

EL DERECHO DE SUPERFICIE

José Carlos Fernández Salas**

“No hay mentira que dure 100 años...”

Sobre el derecho de superficie se ha escrito muy poco en la literatura jurídica peruana, y prueba de ello es que poco se conoce sobre la justificación de su existencia, así como la preferencia de la aplicación de esta figura por los privados al momento de realizar las operaciones económicas que convienen.

¿De dónde proviene el derecho de superficie y por qué es importante –si en caso lo fuera– su importación? ¿Por qué recurrir al derecho de superficie y no a cualquier otro tipo de contrato que otorgue derechos sobre un bien inmueble? ¿Por qué noventa y nueve años y no cualquier otro número? El presente artículo intenta responder estas interrogantes y otras vicisitudes del derecho de superficie.

* Alumno del Octavo Ciclo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

** A través del presente artículo resumo el planteamiento realizado a través de una investigación mayor que constituye mi tesis de licenciatura. Por otro lado, agradezco la idea del título del artículo a Karenth, a quien también dedico todo el esfuerzo de esta investigación.

I. INTRODUCCIÓN

El derecho real de superficie es una herramienta jurídica con una historia larga que se remonta hasta el Derecho Romano¹. Sin embargo, no es su historia, sino su utilidad económica la que le ha dado un valor actual como herramienta de contratación inmobiliaria. Como se explicará más adelante, el atractivo de este mecanismo es que permite al beneficiario (denominado “propietario superficiario” o, simplemente, “superficiario”) gozar de una propiedad virtual o propiedad económica sobre el inmueble, solamente limitada en el aspecto temporal. Es una *propiedad económica*, puesto que el propietario superficiario goza de todos los atributos jurídicos que un derecho de propiedad confiere sobre el inmueble. En otras palabras, se trata de un “engaño” permitido por ley, por el cual uno puede convertirse en propietario de un inmueble sin llegar a serlo en un sentido estricto. Pero no es de menor importancia el *límite temporal* de dicho engaño, puesto que la circunstancia de ser un activo temporal y en constante depreciación convierte al derecho de superficie en una herramienta de fomento de inversión y de prevención de especulación inmobiliaria. Aunado a ello, las limitaciones que presentan en nuestro sistema contratos como el arrendamiento o el usufructo y la mayor dificultad de financiamiento de una adquisición definitiva de propiedad han colocado al derecho de superficie como una herramienta de utilización diaria para la inversión en proyectos de construcción de viviendas, centros comerciales, edificios industriales, servicios públicos, infraestructura pública, yacimientos mineros, entre muchos otros usos.

A pesar de lo dicho, el problema que existe es que la realidad descrita le lleva una gran delantera al tratamiento jurídico que se le ha dado a esta institución en nuestro país. No sólo nos referimos a las escasas

normas sobre la materia en nuestro sistema (el total de las normas peruanas sobre el derecho de superficie se puede contar con los dedos de las manos), sino también al desarrollo jurisprudencial y doctrinal sobre el derecho de superficie que aún se pueden considerar en pañales. De ahí que en contextos donde se empiezan a discutir aspectos técnico-jurídicos de este derecho (procesos judiciales, procesos arbitrales, procedimientos registrales, informes jurídicos, elaboración de contratos, etcétera) se susciten una serie de dudas para las que las normas, la jurisprudencia y la doctrina no siempre resultan suficientes. Difícilmente encontraremos en los viejos manuales de Derechos Reales respuestas a preguntas actuales como, por ejemplo: ¿Se necesita el consentimiento del propietario para transferir la superficie? ¿El superficiario puede constituir una “subsuperficie”? ¿puede inscribirse un régimen de propiedad horizontal sobre una propiedad superficiaria? ¿Puede tener prioridad un derecho de superficie inscrito con posterioridad a una hipoteca? ¿Es posible ampliar el plazo de un derecho de superficie? ¿La extensión de la superficie puede ser mayor al terreno? ¿Puede resolverse un contrato de superficie sobre el que se inscribió una hipoteca o una medida cautelar? ¿Qué tributos gravan una operación en la que se utilice un derecho de superficie? ¿Se debe indicar la existencia de una superficie al momento de vender un predio? ¿Se pueden hacer levantamientos parciales del derecho de superficie respecto de cuotas ideales de la propiedad? ¿Puede inscribirse una superficie en un terreno del cual una parte constituye área no disponible por motivos urbanísticos? ¿Qué datos y documentos deben presentarse para inscribir un derecho de superficie sobre una parte del terreno? ¿Debe verificarse la existencia de superposiciones con el derecho de superficie? En fin, sirva esta lista como una muestra de la incertidumbre jurídica que se puede generar alrededor del

¹ Sobre el particular, señala Ramón Roca Sastre: “Primeramente el derecho de superficie tuvo carácter de derecho personal u obligacional. Después se protegió con interdictos, hasta que en el Derecho Romano postclásico [fue] considerado como un derecho real, y transmisible” (ROCA SASTRE, Ramón. “Ensayo sobre el derecho de superficie”. En: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario 392-393. Enero-Febrero 1961. pp. 7-66. En: <http://vlex.com/vid/ensayo-derecho-superficie-340826>. Del mismo modo, José Antonio Álvarez Caperochipi explica que en la primera fase del Derecho Romano, la protección del propietario superficiario era solamente personal y no guardaba los caracteres de un derecho real. Es posteriormente que se le protege a través de un interdicto de superficiebus y, más adelante, con una actio de superficie, con lo cual se configura el carácter real del derecho de superficie (ALVAREZ CAPEROCHIPÍ, José Antonio. “Curso de derechos reales”. Tomo II. Madrid: Editorial Civitas. 1987. p. 84.

derecho de superficie si es que su régimen no se conoce de manera adecuada, lo que a la larga lógicamente se traduce en mayores costos para los que invierten en inmuebles utilizando este mecanismo.

La respuesta a estas y otras preguntas que la utilización del derecho de superficie genera, puede darse a través de tres vías: (i) El desarrollo de la jurisprudencia, (ii) el desarrollo de la doctrina, y, si así fuera necesario, (iii) el desarrollo legislativo, es decir, la dación de una norma sobre la materia. La primera de las vías –la jurisprudencia– ya viene avanzando a través de resoluciones del Poder Judicial y, especialmente, en el ámbito registral por el Tribunal Registral con resoluciones que, salvo algunas excepciones, ofrecen respuestas útiles para preguntas que la legislación deja sin responder². Sin perjuicio de ello, a lo que nos avocaremos en el presente artículo es a encontrar una respuesta a los vacíos que esta institución pueda tener desde las otras dos vías, es decir, desde la interpretación doctrinal del derecho de superficie y desde la perspectiva de una eventual dación de una norma sobre la materia.

Desde la doctrina, explicaremos cómo, a pesar de la aparente escasez de normas aplicables a este instituto jurídico, la consideración de este derecho como una modalidad del derecho de propiedad y no como un derecho real autónomo –con el debido sustento normativo y dogmático– nos puede permitir reconocer que las normas aplicables al derecho de propiedad son también directamente aplicables al derecho de superficie, llenando con ello gran parte de los vacíos legislativos que sobre éste podrían existir. En segundo lugar, desde la perspectiva legislativa, nos referiremos al tratamiento jurídico que de manera más sistemática se ha dado sobre el derecho de superficie en el Derecho Comparado. Nos referimos a la Ley sobre el Derecho de Superficie promulgada como complemento del Código Civil de Alemania. Como es natural, fundamentaremos la elección de este modelo legislativo, cuyo estudio se hará en función a su propio

contexto y a las diferencias que existen entre el sistema de propiedad alemán y el nuestro. Sus aportes en torno al tratamiento de determinados aspectos del derecho de superficie, que no han sido desarrollados por la norma peruana, serán valorados en nuestro análisis.

En suma, el objetivo que queremos alcanzar en este texto es, en primer lugar, dar un primer acercamiento a una interpretación del derecho de superficie diferente a su concepción clásica que nos permita encontrar fuentes para la resolución de los diversos problemas no resueltos por nuestra legislación. En segundo lugar, tendremos como objetivo el análisis de los principales aspectos que podrían componer un eventual tratamiento legislativo del derecho de superficie que dotaría a este mecanismo de un marco jurídico menos incierto y más atractivo para los operadores jurídicos, que ya desde hace un tiempo vienen utilizando este derecho como una herramienta atractiva en el mercado inmobiliario peruano.

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE LA DOCTRINA

A. Derechos reales y modalidades de propiedad

Tradicionalmente, y en concordancia con lo que sistemáticamente se puede interpretar del Código Civil peruano de 1984, el esquema de un curso universitario de Derechos Reales se divide en función a los derechos que nombra el Libro V. En orden de aparición, se trata del derecho de posesión, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de uso y habitación, las servidumbres y el derecho de superficie. En adición a los derechos principales que hemos listado, en el mismo libro se regulan los derechos reales de garantía que son la hipoteca, la retención y la anticresis. A ellos se suman los derechos reales contenidos en otras leyes, que es el caso de la garantía mobiliaria³ y el derecho de concesión minera⁴. Dentro de este esquema, se consideran como modalidades de uno

² A medida que avancemos con el texto, iremos reseñando ciertas resoluciones del Tribunal Registral relevantes para las materias tratadas.

³ Derecho real de garantía regulado en la respectiva Ley de Garantía Mobiliaria, Ley 28677 y su reglamento aprobado por Resolución 142-2006-SUNARP-SN.

⁴ Derecho real regulado en la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo 014-92-EM.

de los derechos reales –la propiedad– a la copropiedad y a la propiedad horizontal⁵.

Más que un asunto terminológico, la diferencia entre ser considerado como un derecho real o una modalidad de propiedad tiene una consecuencia práctica fundamental. Cada uno de los derechos reales tiene sus propias reglas y su propia configuración ya sea en el Código Civil o en su ley especial, siendo éste el contenido esencial inmodificable del derecho, por mandato del principio de tipicidad de los derechos reales⁶. Por el contrario, en el caso de las modalidades de la propiedad, al tratarse de subtipos de este derecho, les son de aplicación directa las reglas correspondientes al mismo, tanto las contenidas en el libro de Derechos Reales, como las de otros libros del Código Civil y de otros cuerpos legislativos. Ejemplo de ellas serían las normas que regulan la transmisión de la propiedad, los contratos típicos que permiten la transferencia de la misma, las normas registrales referentes a la inscripción de transferencia de dominio, las normas urbanísticas, las normas tributarias, etcétera. Sin embargo, la mayor o menor particularidad que una modalidad de propiedad tenga hace necesarias ciertas reglas específicas. Veamos dos casos en particular.

Un primer caso es el de la copropiedad. Las normas específicas a esta modalidad están contenidas en el Capítulo Quinto dentro del título destinado al derecho de propiedad dentro del Libro de Derechos Reales. Siendo así, a la copropiedad se aplican las demás normas del ordenamiento aplicables al derecho de propiedad, tal como sucede con las normas del contrato de compraventa en los casos en que una de las partes esté compuesta por un conjunto de copropietarios o las normas registrales que proporcionan

el procedimiento por el cual esta situación jurídica debe publicitarse en el registro público⁷, entre muchos otros ejemplos. No obstante, a consecuencia de determinadas particularidades que tiene el concepto de la copropiedad, en el capítulo del Código Civil correspondiente se establecen reglas específicas para la coexistencia de cuotas ideales sobre un mismo bien, el procedimiento de adopción de acuerdos, la administración del bien, los derechos y obligaciones de los copropietarios, el concepto de partición, la extinción de la copropiedad, el pacto de indivisión y la medianería como caso de copropiedad forzosa. Todas estas normas no derogan las demás aplicables al derecho de propiedad, sino solamente las complementan en razón de la específica situación de la copropiedad.

El segundo caso que nos sirve para graficar lo expuesto es el de la propiedad horizontal. La propiedad horizontal es solamente mencionada en el artículo 958 del Código Civil, norma en la que se remite su tratamiento a la legislación de la materia. La actual legislación sobre la materia está contenida en la Ley 27157 que regula, entre otras instituciones, el régimen de propiedad exclusiva y de propiedad común; norma desarrollada en su correspondiente reglamento y en ciertas directivas de la Superintendencia Nacional de Registros Públicos. Más claramente, en este caso puede observarse cómo la transferencia y demás reglas aplicables a la propiedad sobre las secciones individuales y las secciones comunes de un condominio, se rigen por las normas generales del derecho de propiedad. No obstante, la circunstancia de que bienes, en principio integrantes como son los diferentes pisos de un edificio, tengan jurídicamente diferentes dueños, obliga al establecimiento de determinadas reglas especiales, como es

⁵ Mientras la copropiedad está regulada en el mismo Código Civil en los artículos 969 y siguientes, la propiedad horizontal está contenida en la Ley 27157 y su reglamento. Como modalidad de la propiedad también podría incluirse el caso de la multipropiedad o propiedad de tiempo compartido (time sharing), que ha sido regulada en nuestro país a través del Decreto Legislativo 706, pero cuya naturaleza es materia de debate a nivel doctrinario. Sobre el particular, puede consultarse: ROJAS ULLOA, Milushka Felicitas. "La Naturaleza Jurídica de la Multipropiedad. Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política". Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política. Unidad de Posgrado. En: http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas_um/pdf/rojas_um.pdf.

⁶ A diferencia de la noción de libertad contractual en el Derecho de las Obligaciones, en el campo de los Derechos Reales los tipos a los que las partes pueden acceder están determinados en un numerus clausus, cuya configuración no puede ser contractualmente modificada (WESTERMANN, Harry. "Sachenrecht". Octava Edición. Traducción Libre. Heidelberg: C.F. Müller. 2011. p. 29.; y MEDER, Stephan y Andrea CZELK. "Grundwissen Sachenrecht". Segunda Edición. Traducción Libre. Tübingen: Mohr Siebeck. 2008. p. 6.

⁷ Artículo 13.d y artículo 62 que regulan la transferencia de cuotas ideales en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios.

el caso del establecimiento de un reglamento interno, la determinación de los derechos sobre las zonas comunes, la distribución de los gastos de mantenimiento, etcétera. Teniendo en claro este esquema, pasemos a analizar el derecho de superficie.

B. Definición clásica del derecho de superficie

El derecho real de superficie es aquél en virtud del cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Tal es la definición que establece el artículo 1030 del Código Civil peruano⁸. El punto de vista mayoritario considera a la superficie como un derecho real y no como una modalidad de la propiedad: “El derecho de superficie es, por un lado, un derecho real sobre un bien ajeno, el predio gravado, y, por otro lado, un derecho real limitado”⁹. Desde este punto de vista, este derecho real consiste en la potestad de construir sobre un terreno ajeno y la potestad de hacerse dueño de lo edificado. Al decir “dueño de lo edificado” nos estamos refiriendo a la particularidad de que aquello construido en el sobresuelo o subsuelo de dicho terreno, se tiene en “propiedad separada” del suelo, cuya titularidad se mantiene con el propietario inicial.

Por lo tanto, desde esta perspectiva, el derecho de superficie se constituye como un derecho real independiente del derecho de propiedad y de cualquier otro derecho real, porque en su configuración está compuesto no sólo de un tipo de propiedad, sino de dos elementos: (i) el derecho a construir en un terreno ajeno (derecho real sobre bien ajeno), y (ii) el derecho de propiedad sobre lo construido (propiedad superficiaria)¹⁰. En ese sentido parece pronunciarse el artículo 1033 de nuestro

Código Civil, cuando señala que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido. Ello significaría que si el bien se destruye y por ello la propiedad superficiaria se pierde, el derecho de superficie permanece, porque aún el superficiario puede construir sobre el terreno y consecuentemente hacerse propietario de lo construido¹¹.

C. Críticas a la definición clásica

Las críticas al concepto clásico del derecho de superficie que vamos a señalar a continuación no son un punto de vista aislado, pues, en general, siempre ha existido en la doctrina la duda de si debía considerarse a este derecho como “un caso de propiedad dividida”¹². Es usual que el tratamiento del derecho de superficie en el ámbito de la doctrina comience por señalar las confusiones y ambigüedades de este derecho y precisar su diferencia con otras instituciones civiles¹³. Desde nuestro punto de vista, la definición clásica del derecho de superficie puede criticarse a dos niveles: A nivel dogmático y a nivel práctico.

1. Crítica a nivel dogmático

En primer lugar, consideramos que resulta dogmáticamente cuestionable realizar una dicotomía conceptual dentro del contenido del derecho de superficie si es que ello no responde a una finalidad útil. Nos explicamos. De acuerdo a la definición clásica del derecho de superficie, el segundo de los elementos –la propiedad superficiaria– no tiene mayor diferencia con el derecho de propiedad, por lo que la diferencia entre la propiedad y la superficie estaría en el *derecho a construir en terreno ajeno* que otorga este último derecho. Esta parte sería la que constituya el derecho real limitado o derecho real sobre bien ajeno¹⁴. Analicemos este concepto.

⁸ El antecedente legislativo de este derecho en nuestro país es el artículo 958 del Código Civil de 1936, que, a pesar de no delimitar completamente esta figura del derecho de usufructo, constituye el primer cuerpo de normas que recoge esta institución en nuestro país, señalando que “por acto entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante” (MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. “Los derechos reales”. Tercera Edición. Lima: Librería Studium. 1984. p. 107).

⁹ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. “Handbuch des Erbbaurechts”. Cuarta Edición. Traducción Libre. München: C.H. Beck. 2008. p. 22.

¹⁰ *Ibid.* p. 13.

¹¹ INGENSTAU, Jürgen. “Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar”. Novena Edición. Traducción Libre. Köln: Carl Heymanns. 2010. pp. 14-15.

¹² VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. *Op. cit.* p.13.

¹³ *Ibid.* pp. V y 24.

¹⁴ INGENSTAU, Jürgen. *Op. cit.* p. 11.

Este *derecho a construir en terreno ajeno* se fundamenta en que mientras no haya construcción sobre el inmueble no podría haber propiedad superficiaria, pues esta última recae sobre lo construido. Sin embargo, en esos momentos sí debería existir derecho de superficie, el cual se materializa en un derecho a realizar las obras necesarias para la construcción, aún cuando, de momento, el predio no sea más que un terreno. De ahí que se introduzca este *derecho a construir en terreno ajeno*. El momento más importante donde se hace patente este derecho es el inmediatamente posterior a que se constituya un derecho de superficie en un terreno. Desde ese momento hasta que exista una construcción, no podría decirse que hay propiedad superficiaria, pero sí podría afirmarse que hay un *derecho a construir en terreno ajeno* y, consecuentemente, hay un derecho de superficie.

No obstante, bien visto el derecho de superficie, este *derecho a construir en terreno ajeno* resulta innecesario, más aún desde nuestra propia legislación nacional. Al respecto, creemos que debe hacerse una interpretación sistemática de los artículos 1030 y 1033 de nuestro Código Civil. Según el primero, el superficiario tiene derecho a tener una construcción en propiedad separada de la propiedad del suelo. Según el segundo, si no existe dicha construcción, el superficiario sigue teniendo su derecho de superficie. Por tanto, si como se aprecia en estos artículos el derecho del superficiario se mantiene con independencia de la existencia de una construcción, no queda más que concluir que el derecho del superficiario recae sobre algo diferente a la construcción, esto es, recae sobre *el sobresuelo*¹⁵. De lo que en realidad

es propietario el superficiario es de los aires o sobresuelo que están por encima del plano del predio, esto con independencia de que en dicho sobresuelo exista o no una construcción. Esta afirmación no resulta en absoluto ajena a nuestra realidad socio-económica, pues diariamente se pueden encontrar transacciones que tienen como objeto los aires de los terrenos, de las edificaciones o incluso de los condominios. El límite jurídico que en este caso se podría alegar, cual es la imposibilidad de que existan derechos singulares sobre bienes integrantes no representa un obstáculo en este caso porque justamente el derecho de superficie, por definición, permite tener en propiedad separada dos bienes que en principio eran partes integrantes el uno del otro¹⁶. De ahí que, como dijimos, resulte innecesario afirmar que el *derecho a construir en terreno ajeno* forme parte del contenido de la superficie, puesto que ese derecho ya viene implícito en el derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo: Aunque se destruya lo edificado, el superficiario puede construir en el sobresuelo por la simple razón de que tiene la propiedad sobre el sobresuelo. El derecho a edificar es parte del derecho de propiedad. Por lo demás, valga señalar que este *derecho a construir en terreno ajeno* a que se refiere el concepto clásico es una construcción puramente doctrinal y no está nombrado como tal en ninguno de los artículos del Código Civil sobre el derecho de superficie.

Quedando descartado este innecesario *derecho de construir en terreno ajeno*, la configuración del derecho de superficie se hace más simple y fácil de entender: Es un mero derecho de propiedad del sobresuelo¹⁷. La utilidad de entender este concepto de la

¹⁵ Exactamente el mismo razonamiento es aplicable de tratarse de un derecho de superficie que sólo se limite al subsuelo o que se extienda tanto al sobresuelo como al subsuelo.

¹⁶ Este principio está recogido en el artículo 887 del Código Civil, el cual señala, un tanto anacrónicamente, que las partes integrantes son aquellas que no pueden ser separadas sin destruir, deteriorar o alterar el bien. En ese sentido, en principio, la construcción que exista encima o por debajo del suelo de un predio es típicamente una parte integrante del bien. Más aún, el propio Código Civil regula expresamente, en su artículo 938, la regla de la accesión, como un modo originario de adquisición de la propiedad, según el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él. Por tal razón, la construcción sobre un terreno tiene como automática consecuencia que ambas pasen a formar parte de un mismo bien. Resultado de ello, este compuesto de terreno y edificación, constituye un solo y único bien, el cual solamente podrá ser objeto de derechos como conjunto, y no a través de su desmembración en derechos singulares sobre cada parte. Sin embargo, el derecho de superficie constituye una excepción a la referida regla. Cuando se constituye el derecho de superficie, automáticamente se constituye un derecho singular de propiedad sobre la construcción a favor del propietario superficiario. Dicho de otra manera, cuando el propietario superficiario realiza las construcciones a que se refiere el Código Civil, no opera la accesión, ya que éstas no pasan inmediatamente a ser de propiedad del dueño del suelo.

¹⁷ Una vez más, definición que se aplica al caso de una superficie del sobresuelo, del subsuelo o de ambos en conjunto.

manera dicha es que ya no tenemos derecho real que necesite una regulación especial que, como vimos, la tendría de manera insuficiente en nuestro sistema legal. Lo que tendríamos sería un derecho de propiedad en una modalidad particular al que serían de aplicación todas las normas del ordenamiento referidas a la propiedad supliendo muchos de los vacíos que en un principio parecía tener el derecho de superficie. Veamos cómo se materializaría nuestra propuesta.

¿Cuál es el proceder de un abogado cuando se le solicita elaborar un “contrato de superficie”? La simplicidad del concepto de superficie propuesto nos permite resolver un primer problema fundamental, cual es la determinación del negocio jurídico por el cual se constituye o se transfiere un derecho de superficie. En la actualidad, al considerar que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, el contrato de constitución del mismo resulta ser un contrato atípico, pues no tendría regulación alguna en nuestro sistema¹⁸. Entonces, la elaboración de un contrato de superficie comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que éste debe contener y de la complejidad de la operación que se busca regular. Esto motiva que usualmente se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, lo que puede resultar problemático y muy peligroso por tratarse de un contrato de naturaleza completamente diferente (contrato obligacional y de duración).

Por el contrario, la elaboración de un “contrato de superficie” se facilita sobremanera si es que se entiende que este derecho no es más que una modalidad de la propiedad: No se trata más que de una compraventa de inmueble. En ese sentido, ya sea al momento de constituir el derecho como al momento de transferir uno ya constituido, lo único que se está produciendo es una transferencia de un derecho de propiedad del sobresuelo, del subsuelo o de ambos. La transferencia de propiedad por contrato sí está tipificada en nuestro Código Civil en las normas de compraventa, las que regularán todos los aspectos del contrato de superficie de manera

supletoria, evitando los costos de transacción que implica diseñar un contrato de superficie desde cero. Ello no obsta a que las partes agreguen los pactos que ellos consideren necesarios por las particularidades del negocio que se quiera realizar y por la circunstancia particular de que se trata de un derecho de propiedad temporal, que en algún momento regresará al propietario inicial.

En ese sentido, serán de aplicación directa al contrato de superficie las normas de compraventa que no se contradigan con la naturaleza del bien vendido (el sobresuelo, el subsuelo o ambos). Según nuestro análisis, más allá de la correspondiente configuración particular que hagan las partes, serían de aplicación al contrato de superficie los artículos 1529, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1543, 1544, 1546, 1549, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 1556, 1557, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563, 1565, 1567, 1568, 1571, 1572, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582 del contrato típico de compraventa. Por nombrar algunos aspectos, entre estos artículos se encuentra la regulación de las obligaciones principales del contrato, las disposiciones sobre el bien vendido, sobre el precio, sobre la transferencia del riesgo, etcétera, excluyéndose solamente las normas de compraventa que se refieran a transferencia de bienes muebles y otras normas incompatibles con la naturaleza del bien vendido. Naturalmente la temporalidad del derecho de propiedad superficiaria amerita ciertas reglas específicas que las partes tendrán que pactar, por ejemplo, en relación al derecho de reversión que tiene el propietario del predio una vez finalizado el plazo de la superficie. Este mismo ejercicio puede realizarse con cualquier otro contrato referido a la propiedad de un inmueble así como con las demás normas que tratan este derecho ya sea que se encuentren en el Código Civil o en otros campos de nuestro sistema jurídico.

2. Crítica a nivel práctico

Lo segunda crítica que se puede realizar del concepto clásico del derecho de superficie

¹⁸ Entendemos por contrato atípico aquel cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que el contrato de superficie pueda en los hechos tener lo que se denomina una “tipicidad social”, es decir un conjunto de prácticas comerciales cuya reiteración ha creado una realidad socioeconómica todavía no recogida legislativamente por el Derecho (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Segunda Edición. Tomo I. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 154.

es desde un punto de vista práctico y/o económico. Como lo mencionamos al inicio del texto, el superficiario no es más ni menos que un *propietario económico* del inmueble. Aún en el caso de que la superficie se extienda solamente al sobresuelo o al subsuelo, pero especialmente en el caso en que ésta se extienda a ambos, en la realidad el propietario del predio cede de manera total su propiedad sobre el inmueble, salvo el único límite en el aspecto temporal. Ciertamente es que según el concepto del derecho de superficie el propietario del predio conserva el derecho de propiedad sobre el suelo. Sin embargo, para efectos prácticos este derecho no sirve para ningún propósito porque la propiedad sobre la membrana que físicamente separa el sobresuelo del subsuelo en la realidad no tiene ninguna utilidad económica y es imposible de ser aprovechada sin ocupar físicamente el sobresuelo o el subsuelo.

Sin embargo, no por ello deja de ser atractivo otorgar el derecho de superficie para el propietario del suelo, puesto que, desde su perspectiva, él pasa a ser un mero rentista con un ingreso periódico para el cual no necesita realizar ninguna inversión, ingreso que será mayor al de un arrendamiento o usufructo por tratarse de un derecho más completo (propiedad temporal) y con la perspectiva de hacerse propietario de lo construido una vez termine el plazo de la superficie. “El canon superficiario equivale para él [el propietario del predio] económicamente a un precio de una compraventa en forma de renta, siendo que en este caso él [el propietario del predio], a diferencia de una compraventa, mantiene la propiedad del bien”¹⁹. Adicionalmente, mantiene el derecho de disponer su derecho de propiedad, ya sea a través de la transferencia o a través del gravamen, naturalmente según la valorización que un tercero pueda hacer sobre un predio en el que recae un derecho de superficie vigente.

La doctrina también así lo da a entender cuando se señala al derecho de superficie como un derecho “económicamente similar a la propiedad”, como un “derecho igual a la propiedad” o se habla de la “naturaleza predial del derecho de superficie” o de la existencia

de un “predio jurídico” o de un “fundo jurídico”²⁰. El superficiario es un propietario económico del inmueble porque tiene pleno dominio sobre él. Por lo demás, no debe olvidarse que esta propiedad económica del superficiario tiene la característica particular de ser una propiedad temporal.

La característica de la temporalidad es un elemento fundamental para el diseño de esta herramienta, puesto que al tratarse de una propiedad temporal, el superficiario tiene la urgencia de explotar de la manera más eficiente la construcción que vaya a realizar sobre el inmueble, lo que implica una adecuada inversión de capital y la realización de una actividad productiva que tiene como base la construcción de un edificio, ya sea este un edificio de departamentos, de oficinas, de locales comerciales, un local industrial, un hospital, un cementerio, un estacionamiento, etcétera. Con ello, especialmente en un contexto de subida de precios de los inmuebles, se facilita una alternativa más atractiva a la mera tenencia de los inmuebles con fines especulativos. En otras palabras, de no haber los mecanismos atractivos para la inversión de capital en un proyecto inmobiliario, naturalmente será más fácil adquirir o mantener la propiedad de los inmuebles con la expectativa de que el mero paso del tiempo haga que su precio se incremente y se obtenga un beneficio sin haber realizado ninguna inversión en producción. De ahí que resulte fundamental otorgar un marco jurídico de certeza respecto al derecho de superficie a todo aquél que tenga la intención de invertir en el mercado inmobiliario valiéndose de esta herramienta.

Esta situación de propiedad ya se reconoce, de alguna manera, al nivel del Derecho Registral con la disposición de que deba abrirse una partida registral especial para el derecho de superficie. El artículo 108 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios detalla que cuando se constituye la superficie se crea una partida registral especial para dicho efecto, a diferencia de lo que sucede con otras cargas y gravámenes como el usufructo, la servidumbre o el embargo, que se limitan a una anotación en el rubro de

¹⁹ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. Op. cit. p. 17.

²⁰ Ibid. p. 22.

cargas y gravámenes del inmueble²¹. Al ser un propietario absoluto, el superficiario necesita también tener la posibilidad de publicitar aquellos actos de dominio que realice sobre su bien inmueble.

D. Definición propia del derecho de superficie

De lo expuesto, en resumidas cuentas, desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie se define como *una modalidad del derecho de propiedad por la cual se tiene la propiedad del sobresuelo, del subsuelo o de ambos de forma separada de la propiedad del suelo por un periodo máximo de 99 años*. De esta definición pueden extraerse tres puntos clave que detallamos a continuación.

1. Modalidad de Propiedad

El derecho de propiedad es el género próximo del derecho de superficie. A diferencia de derechos reales autónomos como el usufructo, el uso, las servidumbres o los derechos reales de garantía en los que solamente se detentan algunos de los poderes inherentes a la propiedad, con el derecho de superficie el propietario superficiario puede ejercer un derecho absoluto sobre el sobresuelo, el subsuelo o ambos, según se haya constituido el derecho de superficie. Tan es así que no sólo tiene la posibilidad de usarlo de acuerdo a su destino común o de beneficiarse con los frutos naturales, industriales y/o civiles del bien, sino que además puede realizar modificaciones sustanciales al mismo, puede enajenarlo, gravarlo, e incluso puede destruirlo, sin que con ello se desnaturalice su derecho de superficie.

2. Separación

En virtud del derecho de superficie se hace una excepción a la regla de que no pueden existir derechos singulares sobre partes integrantes. Es cierto que a efectos prácticos, un propietario superficiario de sobresuelo

y subsuelo excluiría de cualquier disfrute directo del bien al propietario del suelo. Sin embargo, la característica de la separación no tiene su valor en la posibilidad de que el propietario superficiario utilice el sobresuelo y el propietario del predio utilice el suelo, pues ya vimos que ello es físicamente imposible. Lo que permite la separación es dejar atrás en el caso de la superficie la concepción individualista de la propiedad, distinguiendo la propiedad económica (productora) de la propiedad jurídica (rentista), con la finalidad de fomentar una explotación más eficiente del inmueble.

3. Temporalidad

El plazo máximo de 99 años cumple con la finalidad de fomentar la explotación del inmueble por parte del superficiario, quien buscará beneficiarse con los réditos que obtenga de la diferencia entre los resultados de la actividad realizada en el inmueble y lo pagado como canon superficiario. Esta característica de temporalidad también evita la perpetuidad de una separación de la propiedad como ocurría con derechos limitados perpetuos y, al mismo tiempo, combate la posibilidad de que se utilice el inmueble con fines de especulación. Sin embargo, los 99 años como tope máximo abren la posibilidad de utilización de este derecho para cualquier finalidad aún cuando los resultados se proyecten a largo plazo, para lo que se hace necesario una regulación precisa de las relaciones entre el superficiario y el propietario del suelo durante la vigencia del plazo.

III. EL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE LAS NORMAS

Primeramente, al abordar esta materia desde el punto de vista de la legislación, nos referiremos al Código Civil peruano, para luego ocuparnos de los aportes que puede prestar el estudio comparado del derecho de superficie.

²¹ En dicha partida especial debe precisarse la partida registral sobre la que recae el derecho, la indicación de si la superficie se concede sobre o bajo la superficie del suelo o sobre ambos, el plazo de duración de la superficie, la circunstancia de si se constituyó a título gratuito u oneroso, el nombre del titular del derecho, es decir, del propietario superficiario y el traslado de cargas y gravámenes registrados antes de la inscripción del derecho de superficie, para respetar el principio de prioridad temporal en la inscripción. Adicionalmente, se extiende una anotación de correlación en la partida registral del inmueble sobre el que se ha constituido la superficie en la que también se incluyen los datos a los que ya nos hemos referido (artículo 109 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios).

A. El derecho de superficie en Perú

En el Código Civil peruano, a diferencia de lo sucedido con otros derechos reales como el usufructo²², se hace una parca regulación del derecho de superficie a través de solamente cinco artículos²³:

- Artículo 1030: Definición, plazo máximo, derecho de reversión, derecho de reembolso.
- Artículo 1031: Formas de constitución, transmisibilidad.
- Artículo 1032: Extensión a partes del suelo no necesarias para la construcción.
- Artículo 1033: Continuidad en caso de destrucción de lo edificado.
- Artículo 1034: Extinción del derecho de terceros otorgados por el superficiario.

De manera complementaria, tenemos las normas en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios a las que nos hemos referido previamente:

- Artículo 108: Inscripción del derecho de superficie
- Artículo 109: Anotación de correlación entre las partidas²⁴.

No obstante, la complejidad de las operaciones que se suelen sustentar en derechos de superficie demuestra la insuficiencia de esta regulación y la consiguiente necesidad de regular al milímetro a través de las cláusulas del contrato la relación entre el propietario del predio y el superficiario. Hasta el momento, para la solución del mencionado problema hemos planteado la posibilidad de recurrir de manera directa a las normas aplicables al derecho de propiedad, en razón de tratarse la superficie de una *modalidad* de este derecho. Sin embargo, las otras dos características del derecho de superficie, es decir, la *separación* y la *temporalidad*, obligan a establecer ciertas

reglas específicas que delimiten ciertos aspectos especialmente en lo relativo a las consecuencias de la separación jurídica entre el suelo y el sobresuelo, y las relaciones entre el propietario y el superficiario durante el periodo en que dura la superficie. Así se ha hecho ya en el caso de otras modalidades de propiedad con los artículos sobre copropiedad en el Código Civil y la entera legislación de propiedad horizontal. Así se ha hecho ya, además, en otros sistemas jurídicos específicamente respecto al derecho de superficie de los cuales es posible recoger algunas nociones para conciliarlas con la utilidad que este derecho puede tener en nuestro país. El caso al que nos referiremos es la Ley sobre el Derecho de Superficie del Derecho alemán.

B. El derecho de superficie en Alemania

La época de la codificación en Europa coincidió con una tendencia de los juristas a la aversión respecto de la perniciosa propiedad de “manos muertas” propia de la historia de acumulación de propiedades en manos de la Iglesia y la Nobleza. En esa línea, como consecuencia de la preponderancia de la concepción individualista del derecho de propiedad, en los códigos civiles principales quedaron rezagados derechos reales que constituían limitaciones demasiado gravosas para el propietario, más aún cuando éstos se prolongaban por un periodo de tiempo muy largo. De ahí que la insuficiente regulación del derecho de superficie a la que hemos hecho referencia deba entenderse en su contexto, en relación a los antecedentes que los autores de nuestro propio Código Civil tuvieron.

En Italia, el Libro Tercero “de la Propiedad” del *Codice Civile* trata el derecho de superficie con la misma cantidad de artículos que nuestro Código Civil, específicamente entre los artículos 952 y 956. En España, el derecho

²² El usufructo es regulado en nuestro Código Civil en 27 artículos.

²³ Por lo demás, cabe resaltar que la escasa regulación proviene desde el Código Civil de 1936: “El Código Civil de 1936 no le dio la necesaria importancia jurídica al derecho de superficie, le llegó a asignar un tratamiento legislativo ineficaz y confuso al involucrarlo dentro del título de usufructo, en abierta imperinencia como lo demuestran los numerales 958 y 959 del citado Código. En el actual Código Civil (artículos 1030 a 1034), se halla ubicado en el Título V del Libro V, Derechos Reales, aún con muchas deficiencias, pero con la autonomía necesaria” (GONZALEZ LINARES, Nerio. “Derecho civil patrimonial. Derechos reales”. Lima: Palestra Editores. 2007. p. 635.

²⁴ Valga señalar en este punto que, al tener debida publicidad registral el derecho de superficie, no resulta necesario que el vendedor de un predio sobre el cual se constituyó este derecho ponga en conocimiento de su comprador la existencia de una superficie, como bien lo resolvió el Tribunal Registral en la Resolución 575-2012.

de superficie se trata de manera desordenada entre la legislación urbanística y la registral, específicamente en los artículos 40 y 41 del actual texto de la Ley de Suelo y en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario. En Alemania, empero, es donde se ha llegado más lejos en términos de sistematicidad y amplitud al tratar el derecho de superficie y, lo que resulta más importante, en un contexto que resulta sorprendentemente similar al que rodea nuestra propia legislación sobre este derecho.

El Código Civil alemán (“BGB” por la abreviatura del término alemán “Bürgerliches Gesetzbuch”), que entró en vigor el año 1900, es fruto de una búsqueda de unificación que se produjo en el territorio alemán en la segunda parte del siglo XIX tras alcanzar predominio Prusia sobre Austria en la influencia de lo que antes había sido el territorio del Sacro Imperio Romano Germánico. El antiguo Sacro Imperio Romano Germánico había sobrevivido precariamente por siglos hasta la llegada de Napoleón I, pero en su territorio la dispersión legislativa era tal que, bien entrado el siglo XIX, ciertas zonas se regían por el Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch austríaco, otros territorios prusianos como Westfalia por el Preußisches Allgemeines Landrecht, en la provincia del Rin, Alsacia y Lorena se aplicaba el Código Napoleón, en Baden se aplicaba el Badisches Landrecht, etcétera²⁵. Éste fue el contexto en el que se promovió la elaboración de un Código Civil recogiendo todo el desarrollo de la Pandectística y de la Escuela Histórica del Derecho, todo con el objetivo de asentar el concepto de nación en el territorio que ahora conocemos como Alemania.

El Código alemán tiene ciertas particularidades como es el caso de su dogmatismo y tecnicismo que, si bien permitió tener un cuerpo legislativo sistemáticamente estructurado, dificulta su comprensión por parte de quienes realizan una lectura inicial o superficial²⁶. Sin embargo, también el Código alemán recogió ciertas ideas provenientes

de la revolución liberal que se trajo abajo la sociedad estamentaria a finales del siglo XVIII. Una de ellas es justamente la de la concepción individualista del derecho de propiedad. “A través del desarrollo del derecho provocado por la revolución francesa se impuso en el siglo XIX la noción individualista de la propiedad”²⁷. Este es el contexto que permite entender, tanto en Alemania como en nuestro país, las razones de la marginación legislativa de una figura que busca la separación de la propiedad como es el derecho de superficie. Lo cierto es que, al tratarse el derecho de superficie de una limitación tremenda al propietario del suelo, constituía un “cuerpo extraño” dentro del sistema de propiedad del nuevo Derecho Alemán y “recibió por ello entre los §§ 1012 a 1017 BGB solo una muy incompleta regulación”²⁸. En dichos parágrafos se regulaba²⁹:

- § 1012: Definición del derecho de superficie.
- § 1013: Extensión a una parte del terreno no necesaria para la construcción.
- § 1014: Prohibición de la limitación a una parte de un edificio.
- § 1015: Formalidad para la constitución del derecho.
- § 1016: No extinción en caso de destrucción de la construcción.
- § 1017: Aplicación de las normas sobre predios a la superficie.

Tal como se ha explicado para el caso peruano, esta menuda regulación del derecho de superficie en el Derecho alemán tuvo como consecuencia el desuso de esta herramienta por parte de los ciudadanos alemanes, más aún cuando el Código alemán ofrecía mayores opciones en comparación a las que ofrece, aún hoy, nuestro sistema en cuestión de contratos temporales ya sean éstos con efectos obligacionales o reales. En palabras que serían directamente aplicables al caso peruano, se señala que “debido a la incompleta regulación del BGB (§§ 1012–1017) se originó un sinnúmero de disputas jurídicas, lo que es

²⁵ ZIMMERMANN, Reinhard. “An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law)”. Traducción Libre. En: EBKE, Werner y Matthew FINKIN. “Introduction to German Law”. Londres: C.H. Beck. 1996. p. 3.

²⁶ *Ibid.* p. 9.

²⁷ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. *Op. cit.* p. 14.

²⁸ *Ibidem.*

²⁹ Traducción Libre.

más, en asuntos importantes [del derecho de superficie]³⁰. Justamente por este motivo es que, una década después de la entrada en vigor del Código alemán, se promovió la reforma del marco jurídico de este derecho, con el objetivo de “crear un marco jurídico de estabilidad” para la superficie³¹. Las reformas legislativas en torno al derecho de superficie no fueron más que una parte de una reforma socio-económica mayor que se denomina la “Bodenreformer” (Reforma del Suelo).

El problema social en este contexto de los años posteriores a la primera guerra mundial fue el acceso a la vivienda. Para este objetivo el derecho de superficie servía como un instrumento muy atractivo, puesto que permitiría acceder a un derecho de propiedad sobre una vivienda con un costo total menor al que significaría la adquisición definitiva de la propiedad. “La Reforma del Suelo en Alemania (...) entonces tenía como objetivo por medio del vagamente utilizado instituto del derecho de superficie, luchar contra la especulación del suelo y ensanchar a su vez la posibilidad de la población de adquirir una vivienda propia”³². El problema de la temporalidad del derecho no resultaba tal, debido a que al extenderse –de manera similar al caso peruano– por un plazo de 99 años, se excluía cualquier necesidad de renovar el contrato por el tiempo de vida de una persona, excluyéndose solamente la posibilidad de heredar una propiedad a los descendientes, quienes, para esto, ya se habrían hecho seguramente de un patrimonio propio. “La limitación temporal juega apenas un rol para el superficiario debido a la, por regla, larga duración (99 años), por lo que para él el derecho de superficie cumple en la práctica el mismo servicio que un predio adquirido a través de una compraventa”³³. Ello, sumado a las facilidades de financiamiento alrededor de la hipoteca del derecho de superficie, convertía a este derecho en una atractiva herramienta para combatir la especulación inmobiliaria para efectos de la “Bodenreformer”.

Sin embargo, para llegar a ser atractivo, a este derecho no le bastaba la sucinta regulación que contenía el Código alemán en sus 6

parágrafos, de modo que se decidió extraer el derecho de superficie de este cuerpo de normas y trabajar una norma específica que amplíe los alcances de este derecho y rellene todos los vacíos y la inseguridad jurídica que tenía previamente. De esta manera, se promulgó el 15 de enero de 1919 la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsverordnung*), la misma que entró en vigencia el 22 de enero del mismo año. Salvo algunas modificaciones de menor importancia, esta norma se mantiene vigente hasta hoy, habiendo sido en el año 2007 aclarada y confirmada su naturaleza, pasando de ser una ordenanza a ser una Ley sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsgesetz*)³⁴. Por razones de espacio nos limitamos a hacer una breve referencia de su contenido:

- Concepto y contenido (§§ 1-13): Se refiere al contenido legal y al contenido contractual del derecho, al canon o contraprestación, al rango, a la aplicación de las normas sobre predios y a la edificación como parte del derecho de superficie.
- Normas Registrales (§§ 14-17): Se refiere, entre otros aspectos, a la creación de una partida especial para el derecho, las materias que deben inscribirse en dicha partida y la relación entre ésta y la partida del predio.
- Financiamiento (§§ 18-22): Se refiere, entre otros aspectos, al financiamiento de la construcción del edificio a través de la hipoteca y las diferentes variantes que presenta el sistema alemán respecto a esta garantía.
- Seguros y Ejecución (§§ 23-25): Se refiere a la contratación de seguros referentes a la edificación y a la ejecución forzosa tanto de la edificación como del suelo.
- Término (§§ 26-34): Se refiere a los diferentes aspectos que conciernen el momento de finalización del plazo del derecho de superficie como es la

³⁰ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. Op. cit. p. 16.

³¹ Ibidem.

³² Ibid. p.14.

³³ Ibid. p.17.

³⁴ Ibid. p.14.

renovación, el derecho de reversión y el estado de la construcción, así como el caso de la finalización por resolución.

Sin llegar a ser excepcionales, los resultados de la reforma legislativa del derecho de superficie fueron positivos, incluso en relación al número de casos de propiedad horizontal, especialmente en el tiempo posterior a la segunda guerra mundial, como se desprende de los datos sobre los derechos de superficie constituidos en los *Länder* alemanes Bayern y Hessen: “Existían según las investigaciones realizadas en los Registros Públicos de los Ministerios de Justicia de Bayern y Hessen (1970) en total la siguiente cantidad de derechos de superficie: En Bayern 39278, en Hessen 19556 (...)”³⁵. En adición a ello, también han sido ámbitos de aplicación del derecho de superficie las propiedades del Estado, de las Municipalidades y de Instituciones Religiosas, así como las construcciones comerciales e industriales³⁶. No obstante, en el contexto alemán, el derecho de superficie para fines de vivienda aún se enfrenta a un tradicional y no necesariamente fundamentado deseo de los particulares de tener la seguridad de contar con un derecho de propiedad en el sentido más estricto. A pesar de ello, aún hoy se pueden observar ofertas de viviendas a través del derecho de superficie por parte de empresas inmobiliarias alemanas, las cuales se preocupan por explicar los atractivos de la figura, entre los cuales resalta el beneficio económico: en la comparación de un derecho de superficie pagado mensualmente con la adquisición de propiedad mediante una hipoteca pagada también mensualmente, el costo del derecho de superficie resulta siendo alrededor de la mitad respecto al derecho de propiedad, a pesar de que otorga iguales posibilidades al propietario superficiario en el periodo prolongado en que se puede constituir³⁷.

C. Aportes de las normas en Alemania para una eventual norma en Perú

En lo que nos concierne, resulta útil tomar conocimiento de esta experiencia por las alternativas que nos permite plantear

respecto al derecho de superficie en nuestro país. A diferencia del caso alemán, el impulso en la utilización de este derecho no lo ha dado una reforma legislativa sino el propio mercado. Y, si bien el derecho de superficie también puede ser útil para fines de vivienda, en nuestro país éste no necesariamente se toparía con la concepción individualista que tiene un propietario de a pie, justamente porque quienes normalmente hacen uso de este mecanismo no son ciudadanos que buscan una vivienda, sino empresas que diseñan su inversión en función a un periodo específico de explotación de un inmueble y que no tienen una necesidad de adquirir definitivamente un patrimonio heredable como sí lo podría tener una persona natural. Desde ese punto de vista, una regulación del derecho de superficie más que fomentar su utilización, buscaría poner a la par el marco jurídico de un fenómeno que ya se presenta en la sociedad.

Naturalmente, al tener finalidades relativamente distintas, en una eventual regulación del derecho de superficie en nuestro país, no podrían utilizarse normas idénticas al caso alemán. Para ello es útil el conocimiento del contexto que rodea a la Ley sobre el derecho de superficie, como del sistema de propiedad en el que ella se enmarca. En esa línea, a continuación recogeremos de la experiencia alemana algunos aspectos que consideramos de utilidad en una eventual regulación de este derecho en nuestro país.

1. Normas sobre propiedad

Ya sea que se asuma la tesis de que la superficie es una modalidad de la propiedad o no, resultaría conveniente incluir como en la Ley sobre el Derecho de Superficie la referencia expresa a que las normas sobre propiedad contenidas en el Código Civil son de aplicación directa a la propiedad superficiaria, en cuanto éstas no se opongan a las particularidades de este tipo de propiedad. Con ello se lograría zanjar la discusión acerca de si estas normas son de aplicación directa o si lo son por analogía e incluso si son aplicables por analogía las normas sobre el derecho de

³⁵ *Ibíd.* p. 18.

³⁶ *Ibíd.* p. 19.

³⁷ BAUMARKT. “Erbbaurecht - wie funktioniert das?”. Traducción Libre. En: <http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das>.

usufructo por ser también un “derecho real menor”³⁸.

2. Normas sobre rango y preferencia

Tanto en el sistema alemán como en el peruano, el derecho de superficie es, respecto al predio, una carga, por lo que es necesario establecer su relación respecto a los demás derechos, cargas y gravámenes constituidos con anterioridad o con posterioridad en el inmueble. Si bien las normas generales ya lo establecen así (artículo 2022 del Código Civil peruano), sería necesario solucionar un debate común que es el conflicto entre una hipoteca y un derecho de superficie posteriormente inscrito, situación a la que

tendría que aplicarse el principio de prioridad temporal en la inscripción registral³⁹.

3. Normas sobre su constitución y transferencia

Si bien ya existe el artículo 1031 del Código Civil peruano, sería conveniente establecer que las normas aplicables a la transferencia de bienes inmuebles, a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, a fe pública registral⁴⁰, etcétera, son también de directa aplicación al derecho de superficie. Del mismo modo, resultaría conveniente aclarar la posibilidad de adquirir de forma originaria un derecho de superficie, específicamente mediante la prescripción adquisitiva⁴¹.

³⁸ Un ejemplo de las demás normas sobre el derecho de propiedad que son de aplicación directa a la superficie son las normas urbanísticas, por lo que la extensión del predio sobre el que se constituye el derecho de superficie debe también respetar los espacios no disponibles dichas normas, como lo ha resuelto el Tribunal Registral en la Resolución 2415-2011. Lo mismo sucede sobre la extensión de la superficie, al tomar en cuenta que la propiedad superficiaria recae sobre un inmueble como es el sobresuelo (y/o el subsuelo), por lo que nada impide que, si se tiene el consentimiento de los respectivos propietarios, la extensión de un derecho de superficie exceda la de los predios sobre los cuales recae, siempre que se realice la acumulación correspondiente de partidas especiales. Esta problemática la recoge también el Tribunal Registral en la Resolución 478-2010.

Por otro lado, en relación a algunas de las preguntas planteadas en la primera parte del texto, consideramos que estas pueden resolverse a la luz de este mismo criterio en el sentido de que un propietario superficiario tiene todo el derecho a establecer un régimen de propiedad horizontal sobre su inmueble, así como también tiene el derecho a conceder una “subsuperficie” si es que, por ejemplo, cuenta con el sobresuelo y el subsuelo y quisiera dar alguno de ellos en propiedad a un “subsuperficiario”.

Respecto al aspecto tributario, en relación al impuesto a la renta, el pago que el propietario superficiario realice por su derecho constituiría un gasto deducible en la medida que cumpla con el requisito de causalidad, esto es, que contribuya con su fuente generadora de renta como sería en este caso el negocio a través del cual se vaya a explotar económicamente el bien. Asimismo, el propietario del terreno tendría un ingreso que sería gravable como renta de primera categoría según el artículo 23 de la Ley del Impuesto a la Renta, en tanto podría considerarse como una cesión de un derecho sobre un inmueble. Ahora bien, es importante mencionar que la circunstancia de que la superficie conceda al fin y al cabo un derecho de propiedad, también puede motivar la interpretación de que en este caso se da un supuesto de ganancia de capital. En cuanto al Impuesto General a las Ventas, corresponde citar el literal a) del artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, según el cual están inafectos al impuesto las cesiones de uso de inmuebles, siempre que el ingreso constituya renta de primera o de segunda categorías gravadas con el Impuesto a la Renta. Conviene señalar que paralelamente se tendría que analizar las implicancias en el Impuesto General a las Ventas de la construcción a realizarse sobre el inmueble dado en superficie, los servicios contratados para la realización de la obra y, por último, la transferencia del propietario superficiario al propietario del terreno una vez vencido el plazo de vigencia de la superficie. Por el lado del Impuesto de Alcabala, su tasa de 3% sobre el valor de transferencia podría ser aplicable a la operación de constitución de superficie, si es que se entiende que por ella se produce la transferencia de un bien inmueble a favor del propietario superficiario. Finalmente, el Impuesto Predial corresponde al propietario de los terrenos y también de las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de los predios. En ese sentido, al estar estas dos partes del predio bajo la titularidad de dos propietarios diferentes, existe la posibilidad que tanto el dueño del terreno como el propietario superficiario estén obligados a pagar el impuesto predial por la parte del inmueble que le corresponde a cada uno.

³⁹ En esa línea, un derecho de superficie inscrito con posterioridad a una hipoteca también inscrita se verá preterido por ésta en razón de la prioridad registral, salvo que el titular de la hipoteca haya prestado su consentimiento a la cesión del rango preferencial a la hipoteca y esta cesión se haya publicitado en el registro, asunto que fue tratado parcialmente por el Tribunal Registral en las Resoluciones 01-2012 y 641-2011.

⁴⁰ Por esta razón, la adquisición del derecho de superficie también se protege por su inscripción en el registro aún cuando posteriormente exista una discusión sobre la legitimidad del propietario o copropietario que otorgó el derecho, materia que resolvió el Tribunal Registral en la Resolución 575-2012.

⁴¹ Sobre el particular consideramos que, si bien aquel que posee un inmueble como superficiario también expresa la apariencia de propietario absoluto y le convendría más adquirir la propiedad absoluta y no sólo la propiedad superficiaria, el hecho de contar con un título que permita aplicar la prescripción adquisitiva corta

4. Normas sobre el contenido contractual

En la Ley sobre el Derecho de Superficie se hace la distinción entre el contenido legal y el contenido contractual del derecho de superficie, a efectos de que aquellos pactos que realicen las partes sean considerados como elementos de este derecho real⁴². Esta constituiría una opción para dotar de efecto real al contenido del contrato de superficie. Sin embargo, al tratarse de pactos de las partes, una segunda alternativa sería la creación de un “contrato de compraventa de superficie” que contenga ciertas reglas adicionales a las generales sobre compraventa. Tal como se hace con la generalidad de contratos, estas reglas supletorias reflejarían los pactos que usualmente se utilizan en un contrato que ciertamente ya tienen una “tipicidad social”^{43 44}.

5. Normas sobre incumplimiento

En la misma línea del contenido contractual del derecho de superficie, sería conveniente establecer un conjunto de normas supletorias que reflejen el uso común de este derecho, quedando a salvo el poder de las partes de establecer pactos específicos en función a sus propios intereses. Siguiendo la propuesta alemana, en el caso de los eventuales incumplimientos en el contexto de un derecho de superficie se establecería una consecuencia distinta a la resolución del contrato y la consiguiente extinción del derecho de superficie, debido a la precariedad

que esta situación produciría en este derecho. En dicha eventualidad, se optaría por privilegiar la tutela de cumplimiento a través de un mecanismo que permita recurrir a los ingresos del negocio llevado a cabo en el inmueble, sin llegar a la extinción del derecho de superficie. Naturalmente, esta sería una solución supletoria al pacto de las partes⁴⁵.

6. Normas sobre disposición

En la línea del anterior tópic, otro elemento a recoger sería la solución de la discusión sobre la posibilidad de disponer sobre el derecho de superficie sin el consentimiento del propietario a través de una norma supletoria que así lo permita, sin impedir el poder de las partes de pactar en contra. En principio, actualmente el artículo 1031 del Código Civil peruano establece que el derecho de superficie es transmisible. Sin embargo, la circunstancia de que el superficiario y todos sus derechos y obligaciones forman parte de un contrato de superficie vigente entre él y el propietario del suelo, puede sustentar el pedido del propietario del suelo de que se requiera su consentimiento, si es que, en los hechos, se produce una cesión de la posición contractual del superficiario, más aún si no se conoce si el nuevo superficiario dará la misma seguridad que el anterior superficiario en el cumplimiento del contrato. Dicha discusión quedaría cerrada en caso se estableciera como regla supletoria el derecho a disponer del superficiario sin requerir del consentimiento del propietario del predio.

puede hacer necesario establecer expresamente que el derecho de superficie puede adquirirse también por prescripción adquisitiva.

⁴² VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. Op. cit. p. 16.

⁴³ Como fue mencionado anteriormente, el concepto de tipicidad social está referido a aquellos contratos que, si bien no están regulados en las normas del ordenamiento –contratos atípicos–, sí tienen una tipificación en la práctica cotidiana de las personas a través de reglas que, en términos generales, se repiten y respetan. Estas reglas nacen en los usos y costumbres, es decir, en las prácticas comerciales, pero además son recogidas en doctrina, de modo que los mecanismos de interpretación e integración de estos contratos son paralelos a lo previsto en las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas. Al respecto, es necesario que se produzca un uso reiterado, frecuente y uniforme que determine que la doctrina o la jurisprudencia reconozcan ese tipo “social” como correlato de una realidad socioeconómica (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. Op. cit. Loc. cit.).

⁴⁴ La naturaleza contractual del título de la superficie hace que sean aplicables a este derecho las normas generales sobre contratos, de modo que, a manera de ejemplo, el pacto de las partes y la correspondiente publicidad registral bastarían para la ampliación del plazo del derecho de superficie si es que no se excede el plazo máximo de 99 años, como ha sido resuelto por el Tribunal Registral en la Resolución 478-2010.

⁴⁵ A pesar de la naturaleza contractual del título de la superficie a la que hemos hecho referencia previamente, resulta conveniente establecer una regla de protección al tercero que confía en la continuidad del derecho de superficie, puesto que la posibilidad de las partes de resolver el contrato de superficie en cualquier momento por mutuo acuerdo o por un “incumplimiento eficiente” puede perjudicar a quien tenga una medida cautelar o una hipoteca inscrita sobre el derecho de superficie. De ahí que una norma como ésta sirva para un caso como el que se presentó al Tribunal Registral según la Resolución 1222-2010.

7. Normas sobre el canon

La contraprestación del derecho de superficie, que en doctrina recibe el nombre de “canon superficiario”, es nada más que mencionada en el artículo 108 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Sin embargo, como se hace en la Ley sobre el Derecho de Superficie, resulta de utilidad establecer el canon como una carga real del derecho de superficie a favor del propietario del predio. Si bien este concepto alemán no es tan conocido en el sistema de propiedad peruano, puede asimilarse a una servidumbre salvo en el extremo en que el beneficiario no tiene que ser un predio dominante, sino lo puede ser una persona y la prestación puede consistir en una prestación dineraria. Con esto se permitiría vincular el canon superficiario con el derecho de superficie, de modo que, aún cuando este derecho sea transferido, la obligación de pagar el canon automáticamente se transfiera y pase a estar a cargo del nuevo superficiario y no siga con el anterior superficiario como sería la regla según las normas generales de obligaciones.

8. Normas sobre teoría de la imprevisión

La Ley sobre el Derecho de Superficie aborda el tema de la imprevisión en relación a la posibilidad de cambios en las circunstancias que sirvieron de base para la constitución inicial del derecho de superficie. Debido al prolongado plazo que se permite para el derecho de superficie, que en Alemania también se acepta que puede extenderse hasta 99 años, nos encontramos ante una relación contractual sumamente prolongada entre el superficiario y el propietario del predio. Por esta razón, resulta conveniente considerar, también de manera supletoria a la voluntad de las partes, una referencia expresa a las normas sobre excesiva onerosidad de la prestación o una norma específica sobre teoría de la imprevisión para el contrato de superficie para los casos en que dentro del plazo de éste se presenten cambios sustanciales en el valor del terreno, en el

valor de la moneda o en cualquier otro factor que afecte la base de celebración del negocio inicial.

9. Normas registrales

Si bien ya existen en nuestro sistema normas que regulan la inscripción del derecho de superficie en el registro, sería conveniente que en las mismas se agregue una remisión a las normas registrales sobre el derecho de propiedad en lo que se refiere a las formas de transmisión de propiedad, a las cargas y gravámenes inscribibles⁴⁶, pero con la excepción de aspectos que no concuerden con las particularidad del derecho de superficie como es el caso de su natural superposición física con la partida registral del predio sobre el cual recae⁴⁷.

A pesar de la importancia de los aspectos que se pueden recoger de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, una apreciación crítica de la misma tendría que descartar algunos otros elementos que, si bien guardan concordancia con la finalidad de la norma en el contexto alemán de inicios del siglo XX, no se condicen con la utilidad que se buscaría otorgar al derecho de superficie en nuestro país. Entre estos elementos tenemos (i) la prohibición a las partes de pactar condiciones resolutorias o cláusulas similares en el contrato por las cuales el derecho de superficie quede sin efecto antes del plazo pactado, (ii) la posibilidad del superficiario de pedir la reducción del canon superficiario con la eventual participación del juez, y (iii) el rango preferencial que se otorga al derecho de superficie por encima de otras cargas y gravámenes, y su continuidad incluso en caso de ejecución del predio. Los referidos aspectos que propone la Ley sobre el Derecho de Superficie responden, por un lado, a la búsqueda de seguridad para aquél que financie la construcción de la edificación confiando en la continuidad del derecho de superficie como garantía⁴⁸, finalidad para la que resulta útil la prohibición de condiciones resolutorias y la preferencia de la superficie

⁴⁶ Entre ellas las referidas a los requisitos para la inscripción del derecho de superficie, materia discutida en un caso resuelto por el Tribunal Registral en la Resolución 014-2012.

⁴⁷ Naturalmente, si la extensión del derecho de superficie excediera la del predio sobre el cual recae serían de correspondiente aplicación las normas sobre análisis catastral por parte de la Oficina de Catastro de los Registros Públicos, como se trató en la citada Resolución 014-2012 y en la Resolución 441-2010.

⁴⁸ VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl WINKLER. Op. cit. pp. 16-17.

sobre otros gravámenes⁴⁹. Por otro lado, las prohibiciones y controles tanto de cláusulas de resolución como del canon superficiario son reflejo de un intervencionismo en la regulación de este contrato que no se justificaría en un ámbito de fomento de la inversión privada que es el campo del derecho de superficie en nuestro país.

En resumidas cuentas, más allá de la apreciación crítica que se debe hacer de un caso foráneo como es la Ley sobre el Derecho de Superficie, son más los aspectos novedosos que pueden recogerse en una eventual reforma legislativa de este derecho en nuestro país. Ya se ha hecho esta reforma hace muchos años con otras modalidades de la propiedad que tienen su propio cuerpo legislativo (la propiedad horizontal y la multipropiedad), por lo que nuestro sistema no sería extraño a un cuerpo legislativo destinado a tratar el derecho de superficie. Hemos señalado anteriormente que nuestra propuesta de considerar este derecho como modalidad del derecho de propiedad permite resolver de manera inmediata problemas jurídicos que se presentan día a día. Sin embargo, existen ciertos aspectos del derecho de superficie cuya especificidad requiere una regulación *ad hoc*, ya sea porque no han sido tratados en absoluto en nuestro sistema o porque no hay una referencia a normas más generales del Derecho Civil que diriman discusiones en torno a esta herramienta jurídica. Por lo demás, tanto con el abordaje doctrinario como con el legislativo, no hemos pretendido cubrir de manera exhaustiva todos los pormenores del derecho de superficie y los ámbitos en los que puede ser utilizado, sino solamente hacer una introducción a una investigación más profunda en la que

tendremos suficiente espacio para desarrollar tanto nuestra propuesta dogmática como los aportes de la Ley sobre el Derecho de Superficie en Alemania.

IV. APÓLOGO

Como hemos podido apreciar a lo largo de este artículo, lo que el derecho de superficie esconde detrás es nada menos que un derecho de propiedad. En otras palabras, más allá del eufemismo de ser dueño del sobresuelo y/o el subsuelo, a todas luces el que verdaderamente ejerce los atributos de la propiedad es el superficiario. El propietario del suelo no es más que un propietario formal y rentista. Sin embargo, por el viejo miedo de la época moderna a la “propiedad en manos muertas” no se podía concebir en las legislaciones liberales posteriores a la revolución francesa una separación del dominio formal y del dominio útil de manera perpetua. De ahí que para el derecho de superficie se estableció un plazo máximo suficientemente largo para que, sin perjudicar su utilidad, no termine resultando una separación eterna de lo que hemos denominado como propiedad formal y propiedad económica. Había una vez un terreno estatal sumamente atractivo pero en desuso, pues no podía venderse por razones de índole político. Para poder aprovecharlo, la argucia jurídica que se fuera a usar tendría que conferir una propiedad económica a una empresa para que realice una inversión millonaria y a largo plazo, pero mantener la propiedad jurídica en el Estado. Preguntado el abogado sobre cuál es el contrato que permite otorgar una propiedad económica durante 100 años, sin tener que vender la propiedad jurídica, éste respondió: “No hay mentira que dure 100 años, sólo 99 con una superficie”.

⁴⁹ *Ibíd.* p.16.