

**Pontificia Universidad Católica del Perú**

**Facultad de Derecho**



**Programa de Segunda Especialidad en Derecho Registral**

**Derecho de Superficie, su aplicación conjunta y relación con otras figuras en el  
Derecho Inmobiliario**

**Trabajo Académico para optar el título de Segunda Especialidad en Derecho  
Registral**

**AUTOR**

Gustavo Fernando Yrigoyen Sánchez

**ASESOR**

Javier Mihail Pazos Hayashida

Lima, Diciembre de 2018

## INDICE

RESUMEN .....	3
INTRODUCCION .....	4
Derecho de Superficie, su aplicación conjunta y relación con otras figuras en el Derecho Inmobiliario .....	5
I. Definición y Aspectos Esenciales del Derecho de Superficie .....	5
1. Derecho de Superficie en la legislación Nacional .....	5
2. Análisis Doctrinario.....	13
II. Derecho de Superficie en el Derecho Comparado.....	19
1. Derecho de Superficie en el Código Civil Argentino del 2014.....	19
2. Derecho de Laje (losa) de la Ley 13.465 del 11 Julio de 2017 .....	22
III. Posibilidad de utilización conjunta del Derecho de Superficies y otras figuras del Derecho Inmobiliaria. ....	25
1. Propiedad Horizontal y Régimen de propiedad exclusiva y común. ....	26
2. Derecho de Sobre elevación y sub construcción .....	38
CONCLUSIONES .....	45
BIBLIOGRAFÍA.....	47

## RESUMEN

El presente trabajo pretende en principio identificar los vacíos y limitaciones en la aplicación del derecho de superficie dentro de una concepción y doctrina clásica, sobre todo en lo referente a la posibilidad de su constitución sobre un bien que no sea el “suelo” propiamente dicho, con la finalidad de que esta figura sea aplicable en el sobresuelo extendiendo su campo de utilización.

En segundo lugar buscamos analizar la posibilidad de ampliar este concepto en base al desarrollo de doctrina moderna y al derecho comparado en especial referencia a lo establecido en Código Civil Argentino del 2014 y Derecho de Laje de Brasil.

Como último punto, nuestra hipótesis inicial es que debido a la escasa regulación y desarrollo de una institución como es el derecho de superficie su utilización con otras figuras del derecho inmobiliario, en especial con el régimen de propiedad horizontal se ve limitado, más aun con algunos pronunciamientos del Tribunal Registral, que restringen su constitución. Es por ello que en el presente artículo se trata de analizar la viabilidad práctica del derecho de superficie en uso conjunto con el régimen de propiedad horizontal a su vez que se explora la posibilidad de que el derecho de sobrevuelo o sub construcción sea una opción para conseguir los mismos efectos del derecho de superficie, dado que no tiene un desarrollo profundo en nuestra legislación.

## INTRODUCCION

El desarrollo inmobiliario en nuestro país ha fomentado la utilización de herramientas, modalidades comerciales y figuras legales que cumplan con las necesidades de los proyectos inmobiliarios y que sean sustentables económicamente. Así el derecho de superficie ha sido utilizado cada vez más como instrumento legal para posibilitar y dinamizar el desarrollo del sector inmobiliario teniendo ventajas significativas en comparación a otras figuras legales, resultando una modalidad más atractiva económicamente.

Si bien el uso del derecho de superficie en nuestro país actualmente es usado en su mayoría para la construcción de centros comerciales y malls, su uso no se restringe únicamente a este ámbito pudiendo usarse para la explotación de infraestructura en el sector industria y para la generación de viviendas, condominios y oficinas. En especial atención a esta última posibilidad, la construcción de complejos de viviendas, condominios y oficinas bajo el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, posibilidad desarrollada y explotada con mayor amplitud en otros países y con un potencial alto en el nuestro, es que se abren una serie de preguntas, vacíos legales y complicaciones al momento de la inscripción de las unidades inmobiliarias bajo este régimen en el marco de un derecho de superficie.

En un contexto de desaceleración del sector inmobiliario con las respectivas implicancias económicas que ello conlleva, la utilización de la superficie como modalidad para dinamizar el sector disminuyendo costos, adecuándose a las características temporales de determinados proyectos y pudiendo a su vez servir de garantías y apalancamiento económico hace de esta modalidad una que merece un estudio y desarrollo más profundo. Aún más tomando en cuenta el desarrollo casuístico que nuestro tribunal registral viene dando limitando su constitución y aplicación conjunta con otras figuras jurídicas.

Es por ello que en el presente artículo se trata de analizar la viabilidad práctica del derecho de superficie en uso conjunto con el régimen de propiedad horizontal a su vez que se explora la posibilidad de que el derecho de sobrevuelo o sub construcción sea una opción para conseguir los mismos efectos del derecho de superficie, dado que no tiene un desarrollo profundo en nuestra legislación.

## **Derecho de Superficie, su aplicación conjunta y relación con otras figuras en el Derecho Inmobiliario**

### **I. Definición y Aspectos Esenciales del Derecho de Superficie**

#### **1. Derecho de Superficie en la legislación Nacional**

Es necesario comenzar el presente análisis por la revisión de lo que nuestra legislación indica respecto al derecho de superficie, no solo para analizar lo que nuestro marco legal desarrolla, sino también para situarnos en la funcionalidad práctica, necesidad que se buscó cubrir y contexto en el que fue contemplado.

##### **1.1. Derecho de Superficie en el Código Civil Peruano**

Antes de pasar al análisis de lo que nuestro actual código civil desarrolla respecto al Derecho de Superficie, es importante señalar sus antecedentes en los anteriores códigos.

Así tenemos que en el Código Civil de 1852 no se recogió propiamente el derecho de superficie, sin embargo se comenzó a dar uso a una modalidad que tenía efectos similares bajo el nombre de “concesiones administrativas”, al respecto Romero Romaña nos indica la funcionalidad de esta figura:

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

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

Es el Código de 1936 el que norma por primera vez la figura del Derecho de Superficie, pero no lo hace como un derecho autónomo sino como una modalidad del derecho real de usufructo, denominándolo “Usufructo sobre tierras edificables”, a continuación recogemos lo que el código de 1936 señalaba:

Artículo 958. Por acto entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efecto de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante.

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

Mediante estos dos artículos, nuestro anterior código introducía esta figura que aunque no de manera independiente, en ella ya se podía identificar los rasgos esenciales del derecho de superficie, con las limitaciones y poco desarrollo de la época. Cabe destacar que de esta redacción se plasmaría posteriormente el plazo máximo del derecho de superficie, así como su ámbito de aplicación siendo este solo para edificaciones y por tanto para predios urbanos.

De lo señalado podemos evidenciar, que previo a nuestro actual Código Civil el desarrollo del Derecho de Superficie no fue recogido a cabalidad. Sin embargo el comienzo del desarrollo inmobiliario y estructuras de negocio con algo más de complejidad ya hacia avizorar figuras que pudieran cumplir funciones semejantes, pero aun de forma muy general. Teniendo como base lo contemplado como “Usufructo sobre tierras edificables”, en el anterior Código Civil, el Código de 1984 incorpora definitivamente el Derecho de Superficie, respondiendo a las necesidades de su propio contexto.

Nuestro actual Código Civil sitúa al derecho de superficie, dentro del Libro Quinto como un derecho real. Es importante mencionar en este punto, que nuestro código civil ha optado por un sistema de *numerus clausus* de los derechos reales reconocidos, es decir la reserva legislativa de la creación de derechos reales, tal como se indica en su Art. 881, siendo considerados como tal, solo aquellos señalados en el mismo C.C. y en otras leyes. Es pertinente indicar que esta concepción ya había sido desarrollada en el Código Civil de 1936 en donde en su artículo 852 se indicaba: “por los actos jurídicos sólo pueden

establecerse los derechos reales conocidos en este código”. Ello acarrea que los derechos reales, entre ellos el derecho de superficie, se rigen por sus propias reglas que se encuentran ya sea en el Código Civil o en alguna norma especial.

Una vez mencionado ello, nuestro Código Civil en su Art 1030 define al derecho de Superficie indicando lo siguiente:

“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”.

De este primer acercamiento podemos extraer algunos elementos sustanciales como son la temporalidad y el derecho separado del suelo y lo construido en el sobre suelo y el subsuelo. Sin embargo más allá de ello, el código en conjunto solo dedica cinco artículos al desarrollo de este derecho real, limitándose a desarrollar temas generales para una figura que por su misma naturaleza puede generar múltiples variantes en su aplicación. Los elementos y características recogidas en nuestro código serán materia de análisis en un acápite posterior en donde evidenciaremos su paralelo con la doctrina mayoritariamente aceptada.

A falta de normativa especial que desarrolle de manera más profunda el tema, comentaremos las normas que abordan de manera tangencial el derecho materia de nuestro análisis.

## **1.2. Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios: Res. N° 097-2013-SUNARP/SN.**

El aspecto registral del derecho de superficie se encuentra regulado en el Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. El Art. 141 indica que la inscripción del derecho de superficie generara la apertura de una partida especial en donde contendrá:

- Mención expresa de que se trata de una partida especial de superficie e indicando la partida sobre la cual recae la misma.
- Especificar si el derecho de superficie se concede en el sobresuelo o en el subsuelo.
- Plazo de duración
- Si la superficie se da a título gratuito u oneroso.

- Nombre del titular del derecho de superficie.
- Traslado de las cargas y gravámenes registrados.

Sobre lo señalado se debe destacar la independencia que el registro le da al derecho de superficie al inscribirse en una partida independiente, esto resulta lógico puesto que la superficie genera un derecho de propiedad independiente al propietario del predio con la respectiva potestad de inscribir cargas o gravámenes sobre esta partida.

Tal cual señala el Art. 142 del Reglamento esto se da con la apertura de una partida especial correlacionada a la del predio, que será la del derecho de superficie. Así también en la partida del predio original se extenderá una anotación de correlación en donde se indicara la existencia e información de la superficie. Por su parte la extinción del derecho de superficie ocasionara el cierre de la partida especial, procediendo también la anotación en la partida del predio, en que se deje constancia de dicho cierre (Art 143 del RIRP).

Otro elemento a destacar es que nuestra regulación no prevé a la inscripción del derecho de superficie como un elemento constitutivo del mismo (como en el caso de la hipoteca por ejemplo) a diferencia de otros ordenamientos como en el caso de España en que es una formalidad de la cual depende su constitución, así tenemos, en la regulación española que en el Artículo 40.2 del TRLS-2008 indica “ Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de esta en el Registro de la Propiedad (...)”.

Sin embargo pese a que la inscripción no sea constitutiva, es necesaria para lograr el efecto de separación del suelo con lo edificado o posibilidad de edificar) y que esto sea eficaz. Luis Del Risco lo explica de la siguiente manera:

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

prediales, en buena cuenta, importa inscribir el acto de división inmobiliaria. (DEL RISCO SOTIL, 2017, pág. 226)

Siendo así podemos concluir que si bien el derecho de superficie nace por el acuerdo entre partes (contrato) su inscripción le otorga eficacia real a los efectos de separación de propiedad entre suelo y lo construido por lo cual se hace necesaria. Vemos nuevamente que el derecho de superficie es una figura en donde la funcionalidad práctica prevalece sobre una concepción o regulación teórica.

### **1.3. Ordenamiento Nacional respecto a la disposición de Bienes Estatales**

Es importante señalar que dada la ventaja que ofrece el derecho de superficie para la utilización y explotación de los predios y su valorización, esta figura no solo ha sido usada por los privados, sino que el Estado también le ha encontrado ventajas en su utilización sobre los predios de su propiedad. Esto ha motivado que se tenga que emitir regulación especial para posibilitar la utilización de esta figura con las limitaciones y procedimientos inherentes a los bienes del Estado.

Así tenemos la Ley 29151: Ley General de del Sistema Nacional de Bienes Estatales, su Reglamento D.S. 007-2008 Vivienda y la Directiva N° 007-2004/SBN: Procedimiento para la constitución de derecho de superficie en predios de dominio privado del Estado, establecen las reglas y procedimientos aplicables para la constitución del derecho de Superficie en predios estatales.

En este apartado haremos énfasis en las diferencias que brindan estas normas en relación a la regulación general del derecho de superficie, siempre entendiendo que su razón de ser es la situación especial de los bienes estatales.

Empezaremos por mencionar el acercamiento que la Directiva N° 007-2004/SBN hace del Derecho de Superficie en relación a los Predios Estatales, en donde indica lo siguiente:

- 2.1.6 Por el derecho de superficie, el Estado, en su condición de propietario del inmueble, constituye sobre él, un derecho temporal a favor de personas naturales o jurídicas de derecho privado (superficiario), facultados a tener y mantener edificaciones en propiedad (propiedad superficiaria) sobre el

mismo suelo o por debajo de él, el cual deberá ser inscrito en el Registro Público correspondiente y en el Sistema de Información Nacional de los Bienes de propiedad Estatal - SINABIP.

El otorgamiento del derecho de superficie no limita la facultad de libre disposición del inmueble.

- 2.1.7 Con la constitución del derecho de superficie, el superficiario adquiere un derecho real enajenable, gravable y transmisible, manteniendo una edificación en propiedad separada, por encima o debajo del suelo.

La Directiva repite los elementos identificadores del derecho de Superficie como son su identificación como derecho real, la propiedad separada del suelo y lo construido, la temporalidad y añade además la necesidad de inscripción, desarrollo que va más allá de lo contemplado en el Registro de Predios. En concordancia con ello la misma Directiva indica:

- “2.1.8 El derecho de superficie se constituye respecto de los inmuebles debidamente inscritos, así como saneados física y legalmente.”

Resulta razonable en este contexto indicar que habiendo establecido la obligatoriedad de inscribir el derecho de superficie, sea necesario que los predios sobre los que se constituya deban estar inscritos y saneados. Ello no resulta restrictivo ni limitante tomando en cuenta las normas especiales de saneamiento para el caso de bienes estatales, pero si resulta una especificación a resaltar respecto a la regulación general, en cuanto adecua la figura a una utilización concreta.

Otra distinción importante entre el derecho de superficie en su regulación general y la regulación en bienes estatales, tiene que ver con la finalidad para la que se otorga. Mientras que en el ámbito privado va a tener una funcionalidad económica y de puesta en valor del bien, desde la perspectiva estatal va a responder además de ello al cumplimiento de una finalidad pública concreta, establecida por el ente que la otorga, o a facilitar esta (por lo menos en principio). Ello queda evidenciado en el Art. 84 del Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales en donde se establece:

#### Art. 84.- De las modalidades de constitución

La constitución directa del derecho de superficie puede efectuarse siempre y cuando exista posesión mayor a dos (2) años o se sustente en proyectos de inversión orientados a un aprovechamiento económico y social del bien, debidamente aprobados por la entidad competente.

Entre entidades públicas conformantes del Sistema Nacional de Bienes Estatales podrá otorgarse el derecho de superficie de manera directa para el cumplimiento de la función pública que tienen asignada o el desarrollo de programas o proyectos de inversión vinculados a sus respectivas competencias.

Lo señalado justifica la diferencia entre lo regulado en el Código Civil y la regulación especial analizada en lo que respecta a la subsistencia del derecho de superficie ante la destrucción de lo construido o incluso ante la no construcción. El código civil señala de manera expresa que la destrucción de lo construido no extingue el derecho de superficie otorgándole una doble naturaleza, por un lado el derecho de construir y por otro la propiedad de lo construido, lo cual desarrollaremos más adelante en el presente trabajo. Por el contrario en el caso de la constitución de superficie en bienes estatales la Directiva N° 007-2004/SBN indica:

- 2.1.12 El superficiario está obligado a realizar la construcción, vinculada con el derecho de superficie otorgado, dentro del plazo pactado para su ejecución, bajo sanción de resolución del contrato por parte de la SBN o de la entidad titular del inmueble (...)

Así mismo, tanto el Reglamento del Sistema Nacional de Bienes Estatales en su Art. 86, e y la Directiva N° 007-2004/SBN en su numeral 2.1.15, d contienen casi la misma redacción al indicar como uno de los supuestos de extinción del derecho de superficie “La destrucción del proyecto siempre que el superficiario manifieste incapacidad o falta de voluntad para sustituir la obra destruida”

De forma similar el Artículo 87, b del Reglamento y el numeral 2.1.16, b de la directiva regulan las causales de suspensión del contrato de superficie teniendo nuevamente casi idéntica redacción estipulando como una de las causales “La destrucción parcial del

proyecto por causa no imputable al superficiario, de modo que resulte imposible su utilización por período determinado en los términos señalados en el Contrato.”

Como se puede apreciar el derecho de superficie en estos casos se encuentra condicionado a la realización de obra y su mantenimiento y posibilidad de utilización dado que los bienes estatales deben buscar el cumplimiento del fin para el cual son dispuestos. Observamos como nuestro ordenamiento ha adaptado la figura del derecho de Superficie para cumplir con la naturaleza y finalidad de los bienes estatales, sin por ello desnaturalizarla y haciéndola viable para los fines concretos requeridos.

#### **1.4. Antiguo Reglamento de Construcción**

Otra referencia en nuestro ordenamiento respecto al Derecho de superficie, la podemos encontrar en el ya derogado Reglamento Nacional de Construcciones aprobado mediante D.S 039-70-VI y D.S. 063-70-VI, que en su Título II, Capítulo VII: Habilitación para uso recreacional con vivienda (Tipo Club) en lo que respecta a las exigencias de tipo legal señala:

##### ***II-VII-6 Exigencias de Tipo Legal***

*II-VII-6.1.- Se establece condominio sobre la propiedad del terreno, entre socios, con arreglo a lo dispuesto en el numeral II-VII-6.7. Se podrá individualizar las unidades de vivienda en los Registros Públicos, dentro de la partida matriz de inscripción del terreno, señalando los datos correspondientes a la fábrica, sin independizar el terreno que ocupa. El propietario de la fábrica podrá registrar su dominio sobre la misma.*

El desarrollo de la norma citada describe una modalidad especial para la habilitación para uso recreacional con viviendas o denominadas tipo club, esta modalidad tiene características comunes con el derecho de superficie las que a continuación pasamos a analizar:

- Propiedad del Terreno separada de lo construido (fábrica): Por un lado se establece que la propiedad del terreno queda en condominio entre los socios, es decir queda asignado como un bien que pueda ser aprovechado para el establecimiento sobre él, de áreas exclusivas y comunes, similar a lo que sucede con el terreno de una edificación sujeta al régimen de propiedad horizontal

actualmente. Mientras que a las unidades de vivienda se les permite, ser individualizadas distinguiendo lo construido (fabrica) y con ello asignándole propiedad exclusiva diferente al terreno lo cual podría ser inscrito.

- Inscripción de edificación separada del suelo: A las unidades de vivienda de propiedad exclusiva se les posibilitaba, en primer término, ser individualizadas describiendo lo edificado (fabrica) y con ello distinguiéndola aun dentro de la partida matriz del terreno, pero reconociéndoles dominio particular. En segundo lugar este dominio sobre lo construido podía ser inscrito generando una partida diferente pero correlacionada a la partida del terreno. Esto es similar a la apertura de una partida especial para la inscripción del derecho sobre lo edificado en base a un derecho de superficie.

Si bien lo analizado en el antiguo reglamento de construcción en el apartado comentado, no es en estricto la institución de un derecho de superficie, si nos brinda una idea de la necesidad que ya en ese tiempo se venía dando de figuras como esta, en que confluyera de un lado la separación del suelo y lo edificado y del otro una técnica registral que permita su utilización práctica.

Cabe indicar que más allá de lo regulado en los artículos del Código Civil y las normas comentadas, el derecho de superficie no es tocado ni desarrollado de manera especial en otra normativa en nuestro país por lo que este primer acercamiento es insuficiente para comprender esta figura y será necesario revisar la doctrina para completar el concepto y sus formas de utilización.

## **2. Análisis Doctrinario**

### **2.1 Derecho de Superficie en la Doctrina Clásica**

Así mismo, en cuanto al desarrollo doctrinario respecto al derecho de superficie este contiene múltiples definiciones, sin embargo recogeremos un par de definiciones clásicas las cuales nos darán luces sobre su concepción y características especiales.

La primera definición que recogemos es la emitida por Manuel Albaladejo la cual indica:

El derecho real de superficie es el poder de tener edificación (o plantación) en terreno ajeno o bien el de levantar y mantener aquella en este. (...) Mas 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 a tener en terreno ajeno una edificación de nuestra propiedad. La propiedad del suelo, propiedad normal, gravada con aquél. Y la de la construcción, propiedad superficiaria. (ALBALADEJO, 2004, págs. 680,681)

Esta definición nos da los primeros elementos que constituyen la base del derecho de superficie, considerándose un derecho real que implica el poder de mantener un derecho diferente ente el suelo y lo construido. Además justifica la relación suelo y derechos de construir, esta capacidad y relación la analizaremos con mayor profundidad más adelante.

La segunda definición que tomaremos para el presente análisis es la de Cárdenas Quirós que nos brinda más elementos que completan la definición brindada, así nos señala:

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

Esta definición trae consigo los elementos ya anteriormente expuestos y añade unos más de ámbito general, el mismo autor antes citado reconoce 3, siendo estos (CARDENAS QUIROS, El Derecho Real de Superficie, 1983, pág. 11):

- i) Derecho real enajenable y por tanto gravable y transmisible.
- ii) Derecho temporal
- iii) Derecho de tener y mantener una edificación en propiedad separada del suelo.

i) Sobre el primer elemento debemos indicar que bajo un análisis sistemático de lo previsto en el Código Civil el derecho de superficie es considerado un derecho real, ello ya que el Código Civil en su Libro Quinto desarrolla los principales derechos reales siendo estos: Posesión, Propiedad, usufructo, uso y habitación, superficie y

servidumbre. Como vemos entonces el Código Civil otorga la categoría de derecho real a la superficie con la correspondiente regulación propia y especial.

En cuanto a la transmisibilidad el Art 1031 del CC establece que la constitución del derecho de superficie supone un acto entre vivos o por testamento, es decir que puede darse por acuerdo entre propietario del suelo y superficiario en cuyo caso se dará de forma originaria pero además establece la posibilidad de que sea transmisible *mortis causa*. La transmisibilidad del derecho de superficie, según el mismo artículo comentado, queda limitada siempre a que no haya prohibición expresa, entendiéndose esta por una limitación en el acuerdo de quienes lo constituyen, una limitación legal o una disposición por voluntad del causante en el caso de constitución vía testamento.

ii) Sobre el segundo elemento, es decir el de temporalidad, debemos indicar que si bien el legislador ha dejado a libre voluntad de las partes con un margen amplio el tiempo de duración de la superficie, no ha sido su voluntad que esta se constituya en una de disgregación de la propiedad de carácter permanente. Y esto es entendible y doctrinariamente correcto ya que esto último significaría una disgregación perpetua del pedio (suelo y construcción) sustrayéndole la posibilidad de explotación y utilización, tomando en cuenta que el predio sin el sub suelo y sobre suelo carece de utilidad práctica. Por ello con el fin de no desmembrar los derechos sobre la propiedad de forma perpetua es que se solicita que tenga un periodo límite, así sea este muy amplio, que a la vez permita el desarrollo de proyectos inmobiliarios a largo plazo.

iii) El tercer y último elemento es el que merece una mayor atención, el derecho de tener y mantener una edificación en propiedad separada del suelo. Implicaría por un lado el derecho de construir sobre suelo (bien) ajeno y por otro la propiedad de lo construido es decir la propiedad superficiaria. Al respecto Alejandro Borzutzky señala:

Una cosa es el derecho de superficie que es la expresión de aquella relación jurídica que permite al superficiario tener o mantener en terreno de otro la propiedad de la edificación, y otra, es la propiedad de esta edificación cuya existencia hace posible el derecho de superficie, y que, por esto, se denomina propiedad superficiaria. No es que el derecho de superficie tenga una doble naturaleza, unas veces la propiedad de una edificación y otras el derecho a tener esta propiedad en terreno ajeno, pues lo primero es la propiedad superficiaria, y lo

segundo es propiamente el derecho de superficie. (BORZUTZKY ARDITI, 1972, pág. 19)

De lo referido se explica la necesidad de contar con ambos derechos para que se pueda obtener los efectos plenos deseados en el derecho de superficie tal y como lo entendemos. Por un lado el derecho que habilite al superficiario a construir sobre un bien ajeno, sobre el cual aún no ejerce propiedad. Y una vez realizada la construcción el derecho de propiedad de esta misma. Esta doble composición no resulta ser meramente teórica sino que responde a dar sustento a una necesidad funcional y esta es el derecho que tiene el superficiario previo a la construcción, ya que no sería factible un derecho de superficie que solo pudiera ser oponible recién una vez realizada la declaratoria de lo construido.

Distinguir esta doble vertiente del derecho de superficie, sustenta además la relación en que se encuentra el suelo y la propiedad superficiaria en el sentido de que el derecho de tener una propiedad en terreno ajeno (relación jurídica y derecho de superficie en sentido estricto) es el sustento jurídico de la propiedad superficiaria. Es decir la propiedad superficiaria depende para su existencia de un derecho sobre cosa ajena constituido previamente.

Esta dualidad en el derecho de superficie es recogida por diferentes autores y es reconocida mayoritariamente por la doctrina y en nuestro código civil se deriva del Art. 1033 en donde se indica que el derecho de superficie subsiste aun ante la destrucción de lo construido. Por lo cual de una interpretación sistemática con el Art 1030 (en que se expresa la propiedad de lo edificado) nos lleva a reconocer la existencia por separado de los dos derechos analizados con anterioridad.

Al respecto Manuel Albadejo nos brinda una explicación a lo sucedido en esta disgregación de la propiedad:

El derecho del derecho de superficie, se puede deber: bien a que el principio de accesión no funcione porque sufra una excepción, y la propiedad del suelo no se extienda a lo construido; bien a que la ley permita que el que ya es dueño de un edificio juntamente con su correspondiente terreno pueda desglosar jurídicamente el total en dos, dando vida a dos cosas –físicamente unidas, pero jurídicamente distintas-: el terreno y la construcción. Y retenga una, enajenando la otra o enajene las dos (así, a dos personas distintas). (ALBALADEJO, 2004, pág. 681)

Con lo señalado se da sustento a los dos aspectos del derecho de superficie presenta, el poder de tener una edificación en terreno ajeno y el poder de ser propietario de lo edificado. Manuel Albaladejo da un paso más, no solo desarrollando esta doble composición sino intentando profundizar en su fundamento nos señala:

(...) 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 aquélla 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 aquél. Y la de la construcción, propiedad superficiaria (porque no ahonda más allá de la superficie) (ALBALADEJO, 2004, pág. 207)

De lo señalado, el profesor Albaladejo sustenta además la doble naturaleza del derecho de superficie en la necesidad de que lo edificado por el superficiario tenga un sustento físico en el suelo en propiedad del que otorga la superficie.

## **2.2. Nueva propuestas doctrinales del Derecho de Superficie: Derecho sobre el sobresuelo /subsuelo**

Si bien esta concepción de necesidad de soporte físico del derecho de superficie sobre el suelo, es el vínculo que doctrinariamente ha unido la concepción de suelo y derecho de superficie. Desde nuestro punto de vista no termina siendo concluyente puesto que no se termina de justificar porque este soporte físico tiene que estar ligado directamente al terreno, más aun que en la actualidad el desarrollo de complejos inmobiliarios y estructuras de negocios cada vez más complejas, que han dejado de tener muchas veces al suelo como elemento de soporte para unidades inmobiliarias requieren una figura jurídica que pueda posibilitarlas.

Debemos señalar también que recientemente se han propuesto concepciones más amplias del derecho de superficie, dejando de lado la construcción compleja de la doble naturaleza del derecho de superficie en pro de una concepción más simple que pueda ser viable. Es así que se propone al derecho de superficie como un derecho que recae en el sobresuelo o subsuelo otorgándoles propiedad, independientemente del suelo, simplificando según señala la naturaleza jurídica de la figura. (FERNANDEZ SALAS, El Derecho Real de

Superficie: Redefinición como modalidad del Derecho de Propiedad. , 2013, págs. 113-115)

Lo señalado encuentra sustento en nuestra legislación en el Art. artículo 955 de nuestro Código Civil en donde se indica: "El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo".

En esta misma línea, entre las posturas en torno al objeto del derecho real de superficie desarrollada por la doctrina argentina tenemos:

(...) 4) Desde otro punto de vista, también puede pensarse que ambos planos del derecho de superficie tienen por objeto un inmueble propio. Para esta postura, el objeto del derecho de superficie radica en una parte determinada del inmueble: el espacio (o la superficie) ubicado sobre el emplazamiento, ya sea que el inmueble esté construido o forestado (propiedad superficiaria), en cuyo caso el objeto será lo que sea que se ubique en ese espacio, o el volumen donde se tenga derecho de construir o forestar (derecho de construir o forestar), si dicho espacio está vacío.

5) Por último, otra posible línea de ideas sería que el derecho de superficie, en sus dos planos –tanto el derecho de construir o forestar y la propiedad superficiaria tiene naturaleza mixta. En ambos casos se trataría de un derecho real sobre inmueble propio, al que generalmente se le suma un derecho real sobre inmueble ajeno. (...)

Consideramos que la clave para dilucidar este tópico radica en el concepto de "espacio" y si éste como tal puede ser objeto de los derechos reales. – Si se entiende que el espacio aéreo puede ser objeto de los derechos reales, entonces se podría decir que el derecho de construir o forestar es un derecho real sobre cosa propia (postura 4) o que el derecho de superficie en sus dos planos es un derecho de naturaleza mixta (postura 5). (LINARES DE URRUTIGOITY, 2015, pág. 45)

Cabe indicar que estas dos posturas fueron recogidas en Argentina en su momento en la Ley 25509 Ley del Derecho Real del Derecho de Superficie Forestal, que en su Art 2 contemplaba al derecho de superficie como un derecho real sobre cosa propia.

Tal como lo señala Linares la principal objeción que ha existido en el mundo jurídico para sostener que el espacio no puede ser considerado objeto de los derechos reales es que éste no es una cosa que exista materialmente. (LINARES DE URRUTIGOITY, 2015, pág. 47)

Estas propuestas, evidencian como la figura del derecho de superficie permite un desarrollo que supere a su vinculación con el concepto de suelo.

### **2.3. Elementos Constitutivos: Elemento Personal y Real del Derecho de Superficie.**

Por otro lado y siguiendo el desarrollo de Carlos Quirós este identifica dos elementos adicionales en cuanto a su constitución siendo estos:

i) Elementos personales, entendidos estos como la relación entre el concedente y el superficiario. Se indica que: “Siendo la constitución del derecho de superficie un negocio de tipo dispositivo, el concedente deberá ser propietario de la finca sobre o bajo la cual se constituirá dicho derecho, tener poder de disposición sobre la misma y como es natural plena capacidad de ejercicio.” (CARDENAS QUIROS, Estudios de Derecho Privado I, 1994, pág. 197)

ii) Elementos Reales, siendo estos por un lado la finca sobre o bajo la cual recae dicho derecho y por otro la edificación o construcción en caso existiera al tiempo de constituirse el derecho, o el espacio indispensable para desarrollarla. (CARDENAS QUIROS, Estudios de Derecho Privado I, 1994, pág. 199)

## **II. Derecho de Superficie en el Derecho Comparado**

### **1. Derecho de Superficie en el Código Civil Argentino del 2014**

El Código Civil y Comercial Argentino, aprobado por ley 26.994 y promulgado según decreto 1795/2014, también contempla y moderniza el Derecho de superficie para viabilizar su práctica y para regular su utilización.

Así se define al derecho de superficie en su Art. 2114, donde se señala:

Artículo 2114. Concepto El derecho de superficie es un derecho real temporario, que se constituye sobre un inmueble ajeno, que otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o

construir, o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo, según las modalidades de su ejercicio y plazo de duración establecidos en el título suficiente para su constitución y dentro de lo previsto en este Título y las leyes especiales.

De la definición planteada podemos identificar las siguientes características en comparación con nuestro ordenamiento:

**a. Derecho real:** al igual que en nuestro ordenamiento, el código civil argentino opta por un sistema de numerus clausus el cual es enumerado en su art 1887 y el cual incluye el derecho de superficie.

**b. Otorga el derecho de Construir, Plantar o forestar:** A diferencia de nuestro ordenamiento en que solo se puede otorgar Derecho de Superficie para Edificar, el código Civil Argentino regula de manera explícita una situación que en la realidad comercial y contractual se venía dando en cuanto al uso del Derecho de superficie para plantaciones o forestación. Ello amplía su posibilidad de uso, ya no solo a predios urbanos, ni a fines de desarrollo meramente urbanísticos, sino que posibilita diferentes proyectos de desarrollo que pueden verse posibilitados bajo esta figura. Para ello se los incluye en un marco regulado como es código civil y se deja de lado normas especiales (como por ejemplo la ley de superficie forestal) que en su momento se dieron para posibilitar este tipo de utilización. Este avance y expansión de la concepción del derecho de superficie no hace más que evidenciar la evolución de esta figura en base a su utilización práctica.

**c. Temporal:** el plazo es dispuesto por el Art. 2117 en donde se hace una distinción entre construcciones que tendrán un plazo máximo de 70 años, forestaciones y plantaciones en cuyo caso se establece un plazo máximo de 50 años.

**d. Se constituye sobre un inmueble ajeno:** La definición ofrecida por el artículo comentado no hace mención al suelo como elemento que determine sobre que se constituye derecho de superficie. Por el contrario indica claramente que se constituye derecho de superficie sobre bien inmueble, dejando la posibilidad de que este no sea el suelo propiamente dicho.

Adicionalmente el mismo artículo menciona más adelante: “otorga a su titular la facultad de uso, goce y disposición material y jurídica del derecho de plantar, forestar o construir,

o sobre lo plantado, forestado o construido en el terreno, el vuelo o el subsuelo” (lo subrayado es nuestro)

Se puede evidenciar la voluntad del legislador argentino de no limitar la constitución del derecho de superficie simplemente al suelo sino que posibilita constituir derecho sobre lo construido.

En concordancia con ello, consideramos que el Art 2115 y 2116 deben interpretarse conjuntamente en la parte correspondiente donde señalan:

“Artículo 2115. (...) También puede constituirse el derecho sobre plantaciones, forestaciones o construcciones ya existentes, atribuyendo al superficiario su propiedad.”

“Artículo 2116. El derecho de superficie puede constituirse sobre todo el inmueble o sobre una parte determinada, con proyección en el espacio aéreo o en el subsuelo, o sobre construcciones ya existentes aun dentro del régimen de propiedad horizontal. (...)”

De la redacción de los artículos citados se evidencia que más que vincular el derecho de superficie con una concepción anclada como es el suelo, lo que se busca es posibilitar el desarrollo de proyectos inmobiliarios en sus diferentes formas y adaptándose a las necesidades de estos en base a una figura cada vez más usada debido a sus ventajas y características especiales. Para ello solo se indica que debe recaer sobre un bien inmueble, abandonando la concepción de “suelo” como indesligable a este derecho real y por el contrario a través del Art. 2115 y 2116 se posibilita explícitamente su constitución sobre una parte determinada de un inmueble o construcciones ya existentes cerrando el círculo y abriendo un abanico de posibilidades para su utilización.

Por último y estrechamente ligado con lo antes señalado el Art. 2118 indica: “Están facultados para constituir el derecho de superficie los titulares de los derechos reales de dominio, condominio y propiedad horizontal.”. Como vemos nuevamente se trata de excluir de la redacción el término “suelo” o “propietario del suelo” como elemento esencial para la constitución del derecho, sino que se amplía los legitimados a constituir esta figura en base a sobre qué bien recaiga el derecho de superficie. La redacción no deja dudas al señalar tanto a titulares de bien inmueble, copropietarios y propietarios en un régimen de propiedad horizontal.

Con este breve desarrollo queremos evidenciar las diferencias más significativas de la regulación el Código Civil Argentino de 2014 en relación con nuestro propio Código Civil. La comparación con un código pensado para su aplicación y vigencia en nuestros tiempos con el dinamismo en el desarrollo de proyectos inmobiliarios y con las diferentes modalidades en las que se puede emplear esta figura nos lleva a pensar que la aplicación del derecho de superficie ha evolucionado, desde la visión con la que fue redactado nuestro código.

## **2. Derecho de Laje (losa) de la Ley 13.465 del 11 Julio de 2017**

Mediante la ley 13.465 emitida con fecha 11 de Julio el 2017 se modificó el Código Civil de Brasil y se incorporó un nuevo derecho real al art. 1.225 del Código Civil: el derecho real de losa. Este derecho real consiste en la posibilidad de coexistencia de unidades inmobiliarias autónomas de titularidades distintas sobre una misma área, permitiendo al propietario la cesión de la superficie de su construcción, a fin de que tercero edifique una unidad inmobiliaria distinta de la construida originalmente sobre el suelo. Este derecho abarca el espacio aéreo o el subsuelo de terrenos públicos o privados, tomados en proyección vertical, como unidad autónoma.

Así en su art. 1.510-A del Código Civil pasó a prever que el propietario de la construcción base podrá ceder la superficie superior o inferior de su edificación para que el titular del derecho mantenga unidad distinta de la originalmente construida sobre el suelo, la cual abarcará el espacio aéreo o el espacio el subsuelo de terrenos públicos o privados, tomados en proyección vertical, excluidas las demás edificaciones no pertenecientes al propietario de la construcción base. En ese sentido, en relación a la construcción sobre elevada, el titular de la construcción podrá de ella usar, gozar y disponer, inscribiendo su derecho en matrícula propia, del mismo modo, responderá por los cargos y tributos incidentes sobre su unidad. Se mantiene la previsión de que el derecho de laje no implica asignación de fracción ideal sobre el suelo o cualquier tipo de participación en construcciones ya concluidas. Así también mediante El art. 1.510-A, 6º se posibilita la constitución de sobre elevaciones sucesivas superpuestas, para ello se ha señalado que es necesario la anotación de la construcción del piso que sostendrá el derecho de laje que se pretende inscribir, como podemos evidenciar este derecho se sostiene sobre el inmueble que brinda el derecho, dejando de lado la idea de suelo como elemento principal.

Como podemos apreciar de la definición dada en la legislación brasileña el Derecho de Laje guarda varios elementos comunes con el derecho de superficie que venimos analizando. Así la cesión ya sea del sobrevuelo o subsuelo de un bien inmueble para la edificación y posibilitar mantener una unidad inmobiliaria independiente de un distinto titular, en la práctica tiene una finalidad similar a la de la superficie. Así también lo reconoce parte de la doctrina brasileña indicando, que en sustancia el derecho de Laje no es sino una modalidad del derecho de superficie el cual ya tiene desarrollo en su legislación, por lo cual se debió desarrollar dentro de esta figura, buscando su adaptación y actualización sin la necesidad de crear un derecho real autónomo. (ALBUQUERQUE JÚNIOR, 2017). En la misma línea Carlos Eduardo Elias de Oliveira señala lo siguiente: “la proximidad ontológica de las figuras es inminente, de manera que, cuando el jurista se enfrenta a alguna laguna legal en el tratamiento del nuevo derecho real, será plenamente viable servirse, por analogía, de normas destinadas al derecho real de superficie.” (ELIAS DE OLIVEIRA, 2017, pág. 7)

Independientemente de las diferencias prácticas y teóricas entre el Derecho de Laje y el de Superficie, que desarrollaremos más adelante, queremos hacer especial énfasis en la forma en que ha sido pensado este derecho y su redacción en su respectivo desarrollo normativo. Así tenemos que el Derecho de Laje se desarrolla como respuesta a una realidad de desarrollo urbano, en tanto este desarrollo se venía dando mediante la construcción superpuesta de viviendas pero independientes entre sí. Generando un régimen no previsto en su ordenamiento hasta ese momento, lo cual a su vez generaba una limitación en el derecho de propiedad y el desaprovechamiento de unidades inmobiliarias que en la práctica eran de titularidades independientes situación que su regulación no era capaz de reconocer y aprovechar, limitando su puesta en valor.

Teniendo en mente ese contexto, la conceptualización y redacción del derecho de Laje está orientado a no aferrarse a una vinculación directa al suelo o terreno, sino más bien a posibilitar y regularizar la construcción de un inmueble sobre otro, teniendo como base para su constitución la superficie del bien inmueble (inmueble base) y no al suelo propiamente dicho. Esto se evidencia no solo de la redacción de la norma sino que más adelante se posibilita la constitución de sobre elevaciones sucesivas. Tenemos entonces que el legislador brasileño libera a esta figura de la vinculación al terreno como elemento limitador y más bien posibilita su constitución sobre la base de un bien inmueble que debiera ser quien lo constituya.

## Diferencias con el Derecho de Superficie

El legislador brasileño ha querido separar y diferenciar el Derecho de Laje de otros Derechos reales entre ellos el de Superficie. Como se ha mencionado anteriormente esta posición ha sido criticada desde la doctrina, puesto que se considera que en puridad se está empleando una modalidad del derecho de superficie, cabe entonces preguntarnos ¿porque se ha optado por un desarrollo diferenciado? Ello debe entenderse en parte, debido a que el alcance del Derecho de Superficie en la legislación brasileña es aun limitado, así tenemos que este solo es contemplado para posibilitar edificaciones de sobresuelo quedando excluidos de esta figura el subsuelo. Otra limitación respecto a la utilización del derecho de superficie en Brasil la establece la imposibilidad de abrir partida registral independiente, por lo que lo edificado en la práctica registral no adquiere el grado de independencia que se requiere para el desarrollo comercial y económico que es a fin de cuentas la finalidad de esta figura. Estas limitaciones han querido verse superadas a través de la utilización de un derecho real diferente que es justamente el derecho real de Laje, decisión que como hemos señalado es criticada por parte de la doctrina.

Para el presente trabajo no nos centraremos en establecer diferencias entre el derecho de Laje y el derecho de superficie brasileño, sino que estableceremos las diferencias con el derecho de superficie de nuestra propia regulación con la finalidad de enriquecer su contenido.

- Derecho sobre bien propio: A diferencia del derecho de superficie, que establece dos fases: Derecho de superficie propiamente dicho (derecho sobre bien ajeno) y propiedad superficiaria (derecho sobre bien propio). La doctrina, se encuentra de acuerdo en señalar que el derecho de Laje es un de derecho real sobre Bien propio, pues, “tal como se define en la legislación, se trata de derecho sobre todo el espacio que se expande a partir de la losa o del otro, suelo de la construcción-base, de modo superpuesto” (OLIVEIRA, 2017, pág. 6).

Se debe entender entonces que el derecho de Laje visto de ese modo constituye una modalidad del derecho de propiedad, siéndole de aplicación además de su regulación especial las normas respecto a propiedad a diferencia del Derecho de Superficie.

- **Temporalidad:** Mientras el Derecho de Superficie es un derecho real temporal, el derecho de Laje es concebido como un derecho permanente, es decir otorga la propiedad de la unidad inmobiliaria y no establece una reversión al conferente del derecho. A nuestro criterio esta sería la principal diferencia respecto al derecho de superficie, puesto que es justamente este elemento es el que hace viable el desarrollo de muchos proyectos inmobiliarios mediante esta figura, siendo un elemento esencial del derecho de superficie como ya hemos analizado anteriormente.

Pese a las diferencias señaladas concluimos que el derecho de Laje tiene un efecto en principio parecido al derecho de superficie regulado en nuestro ordenamiento. La utilización de este derecho, ampliando las posibilidades de su uso y apartándose de la vinculación con el concepto de “suelo” nos da luces respecto a la evolución que se va dando de este tipo de figuras jurídicas e otros ordenamientos.

Concluimos este apartado evidenciado como la legislación comparada ha desarrollado figuras que posibilitan el desarrollo de proyectos inmobiliarios complejos en base a su necesidad y a su propia realidad, superando y expandiendo las iniciales concepciones teóricas como es el arraigo al concepto “suelo” como base de estas. Con ello, en algunos casos, expandiendo el concepto del mismo derecho de superficie, en otras creando figuras cercanas. Consideramos que el derecho de superficie como ficción jurídica responde a una solución práctica al desarrollo de complejos inmobiliarios y que su utilización no debe cerrarse a las nuevas necesidades y figuras jurídicas actuales, manteniendo sus elementos esenciales.

### **III. Posibilidad de utilización conjunta del Derecho de Superficies y otras figuras del Derecho Inmobiliaria.**

En este apartado nos corresponde analizar la posibilidad y utilización conjunta del Derecho de Superficie en forma conjunta con otras figuras del derecho inmobiliario, de tal forma que pueda complementar su utilización en pro de desarrollos inmobiliarios más complejos.

## **1. Propiedad Horizontal y Régimen de propiedad exclusiva y común.**

La noción de propiedad horizontal se remonta hacia la antigüedad en civilizaciones tan antiguas como Roma o Babilonia adquiriendo mayor importancia junto con los grandes movimientos poblacionales que trajeron consigo la construcción de grandes ciudades y al aglomeramiento de las urbes del siglo XIX y la revolución industrial que trajo consigo los materiales y técnicas constructivas necesarias que posibilitaron construcciones más altas y duraderas. (Gomez De La Escalera, 2010)

Nuestro Código Civil no desarrolla el concepto de propiedad horizontal remitiéndonos a las normas especiales sobre la materia, siendo estas la ley 27157, D.S. 035-2006-VIVIENDA, y la ley 27333.

### **1.1. Aspectos Registrales y Doctrinales**

#### **1.1.1. Definición y Noción de Propiedad Horizontal**

El Art. 129 del D.S. N° 035-2006 – VIVIENDA define a la propiedad horizontal como el “régimen jurídico que supone la existencia de una edificación o conjunto de edificaciones integradas por secciones inmobiliarias de dominio exclusivo, pertenecientes a distintos propietarios, y bienes y servicios de dominio común. Cuentan con un reglamento interno y una junta de propietarios”

De esta definición se pueden extraer las siguientes notas distintivas:

- a) Edificación o conjunto de edificaciones.
- b) Coexistencia en la mencionada edificación o conjunto de edificaciones de secciones de dominio exclusivo con bienes de dominio común y servicios comunes.
- c) Pertenencia, o vocación de pertenencia, a distintos propietarios de las secciones de dominio exclusivo. (Gonzales Barron, 2011)

Es importante destacar que adicionalmente a esta definición la propiedad horizontal constituye un mecanismo que permite separar lo construido del suelo, al igual que el derecho de superficie. Con la diferencia que en primer lugar, el suelo y otros espacios son de propiedad común y en segundo lugar no tiene la limitación de temporalidad que si tiene el derecho de superficie.

Consideramos que ambas figuras jurídicas mantienen una estrecha relación en cuanto a sus fines de disgregar la propiedad bajo criterios de eficiencia y aprovechamiento económico.

### **Régimen de Propiedad Exclusiva y Común en la regulación vigente.**

La Ley 27157 en su Art. 38 establece un régimen facultativo de propiedad exclusiva y común, pudiendo elegir entre este y un régimen de independización y copropiedad, a diferencia de la anterior norma que establecía un régimen obligatorio. Sin embargo el Reglamento de la misma ley restringe esta libertad de optar por un régimen u otro, estableciendo que en los casos en que los complejos inmobiliarios se encuentren conformados por secciones de varios pisos divididas horizontalmente y que pertenecientes a diferentes propietarios obligatoriamente tendrán que regirse por el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, esta regulación incluye a cualquier inmueble con pisos superpuestos. Esta obligatoriedad del régimen adquiere relevancia para el presente trabajo en la medida que incluiría a inmuebles que típicamente se construyen en el marco de un derecho de superficie como lo son los centros comerciales en donde si hubiera más de un propietario este necesariamente también se encontraría bajo el régimen de propiedad exclusiva y común, encontrando un primer punto de aplicación común.

#### **1.1.2. Aspectos Registrales**

##### **a. Título Constitutivo**

Respecto a los aspectos registrales debemos comenzar por indicar el momento en que un inmueble se constituye dentro del régimen de propiedad exclusiva y común, siendo este el de la inscripción del Reglamento interno.

“El Reglamento interno es un negocio Jurídico que tiene como virtualidad constituir el régimen de propiedad exclusiva o común respecto de un edificio concluido o proyectado (...). Para este efecto se requiere que el título contenga aquellos datos configuradores de la propiedad horizontal (voluntad del propietario, edificación, zonas exclusivas y comunes), a los cuales se agrega reglas de organización y conducta de los propietarios.” (Gonzales Barron, 2011)

La inscripción del Reglamento interno como acto constitutivo tiene un primer efecto en la transformación de un bien con titularidad exclusiva y por tanto posibilitado a todas sus facultades dentro de su derecho de propiedad, en un bien interdependiente entre las mismas áreas de zonas exclusivas mediante las áreas comunes, limitando los derechos del propietario por consenso.

Un segundo efecto es que justamente para el consenso que permita una utilización armónica surge un régimen especial, de propiedad exclusiva y común que establecen las reglas, limitaciones y concesiones a las cuales cada propietario tendrá que someterse para hacer viable el ejercicio de sus facultades como propietario sin afectar el derecho de los otros propietarios.

#### **b. Acceso al Registro**

Una vez inscrito el Reglamento Interno y por tanto constituido el régimen de propiedad exclusiva y común y para un correcto aprovechamiento y disposición de las unidades de propiedad exclusiva se procederá a la independización de estas, generando que el pedio original se quede solo con las áreas de propiedad común.

El Art, 63 del Reglamento de Registro de Predios establece los requisitos para proceder con la inscripción de la independización en el marco de lo regulado por la ley 27157 siendo estos:

- a) Reglamento interno.
- b) Documento privado suscrito por el propietario del predio, con firma certificada, en el que se describa el área, linderos y medidas perimétricas de las secciones de dominio exclusivo y de los bienes comunes regulados por el Reglamento Interno.
- c) Plano de independización que grafique las unidades de dominio exclusivo y las zonas comunes, autorizado por profesional competente con firma certificada por notario.

Por su parte el Art. 86 del RIRP establece las formas para la inscripción del Reglamento interno siendo por escritura pública o documento privado con firma certificada por Notario, otorgado por los propietarios o por el presidente de la junta de propietarios. Adicionalmente a ello prevé la utilización del Formulario Único de Edificaciones (FUE), para lo cual requerirá certificación notarial de firmas.

Respecto a la partida matriz no se ha establecido el cierre de la misma, conservándose en ella las áreas de propiedad común y el reglamento interno.

### **1.2. Bienes Comunes en el Régimen de Propiedad Exclusiva y propiedad Común.**

Los bienes comunes en el marco de un régimen de propiedad exclusiva y común se deben al interés colectivo producido por las relaciones jurídicas en el caso en específico de la interacción de propietarios en este régimen. El fin común de satisfacer las necesidades en este marco genera que estos bienes tengan una naturaleza inseparable y se mantengan jurídicamente unidos a todas las unidades exclusivas.

Ghunter Gonzales de manera sintética nos indica las principales características de los bienes comunes (GONZALES BARRON, 2011, pág. 535):

- a. Inseparabilidad de los elementos comunes y privativos, formando ambos una estructura funcional para el uso y disfrute de la secciones de propiedad exclusiva. Esta característica es recogida en el Art. 32 del Reglamento de la Ley 27157 donde se indica que ambos elementos son inseparables.
- b. Indisponibilidad por separado de los elementos privativos y comunes. Cabe indicar que el Art. 5 del D.S. 019-78 VC sancionaba con nulidad la transferencia separada de bienes de dominio común. Actualmente la ley 27157 permite la transferencia de bienes comunes con el cuerdo de la junta de propietarios, sin embargo debe indicarse que esto no es una disposición directa sino más bien que la ley contempla un supuesto de desafectación, modificando la categoría y su naturaleza convirtiéndolo en una sección de propiedad exclusiva y por tanto susceptible de poder ser transferido. Por lo señalado la disposición de un bien común sin que previamente se haya seguido el procedimiento y formalidades (Desafectación) establecido en la ley es nula de pleno derecho según establece el Art. 43 de la ley 27157 y Art 132 de su Reglamento.
- c. Indivisibilidad, los bienes comunes no se pueden dividir si ser sujetos de partición convencional o judicial según lo regulado en el Art. 11 de la ley 27333 y Art 132 del Reglamento de la ley 27157. Así mismo no existen los derechos de retracto y tanteo a favor de los copropietarios debido a la naturaleza de los bienes comunes.

## **Régimen normativo del suelo en el Régimen de Propiedad Exclusiva y Propiedad Común.**

Podemos definir el suelo como la porción de corteza terrestre delimitado convencionalmente por medio de una línea poligonal. Sobre este espacio o extensión se asienta el edificio que dará lugar al régimen de propiedad horizontal. (GONZALES BARRON, 2011, pág. 543). Esta definición nos lleva a entender que en principio el suelo es un elemento necesario que soporta la construcción de un complejo inmobiliario que a su vez da origen a un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. Indicamos que será en principio necesario porque como ya hemos visto en numerales anteriores del presente trabajo habrá casos en los que se pueda separar el suelo del derecho de construir e inclusive transferir lo construido y disgregarlo del suelo en términos jurídicos.

Nuestra legislación ha contemplado que el suelo tiene un carácter obligatoriamente de bien común, ello entendiéndose que necesariamente la estructura de lo construido debe tener un sustento en este. Así el Art. 40 de la ley 27157 establece:

“Artículo 40.- De los bienes de propiedad común Los bienes de propiedad común pueden ser, según sea el caso: a) El terreno sobre el que está construida la edificación (...)”

De la redacción del Art 40 de la ley se puede entender que es una regulación dispositiva, es decir que permite a los particulares pactar según lo que les sea conveniente. Sin embargo si bien la ley en principio les otorga a los particulares la libertad de poder pactar el régimen de los bienes estos siempre deberán responder a la naturaleza práctica a los cuales ha sido destinados y su utilización económica social respecto a posibilitar el funcionamiento y aprovechamiento de las unidades de propiedad exclusiva y justo ahí es donde se encuentra el límite a la discrecionalidad de las partes. Justo a razón de ello es que en el Art. 40 de la ley se menciona, “*según sea el caso:*” siempre respondiendo a su utilidad y naturaleza respecto a las unidades de propiedad exclusiva.

Así mismo se establece en el Texto Único Ordenado del Reglamento de la Ley N° 27157.

“Artículo 134.- Bienes comunes intransferibles Son bienes comunes intransferibles, salvo pacto en contrario establecido en el Reglamento Interno: a) El terreno sobre el que está construida la edificación que tiene dos o más secciones de propiedad exclusiva, salvo que sobre él se constituya derecho de superficie”

### **1.3. Aplicación Conjunta con el Derecho de Superficie y Límites**

De lo desarrollado hasta el momento se evidencia la utilidad práctica que podría darse en la utilización conjunta del derecho de superficie y un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, pudiendo el superficiario desarrollar complejos inmobiliarios bajo el régimen de propiedad horizontal en terreno ajeno, para posteriormente transferirlos a eventuales compradores que adquirirán la propiedad por el periodo que dure el derecho de superficie originalmente otorgado pudiendo ser esta hasta de 99 años. La aplicación práctica de esta figura permitiría la realización de edificios de oficinas, centros comerciales y hasta edificios de viviendas.

#### **1.3.1. Resolución 1451 -2016 –SUNARP –TR-L .Críticas y Contradicciones**

##### **A. Posición del Tribunal Registral**

Pese a las ventajas que en principio puede contemplarse en la utilización de estas dos figuras, la practica registral ha limitado la misma, así tenemos que en la Resolución 1451 -2016 –SUNARP –TR-L el Tribunal Registral analiza la posibilidad de inscripción de un derecho de superficie sobre un inmueble que se encuentra bajo el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, otorgado por uno de los propietarios de las secciones de propiedad exclusiva que además es propietario de los aires y azotea de la totalidad del edificio.

El Tribunal Registral realiza su análisis en base a examinar el cumplimiento en el presente caso de los elementos personales y reales desarrollados por Carlos Cárdenas Quirós, considerando solo estos dos elementos, como relevantes para la constitución del derecho de superficie. Así, considero que en el presente caso el derecho de superficie materia de rogatoria no cumple con el elemento personal puesto que quien intenta constituir derecho de superficie sobre una sección de propiedad exclusiva no es propietario del terreno, puesto que según se especifica en su propio reglamento interno (Art. 5) el terreno tiene calidad de propiedad común.

Consideramos que si bien el Tribunal registral recoge ambos elementos, tanto personal como real para sustentar su posición, recurre a un error de enfoque en lo que respecta al fondo de su análisis, concentrándose en el elemento personal y dejando entre ver y de forma ambigua el elemento real. Descartando la posibilidad de inscripción debido a la falta de titularidad del terreno.

El Tribunal basa su posición en la falta de titularidad del solicitante respecto a la totalidad del terreno y con ello indican el incumplimiento del elemento personal y deniegan la inscripción. Pese a ello cabe indicar que la solicitud de inscripción del derecho de superficie que se pretende no es sobre la totalidad del edificio, el cual se encuentra bajo régimen de propiedad exclusiva y común y, evidentemente, fuera del dominio del constituyente, sino sobre un predio que constituye una unidad inmobiliaria de exclusiva conformante de un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, el cual a su vez tiene la propiedad de los aires según su propia partida registral. Por lo cual si existe una titularidad del solicitante respecto de este predio. Cabe entonces preguntarnos si el elemento personal se puede entender cumplido con la titularidad del predio sobre el cual se constituirá la superficie y si este podría ser la titularidad del Local N° 1 o, por el contrario, se requiere la titularidad del terreno. En suma, cabe preguntarse si lo que está en cuestión es ser propietario o si aquello de lo que se es copropietario no es un predio que tenga suelo como elemento integrante.

Con lo señalado no queremos decir que el elemento personal haya sido satisfactoriamente cumplido pero queremos hacer especial hincapié en que previo al análisis de la titularidad del predio sobre el cual recae el derecho de superficie pretendido se tuvo que hacer el análisis para identificar sobre qué está recayendo el derecho que se pretendía constituir, es decir determinar si la superficie recae sobre el Local N° 1, propiedad exclusiva y propietaria de los aires o si recae sobre el terreno el cual es propiedad común. Precisamente este análisis es el que le corresponde al elemento real del derecho de superficie y el cual consideramos el Tribunal no se manifestó en todos sus extremos y procedemos a realizar

El elemento real del derecho de superficie tiene dos aspectos: La finca o predio sobre el cual recaer el derecho de superficie y la Edificación o espacio para desarrollarla, tomando estos dos puntos en cuenta procederemos al análisis del caso.

Comenzaremos por indicar una cuestión respecto a la cual el Tribunal Registral no se pronuncia y esta es en lo referido a la propiedad de los aires que mantiene el titular del Local N° 1 y es que los aires, como ya hemos señalado, no son de propiedad común sino que expresamente quedan conferidos al propietario que pretende inscribir el derecho de superficie según la partida registral N° 41568909.

Al respecto consideramos que si los aires u azotea fueran de propiedad común el análisis sería más evidente, justamente porque el espacio donde se pretende construir sería ajeno a quien pretende otorgar el derecho, debiendo en todo caso constituirlo la junta de propietarios. Sin embargo al ser los aires de propiedad exclusiva el solicitante tiene un derecho sobre el área proyectada, es decir la posibilidad de sobre elevar (posibilidad y espacio para desarrollar la construcción) con lo cual se requiere un análisis más exhaustivo.

Teniendo en cuenta lo antes mencionado, el segundo aspecto a analizar, es el identificar el predio sobre el que pretende recaer el derecho de superficie. En el presente caso lo que se solicita es la inscripción de un derecho de superficie sobre una unidad exclusiva que además, como ya hemos dicho, tiene la propiedad de sus aires proyectados. Por tanto es necesario como paso previo determinar si es posible constituir derecho de superficie sobre un inmueble que no esté sobre el suelo.

**B. ¿El derecho de superficie se puede constituir sobre un inmueble que no sea el suelo?**

Como hemos visto la regulación respecto al derecho de superficie es escasa en lo que respecta a la posibilidad de sus usos y su aplicación con diferentes modalidades de propiedad. Siendo esto así la doctrina mayoritaria relaciona al derecho de superficie naturalmente con el suelo, puesto que es la base material sobre la que se establece el derecho y hace viable su explotación, como hemos desarrollado en la parte doctrinaria. Esto ha llevado a identificar al elemento personal (titularidad) y real (relación “suelo” y “lo construido o posibilidad de construir”) como necesario para la constitución este derecho

Así mismo se ha indicado que su utilización desvinculada de una base material, como es en nuestra legislación el suelo, desvirtuaría el concepto mismo y atentaría justamente contra los elementos reales de la superficie.

Por lo señalado consideramos que tanto en la redacción del Art 1030 del Código Civil así como en las definiciones más reconocidas de la doctrina la definición del derecho de superficie como derecho real viene ligada al establecimiento de una base material siendo esta generalmente el “suelo”. Esta definición si bien imprecisa se entiende en la medida que lo que no se quiere es otorgar un derecho vacío o sobre la nada.

Teniendo este marco conceptual en cuenta, tampoco se puede dejar de observar como la figura del derecho de superficie en tanto ficción jurídica responde a una utilidad práctica, la cual tiene como finalidad el posibilitar desarrollo inmobiliario y modelos económicos complejos, por lo que su vigencia y desarrollo debe ir a la par del contexto actual y la realidad en la cual es usado, teniendo como base sus elementos esenciales.

También consideramos que en tanto ficción jurídica el concepto doctrinario del derecho materia de análisis ha querido otorgarle un arraigo real para que no sea una concepción demasiado abstracta y justamente a ello responde la vinculación con una base material y en concreto con el suelo. Sin embargo no debemos perder de vista que el “suelo” dentro de esta ficción jurídica abstrayéndole el sobresuelo y subsuelo no es más que un polígono imaginario o en el mejor de los casos una película milimétrica sin utilidad real. Dicho polígono delimitado al que denominamos “suelo” dentro de esta concepción nos sirve de anclaje para determinar la proyección del derecho de superficie que se otorga, siendo esa su importancia.

Lo señalado lo podemos encontrar de una interpretación sistemática de los artículos 1030 y 1033 de nuestro Código Civil, indicando lo siguiente:

Según el primero, el superficiario tiene derecho a tener una construcción en propiedad separada de la propiedad del suelo. Según el segundo, si no existe dicha construcción, el superficiario sigue teniendo su derecho de superficie. Por tanto, si como se aprecia en estos artículos el derecho de superficie se mantiene con independencia de la existencia de una construcción, no queda más que concluir que el derecho de superficiario recae sobre algo diferente a la construcción, esto es, recae sobre el sobresuelo. (FERNANDEZ SALAS, El Derecho de Superficie, 2012, pág. 35)

Recordemos que el Artículo 885 del CC enuncia los bienes inmuebles entre los cuales se encuentran el subsuelo y sobresuelo, por tanto estos como bienes inmuebles son susceptibles de que sobre ellos recaiga el derecho de superficie.

Bajo esta interpretación el derecho de superficie independientemente de la construcción recae sobre el sobresuelo, y este a su vez sobre una delimitación real que permite proyectar ya sea hacia abajo o hacia arriba el derecho concedido y posteriormente una edificación que será temporalmente de propiedad del superficiario. Esta base real que

sirve de delimitación consideramos que no tiene por qué verse limitada necesariamente al suelo entendido como terreno (película milimétrica sobre la tierra) sino que haciendo una interpretación funcional podríamos entender que al referirse al “suelo” lo hace como base real sobre el que se proyecta el derecho de edificar, pudiendo ser este una azotea o sobre una unidad sujeta a régimen de propiedad horizontal.

Esta interpretación no rompería con los elementos tanto real ni personal y su vez ayudaría a un mejor aprovechamiento del derecho de superficie adaptado a las nuevas formas y usos constructivos. Adicionalmente a ello esta posición guardaría coherencia con la utilización de figuras ya aceptadas por el Tribunal Registral como lo son el derecho a sobre elevar en la que como es razonable no se solicita que quien constituya este derecho sea el propietario del terreno.

La posición contraria a esta postura sería en la cual nos remitiéramos de forma literal a lo señalado en el Art. 1030 del CC y en base a ello limitaríamos el derecho de superficie a los bienes que se encuentran sobre el terreno. Sin embargo esta tampoco es la argumentación que realiza el Tribunal Registral sino más bien se enfoca en una análisis doctrinario de los elementos constitutivos del derecho de superficie, el cual como hemos señalado a nuestro parecer resulta insuficiente quedándose en el elemento personal sin analizar sobre que bienes se puede constituir.

Sin ser un tema zanjado consideramos que corresponde hacer una interpretación sistemática y funcional del concepto del derecho de superficie planteado en el código civil con la finalidad de lograr una aplicación más acorde con la realidad actual, tal como hemos tratado de proponer en el presente apartado.

### **C. Casos contemplados por el Tribunal Registral**

El tribunal va más allá del análisis del caso en concreto y en sus consideraciones orbitales indica la vinculación complementaria que pudiera existir en ciertos supuestos entre el derecho de superficie y régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, estableciendo tres supuestos en los que se puede dar, cumpliendo siempre los elementos real y personal desarrollados en acápites anteriores:

*a. Que el propietario del suelo (sin construir o solar) constituya derecho de superficie sobre el predio, conservando la propiedad del suelo y que posteriormente el superficiario*

*construya una edificación (propiedad superficiaria) sujeta al régimen de propiedad horizontal.*

En este supuesto no se pone en conflicto ni cabe duda sobre los aspectos del elemento real para la constitución del derecho de superficie, así mismo al haber solo un titular del único predio al momento de la constitución de la superficie no se genera obstáculos para su factibilidad. En este caso el régimen de propiedad exclusiva y común se da de forma posterior a la constitución de la superficie por lo que tampoco genera conflicto alguno.

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

Nuevamente al no haber conflicto entre los aspectos del elemento real ni personal puesto que al momento de constitución de la superficie solo existe un titular tanto de lo construido y del suelo y lo que se genera es una separación de titularidades, otorgándole al superficiario propiedad sobre lo edificado, no generando conflicto alguno. En este caso también el régimen de propiedad exclusiva y común se da de forma posterior a la constitución de la superficie y el titular de la superficie es dueño temporal de algo que recae sobre un suelo, por lo que tampoco genera conflicto alguno.

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

En este punto se pone en evidencia que el Tribunal Registral solo tomo en cuenta la titularidad del terreno para determinar si se puede constituir o no el derecho de superficie. Consideramos que la figura requiere de un análisis previo sobre la posibilidad de constituir este derecho sobre un inmueble diferente al suelo (o sin terreno). En estricto este supuesto presenta la misma característica del caso analizado en la resolución es decir la constitución de un derecho de superficie que recae sobre un bien diferente al suelo. Generándose una contradicción en la misma resolución. Consideramos que el caso amerita más que una verificación si quien constituye es propietario o no del suelo (terreno).

El pronunciamiento de la presente Resolución ha servido para sustentar casos similares en resoluciones más recientes, siendo que en la práctica no se está permitiendo la constitución de un derecho de superficie sobre un inmueble sujeto de régimen de propiedad exclusiva y propiedad común que tenga a su vez la reserva de aires inscrito.

### **1.3.2. Resolución 1180 -2010 –SUNARP –TR-L: Derecho de Sub Superficie**

Mediante esta resolución se analiza la posibilidad de constituir un derecho de sub superficie, es decir que un superficiario Inscrito otorgue a su vez un derecho de superficie de segundo nivel a favor de un tercero. En el caso Portalia S.A. otorgo derecho de superficie a favor de Jockey Plaza Shopping Center quien se constituyó como superficiario y posteriormente a su vez pretende constituir derecho de sub superficie a favor de SODIMAC, sin intervención de Portalia S.A.

Si bien este caso ameritaría un análisis similar de los elementos constitutivos para un derecho de superficie como en la resolución anteriormente analizada esta vez el tribunal no analiza los elementos constitutivos, tampoco se cuestiona el hecho de quien constituya el derecho de superficie no sea propietario del terreno ni mucho menos la posibilidad de otorgar un derecho de superficie sobre algo que no sea el suelo o terreno sino sobre otro derecho.

La argumentación del Tribunal la podemos encontrar resumida de la siguiente manera en su considerando 5:

5. (...) *“Asimismo, considerando que se puede constituir derechos sobre derechos resulta perfectamente admisible que se constituyan derechos de superficie de mayor elevación sobre un edificio que pertenece a una persona en propiedad superficiaria. A este derecho se le denomina derecho de sub superficie o derecho de superficie de segundo grado.”*

Consideramos que según lo analizado en la doctrina mayoritaria esta concepción realizada por el tribunal registral no encuentra sustento ni legislativo ni doctrinario. Y si bien comulgamos con una concepción más amplia del derecho de superficie este tipo de desarrollo debe ser sustentado en una fundamentación profunda de los elementos constitutivos, de la legislación en la materia en referencia al Código Civil y desde entender a la figura del derecho de superficie como una ficción jurídica que requiere una delimitación física que no siempre tiene porque ser el “suelo” entendido como terreno. Todo este análisis el Tribunal omitió y se limitó a una justificación muy tenue.

Como vemos ambos pronunciamientos del Tribunal terminan siendo contradictorios y eso evidencia el poco desarrollo de criterios para la constitución del derecho de superficie que hay en nuestro ordenamiento lo cual conlleva a su vez que se limite su utilización en proyectos inmobiliarios más complejos. Por lo señalado en cuanto a las limitaciones planteadas en el uso del derecho de superficie con figuras como lo son el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, conviene analizar otras figura del derecho inmobiliario que pueda lograr efectos similares.

## **2. Derecho de Sobre elevación y sub construcción**

En el caso antes señalado evidenciamos la imposibilidad en la práctica de la utilización conjunto en algunos casos del régimen de propiedad horizontal y el derecho de superficie. En el presente apartado desarrollaremos la posibilidad de la utilización de otra figura del derecho inmobiliario como lo es el derecho de sobre elevación y sub construcción como respuesta a este vacío así como sus ventajas y desventajas respecto al derecho de superficie.

### **2.1. Derechos de Sobre elevación en el Derecho comparado.**

Un primer acercamiento nos lo brinda la legislación española en donde se desarrolla el derecho de sobre elevación o sub edificación que se encuentra regulado en el Art. 16 del Reglamento Hipotecario del que igualmente fueron anulados los párrafos b) y c) por la STS de 31 de enero de 2001. Que indica lo siguiente:

El Derecho de Sobre elevación y sub construcción, que, sin constituir derecho de superficie, se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3º. Del artículo 8 de la Ley y sus concordantes.

Entonces podemos indicar que nos encontramos ante un derecho real de carácter limitado que faculta a su titular para construir un volumen determinado, sobre o bajo un edificio total o parcialmente ajeno, cuyo ejercicio supondrá la adquisición por parte del titular de un derecho de propiedad sobre los nuevos elementos construidos y la integración del edificio en el régimen de propiedad horizontal, en caso de que no lo estuviese todavía.

Si bien esta es la definición más aceptada por la doctrina española entre ellos Roca Sastre (ROCA SASTRE, 1960, pág. 28) cabe mencionar que también hay autores que

consideran a este derecho como una modalidad del derecho de propiedad como es el caso de Antonio Soto Bisquert (SOTO BISQUERT, 1971, pág. 934) al igual que sucede con el derecho de superficie esta propuesta (modalidad del derecho de propiedad) aún es poco aceptada en la doctrina por lo que nos remitiremos al concepto mayoritariamente aceptado.

Roca Sastre sostenía que el derecho de vuelo tiene dos fases temporalmente discernibles (ROCA SASTRE, 1960, pág. 28):

- Una primera fase, en la que el titular del derecho de vuelo goza de un derecho de construcción sobre cosa ajena, “de carácter medial por estar dirigido a alcanzar la segunda fase”, siendo una fase intermedia para conseguir el fin.
- Fase de final que consiste en el derecho de tener una edificación en propiedad separada horizontalmente, no de tipo superficiario, sino en plena coexistencia con otras de la misma naturaleza, integrantes todas de la unidad orgánica de una finca edificada, pues cada una de ellas tiene como anejo inseparable una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global, que supone la adquisición de un derecho de propiedad sobre las nuevas plantas construidas. Es decir tener la propiedad de una unidad exclusiva en el marco de un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

Lo señalado indica importantes semejanzas respecto a estas dos fases en lo que respecta a la doble naturaleza del derecho de superficie: derecho de construir sobre bien ajeno y derecho a tener la propiedad sobre lo edificado separado del suelo.

Cabe mencionar también lo que señala Manuel Albaladejo respecto a la relación entre el derecho de superficie y el derecho de sobrelevación y sub construcción en donde hace una distinción entre un mal llamado “derecho de sobre elevación” que en estricto y sustancialmente es un derecho de superficie a pesar de la terminología empleada y aquel que constituye realmente un derecho real autónomo y diferente al derecho de superficie:

El derecho de superficie faculta para utilizar el suelo ajeno, pero cabe asimismo, que se conceda sobre una edificación ajena (derecho de construir sobre ella) o para debajo del suelo (derecho a construir en este, sótanos o en general locales bajo la superficie). Entonces, a pesar de la inexactitud terminológica, sigue

siendo realmente un derecho de superficie. Y se rige por sus reglas (R:H; artículo 16,1) (ALBALADEJO, 2004, pág. 65)

Cabe indicar que de lo señalado el autor sí reconoce la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre una edificación ajena y no solo sobre el suelo, indistintamente de la denominación que se le pueda dar y rigiéndose siempre por las normas aplicables al derecho de superficie. Pese a ello el autor no desarrolla de forma más profunda esta modalidad. También cabe indicar que el Art, 16,1 al que hace referencia se encuentra actualmente anulado por el art. 1 del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, por Sentencia del TS de 31 de enero de 2001.

Por otro lado identifica propiamente del derecho de sobre elevación y sub construcción como derecho real autónomo del derecho de superficie, indicando lo siguiente:

Ahora bien, este derecho en orden a sobrevuelo o al subsuelo, puede establecerse también, no como derecho de superficie, sino como derecho real a elevar una construcción sobre un edificio o a realizarla bajo el suelo. Y cuando la construcción se lleva a cabo, se deviene dueño independiente de lo construido, y sin derecho de superficie sobre el suelo (R.H, art 16,2). Tal derecho se rige, no por las reglas de la superficie, sino por las generales de los derechos reales.

Entonces el que construye el piso elevado sobre el edificio de propiedad ajena, es dueño de aquel, y –como en la propiedad horizontal, ya que realmente es un caso de esta- tiene en condominio, con los dueños de los demás pisos los elementos comunes del inmueble total, y entre ellos, el suelo. (ALBALADEJO, 2004, pág. 68)

## **2.2. Diferencias entre el Derecho de Superficie y Derecho de Sobre Elevación.**

Con lo señalado cabe ahora indicar cuales son las principales diferencias entre el derecho de superficie y el derecho de sobre elevación o sub construcción con el fin de identificar si su aplicación ayudaría en el presente caso.

### **a. Tipo de predio sobre el cual recae.**

Como hemos tenido oportunidad de analizar anteriormente, desde la redacción del Art 1030 de nuestro código civil y la doctrina mayoritariamente aceptada, el derecho de

superficie se constituye sobre el suelo que es la base material sobre la que recae y con la que guarda indesligable relación según la interpretación acogida por el Tribunal Registral.

Por su parte el derecho de sobre elevación se da principalmente y en su definición más clásica sobre una edificación, independientemente del terreno. Puesto que al ejecutar el derecho de edificar y posteriormente ser propietario de lo edificado se constituirá un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, si es que este no existe previamente, con las consecuencias que ello implica y que será materia de análisis en el siguiente punto.

Respecto al caso materia de análisis en el presente trabajo debemos indicar que lo solicitado al registro en lo que respecta al derecho de edificar sobre bien ajeno y ser propietario de lo construido, todo ello sobre un bien que es una unidad de propiedad exclusiva, es decir una edificación y no sobre el suelo, sería factible de realización mediante el derecho de sobreelevación.

Debemos indicar también respecto al tercer supuesto de aplicación del derecho de superficie y régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, expuesto por el Tribunal registral en su considerando 9 en donde se indica:

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

Que en estricto este supuesto no solo es similar al caso planteado en la resolución materia de análisis y que genera una contradicción del Tribunal Registral como ya hemos criticado. Sino que por otro lado, dadas las características y conceptos desarrollados, cumple con los elementos, en cuanto a su constitución, de un derecho de sobreelevación. Debemos aclarar también que en cuanto a sus efectos habrá uno que no se ve cumplido y es en lo que respecta a la reversión de la propiedad superficiaria, pero ese efecto será analizado posteriormente.

#### **b. Su aplicación con el Régimen de Propiedad exclusiva y propiedad común.**

Como ya hemos visto, si bien la aplicación del derecho de superficie de forma conjunta con el régimen de propiedad exclusiva y propiedad no se encuentra impedida (por el contrario el literal a) del Art. 134 del D.S 035-2006 VIVIENDA lo habilita) este se ve

restringido a los supuestos ya analizados con anterioridad y principalmente según el Tribunal Registral a que el que constituya el derecho de superficie sea el propietario del íntegro del suelo (terreno físico), lo que conlleva a su vez de que el derecho de superficie deba ser constituido previo al régimen de propiedad exclusiva y propiedad común, con el fin de evitar una contradicción al propio criterio empleado por el Tribunal.

Caso diferente es el del derecho de sobreelevación que por su naturaleza misma al constituirse sobre una edificación (en su definición más clásica) tiene la vocación de generar necesariamente un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común o en su defecto añadirse a este.

La implicancia de este aspecto es importante ya que para el caso analizado, mientras que para el derecho de superficie la categoría de bien común del terreno es un limitante e imposibilitaría (para el tribunal registral) su constitución, para el derecho de sobreelevación la naturaleza de bien común del terreno es una característica admisible y/o necesaria. El beneficiado de este derecho cuando se vuelva propietario de lo edificado se verá añadido a la junta de propietarios, previa modificación de los porcentajes de participación según el área construida, y por tanto será parte de los propietarios del terreno fluyendo la constitución y plena vigencia del derecho de sobreelevación sin impedimento alguno. Tomando este aspecto la inscripción de los solicitado hubiera podido ser factible como un derecho de sobre elevación.

Cabe indicar que doctrinariamente también se diferencia del derecho de superficie porque en legislación más moderna es un derecho sobre cosa propia y no sobre cosa ajena, dada la transmisibilidad permanente del derecho y que no hay una disgregación entre suelo y sobresuelo como la que existe en el caso del derecho de superficie. Pero justo por ello si ya admitimos la transmisión permanente del derecho a sobreedificar de una unidad exclusiva que se ha reservado dicho derecho, es contradictorio que no se permita constituir derecho de superficie cuando en este último caso la propiedad regresará al quien lo concede, consideramos que con mayor razón deberíamos admitir la superficie sobre algo ya construido aunque esté sometido a un régimen de propiedad exclusiva y propiedad común.

### **c. Plazo y Reversión de la Propiedad Superficial.**

El Art 1030 establece el plazo máximo de duración del derecho de superficie, pudiendo pactarse un plazo menor, haciéndolo un derecho temporal. Así mismo se establece que a su vencimiento se da una reversión de lo construido a favor del propietario del suelo quien deberá reembolsar su valor al superficiario salvo pacto distinto. Esta característica de posibilitar la reversión es una de las principales ventajas económicas que vuelve atractiva a esta figura para el desarrollo de proyectos.

Caso distinto sucede con el derecho de sobreelevación que tiene un carácter permanente en lo que respecta a la propiedad de lo edificado.

Este sería la principal diferencia para una aplicación plena del derecho de sobreelevación en contraste a la temporalidad que ofrece el derecho de superficie, ya que no se cumpliría con llevar a cabo los efectos de reversión deseados por los solicitantes. Pese a ello y ante la negativa de la constitución de un derecho de superficie, consideramos que la figura de sobreelevación sería una opción y que los efectos de reversión de lo edificado podrían ser cubiertos mediante un contrato que brinde la posibilidad de una reversión propiamente dicha o mediante un contrato de opción de compra. Aun siendo conscientes que los efectos desde un punto de vista jurídico no son los mismo en plenitud consideramos que podría ser una opción viable para los efectos deseados.

### **2.3. Derecho de Sobreelevación en el ordenamiento Peruano.**

En nuestro ordenamiento el derecho de sobreelevación es desarrollado en el Art 63 del Reglamento de Inscripción de Predios en donde se indica: “Cuando en el Reglamento Interno se establezca la reserva de aires de la edificación, ésta podrá independizarse como sección de dominio exclusivo siempre que se le asigne porcentaje de participación de los bienes comunes. En este caso la independización procederá, siempre que cuente con área proyectada de acceso.”

Así mismo mediante Resolución de Superintendencia N° 340-2008-SUNARP-SN se desarrollaron los criterios para los casos de en qué el Reglamento Interno no se haya especificado la naturaleza de los aires o azotea (reserva o bien común), estableciendo el criterio cuando cabe una aclaración en el mismo Reglamento y cuando procede el procedimiento de desafectación por ser de propiedad común. Por otro lado se emitió el Acuerdo Plenario CXLIX del 2016 en que se trató de establecer que el término “azotea” y “aires” tendrían la misma connotación para efectos registrales.

Con lo señalado se evidencia que en nuestra legislación este derecho está en pleno desarrollo normativo por lo cual sería menos complejo regular la posibilidad de que la transferencia de lo construido pueda verse afectada a una cláusula de reversión o temporalidad, que permita el efecto deseado.

De lo desarrollado hasta el momento, debemos indicar que si bien el derecho a sobre elevar no se encuentra regulado en nuestro país como si lo está en la legislación española, el desarrollo de edificaciones y en especial el régimen de propiedad horizontal ha propiciado que desde Registros Públicos se plantee y desarrolle este derecho y se especifiquen ciertas condiciones para su uso como hemos visto en el numeral anterior.

Si bien como hemos señalado anteriormente el derecho a sobre elevar difiere al derecho de superficie en varios elementos, consideramos que para conseguir los efectos deseados en las resoluciones antes analizadas el principal obstáculo es la temporalidad y reversión de lo construido que ofrece el derecho de superficie. Este efecto no es menor y es justamente el que posibilita disminuyendo costos y hace atractiva esta figura.

Desde Registros consideramos que hay una tarea pendiente ya sea por un mayor análisis del derecho de superficie, corrigiendo lo que a nuestro parecer es una errada concepción de los elementos necesarios para la constitución de un derecho de superficie, permitiendo establecerlo sobre un bien que no sea necesariamente el terreno. O en su defecto realizar una mayor regulación del derecho de sobre elevar permitiendo que este pueda establecer cláusulas de reversión o se pacte de manera temporal.

## CONCLUSIONES

1. El presente trabajo ha buscado analizar los principales problemas en la utilización conjunta del derecho de superficie y el régimen de propiedad horizontal y para ello dilucidar la pregunta de que si ¿se puede constituir derecho de superficie sobre un bien que carece de suelo (terreno)?, yendo más allá del enunciado legal que contiene nuestro Código Civil. Nuestro desarrollo propone que el derecho de superficie en tanto ficción jurídica requiere un anclaje para determinar la proyección de sobre suelo o subsuelo otorgado, siendo esta la función del suelo, se lo puede entender como un polígono imaginario o película milimétrica que abstrayéndole la posibilidad de edificar (sobre suelo y sub suelo) carecer de utilidad práctica. Teniendo esto en mente el suelo no tendría por qué limitarse a la concepción de terreno sino a la superficie que sirva de sustento material sobre el que se proyecta el derecho de edificar, pudiendo ser este una azotea. Con ello se podría cumplir con el elemento real necesario para su constitución y contemplado en la doctrina. Esta interpretación no rompería con los elementos tanto real ni personal y su vez ayudaría a un mejor aprovechamiento del derecho de superficie adaptado a las nuevas formas y usos constructivos.

El Tribunal Registral analiza parcialmente esta controversia pero no profundiza en lo que respecta al elemento real del derecho de superficie dejando de lado el cuestionamiento sobre la posibilidad de constituir derecho de superficie sobre un bien que no sea el suelo. Consideramos que se debió realizar un análisis más profundo y aprovechar la oportunidad para actualizar y ampliar la aplicación del derecho de superficie según las necesidades actuales.

2. El derecho de superficie y el derecho de sobreelevación tienen importantes similitudes pero a su vez elementos sustanciales que los distinguen y que hacen que su aplicación se de en diferentes casos y sus efectos sean sustancialmente diferentes. Así mismo consideramos que en los aspectos constitutivos lo pretendido podría calzar también con el derecho de sobreelevación. Solo fallando respecto a la reversión que otorga la superficie en contraposición de la naturaleza permanente del derecho de sobreelevación. Pese a ello su aplicación conjunta con otros instrumentos la podrían hacer viable, tomando en cuenta la finalidad buscada.

3. Así mismo, consideramos que en que nuestro ordenamiento haya posibilitado la transmisión del derecho de sobre elevar (derecho de naturaleza permanente) sobre un

inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal pero deniegue esta misma posibilidad a la constitución de un derecho de superficie, que es un derecho de naturaleza temporal es contradictorio y le resta funcionalidad práctica a esta figura.

4. Se evidencia como la legislación comparada ha desarrollado figuras que posibilitan el desarrollo de proyectos inmobiliarios complejos en base a su necesidad y a su propia realidad, superando y expandiendo las iniciales concepciones teóricas como es el arraigo al concepto “suelo” como base de estas. Con ello, en algunos casos, expandiendo el concepto del mismo derecho de superficie, en otras creando figuras cercanas. Consideramos que el derecho de superficie como ficción jurídica responde a una solución práctica al desarrollo de complejos inmobiliarios y que su utilización no debe cerrarse a las nuevas necesidades y figuras jurídicas actuales, manteniendo sus elementos esenciales.



## BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, M. (2004). *Derecho Civil, Tomo III*. Madrid: EDISOFER.
- ALBUQUERQUE JÚNIOR, R. P. (02 de Enero de 2017). *O direito de laje não é um novo direito real, mas um direito de superfície*. Recuperado el 19 de Junio de 2018, de <http://www.conjur.com.br/2017-jan-02/direito-laje-nao-direito-real-direito-superficie>
- BORZUTZKY ARDITI, A. (1972). El derecho de Superficie. En M. y. ARIAS - SCHREIBER PEZET, *Exegesis del Código Civil Peruano de 1984* (pág. 192). Santiago de Chile: Editorial Andres Bello.
- CARDENAS QUIROS, C. (1983). El Derecho Real de Superficie. *Derecho PUCP N° 37*.
- CARDENAS QUIROS, C. (1994). *Estudios de Derecho Privado I*. Lima: Ediciones Jurídicas.
- CAVICHIOLO CARMONA, P. A. (2017). Aspectos Urbanísticos, Civis e Registrais do Direito Real de Laje. *Revista Brasileira de Políticas Públicas* , 122-147.
- CORVO LOPEZ, F. M. (2010). *El Derecho de Sobreedificación y Subedificación y su integración en el Régimen de Propiedad Horizontal*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España.
- DEL RISCO SOTIL, L. F. (2017). El Derecho de Superficie. *Revista IUS ET VERITAS N° 54*, 210-234.
- ELIAS DE OLIVEIRA, C. E. (2017). *Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica*. Recuperado el 18 de Junio de 2018, de <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238>
- FERNANDEZ SALAS, J. C. (2012). El Derecho de Superficie. *THEMIS - Revista de Derecho* 62, 240.
- FERNANDEZ SALAS, J. C. (2013). *El Derecho Real de Superficie como modalidad del Derecho de Propiedad*. Lima: HERAL MOL S.R.L.
- FERNANDEZ SALAS, J. C. (2013). *El Derecho Real de Superficie: Redefinición como modalidad del Derecho de Propiedad*. . Lima: Tesis de licenciatura en Derecho.
- Gomez De La Escalera, C. (2010). El conjunto inmobiliario como supuesto de hecho básico para la aplicación del régimen de propiedad horizontal. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1008.
- GOMEZ, J. M. (1989). *Propiedad Privada del Suelo y Derecho a Edificar*. Madrid: Editorial Montecorvo.
- Gonzales Barron, G. (2011). *Derecho Urbanístico*. Lima: Jurista Editores.
- GONZALES BARRON, G. (2011). *Derecho Urbanístico*. Lima: Jurista Editores.
- LINARES DE URRUTIGOITY, M. e. (2015). Objeto del Derecho Real de Superficie con especial referencia al Derecho de Superficie proyectado. *Revista del Notariado*, 41-62.
- LUQUE JIMENEZ, M. d. (2002). Configuración registral del subsuelo dissociado del suelo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 695 -718.

MOCHOLI FERRANDIZ, E. (2016). *CESIÓN DE SOLAR A CAMBIO DE OBRA FUTURA. RENACIMIENTO DE LA FIGURA*. MADRID: ICADE.

OLIVEIRA, C. E. (Julio de 2017). *Direito real de laje à luz da Lei nº 13.465, de 2017: nova lei, nova hermenêutica*. Recuperado el 19 de Junio de 2018, de <https://www12.senado.leg.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td238>

ROCA SASTRE, R. M. (1960). *Suplemento al Derecho Hipotecario*. Barcelona: Bosch.

ROMERO ROMANA, E. (1957). *Derecho Civil: Los Derechos Reales* (2da ed.). Lima: EDITORIAL P.T.C.M.

SOTO BISQUERT, A. (1971). El derecho de Vuelo. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* N° 485, 923-958.

