



Luis Felipe Del Risco Sotil(*)(**)

El Derecho de Superficie^(***)

The surface right

EL OTORGAMIENTO DE UN DERECHO DE SUPERFICIE SUPONE UNA VERDADERA TRANSMISIÓN TEMPORAL DE UNA PARTE INTEGRANTE DEL DOMINIO PREDIAL, PERFECTAMENTE IDENTIFICABLE A TRAVÉS DEL TÍTULO CONSTITUTIVO DEL DERECHO. ESA PARTE INTEGRANTE PUEDE SER ACTUAL O FUTURA, DEPENDIENDO DE SI LA EDIFICACIÓN ES EXISTENTE O POTENCIAL. EN EL PRIMER CASO, EL SUPERFICIARIO ADQUIERE EL DOMINIO SEPARADO DE LAS EDIFICACIONES YA CONSTRUIDAS; EN EL SEGUNDO SUPUESTO, EL SUPERFICIARIO SE HARÁ DE LA PROPIEDAD DE LO QUE EDIFIQUE EN EJERCICIO DE SU DERECHO.

Resumen: Este artículo trata sobre la regulación del derecho real de superficie en el Derecho peruano y sus principales puntos de contacto con otras importantes instituciones en el ámbito inmobiliario. El autor aborda la evolución de dicha figura en la legislación peruana y determina la naturaleza jurídica y características del referido derecho, estableciendo su relación con el principio de accesión inmobiliaria y las implicancias de la división transitoria predial que genera la superficie. En otros aspectos relevantes, en este artículo se desarrollan las formas de adquisición de dicha titularidad, el papel de la inscripción en la configuración de la superficie, el reembolso del valor de las edificaciones y la extinción de este derecho real.

Palabras Clave: Propiedad - Derecho de Superficie - Propiedad Superfiliaria - Accesión Inmobiliaria - Superficie Jurídica - Extinción de Superficie

Abstract: This article addresses over the regulation of the surface right in the Peruvian Law along with its main points of contact with other important institutions in the field of real estate. The author points the evolution of

-
- (*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor de Derecho Civil en la Facultad de Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Especialista en materia inmobiliaria, civil, comercial y administrativa. Socio del Estudio Jorge Avendaño Abogados. Miembro Extraordinario de la Asociación IUS ET VERITAS. Correo electrónico: luisfelipe.delrisco@eja.com.pe
- (**) El autor contó con la colaboración de Janneth Alessandra Tomanguillo Vásquez, Abogada del Estudio Jorge Avendaño Abogados y Adjunta de la Docencia del Curso de Derechos Reales en la Pontificia Universidad Católica del Perú y de Luis Diego Vargas Sequeiros, practicante del Estudio Jorge Avendaño Abogados, asistente de Docencia del curso de Derechos Reales, miembro de la Asociación IUS ET VERITAS y estudiante de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú.
- (***) Nota del Editor: el artículo fue recibido el 3 de junio del año 2017 y su publicación fue aprobada el 26 de junio del mismo año.

El Derecho de Superficie *The surface right*

this figure in the Peruvian legislation and determinates its legal nature and its characteristics, establishing its relation with the principle of real estate accession property and the implications of the transitional division that the surface generates. In other relevant aspects, the article addresses the ways of acquisition of such ownership, the role of inscription in the configuration of the surface, the reimbursement of the value of the buildings and the extinction of this property right.

Keywords: Property - Surface Right - Surface Property - Real Estate Accession - Legal Surface - Surface Extinction

1. Introducción

En nuestro medio generalmente se utiliza el derecho de superficie para llevar a cabo distintos proyectos inmobiliarios con fines comerciales. Existen muchas obras en el Perú que se han construido teniendo como base esta titularidad, entre las que destacan algunos de los centros comerciales más emblemáticos del país. ¿Por qué los operadores optan por este derecho? ¿Qué ventajas brinda frente a los demás derechos reales? ¿Qué atribuciones especiales se confiere al denominado *superficiario*? ¿Es lo suficientemente seguro para desarrollar a través de él un proyecto de gran envergadura?

Definitivamente su extenso plazo de duración (noventa y nueve años) hace que sea compatible con el planeamiento, ejecución y retorno de grandes inversiones inmobiliarias, siendo más flexible en este aspecto que el arrendamiento (diez años) o el usufructo (treinta años para personas jurídicas), figuras que tampoco llevan consigo la facultad de construir y modificar el bien que sí otorga el derecho de superficie.

Pero no solo el factor temporal lo hace más atractivo para el mercado. A través del derecho de superficie se produce jurídicamente, aunque de forma temporal, un desdoblamiento de la propiedad predial, otorgando al superficiario la propiedad sobre las edificaciones que se hubieran construido sobre o bajo la superficie del suelo, quedando este último en manos del dueño del predio. Hay una yuxtaposición transitoria de titularidades vinculadas al dominio que resquebraja el derecho ordinario que tiene todo dueño sobre lo edificado en su suelo.

Esta división predial, generada por efecto del derecho real de superficie, ofrece múltiples ventajas para la dirección y explotación del proyecto, pues el titular no tiene un

derecho menor o restringido, sino que tiene la propiedad temporal sobre lo construido, pudiendo decidir libremente el destino de la obra, claro está, dentro de los confines de la ley y de lo pactado con el dueño del suelo.

El superficiario, entendido en los términos descritos, es un propietario en la dimensión prevista en el artículo 923 del Código Civil (puede usar, disfrutar e incluso disponer de lo edificado), con la única diferencia que su derecho no es perpetuo sino temporal. Terminado el plazo de este derecho, la propiedad sobre la construcción se acaba, provocando que la separación predial concluya para todos los efectos legales. Así, el dueño adquiere lo que por ley le corresponde, consolidándose el dominio del suelo, subsuelo y sobresuelo en cabeza del propietario del suelo.

Al igual que otras figuras que usamos en la actualidad, esta interesante institución tienen su origen en Roma, pero se ha revitalizado en los últimos años como un instrumento eficaz para fomentar la construcción, encontrando nuevos tintes, contornos, ventajas y problemas en los sistemas modernos, situación que amerita, sin que quepa la menor duda, el estudio constante y dinámico de una figura clásica en materia de derechos reales.

El presente artículo aborda los antecedentes de la superficie en el sistema peruano, su concepto, sus principales características, así como su relación con otros derechos en el ámbito inmobiliario.

2. Antecedentes del derecho de superficie en la legislación peruana

El derecho de superficie no tuvo mayor desarrollo en los Códigos Civiles pasados. El Código Civil de 1852 no recogió dicho derecho, sin embargo existen evidencias que, en la práctica, sí era usado por los operadores



Luis Felipe Del Risco Sotil

jurídicos de la época, pero con otro nombre. Al respecto, Romero Romaña advierte:

“A pesar de no contemplar el código anterior el derecho de superficie, en la práctica ha funcionado entre nosotros, en forma indirecta, bajo el nombre de concesiones administrativas. Así lo comprueban algunos ejemplos: el Teatro Segura, construido sobre terreno de la Municipalidad de Lima, en virtud de haber solicitado un concesionario el aprovechamiento del terreno por cierto plazo, a cambio de la obligación de construir un edificio con determinadas características, el mismo que, al vencimiento del plazo, debía ser propiedad municipal. (...)

Como se ve por el ejemplo, la concesión funcionaba como un verdadero derecho de superficie, desde el momento que la institución concedía el uso del suelo por determinado número de años a cambio de las obligaciones asumidas por el concesionario, especialmente la de construir un edificio de determinada característica el mismo que al vencimiento del plazo se convertía en propiedad municipal (...)” (Romero 1957, 334).

Del mismo modo, Castañeda informa:

“Desde antes ha funcionado en nuestro medio este derecho bajo el nombre de ‘concesiones administrativas’. El Teatro Segura y los restaurantes ‘Zoológico’ y ‘La Cabaña’ fueron construidos en tierras del Estado por personas que gozaron de las construcciones.

Otros solares han sido también otorgados por el Estado en esta forma y cumplido cierto término estipulado el Estado readquiere el uso del suelo y adquiere la propiedad del edificio construido” (Castañeda 1952, 583).

Si bien no había regulación en el Código Civil de 1852, existen experiencias concretas de que el derecho de superficie se ejecutaba tempranamente bajo el rótulo de *concesiones administrativas*. Es muy interesante la cita de los autores Romero y Castañeda, pues revelan que, de cierta manera y sin una regulación expresa del derecho en cuestión, se producía una separación predial de titularidades entre el suelo y lo construido encima de él. Y es que recién al vencimiento

del plazo de la concesión administrativa, lo edificado se convertía en propiedad del dueño del suelo. Antes era de propiedad del concesionario (superficiario).

El Código Civil de 1936 fue el que introdujo por primera vez el derecho de superficie, pero no lo hizo como un derecho real autónomo. Aquél fue concebido como una modalidad de usufructo (llamado *usufructo sobre tierras edificables*). Al respecto, los artículos 958 y 959 de dicho código establecían lo siguiente:

“Artículo 958. 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”.

“Artículo 959. El derecho a que se refiere el artículo anterior, podrá constituirse a lo más por noventa y nueve años, y pasado el término, el edificio será de propiedad del dueño del suelo”.

Como se puede apreciar, el derecho de superficie tuvo un tímido inicio en nuestro ordenamiento jurídico. Fueron dos breves artículos los que se ocuparon del asunto y se calificó a la superficie, reiteramos, como una modalidad de usufructo que podía constituirse únicamente por acto entre vivos y cuyo objeto era el nacimiento de un derecho de propiedad sobre los edificios, separado de la titularidad del suelo. Este derecho no podía exceder los noventa y nueve años; a su vencimiento las edificaciones pasaban a ser de propiedad del dueño del suelo.

Nótese que el ámbito de aplicación de la superficie se concentró en las edificaciones (la norma se refiere específicamente a *tierras edificables*, denominación que excluía a los terrenos rurales). No admitía superficie sobre plantaciones, como sí ocurre en otros sistemas jurídicos⁽¹⁾.

(1) Por ejemplo, el artículo 2114 del Código Civil Comercial Argentino establece: “El derecho de superficie es un derecho real

El Derecho de Superficie *The surface right*

Al vencimiento del derecho de superficie, las edificaciones pasaban al propietario del suelo. Este traslado de dominio ocurría de pleno derecho, sin necesidad de un acto posterior, y naturalmente debía ocurrir sin las limitaciones y/o gravámenes que hubiera impuesto el superficiario, las cuales se extinguían con el vencimiento del plazo. El Código Civil de 1936 no estableció si en este momento se debía compensar al superficiario por el valor de las edificaciones, lo que generó un espacio para que se discutiera si este pago era una obligación a cargo del dueño del suelo o si el superficiario no debía recibir indemnización alguna.

Comentando las disposiciones del Código Civil de 1936, Cárdenas sostiene:

“Creemos que el propietario del suelo se encuentra obligado, en principio, a indemnizar al antiguo superficiario por dicha construcción, pagándole su valor, salvo que exista un pacto distinto. Aun cuando el Código Civil nada precisa sobre el particular, compartimos la opinión de Arias-Schreiber, en el sentido que la solución que mencionamos es la que se deriva del principio que prohíbe todo enriquecimiento indebido” (Cárdenas 1983).

Si bien no existía una obligación derivada de las normas del *usufructo sobre tierras edificables*, se entendía que el propietario no podía enriquecerse a expensas del superficiario, debiendo compensarlo con el valor de las edificaciones que recibiera al vencimiento del derecho. Muy probablemente la idea detrás de esta interpretación es que el dueño del suelo habría sido compensando por el aprovechamiento temporal del bien en manos de un tercero (a través de la cancelación de un canon periódico), por lo que al momento de adquirir las construcciones debía pagarlas en beneficio del superficiario⁽²⁾.

Ahora bien, y más allá de las particularidades descritas, ¿la regulación del Código Civil de 1936 hizo bien en calificar a la superficie como una modalidad del usufructo? Consideramos que no.

En cuanto a su objeto y naturaleza jurídica, la superficie es un derecho real distinto al usufructo, por lo que merece un tratamiento diferenciado y autónomo. Las notas distintivas entre ambos derechos son evidentes: (i) el usufructo puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles; en cambio la superficie es de naturaleza predial; y, (ii) el usufructo otorga un aprovechamiento temporal del bien a favor de un tercero, quien está impedido de producir modificaciones sustantivas en el bien (límite objetivo de este derecho); mientras que la superficie concede la facultad de construcción al superficiario para que ejecute una obra sobre o bajo el suelo (admite precisamente una modificación sustantiva del inmueble), siendo la nota particular de este derecho la creación de un régimen especial donde existe propiedad diferenciada entre el suelo y lo construido por encima o debajo de él.

En buena cuenta, la superficie produce, como antes lo hemos anunciado, un desdoblamiento de la propiedad predial, circunstancia totalmente ajena al usufructo, por lo que reducirlo a una categoría de este último derecho no se ajusta al contenido y características de la institución superficiaria.

temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el suelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales”.

- (2) La referida interpretación partiría del presupuesto de que el derecho de superficie era necesariamente oneroso, por lo que se entendía que si el dueño fue compensando por todo el periodo de ocupación ajena mediante un canon, debía recibir el inmueble en las mismas condiciones que lo entregó, y si el predio hubiese sido mejorado por construcciones del superficiario, aquél debería pagarlas en beneficio de éste último. Evidentemente este criterio no aplica para aquellas superficies concedidas de manera gratuita o en las que el pago por la explotación del predio no se realiza a través de un canon sino mediante la entrega de las propias construcciones. Al margen de estas consideraciones, lo cierto es que la regulación del Código Civil de 1936 no contenía ninguna solución específica sobre este aspecto.



Luis Felipe Del Risco Sotil

La singularidad anotada fue recogida por el Código Civil vigente, el cual tuvo el acierto de reconocer a la superficie como un derecho real autónomo e independiente, dedicándole los artículos que van desde el 1030 al 1034. Nos ocuparemos de esta regulación al tratar el concepto de la superficie. Pero antes abordaremos el punto de partida de este derecho: el quebrantamiento o suspensión del principio de accesión inmobiliaria.

3. Presupuesto del derecho de superficie: el rompimiento temporal del principio de accesión inmobiliaria

Por regla general se considera que la propiedad del suelo comprende todo lo que está por encima o debajo de él. Analizando la extensión natural del dominio predial, Borda manifiesta:

“Fiel al criterio dominante en su época y al concepto del carácter absoluto e ilimitado de la propiedad, Vélez Sarsfield dispuso (...) que la propiedad del suelo se extiende a toda su profundidad, y al espacio aéreo sobre el suelo, en líneas perpendiculares. Los glosadores siguiendo una expresión al parecer acuñada por Gino de Pistola, decían que la propiedad se extiende hasta el cielo y hasta el infierno.

Esta fórmula que hoy nos parece anacrónica, se explicaba en una época en que los medios técnicos no permitían otro aprovechamiento del espacio aéreo que no fuera por medio de construcciones; y en que el aprovechamiento del subsuelo era parecidamente limitado. Pero extender el dominio más allá de donde resulte aprovechable para el propietario, es un absurdo jurídico. Por ello, *los códigos modernos extienden el derecho de propiedad en altura y en profundidad sólo a lo que sea necesario para su ejercicio*

o para la utilización del predio (...)” (Borda 1994, 151) (énfasis agregado).

En nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 954 del Código Civil señala que “La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho”.

La propiedad predial se extiende hasta donde sea útil para el dueño. Evidentemente, la extensión del dominio no podrá vulnerar las normas urbanísticas y de zonificación aplicables al espacio territorial donde se ubique el inmueble. En ese sentido, la extensión del dominio dependerá de los parámetros urbanísticos y edificatorios. En virtud de ello, se determinará a cuánto puede elevarse o a qué profundidad puede llegar la propiedad. Esto es lo que se conoce como *dominio útil*, refiriéndose a los planos verticales que puede utilizar el dueño del suelo para el ejercicio de los atributos de la propiedad⁽³⁾.

La regla precedente es una consecuencia inmediata del principio romano de accesión inmobiliaria, consagrado en el artículo 938 del Código Civil, que determina que pertenece al dueño del suelo todo lo que se le una o adhiera materialmente.

En este sentido, el principio que rige el Código Civil en materia de propiedad predial es el de unidad jurídica entre suelo, sobresuelo y subsuelo. Estos planos son, por regla general,

(3) Visto de este modo, el *dominio útil* es una verdadera restricción legal a la propiedad predial, dotada de dinamismo y mutabilidad para soportar el crecimiento y los vaivenes de la urbe. Así, la propiedad predial se ejerce dentro de los límites del ordenamiento jurídico, el cual se ocupa de definir su extensión territorial, entre otros aspectos vinculados a su aprovechamiento conforme al bien común. Se hace más notorio pues el carácter reglado de la propiedad. Nótese que esta referencia al dominio útil es distinta a la separación de dominio útil y dominio directo que provocaba la antigua institución de la enfiteusis, donde una persona transfería a otra el dominio útil de un fundo para efectos de su explotación económica, conservando el dominio directo del bien. El artículo 1886 del Código Civil de 1852 reguló tal figura bajo el nombre de censo enfiteutico, disponiendo que “es un contrato por el cual una persona trasfiere a otra el dominio útil de un fundo, por cierto rédito o canon anual, conservando el dominio directo”.

El Derecho de Superficie *The surface right*

inseparables. Todo lo que se integra al suelo forma parte de él y corresponde al dueño de éste. Por tanto, si se construye cualquier elemento sobre o bajo el predio, es de propiedad del dueño del suelo.

Lo dicho anteriormente se ratifica con el artículo 887 del Código Civil, el cual dispone que “Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. (...) Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares”. Las edificaciones son bienes integrantes al suelo, se adhieren físicamente a la superficie, por lo que en principio, no pueden tener un aprovechamiento separado de éste. Se entiende, entonces, el mandato del ordenamiento jurídico: no pueden existir derechos singulares sobre este tipo de bienes, ya que su explotación no es autónoma, sino que está ligada necesariamente al bien principal (el suelo). De ahí que no se admita su diferenciación.

Así entendidas las cosas, no se pueden ejecutar actos de disposición y gravamen sobre bienes integrantes de manera separada al bien principal. Adviértase que es un imperativo legal pero también de la realidad, ya que material o jurídicamente están conectados a tal punto que su explotación independiente destruiría, deterioraría o alteraría el bien principal. Por esta razón, los bienes integrantes son dependientes del destino del bien principal, salvo que la ley o el contrato permita su diferenciación (artículo 889 del Código Civil). Por tanto, el propietario del bien principal, por exigencia práctica y legal, es propietario también de sus integrantes.

Se comprende entonces que el suelo y las obras construidas por debajo o encima de él tengan la condición jurídica de un todo indivisible que pertenece a una misma persona y que en principio no puedan ser objeto de derechos singulares. Debido a ello, por ejemplo, todos los supuestos de accesión (artículos 941 a 945), mantienen la propiedad del suelo y de

lo construido en un mismo titular, sin perjuicio de los remedios que establece para cada caso el ordenamiento jurídico. O, de igual modo, se entiende por qué la hipoteca del terreno se extiende naturalmente a las construcciones (artículo 1101 del Código Civil).

Sólo de manera excepcional el suelo, subsuelo y el sobresuelo pueden pertenecer a propietarios distintos. En efecto, cuando el artículo 955 del Código Civil hace mención a que “El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo”, alude a aquellos casos en los que la propiedad predial se puede dividir, o sea, cuando deja de ser una unidad jurídica. Ello ocurre precisamente en el caso de superficie⁽⁴⁾.

Sobre el particular, Messineo señala:

“El derecho del propietario de cosa inmueble se extiende (...) a todo lo que exista encima o debajo del suelo (o terreno). Pero un caso en que la propiedad (inmobiliaria) de lo que existe sobre el suelo es autónoma, respecto de la propiedad del suelo (y también de la propiedad de lo que existe bajo el suelo) -por consiguiente, un caso de propiedad inmobiliaria, circunscrita en cuanto a su objeto- está constituido por el derecho de superficie” (Messineo 1979, 419).

El derecho de superficie genera un desdoblamiento de la propiedad predial, determinando que las construcciones pertenecen

(4) Otra excepción lo constituye el régimen de unidades de propiedad exclusiva y propiedad común, también conocida como *Propiedad Horizontal*, regulado en la Ley 27157. Aquí se produce una separación predial entre las unidades de propiedad exclusiva y de propiedad común, a pesar de que el suelo y las construcciones son bienes integrantes. Del mismo modo, nuestro sistema contempla otros supuestos de excepción a la extensión ordinaria del dominio, como lo es la propiedad sobre los recursos naturales (artículo 66 de la Constitución y artículo 954 del Código Civil) o el régimen de las huacas (artículo 21 de la Constitución y en la Ley 28296, Ley General del Patrimonio Cultural de la Nación). En ambos supuestos, el dominio predial no comprende a dichos elementos, a pesar de ser bienes integrantes al suelo. Esta separación es posible porque proviene del ordenamiento jurídico como excepción a la unidad jurídica del suelo, subsuelo y sobresuelo. De lo contrario pertenecerían al titular del suelo.



Luis Felipe Del Risco Sotil

a un propietario distinto al dueño del suelo. Se rompe, pues, el principio de accesión inmobiliaria. Este es el punto de partida del derecho de superficie. Si no existiera derecho de superficie, lo edificado pertenecería al dueño del suelo.

No debe perderse de vista que las edificaciones no han perdido su condición de integrantes. Las construcciones siguen siendo partes integrantes del suelo. Lo que sucede es que la superficie produce una separación jurídica momentánea y artificial entre el suelo y las construcciones. Esta separación permite excepcionalmente que el suelo y lo edificado puedan ser objeto de derechos singulares por un periodo máximo de noventa y nueve años.

Así, durante la vigencia del derecho de superficie, coexistirán transitoriamente dos titularidades relativas al dominio: el dueño del suelo y el dueño de las edificaciones. Ambos podrán ejercer autónomamente los atributos típicos de su dominio, a pesar de que sus bienes están conectados con lazos de integración en mismo espacio físico. Obviamente dicho ejercicio deberá respetar recíprocamente el derecho del otro. No pueden transgredirse. Para ello será fundamental examinar el pacto y cerciorarse hasta donde se ha reducido el dominio del suelo, pero la nota común de la superficie es que se quebranta, aunque sea temporalmente, la onda expansiva del dominio del suelo hacia las construcciones.

Transcurrido el plazo del derecho de superficie, la separación entre el suelo y las construcciones concluye, por lo que la propiedad de lo edificado revierte al dueño del suelo. Dicho de otro modo, la suspensión de la accesión inmobiliaria se levanta y ésta cobra total eficacia respecto de los integrantes (las edificaciones). La propiedad predial se expande nuevamente, abarcando todo lo por ley le pertenece. Este efecto permite que al extinguirse el derecho de superficie, se consolide jurídicamente la propiedad del suelo y las construcciones, desapareciendo la separación existente por razón de la superficie.

4. Definición y características del derecho de superficie

La superficie se encuentra regulada en el artículo 1030 del Código Civil. Según esta norma:

(5) Existen otros ordenamientos jurídicos que hacen referencia expresa a la posibilidad de que la superficie se otorgue sobre construcciones existentes. Por ejemplo, el artículo 2116 del Código Civil Argentino dispone que “El derecho de superficie

“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 noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto”.

La definición legal permite identificar las siguientes características del derecho de superficie:

- a) Es un derecho real que permite tener una edificación en propiedad separada por encima o por debajo del suelo, lo que constituye el objeto medular de la institución superficiaria.

A través del derecho real de superficie, el propietario del suelo (llamado *dominus soli*) otorga a un tercero (denominado *superficiario*) la facultad de tener construcciones en propiedad separada sobre o bajo el suelo.

Nuestra regulación no equipara este derecho a una mera autorización para construir en suelo ajeno, sino que su formulación es más abierta y compleja, comprendiendo supuestos que van desde la construcción de una obra nueva (lo que podría incluir la demolición de la edificación existente); pasando por una ampliación de obra, y también se extiende a los casos de edificaciones ya construidas, las cuales son cedidas al superficiario para efectos de su administración y explotación (superficie sin obligación de construir)⁽⁵⁾. La nota singular que genera la superficie no es el derecho a edificar, sino que el superficiario reciba

El Derecho de Superficie *The surface right*

el dominio temporal de las construcciones, de manera separada a la titularidad del suelo.

Al respecto, Josserand enseña:

“El derecho de superficie no es otra cosa que un derecho de propiedad restringido (...). *Es posible que la especialización objetiva vaya más lejos todavía y que el derecho se aplique, no a todas las cosas que sobresalen del suelo, sino a algunas de ellas o a una solamente, a determinada construcción (...).*”

Se descubren, pues, entonces dos derechos de propiedad de bases superpuestas y separadas por un plano horizontal que no es otro que el suelo” (Josserand 1950, 358) (énfasis agregado).

Tratando este asunto, Albaladejo sostiene:

“El caso más reciente es el de que el terreno aún no esté edificado y que el superficiario (titular del derecho de superficie) adquiera la facultad de construir en él, de forma que lo construido quede de su propiedad juntamente con el derecho a seguir utilizando el suelo para mantenerlo aquello sobre él. Aunque también puede ocurrir que quien era dueño del suelo y de una construcción ya levantada transfiera la propiedad de ésta y el derecho de superficie sobre aquél.

Así pues, el establecimiento de la situación en estudio, y, por tanto el nacimiento del derecho de superficie, se puede deber: bien a que el principio de accesión no funcione porque sufre una excepción, y la propiedad del suelo no se extienda a lo construido; bien a que la ley permita que el que ya es dueño de un edificio juntamente con su correspondiente terreno, pueda desglosar jurídicamente el total en dos, dando vida a dos cosas -físicamente unidas, pero jurídicamente distintas-

el terreno y la construcción. Y retenga una, enajenando otra, o enajene las dos (así a dos personas distintas).

Son los dos aspectos que -como dijimos- puede presentar el derecho de superficie: poder de tener una edificación en terreno ajeno, o poder de mantener aquella en éste” (Albaladejo 1983, 207-208) (énfasis agregado).

En este orden de ideas, el otorgamiento de un derecho de superficie supone una verdadera transmisión temporal de una parte integrante del dominio predial, perfectamente identificable a través del título constitutivo del derecho. Esa parte integrante puede ser actual o futura, dependiendo de si la edificación es existente o potencial. En el primer caso, el superficiario adquiere el dominio separado de las edificaciones ya construidas; en el segundo supuesto, el superficiario se hará de la propiedad de lo que edifique en ejercicio de su derecho.

Del mismo modo, la transferencia de dominio predial puede ser total o parcial, dependiendo de que se conceda al superficiario la totalidad del área del sobresuelo y subsuelo, o solo una sección o parte de dichos planos. Todo dependerá de la extensión que confiera el dueño del suelo.

Queda entendido entonces que la complejidad de la institución superficiaria sobrepasa el permiso de construcción en suelo ajeno. Esta es una facultad que puede ser parte o no del

puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, *o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal*” (énfasis agregado).

En nuestro medio, Cárdenas se ha ocupado del asunto, estableciendo:

“Definimos el derecho de superficie, como un derecho real, enajenable y transmisible por sucesión, que confiere a su titular, durante un plazo determinado que no puede exceder al máximo fijado por la ley (se trata de un derecho temporal), la facultad de tener y mantener en terreno ajeno, sobre o bajo la superficie del suelo, una edificación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anexo de edificar (concesión *aedificandum*) o *por medio de un acto adquisitivo de la edificación preexistente*, o por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno” (la cursiva es nuestra) (“El Derecho Real de Superficie,” *Derecho PUCP* 37 (diciembre 1983): 10.



Luis Felipe Del Risco Sotil

derecho de superficie, dependiendo de las circunstancias en las que se otorgue dicha titularidad. Lo que sí es esencial en esta figura es que se produzca una división jurídica de la propiedad predial, otorgando al superficiario el dominio temporal sobre las edificaciones.

Sobre el particular, Diez-Picazo y Gullón expresan:

“El derecho de superficie, en su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido. (...) *La especialidad más característica del derecho real que estudiamos reside en esa separación entre el dominio de lo construido (...) y el suelo en que se efectúa.* El primero corresponde al titular de la superficie, y el segundo al concedente de la misma. Viene a ser así una derogación convencional del principio de accesión: el propietario del suelo no hace suyo lo que en él se edifica (...). Por otra parte, el superficiario goza del suelo ajeno, en tanto que lo utiliza para construir (...) (Diez-Picazo y Gullón 1987, 470) (énfasis agregado).

En esa misma línea, Kemelmajer apunta:

“(...) *el derecho de superficie se diferencia, fundamentalmente, de la mera autorización para construir, en que en ésta no exista desmembración del dominio.* En otros términos, toda vez que del acto constitutivo no surja la creación de un dominio revocable, no habrá superficie, y sí en el contrario, aunque esta palabra no se mencione” (Kemelmajer 1989, 30) (énfasis agregado).

A través de la superficie, tanto el *dominus soli* como el superficiario son propietarios del suelo y de la construcción, respectivamente, en la dimensión prevista en el artículo 923 del Código Civil. En consecuencia, pueden usar, disfrutar e incluso disponer del suelo o de la edificación, según corresponda, gozando además de la protección real inherente a su derecho. No obstante, conviene recalcar que el derecho del *dominus soli* es de naturaleza perpetua, no sujeto a plazo; mientras que el dominio del superficiario es transitorio y, por tanto, revocable.

b) El otorgamiento de un derecho de superficie es un *acto de disposición* de la propiedad predial

Como hemos visto, el derecho de superficie rompe transitoriamente la accesión inmobiliaria, separando la

propiedad del suelo de lo edificado. Nótese que se trata de una verdadera traslación de dominio a favor de un tercero, aunque este acto recaiga tan solo sobre una parte del bien (sus integrantes) y suceda de manera temporal por un máximo de novena y nueve años.

Al generar un auténtico desdoblamiento del dominio, atribuyéndole a un sujeto propiedad separada sobre el suelo, el otorgamiento de un derecho de superficie constituye un acto disposición patrimonial y, como tal, debe ser constituido necesariamente por el dueño del suelo.

Bajo este entendido, si el inmueble pertenece en copropiedad a dos o más personas, la constitución del derecho de superficie debe acordarse por unanimidad de los condóminos (numeral 1 del artículo 971 del Código Civil).

Cabe preguntarnos si podría otorgarse un derecho de superficie a favor de más de una persona, con el mismo ámbito y alcance respecto del predio. No nos referimos a una concurrencia de derechos incompatibles, sino al caso en que dos o más personas acepten recibir un mismo derecho de superficie. Este supuesto no está previsto en la definición del artículo 1030 del Código Civil, no obstante no existe impedimento legal para ello. En este supuesto particular, nacerá un condominio sobre el derecho de superficie y, en consecuencia, existirá copropiedad respecto de las edificaciones (cuotas ideales superficiarias). Para tal efecto, deberá regir por analogía las disposiciones del Código Civil en materia de copropiedad.

c) El derecho de superficie debe recaer sobre suelo ajeno: el superficiario no puede ser propietario del suelo

De la definición legal se advierte que el derecho de superficie debe ser otorgado a favor de un tercero distinto al propietario del

El Derecho de Superficie *The surface right*

suelo. Debe constituirse pues sobre suelo ajeno. No hay superficie respecto a suelo propio.

Así, con la fórmula legal actual el dueño del suelo no puede constituir superficie en beneficio propio, es decir, no puede desdoblarse su dominio y separar los planos prediales por interés enteramente suyo; siempre debe recaer en manos de un sujeto distinto al dueño del suelo. Nótese que aquel supuesto llevaría automáticamente a la extinción del derecho de superficie por consolidación, salvo que exista una habilitación legal que permita al propietario dividir el dominio del predio sin generar una titularidad a favor de tercero.

Sería oportuno analizar y evaluar los motivos que impiden que el dueño del suelo sea a su vez el superficiario. Parecería que la naturaleza jurídica del derecho de superficie no sufre alteración por esta medida. En efecto, la separación temporal que genera la superficie entre el suelo y las edificaciones (y que es su característica principal) no rechaza *per se* la posibilidad de que el dominio del suelo y de las construcciones, dividido, recaiga sobre una misma persona. Esta condición, repetimos, deriva de la regulación prevista en el Código Civil vigente, mas no de la esencia de la institución superficiaria.

Podría ser útil permitir un supuesto como el descrito en el párrafo precedente, ampliando el espectro de las garantías reales y promoviendo alternativas de financiamiento para la ejecución de proyectos. Así, por ejemplo, si se quiere financiar una operación sin poner en riesgo la titularidad del suelo, podría habilitarse al propietario a constituir un derecho de superficie, generando una división jurídica entre el suelo y las edificaciones. El dominio superficiario de estas últimas podría ser el objeto del aseguramiento. Se constituiría una hipoteca sobre las construcciones, sin afectar el suelo, por el plazo previsto para la superficie. Es un supuesto que puede discutirse y, en la medida que resulte favorable para las operaciones inmobiliarias, incluirse en una modificación del Código Civil vigente.

d) Es un derecho temporal

Como toda desmembración de dominio, el derecho de superficie es de naturaleza temporal. Genera un dominio transitorio. Conforme lo indica el segundo párrafo del artículo 1030 del Código Civil, no puede durar más de noventa y nueve años. Los pactos o prórrogas deben respetar este límite.

Cualquier plazo superior debe reducirse al máximo legal.

Durante la superficie, el superficiario puede efectuar cualquier acto de administración, disposición o gravamen respecto de las edificaciones. Como es natural, dichos actos no pueden extenderse más allá del plazo previsto para el derecho de superficie. Su vigencia está atada a esta titularidad. La propiedad de las edificaciones revierten al dueño del suelo sin las limitaciones que se hubiesen impuesto a la propiedad superficiaria, las cuales desaparecen junto con ésta.

Siguiendo el criterio expuesto, el artículo 1034 del Código Civil establece que "La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos concedidos por el superficiario en favor de tercero". Acabado el dominio temporal, los derechos otorgados por el superficiario fenecen. Lo accesorio sigue la suerte de lo principal. Parecería que esta regla podría merecer una excepción si se habilita la generación de la superficie en suelo propio. Así, piénsese en el propietario del suelo que desdobra el dominio y crea una superficie en beneficio suyo, la cual posteriormente es otorgada en garantía a favor de un tercero. En este escenario, parecería que la extinción del derecho de superficie, causada por el propietario del suelo, no debería afectar al acreedor garantizado. En este caso particular, la garantía sobre la propiedad superficiaria debería trasladarse al suelo.

e) Es un derecho enajenable. Puede ser transmitido *mortis causa* y puede ser gravado con hipoteca

De acuerdo con el artículo 1031 del Código Civil, salvo acuerdo en contrario, el derecho de superficie es transmisible. En ese sentido, y siempre que no exista un pacto que niegue tal posibilidad, el derecho de superficie será susceptible de ser enajenado, gravado con



Luis Felipe Del Risco Sotil

hipoteca y, asimismo, de ser transmitido a los herederos del superficiario, quienes gozarán del derecho de superficie por el plazo previsto en el acto constitutivo del referido derecho.

Sobre esta característica, Maisch Von Humboldt señala:

“Es un derecho alienable y transferible, dado que el superficiario ostenta la propiedad de los edificios que ha construido, naturalmente con la limitación de que transcurrido el plazo éstos revierten al señor del suelo. He aquí una diferencia notable con el derecho de uso, que no es un derecho cesible y cuyo fundamento es la calidad personal del titular, en efecto, por ser gratuito y constituir una liberalidad el derecho de uso es derecho personalísimo, y en consecuencia incesible, en cambio, el derecho de superficie es netamente económico, y por lo tanto oneroso, ya que el señor del suelo sólo lo otorga con miras a conseguir determinadas ventajas, siendo en consecuencia transmisible y enajenable como todos los derechos con fuerte carácter económico”(Von Humboldt 1984, 108).

f) Es un derecho de naturaleza predial

A diferencia del usufructo que puede recaer sobre toda clase de bienes no consumibles; la superficie es un derecho netamente predial. Efectivamente, este derecho sólo puede constituirse sobre el suelo.

El derecho de superficie permite separar el suelo desde la perspectiva de sus planos verticales. Así cabe la distinción entre el sobresuelo y el subsuelo. De esta forma, por ejemplo, se admite que en el suelo se construya un edificio con varios pisos de altura, afectando el sobresuelo; o por el contrario, que se edifiquen sótanos y/o cocheras, lo cual implica disponer del subsuelo. En función de estos factores, las variantes que puede revestir la institución superficiaria son múltiples: es perfectamente posible que el dueño del suelo constituya un derecho de superficie a favor un sujeto respecto del sobresuelo, y que otorgue un derecho de superficie a favor de otro individuo sobre el subsuelo del mismo predio. Nótese que aquí no hay un supuesto de cosuperficiarios; se tratan de superficies independientes y en diferentes planos; no hay conflicto ni superposición de derechos.

Del mismo modo que es factible separar la superficie en planos verticales del suelo (una superficie en el sobresuelo

y otra en el subsuelo), también puede ocurrir que se constituyan dos o más superficies sobre distintas partes o sectores del suelo. Imagínese un predio con un área de 1,000 metros cuadrados. Jurídicamente es posible otorgar un derecho de superficie sobre 500 metros cuadrados a favor de un tercero, con el sobresuelo y el subsuelo incluido, y los otros 500 metros restantes ser destinados al otorgamiento de un segundo derecho de superficie a favor de un individuo distinto. Aquí tampoco habrá conflicto ni superposición de derechos de superficie; se tratarían de derechos autónomos.

El mismo criterio se aplicaría para el caso de una acumulación de dos predios en los que se haya constituido previamente un derecho de superficie. El predio resultante de la acumulación soportaría dos derechos de superficie sobre distintas partes integrantes de él. No habría confusión en los derechos superficiarios. Cada uno se asentaría sobre una parte material del predio.

Para la coexistencia de los derechos de superficie mencionados en los párrafos precedentes, es imprescindible que sus límites y alcances estén claramente definidos en los títulos constitutivos. La imprecisión en estos instrumentos puede traer serios problemas con la delimitación territorial de los derechos en cuestión. Mientras la extensión física del derecho sea claramente identificable y distinguible, no debería existir inconveniente de ningún tipo.

Finalmente, resta comentar que si bien pueden existir partes del predio no sujetas al derecho de superficie, éstas pueden ser afectadas para garantizar la debida explotación del área objeto del derecho. Al respecto, el artículo 1032 del Código Civil señala que “El derecho de superficie puede extenderse al aprovechamiento de una parte del suelo, no necesaria para la construcción, si dicha parte ofrece ventaja para su mejor utilización”.

El Derecho de Superficie *The surface right*

g) Es un derecho que supone edificaciones permanentes

En nuestro sistema legal el derecho de superficie está concebido desde su expresión urbana, por eso recae sobre una *edificación*. No se puede constituir respecto de plantaciones y cultivos.

Por *edificación* nos referimos a construcciones permanentes, aquellas que se integran al suelo. Como indica Arias-Schreiber:

“El carácter de la edificación es un punto importante a tratar. La doctrina es coincidente en su mayoría al exigir que tenga permanencia (...) Es el caso de los quioscos de revistas y periódicos, casetas de baños o de ferias, etcétera. De los Mozos ha calificado estas construcciones como precarias o ad tempus, sin que funden verdadera y propia posesión (...)” (Arias-Schreiber 1993, 209).

En esa misma línea, Gonzales señala:

“El artículo 1030 CC restringe la superficie a la propiedad superficiaria de construcción, por lo que se descarta todo otro elemento que no ingrese dentro de tal concepto. De forma muy señalada se excluye la llamada ‘superficie rural o forestal’, esto es la que recae exclusivamente sobre plantaciones o bosques.

La ‘construcción’ puede definirse como toda obra humana, no de la naturaleza, consistente en un elemento material que se asienta en forma sólida sobre o bajo el suelo, con carácter permanente.

Por tanto, la propiedad superficiaria podrá materializarse en edificios de vivienda o comercio, tal vez la hipótesis más usual, pero también en estadios deportivos, tuberías, líneas férreas, postes telefónicos o cualquier otra obra humana permanente y que requiera el apoyo del suelo” (Gonzales 2013, 1836-1837).

Siguiendo a los autores citados, coincidimos en que la construcción superficiaria debe ser de naturaleza estable y permanente; en otras palabras, debe ser integrante al suelo, no pudiendo ser retirada sin destruir, deteriorar o alterar el bien principal (artículo 887 del Código Civil). No están comprendidas, por tanto, las instalaciones desmontables, provisionales o que sirvan a un fin pasajero, sino que tiene como objeto aquellas edificaciones fijas y permanentes,

con una vocación de adherencia definitiva al suelo y, en virtud a dicha condición, sujetas inexorablemente a la regla de la accesión inmobiliaria.

5. El derecho de superficie y la propiedad superficiaria

En el contexto de la superficie, el dominio sobre las construcciones recibe el nombre de *propiedad superficiaria*. Ambos conceptos están estrechamente ligados, pero son distintos: el primero es la fuente o fundamento jurídico para que se produzca la separación predial, por la cual el señor del suelo habilita a un sujeto a tener una edificación en propiedad separada; mientras que el segundo es el poder directo del superficiario sobre la construcción. Es la propiedad especial y revocable que tiene el superficiario respecto de lo edificado.

Con una mirada crítica sobre la diferencia expuesta, Chico y Ortiz apunta:

“(…) conviene diferenciar entre el derecho de superficie, es decir el conjunto de facultades que adquiere el superficiario en orden a la construcción del inmueble y la ‘propiedad superficiaria’, como relación jurídica directa entre el objeto y su titular. Se trata de una distinción un tanto artificiosa, en la medida en que no hay que excluir la cesión de derechos de superficie sobre fincas edificadas y, sobre todo, que en el derecho actual la diferenciación entre inmuebles edificados, con edificación, construcción o simplemente proyectada está perdiendo valor” (Chico y Ortiz 2000, 1001 y 1002).

Nótese entonces el estado de dependencia entre uno y otro término. El derecho de superficie está compuesto por el conjunto de facultades que confiere el dueño del suelo para que otro sujeto tenga propiedad separada sobre las edificaciones, ya sean éstas existentes o potenciales. Mientras



Luis Felipe Del Risco Sotil

que la propiedad superficiaria es el dominio que surge en el superficiario sobre lo edificado. Evidentemente lo segundo no podría existir sin lo primero, que le sirve de causa. Sin embargo, podría existir derecho de superficie sin propiedad superficiaria, en aquellos casos en los que no se ha iniciado la construcción de la edificación o ésta se encuentre en proceso.

En este orden de ideas, la conexión descrita determina que no puede existir propiedad superficiaria sin derecho de superficie. La primera subsistirá mientras que el derecho de superficie tenga vida. Así, si se extingue el derecho de superficie, acaba la propiedad superficiaria. No obstante, ello no sucede a la inversa. Una expresión de esta regla se encuentra prevista en el artículo 1033 del Código Civil, según el cual “El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido”. Evidentemente, en este caso no existirá propiedad superficiaria pero sí derecho de superficie.

Abundando sobre la diferencia entre ambos conceptos, Kemelmajer advierte:

“(…) si la construcción, finalmente, no se hace, no nacerá la propiedad superficiaria; sin embargo, ha existido derecho superficie. Si se construye, en cambio, el derecho de construir agota su propia función, quedando inerte, salvo su reviviscencia en caso de que la construcción sea destruida o demolida. En realidad, el *ius edificandi* es una facultad autónoma, pero ‘medial’, pues a diferencia de lo que hace, p. ej., el locador de obra, el superficiario no construye simplemente para construir, sino para llegar a la propiedad superficiaria (…)” (Kemelmajer 1989, 12).

A partir de la definición descrita en los párrafos precedentes, se advierte que la propiedad superficiaria no sólo es la consecuencia natural del derecho de superficie, sino que en términos de relaciones jurídico reales, el dominio superficiario es un bien integrante del derecho de superficie.

Lo anterior es referido expresamente por Borzutzky, en los siguientes términos:

“(…) el derecho de superficie constituye el soporte jurídico de la propiedad superficiaria. Así como antes de construir el edificio lo que tiene importancia es el derecho de construir en el fundo ajeno, una vez hecha la edificación destaca casi exclusivamente la propiedad superficial, y el derecho

de mantener, que constituye ahora el contenido del derecho de superficie, queda relegado a segundo plano. *La conexión que necesariamente ha de existir entre derecho de superficie y propiedad superficiaria se resuelve por sí sola en un Derecho como el Alemán, que considera la edificación como parte integrante del derecho de superficie, o en el Suizo, que configura el tan repetido derecho como una servidumbre predial. En el Derecho Español, lo mismo que en el Italiano, no hay más remedio, como señala J. Machado Carpenter, que acudir a la figura un tanto heterodoxa de los derechos subjetivamente reales, entendiendo que la titularidad del derecho de superficie ha de pertenecer a quien sea propietario superficiario del edificio o viceversa. Con ello queda claro que cuando en materia de enajenación o gravamen se hable de derecho de superficie, se entiendo esto referido a la propiedad superficiaria también*” (Arias-Schreiber Pezet 1993, 2013-214) (énfasis agregado).

Del mismo modo, Arias-Schreiber comenta:

“Conviene precisar sobre este aspecto que la construcción no tiene existencia propia sino en virtud del derecho de superficie. Como expresa De los Mozos, ‘*No puede ser objeto de derechos separadamente, de ahí que no se puede enajenar la construcción sin enajenar el derecho de superficie*’.

La edificación es el efecto más importante del derecho de superficie, sin que pueda escindirarse de este” (Arias-Schreiber 1993, 209) (énfasis agregado).

Queda claro entonces que el dominio superficiario es un bien integrante del derecho de superficie. Esta constatación no es meramente teórica, sino que tiene un importante efecto práctico sobre la dinámica de la institución: cualquier acto que repose sobre el derecho de

El Derecho de Superficie *The surface right*

superficie afecta directamente a la propiedad superficiaria, no pudiendo recaer sobre ésta derechos singulares.

Piénsese, por ejemplo, en el caso de un derecho de superficie otorgado en hipoteca. No cabe duda que la hipoteca se extiende a la propiedad superficiaria que se edifique en virtud del derecho de superficie. Recuérdese que el dominio superficiario es el efecto más importante del derecho que comentamos, aquel no puede escindirse ni tener un aprovechamiento separado del derecho de superficie. Suponer lo contrario implicaría considerar que el derecho de superficie y el dominio superficiario pueden soportar gravámenes independientes y paralelos, como si se tratará de bienes autónomos, vaciándose el contenido de la titularidad superficiaria y generando incertidumbre en el sistema.

6. El derecho de superficie como límite convencional al dominio

En algunos sistemas jurídicos y en razón de las potestades del titular del derecho, se suele clasificar a la propiedad en dos categorías: propiedad plena o perfecta y propiedad menos plena o imperfecta (Salvat 1945, 371).

Dicha distinción se realiza en función de que el derecho de propiedad aparezca o no revestido de todas las facultades que la ley le atribuye. Así, la propiedad plena constituye la condición normal de este derecho. La menos plena o imperfecta, por el contrario, se refiere a que la propiedad se ha visto mermada por distintas causas, entre ellas las limitaciones que provengan de la voluntad las partes.

Sobre el particular, Borda señala:

“El dominio debe reputarse desmembrado cuando el dueño pleno o perfecto se ha desprendido temporariamente de alguno de los atributos esenciales del dominio (...) Llamamos la atención sobre la palabra temporariamente que hemos utilizado. En efecto, no se concebiría un desprendimiento definitivo o perpetuo de uno de los atributos esenciales de la propiedad, ya que ello significaría desvirtuar o desnaturalizar este derecho” (Borda 1984, 255).

La propiedad puede experimentar cambios que tengan como propósito reducir el régimen de libertad que corresponde ordinariamente al dueño. Como consecuencia de ello, la disminución del dominio puede dar lugar, por ejemplo, a la constitución de derechos reales limitados a favor de terceros, como lo es la superficie.

Ya hemos visto que el derecho de superficie tiene como finalidad separar temporalmente la propiedad del suelo de lo edificado, creando un derecho real a favor de un tercero, lo cual implica que el propietario del suelo no podrá gozar plenamente de su propiedad.

En ese sentido, además de ser un derecho real y autónomo, la superficie constituye una limitación convencional del derecho de propiedad del dueño del suelo. El dueño del suelo tiene un dominio imperfecto o menos pleno sobre el bien, pues ha generado un derecho real sobre el objeto de su propiedad a favor de un tercero, con la singularidad que esta desmembración desdobra transitoriamente la titularidad de los integrantes del bien. Durante el tiempo que dure el derecho desmembrado, el dueño del suelo estará privado de la plenitud de facultades que le confiere su estatus jurídico, debiendo respetar el derecho que confirió al superficiario.

7. Formas de adquisición del derecho de superficie

Como vimos en el punto 2 del precedente, el artículo 958 del Código Civil de 1936 definía al derecho de superficie como una titularidad que podía nacer por acto entre vivos. No se admitía la posibilidad de que fuera constituido por acto *mortis causa*. El artículo 1031 del Código Civil vigente permite que la superficie nazca por acto entre vivos o por disposición testamentaria⁽⁶⁾.

(6) Cabe señalar que cuando el Estado es quien concede el derecho de superficie, dicho acto se efectúa por subasta o adjudicación directa, según los requisitos establecidos en la Ley Nro 29151, Ley General del Sistema Nacional de Bienes Estatales, y su Reglamento, aprobado por Decreto Supremo Nro 007-2008-VIVIENDA.



Luis Felipe Del Risco Sotil

Al respecto, Cárdenas indica:

“El derecho de superficie se constituye por acto inter vivos, o por acto mortis causa y a título gratuito u oneroso. (...) No hay duda, sin embargo, que la forma más frecuente de constitución del derecho de superficie es por acto inter vivos, es decir, mediante contrato, sea como resultado del derecho de construir o concesión *ad edificandum*; es decir, cuando el propietario concede a una persona el derecho a edificar sobre el suelo o bajo él, adquiriendo así el concesionario la propiedad de la construcción; o también, mediante la enajenación de una edificación preexistente o como consecuencia del contrato anexo al de arrendamiento de un terreno” (Cárdenas 1983).

Otra diferencia con el régimen anterior reside en la prescripción adquisitiva. En el Código Civil de 1936 sí se admitía la posibilidad de adquirir el derecho de superficie vía usucapión. Recordemos que el Código Civil de 1936 la superficie estaba regulada como una modalidad del usufructo y no como un derecho real autónomo. En consecuencia, era aplicable a esta institución el artículo 948 del Código Civil de 1936, según el cual “Se adquiere y se pierde por prescripción el usufructo de un bien si se posee o deja de poseer por el tiempo y con las condiciones establecidas para la propiedad”.

Parecería que tal posibilidad habría sido restringida por el Código Civil vigente, pues únicamente se limita a señalar que la superficie puede nacer por acto entre vivos o vía testamentaria, sin indicar, de manera directa o indirecta, que la prescripción puede ser un mecanismo de adquisición del referido derecho, como sí sucede, por ejemplo, para el caso de la servidumbre aparente, donde existe una habilitación expresa en el artículo 1040 del Código Civil.

No obstante, creemos que a través de un esfuerzo interpretativo se puede llegar a la conclusión de que el derecho de superficie sí puede nacer por esta vía. Esta posición parte de considerar la letra de la regulación de la prescripción adquisitiva, contemplada en el artículo 950 del Código Civil. Según esta norma, “La ‘propiedad inmueble’ se adquiere por prescripción mediante la posesión continua, pacífica y pública como propietario durante

diez años. (...) Se adquiere a los cinco años cuando median justo título y buena fe”.

La norma se refiere a *propiedad inmueble*, sin hacer ninguna excepción respecto a sus modalidades. El precepto debe abarcar entonces a todos los modos de propiedad inmueble, pues no debe distinguirse donde la ley no lo hace. Es por eso que a través de disposición mencionada se hace posible jurídicamente la generación de una *copropiedad* vía usucapión. Por la misma razón estimamos factible que a través de una conducta posesoria sostenida en el tiempo y con los requisitos de la ley, pueda nacer una *propiedad horizontal*. Y con el mismo criterio creemos que puede originarse una *propiedad superficiaria* mediante prescripción⁽⁷⁾, entendida como una modalidad especial (desdoblada y transitoria) de propiedad inmueble.

No vemos ningún inconveniente teórico ni legal en la fórmula planteada, sin embargo divisamos que existirá cierto nivel de complejidad en distinguir el *animus* del usucapiente en cada caso, quien no deberá probar haberse conducido como propietario del predio (pues no se pretende adquirir la propiedad del suelo), sino que deberá acreditar haber reproducido en los hechos conductas propias de un titular de un derecho de superficie. La pauta, para tal efecto, será poner especial atención si el comportamiento desplegado por el usucapiente supone la posesión de un derecho revocable y transitorio sobre las edificaciones.

8. El derecho de superficie y su inscripción en los registros públicos

Habiendo definido las formas de adquisición del derecho de superficie, corresponde ocuparnos de la formalidad aparejada a su nacimiento.

(7) Como analizaremos en el punto 8 del presente artículo, si bien el derecho de superficie puede surgir por convenio o por prescripción adquisitiva, consideramos que su eficacia real (separación inmobiliaria del suelo) está supeditada a su inscripción en los Registros Públicos.

El Derecho de Superficie *The surface right*

Tradicionalmente se considera que la superficie nace a través del consenso y, para efectos de su oponibilidad, requiere su inscripción en el Registro de Predios (artículo 926 del Código Civil). Esta conclusión se extrae rápidamente en la medida que la ley no ha previsto una formalidad específica para su nacimiento. Rige pues el principio de libertad de forma. El Registro sería usado como instrumento para hacer público y oponible el derecho.

Ahora bien, tratándose de este derecho singular, donde el predio sufre un desdoblamiento y se suspende la accesión inmobiliaria, la inscripción juega un rol que excede los contornos típicos de la publicidad registral, colándose intrínsecamente en el surgimiento del derecho de superficie. Nos explicamos.

En nuestro sistema registral, la superficie es la única desmembración del dominio que genera una partida especial en los Registros Públicos, diferenciándose entre la propiedad del suelo y la propiedad de las edificaciones creada por el referido derecho. Literalmente, el artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por Resolución Nro. 097-2013-SUNARP-SN, señala:

“Artículo 141. Inscripción del derecho de superficie

La inscripción del derecho de superficie dará lugar a la apertura de una partida especial, la que contendrá:

1. La mención expresa de que se trata de una partida especial generada como consecuencia de la constitución de un derecho de superficie, precisando la partida registral del predio sobre el que recae el mismo;
2. La indicación de que el derecho de superficie se concede sobre o bajo la superficie del suelo o sobre ambos;
3. El plazo de duración;
4. Si se constituye a título gratuito u oneroso, señalándose en este último caso la contraprestación a cargo del superficiario;
5. El nombre del titular del derecho de superficie; y,
6. El traslado de las cargas y gravámenes registrados antes

de la inscripción del derecho de superficie, cuando corresponda.

Si el derecho de superficie se ha constituido sobre y bajo la superficie del suelo a favor de un mismo titular, éste puede solicitar la inscripción de la superficie en partidas especiales distintas, de lo contrario, se inscribirá en una sola partida especial”.

Por su parte, los artículos 142 y 143 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios disponen:

“Artículo 142. Anotación de correlación.

Simultáneamente a la inscripción del derecho de superficie, en la partida registral del predio sobre el que éste recae se extenderá una anotación de correlación en la que se indicará que se ha abierto una partida especial por la constitución del derecho de superficie, así como los datos a que se refieren los numerales 2 al 5 del artículo que antecede”.

“Artículo 143. Extinción del derecho de superficie y cierre de partida

Al inscribir la extinción del derecho de superficie, el registrador procederá a cerrar la partida correspondiente, extendiendo simultáneamente en la partida registral del predio una anotación en la que se deje constancia de dicho cierre”.

Conforme a las normas citadas, en los Registros Públicos se abrirá una partida especial que contenga el derecho de superficie, distinta a la partida del predio sobre el que recae la superficie. Son partidas correlacionadas. Una da cuenta de la otra. En la partida de la superficie se inscribirá el contenido del derecho, así como todos los actos que afecten la propiedad superficiaria. Mientras que en la partida del suelo se anotará la constitución del



Luis Felipe Del Risco Sotil

derecho de superficie, los actos relativos al suelo practicados por el dueño de aquél y eventualmente se inscribirá también el cierre de la partida especial de la superficie.

Con ocasión de la apertura de la partida especial, conviene recordar que el Registro de Predios se rige por el Principio del Folio Real⁽⁸⁾, de forma tal que por cada predio se abre una partida registral, en la cual se extienden todas las inscripciones que a éste correspondan. De este modo, se puede concluir que el hecho de que exista una partida especial para la superficie, determina que se trata de un bien inmueble distinto al suelo, pero vinculado a éste. De ahí que haya una partida especial, pero correlacionada a la partida registral del predio.

Ahora bien, para lograr la separación de los planos territoriales del suelo, contenidos originalmente en la partida registral del predio, es necesario que se inscriba el derecho de superficie. Nótese que esto excede el mero efecto de la oponibilidad de la titularidad. Ciertamente, el desdoblamiento de la propiedad, en dominio predial y en dominio superficiario, sólo será posible en la medida que exista una separación legal de la unidad inmobiliaria registrada, y ello ocurre exclusivamente con la apertura de la partida especial. Mientras ello no suceda, jurídicamente el inmueble será un todo unitario. Separar los planos prediales, en buena cuenta, importa inscribir el acto de división inmobiliaria.

Lo dicho en el párrafo precedente ocurre también en otros supuestos. Véase, por ejemplo, lo que sucede con la independización de una parte material del predio matriz. Para lograr la separación jurídica de las unidades inmobiliarias independizadas, es necesario que se produzca su individualización a través de una nueva partida. Lo mismo

ocurre en la propiedad horizontal. Si las unidades exclusivas no se han independizado en sus respectivas partidas, no se conseguirá el efecto de la separación predial. Seguirán siendo integrantes pues persistirá el efecto de la accesión inmobiliaria, sin división de ningún tipo. La única manera de detener la extensión natural de este principio es con la inscripción. Es por esta razón que, antes de que opere la inscripción, todos los actos celebrados respecto de las partes aún no divididas tienen la calidad legal de bienes futuros.

Siguiendo el mismo criterio, para que se produzca el desdoblamiento predial que genera la superficie, separando el dominio de las partes integrantes de la propiedad del suelo, resulta imperativo su inscripción en los Registros Públicos. Este acto formal permite generar la yuxtaposición del dominio. De manera previa a este momento, estaremos hablando, si se quiere, de una propiedad superficiaria futura, cuya existencia está sujeta a que llegue a inscribirse.

Por las consideraciones expuestas, el derecho real de superficie surge con el convenio; no obstante, para su eficacia real (separación inmobiliaria del suelo) es indispensable que dicho derecho se inscriba en los Registros Públicos y, como consecuencia de ello, se genere una partida especial para el derecho de superficie. De lo contrario, habrá un único bien

(8) El Principio de Folio Real se encuentra regulado en el artículo 4 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios, aprobado por la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos No. 097-2013-SUNARP/SN. Según esta norma:

“El Registro de Predios se encuentra integrado por las partidas registrales provenientes de los registros que le dan origen así como por los asientos que en él se extiendan, organizados mediante un sistema automático de procesamiento de datos. *Por cada predio se abrirá una partida registral en la cual se extenderán todas las inscripciones que a éste correspondan ordenadas por rubros.* Por cada acto o derecho se extenderá un asiento registral independiente. Los asientos registrales se extenderán unos a continuación de otros, consignando el rubro y la numeración correlativa correspondiente precedida de la letra que identifica al rubro, de acuerdo a la prioridad en el ingreso al Registro, salvo que se trate de títulos compatibles. No procede la apertura de una partida registral para la anotación preventiva de un acto o derecho que no puede inscribirse por adolecer de defecto subsanable, salvo disposición expresa” (énfasis agregado).

El Derecho de Superficie *The surface right*

inmueble (el suelo que se extiende por encima y por debajo) y no dos bienes (suelo y derecho de superficie).

9. El reembolso del valor de las edificaciones

Otro tema importante de este derecho es el reembolso del valor de las edificaciones. Como dice el artículo 1030 del Código Civil, al vencimiento del derecho de superficie, “el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto”.

Por la letra del artículo 1030 del Código Civil parecería que la adquisición de lo construido por parte del propietario del suelo está supeditada al reembolso de su valor a favor del superficiario. Ello no es así. La referida norma debe interpretarse teniendo en cuenta el presupuesto del derecho de superficie, que no es otro que el quebrantamiento temporal del principio de accesión inmobiliaria. Así, con la extinción del derecho de superficie, dicho principio cobra vigencia inmediata, uniendo los distintos planos prediales, por lo que la propiedad de lo edificado pasa directamente al *dominus soli*, sin condición de ningún tipo y sin perjuicio de la indemnización que el dueño del suelo deba al superficiario⁽⁹⁾.

En cuanto a la obligación de reembolso y a diferencia del silencio del Código Civil de 1936, el Código Civil vigente establece que al vencimiento del derecho, el dueño del suelo debe pagar al superficiario el valor de las edificaciones, salvo que se acuerde lo contrario. Debemos anotar que esto no sucede en el caso de superficies otorgadas por el Estado. De acuerdo con el último párrafo del artículo 86 del Reglamento de la Ley 29151, “(...) en cualquier caso de extinción, el superficiario está obligado a restituir el bien *sin derecho a reembolso alguno por cualquier concepto*” (la cursiva es nuestra).

En ese sentido, el derecho de superficie que recaiga sobre bienes de dominio del Estado no estará sujeto en ningún

supuesto al reembolso de las edificaciones. Éstas pasan automáticamente a propiedad del Estado sin obligación de pago. En cambio, en los bienes de propiedad privada, por regla general y al vencimiento del derecho de superficie, las construcciones son adquiridas de pleno derecho por el dueño del suelo, quien tiene la obligación de reembolsar su valor al superficiario. Para evitar este efecto legal, deberá convenirse lo contrario. Mucho cuidado entonces con la claridad del pacto en este extremo.

Si debe pagarse el valor de las edificaciones al vencimiento del derecho de superficie, ¿a qué valor debe reembolsarse lo edificado? ¿Al valor cuando se edificaron las construcciones o el que tengan al momento de la reversión? Atendiendo a que el ordenamiento quiere evitar un enriquecimiento injusto del dueño del suelo y ello se produciría cuando el bien retorne, entendemos que la regla debería tomar en cuenta el valor actual de las edificaciones en dicho instante.

El Código Civil no se ocupa de este aspecto en materia de superficie, pero sí lo hace tratándose de escenario similar donde concurre el deber de restitución del predio junto con un incremento del valor del bien en manos del poseedor. Nos referimos al caso de las mejoras (artículo 917). Según la norma:

“Artículo 917.- El poseedor tiene derecho a *valor actual* de las mejoras necesarias y útiles que existan al tiempo de la restitución y a retirar las de recreo que puedan separarse sin daño, salvo que el dueño opte por pagar por su valor actual.

(9) El efecto descrito es tratado con mayor claridad, por ejemplo, en el artículo 54 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana Española. Según esta norma:

“A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie”.



Luis Felipe Del Risco Sotil

La regla del párrafo anterior no es aplicable a las mejoras hechas después de la citación judicial sino cuando se trata de las necesarias” (la cursiva es agregada).

Una interpretación sistemática de las normas expuestas nos permite llegar a la conclusión de que al extinguirse la superficie y consolidarse el suelo y las construcciones en cabeza del *dominus soli*, debería cancelarse al superficiario el valor que tengan las edificaciones en dicho momento, salvo pacto en contrario. Debe advertirse que si no se pacta en contra de obligación legal de reembolso y el dueño del suelo no cancela el valor de las construcciones, el superficiario podrá ejercer derecho de retención sobre el predio⁽¹⁰⁾.

10. El Derecho de superficie y otras instituciones jurídicas en el ámbito inmobiliario

En los siguientes numerales nos ocuparemos del derecho de superficie y su relación con otros derechos y/o instituciones jurídicas en el ámbito inmobiliario. En específico, abordaremos sus puntos de encuentro con la propiedad horizontal, el principio de fe pública registral, la hipoteca y el retracto.

a) El derecho de superficie y la propiedad horizontal

Estas figuras pueden coincidir sin mayor inconveniente. Un rastro de esta coexistencia lo encontramos en el literal a) del artículo 134 del Texto Único Ordenado de la Ley 27157, aprobado por Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA, según el cual:

“Son bienes comunes intransferibles, salvo pacto en contrario establecido en el Reglamento Interno: (...) a) El terreno sobre el que está construida la edificación que tiene dos o más secciones de propiedad exclusiva, *salvo que sobre él se constituya derecho de superficie*” (énfasis agregado).

La referencia normativa supone que comúnmente el suelo de la edificación será un bien común intransferible, salvo que medie un derecho superficie. En este caso, como sabemos,

el suelo y la construcción son titularidades separadas. En consecuencia, es posible que el propietario del suelo haya decidido conservar este bien, generando un desdoblamiento de la propiedad predial a través de la superficie a favor de un tercero, quien luego somete la edificación (sobresuelo y subsuelo) a un régimen de propiedad horizontal.

Piénsese, por ejemplo, en el siguiente caso. *A* es el titular de un terreno y otorga a *B* un derecho de superficie para que construya sobre éste un edificio de oficinas, con sus respectivos depósitos y cocheras. Luego de concluida la obra, *B*, titular del dominio superficiario, decide someter la edificación al régimen de unidades de propiedad exclusiva y propiedad. Como dueño de la edificación, no hay ningún inconveniente en que pueda hacerlo. Lo podrá hacer sin la intervención de *A*, pues éste le transfirió temporalmente el dominio sobre la obra. De este modo, el dominio superficiario estará disgregado en cada una de las unidades de propiedad exclusiva generadas por la propiedad horizontal. De este modo, se fragmenta aún más la propiedad superficiaria.

Debemos anotar que por la Resolución Nro 1451-2016-SUNARP-TR-L del 15 de julio de 2016, el Tribunal Registral ha explorado las diversas alternativas que ofrece la dinámica de ambas instituciones. Así, ha dicho lo siguiente:

“9. En resumen, puede constituirse el derecho de superficie por el propietario de un terreno, conservando la propiedad del suelo, y que se constituya el régimen de propiedad horizontal sobre la edificación levantada sobre el suelo, del modo siguiente:

(10) En relación al derecho de retención, el artículo 1123 del Código Civil señala: “Por el derecho de retención un acreedor retiene en su poder el bien de su deudor si su crédito no está suficientemente garantizado. Este derecho procede en los casos que establece la ley o cuando haya conexión entre el crédito y el bien que se retiene”.

El Derecho de Superficie *The surface right*

a) Que el propietario del suelo (sin construir o solar) constituya derecho de superficie sobre su predio, conservando la propiedad del suelo, y que posteriormente el superficiario construya una edificación (propiedad superficiaria) sujeta al régimen de propiedad horizontal.

b) Que el propietario del suelo edifique sobre el mismo y constituya derecho de superficie a fin de transferir (temporalmente) lo edificado al superficiario, sujetándose dicha edificación al régimen de propiedad horizontal.

c) Que el propietario del suelo edifique sobre el mismo y constituya derecho de superficie sobre los aires reservados de la edificación (sobresuelo) a fin de que el superficiario construya más pisos sobre dichos aires (lo que constituirá la propiedad superficiaria), quedando sujeta esta ampliación al régimen de propiedad horizontal.

En estos casos se crea un derecho de propiedad inmobiliario temporario, porque aquellos que adquieren las secciones de propiedad exclusiva lo harán sabiendo que al finalizar el plazo del derecho de superficie la propiedad (construcción) revertirá al propietario del suelo (o aires), salvo que se haya pactado en contrario” (el subrayado es agregado).

Es interesante la relación que se produce entre ambos derechos, pues en uno de sus supuestos (superficiario que afecta en propiedad horizontal el dominio superficiario) se admite la utilización de un derecho temporal como la superficie, como fuente para la creación de un régimen jurídico que generalmente tiende a la permanencia (propiedad horizontal). Pero más allá de esta peculiaridad, el esquema propuesto es perfectamente posible.

b) El derecho de superficie y el principio de fe pública registral

Otro asunto importante en materia inmobiliaria es definir si el derecho de superficie puede valerse de la fe pública registral.

El principio de fe pública registral está regulado en el artículo 2014 del Código Civil, según el cual “El tercero que de buena fe adquiere a título oneroso algún derecho de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo, mantiene su adquisición una vez inscrito su derecho, aunque después se anule, rescinda, cancele o resuelva el del otorgante por virtud de causas que no consten en los asientos registrales y los

títulos archivados que lo sustentan. La buena fe del tercero se presume mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del registro”.

En virtud de dicho principio, se sacrifica el derecho del verdadero propietario en beneficio del tercero adquirente, en aras de garantizar la seguridad jurídica y la confianza en la apariencia registral. Nótese que la propiedad del tercero adquirente no nace del contrato celebrado con el disponente, sino de la ley (*ex lege*). Si el tercero cumplió con los requisitos del artículo 2014 del Código Civil, la norma ordena que su adquisición se mantenga en detrimento del verdadero titular del bien, y su eficacia no podrá ser atacada por los vicios y/o irregularidades en el derecho del otorgante.

La protección que confiere la fe pública registral debe desplegarse cuando concurren los siguientes requisitos: (i) que el título del transferente presente un defecto que determine que no sea el propietario del bien; (ii) que el tercero tenga buena fe; (iii) que la adquisición sea a título oneroso; y, (iv) que el tercero inscriba su derecho.

En el caso del derecho de superficie, piénsese en el siguiente supuesto. El propietario registral del predio otorga un derecho de superficie, el cual se inscribe en los Registros Públicos y, por ende, genera una partida especial para la propiedad superficiaria. Antes de este momento, no hay ningún acto inscrito en la partida del inmueble que genere duda sobre la propiedad del dueño del suelo. No obstante, luego el dueño del suelo pierde el dominio por una causa que no obra en el Registro. ¿El superficiario puede valerse de la fe pública registral para proteger su derecho y, por consiguiente, hacer prevalecer la superficie por el plazo convenido? Consideramos que esta defensa es plenamente procedente.

Efectivamente, siempre que el derecho de superficie haya sido otorgado a título oneroso



Luis Felipe Del Risco Sotil

y no exista duda sobre la titularidad del dueño del suelo en la partida registral del inmueble, derivada de elementos registrales y/o extra registrales que determinen la inexactitud del registro, el superficiario podrá emplear la fe pública registral para amparar su derecho. El artículo 2014 del Código Civil no solo se aplica a traslaciones de dominio, sino que su formulación es más amplia y comprende a todo aquel que “de buena fe adquiere a título oneroso *algún derecho* de persona que en el registro aparece con facultades para otorgarlo (...)”. Desde el plano de la calificación jurídica, se tratará de un adquisición a *non domino* del derecho de superficie, respetada por el sistema en mérito de la buena fe. El verdadero dueño tendrá que soportar esta limitación por el plazo convenido para tal derecho.

c) El derecho de superficie como objeto de hipoteca

El supuesto del que trata este acápite es distinto a la concurrencia de derechos de superficie e hipoteca en un mismo inmueble. En este último escenario, prevalecerá el derecho que en un primer momento haya sido inscrito en los Registros Públicos, de conformidad con la regla prevista en el primer párrafo del artículo 2022 del Código Civil.

De este modo, si primero se tiene inscrita una hipoteca y luego una superficie, el derecho real de garantía alcanza a las construcciones que se adhieran al suelo, por la extensión legal dispuesta en el artículo 1101 del Código Civil. En este supuesto la hipoteca comprende en su manto a todas las partes del bien hipotecado, no pudiendo oponerse al acreedor hipotecario el desdoblamiento predial que separa a los integrantes del suelo. Siendo ello así, el derecho de superficie no debe ser considerado como impedimento para la ejecución hipotecaria, la que llevará consigo a todos los integrantes del suelo.

Si la superficie es inscrita con anterioridad a la hipoteca, se prefiere a la primera titularidad. El efecto legal es que la hipoteca no alcanza a las edificaciones levantadas sobre el suelo, cuyo dominio es separado y pertenece al superficiario. Se entiende pues que el acreedor hipotecario conoce que su garantía está circunscrita únicamente al suelo. Evidentemente, tal situación cesará cuando venza el plazo del derecho de superficie. En ese instante la accesión retoma vigencia y la hipoteca se extenderá a los integrantes del bien hipotecado.

Como dijimos, el supuesto del que trata este apartado es otro: el superficiario otorga su derecho de superficie en respaldo del

cumplimiento de una obligación propia o de un tercero. El bien inmueble objeto de la hipoteca es pues el propio derecho de superficie.

De acuerdo con el numeral 10 del artículo 885 del Código Civil, son inmuebles “Los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro”. El derecho de superficie recae siempre sobre predios. Por consiguiente, dicho derecho tiene la condición jurídica de un inmueble. Por su parte, el artículo 1097 del Código Civil dispone que “Por la hipoteca se afecta un inmueble en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, propia o de un tercero”. Siendo el derecho de superficie un inmueble y no teniendo naturaleza personalísima, sobre esta titularidad puede constituirse un derecho real de hipoteca.

En este sentido, el superficiario puede afectar el derecho de superficie en garantía del cumplimiento de obligaciones propias o de terceros. Al igual que todos los derechos celebrados a propósito de este dominio revocable, el gravamen hipotecario tendrá como límite máximo la duración de la superficie. Si se incumple el crédito garantizado, el acreedor tendrá el derecho de vender judicialmente el derecho de superficie a través de un remate público.

Debemos anotar que el derecho de superficie podrá ser objeto de hipoteca siempre que no exista un pacto de exclusividad en el título constitutivo. Recuérdese que el artículo 1031 del Código Civil establece que la superficie es transmisible, salvo prohibición expresa. Si existe una restricción de esta naturaleza, el derecho de superficie no podrá ser transferido y, por tanto, no podrá ser afectado en hipoteca.

Teniendo en cuenta las consideraciones expuestas, resulta relevante determinar si existe alguna diferencia en la constitución de la hipoteca antes de que el superficiario haya edificado sobre el suelo y después de este

El Derecho de Superficie *The surface right*

evento. Sobre este punto, Guilarte, citado por Puig Brutau, apunta:

“(…) constituida una garantía real hipotecaria sobre el derecho de superficie antes de iniciada la construcción, la misma abarca todas las distintas facultades integrantes del derecho de superficie, por lo cual una vez surgida la construcción superficiaria a ella se extenderá automáticamente el vínculo hipotecario. (...) es indiscutible que, en última instancia, el objeto de la hipoteca es el contenido del derecho de superficie y la edificación forma parte integrante fundamental, desde el punto de vista económico, de tal contenido” (Puig 1979).

Conforme manda el artículo 1101 del Código Civil, “La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto”. En consecuencia, si la hipoteca se constituye antes de la construcción de las edificaciones, el gravamen se extenderá legalmente a todas las construcciones que se levanten sobre el suelo, es decir, a la propiedad superficiaria, debido a que esta última es un bien integrante de la superficie.

d) El otorgamiento de un derecho de superficie a favor del acreedor como forma de aseguramiento

En ciertas operaciones modernas de financiamiento, donde el rol del pensamiento jurídico es vital para hallar nuevas formas de inversión, apalancamiento y colaterales, el derecho de superficie ha adquirido una connotación distinta a la tradicional, siendo usado el desdoblamiento de planos prediales que produce esta titularidad real (separación jurídica entre suelo y edificaciones) como una modalidad autónoma de aseguramiento.

Adviértase que no se trata de utilizar el derecho de superficie como un bien inmueble objeto de hipoteca, supuesto tratado en el acápite anterior y donde el acreedor igual tiene que promover la ejecución judicial del derecho de superficie en caso de incumplimiento. Aquí la estructura comentada es diferente: el dueño del predio, en garantía de obligaciones propias o de terceros, otorga a favor del acreedor un derecho de superficie, dándole propiedad temporal y separada sobre las edificaciones que se levanten en el inmueble.

Bajo el esquema descrito, el acreedor ocupa la posición de superficiario, es decir, se convierte en titular de la edificación separada del suelo. La garantía del acreedor equivale al dominio temporal sobre las construcciones. Nótese que no hay un interés directo por parte del acreedor en el aprovechamiento del dominio superficiario, el cual frecuentemente será trasladado al deudor o a terceros para hacerlo productivo y con ello generar rentas para pagar el financiamiento; sino que tiene como objeto mantener el dominio temporal de las edificaciones hasta que se satisfaga el crédito. Cancelada la obligación, la superficie pierde su causa y decae, circunstancia que tiene que estar prevista en el título constitutivo de la superficie.

Piénsese en el siguiente ejemplo:

El dueño de un predio desea desarrollar en él un proyecto inmobiliario de gran envergadura. Para tal efecto requiere conseguir financiamiento. Entre sus planes no está poner en riesgo la titularidad del suelo por la escasez de terrenos atractivos en el área urbana, por lo que no es viable constituir una hipoteca a favor del banco que provea los fondos para el proyecto. Por el lado del acreedor, tampoco es atractivo recibir una hipoteca sobre el inmueble, ya que es ampliamente conocido que en el Perú los procesos de ejecución de garantías demoran mucho. Razones más razones menos, lo cierto es que ninguno de los dos lados de la relación crediticia están interesados en utilizar este derecho real de garantía.

Frente a la situación descrita, los involucrados evalúan la constitución de un derecho de superficie: el dueño del predio otorgaría dicho derecho a favor del acreedor, cuyo contenido se proyectará de manera directa en el dominio temporal y separado de las construcciones que se levanten en el inmueble, sin que ello



Luis Felipe Del Risco Sotil

suponga que el primero se desprenda del suelo. Por su parte, el acreedor sería propietario de lo edificado (una verdadera propiedad en garantía), por lo que no habría necesidad de ejecución. La duración del derecho de superficie estará en función al plazo para cancelar el financiamiento; sin embargo en ningún caso puede ser mayor a los noventa y nueve años que establece el artículo 1030 del Código Civil.

El acreedor, gustoso de recibir una propiedad en garantía, acepta el trato y consiente la liberación de los fondos en dichos términos, sin embargo la operación todavía no está completa.

Recuérdese que el superficiario, como titular de la obra ejecutada, tiene el derecho de explotarla. El negocio del banco es prestar dinero y recibir los intereses respectivos, no administrar el proyecto inmobiliario, por lo que siguiendo con la lógica económica de operación, el superficiario le cede la explotación de la edificación al dueño del suelo, quien utilizará las ganancias de su aprovechamiento para cancelar el financiamiento. ¿Por qué no opera a consolidación en este momento, si es que se le cede el uso de las edificaciones al propietario del suelo? Justamente ello no ocurre porque el dueño del suelo no es propietario de las edificaciones, por lo que el título habilitante para que aquél ejerza actos posesorios respecto de la infraestructura construida tiene que provenir del superficiario.

Frecuentemente esta cesión de uso a favor del dueño del suelo se suele realizar a través de un arrendamiento financiero o *leasing*. El dueño del suelo cancela las cuotas periódicas convenidas y al final tiene una opción de compra sobre la edificación. Si el cronograma de pago se cumple y se ejerce la opción de compra, el dueño del suelo se hace de la propiedad de la edificación, consolidándose ahora sí el dominio. Se satisface el crédito y, por tanto, la garantía basada en la superficie termina, debido a su carácter accesorio.

La operación descrita cada vez es más frecuente. Pueden existir matices adicionales al esquema propuesto, pero fundamentalmente sigue los lineamientos antes mencionados. Si bien es cierto que no se requiere ejecución porque el acreedor ya tiene la propiedad sobre lo construido, aún debe recuperarse la posesión en caso el deudor incumpla con los pagos y sea renuente a restituir la edificación, por lo que para incentivar este tipo negocios, podría establecerse un procedimiento ágil para la toma de posesión por parte del acreedor.

No obstante lo expuesto, es muy interesante verificar como derechos clásicos como la superficie, reciben utilidades que se ajustan a las diferentes necesidades de los negocios modernos, ensanchando, en este caso, los contornos de la institución superficiaria.

e) El derecho de superficie y el derecho de retracto

El artículo 1592 del Código Civil define al derecho de retracto de la siguiente manera:

“El derecho de retracto es el que la ley otorga a determinadas personas para subrogarse en el lugar del comprador y en todas las estipulaciones del contrato de compraventa.

El retrayente debe reembolsar al adquirente el precio, los tributos y gastos pagados por éste y, en su caso, los intereses pactados.

Es improcedente el retracto en las ventas hechas por remate público”.

Por su parte, el numeral 5 del artículo 1599 del Código Civil señala que tienen derecho de retracto, entre otros, “El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos”.

Conforme a los artículos citados, si el *dominus soli* o el superficiario venden a un tercero la propiedad del suelo o el derecho de superficie, respectivamente, el dueño del suelo o el superficiario pueden subrogarse en el lugar del comprador, adquiriendo el derecho transferido.

Imagínese el supuesto que el propietario del predio, afectado con un derecho de superficie, transfiera su inmueble a un tercero. En virtud del derecho de retracto, el superficiario podrá tomar el lugar del comprador en el contrato de compraventa celebrado por el dueño del suelo (sustituyendo al tercero enteramente en el contrato; se trataría de una cesión de posición

El Derecho de Superficie *The surface right*

contractual por imperio de la ley), debiendo reembolsar al tercero el precio, los tributos y todos los gastos que hubiese asumido éste al celebrar el contrato con el dueño del suelo.

De acuerdo con el primer párrafo del artículo 1596 del Código Civil, "El derecho de retracto debe ejercerse dentro del plazo de treinta días contados a partir de la comunicación de fecha cierta a la persona que goza de este derecho".

En el ejemplo anterior, el superficiario tendrá treinta días contados desde la fecha que el propietario del suelo le comunicó que había transferido el inmueble, para ejercer el retracto y subrogarse en el lugar del comprador. Si el propietario del suelo no le hubiese comunicado dicha transferencia, el plazo mencionado se computará desde la fecha en que el superficiario tuvo conocimiento de la transferencia. Si se enteró de la misma en mérito de la inscripción, el plazo se extiende a un año (artículo 1597 del Código Civil).

Cabe señalar que el derecho de retracto es irrenunciable (artículo 1595 del Código Civil), por lo que el propietario del suelo o el superficiario gozarán de dicho derecho mientras perdure el derecho de superficie.

Finalmente, debe tenerse en cuenta que al ejercer el derecho de retracto, ya sea por parte del superficiario o del propietario del suelo, se consolidará el dominio en cabeza de quien lo ejerza, terminando con la separación predial que genera el derecho de superficie. Este supuesto constituye una causal de extinción del derecho de superficie, tal como veremos a continuación.

11. Extinción del derecho de superficie

El Código Civil no trata este asunto, como sí lo hace para el caso del usufructo (artículo 1021). Sin embargo, se entiende que legalmente deja de existir el derecho de superficie en los siguientes casos:

- a) Vencimiento del plazo: Transcurrido el plazo pactado, el derecho de superficie pierde vigencia. Se pueden pactar prórrogas del periodo convenido inicialmente. Sin embargo, la duración del derecho de superficie, junto con sus respectivas prórrogas, no puede vulnerar el plazo máximo legal de noventa y nueve años previstos en el artículo 1030 del Código Civil.
- b) Por resolución del título constitutivo: El derecho de superficie también se extingue por la resolución del contrato de superficie. La resolución puede provenir por acuerdo de las partes o estar justificada en el incumplimiento de una obligación prevista en el título constitutivo. En este último caso, interesa destacar que la resolución puede ser invocada judicial o extrajudicialmente (artículo 1372 del Código Civil).
- c) Cumplimiento de una condición resolutoria: En virtud de esta modalidad, el contrato produce todos sus efectos hasta que se cumple la condición a la que se sujetó (artículo 171 del Código Civil). En este momento, el acto jurídico pierde su eficacia. Si el título constitutivo estuviera sujeto a una condición resolutoria y ésta se verificara, se extinguirá el derecho de superficie.
- d) Por consolidación: La consolidación puede operar por ambas vías: cuando el dueño del suelo adquiere la propiedad superficiaria o cuando el superficiario se convierta en propietario del suelo. En los dos supuestos el dominio se unifica, por lo que no cabe la subsistencia de la superficie.
- e) Pérdida del derecho de propiedad del suelo: El derecho de superficie se extinguirá también en aquellos supuestos en que el propietario del suelo pierda su derecho de propiedad. Esto ocurre, por ejemplo, en la expropiación o en el procedimiento administrativo de reversión de dominio.
- f) Renuncia: El superficiario puede renunciar al derecho de superficie y, por ende, generar la extinción de este derecho. Como es natural, la renuncia deberá constar en una declaración de voluntad y dependerá de lo que se haya acordado al momento de conceder el derecho de superficie.



Luis Felipe Del Risco Sotil

Debemos anotar que el derecho de superficie no está sujeto a un plazo de prescripción extintiva, como si sucede en el usufructo (artículo 1021 del Código Civil).

Producida la extinción del derecho de superficie, el propietario del suelo hace suyo lo construido, libre de los derechos constituidos por el superficiario, los cuales decaen junto con este derecho, conforme lo establece el artículo 1034 del Código Civil.

12. Referencias bibliográficas

Arias-Schreiber Pezet, Max. 1993. Exégesis del Código Civil de 1984. Tom. 5. *Derecho Reales*, 1ª ed. (Marzo). Lima: WG Editor.

Borda, Guillermo. 1984. Tratado de Derecho Civil, Derechos Reales, 3ª ed. Tom. 1. Buenos Aires: Editorial Perrot.

_____. 1994. *Manual de Derechos Reales*. Lima: Editorial Perrot.

Castañeda, Jorge Eugenio. 1952. *Instituciones de Derecho Civil: Los Derechos Reales*. Tom. 1. Lima.

Cárdenas Quirós, Carlos. 1983. El Derecho Real de Superficie. *Derecho PUCP* 37 (diciembre): 7-30.

Chico y Ortiz, José María. 2000. *Estudios sobre Derecho Hipotecario*. Tom. 2. Madrid: Marcial Pons.

Diez-Picazo, Luis y Antonio Gullón. 1987. *Sistema de Derecho Civil*. Madrid: Tecnos.

González barrón, Gunther. 2013. *Tratado de Derechos Reales*. Tom. 2. Lima: Jurista Editores.

Josserand, Louis. 1958. *Derecho Civil*. Tom. 1. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa - América Bosch y Cía.

Kemelmajer de Carlucci, Aida. 1989. *Derecho real de superficie*. Buenos Aires: Editorial Astrea.

Maisch Von Humboldt, Lucrecia. 1984. *Los Derechos Reales*, 3ª ed. Lima: Studium.

Messineo, Francesco. 1979. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tom. 3. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América.

Puig Brutau, José. 1979. *Fundamentos del Derecho Civil*, 2ª ed. Tom. 3. Vol. 2. Barcelona: Bosch.

Romero Romaña, Eleodoro. 1957. *Derecho Civil: Los Derechos Reales*. 2ª ed. Tom. 2, 2ª edición aumentada. Lima.

Salvat, Raymundo. 1945. *Tratado de Derecho Civil Argentino, Derechos Reales*, 3ª ed. Tom. 7. Buenos Aires: Editorial La Ley.