

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE, CAUSA ILÍCITA Y EJERCICIO ABUSIVO*

Carlos A. Ghersi

RESUMO

Afirma que o Direito real de superfície foi regulado pelo novo Código Civil no Direito brasileiro (arts. 1.369 a 1.377) e menciona as diferenças entre a norma brasileira e a argentina, por meio de um quadro demonstrativo.

Discorre a respeito das características gerais do Direito de propriedade privada no Brasil e na Argentina. Conclui que ambas as normas possuem limitações conforme o tipo de organização ou ordem social a que se referem, se urbana ou rural.

Ao final, enfatiza a idéia de que, para haver um sistema econômico globalizado, são necessárias novas formas de produção com institutos jurídicos que as legitimem, tanto do ponto de vista rural como urbano.

PALAVRAS-CHAVE

Direito real de superfície; novo Código Civil brasileiro; Brasil; Argentina; propriedade.

* Conferência proferida na "II Jornada de Direito Civil", realizada pelo Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal, nos dias 24 e 25 de novembro de 2003, no auditório do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, em Porto Alegre-RS.

1 INTRODUCCIÓN

El derecho real de superficie se halla regulado en el Derecho brasileiro en el Título IV del nuevo Código en los arts. 1.369 al 1.377.

Consideramos que las cuestiones centrales de tal regulación son las siguientes: en primer lugar, el derecho de superficie esta normado para las zonas urbanas y rurales (art. 1.369 Código Civil); se trata de un derecho real con inscripción registral (art. 1.369 Código Civil); se adquiere mediante contrato, en escritura pública, siendo oneroso o gratuito y por tiempo determinado (art. 1.370 Código Civil); es transmisible por herencia (art. 1.372 Código Civil); goza del derecho de preferencia para la adquisición del dominio (art. 1.373 Código Civil); goza de una indemnización a la finalización por el enriquecimiento del nudo propietario (art. 1.375 Código Civil) y por último, puede ser instituido por persona de Derecho Publico (art. 1.377).

Las diferencias sustanciales con el Derecho argentino son las siguientes : fue instituido por la Ley 25.509 el 11 de diciembre del 2001 e incorporada a los derechos reales del Código Civil en el art. 2.503; solo puede constituirse derecho de superficie en los predios rurales y únicamente para forestaciones o silvicultura (art. 1); se puede transferir el

derecho de dominio, debiendo el adquirente respetar el derecho del superficiario (art. 2); el propietario no puede constituir derechos real de disfrute o garantías (art. 3); la adquisición del derecho real de superficie se realiza por contrato realizado en escritura pública para ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble Jurisdiccional y será oneroso o gratuito según las partes lo establezcan y no podrá exceder de cincuenta años (art. 5); se establecen plazos de caducidad del derecho del superficiario de tres años sin tener actividad de nuevas plantaciones (arts. 7 y 8); también se prevee una indemnización por el enriquecimiento del propietario por el mayor valor del inmueble (art.11).

Como podemos apreciar, hay algunas diferencias sustanciales:

2 CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL DERECHO DE PROPIEDAD

El art. 1.229 del Código de Brasil regula el derecho de propiedad privada y especialmente establece la facultad de usar, gozar y disponer del bien e inmediatamente en el inc. 1º relativiza dichas facultades y las condiciona a un ejercicio con las **finalidades económicas y sociales** y de **conservación de la flora y fauna** así como el **equilibrio ecológico y medioambiental**, contando la polución del aire y agua, así como la des-

trucción del patrimonio histórico o artístico.

En el Derecho argentino, la regulación del derecho de propiedad privada¹ se encuentra en el art. 2.513 Código Civil que establece que la facultad debe ser conforme a un **ejercicio regular**, que se encuentra definido en el art. 1.071 del Código Civil como el que se ejerce de acuerdo con los fines que la ley tuvo en mira reconocer el derecho o sin exceder los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres; a su vez, la buena fe, se encuentra en el art. 1.198 del Código Civil como una dinámica de comportamiento hacia la otra parte, y la sociedad toda.

A su vez, encontramos algunas otras normas que limitan el ejercicio del derecho de propiedad, tales como el art. 2.618 del Código Civil (instalación de fábricas) y el art. 2.499 del mismo cuerpo legal (daño temido) como específicas, además de legislaciones pertinentes en el ámbito urbano y rural².

También en el Código Civil brasileiro encontramos normativas generales que regulan: el objeto lícito de los actos jurídicos (art.104 Inc. II); el art. 113, que obliga a una interpretación de buena fe, etc.; con posterioridad, en los art. 145 y sgtes sobre el dolo en los negocios jurídicos: el art. 186 los actos jurídicos ilícitos etc.

	BRASIL	ARGENTINA
Derecho de Superficie	urbana y rural	rural
Plazo	no establece plazo	plazo máximo de 50 años
Caducidad del derecho	urbana y rural	establece plazo de 3 años a - no plantaciones nuevas; b - no uso
Derecho de Superficie	no establece	no puede constituir derechos de disfrute o garantía

Podríamos sintetizarlo de la siguiente manera: ambas normativas - la brasilera y argentina - poseen limitaciones al ejercicio de derecho de propiedad conforme a una organización y un orden social - que prevalece sobre lo individual - pero en el caso de la Argentina, alude a principios generales, y la brasilera, es más concreta en la mención a aquellos límites.

Es indudable que ambas normativas son sumamente útiles para establecer límites al derecho de superficie creado durante la última parte del siglo XX.

3 POR QUÉ EL DERECHO DE SUPERFICIE?

El rol privado de la propiedad cumple en el sistema económico³ la tarea de ordenación de la producción, circulación, distribución y comercialización de bienes y servicios, mediante el mecanismo del mercado y el control del Estado (normas, intervención judicial etc.).

La **propiedad** aparece, entonces, como una situación de **poder** y de **acumulación**, y es el trabajo humano culturizado el que le da valor a la propiedad, que representa un **uso oneroso** y la **renta** es parte del precio del valor diferencial⁴.

Ese **valor beneficio** nace de las diferentes condiciones en el **modo de producción** que hoy, con la globalización, se conjugan con la movilidad de capitales.

Sin duda, un inmueble urbano o rural sometido al derecho de superficie establece un nuevo **modo de producción** destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor⁵.

De esta forma, el derecho de superficie al colocarlo en el mercado se transforma en un **valor de renta autónomo**, como nuevo modelo de producción⁶.

4 COORDINACIÓN DE NORMATIVAS PARA UN ADECUADO EJERCICIO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

La necesidad del sistema económico de utilización productiva de la superficie - urbana o rural - implica una formulación de desarrollo para la región y el país, sin embargo, ello debe ser efectuado con **criterio de resguardo generacional** y **evitando las implicancias medioambientales y respetando el equilibrio ecológico**⁷.

De allí que conviene repasar y analizar brevemente las limitaciones y su significado, las limitaciones expresamente del art. 1.220 del Código Civil brasilero son:

- * la finalidad económica-social;
- * preservación de flora y fauna;
- * bellezas naturales, equilibrio ecológico y patrimonio histórico o artístico;
- * evitar polución en el aire y agua.

Consideramos que los contratos de constitución de derecho real de superficie que contraríen los **principios de orden público bra-**

Sin duda, un inmueble urbano o rural sometido al derecho de superficie establece un nuevo modo de producción destinado a generar utilidad, favoreciendo al capital, que mediante una inversión menor (en relación con la compra del inmueble) puede generar un beneficio mayor. De esta forma, el derecho de superficie al colocarlo en el mercado se transforma en un valor de renta autónomo, como nuevo modelo de producción.

silero; tres de la lista precedente entrarían en la órbita del **objeto ilícito** y podrían ser perfectamente **nulos**.

Efectivamente, se trata de cuestiones sustanciales con el derecho de propiedad de orden generacional y no afectable ni disponible por el titular del dominio, entendiendo que su derecho individual no puede ejercerse en detrimento de la sociedad presente y futura⁸.

El **derecho de preservación** es un **derecho nacional y constitucional absoluto** y que los ciudadanos están obligados a respetar pues instituyen el **límite** a las libertades

individuales conforme una organización y orden social actual y futuro, incluso de equilibrio global y parte del derecho internacional y tratados internacionales⁹.

En cambio, el inc. 1º necesita de un **ejercicio abusivo** para configurar una situación antifuncional, y por ende, ser anulable.

En ambos supuestos, además de la nulidad o anulabilidad del acto, debe hacerse una investigación sobre los **daños causados**¹⁰ y puede ser el Estado quien en forma colectiva, o de intereses difusos pueda reclamar la reparación del daño realizado con motivo de la aplicación del derecho de superficie.

5 NUESTRA CONCLUSIÓN

El desarrollo del sistema económico globalizado necesita de nuevas formas de producción y, consecuentemente, institutos jurídicos que legitimen tales hechos económicos, de allí entonces que es necesario analizar con mucho detenimiento cuestiones como la presente.

Si bien es cierto que nuestros países no pueden permanecer aislados, deben atender con sumo cuidado sus recursos naturales y urbanos.

El primero de ellos, implica evitar consolidar un derecho de agresión de los países centrales hacia los periféricos, que aún guardan en sus territorios zonas aptas para forestación, cultivos y desarrollo de la ganadería.

En los segundos, porque muchas veces estructuras o edificaciones urbanas temporarias afectan no solo la belleza de las ciudades, sino derechos de los ciudadanos al sonido, la visibilidad etc..

Entendemos entonces, que en cuanto a la superficie forestal, debe coordinarse con derechos colectivos medioambientales y de equilibrio ecológico, tanto en lo relativo a la forestación, corte de madera y erosión de los suelos etc. y especialmente guardar un equilibrio entre producción agrícola, forestación, ganadera y zonas mineras etc.

En cuanto a lo urbano, las edificaciones deben ajustarse a requisitos y condicionamientos de urbanidad existentes, evitar destrucción de monumentos históricos, evitar cortinas que impidan la visibilidad, el paisaje etc.

En ambos supuestos, además de las limitaciones generales y espe-

cíficas del Código Civil (tanto en Brasil como en Argentina) es necesario disposiciones específicas en las ciudades (sobre preservación de la urbanidad) y en las zonas rurales (preservación de recursos naturales) para evitar abusos que destruyan el patrimonio y los derechos socio-económicos de nuestros países¹¹.

ANEXO
LEY 25.509 (Argentina)

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.

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.

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.

4 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.

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.

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.

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.

8 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.

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

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 mismo alcances y efectos.

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 al superficiario, salvo pacto en contrario, en la medida de su enriquecimiento.

12 Modifícase el artículo 2.614 del Código Civil, el que quedará redactado de la siguiente manera. (ver Código Civil)

13 Agrégase al artículo 2.503 del Código civil como inc. 8: "La Superficie Forestal". (ver Código Civil)

14 La presente ley es complementaria del Código Civil.

15 De forma.

NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- 1 DOBB, Maurice. *Capitalismo, circuito económico y subdesarrollo*. Barcelona: Oikos, 1987. p. 11: *Al capitalismo lo entiendo como un sistema en el que los instrumentos y utensillos, las estructuras y los stocks de bienes por medio de los cuales se realiza la producción – el capital, en una palabra – son predominantemente de propiedad privada o individual (aquí, incluidos los particulares unidos como propietarios conjuntos bajo la forma de una sociedad anónima o compañía mercantil, en donde la propiedad de cada individuo está separadamente singularizada bajo la forma de acciones). Esto se describe más holgadamente como un sistema de "empresa privada"*.
- 2 GHERSI, Carlos A.; WEINGARTEN, Celia; LOVECE, Graciela. *Responsabilidad medioambiental y preservación del equilibrio ecológico*. Buenos Aires: Astrea, 2003.
- 3 PALAZUELOS, Enrique y otros. *Estructura económica capitalista internacional*. El modelo de acumulación de la posguerra. Madrid: Akal Universitaria, 1990. p. 36. *El*

nuevo modelo de acumulación introduce importantes modificaciones respecto a otros anteriores. La estructura económica de las sociedades capitalistas desarrolladas se altera notoriamente tanto en sus características productivas como en las de la circulación y el consumo. En p. 37: *La esfera productiva experimenta una profunda renovación de sus bases tecnológicas (tanto en los medios y formas de producción como en las mercancías producidas)*. En p. 38: *En cada modelo de acumulación capitalista la división internacional del trabajo es expresión objetiva del proceso de jerarquización de los aparatos productivos en las distintas economías nacionales. Es decir, el modo de producir especializa y jerarquiza a las economías que se relacionan en el mercado internacional*. 4 *El contrato es un hecho económico con intereses contrapuestos, por lo cual cada parte intentará, mediante su poder, generar la maximización de su beneficio; si la parte no tiene poder negocial, no puede generar su maximización y queda sometida a la otra parte*.

- 5 El sentido de la expresión "nueva forma"; al referirnos al modelo de producción, es relativo, ya que en la realidad siempre subsisten elementos de un "modelo anterior" al cual se le adicionan otros; aquí lo que realmente implica una novedad es la configuración y articulación de un bien inmueble y su transformación en un servicio.
- 6 Consideramos la posibilidad de incorporarlo a la industria como sector, pues nos parece que adquiere esa calidad por tener dos cualidades. La primera produce transformación mediante procesos de elaboración de insumos, y llega a un producto final diferenciado, típico del sector industrial; la segunda, que pasa a formar parte de un servicio transnacionalizado, produce renta por la transformación operada, es decir, que lo que en realidad se comercializa, es el valor agregado por la manufacturación.
- 7 Cinco años após a ECO . 92 Congreso Internacional de Direito Ambiental.
- 8 BENJAMÍN, Antonio Herman V. *Dano Ambiental: prevenção, reparacão e repressão*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1993.
- 9 BARBERÀ, Francisco Anton. *Polícia y Medio Ambiente*. Granada: Econorama, 1996.
- 10 PRATS, Esther Algarras. *La defensa jurídica civil frente a agresiones a la propiedad y persona*. Madrid: Mac Graw Hill. 1995.
- 11 SAMIR, Amin. *Cómo funciona el capitalismo?* El intercambio desigual y la Ley del Valor. México: Siglo XXI, 1987. p. 20: *Sobre estos fundamentos, Emmanuel distingue dos gormas de intercambio desigual. En una, las tasas de plusvalía son idénticas (por consiguiente también los salarios reales), pero los distintos países se especializan en ramas de producción cuya composición orgánica es diversa. Aquí la transferencia de valor no es diferente a la que existe en el interior de un sistema nacional y, dado que tales transferencias son inmanentes al modo capitalista, Emmanuel no se extiende sobre este caso "banal". En la otra, las composiciones orgánicas diversas, sino a la inmovilidad del trabajo que permite salarios reales diferentes. Es el verdadero caso de intercambio desigual*.

RESUMEN

Afirma que el Derecho real de superficie fue regulado por el nuevo Código Civil en el Derecho brasileño (art. 1.396 al 1.377) y menciona las diferencias entre la norma brasileña y la argentina, por medio de un recuadro demostrativo.

Discurre respecto a las características generales del Derecho de propiedad privativa en Brasil y en Argentina. Concluye que ambas las normas poseen limitaciones conforme el tipo de organización u orden social a que se refieren, si urbana o rural.

Al final, enfatiza la idea de que, para haber un sistema económico globalizado, son necesarias nuevas formas de producción con institutos jurídicos que las legitimen, tanto del punto de vista rural como urbano.

PALABRAS CLAVE – Derecho real de superficie; nuevo Código Civil brasileño; Brasil; Argentina; propiedad.

ABSTRACT

The author affirms that the Surface right in rem was regulated by the new Civil Code (articles 1,369 to 1,377) in the Brazilian Law and mentions the differences between the Brazilian rule and the Argentinean one, by means of a chart.

He discourses on the general characteristics of the private property right in Brazil and in Argentina. He concludes that both of them have limitations according to the kind of organization or social order which they are related to, if urban or rural one.

At the end, he emphasizes the idea that, in order to have a globalized economic system, new ways of production are necessary with legal institutes that legitimate them, both from the rural point of view and the urban one.

KEYWORDS – Surface right in rem; new Brazilian Civil Code; Brazil; Argentina; property.

Carlos A. Ghersi é Professor da Universidade de Buenos Aires/Argentina.