
¡Atenta Superficie!

Martín Mejorada Chauca

Profesor de Derecho Civil de la PUCP

Por siglos la Superficie ha permanecido a la espera de una oportunidad. Pasados los tiempos de su apogeo en Roma (III AC – II DC)¹ y aunque con características algo distintas de las que hoy conocemos, la Superficie ingresó en un profundo letargo. Cambiaron las circunstancias que dieron origen a esta figura y otros derechos tomaron su lugar, entre ellos la Enfiteusis, el Usufructo y la Propiedad Horizontal.

En el Perú la Superficie ha compartido el camerino de los derechos reales menos requeridos. Al lado de la Medianería, el Uso, la Habitación y la Anticresis, no despertó el interés ni el entusiasmo de los operadores comerciales. Sin embargo, la reforma económica de inicios de los 90 y el reciente crecimiento del sector comercial², nos permiten escuchar cierto llamado a la vieja figura del derecho romano, lo que por cierto genera inquietud: ¿Está lista la Superficie? En las siguientes líneas me ocuparé de dos aspectos puntuales de este derecho en su regulación del Código Civil, a saber: i) el plazo máximo de vigencia y ii) los efectos de la extinción.

La Superficie existe en el Código Civil peruano desde 1936, donde se le reguló como un usufructo de tierras edificables. A partir del Código Civil de 1984 adquiere autonomía y se le regula como un derecho real independiente. Sólo cinco artículos se ocupan de la Superficie (1030 al 1034). Dos de ellos serán materia de comentario en este ensayo.

«Artículo 1030: Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo

Este derecho no puede durar más de noventinueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto (subrayado agregado).

«Artículo 1034: La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario a favor de tercero» (subrayado agregado).

Estas normas son claras, tanto en el supuesto de hecho como en las consecuencias jurídicas que señalan, pero generan dudas sobre si dichas consecuencias son las más acertadas en el momento actual.

I- Plazo Máximo de la Superficie

No es un tema de años más o años menos. Lo central es: ¿porqué debe haber un plazo fijado por la ley? Para responder a esta pregunta debemos ingresar al fundamento de la Superficie y escudriñar en los presupuestos jurídicos que explican la posición del Código Civil. En esta aventura especulativa formularé diversas preguntas y trataré de responderlas con la ley (Código Civil) y con categorías que ésta ha recogido (*acción y partes integrantes*). Aunque la explicación resulte un tanto extensa y compleja para la sencillez de la conclusión, los invito a seguirme en el análisis.

¿Por qué es necesario un derecho real como la Superficie que separa la titularidad de la construcción y el suelo? La respuesta está en el Principio de Accesión, según el cual los bienes que se adhieren a otro se transmiten en propiedad. Los romanos decían: *«superficie solo cedit»* (la superficie cede al suelo). El Principio de Accesión está previsto en el artículo 938 del Código Civil: *«El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él»*. La edificación sobre un terreno es un caso de accesión.

Este principio está íntimamente ligado a una categoría conocida entre nosotros como *«partes integrantes»*. Existe norma expresa sobre el particular. Dice el artículo 887 del Código Civil: *«Es parte*

1 En Roma la Superficie no tenía exactamente las características que conocemos hoy, ni tuvo siempre la misma naturaleza jurídica. Fue producto de una permanente evolución del Derecho frente a las necesidades de la realidad que exigía más espacio para habitar la ciudad y una asignación de tierras públicas con fines agrícolas, pero con retención del dominio.

2 Las reformas económicas de los 90 provocaron no sólo un crecimiento de la actividad comercial privada, sino también un nuevo rol del Estado respecto a sus bienes, los cuales dejan de ser del todo inalienables e ingresan al mercado. Como el Estado es naturalmente celoso de su patrimonio, la Superficie se torna en una opción interesante para disponer del bien, sin perder la propiedad.

integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares» (subrayado agregado)

Las *partes integrantes* son las que se adhieren a otras, por obra del hombre o de la naturaleza. El sentido de la adherencia, es decir qué parte se adhiere a cuál, o si una es principal respecto de la otra, no es relevante a efectos de la categoría que comento. Todas son *integrantes*.

La integración de bienes es un tema fáctico. Los hechos indican si un bien se puede o no separar de otro y en qué condiciones. Por tanto es también un tema tecnológico. La posibilidad de separar sin daño un bien incorporado en otro depende del estado de la técnica (el cual varía permanentemente y con mayor rapidez en los últimos tiempos). Lo que hasta hace unos años era de imposible separación hoy es factible debido a la técnica. Es el caso de sanitarios, puertas, ventanas y pisos de un predio, que en ciertas circunstancias pueden separarse sin destruirse ni deteriorarse. Lo mismo ocurre con las células animales y vegetales que se manipulan y retiran sin daño desde su ambiente natural hacia el laboratorio y viceversa³.

Claro, pese al avance de la tecnología hay infinidad de bienes que al integrarse no pueden ser separados, así ocurre hasta hoy con la pintura sobre el lienzo, las tuberías empotradas en las paredes, el suelo y las columnas que penetran en la tierra y se erigen hacia los aires, etc. La edificación sobre un terreno es un caso de *parte integrante*.

Una precisión. La dramática indicación de la norma sobre que son *partes integrantes* las que no se pueden separar sin dañarse o deteriorarse, no se refiere a un daño o deterioro irremediable, pues en realidad casi todo daño se puede reparar, y de ser así no habría nada realmente *integrante*. La norma tiene que ver con el hecho de que las *partes integrantes* no tienen autonomía inmediata, ni antes ni después de su separación. Por supuesto que si se separan y se acondicionan podrían adquirir autonomía funcional.

Según el Código Civil las *partes integrantes* no pueden ser objeto de derechos singulares. Esto significa que los bienes integrados sólo pueden tener un titular. ¿Por qué? La razón es sencilla. Si las partes integradas tuvieran distintos titulares, ¿Cómo ejercerían sus

derechos? Imaginemos que alguien es propietario de la pintura sobre la pared y una persona distinta es titular de la pared, o que alguien es propietario de una tubería empotrada y otra persona es la dueña del espacio que ocupa dicha tubería. Son situaciones absurdas, pues tales titulares no podrían ejercer sus derechos. Por ello dice la norma que las *partes integrantes* no pueden ser objeto de derechos singulares. Este es el fundamento de la prohibición contenida en el artículo 887 del Código y el punto de partida de las reflexiones que siguen.

¿Pueden las partes pactar en contra de la norma y admitir derechos singulares entre *bienes integrantes*? En principio no. Es una disposición prohibitiva que pretende conducir relaciones económicas sobre bienes. Su sentido mandatorio se desprende además de la propia fuerza del texto: ¡Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares! (subrayado agregado). Además, ¿a quién le interesaría ser titular de una *parte integrante* teniendo en cuenta las circunstancias antes señaladas?

En el plano de las categorías jurídicas y teniendo en cuenta lo dicho en los párrafos precedentes, el concepto *parte integrante* sólo tiene sentido para bienes que no pueden ser objeto de derechos singulares. Es decir, dicha categoría se justifica en la medida que existan partes que no pueden ser explotadas por separado. Si existieran bienes que a pesar de ser inseparables (físicamente integrados), se les pudiera asignar eficientemente diferentes titulares, la prohibición no tendría sentido y por supuesto la categoría tampoco.

Ahora bien, la posibilidad de una explotación separada (y por ende la asignación a diferentes titulares), no sólo requiere que concurren elementos materiales o físicos, sino también un elemento jurídico. Veamos.

El artículo 955 del Código Civil señala: «El suelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo». (Subrayado agregado). ¿Pueden?. ¿De qué depende esta posibilidad?. Depende de que las partes adheridas puedan ser objeto de una explotación independiente. Dicha posibilidad debe examinarse tanto física como jurídicamente.

En el plano material o físico, si los bienes adheridos (suelo y construcción, por ejemplo) por su tipo de adherencia y funcionalidad no pueden ser explotados por separado, entonces no será posible la

³ No menciono la manipulación de células humanas, pese a que existe y es un milagro de la ciencia, sólo porque los componentes del ser humano no son jurídicamente «bienes» y por tanto están fuera de las relaciones patrimoniales en las que se mueven las *partes integrantes*. ¿El ser humano y sus componentes deberían ser bienes? En otra ocasión trataré este tema.



¡Atenta Superficie!

coexistencia de titularidades y la integración se regirá por el artículo 887 del Código Civil. Tal sería el caso de una construcción subterránea que atraviesa el suelo y se prolonga a los aires, anulando la funcionalidad autónoma del suelo.

Pero puede ocurrir lo contrario. Hay algunos bienes que a pesar de estar «integrados» permiten en los hechos la coexistencia de derechos singulares, tal es el caso de las construcciones superficiales cuando el suelo y el subsuelo gozan de operatividad independiente (por ejemplo el parque del Óvalo Gutiérrez en Miraflores, respecto del estacionamiento subterráneo que se halla en el mismo lugar). En ellos, tienen que admitirse derechos singulares a pesar de que son inseparables. La edificación sobre o bajo un terreno a veces satisface este elemento material, a veces no.

Pero además la posibilidad de una explotación separada depende de la existencia de un régimen legal (elemento jurídico) que regule las relaciones entre los diferentes niveles del predio. Sólo así es posible la explotación autónoma y sin tropiezos. Este régimen legal proviene del contrato o de una norma. Naturalmente un contrato sólo tendría sentido (causa) si en efecto existe el respaldo del elemento material o físico antes indicado. El contrato podría establecer las relaciones entre los niveles del predio, e incluso sino fuera posible la autonomía funcional de ellos (elemento material), podría crear un régimen de explotación exclusiva de algunos niveles, pero temporalmente. Por su parte la existencia de una norma podría exceptuar el elemento material, compensándolo con la temporalidad de la asignación a diferentes titulares. El régimen legal también podría darle permanencia indefinida a dicha asignación si los elementos materiales lo permiten. La importancia del régimen legal se aprecia justamente en la regulación sobre Superficie y Propiedad Horizontal. Sin ellas no sería posible la explotación separada de los bienes unidos. Si no hay régimen legal (contractual o normativo), la separación prevista en el artículo 955 del Código Civil no es posible y regiría la prohibición del artículo 887.

La Superficie es un régimen legal cuya justificación se halla en la temporalidad de la separación entre suelo y edificación. De ahí que se le vea como una excepción a la prohibición contenida en el artículo 887 del Código Civil y como un supuesto del artículo 955. Otro régimen legal en el que se admite la separación de derechos a pesar de la evidente integración de bienes es la Propiedad Horizontal, hoy conocida como *Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común* (Ley 27157). En este último caso la separación es permanente porque las secciones adheridas están dispuestas para una explotación separada. A este régimen también se le

ve como una excepción al mandato prohibitivo del artículo 887 del Código.

Pero, ¿Son excepciones? No en el caso de la Propiedad Horizontal, y sólo eventualmente en el caso de la Superficie. En efecto, si los bienes gozan de permanente explotación separada no son *integrantes*. El problema está en la definición. En la realidad, todos vemos que existen bienes que no se pueden separar pero que al mismo tiempo son susceptibles de explotación autónoma por titulares distintos. En tales casos no se les debería considerar *partes integrantes*. Sin embargo como la ley no distingue, se les trata como excepciones.

La visión realista es: hay bienes que se pueden explotar por separado y hay bienes que no. Ante la unión de bienes (aun cuando ellos no se puedan separar), las soluciones jurídicas deben establecerse en función a los diversos escenarios en los que se presenta la accesión. Si la unión deriva de una accesión natural (Aluvión y Avulsión, artículos 939 y 940 del Código Civil), de una construcción sobre bien ajeno (Edificación, artículos 941 al 943 del Código Civil) o de una transformación (Especificación, artículo 937 del Código Civil), las respuestas del Derecho deben observar la conveniencia práctica de admitir la coexistencia de varios derechos o establecer una sola titularidad. La decisión se debe sustentar en la realidad, no en la categoría jurídica. Si la tecnología permite una explotación separada hay que evaluar qué conviene. El régimen legal (contractual o normativo) se ocupará de los detalles.

No es inevitable que los bienes unidos correspondan a un solo titular, pero por diversas razones (justicia, castigo, operatividad, tradición, etc.) la ley siempre ha querido imponer la unidad y ubicar estos hechos en el capítulo de transferencia de propiedad (capítulo II del Libro V del Código Civil), donde una parte de los bienes unidos se trasfiere a uno de los titulares concurrentes. Creo que esta inclinación legislativa tiene que ver sobre todo con la tradición (conservación de fórmulas romanas que se han transmitido de generación en generación).

Sincerar el concepto antes referido (*partes integrantes*) nos permite juzgar el plazo legal de la Superficie. Este derecho es temporal (noventinueve años como máximo) porque nació cuando el estado de la técnica no admitía que el suelo pudiera ser explotado por separado y de manera permanente. Tal presupuesto fue vencido por la realidad, pues se sabe que el suelo sí se puede explotar por separado permanentemente, o por lo menos sin un límite temporal. Pensemos en los parques municipales que se han entregado en Superficie

para la construcción subterránea de playas de estacionamientos y centros comerciales. En ellos la situación podría ser perpetua sin ningún problema. Soy conciente que una asignación perpetua de titularidades exclusivas se alejaría de la idea típica de la Superficie, pues ya no habría «consolidación» con el suelo⁴. Esta situación se acercaría más a la Propiedad Horizontal.

No pretendo que desaparezca la Superficie como negocio que comprende una futura *consolidación* de suelo y construcción, sino que se entienda que la idea de un plazo máximo señalado en la ley tiene como presupuesto un hecho (imposibilidad de explotación separada) que ya no se cumple en todos los casos. Por ello la Superficie no debe tener plazo máximo fijado por la ley. Las partes deben decidir si el plazo es cien años, doscientos o el que sea. El tiempo necesario para hacer rentable un negocio no depende de lo romántico de las centurias, sino de las frías cifras y su aplicación al factor tiempo.

Volviendo a la categoría *partes integrantes* que de algún modo explica el plazo máximo de la Superficie, debo concluir que cuando la situación material y jurídica de los bienes unidos si permite la explotación por diferentes titulares, no deberían considerarse *integrantes* pues en tales casos la prohibición del artículo 887 del Código Civil carece de sentido⁵. En todo caso serían *integrantes* pero sólo en un sentido físico pero no jurídico.

Es una interpretación audaz, lo reconozco, sostener que los *integrantes* que si permiten explotación separada no son *integrantes*. ¿El propósito? Salirse de la prohibición que en tales casos resulta absurda. La existencia del derecho de Superficie no es suficiente, pues éste es siempre temporal por mandato de la ley. Por su parte la *Propiedad Horizontal* es un régimen muy especializado que se ocupa de: «*Los edificios de departamentos; quintas; casas en copropiedad; centros y galerías comerciales o campos feriales; y otras unidades inmobiliarias con bienes comunes, cuando pertenezcan a propietarios distintos...*» (artículo 37 de la Ley 27157). La *Propiedad Horizontal* no comprende todas las situaciones en las que hay

autonomía funcional de partes adheridas. Por ejemplo, dónde ubicar a las secciones prediales donde la suma de ellas no conforma una unidad, (secciones superficiales que nada tienen que ver con la funcionalidad de la sección subterránea). Es necesario pues abrir el espectro de derechos o abrir las figuras existentes para comprender más supuestos. ¿Qué hacemos mientras tanto.

La clave está en interpretar adecuadamente el artículo 955 del Código Civil: «*El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo*» (subrayado agregado). Esta norma está pensada en la Superficie, sin embargo podría sostenerse que es una norma general que consagra un principio en materia de propiedad predial y que las reglas sobre *partes integrantes* son especiales respecto de esta norma, de manera que se salve lo que de otro modo sería una clamorosa contradicción. Desde esta perspectiva, puedo concluir

que la regla en el caso de predios es que el suelo, subsuelo y sobresuelo, no obstante su adherencia, pueden corresponder permanentemente a titulares distintos. El régimen legal (contractual o normativo) señalará los casos específicos en que ello es posible.

Es decir, es posible convenir un negocio donde se mantienen derechos separados del suelo (con cargo a una *consolidación* futura) por periodos mayores a noventa y nueve años. No será un derecho real

porque la Superficie está sometida a la tipicidad que señala el artículo 881 del Código Civil (*numerus clausus*), pero será un derecho patrimonial de similares características que limita la propiedad de quien afecta el bien. Este pacto se puede inscribir en los Registros Públicos como una limitación al dominio (artículo 2019 inciso 1 del Código Civil) y adquirir por esa vía perfecta oponibilidad.

En conclusión, el plazo legal de la Superficie puede ser un inconveniente en algunos negocios pero afortunadamente el propio Código nos permite interpretar y construir una solución con los mismos efectos que la vieja figura romana.

“(...)la idea de un plazo máximo señalado en la ley tiene como presupuesto un hecho (...) que ya no se cumple en todos los casos.”

4 Consolidación es el acto jurídico por el cual todos los atributos de la propiedad se concentran en un solo titular.

5 No olvidemos que deben concurrir elementos materiales y un elemento jurídico. Sólo el segundo puede exceptuar a los primeros, recurriendo a la fórmula de la temporalidad. Es decir, de modo alguno se puede admitir derechos singulares sin la existencia de un régimen legal. En recientes pronunciamientos la Corte Suprema, a propósito de la extensión de la hipoteca, ha entendido que las edificaciones sobre terrenos dan lugar a derechos separados *per se* lo cual es un terrible error, pues si en esos casos no existe régimen legal que establezca las relaciones entre los niveles del predio, estamos claramente ante *partes integrantes* que no pueden ser objeto de derechos singulares.



¡Atenta Superficie!

II.- Extinción de la Superficie

Como todo derecho real la Superficie se extingue por diversas causas, a saber: i) destrucción del bien sobre el cual recae la Superficie, ii) conclusión del plazo, y iii) conclusión anticipada del título que sustenta el derecho.

La destrucción del bien es un supuesto general de extinción de los derechos reales, pues importa la pérdida del objeto. Aplicado a la Superficie no se refiere al bien edificado en ejercicio del derecho (propiedad superficiaria) sino al bien sobre el cual recae, es decir el suelo. La destrucción de la propiedad superficiaria no extingue el derecho de Superficie (artículo 1034 del Código Civil). Obviamente si se destruye el suelo tampoco habrá propiedad superficiaria que pueda subsistir. El lector se preguntará, ¿cómo se destruye un suelo?, Difícil. Es claro que este caso de extinción se aplicará a las superficies levantadas sobre otras construcciones (las que fungen de suelo).

La conclusión del plazo pactado es la forma natural de concluir la Superficie. Vencido el plazo (noventinueve años como máximo) la propiedad superficiaria se transmite al dueño del suelo y se extingue el derecho.

Finalmente, la conclusión anticipada del título puede derivar de dos razones principales y vinculadas: la imposibilidad sobreviniente o la resolución del contrato. Lo primero ocurre cuando, por ejemplo, deviene una norma imperativa que prohíbe el negocio que se venía realizando en ejercicio de la Superficie. Lo segundo puede derivar del incumplimiento de las prestaciones que las partes habían comprometido al concertar la Superficie.

En todos los casos de conclusión del derecho existen efectos a considerar. En la Superficie hay un efecto general. Me refiero al previsto en el artículo 1034 del Código Civil: «*La extinción del derecho de Superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el Superficiario a favor de terceros*» (subrayado agregado)

En primer lugar, corresponde definir si el efecto extintivo que señala la norma es inevitable o si las partes podrían establecer un efecto diferente. No existe razón para creer que estamos ante una norma de orden público, pues el dispositivo en cuestión no protege el interés general de la sociedad, ni está presente ningún valor superior al meramente patrimonial. El Código dispone de un derecho patrimonial a favor del propietario del suelo, quien es liberado de las cargas y gravámenes

constituidos sobre la propiedad superficiaria. Se dirá: esta solución corresponde a la naturaleza temporal de la Superficie.

Debemos preguntarnos entonces: ¿Por qué el legislador consigna esta regla? La razón es la que ya anoté al abordar el tema del plazo máximo de la Superficie. El legislador cree que la integración de bienes no permite la explotación separada, entiende que la *consolidación* es un hecho inevitable que pone fin a una situación excepcional y por tanto todos los derechos que tenían por objeto la Superficie deben desaparecer al extinguirse aquella. Como vimos dicha consideración es equivocada.

En consecuencia, es válido el pacto por el cual las cargas y gravámenes constituidos sobre la edificación permanecen luego de la *consolidación*, en las condiciones que las partes establezcan. Se trataría de una renuncia del dueño del suelo. En estas circunstancias la propiedad superficiaria sería más valiosa pues los derechos conferidos sobre ella tendrían una permanencia mayor que la propia Superficie. Seguramente la renuncia del propietario del suelo será compensada con un mayor rendimiento de la Superficie. No sería una renovación de las cargas y gravámenes sino la continuidad de los derechos que nacieron sobre la propiedad superficiaria.

Queda claro que si las partes no dicen nada regirá el artículo 1034 del Código.

En segundo lugar, la terminación de los derechos conferidos por el Superficiario es un efecto que involucra a terceros y, por tanto, debe examinarse con cuidado qué casos de extinción de la Superficie producen la indicada consecuencia.

Si la terminación de derechos es consecuencia del vencimiento del plazo de la Superficie, es razonable que los terceros pierdan los derechos adquiridos sobre la propiedad superficiaria, pues han debido prever que el bien adquirido tenía el mismo plazo que la Superficie. Esto es lo normal, lo usual.

La extinción por imposibilidad sobreviviente tiene que ver con el riesgo que todo comerciante asume en un negocio que por causas ajenas a las partes no puede continuar (Teoría del Riesgo). Es lógico que alguien asuma las consecuencias de la imposibilidad y en parte ésta será soportada por los titulares de derechos sobre la propiedad superficiaria. Ojo, no es el caso de la simple destrucción del bien (la edificación superficiaria se puede levantar nuevamente y sobre ella se reconstituirán los derechos de los terceros), sino la imposibilidad total que deriva de un hecho jurídico (una decisión normativa

por ejemplo) o un hecho material que impide la continuación del negocio.

Distinto es el caso de la extinción de la Superficie por anticipación del plazo. El adelanto de la extinción puede ser consecuencia de un acuerdo entre el propietario del suelo y el superficiario, o del incumplimiento de este último (resolución del contrato de Superficie por incumplimiento del superficiario). Aquí se afecta a los terceros por actos ajenos a ellos y peor aún, por actos voluntarios del titular de la Superficie (deudor de los terceros). ¿Se justifica que los derechos concedidos a terceros terminen con la extinción de la Superficie, en las circunstancias señaladas? Parece que no, pero la norma no distingue, de modo que a menos que se haya pactado en contra los terceros perderán su derecho anticipadamente.

¿Quiénes son los terceros? Cualquier persona que hubiese adquirido derechos del superficiario (arrendatarios, usufructuarios, acreedores hipotecarios,

etc.). Por supuesto si la terminación anticipada de su derecho se debe a la acción u omisión de su deudor (el superficiario) habrá lugar a una indemnización, pero el bien habrá quedado libre. Para evitar esta situación cobra importancia el pacto en contrario que señalé antes (permanencia de las cargas y gravámenes después de la extinción de la Superficie). Si no media este pacto tampoco se justifica que los derechos de terceros subsistan luego de extinguida la Superficie, ya que de por medio están los derechos del propietario del suelo, quien no mantiene vínculo con los terceros.

En fin. Si bien la regulación de la Superficie no está libre de críticas, tampoco estamos ante una institución que impida los negocios. Una interpretación creativa de las normas y comprender el fundamento de la figura legal, nos permitirá dotarla de pactos que complementen la estructura tradicional que el Código Civil le ha otorgado. Considero que en su regulación actual la Superficie puede hacer un buen papel. ¡A escena Superficie! 