

EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE COMO MODALIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD

José Carlos Fernández Salas
Licenciado en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú

Categoría Alumnos

En nuestro país, el derecho de superficie es una herramienta jurídica que ha recibido en los últimos años gran atención, principalmente, por su flexibilidad para permitir inversiones importantes en proyectos inmobiliarios. Sin embargo, en nuestro país, el mínimo tratamiento normativo de este derecho deja muchos vacíos, los cuales ocasionan importantes discusiones jurídicas que la también escasa doctrina sobre el tema aún no alcanza a responder. Por ello, nos disponemos a realizar un estudio crítico de esta figura, y nuestro objetivo es facilitar su utilización de manera más eficiente y difundida en los diversos sectores del mercado inmobiliario. A este efecto, desde un análisis funcional, estudiaremos la posibilidad de que el derecho de superficie sea considerado una modalidad del derecho de propiedad en lugar de un derecho real. De este modo, como consecuencia de tal redefinición, planteamos que las normas ya existentes sobre el derecho de propiedad suplirían los vacíos que las normas sobre superficie presentan. En adición, también estudiaremos la posibilidad de que se introduzcan ciertas normas sobre superficie que permitan otorgar un marco adecuado y atractivo de funcionamiento para esta figura.

I. Introducción

I.1. Problema

Con el objetivo de describir el problema jurídico que pretendemos abordar, definiremos preliminarmente al derecho de superficie como el derecho real que otorga la posibilidad de tener por un periodo máximo de noventa y nueve años una construcción en propiedad separada sin ser propietario del suelo sobre el que esta se encuentra. Como lo explicaremos más adelante, esta es una institución relativamente marginada en los ordenamientos civiles de la familia continental, lo que se tradujo en una escasísima regulación en los principales códigos civiles del mundo, así como en nuestro propio Código Civil. Sin embargo, la realidad socioeconómica de nuestro país ha revitalizado la utilización de esta figura en el ámbito del derecho inmobiliario.

En casi todo el mundo, en especial, en los países del hemisferio norte, el crecimiento –parcialmente artificial– de los precios de los activos inmuebles (aunado a la irresponsabilidad y la falta de regulación en los principales mercados financieros) causó, en primer lugar, una crisis financiera y, posteriormente, una crisis económica de grandes magnitudes que, entre otros efectos, trajo consigo el desplome de los precios de los inmuebles. Sin embargo, en nuestro país ora por la menor magnitud de las instituciones financieras ora por la creciente y aún insatisfecha demanda interna tanto de vivienda como de bienes y servicios, el mercado inmobiliario ha mantenido un ritmo de crecimiento aún durante estos años de crisis, y la economía de nuestro país es una de las pocas en el mundo que ha mantenido cifras en azul.

Si bien es recomendable ser cauteloso con la evolución de la economía, mientras la expansión del mercado inmobiliario no se fundamente solamente en agentes especuladores y exista una sólida regulación del mercado financiero, no hay razón para temer en demasía el surgimiento de una burbuja inmobiliaria en nuestro país. Por lo demás, en lo que respecta a nuestra materia, es preciso señalar que uno de los instrumentos jurídicos que ha contribuido a este crecimiento del mercado inmobiliario en nuestro país es justamente el derecho de superficie.

Al momento de invertir en la explotación de un inmueble, ya sea para el propósito de construir un centro comercial, un local industrial, un complejo de viviendas, etcétera, el agente económico tiene ante sí dos opciones: a) comprar o b) alquilar un inmueble.

- a) La opción de adquirir un inmueble, si bien confiere un derecho pleno sobre este, resulta lógicamente más onerosa y necesita de un financiamiento más costoso. Además, se contradice con la temporalidad de determinados tipos de inversión diseñados en función a la explotación temporal de un determinado negocio. Finalmente, el problema mayor, y que tiene mucha relación con el precio, es la creciente escasez de terrenos atractivos en las áreas urbanas de las ciudades importantes.
- b) La segunda opción es alquilar un inmueble. Cuando nos referimos a alquilar un inmueble, lo hacemos en un sentido amplio puesto que el arrendamiento no es el único contrato temporal que ofrece el ordenamiento. Existen otros contratos y derechos que constituyen una cesión temporal del bien entre los que destaca, por ejemplo, el usufructo. El problema es que ninguna de estas alternativas temporales resulta suficientemente atractiva para los operadores debido a las limitaciones que para ellas establece la ley. Por un lado, el arrendamiento tiene la desventaja de generar efectos meramente obligacionales, los que en aplicación del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil pueden verse desplazados por operaciones que generen efectos reales (una hipoteca o usufructo posterior podría servir para cuestionar la eficacia de un arrendamiento aun cuando este último tenga fecha anterior). En adición a ello, el arrendamiento tiene limitaciones en su contenido puesto que solamente permite al arrendatario el derecho de usar el inmueble, mas no el derecho de explotarlo y menos aún de disponer de él física o jurídicamente, lo que, entre otras cosas, impide obtener financiamiento mediante la dación en garantía de un arrendamiento. A ello hay que agregar la limitación que implica el plazo máximo de diez años para el arrendamiento. Todo lo señalado le quita utilidad a una herramienta que en otros ordenamientos resulta la idónea para este tipo de operaciones.

Algo similar sucede con la herramienta del usufructo. Si bien en este caso sí nos encontramos ante un derecho real que tiene mayor protección como tal, su

configuración legal alcanza solamente a la posibilidad de explotar un inmueble existente, pero no de realizar en él modificaciones sustanciales so pena de terminación anticipada del usufructo. Ello impide, por ejemplo, echar abajo una construcción existente para realizar una completamente nueva. Junto con esta limitación se encuentra el principio de tipicidad de los derechos reales que vuelve más problemática la posibilidad de que derechos como el usufructo sean objeto de pactos que sobrepasen la esencia de su configuración legal. Por último, la transmisión del usufructo se encuentra limitada por la circunstancia de que depende de la pervivencia del usufructuario inicial, cuya desaparición puede generar la terminación del usufructo. El plazo máximo de treinta años es mayor que el del arrendamiento, pero de todas maneras representa un tope para el diseño de proyectos contractuales de largo plazo.

Es así que la propia necesidad de los operadores jurídicos ha llevado a la utilización de otras opciones de contratos temporales, espacio en el que se ha dado gran uso al derecho real de superficie. Tal como lo señalamos, el derecho de superficie es un derecho real limitado en el aspecto temporal, pero con un tope mucho mayor que el de las opciones anteriormente mencionadas: noventa y nueve años. Su atractivo no termina ahí pues, mediante este derecho, el beneficiario, también denominado «propietario superficiario» o simplemente «superficiario», tiene una mayor amplitud de facultades ya que la ley le permite construir y explotar un inmueble con las mismas prerrogativas que tendría un propietario pleno.

Por último, la naturaleza real de este derecho le confiere mayor protección por la oponibilidad que permite la inscripción en el registro, lo que, además, facilita la estructuración de financiamientos para inversiones de gran envergadura. Todo ello ha motivado su utilización en diferentes contextos, entre los que destacan la construcción de *malls*, centros comerciales, supermercados y, en general, el mercado del *retail*, la construcción de locales industriales, la realización de proyectos de infraestructura e incluso la realización de proyectos destinados a vivienda.

No obstante, existen algunos aspectos negativos que dificultan la utilización de este derecho. La mínima regulación del derecho de superficie y la novedad en el manejo de una institución particular como esta han provocado algunos inconvenientes en la utilización de la figura. Existe un conjunto de problemas de corte práctico para los que el limitado y algunas veces anacrónico tratamiento de este derecho en los manuales de derechos reales no proporciona respuestas suficientes.

Para comenzar, veamos los problemas alrededor de la celebración del contrato y de la constitución del derecho real de superficie. Al respecto, es preciso señalar que en el estado de cosas actual, el contrato de constitución del derecho de superficie resulta ser un contrato atípico, es decir, un contrato cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en la práctica jurídica diaria la elaboración de un contrato de este tipo comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que este debe contener y de la complejidad de la operación que usualmente se busca regular.

Esto motiva que o se deban invertir demasiados recursos en la elaboración de un contrato sin un punto de partida específico o que se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, que constituye el prototípico contrato de cesión temporal de un inmueble, decisión que puede resultar problemática, puesto que el contrato de arrendamiento tiene una naturaleza y, en consecuencia, efectos prácticos completamente distintos (el arrendamiento es un contrato obligacional y de duración).

En la misma línea, existen muchas dudas acerca de los requisitos que deberían exigir los notarios al momento de otorgar los instrumentos públicos necesarios para la formalización del contrato de superficie. Del mismo modo, se tiene la cuestión acerca de los elementos que deben ser evaluados por el registrador público para la inscripción del derecho de superficie en la Superintendencia Nacional de Registros Públicos (SUNARP). Por otro lado, resulta necesario aclarar la posibilidad de que la extensión física del derecho de superficie sea menor o sea mayor a la extensión del terreno sobre el cual se constituye; las situaciones en que concurren con la superficie regímenes de copropiedad; la necesidad de un análisis catastral respecto a la posibilidad de superposiciones con respecto al derecho de superficie y/o las limitaciones urbanísticas que para las construcciones pueden existir en el lugar donde se encuentre el inmueble, entre otros varios aspectos.

En segundo lugar, corresponde mencionar la problemática de la fase de cumplimiento y la eventual fase de defectos en el contrato (fase patológica). El derecho de superficie debido a sus características particulares genera una relación jurídica a largo plazo entre el propietario superficiario y el propietario del suelo. Durante dicho plazo se pueden suscitar una serie de circunstancias que son el origen de controversias difícilmente solucionables con las normas y doctrina actual del derecho de superficie. Entre ellas podemos nombrar el caso de la transferencia de la propiedad del suelo o de la misma superficie, y con ello la entrada de nuevas personas no solo en la calidad de propietario o de superficiario, sino además en la posición contractual dentro del contrato de superficie; la eventual constitución de una hipoteca sobre el suelo o sobre la superficie; la inscripción de medidas cautelares; la ampliación o reducción del plazo inicialmente establecido del derecho; la resolución del contrato por incumplimiento o por alguna otra causa prevista en el Código Civil; la forma de tributación de los beneficios que ambas partes del contrato reciben, entre otras cuestiones. En adición a ello, han sido objeto de debate la posibilidad de establecer algunas figuras particulares como es el caso de la «subsuperficie», de la «autosuperficie» y de la constitución de un «régimen de propiedad superficiaria horizontal».

Todo este panorama se materializa en contextos donde se empiezan a discutir aspectos especializados de este derecho como es el caso de procesos judiciales, procesos arbitrales, procedimientos notariales, procedimientos registrales, informes jurídicos, elaboración de contratos, etcétera. La consecuencia directa de la dificultad en la resolución de estas discusiones es la incertidumbre jurídica que se puede generar alrededor del derecho de superficie si es que su régimen no se conoce de manera adecuada. Si bien, afortunadamente, ello no alcanza a impedir el aprovechamiento de esta institución por parte de los operadores jurídicos, lógicamente se genera un incremento innecesario de los costos de transacción para los que invierten en inmuebles utilizando este mecanismo, así como la disminución de contratos que generen beneficios para las partes y también para la propia sociedad. A simplificar la respuesta a dichos problemas es que nos vamos a dedicar en los siguientes apartados.

1.2. Justificación

Al decidir el objeto de nuestra investigación ha tenido especial importancia la esfera social que se ve influida por el derecho de superficie. Este derecho es una herramienta útil en el crecimiento del sector construcción en nuestro país y es justamente la realidad socioeconómica

la que se ha adelantado al derecho en lo que respecta a este tipo de operaciones. El déficit de infraestructura y, específicamente, el déficit en la cantidad de centros comerciales y negocios de *retail* que aún existen en nuestro país, no solo en Lima sino especialmente en el centro del país, así como las experiencias de éxito de este tipo de negocios en ciudades como Arequipa, Huancayo, etcétera, han puesto sobre el tapete la necesidad de proveer de este tipo de actividades a las personas que en el contexto actual de crecimiento económico van adquiriendo un mayor poder adquisitivo y con ello dinamizando cada vez más el mercado interno en nuestro país.

No obstante, la versatilidad de una figura como el derecho de superficie no tiene por qué limitarse a un área específica de la sociedad como es el de los centros comerciales. Las características del derecho de superficie y su origen inicial en los primeros Códigos Civiles occidentales tenían prevista la utilización de este mecanismo también para fines de vivienda, objetivo para el cual la dilatada extensión del plazo del derecho resulta ideal, entre otras características que explicaremos más adelante. En adición a ello, los usos que se pueden dar a esta figura en la construcción de locales industriales, en la contratación en el sector público en relación con la infraestructura del Estado e incluso su utilización para el propósito de explotación de recursos naturales demuestran la multiplicidad de actividades económicas que pueden verse beneficiadas con la institución que pretendemos estudiar.

1.3. Objetivo e hipótesis

El objetivo general de este trabajo de investigación es analizar las posibles soluciones que en el ámbito del derecho civil puedan cubrir los problemas generados por el mínimo tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del derecho de superficie que presenta nuestro país. A estos efectos, en este trabajo se buscará realizar el análisis de la posibilidad de que el derecho de superficie deje de ser considerado un derecho real autónomo para pasar a entenderse como una modalidad del derecho de propiedad, lo cual permitiría establecer de manera más sencilla las reglas aplicables a este derecho y con ello dar respuesta a los problemas jurídicos que se suscitan en torno a este.

Teniendo en claro ello, nuestra hipótesis consiste en que sería posible hacer una interpretación del derecho de superficie diferente a su concepción clásica que nos permita encontrar fuentes para la resolución de los diversos problemas no resueltos por nuestra legislación. Esta interpretación consiste en la consideración de la naturaleza del derecho de superficie ya no como un derecho real autónomo, sino como una modalidad del derecho de propiedad.

Las consecuencias de la verificación de esta hipótesis serían básicamente dos. En primer lugar, tratándose el derecho de superficie de una modalidad del derecho de propiedad, a pesar de la aparente escasez de normas aplicables a este instituto jurídico, pasaría a reconocerse que las normas aplicables a la propiedad son también directamente aplicables a la constitución, vigencia, transmisión, extinción y demás aspectos del derecho de superficie, llenando con ello gran parte de los vacíos legislativos que sobre este podrían existir.

En segundo lugar, como consecuencia de la verificación de nuestra hipótesis, propondríamos que resultaría conveniente un tratamiento legislativo del derecho de superficie tal como lo tienen otras modalidades del derecho de propiedad, como es el caso de la copropiedad, la

propiedad horizontal, la multipropiedad o la propiedad fiduciaria. Como referencia comparativa nos servirá una de las normas que de manera más sistemática ha tratado el derecho de superficie en el derecho comparado, es decir, la Ley sobre el Derecho de Superficie promulgada como complemento del Código Civil de Alemania y cuyo estudio, tomando en cuenta su propio contexto y las diferencias que existen entre el sistema de propiedad alemán y el nuestro, nos podría proporcionar valiosos aportes en torno al tratamiento de determinados aspectos del derecho de superficie que no han sido desarrollados por la norma peruana.

1.4. Metodología

El método principal que nos proponemos utilizar a lo largo del presente trabajo es el método funcional, a través del cual procuraremos profundizar en la manera en que la institución se desenvuelve y funciona en la realidad, para posteriormente ver cómo esta circunstancia puede ser recogida por el derecho en la regulación de la actividad privada. No obstante, debemos señalar que el método dogmático no estará excluido de nuestro trabajo al momento de describir las instituciones jurídicas que nos sirven de fundamento para el planteamiento de nuestra hipótesis. Finalmente, también nos serviremos del método comparativo en la fase de análisis de las consecuencias de la verificación de nuestra hipótesis con el objetivo de contrastar las soluciones que sobre el derecho de superficie se han planteado en un ordenamiento jurídico diferente al nuestro.

2. Conceptos previos

A continuación vamos a describir cuál es el contexto en el que se encuentra el derecho real de superficie en el sistema de derechos reales haciendo énfasis en la importancia que tiene el concepto de *predio* para su definición y en otros ejemplos de modalidades del derecho de propiedad que prevé nuestro sistema; luego, describiremos la definición clásica que sobre el derecho de superficie tiene la doctrina nacional e internacional en la actualidad; posteriormente, realizaremos el correspondiente análisis de esta definición principalmente desde una perspectiva funcional para, con ello, formular una definición y unas características propias de este derecho; y, finalmente, describiremos los aportes prácticos de la eventual verificación de esta nuestra hipótesis.

2.1. Derecho de propiedad

El esquema de nuestro sistema de derechos reales está determinado por la división entre los derechos reales principales y los derechos reales de garantía en concordancia con lo que sistemáticamente se puede interpretar del Código Civil peruano de 1984. En cuanto a los derechos reales principales, en orden de aparición, se trata del derecho de posesión, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de uso y habitación, las servidumbres y el derecho de superficie. En adición a ellos, en el mismo libro se regulan los derechos reales de garantía que son la hipoteca, la retención y la anticresis. A ellos se suman los derechos reales

contenidos en otras leyes, que es el caso de la garantía mobiliaria¹ y el derecho de concesión minera.² En ese contexto, para afirmar que el derecho de superficie se trata de una modalidad de la propiedad, es preciso explicar los caracteres de este último concepto.

En primer lugar, el derecho de propiedad viene definido en nuestro sistema a través del artículo 923 del Código Civil como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Como quiera que esta definición legal se centra más bien en la descripción de las facultades que confiere el derecho de propiedad, una definición más apropiada es la que señala que la propiedad es el derecho que confiere el control o el señorío pleno sobre un bien (Meder y Czelk 2008: 41; Westermann y otros 2011: 184-185).³ En otras palabras, se trata de una plena *asignación* de un bien a una persona y que, por tanto, le permite proceder a voluntad con ella (potestad positiva) y excluir a los demás de su aprovechamiento (potestad negativa) (Westermann y otros 2011: 184-185). De ahí que el derecho de propiedad se considere el derecho real absoluto en contraposición a los demás derechos reales que vienen a ser derechos limitados en su contenido, puesto que sus titulares no pueden disfrutar y disponer del bien como lo puede hacer el propietario (Baur y otros 2009: 307).

2.2. Propiedad predial

2.2.1. Importancia del concepto de predio

La propiedad predial es, según nuestro Código Civil, un segmento del derecho de cosas inmobiliario o derecho inmobiliario, que tiene como punto central el concepto de «predio», también denominado «finca», «fundo», «solar» o «heredad».⁴ Dentro del conjunto de bienes inmuebles que son objeto de derechos reales, deberíamos decir que en nuestro sistema es el predio el que tiene la importancia capital para el derecho inmobiliario.⁵ Tan es así que

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

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

3 Es pertinente apuntar que sobre el objeto de los derechos reales la doctrina alemana toma como referencia el concepto de cosa (*Sache*), en concordancia con el parágrafo 90 del Código Civil alemán, refiriéndose nada más que a los «objetos corporales»; mientras que el listado de bienes muebles e inmuebles contenido en los artículos 885 y 886 de nuestro Código Civil incluye algunos bienes inmateriales como las concesiones, los derechos de autor, los derechos sobre inmuebles, etcétera. En cualquier caso, en adelante vamos a cuidar de utilizar la terminología según la cual la *cosa* es un objeto corporal; mientras que el *bien* constituye una cosa sobre la que recae el interés de los sujetos.

4 En lo sucesivo vamos a utilizar la terminología de nuestro propio Código Civil, que en su artículo 954 y siguientes utiliza el término *predio* para referirse a este concepto.

5 Desde el punto de vista económico, otro bien inmueble de gran relevancia en el listado del artículo 885 del Código Civil podrían ser «las concesiones mineras obtenidas por particulares», justamente por la importancia que tiene la actividad minera en la economía de nuestro país. Sin embargo, la regulación de las concesiones mineras tiene un estatuto propio tanto en las leyes especiales del sector minero como en los propios reglamentos registrales. Adicionalmente, desde nuestro punto de vista, las concesiones mineras se incluyen incorrectamente en el listado de bienes inmuebles de nuestro Código Civil, en tanto que la finalidad de protección con eficacia erga omnes que se pretendía dar a los titulares mineros ya se consigue directamente con la atribución del carácter de derecho real que se hace en el artículo 10 del TUO de la Ley General de Minería. De ahí que considerar a la concesión minera un bien inmueble a la vez que un derecho real nos parece una regulación defectuosa de dicha titularidad.

la división que en nuestro sistema se hace entre bienes muebles y bienes inmuebles, por ejemplo, en el derecho alemán se hace directamente entre los predios (*Grundstücke*) y los bienes muebles (*bewegliche Sache*).

Naturalmente, esta importancia del concepto de predio no le viene al derecho inmobiliario de una jerarquía de conceptos intrínseca al derecho, sino más bien de la propia realidad y utilidad práctica para las personas. El predio es, desde una perspectiva sociológica y antropológica, el soporte de la actividad privada de los individuos, es el sustento de la vida familiar, de la recreación, de la actividad laboral, etcétera, es decir, de todo el actuar de la persona en su esfera privada. De ahí que la demanda agregada de predios por parte de los sujetos de una sociedad, la correlativa oferta de estos y la propia complejidad de estas relaciones es un importante objeto de estudio para ciencias sociales como la economía y el derecho.

En ese marco, el estudio de las diferentes titularidades que se pueden tener sobre un predio, las vicisitudes que dichas titularidades pueden sufrir y los diferentes pormenores de la protección y eficacia de los atributos que dichas titularidades confieren en el campo del derecho inmobiliario no puede obviar una precisa delimitación del concepto de predio sobre el que se basan todas las demás figuras.

La doctrina tradicional (Lehmann 1956: 552; Wolf 1971: 217) establece algunas definiciones disímiles del predio que ora identifican el concepto de predio con la parcela de terreno delimitada en su perímetro por unos linderos ora con dicha parcela y la proyección de esta en el sobresuelo y en el subsuelo. De la observación de las opiniones que se pueden encontrar en la doctrina sobre lo que constituye el predio en el sistema inmobiliario, parece existir un alejamiento de una circunstancia fundamental: que el predio es un objeto con existencia extrajurídica, que debe entenderse según la realidad y no a partir de una concatenación puramente abstracta de categorías jurídicas.

El derecho se ocupa de la existencia de titularidades, léase derechos, como la propiedad, que vienen a otorgar atributos reconocidos por el ordenamiento jurídico sobre objetos que son externos al derecho, como es el caso de los intereses y las actividades humanas, los hechos naturales y los objetos externos. En este último grupo está el predio, puesto que su existencia es previa a la atribución jurídica de titularidades que emana de la propiedad predial. Siendo así, la definición de predio debería intentar escapar lo máximo posible de las categorías jurídicas echando la mirada, más bien, a la realidad, a los hechos, a los intereses, a las actividades y a las cosas que se relacionan con el concepto de predio.

2.2.2. El predio y las normas

De acuerdo con lo señalado, consideramos la mejor alternativa la optada por el sistema alemán de no definir legislativamente el concepto de *Grundstück* a pesar de ser un concepto fundamental en el sistema de propiedad de ese país. La observación de la realidad, especialmente de las actividades de las personas es la que permite llenar de contenido el concepto jurídico de predio. Solo así puede el mundo jurídico ir de la mano con la realidad. A medida que la utilización del espacio terrestre por parte de los humanos va evolucionando, también tiene que ir evolucionando el derecho que regula la contraposición de intereses entre los sujetos.

En ese sentido, sin olvidar que el concepto de predio es uno que debe recogerse de la realidad, el derecho podrá proveer de respuestas ya sea que la extensión de las ciudades

sea eminentemente horizontal como lo era en la antigua Roma, sea con una tendencia a la verticalidad como es hoy en día con la construcción de edificios y rascacielos o sea alguna vez como la extensión urbana de «Los Supersónicos».

En nuestro país, tampoco existe una definición civil del predio, pero sí se regula la extensión de la propiedad predial:

Artículo 954.- 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 del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales.

Sobre la base de las consideraciones de orden práctico mencionadas y de la propia regulación del predio del Código Civil, en primer lugar, resulta sencillo descartar que el predio pueda identificarse con una porción de suelo o parcela, puesto que un objeto semejante no refleja los intereses que tienen las personas sobre el predio. Las actividades humanas que se dan sobre un predio naturalmente no se hacen en dos dimensiones; se hacen en tres dimensiones. De nada serviría ser propietario de un terreno si no fuera posible usar el espacio que existe encima de él.

Desde un punto de vista funcional, el espacio, en tanto objeto, es el que satisface el interés de los sujetos; es en él donde las personas trabajan, juegan, duermen, estudian, conversan, escriben, leen, etcétera. De ahí que la definición de un concepto tan básico como es el predio debe recoger esta circunstancia y reconocer que el objeto de los intereses humanos no es una entidad bidimensional, sino que es un objeto compuesto por el espacio que se encuentra por encima y por debajo de un terreno.

2.2.3. Predio y edificación

Como contrapartida, de acuerdo con este razonamiento, se evidencia que la propia construcción o edificación no tiene la misma naturaleza que el espacio que compone el sobresuelo y el subsuelo, es decir, no puede considerarse un elemento esencial del predio en tanto que sobre ella no recae la utilidad del propietario. Eso debido a que la construcción es una mera herramienta de delimitación y mejor aprovechamiento del espacio. Las paredes no son útiles en sí mismas, solo sirven para delimitar el espacio, así como las vigas y las losas, los dinteles, los vanos, etcétera, sirven para aprovechar de mejor manera el espacio en diferentes pisos. Es necesario realizar un vaciado de cemento para tener un segundo piso, porque sin él, como consecuencia de la fuerza de gravedad, las personas no podrían utilizar adecuadamente el espacio que se encuentra cuatro o cinco metros por encima del nivel del suelo. No obstante, aun tratándose del segundo o cualquier otro piso, el bien objeto del interés del hombre no deja de ser el sobresuelo, léase los aires, y no la construcción.

Estas consideraciones no resultan en absoluto ajenas a nuestra realidad socioeconómica, pues diariamente se pueden encontrar transacciones que tienen como objeto los aires de los terrenos o de las edificaciones. Incluso en los condominios los aires son también objeto de valorización económica en la asignación de derechos dentro de un edificio de departamentos.

Queda claro, desde esta perspectiva, que lo útil en un predio no es lo que se construya en él, sino fundamentalmente los espacios que lo conforman ya sea que se encuentren por encima o por debajo del suelo.

2.2.4. Componentes del predio

El predio ente compuesto está formado por tres elementos: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Los conceptos de suelo, sobresuelo y subsuelo se repiten en el tratamiento hecho por el Código, además del ya citado artículo 954 en los siguientes artículos:

Artículo 885.- Son inmuebles:

I.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

[...].

Artículo 955.- El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo.

El primer elemento vendría a ser el suelo. Este se define como la parcela de terreno delimitada dentro de un plano mayor compuesto por el complejo urbano de la ciudad. Considerada aisladamente, es decir, separándola del sobresuelo y del subsuelo, sería específicamente nada más que una membrana fronteriza entre lo que constituye el sobresuelo y el subsuelo. Como tal, el suelo materialmente constituye un elemento infinitamente delgado debido a que lo que sea que se encuentre por encima o por debajo de él, aun por unos pocos centímetros, ya no podrá considerarse que se encuentre en el suelo; sino, más bien, en el sobresuelo o en el subsuelo, respectivamente.

De este modo, semejante entidad infinitamente delgada es también económicamente inútil, porque no hay explotación posible del suelo sin hacer uso de alguno de los otros dos elementos. Sin embargo, en determinados casos podría reconocerse al suelo individualmente considerado un valor en la posibilidad que otorga al propietario en su calidad de poseedor mediato respecto del que posea el sobresuelo y/o el subsuelo, en la conservación de las potestades del propietario y en la posibilidad de que la propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo regrese para consolidarse como en el caso de la superficie.

Diferente es el caso del sobresuelo y del subsuelo, los cuales tienen similares características entre ellos. Estos componentes del predio sí son fácticamente útiles para el propietario. En el subsuelo puede ubicarse el estacionamiento de un edificio, puede construirse una galería, puede utilizarse como depósito, la misma cimentación de la construcción de una edificación hace uso del subsuelo, etcétera. Más sencillo es determinar la utilidad del sobresuelo debido a que casi cualquier actividad humana se da teniendo como sustento físico el sobresuelo, las actividades familiares en una casa, las actividades recreativas en un campo deportivo, las actividades laborales en oficinas, las actividades productivas en edificios industriales, etcétera.

2.2.5. Edificación como bien mueble

Siendo así, es importante señalar que existe ya no solo una diferencia accidental entre los bienes muebles e inmuebles o entre los bienes muebles y los predios, sino una diferencia estructural y de concepto. Los bienes muebles son aquellos cuya utilidad está en su materialidad; es decir, un automóvil es útil por su propia existencia, porque el motor le permite al propietario moverse y los neumáticos le permiten rodar. Un ordenador es útil porque su procesador permite utilizar los programas y su pantalla nos permite visualizar los contenidos informáticos. Un plumón es útil porque sus propios componentes corporales nos permiten graficar o escribir en una pizarra. Sin embargo, lo que sucede con el predio es lo contrario. La utilidad del predio es la existencia de un espacio utilizable, lo útil son los aires, el vacío donde uno puede realizar sus actividades. La utilidad económica es típicamente la de tener un ámbito de desenvolvimiento que el propietario pueda utilizar a voluntad y del cual pueda excluir a los demás.

Por tanto, en la línea de este razonamiento, las construcciones que puedan existir en un predio no son lo que aporta mayor utilidad a las personas. Si se construye un techo, no es por la utilidad propia de este; sino para proteger el espacio inferior de la lluvia o el sol; si se construyen paredes, no es por la utilidad propia de estas; sino para delimitar el espacio del predio de los vecinos; si se construyen las vigas, no es por la utilidad propia de estas; sino para permitir el mayor aprovechamiento del sobresuelo que compone el predio propio.⁶

En ese sentido, las construcciones son nada más que bienes muebles que se instalan permanentemente en el suelo y que, por tal circunstancia, se les considera integrantes del predio y circunstancialmente componentes del bien inmueble predio, pero su naturaleza nunca dejaría de ser la de bienes muebles. Un ladrillo cargado en una carreta no es diferente que un ladrillo ya unido a la pared con el cemento, solamente que por esta circunstancia ya se le considera una parte integrante del predio. Pero esta circunstancia es solamente un elemento contingente. Una muestra de ello son las denominadas «construcciones móviles».

Cuando en lugar de una construcción de material noble se aprovecha el terreno mediante *containers*, como en el caso de los «hospitales de la solidaridad» en nuestra ciudad o mediante estructuras removibles del suelo como las casas prefabricadas o las utilizadas por establecimientos como SODIMAC para operar sus tiendas, resulta claro que dichas estructuras constituyen muebles circunstancialmente aparejados al predio que no pasan a formar parte de este por ser removibles sin causar daños o modificación alguna al predio. Incluso en el caso de construcciones tradicionales, el avance de la tecnología, que permite la separación de edificaciones sin necesidad de destruirlas, demuestra que las estructuras de la edificación entran más bien en el campo de los bienes muebles, y queda dentro del concepto de predio esencialmente el espacio que se encuentra por encima o por debajo del suelo, es decir, el sobresuelo o el subsuelo.

2.2.6. Predio y utilidad

En ese sentido, desde un análisis funcional de lo que constituye un predio, nos alineamos con la posición que incluye la extensión vertical del predio, es decir, la proyección del terreno en

⁶ Podría haber un interés sentimental y/o ornamental en la forma de la construcción, pero ello sería también una característica propia no de un predio o bien inmueble sino de un mueble, por su propia materialidad.

el sobresuelo y el subsuelo dentro de su definición. Cierto es que nuestra norma establece un límite a esta extensión vertical del predio que no son los cielos ni los infiernos como rezaba el aforismo romano. El límite en nuestro sistema es el de la «utilidad para el propietario». Tal parece entonces que para cerrar nuestra definición de predio, la extensión tridimensional de este debe tomar en cuenta el concepto de utilidad. Entonces, ¿cómo debe delimitarse la utilidad para el propietario?

Una opción es considerar una utilidad concreta, es decir, la posibilidad real de que el propietario pueda dar uso a la extensión vertical, ya sea en el sobresuelo o en el subsuelo, del predio, bien porque se están realizando las transacciones legales y financieras para la realización de un proyecto de construcción, bien porque tiene aprobado en sede municipal la realización de un proyecto, bien porque la construcción ya está en proceso o ya está terminada. En cualquiera de estos casos, el interés o la utilidad del propietario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo son irrefutables y tienen un sustento tangible en las circunstancias del caso.

No existiría, pues, utilidad del sobresuelo y/o el subsuelo para quien no tuviera intención ni recursos para la inversión en algún tipo de edificación en el predio, más allá de que potencialmente o eventualmente puedan cambiar las circunstancias, pueda esta persona sacarse la lotería, lo que favorecería la construcción de dicha edificación. Lo mismo cabría decir de un propietario que sí hace uso de un predio ya construido en dos pisos, pero que no tiene la intención ni los recursos para iniciar la ampliación vertical de la edificación. En su caso, la extensión en función a su utilidad se limitaría en el sobresuelo solamente a la altura del segundo piso y no más allá.

Una segunda opción es considerar una utilidad no concreta sino abstracta o potencial. Desde esta perspectiva, el análisis de la extensión vertical del predio objeto del derecho considerará no solamente la existencia de contratos o actividades que demuestren la inminencia de la construcción de una edificación en el predio, sino inclusive el interés potencial que el propietario pueda tener sobre el suelo. Por ejemplo, sería el caso de un nuevo propietario que, a pesar de no tener la intención ni los recursos para realizar la construcción en ese momento, ha adquirido el bien justamente por el atractivo que puede tener la construcción en dicho predio o incluso la posibilidad de venderlo posteriormente con una valorización económica que considere la posibilidad de que se construya en dicho predio.

Un propietario también podría tener un interés aun cuando no tenga la decisión de construir en el predio si por ejemplo existe una empresa que le alquila una parte del terreno para la instalación de un aviso publicitario o de una antena de telecomunicaciones. En otras palabras, desde este punto de vista, el interés del propietario se analizaría desde una óptica más amplia y sin exigir que necesariamente la situación actual evidencie la pronta ejecución de trabajos de construcción.

En uno u otro caso, ha de tomarse en cuenta que existen límites fundados en el bien común al ejercicio del derecho de propiedad en el ámbito del derecho urbanístico, de modo que si, por ejemplo, los parámetros urbanísticos y edificatorios de una determinada zona establecieran que las construcciones no pueden extenderse más allá de tres pisos, sobre el interés del eventual propietario estaría la limitación normativa de la utilidad que puede recaer sobre un predio que se encuentre en dicha zona. Similar consideración se tiene respecto a las licencias y autorizaciones que son necesarias para la instalación de paneles publicitarios o cualquier otro tipo de actividades que se pueden realizar en los aires que conforman el sobresuelo del predio.

Si bien nos acogemos a la consideración de un interés abstracto, porque refleja mejor la heterogeneidad de los intereses que puede tener un propietario sobre su predio, el análisis del

concepto del derecho de superficie que realizaremos más adelante será aplicable se asuma la perspectiva que se asuma en este aspecto.

2.2.7. Predio y corteza terrestre

Finalmente, visto el concepto de predio desde un punto de vista macro, no podemos olvidar que un predio viene a ser nada más que una sección delimitada de la corteza terrestre o, propiamente, del planeta Tierra. El planeta está dividido jurídico-políticamente en países; y, al interior de nuestro país, el territorio que lo conforma tiene, además de las áreas de dominio público, áreas protegidas y áreas bajo regímenes especiales, un área aprovechable por los privados.

Tomando como referencia una ciudad cualquiera, el compuesto de sobresuelo, suelo y subsuelo existente en dicha área aprovechable por los privados se encuentra dividido, esta vez, por ficción de la ley en decenas de miles de predios jurídicamente independientes. En esa línea, cada predio termina siendo una manera de delimitar horizontalmente espacios de aprovechamiento particulares para las personas. Estos espacios de aprovechamiento de los particulares son geoméricamente poliedros de espacio, de la especie *paralelepípedos*,⁷ atribuidos a titulares determinados y, al menos pretendidamente, con reflejo en un catastro y un sistema de folio real en los Registros Públicos.

2.3. Modalidades de la propiedad

Ahora bien, sobre un predio, de acuerdo con nuestro ordenamiento se prevé la posibilidad de tener diferentes tipos o modalidades del derecho de propiedad. Si bien existen clasificaciones de la propiedad desde puntos de vista filosóficos, políticos, económicos, etcétera, nos centraremos en aquellas modalidades de la propiedad que tienen relevancia jurídica, especialmente en nuestro ordenamiento, al tener de una u otra manera reconocimiento a nivel legal.

Asimismo, también debemos distinguir las modalidades del derecho de propiedad del derecho privado de la propiedad especial contenida en legislación especial en función al propio objeto del derecho de propiedad: tal es el caso de la propiedad sobre las aguas, sobre los minerales, sobre las obras literarias, científicas y artísticas y la propiedad industrial (Puig 1973: 175). De estas propiedades contenidas en una legislación especial no nos vamos a ocupar en este trabajo.

Valga señalar que más que un asunto terminológico, la diferencia entre ser considerado un derecho real o una modalidad de propiedad tiene una consecuencia práctica fundamental. Cada uno de los derechos reales tiene sus propias reglas y su propia configuración ya sea en el Código Civil o en leyes especiales, siendo este el contenido esencial inmodificable del derecho por mandato del principio de tipicidad de los derechos reales.⁸

⁷ Aunque cierto es que considerando la curvatura de la Tierra imperceptible a simple vista, vendrían a ser poliedros de forma piramidal, con el vértice hacia el centro de la tierra y una base cóncava en la atmósfera de esta.

⁸ A diferencia de la noción de libertad contractual en el derecho de las obligaciones, en el campo de los derechos reales los tipos a los que las partes pueden acceder están determinados en un *numerus clausus*, cuya configuración no puede ser contractualmente modificada. (Westermann 2011: 29; Meder y Czelk 2008: 6).

Por el contrario, en el caso de las modalidades de la propiedad, al tratarse de subtipos de este derecho, les son de aplicación directa las reglas correspondientes a la propiedad, tanto las contenidas en el libro de Derechos Reales como las de otros libros del Código Civil y de otros cuerpos legislativos y ámbitos del derecho. Ejemplo de ellas serían las normas que regulan la transmisión de la propiedad, los contratos típicos que permiten la transferencia de esta, las normas registrales referentes a la inscripción de transferencia de dominio, las normas urbanísticas, las normas tributarias, las normas sobre la propiedad de bienes del Estado, etcétera.

Sin perjuicio de ello, la mayor o menor particularidad que una modalidad de propiedad tenga puede hacer necesarias ciertas reglas específicas, sin que estas excluyan la aplicación de las normas generales sobre el derecho de propiedad. Estas reglas específicas son usualmente recogidas en normativas especiales, por regla general de rango legal, las cuales han ido ampliando el campo de aplicación de los derechos reales y extrayendo del Código Civil su regulación. Veamos algunos casos.

2.3.1. Copropiedad

Un primer caso de modalidad del derecho de propiedad es el de la copropiedad, que viene a ser el único caso regulado dentro del Código Civil. La copropiedad es la «situación jurídica que se produce cuando la propiedad de una cosa pertenece proindiviso a varias personas» (Puig 1973: 24). Las normas específicas de esta modalidad están contenidas en el Capítulo Quinto dentro del título destinado al derecho de propiedad dentro del Libro de Derechos Reales de nuestro Código Civil.

Siendo así, tal como lo hemos señalado *supra*, a la copropiedad se aplican todas las normas del ordenamiento aplicables al derecho de propiedad, tanto para la administración y disposición por todos los copropietarios del bien común como para la administración y disposición por cada copropietario de sus cuotas ideales (Wolf 1971: 610). Así, por ejemplo, cuando todos los propietarios venden el bien común serán de aplicación las normas de compraventa y las normas referentes a la calificación registral de dicho acto. Lo mismo sucederá en relación con la venta que cada uno de los copropietarios puede hacer de su propia cuota ideal.

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

2.3.2. Propiedad horizontal

Un segundo ejemplo que nos sirve para graficar lo expuesto es el de la propiedad horizontal. «El fin de esta institución jurídica es hacer posible el establecimiento de derechos separados, iguales a los de la propiedad, sobre partes de un edificio, utilizables cada una como una unidad

económica» (Wolf 1971: 617). La propiedad horizontal solamente se menciona en el artículo 958 del Código Civil, norma en la que se remite su tratamiento a la legislación de la materia. La actual legislación sobre la materia está contenida en la Ley 27157 de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común y su respectivo reglamento, cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo 035-2006-VIVIENDA.

Adicionalmente, existe un instrumento en el ámbito registral, la Directiva 009-2008-SUNARP/SN, aprobada mediante la Resolución del Superintendente Nacional de los Registros Públicos 340-2008-SUNARP/SN que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común. Dentro de esta legislación se diferencia el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común del régimen de independización y copropiedad, siendo que originalmente el primero de estos configuró el ejemplo de propiedad especial al que nos referimos; mientras que el segundo de los regímenes estaba destinado a regirse por las reglas generales del Código Civil.⁹

Más claramente, en este caso puede observarse cómo la transferencia y demás reglas aplicables a la propiedad sobre las secciones individuales se rigen por las normas generales del derecho de propiedad. No obstante, la circunstancia de que bienes, en principio integrantes como son los diferentes pisos de un edificio, tengan jurídicamente diferentes dueños, obliga al establecimiento de determinadas reglas especiales, como es el caso del establecimiento de un reglamento interno, la determinación de los derechos sobre las zonas comunes, la distribución de los gastos de mantenimiento, etcétera. Sin esta regulación específica, los problemas jurídicos de torno a los edificios y condominios de vivienda serían más comunes de lo que ya son.

2.3.3. Multipropiedad

También se pueden considerar parte de este grupo algunos otros ejemplos cuya naturaleza, sin embargo, es objeto de debate en la doctrina. Uno de ellos es el caso de la multipropiedad o

⁹ Actualmente, sin embargo, existe la tendencia a equiparar ambos regímenes por la propia evolución de la utilización de esta figura, tal como lo señalan los considerandos de la Directiva 009-2008-SUNARP/SN:

9. APLICACIÓN AL RÉGIMEN DE INDEPENDIZACIÓN Y COPROPIEDAD

La diferencia entre los regímenes de propiedad exclusiva y común e independización y copropiedad se difumina en la práctica, lo cual se confirma por el hecho que se inscriben reglamentos internos sin precisar el régimen adoptado y, a pesar de ello, el registrador no lo advierte y a las partes no les interesa. Lo que ocurre es que al darse la Ley 27157 se pensó en establecer un régimen alternativo (independización y copropiedad) sumamente flexible y liberal, sin junta de propietarios y sin reglamento interno, de tal suerte que cada titular podría construir, independizar, acumular, modificar su unidad inmobiliaria sin siquiera avisar al conjunto de propietarios. Esta situación no era viable pues un edificio con zonas comunes no puede ser el territorio soberano de todos ellos sin que se pongan de acuerdo —a través de las mayorías— sobre los intereses en la comunidad; por tal motivo, el Reglamento tuvo que retroceder en sus pretensiones, y prácticamente no reguló la figura, pues se limitó a definirla en un artículo (art. 128), y no le prestó más atención. Sin embargo, la falta de claridad de la ley y el reglamento hizo que los abogados y notarios recurriesen a los moldes consagrados por la práctica, por lo cual se generalizó el uso del reglamento interno y la junta de propietarios en el régimen alternativo de independización y copropiedad. Esta situación se 'legalizó' con la aprobación del formato de modelo de 'reglamento interno', el cual incorporó un modelo para este específico régimen (aprobado por Resolución Viceministerial N.º 004-2000-MTC/15-04) y por el Reglamento del Registro de Predios (artículo 68,2).

Es en atención a este considerando que el numeral 5.20 de la Directiva señaló expresamente que: «La presente directiva se aplica también al régimen de independización y copropiedad».

propiedad de tiempo compartido (*time sharing*) que ha sido regulada en nuestro país a través del Decreto Legislativo 706 que básicamente permite el aprovechamiento de un inmueble por parte de un conjunto de propietarios, a quienes se asigna un determinado periodo del año, disminuyendo con ello el costo de la adquisición.

Así lo define el artículo 1 de la propia norma: «Artículo 1.- Se consideran Establecimientos Turísticos de Tiempo Compartido, aquellos en los cuales sus titulares gozan de un derecho de copropiedad afectado al disfrute periódico y exclusivo hasta por el plazo de treinta años renovables [...]». Sin embargo, esta estructura también puede alcanzarse a través de un esquema obligacional y, en general, su naturaleza de derecho real y su condición de modalidad del derecho de propiedad son materia de debate a nivel doctrinario (Linde y Richter 1987: 24; Rojas 2008).

No obstante ello, también encontramos presente esa doble faceta de las modalidades del derecho de propiedad: por un lado, se aplican las reglas generales de la propiedad a los titulares durante el tiempo específico de titularidad para lo que la segunda parte del artículo 1 de la norma establece: «Durante el plazo contractual los titulares podrán donar, transferir, legar y en general realizar cualquier acto previsto en el Código Civil y dentro del marco de esta modalidad».

Y, por otro lado, se establecen reglas especiales en función a la temporalidad propia del derecho sobre el bien, las cuales se equiparan a las de la copropiedad según dispone el artículo 2 de la norma: «Para tal efecto le serán aplicables las disposiciones del Código Civil relativas a la copropiedad, con excepción de los artículos 983 al 991, 992 inciso 1) y 993 y demás disposiciones que se opongan al presente Decreto Legislativo», aunque ciertamente la regulación actual carece de un conjunto de aspectos relacionados con la materialización de este derecho en lo que toca al cambio periódico de titularidad y la publicidad de esta circunstancia en el registro.

2.3.4. Propiedad fiduciaria

Otra modalidad muy conocida del derecho de propiedad es la propiedad fiduciaria. Se trata de un esquema contractual mediante el cual la ley permite a un sujeto denominado «fideicomitente» destinar los réditos de una porción de su patrimonio a favor de otro sujeto que recibe el nombre de *fideicomisario*, lo que se consigue mediante la transferencia en propiedad fiduciaria de dicho patrimonio *fideicometido* a favor de un tercero denominado «fiduciario», el cual recibe una forma específica de derecho de propiedad, limitada a la administración del patrimonio y el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

El fideicomiso es un instrumento propio del sistema financiero por lo que está regulado en la Ley 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como en la Resolución SBS/1010/99, Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios. Si bien existe doctrina que apoya su consideración como un tipo de propiedad (Meder y Czelk 2008: 46), también existen quienes le atribuyen un régimen jurídico distinto (Westermann y otros 2011: 203).

En la doctrina, esta modalidad del derecho de propiedad se incluye dentro de un género más grande que viene a ser la *propiedad relativamente ineficaz*, en virtud de la cual «la propiedad puede pertenecer a varias personas de manera que cada una de ellas aparezca como *propietario*

pleno (titular de todos los derechos contenidos en la propiedad), pero apareciendo uno de ellos como propietario exclusivo *frente a determinada persona*, y el otro como propietario exclusivo frente a todas las demás personas» (Wolf 1971: 614).

La situación se produce, por ejemplo, cuando se transfiere ineficazmente una cosa, de manera que la propiedad del adquirente será oponible frente a cualquier tercero; mientras que la del transferente será oponible frente al adquirente en virtud de la ineficacia (Wolf 1971: 614). Tal situación también se presenta en el caso de la propiedad fiduciaria en tanto que el que hace las veces de fiduciario podrá actuar como propietario exclusivo frente a cualquier tercero, pero en su relación con el fideicomitente será este último quien mantenga la propiedad (Wolf 1971: 615).

Nuevamente vemos que si bien el propietario fiduciario puede actuar sobre el bien como lo haría cualquier propietario e incluso su titularidad estará inscrita en el rubro C de títulos de dominio de la partida registral, su legitimidad está específicamente limitada por el contrato de fideicomiso y la finalidad y el beneficiario que se hayan establecido para el patrimonio, circunstancias que están previstas tanto en las normas sobre esta figura, como en el propio contrato de fideicomiso.

2.3.5. Aspectos comunes

Si uno se fija atentamente en las modalidades del derecho de propiedad a las que las normas y la doctrina se refieren, uno puede reparar en que ellas tienen un denominador común: de una u otra manera, implican la coexistencia de una multiplicidad de propietarios (Meder y Czelk 2008: 46), ya sean estos concurrentes como en el caso de la copropiedad, dividiéndose la cosa en partes como en el caso de la propiedad horizontal, dividiéndose la cosa en un orden temporal como en el caso de la multipropiedad o dividiéndose la legitimidad de actuar frente a determinados sujetos pasivos. Tómese esta característica en consideración cuando más adelante expliquemos de qué manera también en el caso del derecho de superficie se produce una concurrencia de propietarios que se dividen la cosa, en ese caso desde un punto de vista físico, de manera similar a la propiedad horizontal.

3. Definición clásica de la superficie

El derecho real de superficie es aquel en virtud del cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo. Tal es la definición que establece el artículo 1030 del Código Civil peruano:

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

Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto.¹⁰

¹⁰ El antecedente legislativo de este derecho en nuestro país es el artículo 958 del Código Civil de 1936, que, a pesar de no delimitar completamente esta figura del derecho de usufructo, constituye el primer cuerpo de normas que

En desarrollo de la definición normativa de este derecho vamos a revisar la definición que existe de este en la doctrina, especialmente en los pocos libros que existen que tratan de manera especializada el derecho de superficie. En esta revisión haremos especial hincapié en la opinión de los autores acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, verificando en qué categoría del sistema de derechos reales encajan estos autores a la figura de la superficie.

3.1. Doctrina en español

En la doctrina en español, encontramos una posición claramente dominante que define al derecho de superficie como derecho real sobre bien ajeno, a la vez que como derecho de propiedad sobre lo edificado. José Puig explica la doble composición del derecho de superficie al señalar que «el superficiario es titular de un derecho real sobre el suelo ajeno, ya antes de haber levantado la edificación. Una vez esta realizada, pertenecerá en propiedad al superficiario mientras dure la relación de superficie» (1973: 162).

Jaime Santos, al tratar la tesis de la dualidad de dominios respecto al derecho de superficie, señala también que en el contexto del Código Civil español este derecho debe considerarse un derecho real sobre cosa ajena, análogamente a las servidumbres personales (1973: 617), y hace hincapié en que nos encontramos ante una limitación al derecho de propiedad pues «[...] [m]ientras la tradición jurídica romanista aproxima la superficie a los censos, la posición moderna construye la institución siguiendo el modelo de las servidumbres (es decir, como una limitación de la propiedad)» (1973: 622).

José Castán se refiere a las modificaciones legislativas sobre el derecho de superficie en España y considera que con ellas se perfila mejor su naturaleza y caracteres: «El instituto ostenta la fisonomía moderna, mixta, de derecho real en suelo ajeno y derecho de propiedad sobre lo edificado» (1965: 318).

Finalmente, es Manuel Albaladejo quien analiza con mayor profundidad la doble composición del derecho y encuentra como fundamento que

[...] la Ley no establece que suelo y construcción [...] han de formar siempre una sola cosa [...], cabe que sean dos, cada una bajo un derecho de propiedad distinto, perteneciente a dueño diferente. Más entonces, puesto que la construcción se apoya en el suelo, el dueño de aquella utiliza la cosa (suelo) ajena, para lo que es preciso que tenga un poder sobre ella. Este poder, que es un derecho real, se llama derecho de superficie, o derecho de tener en terreno ajeno una edificación de nuestra propiedad. La propiedad del suelo, propiedad normal, gravada con aquel. Y la de la construcción, propiedad superficiaria (porque no ahonda más allá de la superficie). (1977: 207)

3.2. Doctrina en alemán

En la doctrina en alemán se ha desarrollado algo más detalladamente la naturaleza del derecho de superficie y se ha profundizado más en la doble naturaleza de este derecho.¹¹ Así, Martin

recoge esta institución en nuestro país, señalando que «por acto entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante» (Maisch von Humboldt 1984: 107).

11 Para mejor entendimiento, la definición del primer artículo de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana

Wolff explica el objeto de este derecho que viene a ser, a la vez, la edificación y el suelo del predio, cuando señala que el derecho de superficie es «[u]n derecho a *tener una edificación* (no una plantación) sobre un fundo [...]. La 'tenencia' de la edificación abarca en sí la construcción, la posesión de lo edificado y del suelo sobre que se edifica, su goce y la facultad de reedificar después de la demolición» (1971: 2-3).

En la línea de este autor, dos de los profesores que en Alemania han desarrollado más pormenorizadamente el derecho de superficie son Helmut Freiherr von Oefe y Karl Winkler, quienes señalan –basándose en la definición establecida en la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, muy similar a las normas peruanas como lo veremos más adelante– que «el derecho de superficie es [...] un derecho real sobre un bien ajeno, el predio gravado; por lo tanto, un derecho real limitado» (2008: 22), y sustentan su opinión en el estilo del texto usado en la norma que es muy similar al estilo de otros derechos limitados en el Código Civil alemán (BGB) (2008: 23).

Sin embargo, según estos autores, la naturaleza de derecho real limitado se limita, valga la redundancia, a un aspecto de la superficie que es el ser un *gravamen de un predio ajeno* (2008: 23). El segundo aspecto del derecho está compuesto por la particularidad de que la construcción sea un componente del derecho de superficie, es decir, que sea *propiedad del superficiario* (Von Oefe y Winkler 2008: 23). Ambos aspectos del derecho han de entenderse conectados de manera inseparable (Von Oefe y Winkler 2008: 23), de donde se desprende la denominada *Komplexe Doppelnatur* o «doble naturaleza del derecho de superficie»: *derecho limitado con relación al predio y derecho de propiedad con relación a la construcción* (Von Oefe y Winkler 2008: 24).

En segundo lugar, Jürgen Ingestau y Volker Hustedt son otros dos autores importantes que han dedicado un manual específicamente al derecho de superficie. En él, haciendo también una exégesis de la definición de la ley, Volker Hustedt define el derecho de superficie como

[...] un derecho real, es decir, protegido registralmente y con eficacia contra terceros para el aprovechamiento de un predio. El tipo de aprovechamiento es, por lo tanto, no según lo deseado por el correspondiente beneficiado, sino que el derecho de superficie prescribe de manera imperativa que el propietario superficiario pueda utilizar el predio solo mediante la edificación de una construcción pero no de otra manera. (Ingestau y Hustedt 2010: 14)

Este autor, como se puede apreciar, enfatiza la limitación que tiene la titularidad superficiaria, tal como sucede en los demás derechos reales limitados. Asimismo, «[...] el propietario superficiario no solo tiene acciones obligacionales contra el propietario del predio, sino que el derecho de superficie está provisto de efecto real [...]» (Ingestau y Hustedt 2010: 1).

Ahora bien, el punto en común con los autores anteriores es la referencia a la doble naturaleza del derecho de superficie; puesto que, por un lado, se refiere a la *Sondereigentum* o propiedad especial que tiene el superficiario sobre la construcción (Ingestau y Hustedt 2010: 20) y, por otro lado, considera al derecho de superficie un «derecho real de uso y aprovechamiento que, en principio, grava un predio completo» (Ingestau y Hustedt 2010: 22). En otras palabras, la doble naturaleza consiste en que la superficie es un caso de «propiedad especial» y a la vez de «gravamen del predio».

establece: «Un predio puede ser gravado de forma que aquel en cuyo beneficio se realiza el gravamen le corresponda el derecho transferible y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie del suelo».

En la línea de los autores anteriores, Jürgen Müller, autor de un trabajo centrado específicamente en la figura de la *subsuperficie* señala que «[e]l derecho de superficie es [...] derecho subjetivo real sobre bien ajeno» (1995: 1), pero que, a la vez, «[...] son separados a favor del derecho de superficie contenidos esenciales de la propiedad del terreno, [por lo que] la Corte Federal de Justicia de Alemania [BGH] señaló el ‘carácter similar al derecho de propiedad’ del derecho de superficie» (1995: 2). «[...] El derecho de superficie presenta, por todo ello, una doble naturaleza; es un derecho sobre el predio gravado en conexión con la propiedad sobre la construcción [...]» (1995: 2).

Por otro lado, Wilfried Ranft, quien dedica un trabajo al contenido contractual con eficacia real del derecho de superficie, asume también la doble naturaleza del derecho de superficie cuando señala que este derecho «[...] fue diseñado por el legislador por un lado como un derecho real limitado y, por otro, como un derecho con igual naturaleza que un predio» (1991: 1).

Por su parte, Christian Mohrbutter, quien dedica su trabajo a los aspectos procesales de la ejecución forzosa del derecho de superficie, también reconoce esta definición dual de este derecho cuando señala que

[d]e la doble naturaleza [Doppelnatur] del derecho de superficie, según la cual [en el derecho de superficie] debe diferenciarse el derecho sobre el predio y la propiedad sobre la construcción, se desprende que el derecho de superficie con respecto a la constitución, modificación y anulación debe tratarse como un derecho sobre el predio, mientras que con respecto a la transferencia y gravamen, como un predio mismo. (1995: 1)

Por otro lado, Hugo Glaser, en su manual práctico para la utilización de la superficie señala que

[a] través del derecho de superficie el superficiario recibe el derecho real, es decir, inscribible en el registro, transferible y heredable de tener sobre o bajo la superficie de un predio ajeno una construcción; para ello es indiferente si la construcción fue recién será edificada o es una ya existente. (1975: 21-22)

Glaser también ratifica la opinión dominante de que la superficie contiene a la vez un derecho real limitado y un derecho de propiedad de naturaleza predial cuando señala que el derecho de superficie

Aunque es en sí solo un derecho real de aprovechamiento sobre un predio, es tratado del mismo modo que un predio [...]; todas las disposiciones válidas para predios son de correspondiente aplicación, en tanto que no disponga algo diferente la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie. (1975: 22)

En la línea Glaser, Roland Böttcher al tratar los aspectos prácticos del derecho lo define como

«El derecho transferible y heredable de tener sobre o bajo la superficie de un predio una construcción. Es, por consiguiente, una carga predial, es decir, se constituye con la inscripción en la sección II de las partidas registrales. En adición a ello, recibe el tratamiento de un predio, recibe específicamente una propia partida registral, la denominada *Erbbaugrundbuch* [partida registral del derecho de superficie], de modo que existe un derecho con características similares a un predio.» (1998: 2)

En esta definición se materializan los dos aspectos del derecho de superficie: un derecho sobre bien ajeno que lo convierte en una carga predial para el propietario del suelo y un derecho de propiedad de la edificación que amerita la creación de una partida registral especial para este derecho.

3.3. Posición mayoritaria

Como se ha podido apreciar en esta revisión, para la doctrina mayoritaria especializada en el derecho de superficie existe un elemento esencial en esta institución que lo diferencia de otras categorías: la doble naturaleza del derecho de superficie. En virtud de esta doble naturaleza, el derecho de superficie tiene las siguientes dos facetas:

- a) Es un derecho de propiedad especial sobre la construcción; es decir, de acuerdo con este primer elemento, la construcción es un *componente* del derecho de superficie, vale decir, es de propiedad exclusiva del superficiario.
- b) Es un derecho real limitado sobre bien ajeno, es decir, sobre el predio gravado, con lo cual se aprecia la faceta de derecho real limitado.

En adición a ello, ambos aspectos de la superficie se encuentran conectados de manera inseparable. De ahí se desprende la denominada *Komplexe Doppelnatur* o «doble naturaleza del derecho de superficie»: derecho de propiedad en relación con la construcción y derecho limitado en relación con el predio, circunstancia de donde se generan una serie de consecuencias que van a perfilar la relación entre el propietario superficiario y el propietario del predio, y entre estos y terceros ajenos.

4. Crítica a la definición clásica

Nuestro planteamiento es que, ante esta dicotomía de conceptos, se simplificaría la solución de los problemas alrededor de esta figura si asumimos que el derecho de propiedad recae no sobre la construcción, sino directamente sobre el sobresuelo, con independencia de si en él existe una construcción o no. Ello permitiría, además, excluir a la superficie del listado de derechos reales limitados.

En ese sentido, es objeto de este análisis crítico la característica principal que hemos identificado en la doctrina dominante acerca del derecho de superficie, es decir, la doble naturaleza de este derecho en sus dos elementos.

4.1. Primer elemento: propiedad superficiaria

4.1.1. Propiedad de la construcción

En primer lugar, vamos a someter a crítica el primero de los elementos de la doble naturaleza del derecho de superficie, es decir, la propiedad sobre la construcción. Asimismo, intentaremos

demostrar que en realidad el bien sobre el que recae el derecho en esta situación no es solamente la construcción, sino más bien el sobresuelo.

De acuerdo con la definición clásica del derecho de superficie, no hay discusión sobre la calidad del derecho que conforma este primer elemento; se trata de un derecho de propiedad, el derecho más absoluto dentro del sistema de derechos reales. Sin embargo, ¿realmente recae este derecho de propiedad sobre la construcción?

Nuestro Código Civil en la definición del artículo 1030 ya citado hace referencia a la acción de «tener temporalmente en propiedad separada», redacción cercana a la definición alemana, fuente indirecta de nuestra legislación (Romero 1947: 333-334),¹² que utiliza la expresión *ein Bauwerk zu haben* que denota el tener una construcción sobre la superficie del suelo; aunque, en este último caso, no se enfatiza que la construcción se *tiene en propiedad*. Sin embargo, esta definición un tanto imprecisa y que utiliza términos que vagamente pueden considerarse jurídicos, como es el caso del verbo «tener», debe interpretarse, creemos, de manera sistemática con las otras normas contenidas en el Código Civil.

4.1.2. Interpretación sistemática

Consideramos que el bien objeto de la propiedad es el sobresuelo y no la construcción en virtud de una lectura sistemática del artículo 1030 y el artículo 1033 del Código Civil.¹³ Según el primero, el superficiario tiene derecho a tener una construcción en propiedad separada de la propiedad del suelo. Según el segundo, si no existe dicha construcción, el superficiario sigue teniendo su derecho de superficie. De ahí que una primera observación del funcionamiento de este derecho según nuestras normas demuestra que el derecho del superficiario se mantiene con independencia de la existencia de una construcción en el suelo, por lo que el derecho del superficiario debería recaer sobre algo diferente a la construcción. ¿Sobre qué? Veamos.

Para responder a la pregunta sobre qué recae el derecho de superficie sino sobre la construcción, es preciso tomar las consideraciones anteriormente vertidas en relación con el concepto de predio. Como hemos visto, el predio puede disgregarse en tres componentes, el suelo, el subsuelo y el sobresuelo, de manera que cualquier disgregación física del derecho de propiedad predial tendría que tener relación con ese sustento físico.

En otras palabras, una «separación de propiedades» como es propio con el derecho de superficie, tendría que ser una delimitación de los segmentos del predio, es decir, de alguno de sus componentes, el suelo, el subsuelo o el sobresuelo. Ello guardaría concordancia con el propio listado de bienes inmuebles en nuestro Código Civil contenido en el artículo 885 en cuyo primer inciso se nombra a «[e]l suelo, el subsuelo y el sobresuelo» y no se incluye el concepto de "construcción».

Cierto es que la regla general es que suelo, subsuelo y sobresuelo sean un mismo bien, pero es el propio Código el que permite que exista una propiedad separada de alguno de estos componentes. Así lo establece el artículo 955: «El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo». Esta norma es de vital importancia porque es justamente la que posibilita que el derecho de superficie rompa

¹² Véase también la nota a pie 41 en Ramos (2011: 318-319).

¹³ Artículo 1033.- El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido.

con el principio general del artículo 887¹⁴ según el cual las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares. En el caso del sobresuelo y del subsuelo, esto sí está permitido a través del mecanismo del derecho de superficie. En ese sentido, resulta más coherente afirmar que el atributo otorgado por el derecho de superficie es un derecho de propiedad sobre el sobresuelo y/o, en su caso, el subsuelo.

4.1.3. Ejemplo

La definición clásica también puede ponerse en cuestión en situaciones como la siguiente: Dado un derecho de superficie constituido sobre un predio cualquiera y edificada ya la construcción (desde la perspectiva tradicional, propiedad del superficiario), ¿qué sucedería si con el avance de la técnica se separara físicamente la construcción del terreno y se desplazara la construcción más allá de los límites del predio? ¿Permanecería la propiedad superficiaria sobre la construcción con independencia de su ubicación geográfica? La respuesta desde la perspectiva tradicional tendría que ser afirmativa, la construcción ya separada físicamente debería mantenerse bajo la titularidad del superficiario y con su naturaleza de propiedad predial.

Sin embargo, ello implicaría que donde quiera que se establezca dicha construcción, aun si fuera sobre un terreno de propiedad ajena, aun si este se descompusiera en partes, la propiedad del superficiario se mantendría. Ello sería un despropósito puesto que la separación de propiedades es solamente una excepción a la regla general de la accesión y no podría establecerse de facto, sin un título previo mediante la colocación de la construcción en cualquier terreno.

Una respuesta en concordancia con la perspectiva propuesta en este texto optaría por afirmar que con la separación física de la construcción en virtud del avance de la tecnología no ocurre nada con el predio, pues, al ser este último un poliedro compuesto por el suelo, el sobresuelo y el subsuelo, el movimiento de otros bienes (muebles) al interior del predio no le hacen perder su naturaleza.

En última instancia, la construcción es un bien mueble más que circunstancialmente se une a un predio y se le considera una parte integrante, pero que bien puede separarse y transportarse como y bajo las reglas de todos los bienes muebles, sin que dicho movimiento repercuta en los derechos de propiedad predial sobre los inmuebles en los que el mueble se pueda encontrar circunstancialmente.

4.1.4. Separación

El elemento en el que, desde nuestro punto de vista, debería hacerse hincapié en la definición del derecho de superficie es el de la separación. En virtud del derecho de superficie se hace una excepción a la regla de que no pueden existir derechos singulares sobre partes integrantes. El concepto de separación debe entenderse de manera indelible con el concepto de predio que hemos explicado en este texto. El subsuelo, el suelo y el sobresuelo son partes integrantes del compuesto que forman los tres, pero esta regla general se rompe cuando la finalidad de la integración predial no se presenta en el caso.

¹⁴ Artículo 887.- 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.

La integración predial se fundamenta en el principio de especialidad de los derechos reales, es decir, en que carecería de sentido que haya un aprovechamiento autónomo de partes de un bien que no tienen una individualidad propia. Sin embargo, cuando las partes de un bien sí pueden tener un aprovechamiento independiente, se enerva la finalidad de la integración predial y lo razonable resulta permitir la existencia de derechos singulares sobre partes que, en principio, forman parte de un mismo bien.

Es así, al menos durante el plazo de vigencia del derecho de superficie, que surgen dos bienes de donde solamente había uno y se produce una independización idéntica a la que se regula en el ámbito registral, pero esto desde el punto de vista de la extensión vertical del predio. Dicha circunstancia es en cierta manera recogida a nivel de las normas registrales, porque se produce la apertura de una partida especial del derecho de superficie donde se inscriben todos los actos referentes a este derecho.

Visto así, asumiendo la teoría del interés concreto, la peculiaridad del derecho del superficiario sería que el bien sobre el cual recae su titularidad es uno que se crea en el mismo momento de constitución del derecho de superficie. En otras palabras, previamente a la celebración del contrato de constitución del derecho de superficie e incluso previamente a la negociación o demostración de interés de los contratantes, el predio existía como bien único y en una extensión de acuerdo con el interés del propietario, según señalamos *supra* respecto al artículo 954 del Código Civil.

Es solamente con la negociación entre el propietario y el futuro superficiario cuando el propietario demuestra su interés en aprovechar económicamente el espacio existente sobre el suelo de su predio y, correlativamente, de separarlo como un bien independiente para darlo en propiedad al superficiario. Con ello, el bien objeto del derecho de superficie surgiría junto con el derecho y, posteriormente, también moriría con él.

Es interesante resaltar que una situación similar a la que hemos descrito respecto al derecho de superficie ocurre con la propiedad horizontal. En la propiedad horizontal, específicamente en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común previsto para la superposición de unidades inmobiliarias en edificios, la particularidad también está en la separación física que se hace de cada uno de los departamentos u oficinas, cada uno con un titular independiente.

Esta separación es la que, al final del día, permite que haya una explotación eficiente por parte de cada propietario respecto a su sección específica. Nuevamente, si bien en un edificio cada una de las secciones cumpliría con la regla clásica de ser partes integrantes respecto al bien como todo, la norma establece un supuesto de excepción en virtud del cual con la inscripción del reglamento interno y la posterior independización de unidades inmobiliarias se desmiembra físicamente el predio original y se origina un grupo de nuevos predios independientes, aunque, a diferencia del derecho de superficie, con vocación de perpetuidad.

4.1.5. Aspectos registrales

Teniendo en claro que con el derecho de superficie se produce la particularidad de existir dos propiedades separadas, la del suelo y la del vuelo (González Martínez 1922: 52), consideramos que el derecho de superficie tiene una íntima vinculación con la institución de la independización. Mediante la independización, el propietario de un predio inscrito en SUNARP decide separarlo en dos o más predios independientes. Estos, si bien compartirán los mismos antecedentes

registrales (se trasladan todas las cargas, gravámenes y circunstancias relevantes a las partidas independizadas), tendrán a partir de ahí una existencia autónoma.

La independización de predios está regulada en el artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios del 2013. Sus normas, si bien están pensadas originalmente para regular la situación en que el propietario del predio decida independizarlo de manera horizontal, es decir, convertir un terreno de 100 metros cuadrados en dos de 50 metros cuadrados, también prevé la posibilidad de que haya una independización en sentido vertical en el caso de la propiedad horizontal, donde el edificio como predio único pasa a estar compuesto por un conjunto de secciones independizadas, cada una de ellas con su partida específica.

Las consecuencias de la constitución de un derecho de superficie son similares a las de la propiedad horizontal. Si bien en las normas sobre la independización no se la prevé expresamente, la revisión del artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios se refiere a la creación de una partida especial para el derecho de superficie, lo que refleja la necesidad de crear un mecanismo independiente de publicidad registral -una partida propia- para un bien que pasa a tener su propia individualidad: el sobresuelo y/o el subsuelo. De ahí que, una vez creada la partida especial del derecho de superficie, sea ahí que se inscriban los actos referidos a la propiedad del superficiario, es decir, las transferencias, las hipotecas, la declaratoria de fábrica, etcétera.

Cierto es que en la actualidad los Registros Públicos aún siguen el método de fincas o de unidad de folio real en virtud del cual se crea un solo folio real o partida registral por cada predio existente en el plano catastral de las ciudades. Sin embargo, este método resulta limitado por cuanto no refleja suficientemente la realidad por considerar al predio solo en dos dimensiones a través de medidas perimetrales y linderos y no delimitarlo tridimensionalmente, como en la realidad existen los predios. No debe olvidarse que el derecho registral es fundamentalmente un derecho instrumental que tiene como objetivo la publicidad de las situaciones jurídicas (aunque excepcionalmente existen los casos en que la inscripción registral tiene efectos constitutivos), razón por la cual eventualmente creemos que los Registros Públicos llegarán a recoger esta concepción tridimensional del predio.

Así como en un comienzo se establecían linderos mediante referencias físicas inexactas (canales de agua, cerros, vías de circulación, propiedades vecinas, etcétera), posteriormente se pasó a utilizar medidas perimétricas en metros lineales, y actualmente se utilizan métodos técnicos más avanzados como las coordenadas UTM. También en la delimitación vertical de los predios se irán desarrollando los mecanismos para que cada unidad inmobiliaria independiente, ya sea que se encuentre en un régimen de propiedad horizontal o en un régimen bajo el derecho de superficie, pueda recibir la adecuada publicidad a través de los Registros Públicos.

La existencia de dos predios independientes no solamente se refleja en los aspectos registrales ya descritos, sino que se manifestaría en otros aspectos jurídicos. El sobresuelo y/o el subsuelo como bienes independientes vendrían a constituir una unidad catastral independiente a efectos de que así se registren en las bases de datos del área técnica de SUNARP y de las municipalidades.

Asimismo, sería directamente al propietario superficiario al que se consideraría titular y administrador en todos los procedimientos administrativos que tengan que ver con el predio, como pueden ser los certificados de parámetros, de jurisdicción, de zonificación, la licencia de obra, la conformidad de obra, etcétera.

Finalmente, los tributos que gravan la propiedad tendrían que ser cobrados por los acreedores y/o administradores tributarios (por ejemplo, la SUNAT, el SAT o las municipalidades) de

manera independiente al propietario superficiario y al propietario del suelo; porque, como hemos señalado, ambos son propietarios de bienes jurídicamente independientes.

4.2. Segundo elemento: derecho real sobre bien ajeno

Ahora bien, ¿qué sucede con la relación entre el suelo y el sobresuelo? ¿Acaso no se apoya el sobresuelo en el suelo? ¿Acaso en esto se fundamentaría el segundo elemento del derecho de superficie de ser un *derecho real sobre bien ajeno*? A continuación tratamos estas cuestiones.

4.2.1. Derecho de construir

Más allá de las precisiones que hemos hecho hasta el momento sobre la configuración del concepto de predio y su incidencia en la redefinición del derecho de superficie, hay que señalar que, hasta este punto, hemos abordado solamente el primer elemento de la denominada «doble naturaleza del derecho de superficie»: el elemento que tiene que ver con la propiedad superficiaria. Sin embargo, donde existe una mayor diferenciación frente al derecho real de propiedad es en el segundo elemento: el de ser un derecho sobre suelo ajeno (Ingestau y Hustedt 2010: 11), el cual vamos a comenzar a analizar a la luz del concepto de predio que anteriormente hemos perfilado.

De acuerdo con la definición tradicional del derecho de superficie, se hace la dicotomía entre la propiedad superficiaria y el derecho de construir sobre suelo ajeno. Siendo así, si el caso fuera el de un predio en el que ya existe construida una edificación, ya no tendría mayor importancia el derecho sobre el suelo ajeno y se debería hacer énfasis en la traslación de la propiedad superficiaria sobre la construcción a favor del beneficiario del derecho. Sin embargo, estimamos de mayor importancia para el análisis el caso de un derecho de superficie constituido sobre un predio en el que aún no se ha construido ninguna edificación, puesto que en esas circunstancias parece justificarse más la existencia de un *derecho real sobre bien ajeno* justamente por la prerrogativa del superficiario de construir sobre el suelo.

Este derecho a construir en terreno ajeno se fundamenta en que mientras no haya construcción sobre el inmueble no podría haber propiedad superficiaria, entendida esta como la propiedad sobre la construcción. Sin embargo, no por ello deja de existir el derecho de superficie. Ahí es donde estaría la faceta de *derecho real sobre bien ajeno*, que se materializa en un derecho a realizar las obras necesarias para la construcción, aun cuando, por el momento, el predio no sea más que un terreno.

El momento más importante donde se haría patente este derecho es el inmediatamente posterior a que se constituya el derecho de superficie sobre el predio. Desde ese momento hasta que exista una construcción, no podría decirse que hay propiedad superficiaria, porque faltaría el objeto sobre el cual esta recae; pero sí podría afirmarse que hay un derecho a construir en terreno ajeno y, consecuentemente, hay un derecho de superficie. Esta interpretación es, de alguna manera, recogida en el artículo 1033 de nuestro Código Civil que establece que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido, de modo que aun en ese caso existe un derecho real a pesar de no existir *una propiedad sobre la construcción*.

Ahora bien, sometiendo a análisis la concepción dominante del derecho de superficie, hemos de recurrir a lo ya antes señalado en relación con cuál es el objeto de la propiedad

predial. Dentro de la definición del concepto de predio, hemos dicho que la construcción es un elemento meramente contingente y que, más bien, la composición principal de un predio está dada por el subsuelo, el suelo y sobresuelo. En esa línea, el derecho de superficie tiene como efecto la separación de estos últimos elementos, la separación del sobresuelo del suelo y este, a su vez, del subsuelo, separación que debe considerarse en términos jurídicos y abstractos, en función a la explotación económica separada y no a la posibilidad física de disgregación.

De este modo, el caso particular analizado en el párrafo anterior, de un derecho de superficie sobre un terreno sin construcción, no tiene ya que verse como un supuesto en el que el derecho del superficiario no tiene una edificación sobre la cual recaer y por eso debe recaer sobre el suelo ajeno. Dicha situación debe verse, más bien, como una en la que el derecho del superficiario es un derecho de propiedad sobre el sobresuelo, siendo este último no un bien con existencia futura, sino un bien con existencia y posibilidad de explotación presente. Y, en ese contexto, el derecho a construir en el predio sobre el cual se constituyó el derecho de superficie en caso se destruyera la edificación no es más que la propia expresión del derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo.

De ahí que, como dijimos, resulte innecesario afirmar que el derecho a construir en terreno ajeno forme parte del contenido de la superficie. Ese derecho a construir, el *ius edificandi*, es uno propio de cualquier titular de una propiedad predial, ya viene implícito en el derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo: aunque se destruya lo edificado, el superficiario puede construir en el sobresuelo por la simple razón de que tiene la propiedad sobre el sobresuelo. Evidencia de ello es que no existe ninguna obligación del superficiario de construir, ya que el construir o no entra dentro del derecho de edificar del propietario superficiario.¹⁵

4.2.2. Derecho de apoyarse

Una consideración diferente que podría fundamentar la necesidad de que el titular de un derecho de superficie no tenga solamente un derecho de propiedad sobre el sobresuelo, sino necesariamente un derecho real sobre el suelo ajeno, es la circunstancia de que el sobresuelo y la eventual construcción se encuentren, desde un punto de vista espacial, superpuestos y «apoyándose» en el suelo sobre el cual se constituyó el derecho de superficie (Albaladejo 1977: 207).

Ante esta circunstancia, consideramos que la mencionada superposición debe entenderse como un dato fáctico que no tiene por qué tener tanta incidencia en la situación jurídica como para generar la necesidad de un derecho real del titular del sobresuelo sobre el suelo. El hecho de que un bien esté superpuesto físicamente con el otro tiene tanta relevancia como el hecho de que un predio cualquiera se encuentre al costado de otro; ello no genera la necesidad de introducir el concepto de *derecho real sobre bien ajeno* respecto del predio del vecino.

No se puede negar que las relaciones jurídicas se entablan cuando se conjugan una pluralidad de intereses propios de cada individuo; de modo que, mediante el establecimiento de una

15 Si bien es necesario que se trate de un terreno en el que las características físicas y disposiciones jurídicas permitan construir, «[...] no existe para el superficiario una obligación de edificar una construcción sobre o bajo el predio, como se desprende de la designación *derecho de superficie*. Una obligación así puede, sin embargo, fundamentarse en el arreglo contractual entre el constituyente y el adquirente del derecho de superficie [...]» (Ingenstau y Hustedt 2010: 11). También, al respecto, véase Glaser (1975: 22).

preponderancia reconocida legalmente de un interés sobre el otro, se resuelvan los conflictos que se podrían generar entre las personas. En el contexto de una relación de vecindad, sí puede haber la pretensión de alguno de los propietarios de los predios colindantes de que las personas o las mascotas no rebasen los límites entre los dos predios en sus momentos de recreación, de que se respeten determinados parámetros en las construcciones residenciales, de que en caso de realizarse obras no se generen daños a la propiedad por la caída de materiales, de que las actividades que se realicen no impliquen perturbaciones irrazonables contra la tranquilidad de los vecinos, etcétera.

Sin embargo, todas estas situaciones de conflicto de intereses no tienen por qué remediarse con la creación de derechos reales. Por el contrario, la mayoría de ellas se pueden resolver y, en efecto, el Código Civil las resuelve con mecanismos de naturaleza obligacional como es el caso de la responsabilidad civil.

En ese sentido, somos de la opinión de que en el caso de la relación de vecindad entre el superficiario como propietario del sobresuelo y el dueño del suelo sí pueden establecerse determinadas reglas que viabilicen la convivencia entre ambos; por ejemplo, en el caso en que el propietario original conserve la propiedad del subsuelo y transfiera la propiedad del sobresuelo. Sin embargo, tomando en cuenta que inclusive el suelo en sí mismo es un bien cuya explotación y utilidad económica es, cuando menos, mínima, creemos que no se justifica que estas relaciones entre los intereses del superficiario y del propietario del suelo ameriten la existencia de un derecho real del superficiario sobre el suelo ajeno.

4.2.3. Colindancia vertical

En ese sentido, si la ley permite, con disposiciones generales como el artículo 955 del Código Civil y con disposiciones específicas como el derecho de superficie o la propiedad horizontal, una división tanto vertical como horizontal de los predios, consideramos que no hay por qué aplicar diferentes reglas a la colindancia de los predios solamente por el hecho de que algunos colinden horizontalmente y otros verticalmente. No hay por qué encontrar un *derecho real sobre bien ajeno* cuando lo único que existe entre el propietario superficiario y el propietario del suelo es una relación de vecindad. El cuerpo constituido por todos los predios de nuestro país es una suerte de poliedro gigante. Y este poliedro, si bien está dividido por la delimitación perimetral de cada predio, también puede ser objeto de división de manera vertical con instituciones como el derecho de superficie o la propiedad horizontal.

La existencia de una fuerza física como la gravedad que hace que lo que está arriba se apoye en lo que está abajo es parte de la observación natural de las cosas, pero no puede obligarnos a establecer necesariamente relaciones jurídicas. Lo contrario sería afirmar que estas relaciones jurídicas deban existir necesariamente entre todos los predios que conforman una urbanización o una ciudad y entre ellos y todos los predios que forman la corteza terrestre y que generan la gravedad, puesto que todos se apoyan en todos. Al derecho no le interesa el análisis minucioso de la interrelación física de los cuerpos y de las fuerzas, sino la necesidad de establecer relaciones jurídicas ante las contraposiciones de intereses relevantes que se presentan en la realidad.

En último caso, habría que señalar incluso que en el caso de un derecho de superficie constituido sobre y bajo la superficie del terreno, el apoyo que tiene el sobresuelo y la eventual

construcción no es ni siquiera el mismo suelo, sino que sería el subsuelo que también sería de propiedad del superficiario. De ahí que sea muy discutible que en una consideración como esta pueda fundarse la necesidad de que exista un derecho sobre bien ajeno en el derecho de superficie.

Probablemente, este problema se suscita porque existe una concepción en dos dimensiones de lo que constituye la propiedad predial; es decir, tenemos en la cabeza un plano en el que se encuentran todos los terrenos dentro de un determinado territorio, y ellos están delimitados a través del concepto jurídico de propiedad que parcela ese plano en pequeñas secciones a favor de una serie de titulares. Ciertamente es necesario establecer reglas procedimentales como es el caso de la inscripción de una nueva partida registral, y esta forma de ordenación se facilitaría si se tiene un plano como presupuesto; pero los propios Registros Públicos con el tiempo tendrán los instrumentos que hoy no han comenzado a utilizar para reflejar la realidad material y la realidad jurídica con las dimensiones que estas de verdad tienen. Actualmente ya lo han hecho, en cierto grado, con la propiedad horizontal.

4.2.4. Afinidad con la propiedad horizontal

La propiedad horizontal tiene en este aspecto una gran afinidad con el derecho de superficie en tanto que también constituye una excepción al principio de integración predial y permite la separación de la propiedad exclusiva sobre unidades inmobiliarias que componen un edificio. En esa línea,

De los Mozos parangona, desde los puntos de vista hipotecario y urbanístico, el derecho de superficie y la propiedad horizontal, señalando que esta última comprende como accesorio el derecho al suelo mediante el porcentaje de participación en la comunidad, y esto falta como soporte en el derecho de superficie, que solo se extiende al vuelo; pero estima que ello no justifica la diferencia de trato legal, en cuanto la propiedad horizontal ha obtenido una autonomía civil y registral de la que carece el derecho de superficie. (Santos 1973: 621)

La propiedad horizontal constituye una evolución de los últimos cien años en el derecho civil, a través de la cual se ha recogido en las categorías jurídicas una circunstancia evidente de la realidad, cual es el crecimiento vertical de las ciudades. Además del rompimiento de esta institución con la regla general de la integración predial, también es interesante tomar en cuenta el hecho de que el sistema registral, es decir, el sistema de publicidad de los derechos reales, con el cual estos adquieren realmente esa eficacia *erga omnes*, ha tenido que sofisticar sus procedimientos para reflejar las titularidades jurídicas en el registro. Es así que, hoy en día, determinados actos inscribibles reflejan la posibilidad de que esta separación de derechos que se produce en la propiedad horizontal sean objeto de publicidad registral, como es el caso de la inscripción del reglamento interno, de la junta de propietarios, etcétera.

Uno de los elementos importantes de las normas registrales sobre la propiedad horizontal es la independización de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva en partidas autónomas. Esta posibilidad es importante porque, de la misma manera que en la superficie, la característica de la separación trae consigo una división del predio en varias secciones. Donde antes había un solo predio y, consiguientemente, una sola partida registral, con la propiedad horizontal pasan

a existir, por ejemplo, una decena de predios de propiedad exclusiva. Cada uno necesita su propio folio real, porque cada uno de las partidas independizadas será el sustento de posteriores inscripciones de cargas, gravámenes, transferencias y demás actos inscribibles.

En la línea de lo explicado en esta sección, el apoyo físico de una sección exclusiva sobre otra en un régimen de propiedad horizontal no tiene como consecuencia un derecho real específico que regule tal situación, sino solamente existen los derechos de propiedad exclusivos y un reglamento interno que regulan las particularidades de las relaciones de vecindad al interior de un edificio.

Aunque de manera muy limitada, lo dicho hasta el momento ya se reconoce en el derecho registral con la disposición de que deba abrirse una partida registral especial para el derecho de superficie. El artículo 114 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios detalla que cuando se constituye la superficie se crea una partida registral especial para dicho efecto, a diferencia de lo que sucede con otras cargas y gravámenes como el usufructo, la servidumbre o el embargo, que se limitan a una anotación en el rubro de cargas y gravámenes del inmueble.¹⁶

Otro elemento importante relacionado tanto con la propiedad horizontal como con la superficie es la declaratoria de fábrica como inscripción registral que refleja la composición física del edificio construido. Como hemos señalado antes, el progreso de la técnica ha hecho que justamente el área técnica de los Registros Públicos haga un trabajo más detallado y preciso en la identificación de los inmuebles que forman parte del registro de propiedad.

Sin embargo, aún parece existir la lógica de que en una ciudad existe un catastro de todos los predios que se refleja registralmente asignando una partida a cada uno de estos predios (principio del folio real). Pero probablemente con el tiempo se llegará a que la base catastral de las ciudades será tridimensional en lugar de bidimensional, de modo que se refleje de mejor manera la explotación de los inmuebles en la realidad, ya no solo a través de coordenadas UTM sino también sobre la base de la altura que tendrán los predios y sus superposiciones con otros espacios, lo que, de alguna manera, ya se hace con la inclusión de los documentos técnicos respecto a la configuración arquitectónica de los bienes registrados.

5. Definición propia

Habiendo analizado, criticado y reformulado los dos componentes de la definición clásica del derecho de superficie, en esta sección vamos a intentar recoger los planteamientos que hemos hecho hasta el momento y formular una definición propia del derecho de superficie.

Desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie se define como *una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre el sobresuelo y/o el subsuelo, de forma separada de la propiedad del suelo, por un periodo máximo de noventa y nueve años*. De esta definición se desprenden tres características: a) ser una modalidad de propiedad, b) la separación y c) la temporalidad.

¹⁶ En dicha partida especial debe precisarse la partida registral sobre la que recae el derecho, la indicación de si la superficie se concede sobre o bajo la superficie del suelo o sobre ambos, el plazo de duración de la superficie, la circunstancia de si se constituyó a título gratuito u oneroso, el nombre del titular del derecho, es decir, del propietario superficiario y el traslado de cargas y gravámenes registrados antes de la inscripción del derecho de superficie para respetar el principio de prioridad temporal en la inscripción. Adicionalmente, se extiende una anotación de correlación en la partida registral del inmueble sobre el que se ha constituido la superficie en la que también se incluyen los datos a los que ya nos hemos referido (Artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios).

5.1. Ser una modalidad de propiedad

La definición clásica que hemos explicado en un comienzo se caracteriza por su gran densidad conceptual debido a que una categoría como la doble naturaleza jurídica de la superficie es difícil de aprehender al momento de establecer las reglas aplicables al concepto y aplicarlo a la resolución de problemas concretos. En ese sentido, se señala un tanto irónicamente lo siguiente sobre la dificultad que existe en la doctrina alemana de identificar a la superficie como un derecho o como una cosa:

Unidos los dos heterogéneos elementos (cosa y derecho) para formar un *ens tertium*, se consigue el maravilloso resultado de que el *Erbbaurecht* [derecho de superficie] no es ni cosa ni derecho propiamente dicho. Por eso parece más adecuado afirmar que, frente al predio, el *Erbbaurecht* es gravamen, y en lo demás debe ser tratado como finca hipotecaria independiente (González Martínez 1922: 105).

La manera en que se suele justificar el hecho de que en Alemania, a pesar de considerarse a la superficie un derecho real limitado, se le confiera el mismo tratamiento que a cualquier propiedad predial es recurriendo a la existencia de una ficción jurídica. Sin embargo, se señala que «la debilidad del razonamiento expuesto yace en que la doble naturaleza del *Erbbaurecht* (verdadero Jano que mira a lados opuestos), por servir para demostrarlo todo, no demuestra con evidencia. Porque, ¿cómo puede un derecho (cosa incorporea) tener partes materiales?» (González Martínez 1922: 123).

De ahí que, además de los argumentos expuestos con detalle en las anteriores secciones, somos de la opinión de que debe preferirse una definición cuando esta puede responder a los mismos problemas jurídicos con similar eficacia que otras definiciones sin tener que recurrir a una construcción jurídica innecesariamente compleja. Por ello, contra la naturaleza compuesta del derecho de superficie nosotros proponemos una definición igual de válida, igual de coherente, pero más simple y fácil de entender: el derecho de superficie es un mero derecho de propiedad del sobresuelo.¹⁷

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

Un derecho real limitado se conoce con ese nombre porque implica una desmembración de las diferentes facultades o atributos que tiene el propietario, cuyo derecho, como vimos anteriormente, es un derecho absoluto y pleno (Baur y otros 2009: 307). Sin embargo, ese no es el caso en el derecho de superficie: mientras que sobre el sobresuelo el superficiario tiene una propiedad plena, no desmembrada; respecto del predio no existe en absoluto un atributo o facultad que el superficiario pueda ejercer sobre el suelo.

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

Adicionalmente, la naturaleza de la superficie de ser un derecho de propiedad se observa en los mismos hechos. El que en los hechos se comporta como propietario de todo el bien, especialmente cuando existe un derecho de superficie sobre y bajo la faz del terreno, es el propietario superficiario. El superficiario no es más ni menos que un *propietario económico* del inmueble. En la realidad, el propietario del predio cede totalmente su propiedad sobre el inmueble, salvo el único límite en el aspecto temporal.

Cierto es que, según el concepto del derecho de superficie, el propietario del predio conserva el derecho de propiedad sobre el suelo. Sin embargo, como hemos señalado anteriormente, para efectos prácticos, la propiedad sobre la membrana que físicamente separa el sobresuelo del subsuelo no tiene ninguna utilidad económica relevante y es imposible que se aproveche sin ocupar físicamente el sobresuelo o el subsuelo.

Esta consideración de realidad tiene también un relativo sustento en la doctrina. Así se da a entender cuando se señala al derecho de superficie como un derecho «económicamente similar a la propiedad», como un «derecho igual a la propiedad» o se habla de la «naturaleza predial del derecho de superficie» o de la existencia de un «predio jurídico» o de un «fundo jurídico» (Von Oefele y Winkler 2008: 22). El superficiario es un propietario económico del inmueble porque tiene pleno dominio sobre él. Esta realidad económica la aceptan aun los autores que hacen su análisis desde un plano puramente dogmático. Aunque ya hemos señalado que la doctrina mayoritaria comparte la opinión acerca de la dicotomía en la naturaleza del derecho de superficie, reconoce que «económicamente la propiedad de la construcción figura en el primer plano» (Müller 1995: 2).

Del mismo modo, se refiere que

[d]el contenido regular de la propiedad del predio queda hasta el final del derecho de superficie solo el aprovechamiento económico mediante la contraprestación pactada (canon superficiario) y el derecho a transferir y gravar el predio, ambos en la práctica limitados por el valor del derecho de superficie, así como los derechos contra el propietario superficiario. El derecho de superficie es por ello la más intensa limitación del derecho de propiedad sobre un predio y es, desde el punto de vista fáctico, económicamente similar a la propiedad. Por ello son válidos [...] también en principio las normas sobre predios. (Von Oefele y Winkler 2008: 24)

Por último, consideramos que la circunstancia de que el derecho de superficie se encuentre regulado en nuestro Código Civil como un título específico dentro de la sección de derechos reales principales y no como un subcapítulo dentro del título referido al derecho de propiedad no tendría que ser un argumento determinante para establecer la naturaleza de este concepto. Lo determinante deberían ser el desenvolvimiento de esta herramienta jurídica en la realidad fáctica y el propio contenido de las normas legales que regulan el derecho. Así sucede con otras instituciones como la posesión. Si bien según su ubicación sistemática se debería considerar a la posesión como un derecho real principal, es por lo menos discutible su consideración como derecho cuando la propia definición del artículo 896 del Código Civil describe, más bien, el hecho o la actividad de «ejercer los atributos».¹⁸

¹⁸ Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

5.2. Separación

A pesar de ser una modalidad de la propiedad, su particularidad radica en que produce una separación de propiedades. Ello constituye su diferencia específica. Lo que se produce con el derecho de superficie es una excepción a un principio básico del derecho de cosas: que las partes integrantes de los bienes no pueden ser objeto de derechos singulares.¹⁹

En ese sentido, los componentes de un predio que hemos desmenuzado en la sección anterior, es decir, el suelo, el sobresuelo y el subsuelo, son todos partes integrantes del compuesto de ellos, que es justamente el predio. Los tres elementos constituyen un solo y único bien, el cual solamente podrá ser objeto de derechos como conjunto y no a través de su desmembración en derechos singulares sobre cada parte.

Sin embargo, el derecho de superficie constituye una excepción a la regla referida.²⁰ Cuando se constituye el derecho de superficie, automáticamente se constituye un derecho singular de propiedad sobre el sobresuelo y/o el subsuelo a favor del propietario superficiario. Por esta razón, decimos que el efecto típico del derecho de superficie es la separación de los elementos que conforman un predio: el sobresuelo y/o el subsuelo adquieren individualidad como bienes respecto al suelo.

En ese sentido, lo único que ocurre cuando se constituye un derecho de superficie es la separación de dos bienes en donde anteriormente había solo uno. En la generalidad de los casos, los bienes que tienen existencia material, es decir, los automóviles, las mesas, las computadoras, etcétera, no pueden ser desmembrados físicamente por la mera voluntad del propietario puesto que se busca que los derechos reales tengan una individualización en bienes específicos. Lo mismo tendría que decirse del predio. Sin embargo, el derecho de superficie es el que permite hacer una excepción establecida legalmente a la regla general. Pero esta disposición legal no es arbitraria ya que responde a una realidad económica que consiste en que en el mercado inmobiliario el sobresuelo y/o el subsuelo tienen un valor económico propio.

En cualquier caso, debemos recalcar que la consecuencia automática del derecho de superficie vendría a ser la creación de dos bienes donde inicialmente había uno solo. Uno de los bienes consiste en el suelo sobre el cual el propietario tiene un dominio exclusivo. El otro de los bienes vendría a ser el sobresuelo y/o el subsuelo, sobre el cual el superficiario también ejerce un dominio absoluto.²¹

Finalmente, es importante señalar que lo que permite la separación es dejar atrás en el caso de la superficie la concepción individualista de la propiedad, distinguiendo la propiedad económica (productora) de la propiedad jurídica (rentista), con la finalidad de fomentar una explotación más eficiente del inmueble. Esta posibilidad resulta un tanto extraña a las

19 Este principio está recogido en el artículo 887 del Código Civil, el cual señala, además, que las partes integrantes son aquellas que no pueden separarse sin destruir, deteriorar o alterar el bien (sin perjuicio de que con los continuos avances de la tecnología cada vez es más complejo afirmar que un bien no pueda separarse sin causar daños al bien principal) y en el artículo 938 que contiene la regla de la accesión como un modo originario de adquisición de la propiedad según el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

20 La excepcionalidad del derecho de superficie respecto al principio de accesión se explica también en el derecho alemán, aunque en relación con la construcción respecto al suelo (Böttcher 1998: 1).

21 Así, señalan que el derecho de superficie «[...] presta la posibilidad de convertirse en propietario de la construcción sin al mismo tiempo también ser propietario del predio. No solo económicamente, sino también jurídicamente están separados el propietario del predio y el propietario de la construcción» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).

tendencias de las más importantes codificaciones civiles de proteger una propiedad individualista excluyendo instituciones como la enfiteusis y la capellanía. Las separaciones prolongadas de la propiedad útil y de la propiedad jurídica rememoran las propiedades de la Baja Edad Media que tenían como resultado la inmovilización y/o la infraexplotación de los bienes raíces. Sin embargo, paradójicamente, una herramienta como esta se ha constituido como un mecanismo dócil de contratación inmobiliaria en nuestro país por las propias particularidades de nuestro sistema jurídico.

5.3. Temporalidad

El elemento de la temporalidad juega un rol relevante en la configuración del derecho de superficie y se contrapone a la vocación de perpetuidad que tiene el derecho de propiedad ordinario. Su importancia radica en que solo en tanto se trate de un derecho temporal, se acepta la posibilidad de que se produzca la separación entre el subsuelo, el suelo y el sobresuelo y la consiguiente limitación al propietario del suelo.

A diferencia de lo que sucede con la propiedad horizontal, con el derecho de superficie, la separación en la propiedad de los componentes del predio tiene como efecto en el caso del propietario del suelo una situación en la que sus poderes sobre el bien se encuentran sumamente limitados: no puede hacer uso del suelo sin utilizar de alguna manera el sobresuelo o el subsuelo. Por ello, el legislador consideró necesario impedir que dicha situación se establezca de manera permanente y se estableció un plazo, que es justamente el que justifica la posibilidad de separar las dos propiedades con el derecho de superficie.

Asimismo, el plazo máximo de noventa y nueve años cumple con la finalidad de fomentar la explotación del inmueble por parte del superficiario, quien buscará beneficiarse con los réditos que obtenga de la diferencia entre los resultados de la actividad realizada en el inmueble y lo pagado como canon superficiario. Esta característica de temporalidad también evita la perpetuidad de una separación de la propiedad como ocurría con derechos limitados perpetuos y, al mismo tiempo, combate la posibilidad de que se utilice el inmueble con fines de especulación.²²

Los noventa y nueve años constituyen un tope máximo tan alto que se hace necesaria una regulación precisa de las relaciones entre el superficiario y el propietario del suelo durante la vigencia del plazo. Sin embargo, no por ello deja de ser atractivo otorgar el derecho de superficie para el propietario del suelo puesto que, desde su perspectiva, él pasa a ser un mero rentista con un ingreso periódico para el cual no necesita realizar ninguna inversión, ingreso que será mayor al de un arrendamiento o usufructo por tratarse de un derecho más completo (propiedad temporal) y con la perspectiva de hacerse propietario de lo construido una vez que termine el plazo de la superficie.

«El canon superficiario equivale para él [el propietario del predio] económicamente a un precio de una compraventa en forma de renta, siendo que en este caso él [el propietario del

22 Al respecto se señala: «Los capitalistas que juegan con la plus-valía de [los solares], acaparan el extraradio de las grandes urbes, inmovilizan durante decenas de años grandes cantidades y son un poderoso obstáculo la edificación. El tipo jurídico que examinamos rompe este cinturón de oro que impide el progreso de las ciudades modernas, reservando la plus-valía para las Comunidades o Ayuntamientos que conceden el terreno, permitiendo a las clases pobres obtener el solar necesario para cada familia y amenazando a los que no construyan con la rescisión del contrato o con la caducidad del plazo» (González Martínez 1922: 109-110).

predio], a diferencia de una compraventa, mantiene la propiedad del bien» (Von Oefele y Winkler 2008: 17). Adicionalmente, mantiene el derecho de disponer su derecho de propiedad ya sea a través de la transferencia o a través del gravamen, naturalmente según la valorización que un tercero pueda hacer sobre un predio en el que recae un derecho de superficie vigente.

Con la existencia del plazo, el superficiario tiene la urgencia de explotar de la manera más eficiente la construcción que vaya a realizar sobre el inmueble, lo que implica una adecuada inversión de capital y la realización de una actividad productiva que tiene como base la construcción de un edificio, ya sea este un edificio de departamentos, de oficinas, de locales comerciales, un local industrial, un hospital, un cementerio, un estacionamiento, etcétera.

Con ello, especialmente en un contexto de subida de precios de los inmuebles, se facilita una alternativa más atractiva a la mera tenencia de los inmuebles con fines especulativos. En otras palabras, de no haber los mecanismos atractivos para la inversión de capital en un proyecto inmobiliario, naturalmente será más fácil adquirir o mantener la propiedad de los inmuebles con la expectativa de que el mero paso del tiempo haga que su precio se incremente y se obtenga un beneficio sin haber realizado ninguna inversión en producción.

6. Aportes

La verificación de la hipótesis de que el derecho de superficie es una modalidad del derecho de propiedad encuentra su utilidad en las consecuencias de esa redefinición. Así, del mismo modo que las otras modalidades analizadas anteriormente, la superficie tendrá su estatuto jurídico en dos fuentes: a) en todas las normas aplicables al derecho de propiedad, sean estas del campo que sean y estén contenidas en cualquier norma; y b) las normas especiales que el ordenamiento prevea por la propia particularidad del derecho. Vamos a analizar ambos aspectos por separado.

6.1. Aplicación de las normas de propiedad

La utilidad de entender este concepto de la manera dicha es que ya no tenemos un derecho real que necesite una regulación especial que, como vimos, la tendría de manera insuficiente en nuestro sistema legal, sino una modalidad del derecho de propiedad que convierte en aplicables a la generalidad de las normas del derecho de propiedad como lo veremos más adelante.

La simplicidad del concepto de superficie propuesto nos permite resolver un primer problema fundamental, cual es la determinación del negocio jurídico por el que se constituye o se transfiere un derecho de superficie. En la actualidad, al considerar que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, el contrato de constitución de este resulta ser un contrato atípico, pues no tendría regulación alguna en nuestro sistema.²³ Entonces, la elaboración de un contrato de superficie comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que este debe contener y de la complejidad de la operación que se busca regular. Esto motiva que usualmente

23 Entendemos por contrato atípico aquel cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico, sin perjuicio de que el contrato de superficie pueda en los hechos tener lo que se denomina una *tipicidad social*, es decir, un conjunto de prácticas comerciales cuya reiteración ha creado una realidad socioeconómica todavía no recogida legislativamente por el derecho (De la Puente y Lavalle 2007: 154).

se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, lo que puede resultar problemático y muy peligroso por tratarse de un contrato de naturaleza completamente diferente.²⁴

Por el contrario, la elaboración de un *contrato de superficie* se facilita sobremanera si es que se entiende que este derecho no es más que una modalidad de la propiedad: no se trata más que de una compraventa de inmueble. En ese sentido, ya sea al momento de constituir el derecho como al momento de transferir uno ya constituido, lo único que se está produciendo es una transferencia de un derecho de propiedad del sobresuelo, del subsuelo o de ambos.

Las consecuencias jurídicas de este negocio serán las de una independización: solamente se separa en una partida registral independiente una parte que anteriormente era componente de un predio más grande. Y no se perjudicará a ningún acreedor hipotecario o titular de derecho alguno, puesto que las cargas y gravámenes se trasladarán a la partida independizada, como se hace actualmente con la independización.

La transferencia de propiedad por contrato sí está tipificada en nuestro Código Civil en las normas de compraventa, las que regularán todos los aspectos del contrato de superficie de manera supletoria, y evitarán los costos de transacción que implica diseñar un contrato de superficie desde cero. Ello no obsta a que las partes agreguen los pactos que ellos consideren necesarios por las particularidades del negocio que se quiera realizar y por la circunstancia particular de que se trata de un derecho de propiedad temporal, que en algún momento regresará al propietario inicial.

En ese sentido, serán de aplicación directa al contrato de superficie las normas de compraventa que no se contradigan con la naturaleza del bien vendido (el sobresuelo, el subsuelo o ambos). Según nuestro análisis, más allá de la correspondiente configuración particular que hagan las partes, serían de aplicación al contrato de superficie los artículos 1529, 1531, 1532, 1533, 1534, 1535, 1536, 1537, 1538, 1539, 1540, 1541, 1543, 1544, 1546, 1549, 1550, 1551, 1552, 1553, 1554, 1555, 1556, 1557, 1558, 1559, 1560, 1561, 1562, 1563, 1565, 1567, 1568, 1571, 1572, 1574, 1575, 1576, 1577, 1578, 1579, 1580, 1581, 1582 del contrato típico de compraventa.

Por nombrar algunos aspectos, entre estos artículos se encuentra la regulación de las obligaciones principales del contrato, las disposiciones sobre el bien vendido, sobre el precio, sobre la transferencia del riesgo, etcétera, excluyéndose solamente las normas de compraventa que se refieran a transferencia de bienes muebles y otras normas incompatibles con la naturaleza del bien vendido. Naturalmente, la temporalidad del derecho de propiedad superficiaria amerita ciertas reglas específicas que las partes tendrán que pactar, por ejemplo, con relación al derecho de reversión que tiene el propietario del predio una vez finalizado el plazo de la superficie.

Este mismo ejercicio puede realizarse con cualquier otro contrato referido a la propiedad de un inmueble, así como con las demás normas que tratan este derecho ya sea que se encuentren en el Código Civil o en otros campos de nuestro sistema jurídico y, lo más importante, con independencia de si ya se construyó la edificación. Al superficiario serán aplicables las normas del arrendamiento que regulan el supuesto de que el arrendador transfiera su derecho de propiedad.

²⁴ El arrendamiento es un contrato obligacional y de duración; mientras que la compraventa de inmueble es un contrato real y de ejecución instantánea.

Serán de aplicación las normas del contrato de *leasing*, específicamente en la modalidad del *lease back*, que permitirá estructurar los financiamientos de proyectos de construcción. Serán de aplicación las normas sobre la hipoteca, con la peculiaridad de que esta será posible aun antes de que exista una construcción debido a que el bien a hipotecarse será el sobresuelo según nuestro razonamiento. Serán de aplicación las normas del derecho de sucesiones, en tanto que también se contará este derecho dentro de la propiedad transferida *mortis causa*. Inclusive sería de aplicación la prescripción adquisitiva de dominio.

Fuera del ámbito civil, en los aspectos registrales, serán de aplicación normas como las referidas a los requisitos necesarios para presentar los títulos, la acumulación de predios, la protección a la adquisición de derechos mediante la fe pública registral, el análisis catastral como requisito técnico, etcétera. En el ámbito urbanístico, serán exigibles también a los superficiarios las normas referentes a retiros, así como los parámetros urbanísticos y edificatorios, y se le considerará titular para efectos de procedimientos, certificados y licencias relacionados con el bien de su propiedad. En el ámbito administrativo, se considerará el derecho de propiedad al momento de analizar las normas sobre la propiedad del Estado y su posibilidad de transferir, las normas sobre expropiación.

En el ámbito tributario, el hecho de que la superficie conceda un derecho de propiedad sobre el sobresuelo también puede motivar la interpretación de que en este caso se da un supuesto de ganancia de capital para efectos del impuesto a la renta. En cuanto al impuesto general a las ventas, corresponde citar el literal a) del artículo 2 de la Ley del Impuesto General a las Ventas e Impuesto Selectivo al Consumo, según el cual están inafectos al impuesto las cesiones de uso de inmuebles, siempre que el ingreso constituya renta de primera o de segunda categorías gravadas con el impuesto a la renta.

Conviene señalar que paralelamente se tendrían que analizar las implicancias en el impuesto general a las ventas de la construcción a realizarse sobre el inmueble dado en superficie, los servicios contratados para la realización de la obra y, por último, la transferencia del propietario superficiario al propietario del terreno una vez vencido el plazo de vigencia de la superficie.

Por el lado del impuesto de alcabala, su tasa de 3% sobre el valor de transferencia podría ser aplicable a la operación de constitución de superficie, si es que se entiende que por ella se produce la transferencia de un bien inmueble a favor del propietario superficiario. Finalmente, el impuesto predial corresponde al propietario de los terrenos y también de las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de los predios. En ese sentido, al estar estas dos partes del predio bajo la titularidad de dos propietarios diferentes, existe la posibilidad que tanto el dueño del terreno como el propietario superficiario estén obligados a pagar el impuesto predial por la parte del inmueble que le corresponde a cada uno.

6.2. Normas especiales

Además de la aplicación de las normas referidas a la propiedad, las características de la separación y de la temporalidad generan en el caso del derecho de superficie la necesidad de que se establezcan ciertas normas especiales para su regulación. No obstante, en el Código

Civil peruano, a diferencia de lo sucedido con otros derechos reales como el usufructo,²⁵ se hace una parca regulación del derecho de superficie²⁶ a través de solamente cinco artículos:

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

Una norma adicional que usualmente pasa desapercibida en la práctica jurídica es el derecho de retracto que tienen tanto el propietario del suelo como el superficiario:

Artículo 1599: Tienen derecho de retracto:

[...]

5. El propietario del suelo y el superficiario, en la venta de sus respectivos derechos.

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

- a) Artículo 141: Inscripción del derecho de superficie
- b) Artículo 142: Anotación de correlación entre las partidas
- c) Artículo 143: Extinción del derecho de superficie y cierre de partida

Así se ha hecho ya en el caso de otras modalidades de propiedad con los artículos sobre copropiedad en el Código Civil y la entera legislación de propiedad horizontal. Así se ha hecho ya, además, en otros sistemas jurídicos específicamente respecto al derecho de superficie de los cuales es posible recoger algunas nociones para conciliarlas con la utilidad que este derecho puede tener en nuestro país. Por ello, a continuación, vamos a tratar de recoger algunos aportes del sistema jurídico extranjero con el cual el autor tiene mayor familiaridad y que justamente, por sus propias raíces germánicas, tiene una mayor afinidad con figuras que implican la separación de propiedades como el derecho de superficie.

6.2.1. Código Civil alemán

El Código Civil alemán (BGB), que entró en vigor en 1900, es fruto de una búsqueda de unificación que se produjo en el territorio alemán en la segunda parte del siglo XIX tras alcanzar predominio Prusia sobre Austria en la influencia de lo que antes había sido el territorio del Sacro Imperio Romano Germánico.

²⁵ El usufructo es regulado en nuestro Código Civil en 27 artículos.

²⁶ Por lo demás, cabe resaltar que la escasa regulación proviene desde el Código Civil de 1936: «El Código Civil de 1936 no le dio la necesaria importancia jurídica al derecho de superficie, le llegó a asignar un tratamiento legislativo ineficaz y confuso al involucrarlo dentro del título de usufructo, en abierta impertinencia como lo demuestran los numerales 958 y 959 del citado Código. En el actual Código Civil (artículos 1030 a 1034), se halla ubicado en el Título V del Libro V, Derechos Reales, aún con muchas deficiencias, pero con la autonomía necesaria» (González Linares 2007: 635).

El antiguo Sacro Imperio Romano Germánico había sobrevivido precariamente durante siglos hasta la llegada de Napoleón I, pero en su territorio la dispersión legislativa era tal que, bien entrado el siglo XIX, ciertas zonas se regían por el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco; otros territorios prusianos, como Westfalia, por el *Preußisches Allgemeines Landrecht*; en la provincia del Rin, Alsacia y Lorena se aplicaba el Código Napoleón; en Baden se aplicaba el *Badisches Landrecht*, etcétera (Zimmermann 1996: 3).

Este fue el contexto en el que se promovió la elaboración de un Código Civil, recogiendo todo el desarrollo de la Pandectística y de la Escuela Histórica del Derecho, uno de cuyos objetivos fue asentar el concepto de nación en el territorio que ahora conocemos como Alemania.

El BGB tiene ciertas particularidades como es el caso de su dogmatismo y tecnicismo que, si bien permitió tener un cuerpo legislativo sistemáticamente estructurado, dificulta su comprensión por parte de quienes realizan una lectura inicial o superficial (Zimmermann 1996: 9). Sin embargo, también el BGB recogió ciertas ideas provenientes de la revolución liberal que se trajo abajo la sociedad estamentaria a finales del siglo XVIII. Una de ellas es justamente la de la concepción individualista del derecho de propiedad. «A través del desarrollo del derecho provocado por la Revolución francesa se impuso en el siglo XIX la noción individualista de la propiedad» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).

Este es el contexto que permite entender, tanto en Alemania como en nuestro país, las razones de la marginación legislativa de una figura que busca la separación de la propiedad como es el derecho de superficie. Lo cierto es que, al tratarse el derecho de superficie de una limitación tremenda al propietario del suelo, constituía un «cuerpo extraño» dentro del sistema de propiedad del nuevo derecho alemán y «recibió por ello entre los §§ 1012 a 1017 del BGB solo una muy incompleta regulación» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).²⁷ En dichos párrafos se regulaba lo siguiente:

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

Tal como se ha explicado para el caso peruano, esta menuda regulación del derecho de superficie en el derecho alemán (Von Oefele y Winkler 2008: 2) tuvo como consecuencia el desuso de esta herramienta por parte de los ciudadanos alemanes, más aún cuando el BGB

27 De manera previa al BGB, «el Código prusiano, promulgado en 5 de Enero de 1794 (*Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten*) no reconocía el principio *superficies solo cedit* como una necesidad jurídica. [...] El derecho superficiario, en el citado Código, no tenía ninguna denominación especial. Figuraba incluido entre las servidumbres y, como se ha dicho, producía dos propiedades separadas [...]». (González Martínez 1922: 52). En otras regiones de Alemania, por ejemplo en Sajonia, se consideraba que era una servidumbre personal y había también el derecho de cueva o *kellerrech*; mientras que en Baviera se lo consideraba un tipo de propiedad dividida y el contrato de superficie se incluyó en un proyecto de ley de 1860 que no llegó a ser ley (González Martínez 1922: 56 y 57). «También en los ducados de Schleswig-Holstein es frecuente que el dueño de un solar, las más de las veces con jardín, conceda el derecho de construir y tener una casa sobre el mismo durante treinta años o por la vida del titular» (González Martínez 1922: 70).

ofrecía mayores opciones en comparación con las que ofrece, aún hoy, nuestro sistema en cuestión de contratos temporales ya sean estos con efectos obligacionales o reales. En palabras que serían directamente aplicables al caso peruano, se señala que «debido a la incompleta regulación del BGB (§§ 1012-1017) se originó un sinnúmero de disputas jurídicas, lo que es más, en asuntos importantes [del derecho de superficie]» (Von Oefele y Winkler 2008: 16).

Justamente por este motivo es que, una década después de la entrada en vigor del BGB, se promovió la reforma del marco jurídico de este derecho, con el objetivo de «crear un marco jurídico de estabilidad para la superficie» (Von Oefele y Winkler 2008: 16). Las reformas legislativas en torno al derecho de superficie no fueron más que una parte de una reforma socioeconómica mayor que se denomina la *Bodenreform* (Reforma del Suelo).

El problema social en este contexto de los años posteriores a la Primera Guerra Mundial fue el acceso a la vivienda. Para este objetivo, el derecho de superficie servía como un instrumento muy atractivo, puesto que permitiría acceder a un derecho de propiedad sobre una vivienda con un costo total menor al que significaría la adquisición definitiva de la propiedad. «La Reforma del Suelo en Alemania [...] entonces tenía como objetivo por medio del vagamente utilizado instituto del derecho de superficie, luchar contra la especulación del suelo y ensanchar a su vez la posibilidad de la población de adquirir una vivienda propia» (Von Oefele y Winkler 2008: 14).

El problema de la temporalidad del derecho no resultaba tal debido a que al extenderse –de manera similar al caso peruano– por un plazo de noventa y nueve años se excluía cualquier necesidad de renovar el contrato por el tiempo de vida de una persona, excluyéndose solamente la posibilidad de heredar una propiedad a los descendientes, quienes, para esto, ya se habrían hecho seguramente de un patrimonio propio. «La limitación temporal juega apenas un rol para el superficiario debido a la, por regla, larga duración (noventa y nueve años), por lo que para él el derecho de superficie cumple en la práctica el mismo servicio que un predio adquirido a través de una compraventa» (Von Oefele y Winkler 2008: 17).

En el mismo sentido: «Debido a la larga duración del derecho de superficie (normalmente 75 o 99 años) pierde importancia la limitación temporal, más bien, el titular del derecho de superficie ahorra el precio del predio» (Ranft 1991: 1-2). Ello, sumado a las facilidades de financiamiento alrededor de la hipoteca del derecho de superficie, convertía a este derecho en una herramienta atractiva para combatir la especulación inmobiliaria para efectos de la *Bodenreform*.

6.2.2. Ley sobre el Derecho de Superficie

Sin embargo, para llegar a ser atractivo, a este derecho no le bastaba la sucinta regulación que contenía el BGB en sus seis párrafos, de modo que se decidió extraer el derecho de superficie de este cuerpo de normas y trabajar una norma específica que ampliara los alcances de este derecho y rellenara todos los vacíos y la inseguridad jurídica que tenía previamente.

De esta manera, el 15 de enero de 1919 se promulgó la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie (*Erbbauerechtsverordnung*), la cual entró en vigencia el 22 de enero del mismo año. Salvo algunas modificaciones de menor importancia, esta norma se mantiene vigente hasta hoy. En el 2007, su naturaleza fue aclarada y confirmada, y pasó de ser una ordenanza a ser una Ley sobre el Derecho de Superficie (*Erbbauerechtsgesetz*) (Von Oefele y Winkler 2008: 14). La siguiente es una breve referencia de su contenido:

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

Sin llegar a ser excepcionales, los resultados de la reforma legislativa del derecho de superficie fueron positivos, incluso con relación al número de casos de propiedad horizontal, especialmente en el tiempo posterior a la Segunda Guerra Mundial, como se desprende de los datos sobre los derechos de superficie constituidos en los *Länder* alemanes *Bayern* y *Hessen*: «existía, en total, según las investigaciones realizadas en los Registros Públicos de los Ministerios de Justicia de Bayern y Hessen (1970), la siguiente cantidad de derechos de superficie: en Bayern, 39 278; en Hessen, 19 556 [...]» (Von Oefele y Winkler 2008: 18). En adición a ello, también han sido ámbitos de aplicación del derecho de superficie las propiedades del Estado, de las municipalidades y de instituciones religiosas, así como las construcciones comerciales e industriales (Von Oefele y Winkler 2008: 19).

No obstante, en el contexto alemán, el derecho de superficie para fines de vivienda aún se enfrenta a un tradicional y no necesariamente fundamentado deseo de los particulares de tener la seguridad de contar con un derecho de propiedad en el sentido más estricto. A pesar de ello, aún hoy se pueden observar ofertas de viviendas a través del derecho de superficie por parte de empresas inmobiliarias alemanas, las cuales se preocupan por explicar los atractivos de la figura, entre los cuales resalta el beneficio económico: en la comparación de un derecho de superficie pagado mensualmente con la adquisición de una propiedad mediante una hipoteca pagada también mensualmente, el costo del derecho de superficie resulta siendo alrededor de la mitad respecto al derecho de propiedad a pesar de que otorga iguales posibilidades al propietario superficiario en el periodo prolongado en que se puede constituir (Baumarkt 2012).

6.2.3. Aportes

En lo que nos concierne, resulta útil tomar conocimiento de esta experiencia por las alternativas que nos permite plantear respecto al derecho de superficie en nuestro país. A diferencia del caso alemán, el impulso en la utilización de este derecho no lo ha dado una reforma legislativa sino el propio mercado. Y, si bien el derecho de superficie también puede ser útil para fines de vivienda, en nuestro país este no necesariamente se toparía con la concepción individualista

que tiene un propietario de a pie, justamente porque quienes normalmente hacen uso de este mecanismo no son ciudadanos que buscan una vivienda, sino empresas que diseñan su inversión en función a un periodo específico de explotación de un inmueble y que no tienen una necesidad de adquirir definitivamente un patrimonio heredable como sí lo podría tener una persona natural. Desde ese punto de vista, una regulación del derecho de superficie más que fomentar su utilización, buscaría poner a la par el marco jurídico de un fenómeno que ya se presenta en la sociedad.

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

- a) Normas sobre propiedad: En la línea del planteamiento de que la superficie es una modalidad de la propiedad o no, resultaría conveniente incluir como en la Ley sobre el Derecho de Superficie la referencia expresa a que las normas sobre propiedad contenidas en el Código Civil son de aplicación directa a la propiedad superficiaria, en cuanto estas no se opongan a las particularidades de este tipo de propiedad. Con ello se lograría zanjar la discusión acerca de si estas normas son de aplicación directa o si lo son por analogía, e incluso si son aplicables por analogía las normas sobre el derecho de usufructo por ser también un «derecho real menor».
- b) Normas sobre rango y preferencia: Tanto en el sistema alemán como en el peruano, el derecho de superficie es, respecto al predio, una carga, por lo que es necesario establecer su relación respecto a los demás derechos, cargas y gravámenes constituidos con anterioridad o con posterioridad en el inmueble. Si bien las normas generales ya lo establecen así (artículo 2022 del Código Civil peruano), sería necesario solucionar un debate común que es el conflicto entre una hipoteca y un derecho de superficie posteriormente inscrito, situación a la que tendría que aplicarse el principio de prioridad temporal en la inscripción registral.
- c) Normas sobre su constitución y transferencia: Si bien ya existe el artículo 1031 del Código Civil peruano, sería conveniente establecer que las normas aplicables a la transferencia de bienes inmuebles, a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, a fe pública registral, etcétera, son también de directa aplicación al derecho de superficie. Asimismo, es importante la aclaración de que el comprador de un derecho de superficie va a recibir el derecho en los términos contractuales establecidos en el contrato de superficie, por lo que las normas registrales deberían tender a permitir el conocimiento del contenido de dicho contrato (Ingestau y Hustedt 2010: 20). A esto es importante agregar la necesidad de derogar el derecho de retracto por el perjuicio que causa al tráfico de los bienes sobre los cuales recae un derecho de superficie. Del mismo modo, resultaría conveniente aclarar la posibilidad de adquirir de forma originaria un derecho de superficie, específicamente mediante la prescripción adquisitiva.²⁸

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

- d) Normas sobre el contenido contractual: En la Ley sobre el Derecho de Superficie se hace la distinción entre el contenido legal y el contenido contractual del derecho de superficie, a efectos de que aquellos pactos que realicen las partes sean considerados elementos de este derecho real (Von Oefe y Winkler 2008: 16). Esta constituiría una opción para dotar de efecto real al contenido del contrato de superficie. Sin embargo, al tratarse de pactos de las partes, una segunda alternativa sería la creación de un «contrato de compraventa de superficie» que contenga ciertas reglas adicionales a las generales sobre compraventa. Tal como se hace con la generalidad de contratos, estas reglas supletorias reflejarían los pactos que usualmente se utilizan en un contrato que ciertamente ya tienen una «tipicidad social».²⁹
- e) Normas sobre incumplimiento: En la misma línea del contenido contractual del derecho de superficie, sería conveniente establecer un conjunto de normas supletorias que reflejen el uso común de este derecho, quedando a salvo el poder de las partes de establecer pactos específicos en función a sus propios intereses. Siguiendo la propuesta alemana, en el caso de los eventuales incumplimientos en el contexto de un derecho de superficie se establecería una consecuencia distinta a la resolución del contrato y la consiguiente extinción del derecho de superficie, debido a la precariedad que esta situación produciría en este derecho. En dicha eventualidad, se optaría por privilegiar la tutela de cumplimiento a través de un mecanismo que permita recurrir a los ingresos del negocio llevado a cabo en el inmueble, sin llegar a la extinción del derecho de superficie. Naturalmente, esta sería una solución supletoria al pacto de las partes.
- f) Normas sobre disposición: En la línea del tópico anterior, otro elemento por recoger sería la solución de la discusión acerca de la posibilidad de disponer sobre el derecho de superficie sin el consentimiento del propietario a través de una norma supletoria que así lo permita, sin impedir el poder de las partes de pactar en contra. En principio, actualmente el artículo 1031 del Código Civil peruano establece que el derecho de superficie es transmisible. Sin embargo, la circunstancia de que el superficiario y todos sus derechos y obligaciones forman parte de un contrato de superficie vigente entre él y el propietario del suelo puede sustentar el pedido del propietario del suelo de que se requiera su consentimiento, si es que, en los hechos, se produce una cesión de la posición contractual del superficiario, más aún si no se conoce si el nuevo superficiario dará la misma seguridad que el anterior superficiario en el cumplimiento del contrato. Dicha discusión quedaría cerrada en el caso de que se estableciera como regla supletoria el derecho a disponer del superficiario sin requerir del consentimiento del propietario del predio.
- g) Normas sobre el canon: La contraprestación del derecho de superficie, que en doctrina recibe el nombre de «canon superficiario», es nada más que mencionada en el artículo

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

29 Como fue mencionado anteriormente, el concepto de tipicidad social está referido a aquellos contratos que, si bien no están regulados en las normas del ordenamiento (contratos atípicos), sí tienen una tipificación en la práctica cotidiana de las personas a través de reglas que, en términos generales, se repiten y respetan. Estas reglas nacen en los usos y costumbres, es decir, en las prácticas comerciales, pero además son recogidas en doctrina, de modo que los mecanismos de interpretación e integración de estos contratos son paralelos a lo previsto en las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas. Al respecto, es necesario que se produzca un uso reiterado, frecuente y uniforme que determine que la doctrina o la jurisprudencia reconozcan ese tipo «social» como correlato de una realidad socioeconómica (De la Puente y Lavalle 2007: 154).

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

- h) Normas sobre teoría de la imprevisión: La Ley sobre el Derecho de Superficie aborda el tema de la imprevisión en relación con la posibilidad de cambios en las circunstancias que sirvieron de base para la constitución inicial del derecho de superficie. Debido al prolongado plazo que se permite para el derecho de superficie, que en Alemania también se acepta que puede extenderse hasta noventa y nueve años, nos encontramos ante una relación contractual sumamente prolongada entre el superficiario y el propietario del predio. Por esta razón, resulta conveniente considerar, también de manera supletoria a la voluntad de las partes, una referencia expresa a las normas sobre excesiva onerosidad de la prestación o una norma específica sobre teoría de la imprevisión para el contrato de superficie para los casos en que dentro del plazo de ese presenten cambios sustanciales en el valor del terreno, en el valor de la moneda o en cualquier otro factor que afecte la base de celebración del negocio inicial.
- i) Normas registrales: Si bien ya existen en nuestro sistema normas que regulan la inscripción del derecho de superficie en el registro, sería conveniente que en estas se agregue una remisión a las normas registrales sobre el derecho de propiedad en lo que se refiere a las formas de transmisión de propiedad, a las cargas y gravámenes inscribibles, pero con la excepción de aspectos que no concuerden con las particularidad del derecho de superficie como es el caso de su natural superposición física con la partida registral del predio sobre el cual recae.

A pesar de la importancia de los aspectos que se pueden recoger de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, una apreciación crítica de esta tendría que descartar algunos otros elementos que, si bien guardan concordancia con la finalidad de la norma en el contexto alemán de inicios del siglo XX, no se condicen con la utilidad que se buscaría otorgar al derecho de superficie en nuestro país. Entre estos elementos tenemos los siguientes: a) la prohibición a las partes de pactar condiciones resolutorias o cláusulas similares en el contrato por las cuales el derecho de superficie quede sin efecto antes del plazo pactado, b) la posibilidad del superficiario de pedir la reducción del canon superficiario con la eventual participación del juez y c) el rango preferencial que se otorga al derecho de superficie por encima de otras cargas y gravámenes, y su continuidad incluso en caso de ejecución del predio.

Los referidos aspectos que propone la Ley sobre el Derecho de Superficie responden, por un lado, a la búsqueda de seguridad para aquel que financie la construcción de la edificación confiando en la continuidad del derecho de superficie como garantía (Von Oefe y Winkler 2008: 16-17), finalidad para la que resulta útil la prohibición de condiciones resolutorias y la preferencia de la

superficie sobre otros gravámenes (Von Oefele y Winkler 2008: 16). Por otro lado, las prohibiciones y controles tanto de cláusulas de resolución como del canon superficiario son reflejo de un intervencionismo en la regulación de este contrato que no se justificaría en un ámbito de fomento de la inversión privada que es el campo del derecho de superficie en nuestro país.

En resumidas cuentas, más allá de la apreciación crítica que se debe hacer de un caso foráneo como es la Ley sobre el Derecho de Superficie, son más los aspectos novedosos que pueden recogerse en una eventual reforma legislativa de este derecho en nuestro país. Ya se ha hecho esta reforma hace muchos años con otras modalidades de la propiedad que tienen su propio cuerpo legislativo (la propiedad horizontal y la multipropiedad), por lo que nuestro sistema no sería extraño a un cuerpo legislativo destinado a tratar el derecho de superficie. Hemos señalado anteriormente que nuestra propuesta de considerar este derecho una modalidad del derecho de propiedad permite resolver inmediatamente problemas jurídicos que se presentan día a día.

Sin embargo, existen ciertos aspectos del derecho de superficie cuya especificidad requiere una regulación ad hoc, ya sea porque no han sido tratados en absoluto en nuestro sistema o porque no hay una referencia a normas más generales del derecho civil que diriman discusiones en torno a esta herramienta jurídica. Por lo demás, tanto con el abordaje doctrinario como con el legislativo, no hemos pretendido cubrir exhaustivamente todos los pormenores del derecho de superficie y los ámbitos en los que puede utilizarse, sino solamente hacer una introducción a una investigación más profunda en la que tendremos suficiente espacio para desarrollar tanto nuestra propuesta dogmática como los aportes de la Ley sobre el Derecho de Superficie en Alemania.

7. Conclusiones

- a) El derecho de superficie es una institución jurídica que ha ganado gran utilidad en los últimos años dentro del mercado inmobiliario. Sin embargo, su escasa regulación y la poca doctrina que existe sobre él generan diversos problemas jurídicos que dificultan su utilización.
- b) En el presente trabajo de investigación se plantea la hipótesis de que el derecho de superficie debe considerarse una modalidad del derecho de propiedad en lugar de un derecho real autónomo.
- c) El planteamiento parte de la definición clásica del derecho de superficie, la cual establece que este derecho tiene una doble naturaleza: es un derecho real limitado sobre el predio y, a la vez, e inseparablemente, un derecho de propiedad especial sobre la construcción.
- d) El análisis crítico de esta definición clásica sobre la base de un método funcional demuestra lo innecesario de hacer una dicotomía en la naturaleza del derecho de superficie, y se atribuye dicha construcción a que los predios se estudian como si estos consistieran en meras parcelas dentro de un plano, cuando en la realidad son objetos con un volumen en tres dimensiones. El desenvolvimiento fáctico de este derecho demuestra que nos encontramos ante un propietario cuando se trata de un superficiario y no ante un mero titular de un derecho real limitado.
- e) En atención a ello, adoptamos una definición propia en la que resaltan tres características del derecho de superficie: a) ser una modalidad del derecho de propiedad, b) la

- separación de la propiedad del suelo y del sobresuelo y c) la temporalidad del derecho.
- f) Los aportes de la verificación de esta primera hipótesis radican en que todas las normas aplicables al derecho de propiedad serán útiles para llenar los vacíos que la regulación del derecho de superficie pueda haber dejado.
 - g) Sin embargo, como cualquier modalidad del derecho de propiedad, requiere de ciertas normas que respondan a ciertas particularidades propias de la superficie. Para ello, se escoge el caso alemán para buscar aportes al caso peruano desde un análisis comparativo.
 - h) Entendiendo la historia del Código Civil alemán, así como de la Ley sobre el Derecho de Superficie de ese país, rescatamos ciertos elementos que son útiles en el planteamiento de una norma que regule este derecho en nuestro país y se discriminan aquellos elementos que no serían favorables por la diferencia de contextos y de sistemas jurídicos entre ambos países.
 - i) Con la aplicación de las normas del derecho de propiedad y la introducción de algunas normas especiales, consideraríamos cubierto el tratamiento necesario para que el derecho de superficie se desenvuelva mejor en los mercados en los que actualmente se utiliza e, incluso, se expanda como una herramienta beneficiosa a otros ámbitos en donde puede resultar de utilidad.

8. Bibliografía

ALBALADEJO, Manuel

1977 *Derecho civil*. Barcelona: Bosch.

BAUR, Fritz y otros

2009 *Sachenrecht*. Decimoctava edición. Múnich: C. H. Beck.

BAUMARKT

2012 *Erbbaurecht - wie funktioniert das?* Traducción propia. Consulta: 2 de febrero de 2012.
<<http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das>>

BÖTTCHER, Roland

1998 *Praktische Fragen des Erbbaurechts*. Segunda edición. Colonia: Kommunikationsforum.

CASTAN, José

1965 *Derecho civil español, común y foral*. Décima edición. Madrid: Reus.

DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel

2007 *El contrato en general*. Segunda edición. Lima: Palestra Editores.

GLASER, Hugo

1975 *Das Erbbaurecht in der Praxis*. Segunda edición. Berlín: Neue Wirtschafts-Briefe.

GONZÁLEZ LINARES, Nerio

2007 *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Lima: Palestra Editores.

GONZÁLEZ MARTÍNEZ, Jerónimo

1922 *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho.

INGENSTAU, Jürgen y Volker HUSTEDT

2010 *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. Traducción propia. Novena edición. Colonia: Carl Heymanns.

LEHMANN, Heinrich

1956 *Tratado de derecho civil*. Traducción de José Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.

LINDE, Trutz y Rüdiger RICHTER

1987 *Erbbaurecht und Erbbauzinsen in Recht und Praxis*. Friburgo: Rudolf Haufe.

MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia

1984 *Los derechos reales*. Tercera edición. Lima: Librería Studium.

MEDER, Stephan y Andrea CZELK

2008 *Grundwissen Sachenrecht*. Segunda edición. Traducción propia. Tübinga: Mohr Siebeck.

MEJORADA, Martín

2012 «La extensión de la hipoteca en debate». En MEJORADA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, pp. 139-152.

MOHRBUTTER, Christian

1995 *Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung*. Bielefeld: Ernst und Werner Gieseking.

MÜLLER, Jürgen

1995 *Das Unterebbaurecht. Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich-Alexander Universität*.

PUIG, José

1973 *Fundamentos de derecho civil*. Segunda edición. Barcelona: Bosch.

RAMOS, Carlos

2011 *Historia del derecho civil peruano. Siglos XIX y XX*. Tomo VII: «La dogmática en triunfo». Lima: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

2007 *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. Cuarta edición. Lima: Gaceta Jurídica.

RANFT, Wilfried

1991 *Die Verdinglichung des Erbbaurechtsinhalts. Inaugural Dissertation zur Erlangung des*

Grades eines Doctor iuris utriusque der Hohen-Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität. Traducción propia.

ROJAS, Milushka

2008 *La naturaleza jurídica de la multipropiedad.* Tesis de doctorado en Derecho y Ciencia Política. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado. Consulta: 1 de julio de 2012. <http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas_um/pdf/rojas_um.pdf>

ROMERO, Eleodoro

1947 *El derecho de superficie.* Tomo II: «Derecho civil. Los derechos reales». Lima: P.T.C.M.

SANTOS, Jaime

1973 *Derecho civil.* Madrid: Revista de Derecho Privado.

VON OEFELE, Helmut y Karl WINKLER

2008 *Handbuch des Erbbaurechts.* Cuarta edición. Traducción propia. Múnich: C. H. Beck.

WESTERMANN, Harry y otros

2011 *Sachenrecht.* Octava edición. Traducción propia. Heidelberg: C. F. Müller.

WOLF, Martin

1971 *Tratado de derecho civil.* Tercera edición. Traducción de Blas Pérez y José Alguer. Barcelona: Bosch.

ZIMMERMANN, Reinhard

1996 *An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law).* Traducción propia. En Werner Ebke y Matthew Finkin. Introduction to German Law. Londres: C. H. Beck. Kluwer.

ZWEIGERT, Konrad y Hein KÖTZ

1996 *Einführung in die Rechtsvergleichung.* Tercera edición. Tubinga: Mohr.

COMENTARIOS

Jorge Ortiz Pasco

Coordinador del Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral y profesor del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Antes de iniciar mis comentarios sobre tan buen trabajo, debo felicitar al alumno José Carlos Fernández por la iniciativa que ha tenido de analizar e investigar sobre un tema muy antiguo pero a la vez muy moderno, como lo expreso líneas abajo.

Debo iniciar indicando que el derecho de superficie es una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre un bien ajeno. También es ubicado como una limitación al derecho de propiedad dentro de una de sus tres variables (limitaciones públicas, limitaciones privadas o por razón de vecindad y limitaciones por pacto (aquí se ubica la superficie).

Es importante expresar que el derecho de superficie representa un contrato de naturaleza real muy antiguo (lo podemos encontrar en el derecho romano); no obstante ello, hoy es uno de los contratos más usados y relacionados con la nueva economía (se usa en los estacionamientos subterráneos, en los grifos de combustible, en los centros comerciales, en los ductos que trasladan hidrocarburos en forma terrestre o marina, en las playas y últimamente ante la carencia de tierra para la inversión turística y hotelera), razón por la cual tranquilamente podemos decir que nos encontramos ante un contrato muy antiguo y moderno a la vez.

Se ha expresado que existen muy pocas resoluciones en el ámbito registral, y ello es cierto; pero dicha situación no responde a la inactividad de la segunda instancia registral (tribunal registral) que es quien genera las resoluciones mencionadas anteriormente, sino que podría responder a otros varios motivos, como por ejemplo:

- a) Que no se presenten al registro muchos contratos de superficie para ser registrados.
- b) Que, ante una observación del registrador o la registradora, los usuarios simplemente decidan no apelar.
- c) Que la calificación registral sea óptima y que los derechos de superficie se registren sin mayor problema.

También se afirma que nos encontramos ante una escasa normativa registral que regule la inscripción del derecho de superficie. Aquí debo expresar una discrepancia sana y es que José Carlos ha sido benevolente. Considero que no solamente es escasa, sino además «poco profunda» ante la realidad económica existente en la que vemos a diario que el contrato de superficie representa una herramienta necesaria para hacer negocios (y por ello poder hablar de la superficie como un contrato en la nueva economía). ¿Qué busco expresar con el calificativo «poco profunda»?

Algo muy sencillo, y por ello me permito plantear dos casos o ejemplos para el ámbito del derecho registral:

- a) Dos personas deciden celebrar un contrato de superficie. Uno de ellos es propietario de un terreno de 200.000 m², pero su intención es usar para dicho contrato solamente una parte del terreno (80.000 m²). ¿Será necesario independizar el terreno para constituir el derecho de superficie?
- b) El propietario de un terreno rústico ha constituido el derecho de superficie sobre un predio de su propiedad a favor de un grupo de inversionistas, quienes procederán a desarrollar como idea de negocio un proyecto de lotización industrial, siendo necesario para ello iniciar y conseguir la aprobación municipal de la habilitación urbana en el terreno mencionado. El derecho de superficie ha merecido (como lo establece el reglamento de inscripciones del registro de predios haber abierto una partida especial) .

Luego de algunos meses cuentan con la resolución municipal que aprueba la tan ansiada habilitación urbana. Dicha resolución municipal representa por su condición de documento público un título válido para ser registrado, y por ello se presenta al registro para su inscripción. La registradora, dentro de su potestad de calificar, ha procedido a formular una observación a la inscripción y ha expresado que la habilitación urbana no puede registrarse en la partida registral donde aparece inscrito el derecho de superficie y, por tanto, debe registrarse en la partida matriz del inmueble (es decir, sobre la totalidad del predio).

¿Qué dice el reglamento de inscripciones del registro de predios? Es una buena pregunta porque no existe respuesta. Entonces dejamos de hablar de temas registrales y pasamos a preguntarnos sobre inversión privada y la relación de esta con el registro. También podríamos analizar dónde quedan las garantías a la inversión privada que la Constitución ha regulado a favor de la inversión privada. Es muy probable y, en todo caso, representa un tamaño riesgo el hecho de que el registro no tome nota de su importancia en el desarrollo económico del país.

Por último, creo necesario mencionar que no solamente existe una escasa regulación desde el ámbito registral, sino que la escasez alcanza también otros campos del derecho. En términos municipales, ante la existencia del derecho de superficie, el funcionario municipal que recibe una solicitud de licencia de construcción ¿deberá preguntarse por la titularidad sobre el bien? Y cuando le quieran pagar el impuesto predial, ¿recibirá el pago? Y si como consecuencia de haber desarrollado un proyecto inmobiliario sobre un derecho de superficie se deben transferir inmuebles, ¿recibirán el pago del impuesto de alcabala? Son varias las dudas que también merecen respuesta en relación con el derecho de superficie.

Concluyo mis comentarios agradeciendo la oportunidad de participar en tan valioso trabajo.

Rómulo Morales Hervías

Director de la Maestría en Derecho Civil y profesor de la Escuela de Posgrado y del Departamento Académico de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Introducción

El trabajo de investigación «El derecho real de superficie como modalidad del derecho de propiedad» de José Carlos Fernández Salas propone una novedosa reformulación del derecho de superficie como una modalidad del derecho de propiedad. Ya la doctrina portuguesa ha

señalado que el derecho de superficie se configura «como un derecho real próximo a la propiedad» (Carvalho 2009: 435), pero enfocada a la construcción y en la perpetuidad del derecho de superficie en la normativa portuguesa.

El trabajo propone una interpretación del derecho de superficie como un tipo de derecho real de propiedad y paralelamente propone criterios para una futura normativa del derecho de superficie, tomando en consideración preponderantemente los intereses del superficiario, una legislación alemana especial y el análisis económico del derecho. Dicha propuesta está acompañada de un conocimiento de la doctrina civil alemana contemporánea, lo cual hace que este sea un trabajo valioso académicamente. Téngase en cuenta que no existen trabajos de investigación en la doctrina civil nacional donde se cite la doctrina alemana actual por el desconocimiento del idioma alemán y por la inexistente bibliografía alemana en las bibliotecas de las Facultades de Derecho del Perú. Adicionalmente, el trabajo es meritorio porque no solo muestra un conocimiento de la actual doctrina civil alemana y de la regulación especial del derecho de superficie, sino porque el autor usa un lenguaje claro y porque principalmente desarrolla sus propios argumentos. De ahí que merezca destacarse la originalidad del trabajo.

A continuación, formularé dos objeciones al trabajo de investigación en cuanto a la regulación del derecho de superficie en la codificación civil y a la definición del derecho de superficie.

I. Regulación del derecho de superficie en la codificación civil

El trabajo se basa en el presupuesto que hay «una escasísima regulación en los principales códigos civiles del mundo» del derecho de superficie. Ello es verdad si se corrobora en el Código Civil de Alemania y en el de Italia, pero no es verdad si se estudian otros códigos como el portugués. Lo que sí es importante resaltar es que un código civil debe proporcionar las reglas apropiadas tomando en consideración todos los intereses de las partes involucradas y formulando algunas reglas para la constitución y el ejercicio del derecho de superficie. Las legislaciones especiales son temporales a diferencia de los códigos civiles que no solo tienen una vocación de permanencia, sino porque están respaldados por una doctrina sólida.

Un ejemplo de regulación amplia son las normas reguladas en el Código Civil portugués de 1966: a) «puede convenirse, a título de precio, que el superficiario pague una única prestación o pague una cierta prestación anual, perpetua o temporal» (Numeral 1 del Artículo 1530); b) «el pago temporal de una prestación anual es compatible con la constitución perpetua» (Numeral 2 del Artículo 1530); c) «las prestaciones son siempre en dinero» (Numeral 3 del Artículo 1530); d) «habiendo mora en el cumplimiento, el propietario del suelo tiene el derecho de exigir el triple de las prestaciones debidas» (Numeral 2 del Artículo 1531); e) «el derecho de superficie y el derecho de propiedad del suelo son transmisibles por acto entre vivos o por muerte» (Artículo 1534); f) «la falta de pago de prestaciones anuales durante veinte años extingue la obligación de pagar, pero el superficiario no adquiere la propiedad del suelo, salvo la usucapión en su beneficio» (Numeral 1 del Artículo 1537); g) «siendo el derecho de superficie constituido por cierto tiempo, el propietario del suelo, luego del vencimiento del plazo, adquiere la propiedad de la obra o de los árboles» (Numeral 1 del Artículo 1538); h) «salvo estipulación en contrario, el superficiario tiene, en este caso, derecho a una indemnización, calculada según las reglas del enriquecimiento sin causa» (Numeral 2 del Artículo 1538); y i) «la

extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo fijado importa la extinción de los derechos reales de disfrute o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio del tercero» (Numeral I del Artículo 1539).

Asimismo, el Código civil de Brasil de 2002 establece algunas reglas que merecen destacarse: *a)* «La concesión de superficie será gratuita u onerosa; si es onerosa, las partes estipularán si el pago se hará de una sola vez, o por partes» (Artículo 1370); *b)* «en caso de enajenación del inmueble o del derecho de superficie, el superficiario o el propietario tienen derecho de preferencia, en igualdad de condiciones» (Artículo 1373); *c)* «antes del término final, la concesión se resuelve si el superficiario dio al terreno diverso destino para el que fue concebido» (Artículo 1374); y *d)* «extinguida la concesión, el propietario pasa a tener la propiedad plena sobre el terreno, construcción o plantación, independientemente de la indemnización, si las partes no hubieran estipulado lo contrario» (Artículo 1375).

Entonces, la normativa civil portuguesa demuestra que no es cierto que los códigos civiles tengan una «escasísima regulación» sobre el derecho de superficie. Otra cosa es si dicha normativa es adecuada o inadecuada para los superficiarios.

2. Definición del derecho de superficie

El trabajo de investigación bajo comentario deja sin contenido al derecho de superficie cuando se propone que es una modalidad del derecho de propiedad como la copropiedad, la propiedad horizontal, la multipropiedad y la propiedad fiduciaria. No es un contrasentido lo afirmado. El derecho de superficie es un derecho real sobre un bien ajeno, salvo que se quiera desnaturalizarlo o mutarlo a algo que no forma parte de su esencia. Ni siquiera en el caso que el derecho de superficie con carácter de perpetuidad lo convierte en una modalidad del derecho de propiedad. El trabajo de investigación propone definir el derecho de superficie como una modalidad de propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo. Dicha definición no es compatible con el primer párrafo del Artículo 1030 del Código Civil peruano de 1984, el cual indica expresamente que el derecho de superficie otorga el derecho de propiedad de la construcción: «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».

Esta definición normativa es compatible con otros códigos civiles. Tenemos tres códigos civiles como ejemplos.

Así el artículo 952 del Código Civil italiano de 1942 del Título III del Libro Tercero (De la propiedad) describe la constitución del derecho de superficie:

El propietario puede constituir el derecho de hacer y de mantener una construcción sobre el suelo a favor de otros que adquieran la propiedad.

Asimismo se puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente, separadamente de la propiedad del suelo.

El código civil italiano:

[ha] creado un nuevo tipo de derecho real limitado, que comprende el derecho de construir sobre el suelo ajeno y el derecho de mantener sobre tal suelo la construcción futura así como la construcción

ya existente. Entre las dos hipótesis previstas por el legislador se comprueba, entonces, una única diferencia: en la primera existe inicialmente solo el derecho de superficie al cual se añade, después la construcción, el derecho de propiedad (superficiaria) sobre ella; en la segunda hipótesis, el derecho de superficie y la propiedad superficiaria sobre la construcción surgen contextualmente. (Cervelli 2007: 121-122)

En doctrina italiana se ha indicado que la superficie «es el derecho de hacer y de mantener una construcción sobre el suelo o el subsuelo ajeno» (Bianca 2001: 541). En efecto, la superficie es un «derecho real de disfrute sobre cosa ajena. Ella limita el derecho del propietario del predio, según el cual puede no usar la facultad de construir en perjuicio del derecho del superficiario, ni puede beneficiarse, en perjuicio de tal derecho, de los efectos de la accesión. La propiedad de la construcción realizada en el área de pertenencia del superficiario es adquirida por él» (Bianca 2001: 541-542). De ahí que el «derecho de propiedad sobre la construcción (propiedad superficiaria) es distinto respecto al derecho de superficie, como derecho de construir y de mantener la construcción sobre suelo ajeno: derecho que surge antes que la construcción sea realizada» (Bianca 2011: 542). Por eso, la «construcción efectuada seguidamente de la concesión del derecho de superficie se establece por ley en propiedad del superficiario. Por ello, se trata de una adquisición a título originario» (Bianca 2001: 542-545).

Otro ejemplo es la definición regulada en el artículo 1524 del Título V del Libro III (Derecho de las Cosas) del Código Civil portugués de 1966, el cual define el derecho de superficie del siguiente modo: «Artículo 1524 (Noción). El derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno, o de hacer o de mantener plantaciones».

El derecho superficie «comporta una separación jurídica entre la propiedad sobre el suelo y la propiedad sobre la referida construcción o plantación» (González 2005: 42). En efecto,

[el] derecho de superficie, en cuanto se limita a las facultades de construcción y de plantación, incide esencialmente sobre el suelo ajeno, permitiendo su transformación, convirtiéndolo idóneo en recibir la construcción y la plantación. El derecho de superficie incluso puede comprender una parte del suelo no necesaria en su implantación, desde que ella tenga utilidad para el uso de la obra (art. 1525, n.º 1). La misma situación ocurre en el caso que el derecho se aplique sobre la obra en el subsuelo, caso en que naturalmente el derecho se refiere sobre la transformación del suelo solo necesaria para la construcción de la obra en el subsuelo (art. 1525, n.º 2). De la misma forma, en el caso del derecho de sobreelevación, el derecho de superficie incide sobre la parte del edificio necesaria a su elevación (art. 1526). (Leitão 2009: 375)

El derecho de superficie «funciona como derogación a las reglas de accesión» (Leitão 2009: 376).

La definición normativa portuguesa es concordante con los poderes que tienen el superficiario y el propietario. El superficiario tiene los siguientes poderes o derechos: el poder de construir o de plantar en terreno ajeno; poder de mantener la construcción o plantación realizada en terreno ajeno; constitución de servidumbres necesarias al ejercicio del derecho de superficie; uso y disfrute de los bienes construidos; disposición del derecho de superficie e indemnización en caso de adquisición de la construcción por otro (Leitão 2009: 379).

El propietario tiene los siguientes poderes o derechos: uso y disfrute de la superficie antes de que el superficiario proceda a la construcción; uso y disfrute del subsuelo o del suelo en

el caso la superficie se aplique a él; disposición del derecho; derecho al canon superficiario; adquisición de la construcción, en el caso que la superficie se haya constituido temporalmente; y derecho de preferencia en la venta o dación en cumplimiento del derecho de superficie (Leitão 2009: 381-382). Entonces, no se puede afirmar que el superficiario tiene un poder jurídico sobre el sobresuelo y/o el subsuelo.

Un último ejemplo se constata en el artículo 1369 del Libro III (Derecho de las Cosas) del Código civil brasileño de 2002 el cual señala lo siguiente:

El propietario puede conceder a otro el derecho de construir o de plantar en su terreno, por tiempo determinado, mediante escritura pública debidamente inscrita en el Registro de Inmuebles.

Parágrafo único. El derecho de superficie no autoriza hacer obra en el subsuelo, salvo que fuera inherente al objeto de la concesión.

Tampoco la normativa civil brasileña otorga al superficiario un derecho de propiedad especial del sobresuelo y/o subsuelo.

Es comprensible que el trabajo de investigación otorgue un valor económico al sobresuelo y/o al subsuelo desde el punto de vista del análisis económico del derecho y de una protección privilegiada al interés del superficiario. No obstante, desde el punto de vista dogmático y sistemático, el superficiario solo es propietario de la construcción aunque no tenga un valor económico superior al sobresuelo y/o al subsuelo. Y este análisis es así porque se toma en cuenta preponderantemente el interés del propietario sobre el del superficiario.

4. Bibliografía

BIANCA, Massimo

2001 *Diritto civile*. Tomo 6: «La proprietà». Milán: Giuffrè Editore.

CARVALHO, Luís

2009 *Lições de direitos reais*. Sexta edición. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.

CERVELLI, Stefania

2007 *I diritti reali. Manuale e applicazioni pratiche dalle lezioni di Guido Capozzi*. Milán: Giuffrè Editore.

GONZÁLES, José Alberto

2005 *Direitos reais e direito registal imobiliário*. Tercera edición. Lisboa: Quid Juris Sociedade Editora.

LEITÃO, Luís Manuel Teles de Menezes

2009 *Direitos reais*. Coimbra: Edições Almedina.

RESPUESTA DEL AUTOR

Deseo iniciar este breve texto agradeciendo los valiosos comentarios que he tenido la suerte de recibir de parte del profesor Rómulo Morales y del profesor Jorge Ortiz. Tanto los intercambios de ideas de manera personal como sus comentarios escritos han aportado a mi trabajo ideas y fuentes de gran utilidad que enriquecerán esta investigación. Del mismo modo, agradezco al Departamento de Derecho en la persona del profesor Armando Guevara por la atención prestada a esta investigación a pesar de la juventud y la falta de pergaminos. A continuación, paso a realizar mi respetuosa réplica a los comentarios formulados por ambos profesores con relación al planteamiento realizado en el trabajo de investigación.

En primer lugar, tenemos el aspecto de la metodología. Se señala que las conclusiones a las que hemos arribado en el trabajo son fruto de la aplicación del método del análisis económico del derecho y que si se hubiera optado por el método dogmático y sistemático, el análisis se hubiera enfocado más en el interés del propietario y no tanto en el interés del superficiario.

Al respecto, debemos señalar que el método que ha preponderado en la elaboración de este trabajo ha sido, más bien, el método funcional. Se ha intentado ver el desenvolvimiento de las instituciones jurídicas en la realidad, ponderando el interés concreto que un sujeto pueda tener respecto de un bien, específicamente en el ámbito de la propiedad predial. Hemos definido el concepto de predio y redefinido el concepto del derecho de superficie no en función a la concatenación lógica de conceptos abstractos como correspondería utilizando el método dogmático, sino básicamente en razón de la utilidad y la función de las instituciones del derecho inmobiliario. Así es como creemos que debe leerse nuestro trabajo.

No obstante, no podemos desconocer que al momento de realizar la descripción inicial de aquellos conceptos que nos hemos propuesto criticar, sí hemos recurrido al método dogmático, porque es el que nos permitía explicar de mejor manera las instituciones y las posturas doctrinales dominantes que en este trabajo quisimos poner en tela de juicio.

También se ha utilizado en cierta medida el método comparativo y, en ese contexto, sí nos allanamos a la crítica formulada. La referencia a códigos civiles como el portugués, el italiano y el brasileño es un elemento que no ha sido utilizado en este trabajo. La principal referencia comparativa ha sido la del sistema jurídico alemán. Pero esta circunstancia tiene una explicación. Al referimos al sistema jurídico alemán, lo hacemos con un conocimiento particular de su organización y de las instituciones que existen en el campo del derecho civil de ese país, debido a la oportunidad que tuvimos de haber cursado dos semestres de estudio en una universidad alemana durante nuestra formación universitaria. Lo propio respecto al contexto social e histórico que rodea a esas instituciones jurídicas. La Ley sobre el Derecho de Superficie alemana no se entiende sin tomar en cuenta el momento histórico y económico que atravesaba dicho país en la segunda década del siglo XX. Por ello, la perspectiva de este estudio no ha sido totalizante, sino más bien con un enfoque definido en la comparación jurídica con un sistema específico. No nos hemos detenido en las legislaciones extranjeras de ámbitos cuyas particularidades desconocemos. Creímos que con esta prudencia resultaba mejor abordar el estudio comparativo de las instituciones.

Ahora bien, el planteamiento que hemos hecho no es uno recogido de fuentes alemanas. Esta redefinición del derecho de superficie es una que no solo enfrenta la doctrina dominante en nuestro medio, sino también la doctrina dominante alemana (estimamos que ocurre lo propio en la doctrina italiana, brasileña y portuguesa). De ahí que este planteamiento no debe considerarse uno que, recogiendo lo dicho en el extranjero, busca reconfigurar una institución en nuestro país. Debe considerarse como uno que, fundado en un estudio funcional, busca reconfigurar una institución tanto en nuestro país como en el extranjero. Ello se facilita por el hecho de que las definiciones legales no suelen zanjar las discusiones sobre la naturaleza jurídica de los conceptos debido a la apertura de sus formulaciones.

En cuanto a que se ha preponderado el interés solamente del superficiario en el análisis, debemos señalar nuestra respetuosa discrepancia. Las fórmulas propuestas en el trabajo como la aplicación de las normas sobre el derecho de propiedad o la introducción de normas especiales con relación al derecho de superficie tienen como objetivo dotar de un conjunto de reglas jurídicas no solo al superficiario.

Todas las partes de un contrato de superficie e incluso terceros interesados (sucesivos adquirentes o acreedores) o terceros involucrados (el Estado) tendrían un marco de referencia más cierto si es que el derecho de superficie tiene un estatuto jurídico más detallado. Es cierto que con la propuesta hecha se fomenta la utilización del mecanismo del derecho de superficie en nuestro medio; sin embargo, se otorga también la posibilidad al propietario del suelo de regular de mejor manera su situación jurídica a lo largo de la vigencia de la superficie. Más aún, en el contexto peruano, los concedentes del derecho suelen ser los que no tienen un asesoramiento especializado como el de los superficiarios, pues usualmente no es su giro o su actividad principal la dación de terrenos en derecho de superficie. En ese sentido, les es más útil y entendible a este grupo de operadores decirles que a la superficie le son aplicables las ya bien conocidas normas que regulan la propiedad.

Se nos dice que se deja sin contenido el derecho de superficie al asimilar esta figura al derecho de propiedad. Ante esta afirmación debemos manifestar que es cierto que, desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie deja de tener su anterior autonomía como derecho real independiente. Ello lo aceptamos. Pero ¿tiene esto un perjuicio negativo? Creemos que no en el plano de lo práctico porque, al fin y al cabo, son los intereses de los sujetos a los que se busca responder; y, si esto se da de mejor manera reubicando un concepto jurídico en un escalón menor en todo el esquema, es preciso hacerlo. Dicho concepto no tiene una importancia en sí misma.

Se nos hace notar que considerar al derecho de superficie una modalidad de propiedad del sobresuelo y/o subsuelo no sería compatible con la definición de este derecho enunciada en el artículo 1030 del Código Civil peruano. Esto porque en dicho artículo quedaría claro que el derecho de superficie implica, más bien, un derecho de propiedad sobre la construcción. No obstante, lo que se propone en el trabajo es una lectura funcional y sistemática de dicho artículo.

Funcional porque el estudio de los intereses que existen sobre el bien –predio– nos permitió en la primera parte del trabajo determinar que no es meramente la construcción lo que resulta útil a los sujetos (puesto que a nadie le bastaría la propiedad de una construcción si no pudiera tener también propiedad sobre los espacios contenidos en dicha construcción). El elemento espacial, además de la construcción, conforma el bien útil en el contexto de la propiedad predial. Ello debe comprenderse al momento de leer el artículo 1030. La propiedad superficiaria no puede recaer (solamente) en la construcción.

También una lectura sistemática nos permite afirmar que la propiedad en el contexto del derecho de superficie no (solo) recae en la construcción, sino (también) en el espacio contenido en el sobresuelo y/o subsuelo. El artículo 885-I describe lo que son los componentes del predio: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Dichos componentes son, en principio, integrantes y no constituyen objetos de derechos singulares. Sin embargo, la separación de propiedades que se produce con el derecho de superficie se funda en lo establecido en el artículo 955 en el que se abre la posibilidad de que el subsuelo y el sobresuelo pertenezcan total o parcialmente a un propietario distinto que el dueño del suelo. En ese sentido, concordando el artículo 1030 con los artículos antes mencionados planteamos en el trabajo que el derecho de propiedad superficial recae no en la construcción, sino también en el sobresuelo y/o subsuelo.

Por otro lado, queremos comentar puntualmente ciertos elementos recogidos de las referencias comparativas hechas en los comentarios. En primer lugar, la posibilidad abierta en el Código portugués de que el derecho de superficie se pueda establecer de manera perpetua constituye una alternativa particularmente interesante que no se presenta en otras legislaciones. En el trabajo no se estudia esta posibilidad debido a que en ese aspecto la norma peruana es clara al establecer el tope máximo de noventa y nueve años. En ello, el Código Civil peruano se aproxima a la concepción de la propiedad que inspiró la codificación europea del siglo XIX. La preponderancia de un derecho de propiedad fuerte y la marginación de desmembraciones eternas de la propiedad fueron una respuesta a la problemática de la *propiedad en manos muertas*.

No obstante, a lo mejor esta disposición del código portugués relativamente joven (1966) recoge una mirada más contemporánea de la propiedad en la que se admite este tipo de limitación a la propiedad privilegiando el poder de los sujetos de conceder las facultades que componen su derecho de la manera que más les convenga. Una opinión similar a la plasmada en dicho código tiene el profesor Martín Mejorada quien considera que la propiedad separada podría perdurar incluso perpetuamente. Cita el profesor Mejorada (2012: 148) el caso del Óvalo Gutiérrez en el que la utilización de la sección superior y de la sección inferior pueden tranquilamente convivir de manera indefinida. Con ello, sería innecesario establecer el tope máximo de noventa y nueve años en favor del propietario del predio.

Aunque esa posibilidad estaría por el momento cerrada en el caso del derecho de superficie, el profesor Mejorada considera que en nuestro sistema podría sostenerse la perpetuidad apelando al artículo 955. Este artículo, en su opinión, no se limita, como se suele afirmar, a la propiedad horizontal y a la superficie, sino que podría incluir otras figuras aún perpetuas en las que los derechos singulares sobre partes integrantes sean económicamente viables. Ello recoge una tendencia en la utilización de nuevas herramientas inmobiliarias que no se previó en la elaboración de los principales códigos civiles europeos.

En lo que respecta al Código Civil italiano, vemos que el autor citado Massimo Bianca adopta también la teoría predominante en Alemania de distinguir la doble composición del derecho de superficie: respecto de la construcción, propiedad superficial y, respecto del suelo, un derecho de construir y mantener una construcción. Por tanto, la crítica hecha en extenso en el trabajo a la doble composición o doble naturaleza del derecho de superficie es de aplicación también a la opinión vertida por Bianca. A guisa de ejemplo, desde nuestro punto de vista, con la superficie lo que se da es una transferencia a título derivativo y no a título originario: el concedente de la superficie transfiere al superficiario el sobresuelo, un bien que es preexistente y de su propiedad de manera previa a la celebración del negocio.

Por otro lado, en cuanto a los casos concretos planteados en los comentarios creemos que justamente pueden encontrar respuestas en el planteamiento formulado. Así, no creemos necesario realizar una independización del terreno para la constitución del derecho de superficie, puesto que, como se explica en detalle en el trabajo, la superficie implica en sí misma una independización del sobresuelo y/o del subsuelo.

De existir un único bien (predio) compuesto por sobresuelo y suelo (olvidándonos momentáneamente del subsuelo), se independiza el sobresuelo, respecto del cual se pasará a tener propiedad separada. De este modo, la respuesta a la pregunta es que un registrador no tendría por qué exigir una independización previa del predio, debido a que con la constitución de la superficie y la apertura de una partida especial, desde nuestro punto de vista, ya se produce una independización registral.

En cuanto a la exigencia de que la habilitación urbana deba inscribirse en la partida registral del predio matriz, creemos que también constituye una mala interpretación de la funcionalidad de los conceptos. El cambio de uso de un inmueble para que pase de rústico a urbano es una circunstancia que debe predicarse del sobresuelo o del subsuelo, porque estos son los segmentos del predio a los que en última instancia se va a dar uso. En ese sentido, (olvidándonos nuevamente del subsuelo) si el sobresuelo ya tiene su partida especial, que es la que se independiza con el derecho de superficie, entonces lo correcto sería que la habilitación se inscriba en la partida de aquello a lo que se va a dar un uso urbano, es decir, del sobresuelo.