

SUPERFICIE FORESTAL (1)

JORGE HORACIO ALTERINI

Anuario Dpto. Der. Priv., Revista del Notariado N° 873, 2003, p. 121

No tengo dudas acerca de que el Código Civil argentino *desechó el derecho de superficie*. En ese sentido me parece contundente el art. 2614 en cuanto dispuso en su párrafo inicial que: "Los propietarios de bienes raíces no pueden constituir sobre ellos derechos enfitéuticos, ni de superficie [...]". Ese criterio se corresponde con el reflejado en la nota del Codificador al artículo 2503, que enuncia los derechos reales, la que es contundente al señalar en su parte inicial: "No enumeramos el derecho del superficiario, ni la enfiteusis, porque por este Código no pueden tener lugar".

Y las fuertes aprehensiones de Vélez Sársfield hacia la superficie se trasuntan en el quinto párrafo de la anotación indicada, que puntualiza: "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".

No se me escapa la *errática metodología* que siguió Vélez para explicitar su rechazo del derecho de superficie. Es sabido que en tanto el art. 2502 del Cód. Civ. postula que "Los derechos reales sólo pueden ser creados por la ley", el mero silencio del legislador lleva a la exclusión del derecho real omitido del catálogo de los derechos reales permitidos.

No obstante esa certera directiva, que determina que los derechos reales no autorizados por la ley deban considerarse prohibidos, el art. 2614 se detiene en prohibir especialmente la superficie, al igual que la enfiteusis, los censos o rentas reales por más de cinco años y las vinculaciones. Incluso ese descolorido texto, al mismo tiempo que incluye prohibiciones, autoriza implícitamente otro derecho real: los censos o rentas reales de hasta cinco años de duración.

(1) Disertación pronunciada por el autor el 22/10/2002.

Aunque en seguimiento de la postura de mi maestro, el Dr. Guillermo L. Allende, no he descartado que la insistencia de Vélez Sársfield en formular prohibiciones particulares de ciertos derechos reales en el art. 2614 podía obedecer a que esos institutos se aplicaban en el derecho anterior y por eso se ponía el acento en su supresión, en verdad tampoco ello podría explicar la vacilante metodología seguida. No debe olvidarse que con relación al derecho de propiedad horizontal, sin contentarse con no enunciarlo en el art. 2503, lo prohibió en el art. 2617, y este derecho real era desconocido al tiempo de la sanción del Código Civil, por lo cual esta norma de ningún modo podría explicarse por la necesidad de suprimir la propiedad horizontal.

La prohibición de la superficie por Vélez tenía en mira tanto a la que recaía sobre construcciones, como a la atinente a las plantaciones. Además, de la referencia amplia vertida en el quinto párrafo de la nota al art. 2503 antes señalada, también los dos primeros párrafos de esa glosa aluden alternativamente, la primera a "edificar casas, plantar árboles" y la segunda a "construcciones y plantaciones".

Es que la superficie *transita por dos andariveles centrales*, ya las construcciones, ya las plantaciones. En el derecho comparado la postura de las legislaciones no es coincidente, pero de todos modos ellas se inclinan por alguna de las siguientes posibilidades. Mientras en países como Alemania, Suiza o Italia se acepta únicamente la superficie en su modalidad más pura, o sea la referente a las construcciones, en otras legislaciones, como las de Francia, España, Portugal, Japón, Quebec u Holanda, la superficie se extiende tanto a las construcciones como a las plantaciones.

La ley 25509, *alejándose de la orientación del derecho comparado*, mantiene la prohibición de la superficie sobre construcciones y en postura singular la reconoce sólo en el ámbito agrario y, si nos atuviéramos a su aparente literalidad, exclusivamente para la actividad forestal. Sobre este tema volveremos hacia el final de la exposición, pues previamente aludiré a otras cuestiones estructurales.

Uno de los puntos esenciales para la configuración de un derecho real y con mayor razón en lo que atañe a la superficie, por las clásicas polémicas al respecto, es *determinar si se trata de un derecho real sobre cosa propia o sobre cosa ajena*.

La ley 25509 en su art. 2° *no es unívoca* en este aspecto, pues si bien el art. 2° inicialmente califica a la superficie como derecho real autónomo sobre cosa propia, luego apunta a la idea de derecho real sobre cosa ajena, cuando señala que otorga el uso, goce y disposición jurídica de la superficie de un inmueble ajeno.

Creo que detrás de la imprecisión expuesta se oculta la existencia de *dos etapas* en la superficie forestal, una mientras se realiza la forestación y otra luego de que ella fue desarrollada. En tanto se efectúa la forestación estamos en presencia de una de las manifestaciones de la superficie, el derecho real de forestar, que implica un derecho real sobre cosa ajena: el inmueble asiento de la forestación. Desarrollada la forestación, o sea alcanzada la propiedad superficiaria forestal, frente a ese nuevo objeto jurídico, ya puede hablarse de un derecho real sobre cosa propia: la forestación. En síntesis: *el derecho real de forestar re-cae sobre la cosa ajena y la propiedad superficiaria forestal sobre la cosa propia.*

La mentada manifestación bifronte de la superficie forestal sigue los lineamientos en materia de naturaleza del derecho de superficie recibidos por el Proyecto de Código Civil de 1998, ambivalencia inspirada por el prestigioso Código Civil italiano de 1942. Con las pertinentes aclaraciones, necesarias por la circunstancia de que el Código italiano admite únicamente la superficie sobre construcciones, recordaré las precisiones que realiza Francesco Messineo, que siempre me parecieron muy clarificadoras: "El derecho de edificar -léase de forestar- no es propiedad superficiaria; es un poder autónomo y actual, en el cual reside también una propiedad superficiaria *in fieri*, el germen de una futura propiedad superficiaria [...] solamente cuando la construcción (o la obra) -léase la forestación- se haya hecho, adquiere el concesionario un derecho de propiedad, mientras que antes tiene un derecho real sobre cosa ajena [...]"

La ley 25509 incorpora la superficie forestal a la nómina de los derechos reales del art. 2503 del Código Civil, y la incluye como nuevo inciso 8°.

La inclusión de la superficie en la enumeración de derechos reales efectuada por el Código de Vélez *es discutible*. No debe perderse de vista, ante todo, que la enumeración del art. 2503 no agota (con el agregado de los censos o rentas reales, previstos por el art. 2614 por un plazo no mayor al de cinco años) el catálogo de los derechos reales permitidos por el ordenamiento positivo vigente, pues allí se contienen únicamente los reconocidos por el Código Civil y ni siquiera todos los del derecho civil. Salta a la vista que no se menciona, por ejemplo, al derecho real más difundido en la Argentina: la propiedad horizontal, pero es indiscutible su existencia con sustento en la ley 13512. Responde a una mejor técnica limitar la enumeración del art. 2503 del Código Civil a los derechos reales aceptados por el propio Código.

Decidida la ley 25509 a incorporar la superficie forestal a la nómina de derechos reales vertida por el Código Civil, la forma en que se plasmó ese criterio *tampoco fue feliz*. Téngase en cuenta que al enunciárselo

dentro del inciso 8°, aparece luego de todos los derechos reales sobre la cosa ajena: usufructo, uso, habitación, servidumbre, hipoteca, prenda, anticresis y lo hace inmediatamente después de los tres últimos derechos reales, o sea los de garantía, caracterización totalmente incompatible con la de la superficie.

Una *ubicación más correcta* era después del dominio y del condominio y antes del usufructo. Tal emplazamiento no hubiera descartado ni la consideración como derecho real sobre cosa propia, porque hubiera sido enunciado luego del dominio y del condominio, como tampoco su tratamiento como derecho real sobre la cosa ajena, al enumerárselo antes del usufructo. Y esa ubicación era la más ajustada a la estructura bipolar de la superficie forestal: en un plano, derecho real sobre la cosa ajena y en el otro, sobre la cosa propia.

Paralelamente, la ley 25509 elimina del art. 2614 del Cód. Civ. la mención del derecho de superficie. En consonancia con las ya expuestas inutilidad y desvío metodológico del art. 2614, pudo aprovecharse la oportunidad legislativa para *derogarlo sin más*, pues de ese modo se hubiera superado esa destañada e innecesaria norma, sin que hubiera despertado algún agravio la eliminación del difícilmente inimaginable censo o renta real por un plazo máximo de cinco años.

La modalidad escogida tiene todavía un reproche complementario, se excluye del art. 2614 a la superficie, pese a que subsiste la prohibición respecto de la superficie sobre construcciones.

El verdadero ámbito de la ley 25509 es uno de los aspectos de esa ley que nos parece del mayor interés y en él nos detendremos para concluir la disertación, constreñidos por el tiempo que nos fue asignado.

No compartimos la generalizada opinión de que el derecho real regulado atañe exclusivamente a la explotación forestal en sentido estricto, o sea que no alcanzaría a otras manifestaciones del mundo vegetal.

Es mi intención persuadir de que es *razonable sostener una comprensión más amplia* del ámbito de la ley y en ese sentido que el nuevo derecho real *puede aplicarse a las plantas en general*.

El vocablo "*forestal*" apunta, según su acepción gramatical captada por la Real Academia Española, a lo relativo a los bosques y a los aprovechamientos de leñas, pastos, etcétera. A su vez, el término "*bosque*" alude al sitio poblado de árboles y matas.

Mientras que con la palabra "*árbol*" se denota a la planta de cierto porte, con el vocablo "*mata*" se referencia a cualquier planta de poca al-

zada o tamaño, tanto que dicha Academia ejemplifica con una mata de tomate o una mata de claveles.

De lo puntualizado hasta ahora se infiere que lo forestal nos conduce por la noción de bosque y ésta nos lleva en la dirección de los árboles a las plantas de envergadura significativa, y por el sendero de las matas, a las plantas de menor tamaño. En definitiva, *con la alusión a lo forestal se denota a las diferentes plantas.*

Dado que la ley menciona que la superficie faculta en su art. 1° tanto a realizar "forestación" como "silvicultura", es ineludible precisar el concepto de este último término. La "silvicultura" importa el cultivo de los bosques o montes. Ya nos detuvimos en qué significan los bosques y ahora lo haremos con los montes. Un "monte" es una tierra inculta cubierta de árboles, arbustos o matas. Ya dijimos qué se predica con la mención de los árboles y no se duda de que el arbusto es también una planta. Quiere decir que, al igual que la forestación, *la silvicultura nos lleva a la comprensión de las diversas plantas.*

La conclusión es ineludible: tanto con la referencia a lo forestal, como con la alusión a la silvicultura, se abarca a las actividades vinculadas con el cultivo de las distintas plantas.

No omito que el art. 1° de la ley 25509 puntualiza que el derecho real de superficie forestal "sobre un inmueble susceptible de forestación o silvicultura", lo será "de conformidad al régimen previsto en la Ley de Inversiones para Bosques Cultivados [...]", o sea la ley 25080.

El art. 3° de la ley 25080 dirige la atención a la *explotación maderera* cuando señala: "Las actividades comprendidas en el régimen instituido por la presente ley son: 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 formen parte de un emprendimiento forestal o forestoindustrial integrado". En la misma línea de ideas, el art. 3° predica lo siguiente: "Entiéndese por bosque implantado o cultivado, a los efectos de esta ley, el obtenido mediante siembra o plantación de especies maderables nativas y/o exóticas [...]".

El régimen de la ley 25080 importa centralmente un tratamiento fiscal especial (arts. 7° y sigs.) y de apoyo económico no reintegrable (arts. 17 y sigs.) para quienes realicen efectivas inversiones en la actividad promovida (art. 2°) y cuya determinación resulta de los arts. 24 y sigs.

Que la explotación maderera se haya beneficiado con un *régimen especial de promoción no implica que* cuando se establece el nuevo derecho real de superficie forestal deba ceñirse su alcance a la cortapisa de

la ley 25.080. Tal legislación no es más que un régimen de estímulo para determinada actividad y *de ningún modo puede tener incidencia decisiva en el ordenamiento estructural del nuevo derecho real*, máxime que ni siquiera instala un régimen extendido en todo el país, pues incluso es menester que las provincias y hasta los municipios adhieran expresamente a sus lineamientos y las provincias para acogerse a sus beneficios deberán ajustarse al cumplimiento de distintas exigencias (art. 6° de la ley 25080).

No debe olvidarse que el art. 1° de la ley 25.509, además de postular que el derecho real de superficie forestal lo será de conformidad con la ley 25080, también invoca en su expresión final su ajuste "*a lo establecido en la presente ley*", es decir, en la misma ley 25.509.

Si la correlación con la ley 25080 podría llevar al intérprete a adjudicarle a la ley 25509 igual ámbito que aquélla, la fijación en el art. 1° *in fine* de un marco propio de comprensión, determinado por "la presente ley", autoriza desde una perspectiva finalista a visualizar en este derecho real de reciente data en nuestro país el propósito de cobijar en su régimen no sólo a la actividad maderera, sino a *toda explotación forestal*, apreciada con elasticidad, con el sentido de extender su régimen a las distintas actividades de la vida rural conectadas con la *explotación de todo tipo de plantas*.

No advierto suficientes razones para excluir del derecho real de superficie a *manifestaciones del mundo agrario tan importantes*, como la explotación, entre otros, del trigo, del maíz, del lino, del sorgo, de la soja, del algodón, de la yerba mate, del tabaco, de la vid o de las frutas.

Que se haya querido estimular especialmente a la producción de la madera con la ley 25.080 no descarta que la ley 25509 tenga mayores miras y brinde la seguridad propia de un derecho real a otras manifestaciones agrarias. Violenta la razón y más aún lo razonable, suponer que el legislador, cuando diseña un derecho real, sólo piensa en la inversión maderera realizada por sectores especialmente protegidos. La restitución a los hombres de esta tierra del derecho de superficie, luego de su supresión por Vélez Sársfield desde 1871, *no debería entenderse como un "privilegio" para unos pocos, sino antes bien, como una herramienta al alcance de los más*.

Me resisto, frente a la alternativa de una visión amplia, a prescindir de la fecundidad del resultado al que ella conduce, con la simple apoyatura de algunas expresiones legales que sustentarían la interpretación tímida, reticente y hasta disvaliosa de la ley 25.509.