

UN NUEVO DERECHO REAL: EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE FORESTAL

HÉCTOR B. SLEMENSON

La Ley, 2002-E, 1219

SUMARIO: I. Un nuevo derecho real. — II. Definición. — Caracteres. — III. Breve análisis normativo de la ley 25.509. — IV. Ámbito de aplicación. — La ley 25.080 de inversiones para bosques cultivados. — V. Definición. — VI. Derechos y obligaciones del propietario. — VII. Adquisición del derecho real. Oponibilidad. — VIII. Duración y extinción del derecho real. Duración y extinción del derecho real. — IX. Efectos de la extinción del derecho real. — X. Colofón.

I. Un nuevo derecho real

La nueva ley 25.509 (sancionada el 14/11/2001 y promulgada de hecho el 11/12/2001) (Adla, LXII-A, 18) ha creado un nuevo derecho real, el *derecho real de superficie forestal*, el que, hasta la sanción de esta ley, no solamente no estaba contemplado en nuestro ordenamiento jurídico, sino que, más aún, estaba prohibido por nuestra legislación civil (anterior redacción del art. 2614, Cód. Civil).

Esto significa que, en nuestro sistema de *numerus clausus*, se agrega a la enumeración del art. 2503 del Cód. Civil, como inc. 8°, "*la superficie forestal*". Así lo establece expresamente el art. 13 de la ley en análisis.

II. Definición. Caracteres

¿Qué es el derecho de superficie?

El derecho real de superficie, "*Es el derecho real de usar, gozar y disponer perpetuamente o por muy largo tiempo sobre todo o parte de un edificio existente en un inmueble ajeno o el derecho a construir sobre un inmueble ajeno haciendo suya la construcción, generalmente constituido a título oneroso bajo la obligación de pago de solarium. También puede recaer sobre sembrados, independientemente de la propiedad del suelo. Se trata de un derecho transmisible mortis causa o por actos entre vivos*". ("Código

Civil y leyes complementarias", Bueres-Highton, t. 5, p.478, comentario al art. 2614, Cód. Civil).

Nuestra legislación, respecto de los derechos reales, es de "*numerus clausus*", esto es, que los derechos reales son de *número cerrado*, lo que significa que solamente existen los derechos reales creados por la ley, y no pueden de ninguna manera crearse por la voluntad de los particulares. Éstos podrán celebrar entre sí todo tipo de contratos, y por ende, crear todo tipo de obligaciones, con la limitación de que no afecten el orden público, la moral ni las buenas costumbres, pero bajo ningún concepto ningún tipo de derecho real que no esté expresamente descripto y reglamentado por la ley. Este concepto (de *número cerrado*) se vincula estrechamente con los de *orden público* y de *tipicidad* de los derechos reales. Respecto del *orden público*, entendemos que prácticamente toda la regulación legal referente a los derechos reales es inderogable por las partes, salvo lo que la ley *expresamente* deja al arbitrio de los particulares. En lo que concierne a la *tipicidad*, los derechos reales serán exclusivamente aquellos que se encuentren tipificados y reglamentados por la norma legal.

Nuestro codificador eligió el sistema del número cerrado de derechos reales, estableciendo que serán tales solamente los que están expresamente mencionados en la ley, y, específicamente, los establecidos en el art. 2503 del Cód. Civil, que dice: "*Son derechos reales: 1° el dominio y el condominio; 2° el usufructo; 3° el uso y la habitación; 4° las servidumbres activas; 5° el derecho de hipoteca; 6° la prenda; 7° la anticresis*". Debemos recordar al respecto, que la ley 13.512, creó el derecho real de propiedad horizontal (Adla, VIII-254).

La elección del sistema del "*numerus clausus*" conlleva el rechazo de cualquier tipo de derecho real que no esté expresamente legislado. Sin embargo, Vélez Sársfield llevó más allá esta prohibición mencionando expresamente en el art. 2614 la prohibición de la constitución del derecho de superficie, junto con la enfiteusis, censos, rentas ni vinculaciones.

En efecto, dice el art. 2614: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni de superficie...".

Respecto del pensamiento del codificador con relación al derecho de superficie, nada mejor que recordar que el propio Código Civil que en la nota al art. 2503, dice: "*No enumeramos el derecho de superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código, no pueden tener lugar. El derecho del superficiario consistía en poder hacer obras, como edificar casas, plantar árboles, etc. adherentes al suelo, sobre los cuales tenía un derecho de propiedad, independientemente del 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 perjudicara los derechos del superficiario así como el superficiario, no podía deteriorar el fondo del terreno.

En Roma, según las reglas del Derecho Civil, la propiedad de la superficie no podía ser distinta de la propiedad del suelo, lo que importaba decir no sólo que el propietario del suelo venía a ser propietario de todas las construcciones y plantaciones que él hubiese hecho con los materiales de otro, o que un tercero hubiese hecho en el suelo con sus materiales, sino también que el propietario del suelo no podía enajenar la superficie en todo o en parte, separándola del suelo; y si él, por ejemplo, hubiese vendido su casa solamente sin vender el suelo, el adquirente no venía a ser propietario de ella.

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 un largo tiempo.

El derecho de superficie, desde entonces, como una desmembración del derecho de propiedad, podía ser transmitido y enajenado en todo o en parte, gravado con usufructo o servidumbre, venir a ser el objeto de una acción de partición entre los herederos, si estaba indiviso, y susceptible de ser adquirido por prescripción.

Hemos juzgado que era más conveniente aceptar el derecho puro de los romanos y estar a las resoluciones generales sobre lo que se edificase y plantase en suelo ajeno. El derecho de superficie desmejoraría los bienes raíces, y traería mil dificultades y pleitos con los propietarios de los terrenos. ...".

Los dos últimos párrafos exponen a las claras el pensamiento del legislador respecto del derecho de superficie, y la política legislativa que siguió en el Código Civil.

La nueva ley, sin embargo, modifica totalmente este criterio, creando el nuevo tipo legal y eliminando su prohibición.

En efecto; el art. 13 de la ley 25.509, dice textualmente: "Agrégase al artículo 2503 del Código Civil como inciso 8° 'La superficie forestal'".

Y el art. 12 de la misma ley, dice: "Modifícase el artículo 2614 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera: 'Artículo 2614 Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfiteúticos, ni imponerles censos ni rentas que extiendan a mayor término que el de cinco años, cualquiera sea el fin de la imposición, ni hacer en ellos vinculación alguna'".

Es decir que esta nueva norma suprime la prohibición con respecto a la superficie, y establece, en el inc. 8° del Cód. Civil la superficie forestal.

Esta modificación del art. 2503 del Cód. Civil nos lleva a plantearnos el interrogante de si la creación de la superficie es en general, o si sólo se refiere a la superficie forestal de la ley 25.509.

Entendemos al respecto que, a la luz de lo establecido por el art. 1° de la ley 25.509, el único derecho real de superficie será el que pueda constituirse conforme lo previsto en la "*Ley de inversiones para Bosques Cultivados*", 25.080 (Adla, LIX-A, 88), no bastando la mera intención o la declaración de voluntad de las partes para que este derecho real esté correctamente constituido.

Y ello es importante para los terceros interesados en el estado jurídico del inmueble presuntamente gravado con derecho real de superficie, cuya garantía podrá verse fuertemente afectada por la existencia o inexistencia de este derecho real sobre tal inmueble, ya que en ningún caso tendrá el mismo valor venal un inmueble totalmente libre de gravámenes, que uno sometido a este derecho real.

Tratándose de un nuevo derecho, y, además, en el caso particular de la ley 25.509, de un derecho real especial, haremos un breve análisis de sus normas, puntualizando características y exponiendo algunos problemas que entiendo la ley suscita.

III. Breve análisis normativo de la ley 25.509

Dice el art. 1°: "*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*".

Este art. 1° crea el *derecho real de superficie forestal*.

Son sus características las siguientes:

- a) es un derecho real
- b) se constituye a favor de terceros
- c) sólo podrán constituir este derecho real los titulares de *dominio* o *condominio* de la cosa inmueble. Se plantea acá la cuestión de si el *usufructuario* puede constituir este derecho real sobre la cosa objeto de su usufructo.

En principio, parecería que no habría inconveniente en que el *usufructuario* constituyera sobre el inmueble usufructuado, si se dieran las condiciones en el mismo, un derecho real de superficie forestal. En efecto: conforme establece el art. 2807: "El usufructo es el derecho real de usar y gozar de una cosa, cuya propiedad pertenece a otro, con tal que no se altere su sustancia". Si la utilización del predio para silvicultura o forestación cumple con el principio de "*salva rerum substantia*", y no perjudica o desmejora para el futuro el bien dado en usufructo, aparentemente no habría problema para que el usufructuario constituyera un derecho real de superficie forestal a cambio de un canon periódico, o un precio, y bajo las condiciones establecidas de "*salva rerum substantia*", lo que significa que no se podrá desnaturalizar ni degradar el inmueble sobre el que se ha constituido el derecho real de superficie, cuidando que el mismo continúe siendo utilizable una vez cancelado dicho derecho, sirviendo para el fin para el que originariamente fue destinado conforme su naturaleza, posibilidades y los trabajos efectuados para tal fin.

Sin embargo, pensamos que ello no es jurídicamente posible, por varias razones. En primer lugar, porque de los propios textos legales se desprende que sólo el dueño o el condómino pueden constituir este derecho. En efecto, el artículo en análisis dice claramente quién o quiénes pueden constituir este derecho; ellos son, el *domine o propietario*, y el *condómino*. Además, el art. 2° dice que es un derecho real... "*sobre cosa propia.....*", lo que significa que, siendo la cosa propia solamente del dueño o los condóminos, estos y no otros pueden constituir tal derecho a favor de terceros, desmembrando el dominio del inmueble. En cuanto a estos últimos, deberán tenerse presentes las limitaciones a la disposición fáctica de la cosa de la que son titulares en carácter de condóminos.

En segundo lugar, porque conforme el art. 2814: "*No pueden ser objeto de usufructo, el propio usufructo, los derechos reales de uso y habitación, las servidumbres reales activas, separadas de los inmuebles a que fueren inherentes, la hipoteca, la anticresis, la prenda separada de los créditos garantizados con ella, y los créditos que fuesen intransmisibles*". Se trataría, respecto del derecho real de superficie forestal, de una prohibición por analogía a la de este artículo.

d) respecto de la cosa sometida al derecho real, habrá *dos* titulares de derechos reales, el *nudo propietario*, que será el titular del *dominio imperfecto* del inmueble, y el *superficiario*, que será el titular del *derecho real de superficie forestal*,

e) los *legitimados* para su constitución, son los titulares de dominio o condominio de un inmueble,

f) produce una *desmembración del dominio*, pues las facultades derivadas de su constitución estarán en cabeza del superficiario,

g) configura en consecuencia, un *dominio imperfecto*, cuyo carácter, como se dijera anteriormente, es de *dominio desmembrado* (art. 2661, Cód. Civil),

h) las condiciones de su constitución son altamente restringidas, pues, solamente se puede constituir sobre inmuebles

I) susceptible de forestación o silvicultura

II) que dicha forestación o silvicultura se realicen *de conformidad al régimen previsto por la ley de inversiones para bosques cultivados*, que lleva el número 25.080.

No se trata de un derecho real de superficie en sentido amplio, entendiéndose por tal la posibilidad de constituirlo sobre cualquier inmueble y en un sinnúmero de circunstancias, sino que el mismo está altamente restringido a situaciones muy particulares, no solamente del inmueble, sino también del fin o destino económico al que las partes lo quieren aplicar.

IV. Ámbito de aplicación. La ley 25.080 de inversiones para bosques cultivados

Esta ley instituye "un régimen de promoción de las inversiones que se efectúen en nuevos emprendimientos forestales y en las ampliaciones de los bosques existentes, como así también la instalación de nuevos proyectos forestoindustriales y las ampliaciones de los existentes, *siempre y cuando* se aumente la oferta maderera mediante la implantación de nuevos bosques (art. 1º, ley cit.). Dicha promoción comprende: "la implantación de bosques, su mantenimiento, el manejo, el riego, la protección y la cosecha de los mismos, incluyendo las actividades de investigación y desarrollo, así como las de industrialización de la madera, cuando el conjunto de todas ellas forme parte de un emprendimiento forestal o forestoindustrial integrado" (art. 3º, ley cit.).

Esta es una ley de promoción industrial y financiera, orientada exclusivamente a proyectos agroforestales en áreas aptas para realizar dichos proyectos, vinculados fundamentalmente con la producción maderera, mediante el uso de prácticas enmarcadas en criterios de sustentabilidad de los recursos naturales renovables.

De la breve exégesis de la ley 25.080 y su articulación con la 25.509, podemos observar cuál es el ámbito de aplicación posible de esta última,

como así también el estrecho campo dentro del cual funcionará la normativa de la misma y del derecho real que ella instituye.

En efecto: el derecho real de superficie forestal solamente se podrá constituir:

- a) sobre un inmueble rural
- b) cuyo objetivo económico sea la explotación agroforestal
- c) en las condiciones establecidas por la ley 25.080
- d) con las autorizaciones correspondientes de las distintas Autoridades de Aplicación
- e) y las respectivas inscripciones en las diferentes áreas
- f) debiendo existir un plan
- g) sometido a los criterios de sustentabilidad de los recursos naturales renovables
- h) con la finalidad de aumentar la oferta maderera
- i) mediante la implantación de nuevos bosques
- j) que, en definitiva deberá ser aprobado por la autoridad de aplicación.

Es por ello que la *mera declaración de voluntad* de las partes de afectar el inmueble, no será sustento legal suficiente para la constitución de este derecho real.

V. Definición

La ley, en su art. 2° define el derecho real en estudio de la siguiente forma: Art. 2°: "*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*".

De la definición legal, podemos extraer los siguientes elementos:

1) Se trata de un derecho real *autónomo*. Esta palabra es, por lo menos, confusa, y da lugar a controversia en lo que respecta a su sentido. Se plantea la duda de si este derecho real es autónomo en el sentido de ser *diferente* de los demás derechos reales establecidos en el art. 2503 del Cód. Civil, es decir, un derecho real más, como establece el art. 13 de le

ley, o se trata de un derecho real que *no es accesorio* de ningún contrato u otro acto jurídico, tal como sucede con la hipoteca, que es accesorio de un crédito. Nos inclinamos por la primera interpretación, en el sentido de que se trata de un nuevo derecho real, aunque creemos que el concepto es redundante, porque con lo normado en el art. 1º, que *crea* el derecho real, sería suficiente, y, para más, el art. 13 de la ley ratifica lo establecido en el art. 1º, con lo que su existencia independiente dentro de los derechos reales queda perfectamente asegurada.

2) "*sobre cosa propia*", significa que es el titular del dominio, el *dueño* quién establece este derecho real sobre el inmueble de su propiedad. Inmediatamente se nos plantea la pregunta de si el *usufructuario* podrá constituir este derecho real, ya que es titular del *dominio útil* del inmueble. Conforme lo viésemos en el análisis del art. 1º, el derecho real de superficie forestal es "*constituido a favor de terceros por los titulares de dominio o condominio sobre un inmueble propio....*". El art. 2º, como vemos, dice que se constituye "*sobre cosa propia*", y los arts. 3º y 4º de la ley, habla de "*El propietario.....*".

Esto refrenda la idea de que nadie más que el propietario podrá constituir este derecho real.

Por otra parte, en el art. 2842 del Cód. Civil se prohíbe expresamente la constitución de usufructo por parte del usufructuario.

La doctrina discrepa respecto de la constitución del uso y la habitación por parte del usufructuario. Por nuestra parte, como dijéramos anteriormente, creemos que si bien doctrinariamente sería factible tal constitución, implícitamente lo prohíben los artículos ya mencionados de la ley.

3) *Temporario* significa que está destinado a durar, como todos los derechos reales sobre cosa ajena, (salvo las servidumbres prediales), un tiempo determinado, que en este caso está establecido por el art. 6º, que dice: "*El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de ésta ley*".

Esta postura coincide con la asumida por nuestro codificador, claramente expuesta en las notas a los art. 2502 y 2503, en el sentido de propiciar que el dominio fuese en lo posible, perfecto, y que en general, los derechos reales constituidos sobre las cosas, tuvieran una duración limitada, volviéndose, a la larga, al dominio perfecto.

4) "*que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie*", es decir que otorga el *ius utendi* (el uso), el *ius fruendi* (el derecho a la percepción de los frutos), y el *ius abutendi*, en el moderno sentido de su

acepción, esto es, el derecho de enajenar la cosa, la facultad de disponer de la misma, y esta cosa consistirá en la *superficie del inmueble*, quedando al nudo propietario el dominio pleno del subsuelo del inmueble. Ello quiere decir que el superficiario podrá usar y gozar el inmueble de cuya superficie es titular, siempre que tal uso y goce lo sean de acuerdo a lo establecido por la ley 25.080, o sea que este uso, goce y disposición se efectuarán siempre que el *destino* del inmueble sea la explotación forestal conforme la ley 25.080. Este derecho real otorga a su titular los atributos de un verdadero *derecho real de dominio temporal sobre la superficie del inmueble*.

5) "*de un inmueble ajeno*" es una frase que trae confusión con relación a la idea de que se trata de "*un derecho real sobre cosa propia*", conforme surge del principio del artículo. La redacción es confusa y contradictoria. Esta aparente contradicción desaparece si se toman ambos conceptos, pensando que quién lo *constituye* debe ser el propietario, el *domine*, el dueño, que lo constituye sobre *cosa propia*, y que el beneficiario, o *superficiario* es quién ostenta el uso, goce y disposición jurídica de la *superficie* de un inmueble que tiene el carácter de ajeno.

6) "*con la facultad de realizar forestación o silvicultura*"; conforme lo que establece el art. 1º de la ley, más que una facultad, es una obligación, la de realizar forestación o silvicultura en los términos de la ley 25.080, actividad ésta que será la base sobre la cual se asentará el derecho real de superficie forestal, el requisito "*sine qua non*" de la posibilidad de su constitución. Si no hay un objetivo de silvicultura y forestación, y si dicho proyecto no se realiza en las condiciones de la ley 25.080, no habrá sustrato fáctico ni jurídico para la constitución del derecho real de superficie.

7) "*y hacer propio lo plantado, o adquirir la propiedad de plantaciones ya existentes*" las plantaciones existentes se deben adquirir conforme establece la ley 25.080, para someterlas a dicha ley, o debiendo adquirirse sobre inmuebles ya afectados a dicha ley.

8) "*pudiendo gravarla con derecho real de garantía*"; es decir que la superficie puede ser gravada con derecho real de garantía, que no será justamente de hipoteca, pues ésta se constituye sobre el dominio, sea este perfecto o imperfecto, mientras que en este caso, la garantía la constituye el superficiario, y recaerá materialmente sobre todo lo que esté plantado sobre el suelo, o lo que se plante eventualmente. Se plantea acá qué normas se aplicarán por analogía: si las correspondientes a la hipoteca o a la prenda, por ser los bosques y selvas cosas que pueden ser arrancadas de la tierra, con lo que se convierten, *de inmuebles por accesión* en *bienes muebles*. Pensamos que, en la medida en que la *superficie* sea la que

está gravada con un derecho real de garantía *superficiario*, todo lo que se encuentre adherido al suelo corresponde a esa garantía, y solamente se podrá preñar lo que esté ya desprendido del mismo. Por otra parte, si se garantizase el *cumplimiento* de alguna obligación con una garantía sobre el *derecho real de superficie*, éste es el que se podría ejecutar, y, en tal caso, y sin perjuicio de lo que establece el *art. 9°*, a más de la continuación de la vigencia de las obligaciones asumidas por el superficiario por parte de éste, un nuevo problema se plantea respecto de *qué obligaciones asume el nuevo superficiario* adquirente del derecho real en subasta pública, en caso de ejecución.

Respecto del plazo de duración, obviamente la garantía no podrá durar más del plazo que dure el derecho real de superficie, y al cabo del mismo el inmueble volverá al "domine" en las mismas condiciones jurídicas en que fuera entregado, salvo pacto en contrario.

Respecto del derecho real a constituirse como garantía del cumplimiento de obligaciones asumidas por el superficiario, entendemos que hubiera sido conveniente establecer y *nominar* la garantía real que se puede establecer sobre el derecho real de *superficie*, lo que, lamentablemente, no se ha hecho.

VI. Derechos y obligaciones del propietario

Los derechos y obligaciones del propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie, figuran en los *arts. 3° y 4°* de la ley.

Dice el *art. 3°*: "*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*". Ello significa que: a) el propietario puede enajenar el inmueble, pero b) el nuevo adquirente deberá respetar el derecho real ya constituido sobre el inmueble y lo adquirirá con dicha desmembración, por lo que el tipo de dominio que adquirirá será el de un *dominio imperfecto* (*art. 2661, Cód. Civil*), específicamente, se tratará de un *dominio desmembrado*.

El propietario del inmueble sometido al derecho real de servidumbre forestal conserva todos sus derechos respecto del subsuelo del inmueble, obviamente, siempre que no perturbe el derecho del superficiario. Puede en consecuencia, usar, gozar y disponer del subsuelo del inmueble. Es mucho más que un *nudo propietario*, con relación al inmueble, pues este último solamente inviste la calidad de dueño, pero no goza de ninguno de los derechos inherentes al dominio, ni tiene posibilidad de utilización material de la cosa que, como vimos, sí tiene el propietario del inmueble en lo que al subsuelo (y eventualmente al espacio aéreo) corresponde.

Sin embargo, las posibilidades jurídicas del propietario en lo que se refiere a la constitución de diversos derechos reales sobre el inmueble, son muy limitadas, pues, como muy explícitamente establece el art. 4º: “El propietario del inmueble afectado a derecho real de superficie forestal no podrá constituir sobre él ningún otro contrato, ni perturbar los derechos del superficiario; si lo hace el superficiario puede exigir el cese de la turbación”.

No vemos en qué perturbaría al superficiario que el propietario del inmueble celebrara un mutuo con garantía hipotecaria sobre el bien sometido al derecho real de superficie. El acreedor sabría perfectamente que hipoteca un inmueble sobre el que se ha constituido este derecho real, y que su garantía se extiende solamente al dominio del inmueble en las condiciones en que se encuentra, con las limitaciones de la ley, y especialmente del artículo en análisis, y tendría que evaluar el valor que como garantía tendrá el bien en caso de ejecución de la garantía por falta de pago. De todos modos, la ejecución en nada alteraría el derecho del superficiario, al que, mientras dure su derecho real, le será indiferente quién sea el propietario del inmueble, pues ninguno podrá perturbar su derecho, en tanto se respeten las normas legales.

Tampoco vemos el porqué de la prohibición al propietario de constituir un derecho real de usufructo sobre el inmueble, o permitir el uso, en su caso, del subsuelo, siempre que no perturbe la actividad económica del superficiario. Eventualmente, en nada afectaría al *superficiario* que el propietario del inmueble constituyera en el subsuelo del mismo, por ejemplo, una servidumbre de acueducto subterráneo, o de oleoducto, o el paso de cables de energía, siempre y cuando nada de esto perturbara la normal actividad del *superficiario*.

La clave de la interpretación del artículo en análisis está en la interpretación de que *el propietario del inmueble* afectado a un derecho real de superficie forestal, *no podrá constituir sobre él* ningún derecho real, entendiéndose por “él”, *el derecho real de superficie constituido*, y que, en realidad, lo que no puede el propietario del inmueble, es constituir ningún tipo de contrato o gravamen que pueda de ningún modo afectar la normal explotación del inmueble por parte del superficiario. Ésta debe ser la interpretación, pues, de lo contrario, al no poderse constituir derechos reales de garantía sobre el inmueble por parte del propietario del mismo, ni ningún otro derecho real, se estaría cercenando tanto las posibilidades jurídicas del propietario, que esto encarecería muchísimo la constitución del derecho real de superficie, pues su constitución significará que durante su vigencia, el propietario no podrá darle al predio ningún otro aprovechamiento económico. Además, parece ilógico que el superficiario pueda constituir derechos reales de garantía y el propieta-

rio constituyente no, cuando inclusive lo puede hacer el *nudo propietario* sobre su inmueble.

VII. Adquisición del derecho real. Oponibilidad

Dice el art. 5°: "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".

Al igual que el dominio y, en general, los derechos reales, la *superficie forestal* se adquiere mediante *título y modo*, esto es, *escritura pública* (art. 1184 incs. 1° y 8°) y otorgamiento de la *posesión* (art. 577 y concs., Cód. Civil).

Respecto de la *oponibilidad*, rige también la norma general del art. 2505 del Cód. Civil y 2° de la ley 17.801 (Adla, XXVIII-B, 1929), que declara perfeccionado el derecho real *frente a terceros* mediante la inscripción, que los hace *oponibles* a su respecto.

Es extraño que el legislador no haya establecido que este derecho real se pueda constituir solamente por *contrato*, y no por *acto de última voluntad*, lo cual, si no jurídica, es lógicamente posible de así haberlo autorizado la normativa, y además la falta de normativa en ese aspecto restringe aún más su utilización.

Este artículo nos indica claramente que el *origen del título* puede ser solamente de tipo *contractual*, y no en forma *originaria* (que se daría, por ejemplo, en el caso de usucapión). Y está bien esta restricción, pues sería ilógico que alguien detentara la posesión pública, pacífica, continuada e ininterrumpida del inmueble por el plazo legal, requisitos de la usucapión (*posesión por tiempo*), y luego reclamara la prescripción a su favor de la *superficie* del inmueble, derecho esencialmente temporario, en vez de reclamar directamente por el dominio del mismo.

VIII. Duración y extinción del derecho real

El *plazo máximo* de duración del derecho real de superficie forestal es de cincuenta años desde el momento de su constitución. Así lo establece el art. 6°: "El derecho real de superficie forestal tendrá un plazo máximo de duración por cincuenta años. En caso de convenirse plazos superiores, el excedente no valdrá a los efectos de esta ley".

El artículo transcrito establece el *plazo máximo* de duración del derecho real, que es *improrrogable*, lo que significa que, para extender el plazo, se deberá nuevamente contratar dicha ampliación, pero, en ningún caso, establecer un plazo mayor al normado, que no tendrá valor mas allá del máximo establecido.

Las *causales* de extinción del derecho real de superficie forestal, están establecidas en el art. 8º: "El derecho real de superficie forestal se extingue por renuncia expresa, vencimiento del plazo contractual, cumplimiento de una condición resolutoria pactada, por consolidación en una misma persona de las calidades de propietario y superficiario o por el no uso durante tres años".

Analizando este artículo, vemos que las causales de extinción son:

1) *Renuncia expresa* del superficiario al derecho real del que es titular. Esta renuncia podrá efectuarse por cualquier motivo, y no necesariamente deberá ser aceptada por el propietario del terreno, sin perjuicio que, en caso de que sea intempestiva, o perjudique a éste, podrá dar lugar a una demanda por daños y perjuicios.

2) *Vencimiento del plazo* contractual. En tal caso, operará automáticamente, al llegar la fecha de vencimiento del derecho real, establecida al momento de su constitución.

3) *Cumplimiento de una condición resolutoria pactada*. De cumplirse dicha condición, se operará la resolución del contrato y, eventualmente, la cancelación del derecho real. El acaecimiento del hecho condicionante de la resolución, no operará automáticamente la cancelación del derecho real, sino que deberá contar con el asentimiento de las partes respecto de la ocurrencia del mismo pues, en general, se tratará de cuestiones de hecho sobre las que las partes podrían no estar de acuerdo, lo que podrá llevar a la promoción de un litigio entre las mismas. De modo que, salvo que el titular del derecho real de superficie renuncie al mismo invocando esta causal, si la pretendiese invocar el propietario del inmueble, deberá contar con el asentimiento del superficiario, a efectos de la cancelación.

4) *Por consolidación* en una misma persona de las calidades de *propietario* y *superficiario*. Pero, en este caso, si se diese la consolidación de los derechos en una misma persona, dice el art. 10: "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". Este artículo significa que, en caso de consolidación, el propietario del inmueble deberá, frente a los terceros, cumplir con las obligaciones contraídas oportunamente por el superficiario en su

calidad de tal. Con respecto de la autoridad de aplicación, el propietario cuyo dominio se consolidara, deberá también cumplir con la finalidad para la cual el inmueble fue afectado, esto es, el desarrollo de la forestación y la silvicultura en las condiciones que se hubiere estipulado, como así también continuarán gravando dicho inmueble los derechos reales de garantía que se hubieran constituido oportunamente. Es decir que esta nueva situación no podrá afectar los derechos de los terceros.

De lo establecido por este artículo, resulta evidente que el propietario de un dominio consolidado, no podrá comportarse en lo sucesivo como un superficiario, ni podrá, en tal carácter, operar con la presente institución jurídica. Ello parecería significar que solamente los terceros podrán ser superficiarios forestales de un inmueble, y el propietario en ningún caso podrá detentar ambas características.

Sin embargo, pensamos que podría ser útil, a los efectos de garantizar créditos u obligaciones que derivaran de la explotación forestal, que el propietario pleno de un inmueble que *no* estuviera gravado por el derecho real de superficie forestal, pudiera constituir sobre el fundo tal derecho, constituyéndose a su vez como titular del derecho de superficie forestal, pudiendo en consecuencia gravar lo plantado en ella, y los frutos eventuales, sin por ello tener que gravar el inmueble con una hipoteca tradicional. Por otra parte, la garantía sobre la superficie, que incluye lo plantado y los bosques y maderas existentes, será especialísima sobre dichas cosas, pero dará libertad al propietario desarrollista de la empresa forestal para tomar créditos y eventualmente gravarlos con hipoteca sobre la propiedad, respetando el derecho de superficie forestal ya constituido.

5) *Por el no uso durante tres años.* Siendo que este nuevo derecho real se constituye sobre un inmueble que necesariamente deberá estar sometido al régimen de promoción de inversiones para bosques cultivados, se entiende que, si la superficie del inmueble sobre el que se constituyó este derecho no se usa a tales fines por el plazo que marca la ley, el mismo se extinguirá. Se trata de un plazo de caducidad del derecho. Este plazo funciona a favor de ambas partes; propietario y superficiario. Y ello es así pues, tratándose básicamente de un derecho real de carácter *revocable*, si no existiera el plazo, no habría certidumbre sobre su duración, y, en caso de falta de uso, o uso a otros fines que no sean los expresamente autorizados por la ley, se podría demandar la caducidad inmediatamente, pudiendo ser que dicho pedido de caducidad fuese intempestivo. Por otra parte, podría suceder que, por cuestiones económicas, o climáticas, o de cualquier otra índole, que fueran atendibles, le fuese imposible al superficiario explotar el inmueble por algún tiempo, y se entiende que el plazo legal es un plazo absolutamente razonable, que le dará tiempo

para realizar los planes de forestación, eventualmente capitalizarse y comenzar nuevamente la explotación del predio. Cumplido el plazo, y no comenzados los trabajos de explotación, se podrá solicitar la cancelación del derecho.

Respecto de este supuesto, dice el art. 7°: "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". Rige el mismo plazo que el establecido en el artículo siguiente, y contempla expresamente el supuesto de destrucción de lo plantado. Es que el derecho real de superficie forestal, se constituye en virtud de tres elementos, que son: a) la *cosa* que es la superficie del terreno sobre la que se implantarán o cultivarán bosques o especies arbóreas determinadas; b) el *destino* que se le da a dicha superficie, que no puede ser ningún otro que el de fomento y desarrollo de los bosques cultivados, y c) la *actividad* que necesariamente deberá desarrollarse en el predio para que pueda constituirse y eventualmente permanecer vigente el derecho real en cuestión. Y tan es esto así que la inactividad por el plazo establecido, hace perder el derecho real a su titular.

Vemos que, del juego armónico de los arts. 8° y 7° de la ley, a) el *no uso* del inmueble (art. 8° *in fine*), o b) la *destrucción* de lo plantado, sea total o parcial, sumado c) al *abandono* sin efectuar nuevas plantaciones d) por el plazo de *tres años* en el inmueble afectado, (art. 7°), provoca la *caducidad* del derecho real de superficie forestal. Y ello es así por cuanto la teleología de la ley es el fomento de la actividad silvícola y de forestación de bosques, y si dicha finalidad se desvirtúa, desaparecerán las ventajas que otorga la ley que propugna la actividad, y también este particular derecho real que en tal marco se instituye.

Esta circunstancia nos plantea el dilema de qué pasa con relación a las garantías reales constituidas sobre la superficie forestal que caduca. Aparentemente, éstas caducarían también, ya que se constituyeron supuestamente sobre un derecho real que se ha extinguido. Parecería ser ésta la solución, pero ella acarrea una inseguridad al acreedor con dicha garantía real, que verá en ese caso desaparecer la misma si sucediera la situación prevista. En todo caso, deberá preverse esta circunstancia en el instrumento de constitución del derecho real de garantía.

IX. Efectos de la extinción del derecho real

El efecto de la extinción del derecho real de superficie forestal, está normado por los arts. 9°, 10 y 11 de la ley en examen.

Dice el art. 9º: "*La renuncia del derecho por el superficiario, o su desuso o abandono, no lo liberan de sus obligaciones*".

Esta norma establece implícitamente que, respecto de este derecho real y del titular del mismo, esto es, el superficiario, no existe la institución del *abandono*. Es decir que el superficiario no podrá desentenderse del cumplimiento de sus obligaciones, tanto para con el propietario del inmueble cuanto con respecto a terceros mediante el abandono, sino que deberá continuar en el cumplimiento de sus obligaciones, quedando personalmente comprometido para con sus acreedores.

El art. 10, dice: "*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*".

Este artículo se refiere al caso de *consolidación* del derecho real en cabeza de quién resulte a la postre propietario y superficiario, y, en este caso, los derechos reales o personales tomados por el superficiario o el propietario entre sí o para con terceros, vinculados con la actividad silvícola o forestal desarrollada, y que de alguna manera afecten el inmueble, continuarán teniendo idéntica validez aunque la titularidad del dominio se haya consolidado en un dominio perfecto en cabeza de quién resulte propietario. El ejemplo sería el caso de una garantía real tomada por el superficiario a favor de terceros sobre lo plantado en el inmueble afectado al derecho de superficie forestal, en cuyo caso la consolidación del dominio en cabeza del propietario o del superficiario, no hará desaparecer la garantía, que *no* se extenderá al inmueble en su totalidad, sino que afectará lo plantado o adherido a la superficie del inmueble, que tenga valor como garantía del cobro de las deudas que puedan existir con motivo de la explotación forestal, o hubiesen sido garantizadas o fuesen ejecutables sobre dichos bienes.

Y, finalmente, dice el art. 11: "*Producida la extinción del derecho real de superficie forestal, el propietario del inmueble afectado, extiende su dominio a las plantaciones que subsistan, debiendo indemnizar el superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento*". Ello será así sin perjuicio de hacerse cargo del pago, frente a terceros, de las deudas que pudiera tener el anterior titular superficiario, que deberán abonarse con el producto de lo plantado en el fundo sometido al derecho real de superficie forestal, esto es, con las maderas de los bosques o forestaciones efectuadas.

Por supuesto, en principio regirá lo pactado por las partes. Si nada se hubiese pactado, el propietario que consolida en sí el dominio pleno del inmueble deberá indemnizar al superficiario por el enriquecimiento sin

causa que dicha consolidación le provoca, todo ello, obviamente, en la medida que sea así solicitado por el superficiario.

X. Colofón

Este es un breve análisis de la normativa jurídica aplicable con relación a este nuevo derecho real.

Pensamos que, en la práctica, atento su especificidad, este derecho real no tendrá una gran difusión. Especialmente, por el tipo de derecho real, no se aplicará en predios urbanos, sino en especialísimos fundos rurales.

Sin perjuicio de ello, de la aplicación que se le dé a la institución, y de la utilidad práctica que demuestre, dependerá que en un futuro se extienda esta figura a otros supuestos para su aplicación