tiene su fuente en el Código de Portugal, del que la comisión redactora lo adopta.

Es importante destacar, que en éste punto se estableció una solución contraria a la propugnada por la doctrina en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1.985, donde se recomendó de *lege ferenda* que una vez extinguido el derecho de superficie, el propietario del suelo se convierta en titular de lo edificado o plantado, sin compensación al superficiario, salvo convención en contrario.

Pasamos ahora al análisis de la cuestión en la Ley 25.509. En relación a los efectos de la extinción del derecho de superficie forestal, el artículo 9º de la Ley dispone: La renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones. Coincide en esta solución con el proyecto de Código Civil de 1.998, siendo sus fundamentos los mismos, por lo que remitimos a lo dicho anteriormente.

Con respecto a los efectos en caso de extinción por consolidación, el artículo 10º establece: 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. Repite, por tanto la solución adoptada por el Proyecto de Código Civil de 1.998.

De acuerdo a la doctrina, éste artículo contempla las obligaciones que el nudo propietario y el superficiario hubieran asumido respecto de terceros, ya sean derechos personales o reales, al efecto de declararlas subsistentes, con el alcance convenido, aún cuando se produzca la extinción anticipada del derecho de superficie.¹²⁶

Ahora bien, producida la extinción de la superficie, dejando a salvo el caso anteriormente visto de la consolidación, la ley dejó un vacío respecto a la suerte de los

¹²⁶ Cossari, Nelson. Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de Reformas. El Derecho T-204, pág. 887 y ss.

derechos que pudo haber constituido el superficiario (entre los que se encuentra, por ejemplo, la hipoteca).

Para remediar tal situación, en las XIX Jornadas Nacionales de Derecho Civil se resolvió por unanimidad que: La solución prevista en el artículo 10 de la ley 25.509 en materia de extinción de la superficie forestal por consolidación, es aplicable, en lo pertinente, a los otros supuestos de extinción (artículo 8), salvo la causal de extinción por vencimiento del plazo.

Por último los efectos de la extinción de la superficie forestal, respecto del nudo propietario están regulados en el artículo 11° que dice: 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.

Esta es una consecuencia lógica de la extinción del derecho de superficie, el dominio deja de estar desmembrado y recobra plena vigencia el principio de accesión.

Respecto a la obligación de indemnizar al superficiario, que impone la ley para el dueño del inmueble, la doctrina considera que es una óptima solución, por ser justo que ante la falta previsión de las partes se establezca igualmente una indemnización, dado que evita un enriquecimiento sin causa.¹²⁷

Esta solución es análoga a la adoptada por el Proyecto de Código Civil de 1.998.

Respecto al proyecto de Ley de superficie eólica nos basta decir aquí que toma el régimen de efectos de la extinción del derecho de superficie del proyecto de 1.998, reproduciéndolo en su totalidad. Por tanto, todo lo dicho allí es aplicable a la extinción de esta especie de superficie.

Lo único que creemos que merece ser destacado, y que es un punto importante dada la especificidad de éste derecho real, es lo atinente a los efectos de la extinción con respecto al dueño del inmueble donde se enclavaría el emprendimiento eólico. Según el

¹²⁷ Cossari, Nelson. Ob. Cit.

proyecto de ley en análisis, al extinguirse la superficie, el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las construcciones que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento.

Ahora bien, el emprendimiento eólico tiene una particularidad, que consiste en que se incorporan al terreno ajeno aerogeneradores y todos los accesorios necesarios para su funcionamiento.

La construcción del mismo es muy costosa y compleja, dado que se necesitan maquinarias-como por ejemplo grúas- y equipos especiales para transportar los molinos, que llegan a medir hasta 50 o 60 metros, para luego incorporarlos al terreno y tender todas las instalaciones subterráneas necesarias para su funcionamiento. Pero debe atenderse, también, que así como se montó, puede desmontarse, sin daño para los aerogeneradores. Y ello es así, aunque las operaciones de desmantelamiento de un parque eólico también sean complejas y muy costosas. Por ello, creo que en la práctica, las partes van a hacer uso muy frecuentemente de la cláusula en contrario que habilita el proyecto de ley. Puesto que probablemente, ante la eventualidad de perder las altas sumas de dinero que se invirtieron en la adquisición de los equipos aerogeneradores, pacten específicamente con el titular del inmueble el desmantelamiento del parque eólico.

No obstante ello, nótese que la norma no obliga al superficiario a ceder al titular del terreno todo lo construido o incorporado, sino que solamente se limita a establecer que el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las construcciones que “subsistan”. Por lo que tranquilamente, podría realizarse el desmantelamiento del emprendimiento eólico.

Por lo demás, en caso de que subsistan construcciones al momento de la extinción del derecho de superficie, considero justo que el dueño del inmueble indemnice al superficiario, en la medida de su enriquecimiento.

8.2. Abandono

El artículo 2.021 del Proyecto de 1998 menciona de modo expreso al abandono, como causal de extinción de la propiedad superficiaria.

En cambio, en el régimen de la Ley de Superficie Forestal 25.509 se han generado dudas en la doctrina, respecto a si existe o no como una causal de extinción autónoma. Así, el artículo 9° al establecer que la renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones, ha dado lugar a distintas interpretaciones.

La Dra. Marina Mariani de Vidal entiende al respecto que “el abandono puede manifestarse de dos maneras: como un abandono expreso, en cuyo caso nos hallaremos en realidad ante una renuncia expresa o podrá tratarse de un abandono de hecho, que se evidenciará en la falta de ejercicio del derecho, en un no uso o desuso, pero entonces la extinción se producirá sólo si este desuso se extendiera por el término de tres años. Con lo que parecería que el abandono no configura una causal autónoma de extinción del derecho de superficie forestal, y que la norma hubiera utilizado los vocablos como sinónimos (“desuso o abandono”).¹²⁸ Coincidimos con la opinión precedentemente expuesta.

8.3. Destrucción

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, en el seno de la comisión IV, al tratar éste punto se recomendó de *lege ferenda* que el derecho del superficiario no se extinguiera por la destrucción de las obras, manteniéndose a los efectos de reimplantarlas, sin que por ello se modifique el plazo originariamente establecido. Además sujetó esta facultad de reconstruir a un plazo de caducidad de cinco años, operado el cual, la propiedad superficiaria quedará extinguida.

¹²⁸ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 148.

El Proyecto de Código Civil del año 1.998 recoge la doctrina antes señalada y regula el supuesto en el artículo 2.028 que reza: La propiedad superficiaria no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido o forestado, si el superficiario construye o foresta nuevamente en el plazo de diez (10) años, o en el menor que se determine.

Es decir, la propiedad superficiaria no se extingue por la destrucción de lo construido o forestado, sino que se otorga al titular del derecho de superficie la facultad de reconstruir o reforestar, aunque limitada en el tiempo.

El proyecto de 1.998, como vemos, admite expresamente el pacto en contrario, por lo cual las partes podrían establecer que en caso de destrucción total o parcial de lo construido o forestado el derecho real de superficie se extinga. Se autoriza, también, la posibilidad de acordar un plazo distinto del establecido en el artículo.

En la Ley de Superficie Forestal tampoco se extingue el derecho real de superficie, basta con que el superficiario realice nuevas plantaciones dentro de los 3 años, para que ello no suceda.

Como acertadamente apunta la doctrina, la finalidad de la ley con esta solución es mantener el inmueble productivo¹²⁹.

Según el artículo 7 de la Ley 25.509 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.

A diferencia del Proyecto de 1.998, la ley nada dice respecto de la posibilidad de que en el contrato se convenga que el derecho se extinguirá si se destruye lo plantado

¹²⁹ Cossari, Nelson. Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de Reformas. El Derecho T-204, pág. 887 y ss.

Según la opinión de la Dra, Mariani de Vidal “es muy dudoso que pactos como estos resulten admisibles al no estar expresamente autorizados por la ley, porque se hallaría involucrado el estatuto regulador del derecho de superficie.”¹³⁰

Con respecto al proyecto de ley de superficie eólica el artículo 10 dispone: Destrucción de la propiedad superficiaria. La propiedad superficiaria no se extingue, salvo pacto en contrario, por la destrucción de lo construido, si el superficiario construye nuevamente en el plazo de diez (10) años, o en el menor que se determine.

Todo lo dicho respecto del artículo de idéntico tenor del Proyecto de Código Civil de 1.998 resulta aplicable al presente.

Lo único que merece nuestra atención es la extensión del plazo de caducidad del derecho de reconstruir. Consideramos que, atento a la especificidad del derecho en estudio debería proponerse un plazo menor, puesto que la reconstrucción de lo destruido al tratarse de un emprendimiento eólico, no requiere mayor complejidad. Más aún, cuando para conservar la facultad de reconstruir, no es necesario terminar la reconstrucción en el plazo de diez años, sino que basta con iniciarla dentro del plazo expresado. Por otro lado, si no se inician las obras de reconstrucción podría mantenerse parada la actividad productiva por mucho tiempo, y ello es contrario a la finalidad de la creación del derecho de superficie eólica, que radica fundamentalmente en el fomento de la generación de energía eléctrica sustentable.

Por último, también avala nuestra tesitura la imposibilidad de cortar el suministro por mucho tiempo, dado que la energía eléctrica es un servicio público, uno de cuyos caracteres distintivos es la continuidad.

¹³⁰ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 143 y ss.

9. Derechos y deberes de las partes

9.1. Derechos y deberes del Superficiario

De acuerdo al artículo 2.026 del Proyecto de Código Civil de 1.998, el derecho de construir o de forestar otorga el uso, goce y disposición jurídica.

De acuerdo al artículo, entonces, nos encontramos en presencia del derecho de usar, gozar y disponer jurídicamente de un inmueble ajeno con la finalidad de edificar en el mismo o bien efectuar una forestación.

El Dr. Andorno considera asimismo que el derecho de construir o de forestar resulta transmisible por actos entre vivos o mortis causa, habida cuenta que el referido artículo 2026 del Proyecto de 1998 consigna que dicho derecho concede, entre otras facultades, la de disposición jurídica del mismo, sin limitación alguna¹³¹.

Esto es concordante con lo resuelto en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1.985, que recomiendan de *lege refenda* que el superficiario pueda transmitir su derecho por actos entre vivos o mortis causa, estando facultado asimismo para constituir derechos reales de garantía.

Ahora bien, siendo transmisible el derecho de construir o forestar, el artículo 2.021 establece como corolario que la transmisión del derecho comprende las obligaciones del superficiario. Al respecto, en los fundamentos del Proyecto podemos leer: “Para propender al efectivo cumplimiento de las obligaciones que asume el superficiario, imprescindible para el funcionamiento del sistema, y superar disputas interpretativas a las que asiste la doctrina comparada, el Proyecto deja en claro que la transmisión del derecho comprende también las obligaciones del superficiario.”¹³²

Este artículo también reconoce, expresamente, entre las facultades jurídicas del titular del derecho de edificar, la de hipotecar éste derecho.

¹³¹ Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en *Jurisprudencia Argentina 2000 - II* pg. 890 y ss.

¹³² Fundamento N° 285. Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2° Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 116.

En tal sentido, en los Fundamentos del Proyecto se destaca que sobre la financiación del emprendimiento superficiario es destacable que en la regulación de la hipoteca se admite que puede recaer sobre el derecho de superficie, por cierto que en sus dos planos, esto es, sobre el derecho de construir o de forestar y sobre la propiedad superficiaria¹³³. Es decir, admite la posibilidad de que el objeto de la hipoteca sea el derecho de construir o forestar.

En concordancia con esto, el artículo 1.816 del Proyecto de 1.998 dispone: Son objeto de los derechos reales: a) las cosas que están en el comercio y b) los derechos en los casos previstos especialmente.

Por otro lado, es lógico que el titular de la propiedad superficiaria pueda constituir hipoteca, puesto que en este caso habrá una cosa inmueble actual sobre la que dicho gravamen recaiga. Además, al aplicársele las normas del dominio revocable, no pueden existir dudas.

Ahora bien, el derecho vigente en nuestro país en materia de derecho real de superficie está plasmado en la ley 25.509 de Superficie Forestal.

Debemos remitirnos en forma obligada a esta normativa para tener una base legislativa al respecto. Conforme al artículo 2º de la ley, el derecho real de superficie forestal confiere a su titular 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.

Según Nelson Cossari¹³⁴ deben diferenciarse aquí los derechos que concede el derecho a forestar y los que el titular tiene sobre la propiedad superficiaria.

¹³³ Fundamento N° 285. Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2º Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires. Pág. 116.

¹³⁴ Cossari, Nelson. Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de Reformas. El Derecho T-204, pág. 887 y ss.

Entonces, respecto al derecho a forestar, éste concede el uso y goce del inmueble sobre el que recae el derecho para los actos propios de la forestación, y por otro lado, la disposición jurídica de éste derecho.

Una vez realizadas las plantaciones o constituido el derecho sobre plantaciones ya existentes, el titular del derecho de superficie forestal tiene derecho al uso y goce de las mismas y la posibilidad de su disposición tanto material como jurídica.

Con respecto a la posibilidad jurídica de constituir derechos reales de garantía sobre el derecho a forestar, las opiniones en doctrina se hallan divididas, puesto que del artículo 2 de la ley no surge claramente la posibilidad de hipotecar el derecho a forestar.

Incluso algunos sostienen que el derecho de garantía al que se refiere el artículo 2 no es la hipoteca, puesto que ésta se constituye sobre el dominio¹³⁵.

No obstante ello, la posición mayoritaria en doctrina, propicia su admisión. En éste sentido Néstor Cossari dice que “debe interpretarse la ley en el sentido de permitir el derecho de hipoteca tanto sobre la propiedad separada como sobre el derecho a forestar”¹³⁶. Por lo tanto, se admite la posibilidad de constituir hipoteca en ambas modalidades del derecho de superficie. Nosotros, por nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta conclusión, como lo expondremos mas adelante.

Por último, debemos decir que el superficiario podrá transmitir sus derechos, tanto por actos entre vivos o mortis causa. Aunque la ley no dice nada al respecto, se extrae esta solución de la aplicación de los principios generales del derecho. Uno de los principales problemas que plantea esta ley consiste en que no establece específicamente que la transmisión del derecho comprende la transmisión de las obligaciones del superficiario, como lo hace el Proyecto de Código Civil de 1.998. Esto ha traído serias dificultades interpretativas a la doctrina, por lo que sería conveniente una modificación al respecto.

¹³⁵ Slemenson, Héctor. Un nuevo Derecho Real: El Derecho Real de Superficie Forestal. Publicado en el diario de La Ley del 18 de Septiembre de 2.003. Pág. 3

¹³⁶ Cossari, Nelson. Ob. Cit.

Con respecto a las obligaciones a cargo del Superficiario la ley 25.509 guarda silencio, por lo que ellas derivarán principalmente de título constitutivo del derecho de superficie. De éste modo, cuando la superficie es constituida a título oneroso, la obligación principal a cargo del superficiario será la de pagar el precio, que en doctrina recibe el nombre de *solárium*. Este podrá pagarse de una vez, o bien en cuotas.

En relación al proyecto de ley de superficie eólica diremos que reproduce textualmente las disposiciones del Proyecto de Código Civil de 1.998, por lo que nos remitimos a lo dicho más arriba. Así, conforme al proyecto de ley de superficie eólica se admitiría al titular de la propiedad superficiaria constituir hipoteca, pero también al titular del derecho de construir molinos y sus accesorios sobre un inmueble ajeno destinado a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica.

No obstante ello, en lo atinente al derecho de hipotecar consideramos necesario hacer una aclaración y sentar nuestra posición.

Veamos como lo regula el proyecto: Por el artículo 8 del proyecto se establece el principio de que el derecho de superficie eólica puede ser hipotecado, alcanzando por supuesto a ambas modalidades.

Pero además, por el artículo 12 dispone la modificación del artículo 3108 del Código Civil el que quedaría redactado de la siguiente manera:

Artículo 3108: La hipoteca es el derecho real constituido en seguridad de un crédito en dinero, sobre los bienes inmuebles o sobre el derecho real de superficie eólica, que continúa en poder del deudor.

Consideramos que si bien es admisible que el titular de la propiedad superficiaria, atada a las normas sobre dominio revocable, pueda constituir el derecho real de hipoteca, no acordamos con la doctrina en que el derecho real de construir o plantar (o en el caso de la superficie eólica, de construir molinos y sus accesorios en un inmueble ajeno) pueda ser hipotecado. Además, considero que la inclusión hecha en el artículo 3.108 de nuestro Código Civil, rompe con el actual régimen de la hipoteca,

puesto que por regla no se admite que un derecho sea objeto de otro derecho, en éste caso la hipoteca.

Una solución de esa entidad, podría justificarse en cuerpos orgánicos, que regulen en forma concordante los distintos institutos, como lo era el proyecto de Código Civil de 1.998, pero esta inserción en nuestro régimen actual, parece un remiendo que mas que soluciones, traerá conflictos o simplemente será descartado por el peso propio de la realidad social.

Por todo ello, más allá de que en el caso de la Superficie Forestal se haya admitido - aunque por vía de una interpretación doctrinaria que a mi criterio hizo decir a la ley, lo que la ley no quiso decir – considero que para la implementación de la superficie eólica no debe admitirse la posibilidad de hipotecar el derecho de construir molinos y sus accesorios. En éste específico caso, existen otras posibilidades para lograr la financiación de los proyectos eólicos, como por ejemplo líneas de créditos otorgados por el estado, dada la necesidad impostergable que tiene éste de fomentar la actividad en cuestión.

9.2. Derechos y Deberes del Propietario del Suelo

En el Proyecto de Código Civil de 1.998, respecto al tema en análisis el artículo 2.020 establece que el propietario conserva la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero no puede turbar los derechos del superficiario. Si lo hace, el superficiario puede exigir el cese de la turbación.

Por lo tanto, aquí el propietario del inmueble puede constituir sobre él, tanto derechos reales como personales, en la medida en que sean compatibles con el derecho del superficiario.

También podrá realizar actos materiales sobre el suelo, siempre que no turben los derechos del superficiario.

El Proyecto recoge, en este punto, las recomendaciones dadas por la doctrina en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1.985, donde se estableció que el derecho de superficie no impide al dueño del terreno realizar obras en el suelo o subsuelo, siempre que ello no se traduzca en perjuicio para el superficiario.

Es decir, conserva amplias facultades de disposición, tanto materiales como jurídicas, sobre el inmueble.

Por el contrario, en la Ley de Superficie Forestal, los derechos del propietario del suelo se encuentran sumamente limitados.

El artículo 3º establece que el propietario del inmueble afectado a superficie forestal conserva el derecho de enajenar el mismo, debiendo el adquirente respetar el derecho real de superficie forestal constituido.

Por su parte, el artículo 4º dispone que el propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro derecho real de disfrute o garantía durante la vigencia del contrato, ni perturbar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación.

Al respecto dice Cossari¹³⁷ que “la prohibición de constitución de otros derechos reales de disfrute puede resultar entendible en tanto y en cuanto la intención del legislador haya sido despejar conflictos acerca de si éstos obstaculizan o no el derecho del titular de superficie forestal y asimismo intente por ésta vía otorgarle un derecho sumamente fuerte al superficiario”.

Pero con respecto a la prohibición de constituir derechos reales de garantía, la doctrina en general considera inadecuada la normativa, puesto que ello no perjudica los derechos del superficiario e impide toda posibilidad de recurrir al crédito. Consideramos correcta la apreciación de la doctrina, puesto que no hay motivos para privar al titular del inmueble de la posibilidad de que constituya una hipoteca sobre el mismo, dado que esto en nada perturba al derecho del superficiario.

¹³⁷ Cossari, Nelson. Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de Reformas. El Derecho T-204, pág. 887 y ss.

Además, resulta incongruente que no pueda hipotecar y si pueda vender, dado el principio de nuestro derecho que reza: quien puede lo más, puede lo menos.

Con respecto al Proyecto de ley de superficie eólica, enviamos a lo dicho al tratar el Proyecto de 1.998, dado que adopta sus normas.

10. Derecho de Tanteo

El derecho de tanteo consiste en el derecho de ser preferido, para el caso en que el superficiario o el nudo propietario decidieran enajenar su derecho, si ofrecen colocarse en igualdad de condiciones¹³⁸.

En las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Corrientes en el año 1985, la doctrina especializada, al tratar en la Comisión IV, el tema relativo a la admisión y posible regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico argentino, concluyo, respecto al derecho de tanteo o preferencia, que era recomendable su incorporación al estatuto del derecho real superficie. Al efecto, se estableció: Debe otorgarse derecho de tanteo tanto al concedente como al superficiario.

No obstante ello, en ninguno de los proyectos de reforma al código civil, este derecho ha sido receptado. Tampoco en el proyecto de ley de superficie eólica.

Es dable destacar, además, que la Ley 25.509, que regula el derecho real de Superficie Forestal, actualmente vigente en nuestro país, también ha hecho oídos sordos a la sugerencia de la doctrina, por lo que para esta modalidad de derecho de superficie vinculada a una explotación específica, tampoco se encuentra vigente. Por lo tanto, en caso de que el nudo propietario o el superficiario quieran ejercer este derecho, deben haberlo convenido expresamente.

¹³⁸ Mariani de Vidal, Marina. Derechos Reales. 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo III. Páginas 143 y ss.

11. Consideraciones Finales

Habiendo analizado en el presente, la regulación del derecho de superficie, en las tres modalidades presentadas, general (en el Proyecto de Código Civil de 1.998), Forestal, en la Ley 25.509 y la Superficie Eólica, cuya inclusión y regulación en nuestro ordenamiento propiciamos damos por finalizados el capítulo, para abocarnos, ahora sí, al desarrollo de nuestras conclusiones y propuestas.

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

SUMARIO: 1. Introducción 2. Conclusiones. 3. Propuestas.

1. Introducción

Con éste capítulo consideramos finalizado el presente trabajo de investigación, en el que realizamos un análisis sobre una cuestión que, estamos convencidos, en el futuro pueda ser una necesidad de nuestro país, como es la conveniencia de crear y regular el derecho real de Superficie Eólica.

En el presente, vamos a exponer nuestras conclusiones sobre el tema que hemos abordado y desarrollaremos las propuestas que consideramos pertinentes al respecto. Dicho esto, iniciamos el desarrollo del capítulo.

2. Conclusiones

Nuestro país ha sancionado la ley 26.190 que se propuso como objetivo: "...lograr una contribución de las fuentes de energía renovables hasta alcanzar el ocho por ciento (8%) del consumo de energía eléctrica nacional, en el plazo de diez (10) años" a partir de la puesta en vigencia del régimen de fomento que ella crea. Es decir que la Argentina tendrá que reconvertir su matriz energética para el año 2016.

Consideramos que esta medida legislativa responde al mandato constitucional de adecuar las actividades humanas productivas presentes, relativas tanto a bienes como a servicios, de manera que no pongan en peligro la satisfacción de las necesidades de las generaciones futuras. Responde, en síntesis, a la necesidad de hacer operativo el principio de desarrollo sostenible, consagrado en el artículo 41 de la Constitución Nacional.

Pero, también guarda relación con el imperioso mandato de la realidad, que indica que es necesario diversificar la matriz energética nacional, altamente dependiente de los combustibles fósiles, dados los cortes y falta de suministro de energía eléctrica que experimentamos casi a diario, tanto a nivel residencial como industrial. Más, teniendo en cuenta que la energía eléctrica es un servicio público

esencial, imprescindible para garantizar condiciones dignas de vida a los habitantes de la Nación.

Como hemos visto, Argentina posee una superficie apta para la producción de energía de fuente renovable, específicamente a partir de energía eólica pero sólo se explota un pequeño porcentaje¹³⁹. Ahora bien, consideramos que a fin de alcanzar la meta del 8% de energía renovable que impone esta la ley 26.190 es necesario que el Estado promueva el ingreso de los particulares al sector.

En éste contexto, concluimos que la utilidad del derecho real de superficie para la regulación de emprendimientos productivos de carácter privado es importante, pero específicamente ligada al fomento de un sector productivo estratégico, como es la energía eléctrica de fuente eólica, es innegable.

Las ventajas que aparejaría la utilización del derecho real de Superficie Eólica, cuya creación proponemos, en emprendimientos privados para la generación de energía eléctrica de fuente eólica, son a nuestro entender, entre otros:

1) Incrementar la superficie en proceso de explotación del recurso eólico (viento) que es inagotable y no contaminante: Permitirá que la inversión de quienes estuvieran interesados en explotar un terreno apto desde el punto de vista técnico no se viera entorpecida por la necesidad de adquirirlo ni por la natural resistencia que puede existir en el propietario a desprenderse con carácter definitivo de su finca. Además, en muchos casos no se justifica la adquisición del suelo, sino más bien que se requiere alguna figura jurídica que permita la coexistencia de diversas condiciones del dominio. Por otro lado, la restricción al dominio que provoca la instalación del parque eólico es relativamente baja, permitiendo la complementación de la explotación del recurso junto

¹³⁹ El principal dato de “cuánto viento aprovechable hay” sale de una función acumulada conocida con el nombre de Factor de Capacidad (FC). Zonas patagónicas muestran FC mayor a 45% pero no sólo ahí los vientos son aprovechables; zonas serranas en distintas provincias así como también a lo largo de la costa de la provincia de Buenos Aires (en cercanía a los grandes centros de consumo), arrojan resultados del orden del 35%. Cabe mencionar a modo de comparación que el FC promedio en Europa, en donde la industria está ampliamente desarrollada, ronda el 25%. Explicando esto, el informe de la Cámara Argentina de Energías Renovables dice “el potencial teórico de generación eólica en Argentina es muy elevado. Algunos estudios llegan a indicar que podrían instalarse más de 2.000 GW, valor equivalente a dos veces la capacidad de generación total actualmente existente en los Estados Unidos. Fuente: Informe del Estado de la Industria Eólica en Argentina. CADER.

con otras actividades, como la agricultura o la ganadería. Permitirá, además, al dueño del inmueble que no cuenta con los medios necesarios para realizar la inversión o simplemente no quiere correr riesgos mantener su inmueble productivo, a cambio de una contraprestación en dinero, que seguramente le garantizará una importante fuente de ingresos.

2) Facilitar el acceso a la explotación del recurso a sujetos con menor capacidad económica: La instalación de un parque eólico requiere de una inversión importante en la etapa de medición del recurso y de la construcción del parque. Esta figura permite al superficiario disminuir los costos, dado que no necesitará adquirir en dominio el inmueble donde se enclavará el emprendimiento eólico. El alto costo de la tierra en nuestro país configura un obstáculo, que impide que sea atractivo este tipo de negocios, en base a las figuras jurídicas que existen en nuestro ordenamiento positivo.

3) Otorga al titular del emprendimiento mayor seguridad jurídica, puesto que la superficie concede protección real con las ventajas del *ius persequendi* y el *ius praeferendi* y además es transmisible. Por ello puede ser más atractiva para los particulares que la adquisición del dominio del mismo, puesto que es menos costosa. También, es preferible por la protección de carácter real y las amplias facultades a figuras alternativas que podrían utilizarse, como por ejemplo el arrendamiento de la finca.

4) Es sustentable desde el punto de vista social y ambiental. La primera, porque tiene en cuenta las consecuencias sociales de la actividad en todos los niveles. Así genera empleo, desde el punto de vista de los consumidores otorga calidad y continuidad en el servicio. En definitiva es sustentable desde el punto de vista social porque es apta para mejorar de la calidad de vida de todos los habitantes. La segunda; porque es compatible con la preservación de la biodiversidad y de los ecosistemas, y evita la degradación del medioambiente. Además, el recurso viento es inagotable, por lo que su explotación es compatible con los criterios de sustentabilidad.

5) Multiplica la producción de energía eléctrica y diversifica la matriz energética nacional: Son los datos de la realidad los que indican que es necesario diversificar la

matriz energética nacional altamente dependiente de los combustibles fósiles. Además, la energía eléctrica escasea y esto nos lleva a importar combustibles, pagando por ellos precios siderales.

Concluimos, por todo lo dicho, en que las necesidades sociales y la realidad del tráfico comercial han cambiado ostensiblemente, desde la época en que Vélez Sarsfield razonó que el derecho de superficie "desmejoraría los bienes raíces y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos."¹⁴⁰

Las nuevas tecnologías imponen la necesidad de adecuar nuestros cuerpos normativos a los efectos de optimizar el desarrollo económico y social, para crear mecanismos de contratación idóneos que animen a los particulares a invertir en el sector.

Por ello concluimos en que el derecho real de superficie eólica posibilitará la realización de nuevos negocios entre propietarios y desarrolladores de emprendimientos eólicos, contribuyendo al incremento de la matriz energética en un marco de seguridad jurídica, y por tanto proponemos su creación y regulación legal.

Introduciéndonos ya en el régimen jurídico argentino en materia de derechos reales creemos necesario señalar, cuales son las consecuencias de la articulación del Derecho Real de Superficie Eólica con el sistema jurídico del que formará parte, en caso de admitirse.

En primer lugar, debemos tener en cuenta que en el sistema de derechos reales establecido por el Codificador, se encuentra vedado a los particulares la creación de los derechos reales que juzguen convenientes a sus intereses.

Por el contrario, en función del principio de *numerus clausus* que rige en la materia, los derechos reales son de exclusiva creación legal. En esto se diferencia el régimen de los derechos reales de la materia contractual, donde los particulares pueden

¹⁴⁰ Nota al artículo 2.503 del Código Civil Argentino.

crear libremente la figura que se adecúe a sus necesidades particulares y darle eficacia legal, tal como reza el artículo 1.197 del Código Civil.

La aplicación del principio del *numerus clausus* trae como consecuencia necesaria, que los particulares al elegir la figura jurídica de naturaleza real que regulará sus intereses, deban adecuar sus necesidades, para volcarlas en el marco jurídico de las figuras expresamente admitidas por el legislador.

Es decir, podrán elegir, pero dentro del catálogo de derechos reales admitidos en la ley.

Ahora bien, afortunadamente para nosotros, está claro que el número cerrado en materia de derechos reales es cerrado desde el punto de vista del intérprete (incluidos los contratantes), pero no para el legislador, que puede crear cuantos derechos reales considere convenientes, adoptando distintas figuras como derechos reales autónomos y dotándolos del correspondiente estatuto regulador que estime adecuado¹⁴¹.

Además, consideramos que, por la adopción del principio del *numerus clausus* nace para el legislador - como contrapartida de su exclusiva facultad de admitir, o no, un determinado derecho real- la importante responsabilidad de estar sumamente atento a las necesidades sociales, para dar vida a herramientas jurídicas idóneas, que permitan encauzar los intereses y actividades productivas de los particulares.

Máxime teniendo en cuenta que el derecho real otorga a los particulares una peculiar protección, que por ejemplo los derechos personales nacidos de contratos no otorgan, como con el *ius persequendi*, el *praefendi* y las acciones reales.

Pero creemos que la responsabilidad del legislador no termina aquí, dado que nuestro sistema de derechos reales implementa también, como corolario del principio del *numerus clausus*, el principio de tipicidad, por el cual el estatuto regulador de los derechos reales es sustancialmente de orden público, no pudiendo las partes apartarse de su regulación legal.

¹⁴¹ Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7º edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía. Tomo I, pág. 67

Concluimos en que por este principio de tipicidad, la responsabilidad del legislador aumenta más aún.

Y esto último, porque en su tarea de fijar el régimen aplicable a cualquier derecho real, en cuanto a los modos de adquisición, sujetos, objeto, derechos y obligaciones de las partes, modos de extinción y efectos de la extinción, medios de protección y acciones disponibles, entre otros aspectos, debe ser extremadamente cauteloso, de manera que quede claro para los operadores y destinatarios de la ley cual es el régimen aplicable.

El motivo de esto es que las partes no pueden apartarse de lo dispuesto en la ley, salvo que esta misma lo permita.

Habiendo establecido, a nuestro entender, la importancia de la implementación del Derecho Real de Superficie Eólica para el desarrollo del sector energético por las ventajas que éste aporta, concluimos en que es necesaria su creación. Y esto, por la sencilla razón de que puede convertirse en una figura legal sumamente idónea para ser utilizada por los particulares en los emprendimientos eólicos. Es además, una forma de incentivar la participación de los privados en el sector, lo que resulta de vital importancia, dada la jerarquía que tiene la producción de energía eléctrica para el desarrollo nacional.

Por último, hemos analizado los lineamientos en cuanto a la regulación específica que se adoptan para el instituto en el Proyecto de Código Civil de 1.998, en la Ley 25.509 de Superficie Forestal –única modalidad del derecho real de superficie admitida actualmente en nuestro derecho positivo- y en el proyecto de ley de superficie eólica que ha sido presentado para su tratamiento en Comisión, por la Diputada Alicia Comelli en el año 2.010.

Estos recogen, respecto a la regulación del derecho de superficie, los antecedentes de derecho comparado más idóneos a nuestro entender, y las recomendaciones de la más caracterizada doctrina nacional en torno a su régimen.

Por todas las conclusiones expuestas, es que propiciamos la creación del derecho real de superficie eólica y su incorporación al catálogo de derechos reales admitidos por nuestro ordenamiento jurídico.

Proponemos también, los lineamientos que, a nuestro entender, deben seguirse en la elaboración de su estatuto regulador, los que en muchos casos se apartan de los antecedentes analizados.

Habiendo realizado nuestras conclusiones y explicado las motivaciones de nuestras propuestas, pasamos ahora a desarrollarlas in extenso.

3. Propuestas

1. Definición del Derecho Real de Superficie Eólica.

Proponemos la siguiente definición: La superficie eólica es el derecho real de construir o incorporar, sobre un inmueble ajeno, aerogeneradores o molinos y sus accesorios destinados a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica, y hacer propio lo incorporado; o de adquirir una construcción de esta naturaleza ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento, por un plazo determinado.

Entendemos que ésta definición recoge un criterio moderno en cuanto a la regulación del derecho de superficie, puesto que comprende en su definición las distintas modalidades del mismo.

Recogemos, por un lado, el derecho de construir o incorporar aerogeneradores y todos sus accesorios, sobre un inmueble ajeno, y hacer propio lo incorporado. Esta modalidad del derecho real de superficie eólica se configura como derecho real sobre cosa ajena.

Pero también es aconsejable incluir la otra modalidad en que puede presentarse el derecho real de superficie; esto es, la propiedad superficiaria, que queda receptada en

la definición que proponemos cuando dice “o de adquirir una construcción de esta naturaleza ya existente separada de la propiedad de su emplazamiento”.

En éste segundo caso, se configura como derecho real sobre cosa propia, que se adquiere con prescindencia del lugar de su emplazamiento.

En respaldo de nuestra propuesta destacamos que esta solución es la adoptada por el Proyecto de Código Civil de 1.998 y la Ley 25.509.

En el Proyecto de Ley de Superficie Eólica, por el contrario, sólo se prevé la posibilidad de construir, sobre el inmueble ajeno, uno o más molinos y sus accesorios y luego hacerlos propios, pero no regula la posibilidad de adquirir lo ya construido (en éste caso molinos) con independencia del suelo sobre el cual están incorporados. A nuestro entender, no hay motivos que justifiquen tal proscripción, por ello es adecuado incorporar dicha posibilidad en la definición que proponemos del Derecho Real de Superficie Eólica.

2. Manifestaciones del Derecho Real de Superficie Eólica.

Proponemos distinguir entre ambas manifestaciones, puesto que la regulación jurídica que propiciamos para cada caso difiere.

2.1 Cuando el derecho real de superficie eólica se manifiesta como “el derecho real de construir o incorporar, sobre un inmueble ajeno, aerogeneradores o molinos y sus accesorios destinados a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica, y hacer propio lo incorporado” estamos en presencia de lo que en doctrina se denomina *Ius Aedificandi*.

El mismo consiste básicamente en el derecho o facultad de usar un inmueble ajeno con una finalidad determinada; que es justamente la de llevar a cabo la construcción o incorporación de los aerogeneradores o molinos y sus accesorios, para luego hacer propio aquello que se ha incorporado, que es lo que en realidad interesa al titular del derecho.

Para nosotros, en este supuesto, el derecho real de superficie eólica es un derecho real sobre cosa ajena (el inmueble ajeno). Entendemos, además, que debe ser temporal.

Como explica magistralmente el Dr. Luis Andorno¹⁴², ésta manifestación del derecho real de superficie “experimenta una curiosa metamorfosis” puesto que nace sobre cosa ajena “y se convierte en derecho real sobre la cosa propia cuando se efectúa la construcción, dando origen a la propiedad superficiaria”

2.2 La otra manifestación del derecho real de superficie eólica que proponemos es la Propiedad Superficiaria. Este derecho puede nacer de dos maneras. La primera de ellas se configura cuando el superficiario adquiere una construcción ya existente, separadamente del dominio del suelo en el cual se asientan. La segunda forma de arribar a la propiedad superficiaria se genera a partir del ejercicio del *ius aedificandi* por parte del superficiario, como explicamos en el párrafo anterior.

Esta modalidad de superficie eólica es un derecho real sobre cosa propia, puesto que su objeto será lo construido o incorporado al inmueble (es éste caso los aerogeneradores o molinos y todos los accesorios necesarios para su utilización).

2.3 En cuanto al régimen aplicable a cada modalidad del derecho de superficie eólica proponemos distinguir, dado que la primera asume la naturaleza de un derecho real sobre cosa ajena y la segunda entendemos que se trata de un derecho real sobre cosa propia.

Proponemos, por tanto, que si el derecho de superficie se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción ya existente, se le apliquen las normas del dominio revocable sobre cosas inmuebles.

En cambio, cuando el derecho de superficie *no* se ejerce sobre una construcción concluida, debe regirse por reglas distintas, dado que se trata de un derecho real sobre cosa ajena.

¹⁴² Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1.998 en Jurisprudencia Argentina 2000 - II pg. 890 y ss.

3. Objeto del Derecho Real de Superficie Eólica.

Proponemos que esta particular especie de superficie, que está destinada a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica, pueda tener por objeto los inmuebles de los particulares pero, también, del Estado. Ello en atención al especial interés de éste en el desarrollo de esta actividad estratégica, que tiende a satisfacer el suministro de un servicio público, como es la energía eléctrica. Ahora bien, respecto a los inmuebles del Estado, hacemos una aclaración: sólo podría constituirse respecto de aquellos que están comprendidos en su dominio privado. Respecto a los inmuebles que forman el dominio público, sería necesario una ley especial al efecto, puesto que la figura en análisis no resulta aplicable. Proponemos, en definitiva, la actuación mancomunada del Estado y los particulares.

3.1 Emplazamiento y Proyección.

Respecto al emplazamiento y la proyección de la construcción que el superficiario realizará en el inmueble ajeno proponemos que el lineamiento a seguir sea el siguiente: la construcción puede emplazarse en el suelo, con proyección en el espacio aéreo y en el subsuelo

Prevedemos específicamente la posibilidad de proyectar la construcción al subsuelo. A nuestro entender, es preferible que esta posibilidad se establezca específicamente en la ley, puesto que en los emprendimientos eólicos, gran parte de la construcción, referida a los cableados que transportan la energía producida por los aerogeneradores, se ubican bajo tierra. Lo mismo decimos respecto de los acumuladores, que suelen utilizarse para producir electricidad durante un tiempo, cuando el viento no sopla, que en algunos casos se ubican del mismo modo.

Otra razón que nos asiste radica en que, como se trata de un derecho que implica una desmembración del dominio, puesto que traslada algunas facultades del propietario al superficiario, el alcance de las mismas, por regla es de interpretación restrictiva, por

lo que podría generar inconvenientes para el superficiario, si no ha sido regulada la facultad de usar el subsuelo en forma expresa en el título constitutivo.

3.2 Extensión del Objeto.

Proponemos que el derecho real de superficie eólica pueda comprender una extensión del inmueble afectado mayor que la necesaria para la construcción, pero que sea útil para su aprovechamiento.

Respecto a ésta propuesta, cabe destacar que para que pueda utilizarse una extensión mayor del inmueble afectado, es necesario que esto signifique una ventaja para el uso del emprendimiento eólico. Puede resultar de particular utilidad en el caso de lugares destinados a facilitar el acceso de personas o de objetos, para depósitos o pequeñas construcciones para alojamiento de máquinas de trabajo o herramientas que pueden utilizarse en el emprendimiento eólico.

Ésta es también, la solución adoptada por el Proyecto de Código Civil de 1.998 y el Proyecto de Ley de Superficie Eólica.

4. Sujetos legitimados para constituir el derecho real de superficie eólica.

Los sujetos del derecho real de superficie eólica son: el concedente o superficiante, que es el titular del dominio sobre el suelo, y el titular del derecho real de superficie o superficiario.

Respecto a la legitimación necesaria proponemos que estén habilitados para constituir el derecho real de superficie a favor de otro, los titulares de los derechos reales de dominio y condominio. Se exige, en este último supuesto, el consentimiento unánime de todos los condóminos, dado que se trata de un acto de disposición jurídica de su derecho, que quedará desmembrado.

5. Plazo del Derecho Real de Superficie Eólica y posibilidad de renovación.

El derecho real de Superficie Eólica es un derecho temporario. Proponemos la adopción de un plazo máximo de cincuenta (50) años, pero estableciendo específicamente en la ley, la facultad de los particulares de convenirse la renovación en forma “expresa”, por un lapso que no exceda de 20 años, a partir de la renovación.

Respecto a los fundamentos de la solución que proponemos, pensamos que si permitimos una renovación por un plazo mayor, la superficie se convertiría prácticamente en un derecho perpetuo y esto atenta contra su esencia que es ser un derecho real de carácter temporario, por implicar un desmembramiento del dominio.

A su vez, si bien el plazo máximo legal que propiciamos puede parecer demasiado extenso, de acuerdo al tipo de emprendimiento productivo que la superficie eólica propicia, consideramos conveniente establecerlo con esa amplitud, puesto que se trata de un plazo máximo establecido en la ley; y en todo caso, de juzgarlo conveniente los particulares, pueden establecer un plazo menor libremente en el título constitutivo del derecho real.

Por último, proponemos también la regulación de un plazo mínimo de duración en la ley. El plazo mínimo legal que consideramos conveniente es de 15 años.

El fundamento de nuestra propuesta es el siguiente. Así como se establece un plazo máximo con la finalidad de impedir que la propiedad se mantenga desmembrada por demasiado tiempo y por tanto se vuelva improductiva; también es necesario establecer un plazo mínimo.

La finalidad del mismo consiste en otorgar una tutela al superficiario, de manera tal de asegurarle, de alguna manera, que las actividades que realice - que pueden implicar por cierto una gran inversión en el caso de un emprendimiento eólico- tampoco se vuelvan improductivas, por el corto plazo para la explotación.

Destacamos, por último, que ni el Proyecto de Código Civil de 1.998, ni la Ley de Superficie Forestal ni el Proyecto de Ley de Superficie Eólica establecen un plazo mínimo de duración de carácter legal.

6. Modos de Adquisición del derecho real de Superficie Eólica.

Siguiendo la duplicidad de régimen que proponemos aplicar, según la modalidad que el Derecho Real de Superficie Eólica adopte, proponemos que:

6.1 Cuando el derecho de superficie eólica consista en “el derecho real de construir o incorporar, sobre un inmueble ajeno, aerogeneradores o molinos y sus accesorios destinados a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica, y hacer propio lo incorporado” sólo se adquiera por contrato, oneroso o gratuito, instrumentado por escritura pública y tradición de posesión.

Proponemos este criterio restrictivo por la razón de que en ésta modalidad el derecho real de superficie eólica es un derecho real sobre cosa ajena y por lo tanto solo puede ser creado por la voluntad de los particulares, que son los que deben decidir desmembrar o no su derecho de dominio.

El título suficiente para adquirir será el contrato –gratuito u oneroso- que deberá ser otorgado por escritura pública, puesto que se trata de un derecho real sobre un inmueble, conforme al artículo 1.184 del Código Civil.

El modo suficiente será la tradición. También debe exigirse que el contrato sea inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble, a los efectos de su oponibilidad respecto de terceros, conforme al artículo 2.505 del Código Civil.

6.2 Si el derecho de superficie eólica se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción ya existente, proponemos que se apliquen las reglas del dominio revocable. No adoptamos aquí un criterio restrictivo, dado que se trata de un derecho real sobre cosa propia, un verdadero dominio, aunque temporal. Rigen, por lo tanto, los modos de adquisición tradicionales de aquel.

7. Modos de Extinción del Derecho Real de Superficie Eólica.

Proponemos respecto a las causales de extinción, la línea de duplicidad de régimen, aplicando distintos modos de extinción, según se trate del derecho de construir o de la propiedad superficiaria. De este modo:

7.1 Cuando el derecho de superficie eólica consista en “el derecho real de construir o incorporar, sobre un inmueble ajeno, aerogeneradores o molinos y sus accesorios destinados a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica, y hacer propio lo incorporado” será un derecho real sobre un inmueble ajeno y las causales de extinción serán: 1) la renuncia del superficiario, 2) el vencimiento del plazo convenido, 3) el cumplimiento de una condición resolutoria pactada, 4) el no uso durante un plazo determinado, que proponemos en 5 años y 5) la consolidación.

Con respecto a los efectos de la extinción del derecho de superficie eólica, proponemos que tanto la renuncia por el superficiario del derecho de construir un emplazamiento eólico como su no uso, no lo liberen de las obligaciones personales asumidas frente al titular de dominio del inmueble.

7.2 Si el derecho de superficie eólica se constituye bajo la modalidad de propiedad superficiaria que consiste en una construcción ya existente, es un derecho real sobre cosa propia, un dominio revocable. Por lo tanto, siendo la superficie un derecho de dominio, aunque imperfecto, se extingue por las mismas causales por las cuales se extingue el dominio. Pero además, si se tiene en cuenta que el derecho de superficie eólica queda sujeto a las reglas del dominio revocable se extinguirá al cumplirse el respectivo plazo o la condición resolutoria pactados.

7.3 Por último nos resta señalar que si bien no la hemos mencionado expresamente como causal de extinción, la expropiación por causa de utilidad pública también puede erigirse como causal de extinción del derecho real de superficie.

Aquí merece la pena mencionarla especialmente, puesto que el derecho real de superficie cuya creación propiciamos – el derecho real de superficie eólica- tiene su razón de ser en la producción de energía eléctrica a partir del recurso eólico, y configura

por lo tanto una actividad productiva en la que el Estado tiene volcados intereses estratégicos, en función de la calificación como servicio público de la energía eléctrica.

Puede suceder, por tanto, que el Estado, como garante del bien común, esté especialmente interesado en expropiar un emprendimiento eólico de carácter privado, constituido sobre la figura jurídica del derecho real de superficie eólica.

7.4 Respecto a los efectos de la extinción en relación al titular del inmueble, entendemos que su derecho de dominio deja de estar desmembrado, recobrando plena vigencia el principio de accesión, como consecuencia lógica de la extinción de la superficie. Proponemos, en síntesis, que el titular del dominio del suelo se convierta en titular de lo construido. Pero, como contrapartida, nace para el titular de dominio del inmueble, la obligación de indemnizar al superficiario. De lo contrario se configuraría un enriquecimiento sin causa.

Proponemos, por ello, la siguiente solución: Producida la extinción del derecho real de superficie eólica, el titular del emplazamiento extiende su derecho sobre las construcciones efectuadas que subsistan, debiendo indemnizar al superficiario en la medida de su enriquecimiento, salvo pacto en contrario.

Es una solución acorde a los parámetros de justicia. Pero destacamos que el emprendimiento eólico tiene una particularidad, que consiste en que se incorporan al terreno ajeno aerogeneradores y todos los accesorios necesarios para su funcionamiento, y éstos pueden desmontarse, sin daño para los aerogeneradores. Por ello, la fórmula propuesta no obliga al superficiario a ceder al titular del terreno todo lo construido o incorporado, sino que solamente se limita a establecer que el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las construcciones que “subsistan”. Por lo que las partes podrían pactar libremente el desmantelamiento del emprendimiento eólico.

Considero que en la práctica, las partes van a hacer uso muy frecuentemente de la clausula en contrario que proponemos admitir. Puesto que, ante la eventualidad de perder las altas sumas de dinero que se invirtieron en la adquisición de los equipos aerogeneradores, pacten específicamente con el titular del inmueble el desmantelamiento del parque eólico. Pero, para el caso de que subsistan construcciones

al momento de la extinción del derecho de superficie, consideramos justo que el dueño del inmueble indemnice al superficiario, en la medida de su enriquecimiento.

7.5 Merece especial tratamiento el supuesto de destrucción de la propiedad superficiaria. Entendemos que no es una causal de extinción del derecho real de Superficie Eólica, dado que uno de los derechos del superficiario que forma parte del estatuto normal del derecho de superficie, es la facultad de reconstruir.

Proponemos que la propiedad superficiaria no se extinga por la destrucción de lo construido, si el superficiario hace uso de su derecho de construir nuevamente dentro de un plazo determinado, salvo que en el título constitutivo las partes consignent lo contrario. Es decir, proponemos que los particulares puedan pactar expresamente que, en caso de destrucción de la propiedad superficiaria, se extinga el derecho real de superficie eólica.

Atento a la especificidad del derecho en estudio proponemos un plazo de tres años para el ejercicio del derecho de construir nuevamente, puesto que la reconstrucción de lo destruido al tratarse de un emprendimiento eólico, no requiere mayor complejidad. Más aún, cuando para conservar la facultad de reconstruir, no es necesario terminar la reconstrucción en el plazo de tres años, sino que basta con iniciarla dentro del mismo. Proponemos, además, que opere como un plazo de caducidad, por lo cual concluido el mismo, la propiedad superficiaria quedará extinguida, si no se hizo ejercicio de la facultad de reimplantar las obras.

Por otro lado, si no se inician las obras de reconstrucción podría mantenerse paralizada la actividad productiva por mucho tiempo, y ello es contrario a la finalidad de la creación del derecho de superficie eólica, que radica fundamentalmente en el fomento de la generación de energía eléctrica sustentable.

Por último, también avala nuestra tesis la imposibilidad de interrumpir el suministro por mucho tiempo, dado que la energía eléctrica es un servicio público, que requiere continuidad en su prestación.

8. Derechos y deberes de las partes.

8.1 Respecto al titular del dominio del inmueble proponemos que conserve la disposición jurídica y material que corresponde a su derecho, pero sin turbar las facultades del superficiario. Si lo hace, éste puede exigir el cese de la turbación.

No hay razón para limitar sus facultades tanto materiales sobre el inmueble, como jurídicas, como enajenarlo o gravarlo con hipoteca. El propietario del inmueble puede constituir sobre él, tanto derechos reales como personales, en la medida en que sean compatibles con el derecho del superficiario.

Por otro lado, la restricción al dominio que provoca la instalación de un parque eólico es relativamente baja, permitiendo la complementación de la explotación del recurso junto con otras actividades, como la agricultura o la ganadería.

8.2 Respecto al titular del Derecho real de Superficie Eólica proponemos un régimen diferenciado.

Cuando consista en “el derecho real de construir o incorporar, sobre un inmueble ajeno, aerogeneradores o molinos y sus accesorios destinados a la generación de energía eléctrica a partir de la fuente eólica, y hacer propio lo incorporado” proponemos que debe concederse el uso y goce del inmueble sobre el que recae el derecho para los actos propios de la actividad, y por otro lado, la disposición jurídica de éste derecho. Es decir, proponemos que sea transmisible. Esto es concordante con lo resuelto en las X Jornadas Nacionales de Derecho Civil de 1.985, que recomiendan de *lege refenda* que el superficiario pueda transmitir su derecho por actos entre vivos o mortis causa.

Proponemos, además, que se establezca expresamente que la transmisión del derecho comprende la transmisión de las obligaciones del superficiario, para evitar dudas interpretativas al respecto.

Si el derecho de superficie eólica se ejerce sobre una propiedad superficiaria que consiste en una construcción ya existente, el titular de la superficie eólica tiene derecho

al uso y goce de la misma y la posibilidad de su disposición tanto material como jurídica, dado que se trata de un dominio, aunque temporal.

8.3 Uno de los temas más controvertidos en la doctrina, es el atinente a establecer si el titular del Derecho Real de Superficie, en general, y en nuestro caso, de la Superficie Eólica, cuenta con derecho de constituir gravámenes reales.

Al respecto, la mayoría de la doctrina admite la posibilidad de constituir hipoteca en ambas modalidades del derecho de superficie. Nosotros, por nuestra parte, no estamos de acuerdo con esta conclusión.

Admitimos que el titular de la propiedad superficiaria, regida por las normas del dominio revocable, este facultado para constituir derecho real de hipoteca. La razón fundamental para admitir la posibilidad de hipotecar del titular de la propiedad superficiaria es que se trata de un derecho real sobre cosa propia, un verdadero dominio. Así, como propiciamos que la propiedad superficiaria sea regulada por el régimen del dominio revocable, entendemos que éste, naturalmente, puede siempre ser gravado, aunque los derechos que constituya su titular quedarán sujetos al efecto retroactivo que atribuye a la revocación el art. 2.669¹⁴³ del Cód. Civil, salvo pacto en contrario en el título de adquisición de ese dominio.

Por el contrario, proponemos que el titular del derecho real de construir o incorporar aerogeneradores o molinos y sus accesorios en un inmueble ajeno, no esté facultado para constituir hipoteca.

Es claro que, desde el punto de vista netamente jurídico puede admitirse que la hipoteca tenga como objeto un derecho. Para ello bastaría simplemente una modificación de la ley vigente, dado que los principios del numerus clausus y tipicidad rigen respecto de los particulares e intérpretes del derecho pero no para los legisladores, que podrían crear el derecho real que consideren necesario y con alcance que crean conveniente.

¹⁴³ Artículo 2.669 Código Civil Argentino: La revocación del dominio tendrá siempre efecto retroactivo al día en que se adquirió, si no hubiese en la ley o en los actos jurídicos que la establecieron, disposición expresa en contrario.

Pero, consideramos que desde el punto de vista de su implementación práctica en realidad resulta sumamente dificultoso, puesto que no resultará aceptable para las empresas financieras, a nuestro entender, que el objeto de su gravamen sea la facultad de edificar, de forestar o de construir molinos para producir energía eléctrica a través de la fuente eólica. No se presenta, a nuestro criterio, como garantía suficiente del cumplimiento de las obligaciones que el superficiario asuma o de la devolución del dinero entregado para emprender la construcción, y mucho menos como un bien fácil y rápidamente liquidable en una subasta judicial. Esto hará que en la práctica, sea letra muerta.

Por todo ello, más allá de que en el caso de la Superficie Forestal se haya admitido - aunque por vía de una interpretación doctrinaria que a nuestro criterio hizo decir a la ley, lo que la ley no quiso decir – proponemos que para la implementación de la Superficie Eólica no se admita la posibilidad de hipotecar el derecho de construir molinos y sus accesorios.

En éste específico caso, existen otras posibilidades para lograr la financiación de los proyectos eólicos. Dada la necesidad impostergable que tiene Estado de fomentar la actividad en cuestión, por el carácter de servicio público esencial para todos los habitantes de la Nación de la energía eléctrica, proponemos que la solución a los problemas de financiación de los particulares en la etapa de desarrollo y construcción del emplazamiento eólico, deban ser solucionados a partir de la acción mancomunada de los particulares y el Estado.

Bibliografía

General

- 1- Areán, Beatriz. Derechos Reales. 6° Edición Renovada y Ampliada. Ed. Hammurabi. Tomo I y II.
- 2- Mariani de Vidal, Marina. Derechos reales, 7° edición actualizada. Año 2.004. Editorial Zavalía Tomo I, II y III.
- 3- Proyecto de Código Civil de la República Argentina. Antecedentes Parlamentarios. 2° Edición. Año 2.000. Ed. La Ley. Buenos Aires.
- 4- Sagiés, Néstor Pedro. Elementos de Derecho Constitucional, Tomo II. Tercera Edición actualizada y ampliada. Ciudad de Buenos Aires. Editorial Astrea. Año 1999.

Específica

- 1- Andorno, Luis O. El derecho de superficie en el Proyecto de Código Civil de 1998 en Jurisprudencia Argentina 2000 – II.
- 2- Cossari, Nelson. Derecho Real de Superficie Forestal. Necesidad de Reformas. El Derecho T-204.
- 3- Cossari, Nelson. El Derecho Real de Superficie: Balance de la Legislación Argentina a la luz de los Congresos y Jornadas Nacionales de Derecho Civil, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1° Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III.
- 4- Cossari, Nelson, El derecho Real de Superficie: Las regulaciones legales del Siglo XXI en Cataluña, Brasil y Argentina. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba (República Argentina) disponible en <http://www.acader.unc.edu.ar>.

- 5- De Reina Tartiere, Gabriel. Derecho Real de Superficie Forestal. Editorial Ábaco de Rodolfo Depalma. Buenos Aires. 2.003.
- 6- Informe Energía y el reto de la sustentabilidad. Programa de Naciones para el Desarrollo (PNUD) Disponible a través de <http://www.undp.org/content/undp/es/home/librarypage/environment-energy/world-energy-assessment-overview-2004-update--spanish.html>
- 7- Informe sobre el estado de la Industria Eólica en Argentina, año 2009. Cámara Argentina de Energías Renovables. También disponible en <http://www.argentinarenovables.org/archivos/EstudioEolicoCADER2009.pdf>
- 8- Kemelmajer de Carlucci, Aída y Puerta de Chacón, Alicia. Derecho Real de Superficie. Ed. Astrea. Buenos Aires. Año 1.989.
- 9- Linares de Urrutigoity y Pujol de Zizzias. Objeto del derecho real de superficie –con especial referencia al derecho de superficie proyectado y a la superficie forestal de la Ley 25.509- Revista del Notariado. Buenos Aires. 2002, n° 867.
- 10- Mariani de Vidal, Marina. Derecho real de superficie forestal. Ley 25.509. La Ley 2002-F.
- 11- Musto, Néstor J. y Musto, Claudia V. El Derecho Real de Superficie, publicado en Homenaje a los Congresos de Derecho Civil. Edición literaria a cargo de Luis Moisset de Espanés. 1° Edición. Año 2.009. Córdoba. Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba. Tomo III.
- 12- Slemenson, Héctor. Un nuevo Derecho Real: El Derecho Real de Superficie Forestal. Publicado en el diario de La Ley del 18 de Septiembre de 2.003.

INDICE

1. Resumen.....	2
2. Estado de la Cuestión	4
3. Marco Teórico	6
4. Introducción	8

CAPITULO I

PRODUCCIÓN DE ENERGÍA DE FUENTE RENOVABLE: UNA ALTERNATIVA SOSTENIBLE EN ARGENTINA

1. Producción de energía de fuente renovable: Una alternativa sostenible.....	11
2. La cuestión en Argentina: El artículo 41 de nuestra Constitución Nacional y leyes complementarias del mismo.....	13
3. La situación fáctica en Argentina.....	17
4. Conclusiones.....	19

CAPITULO II

EL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU RELACION CON EL ORDENAMIENTO JURIDICO ARGENTINO

1. Introducción.....	23
2. Los derechos reales: noción y caracteres.....	24
3. Régimen de los derechos reales en Argentina.....	27
3.1. Sistema de numerus clausus.....	28
3.2. Principio de tipicidad.....	31

3.3. ¿El artículo 2614 del Código Civil y su prohibición de derecho real de superficie?.....	33
3.4. El principio de accesión.....	37
4. Definición de Derecho Real de Superficie.....	39
5. Evolución histórica.....	43
6. Modalidades del derecho de superficie.....	46
7. Naturaleza jurídica del derecho de superficie.....	48
8. Derecho comparado.....	51
9. Función económica y social del derecho de real de superficie.....	51
10. Conclusiones finales del capítulo.....	54

CAPITULO III

POTENCIAL ESTATUTO REGULADOR DEL DERECHO REAL DE SUPERFIE EÓLICA: ANÁLISIS DE DISTINTOS INSTRUMENTOS NORMATIVOS QUE REGULAN EL DERECHO DE SUPERFICIE

1. Introducción.....	57
2. Definición.	59
3. Manifestaciones del Derecho Real de Superficie.....	61
3.1. Ius Aedificandi.	63
3.2. Propiedad superficiaria.	66
4. Objeto.	68

4.1 Extensión del Objeto.	69
5. Sujetos.	71
5.1 Legitimación.....	71
6. Plazo y Posibilidad de Renovación.	72
7. Modos de adquisición.	75
8. Formas de Extinción.	77
8.1 Efectos de la Extinción.	80
8.2 Abandono.	84
8.3 Destrucción.	84
9. Derechos y Deberes de las partes.	87
9.1 Derechos y Deberes del Superficiario.	87
9.2. Derechos y Deberes del Propietario del Suelo.	91
10. Derecho de preferencia o tanteo.	93
11. Consideraciones Finales.	94

CAPITULO IV

CONCLUSIONES Y PROPUESTAS

1. Introducción.....	96
2. Conclusiones.....	96
3. Propuestas.....	102
BIBLIOGRAFÍA	115

