

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



PONTIFICIA  
**UNIVERSIDAD**  
**CATÓLICA**  
DEL PERÚ

**EL DERECHO REAL DE SUPERFICIE:  
REDEFINICIÓN COMO MODALIDAD DEL DERECHO DE PROPIEDAD**

Tesis para optar por el Título de Licenciado en Derecho que presenta el  
bachiller:

**José Carlos Fernández Salas**

Asesor: Prof. Martín Mejorada Chauca

Lima, 2013

*“Cuius est solum, eius est usque ad coelum et ad ínferos”  
(De quien es el suelo, suyo es hasta el cielo y hasta el infierno)*

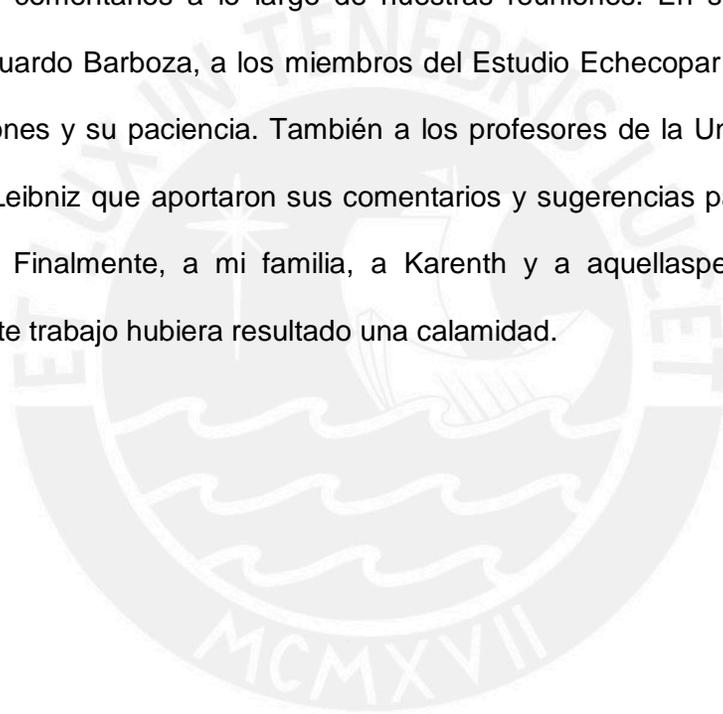
Accursius

*“Hay allá abajo una cavidad que se aleja tanto de Lucifer cuanto es la extensión de su tumba, cavidad que no puede reconocerse por la vista, sino por el rumor de un arroyuelo, que desciende por el cauce de un peñasco que ha perforado con su curso sinuoso y poco pendiente. Mi Guía y yo entramos en aquel camino oculto, para volver al mundo luminoso; y sin concedernos el menor descanso, subimos, él delante y yo detrás, hasta que pude ver por una abertura redonda las bellezas que contiene el Cielo, y por allí salimos para volver a las estrellas”.*

Infierno, Dante

## AGRADECIMIENTOS

Deseo expresar mi agradecimiento al Dr. Martín Mejorada por su orientación en este trabajo y la inteligencia de sus comentarios a lo largo de nuestras reuniones. En segundo lugar, en la persona del Dr. Eduardo Barboza, a los miembros del Estudio Echeopar por su colaboración con sus observaciones y su paciencia. También a los profesores de la Universidad Católica y de la Universidad Leibniz que aportaron sus comentarios y sugerencias para la realización de esta investigación. Finalmente, a mi familia, a Karenth y a aquellas personas cuyo apoyo recibiría aunque este trabajo hubiera resultado una calamidad.



## ÍNDICE

### I. INTRODUCCIÓN

1.1. Introito.....	06
1.2. Problema.....	11
1.3. Objetivo e Hipótesis.....	19
1.4. Metodología.....	20
1.5. Justificación.....	21
1.6. Alcances del trabajo.....	24

### II. CONCEPTOS PREVIOS

2.1. Derechos reales.....	27
2.2. Principio de tipicidad.....	29
2.3. Derecho de propiedad.....	34
2.4. Modalidades de propiedad.....	36
2.4.1. Copropiedad.....	37
2.4.2. Propiedad horizontal.....	39
2.4.3. Multipropiedad.....	40
2.4.4. Propiedad fiduciaria.....	42
2.4.5. Aspectos comunes.....	44
2.5. Objeto de los derechos reales.....	45
2.6. Bien.....	47
2.7. Predio.....	52
2.7.1. Importancia de la propiedad predial.....	52
2.7.2. Definición limitada de predio.....	54
2.7.3. Definición legal de predio.....	57
2.7.4. Definición funcional de predio.....	60
2.7.5. Componentes del predio.....	69
2.7.6. Predio y utilidad.....	76
2.7.7. Predio y edificación.....	82

### III. DEFINICIÓN CLÁSICA DE LA SUPERFICIE

3.1. Definición legal.....	91
3.2. Doctrina en español.....	94
3.3. Doctrina en alemán.....	100
3.4. Posición predominante.....	105

### IV. CRÍTICA A LA DEFINICIÓN CLÁSICA

<b>4.1.</b>	<b>1er. Elemento: Propiedad superficiaria.....</b>	<b>109</b>
4.1.1.	Superficie sin construcción.....	110
4.1.2.	Derecho de superficie: propiedad del sobresuelo.....	113
4.1.3.	Funcionalidad del derecho de superficie.....	117
4.1.4.	Definición del sobresuelo.....	120
4.1.4.1.	Sobresuelo como espacio.....	121
4.1.4.2.	Sobresuelo como espacio que va siendo reemplazado por la construcción.....	122
4.1.4.3.	Doble objeto en el sobresuelo.....	124
4.1.4.4.	Sobresuelo como compuesto de espacio y construcción.....	127
<b>4.2.</b>	<b>2do. Elemento: Derecho de superficie en sentido estricto.....</b>	<b>129</b>
4.2.1.	Derecho de construir.....	130
4.2.2.	Derecho de apoyarse.....	135
<b>V.</b>	<b>DEFINICIÓN PROPIA</b>	
<b>5.1.</b>	<b>Ser una modalidad de propiedad.....</b>	<b>144</b>
<b>5.2.</b>	<b>Separación.....</b>	<b>148</b>
<b>5.3.</b>	<b>Temporalidad.....</b>	<b>150</b>
<b>VI.</b>	<b>CONSECUENCIAS</b>	
<b>6.1.</b>	<b>Aplicación de las normas de propiedad.....</b>	<b>155</b>
6.1.1.	Consecuencias en el título o negocio jurídico .....	157
6.1.2.	Consecuencias en el derecho civil.....	164
6.1.3.	Consecuencias en el derecho procesal.....	168
6.1.4.	Consecuencias en el derecho registral.....	173
6.1.5.	Consecuencias en el derecho público.....	180
<b>6.2.</b>	<b>Normas especiales.....</b>	<b>185</b>
6.2.1.	Código Civil alemán.....	187
6.2.2.	Ley sobre el Derecho de Superficie.....	191
6.2.3.	Aportes .....	194
<b>VII.</b>	<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>202</b>
<b>VIII.</b>	<b>BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>205</b>
<b>IX.</b>	<b>ANEXO.....</b>	<b>214</b>

## I. INTRODUCCIÓN

### 1.1. Introito

Av. Paseo de la República N° 3101, San Isidro, Lima, es la dirección del Ministerio de Desarrollo e Inclusión Social. El local de este ministerio se ubica en una zona que, según señala un reciente artículo de El Comercio, está considerada como la más cara de todo el país<sup>1</sup>. En efecto, este local, que se encuentra en el cruce con la calle Miguel Seminario en pleno “corazón comercial y financiero” de San Isidro, forma parte de un área de la ciudad donde la característica principal de los terrenos atractivos para la construcción de edificios es su escasez. Así como este ministerio, según este mismo artículo, son varias las entidades públicas que se encuentran en inmuebles que se ubican en locaciones privilegiadas en distritos céntricos y se estima que el valor comercial de los mismos alcanzaría varios cientos de millones de dólares<sup>2</sup>.

Una ubicación céntrica puede hasta cierto punto beneficiar la calidad del servicio que una entidad pública presta a los ciudadanos. Sin embargo, a diferencia de cualquier actividad privada, las actividades de una entidad estatal tienen un público cautivo en las personas cuyos trámites administrativos de todos modos tienen que hacerse, con independencia del lugar en el que se encuentre la entidad estatal. Ello, sumado a que los inmuebles estatales muchas veces se utilizan solamente de manera parcial y no se realiza una explotación óptima de los mismos, pone en el tapete la cuestión de si no sería una alternativa eficiente la de poner dichos bienes

---

<sup>1</sup> SANTILLÁN ARRUZ, José. *El Estado tiene oficinas que cuestan US\$ 8.000 el metro cuadrado*. En: [http://elcomercio.pe/actualidad/1644141/noticia-estado-tiene-oficinas-zonas-donde-m2-cuesta-us8000\\_1](http://elcomercio.pe/actualidad/1644141/noticia-estado-tiene-oficinas-zonas-donde-m2-cuesta-us8000_1) (Consultado el 20-10-2013).

<sup>2</sup> SANTILLÁN ARRUZ, José. *El Estado tiene oficinas que cuestan US\$ 8.000 el metro cuadrado*. En: [http://elcomercio.pe/actualidad/1644141/noticia-estado-tiene-oficinas-zonas-donde-m2-cuesta-us8000\\_1](http://elcomercio.pe/actualidad/1644141/noticia-estado-tiene-oficinas-zonas-donde-m2-cuesta-us8000_1) (Consultado el 20-10-2013).

en manos de privados y, con el ingreso que de ello se genere para el Estado, instalar a las instituciones públicas en zonas en las que se pueda atender razonablemente bien a los usuarios, con instalaciones modernas ubicadas de manera más descentralizada, descongestionando las zonas más céntricas de la ciudad. De la mano de ello, la utilización privada de este tipo de bienes podría dar pie a la realización de proyectos beneficiosos para estas zonas, como por ejemplo playas de estacionamientos, centros culturales, centros comerciales, lugares de recreación y deportes e incluso edificios de oficinas y de vivienda.

Más allá de los diferentes factores que determinan la utilidad de esa propuesta, nos es pertinente preguntar ¿qué alternativas tendrían los agentes involucrados en caso se decidieran a llevar a cabo la venta de estos locales estatales?

Vender, a pesar de ser probablemente la alternativa más obvia, tiene algunos inconvenientes importantes. Los inmuebles del Estado pertenecen a un tipo de bienes cuya situación particular hace demasiado problemática la alternativa de la disposición. Entre estos bienes de difícil disposición tenemos aquellos cuyo valor radica en un análisis no meramente patrimonial por tener un significado afectivo o conmemorativo para su dueño que puede también ser un privado. Asimismo, existen bienes en los que su titularidad está dividida entre un conjunto muy grande de personas o en los que hay muchos sujetos que, a pesar de no ser dueños, pueden ejercer un derecho de veto a cualquier operación que se proponga respecto del inmueble (la denominada *tragedia de anticomunes*).

Los locales de las entidades estatales se encuentran en este último grupo. Debido al interés de que los bienes del Estado no se destinen a finalidades diferentes a las que tienen que ver con el interés público, la transferencia de bienes públicos recorre un camino burocrático más largo, donde existen muchos sujetos que pueden vetar la transferencia, bien por razones sustentables jurídicamente como también por motivaciones de índole político e incluso motivaciones ilegales como en casos de corrupción. Así de complicada puede resultar ser la transferencia de un bien estatal.

Sin embargo, cuando se trata de proyectos de gran envergadura usualmente los privados interesados en adquirir un inmueble no tienen la alternativa sencilla de caminar algunos metros y tocar la puerta de la siguiente casa. Los proyectos inmobiliarios importantes usualmente necesitan de inmuebles con una ubicación estratégica que conjugue una serie de factores que determinen que la inversión sea productiva. Plaza San Miguel tenía necesariamente que estar en Av. Universitaria con Av. La Marina para tener éxito, no sería lo mismo que esté en Av. Universitaria con Av. Bolívar.

Entonces, ¿cómo hacer para conciliar las dificultades para transferir que se tiene en relación a inmuebles del Estado con los beneficios y la necesidad de que los privados realicen proyectos inmobiliarios en esas específicas zonas de la ciudad? El propio mercado ha ido adelantándose al derecho en adoptar una solución.

El derecho real de superficie es hoy en día un mecanismo de inversión inmobiliaria que ha respondido a la problemática descrita. Se trata de una figura jurídica con una larga historia, pero cuya utilidad en nuestro país se ha revitalizado solamente en los últimos años. Responde a la problemática planteada porque posibilita que los sujetos públicos o privados, que no tienen dentro de sus posibilidades o intereses desprenderse de manera definitiva de la propiedad de sus bienes, confieran un derecho solamente temporal. Sin embargo, a pesar de tratarse de un derecho temporal, los sujetos que reciben este derecho se benefician de un plazo extenso (noventa y nueve años) en comparación con el plazo de otros derechos y gozan de una mayor autonomía jurídica, ya que el derecho de superficie contiene dentro de su estructura un derecho de propiedad.

Asumamos entonces que los titulares de las entidades estatales mencionadas anteriormente toman la decisión de dar en superficie los inmuebles que son de propiedad de su respectiva entidad, ¿cómo deberían realizarse los procedimientos de transferencia de estos derechos?

Es en este punto que encontraremos que el tratamiento del derecho de superficie tiene un tratamiento jurídico tremendamente limitado, que se encuentra muy detrás de la utilización que se da de la figura en el mercado. No hablando solamente de los pocos artículos sobre el derecho de superficie en el Código Civil y el casi inexistente tratamiento de esta institución en las demás áreas del Derecho, sino también de su mínimo tratamiento a nivel jurisprudencial y doctrinal, la utilidad de esta figura se ve contrarrestada por la incertidumbre que se puede generar al momento de llevar a la práctica una operación que involucre la utilización del derecho de superficie.

Los funcionarios y todos aquellos sujetos que se vean involucrados en el diseño, negociación, celebración, ejecución y terminación del contrato de otorgamiento de derecho de superficie se enfrentarán a vacíos jurídicos de diferente tipo, de los cuales vamos a mencionar tres ejemplos concretos:

Ejemplo 1.- El funcionario de la Superintendencia de Bienes Estatales cuando se le encarga iniciar el expediente administrativo para la constitución del derecho de superficie sobre un inmueble del Estado encontrará que, en contraste con los miles de expedientes de transferencia de derecho de propiedad sobre bienes del Estado, en su Sistema Integrado Documentario tendrá registrado desde el año 1980 hasta la actualidad solamente 1 expediente de constitución del derecho de superficie, que además se trata de una empresa que al final se desistió de su solicitud porque consiguió obtener un derecho de uso gratuito sobre los inmuebles que estaba solicitando.

Ejemplo 2.- Se da la situación de que la empresa que ha recibido el derecho de superficie para desarrollar su proyecto por razones que no vienen al caso necesita transferir dicha titularidad a una tercera empresa. El área legal de dicha la primera de ellas solicita a un estudio de abogados un informe legal en el que se analicen las posibilidades de transferir el mencionado derecho de superficie. El abogado al que le corresponde este encargo encuentra que el artículo 1031 del Código Civil establece que el derecho de superficie es libremente

transmisible. Sin embargo, al tratarse de un contrato de duración, la transferencia del derecho debería incluir también la cesión de la posición contractual del superficiario en el contrato de constitución del derecho de superficie. Este abogado recurre a la doctrina civil sobre esta figura y encuentra que el único estudio sistemático al respecto en nuestro país es uno realizado por el profesor Carlos Cárdenas en los años 80, que no trata de manera específica un caso semejante.

Ejemplo 3.- Una vez celebrado y en vigencia el contrato de superficie, se aprueban en el ámbito de la empresa superficiaria los planos y demás documentos técnicos del proyecto y se llevan a la municipalidad correspondiente para la tramitación de los permisos y licencias necesarios para la construcción. Sin embargo, el funcionario ante el cual se realizan los mencionados trámites rechaza las solicitudes señalando que el legitimado para la tramitación de los documentos administrativos solicitados es el propietario del inmueble, por lo que le solicita al superficiario contar con la autorización de aquél. El abogado encargado del trámite recurre para absolver este inconveniente a explicar que el derecho de superficie confiere un derecho de *propiedad* sobre la construcción. Sin embargo, para este propósito, se topa con la compleja definición doctrinaria de esta figura que habla de la doble naturaleza del derecho de superficie y encuentra que, además, según la definición doctrinaria de la figura, el derecho de propiedad del superficiario solamente surge cuando ya hay una construcción existente y no antes.

Ante éstos y otros varios problemas similares que observamos que se suscitan en la utilización del derecho de superficie creemos que deben buscarse respuestas actuales desde el Derecho. Esto en especial cuando se trata de una institución que en el ámbito privado se viene utilizando cada vez con mayor frecuencia y en proyectos de gran magnitud, y que en el ámbito público se va notando su enorme potencial aún no explotado.

Creemos que una respuesta desde el Derecho es la propuesta en este trabajo: el planteamiento pragmático pero con el debido sustento teórico de que el derecho de superficie

debe redefinirse como una modalidad del derecho de propiedad, que, a pesar de sus particularidades (separación y temporalidad), responde al mismo estatuto normativo de cualquier derecho de propiedad en el derecho civil. Si luego de desarrollado este trabajo consideramos verificada nuestra hipótesis, podremos decirle a los funcionarios públicos y demás sujetos que se encuentren ante un vacío normativo, que pueden recurrir a las normas referidas al derecho de propiedad, así como a la bien desarrollada doctrina y jurisprudencia sobre ese derecho, para dar solución a los problemas jurídicos sobre el derecho de superficie que tengan ante sí.

## 1.2. Problema

Entremos en el detalle de cuáles son las razones que fundamentan el incremento en la utilización del derecho de superficie en nuestro medio. A un inversionista que podría tener interés en adquirir un derecho sobre un inmueble, ya sea para el propósito de construir un centro comercial, un local industrial, un complejo de viviendas, etc., el ordenamiento jurídico peruano le da una baraja de opciones que pueden dividirse en dos grupos: (i) la posibilidad de adquirir un derecho de manera definitiva y (ii) la de adquirir un derecho temporal:

- (i) La opción de adquirir un inmueble, si bien confiere un derecho pleno sobre el mismo, resulta una operación más onerosa y necesita de un financiamiento más costoso, puesto que se necesitará un desembolso total en el momento uno, venga éste del propio inversionista o de una entidad financiera, quien le trasladará los costos al inversionista vía intereses.

Asimismo, la adquisición de un inmueble implica la aplicación de ciertos tributos que recaen específicamente sobre la propiedad o la transferencia de propiedad, como es el caso del impuesto predial y los arbitrios, y del impuesto de

alcabala, respectivamente, los mismos que en inmuebles de alto valor constituyen montos económicamente relevantes.

Por otro lado, la adquisición de un inmueble lleva implícito un riesgo inherente que es la posibilidad de que el precio de éste varíe significativamente durante el tiempo largo en el que se va a explotar un negocio. De un contrato de adquisición no se puede uno salir tan fácilmente como de un contrato temporal; no basta la resolución de un contrato, sino que se hace necesaria la transferencia del activo.

Por otro lado, como se ha señalado en el introito, un problema relevante, y que tiene mucha relación con el tema del precio, es la creciente escasez de terrenos atractivos en las áreas urbanas de las ciudades importantes. Adicionalmente, en los terrenos atractivos para la explotación de centros comerciales, se suele producir la circunstancia particular de que los propietarios son en la mayoría de los casos personas no mercantiles, cuyo interés no necesariamente es la transferencia definitiva del inmueble, bien porque se trata de personas particulares, asociaciones, fundaciones, etc.<sup>3</sup>, bien porque se trata de entidades estatales para las que vender un inmueble implicaría un conjunto de trámites administrativos e incluso un costo político<sup>4</sup>.

- (ii) La alternativa a la adquisición definitiva de un inmueble es la celebración de un contrato que otorgue algún tipo de derecho temporal sobre el mismo. Las posibilidades más importantes que ofrece nuestro ordenamiento jurídico son el

---

<sup>3</sup> PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2da. Ed. Barcelona: Bosch, 1973, p. 152.

<sup>4</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *¡Atenta Superficie!* En: *Derecho y Sociedad* Año XVI N° 25 – 2005, nota a pie 2, p. 301. Cfr. WOLF, Martín. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. II. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 2.

contrato de arrendamiento y el derecho real de usufructo<sup>5</sup>. El problema es que ninguna de estas alternativas temporales resulta suficientemente atractiva para los operadores, debido a las limitaciones que para ellas establece la ley.

Por un lado, el arrendamiento tiene la desventaja de generar efectos meramente obligacionales, los que en aplicación del segundo párrafo del artículo 2022 del Código Civil pueden verse desplazados por operaciones que generen efectos reales<sup>6</sup>. En adición a ello, el arrendamiento tiene limitaciones en su contenido, puesto que solamente permite al arrendatario el derecho de usar el inmueble sin introducir cambios ni modificaciones en él según señala el inciso 8 del artículo 1681 del Código Civil<sup>7</sup>. Es cierto que esta norma se mediatiza en la interpretación, puesto que sí se admiten ciertos cambios en los bienes arrendados en tanto éstos no impliquen una transformación o alteración esencial.

El arrendatario no solo está limitado de disponer físicamente, sino también jurídicamente de dicho inmueble, lo que, entre otras cosas, impide obtener financiamiento mediante la dación en garantía de un contrato de arrendamiento. A ello hay que agregar la limitación que implica el plazo máximo de diez años para este contrato. Todo lo señalado le quita utilidad a una herramienta que en otros ordenamientos resulta la idónea para este tipo de operaciones<sup>8</sup>.

---

<sup>5</sup>Otras figuras utilizadas en nuestro para fines de tenencia temporal de bienes podrían ser el uso, la anticresis, el depósito, el leasing, el contrato de concesión, etc. los mismos que bien son utilizados en mucha menor medida que el arrendamiento y el usufructo o bien tienen finalidades distintas (como la custodia o el financiamiento).

<sup>6</sup> Una hipoteca o usufructo posterior podrían servir para cuestionar la eficacia de un arrendamiento aún cuando este último tenga fecha anterior. Aunque objeto de gran discusión, la precariedad de los derechos personales frente a los derechos reales inscritos se expresa en la misma Exposición de Motivos del Código Civil, donde se señala que "(...) tendrá preferencia el titular del derecho real, porque goza de la oponibilidad *erga omnes*, que no tiene el derecho personal y, además, porque el real goza de lo que se llama energía persecutoria de la que también carece el derecho personal" (SOLÍS ARATA, Moisés. *Comentario al artículo 2022 del Código Civil*. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005, p. 507).

<sup>7</sup> CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos*. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial PUCP y Palestra, 2010, pp. 396-397.

<sup>8</sup> Es el caso del sistema alemán cuya flexibilidad se basa en los dos tipos de arrendamiento que prevé el Código Civil (BGB), el *Mietvertrag* y el *Pachtvertrag* cuya regulación no establece un plazo máximo como el establecido en el Código Civil peruano.

Algo similar sucede con la herramienta del usufructo. Si bien en este caso sí nos encontramos ante un derecho real que tiene mayor protección como tal, su configuración legal alcanza solamente a la posibilidad de explotar un inmueble existente, pero no de realizar en él modificaciones sustanciales so pena de terminación anticipada del usufructo (según una interpretación conjunta de los artículos 1008, 1009 y 1021 inciso 6 del Código Civil). Ello impide o, cuando menos, vuelve cuestionable, por ejemplo, echar abajo una construcción existente para realizar una completamente nueva por constituir una modificación sustancial del bien.

Junto con esta limitación se encuentra el principio de tipicidad de los derechos reales que vuelve más problemática la posibilidad de que derechos como el usufructo sean objeto de pactos que sobrepasen la esencia de su configuración legal<sup>9</sup>.

Por último, la transmisión del usufructo se encuentra limitada por la circunstancia de que depende de la pervivencia del usufructuario inicial, cuya desaparición puede generar la terminación del usufructo como lo establece el inciso 4 del artículo 1021 del Código Civil. El plazo máximo de treinta años es mayor que el del arrendamiento, pero de todas maneras representa un tope para el diseño de proyectos de inversión de largo plazo.

Es así que la propia necesidad de los operadores jurídicos ha llevado a la utilización de otras opciones de contratos temporales, espacio en el que se ha dado gran uso al derecho real de superficie. En una definición preliminar, el derecho de superficie constituye el derecho real que otorga la posibilidad de tener una construcción en propiedad separada sin ser propietario del suelo sobre el que la misma se encuentra. Como lo explicaremos más adelante, ésta es una

---

<sup>9</sup> WESTERMANN, Harry, et alt. *Sachenrecht*. 8va. Edición. (Traducción Propia) Heidelberg: C.F. Müller, 2011, p. 29.

institución relativamente marginada en los ordenamientos civiles de la familia continental, lo que se tradujo en una escasísima regulación en los principales códigos civiles del mundo<sup>10</sup>, así como en nuestro propio Código Civil. Sin embargo, la realidad socio-económica de nuestro país descrita anteriormente ha revitalizado la utilización de esta figura en el ámbito del derecho inmobiliario, específicamente, en la proliferación de centros comerciales y negocios de *retail*.

El derecho de superficie es un derecho real limitado también en el aspecto temporal, pero con un tope mucho mayor que el de las opciones anteriormente mencionadas: noventa y nueve años. Su atractivo no termina ahí, pues mediante este derecho el beneficiario, también denominado *propietario superficiario* o simplemente *superficiario*, tiene una mayor amplitud de facultades, ya que la ley le permite construir y explotar un inmueble con las mismas prerrogativas que tendría un propietario pleno.

Por último, la naturaleza real de este derecho le confiere mayor protección por la oponibilidad que permite la inscripción en el registro, lo que, además, facilita la estructuración de financiamientos para inversiones de gran envergadura. Éstas son algunas de las razones que han motivado su utilización en diferentes contextos en los que el objetivo es la construcción de edificaciones productivas<sup>11</sup> entre los que destacan la construcción de *malls*, centros comerciales, supermercados y, en general, el mercado del *retail*; aunque también se tiene la construcción de locales industriales, la realización de proyectos de infraestructura e incluso la realización de proyectos destinados a vivienda<sup>12</sup>.

---

<sup>10</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. 10ma. Ed. Tomo II. Derecho de cosas. Vol. II. Madrid: Reus, 1965, pp. 304 – 305. Opinión contraria en este aspecto tiene el profesor Rómulo Morales tomando en consideración códigos civiles más recientes como el portugués y el brasilero en los que se da un tratamiento algo más detallado de este derecho real (Cfr. MORALES HERVIAS, Rómulo. *Coloquio de Presentación de la serie Cuadernos de Trabajo del CICAJ del Departamento de Derecho de la PUCP*. Ponencia. 20-06-2013).

<sup>11</sup> Manuel Albaladejo añade que "[l]a utilidad práctica básica del derecho de superficie urbana, tanto de la urbana general como de la urbanística, es la de facilitar la edificación. Piénsese, por ejemplo, en que el dueño del suelo no quiere o no tiene medios para emprenderla, o que al constructor le sea muy gravoso el precio del solar" (ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de bienes. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1977. P. 209).

<sup>12</sup> Al respecto, señala Carlos Cárdenas Quirós que "(...) el derecho de superficie resulta uno de los medios más idóneos y relevantes para resolver y no tan solo paliar, el grave problema que les significa a las personas de economía limitada, la falta de vivienda, y en general, lo que constituye el déficit habitacional" (CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *El derecho real de superficie*. En: *Derecho PUCP* N°37 Diciembre de 1983, p. 9).

No obstante lo dicho, existen algunos aspectos problemáticos que dificultan la utilización de este derecho. Carlos Cárdenas Quirós decía ya en 1983 que "[e]l éxito del derecho de superficie dependerá fundamentalmente de la regulación que se le ofrezca. Esta debe ser idónea y responder a la finalidad que con la institución se pretende alcanzar"<sup>13</sup>. Dicha regulación no se ha dado de la manera esperada por este autor.

El mínimo tratamiento actual del derecho de superficie tanto en las normas civiles como en otras ramas del derecho y la novedad en el manejo de una institución particular como ésta provocan algunas dificultades en la utilización de la figura. Existe un conjunto de problemas de corte práctico para los que el limitado y algunas veces anacrónico tratamiento de este derecho en los manuales de derechos reales no proporciona respuestas suficientes, justamente porque las preguntas implican la visión de los conceptos jurídicos a la luz de la realidad y de su funcionalidad y, a la vez, implican la interrelación de conceptos de derecho civil con las normas de índole urbanística, registral, tributaria, etc. e incluso de disciplinas como la arquitectura y la economía.

A manera de ejemplo, hemos recogido algunos problemas jurídicos que se presentan en la realidad cotidiana de nuestro medio.

Para comenzar, tenemos algunas dificultades alrededor de la celebración del contrato y de la constitución del derecho real de superficie (lo que se denomina, la fase fisiológica de los contratos). Al respecto, en el estado de cosas actual, el contrato de constitución del derecho de superficie resulta ser un contrato atípico<sup>14</sup>, es decir, un contrato cuya regulación no está prevista en el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, en la práctica jurídica diaria la elaboración de un contrato de este tipo comienza desde cero y sin un parámetro de referencia claro a pesar de los diferentes aspectos que éste debe contener y de la complejidad de la operación que usualmente se busca regular.

<sup>13</sup> CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *El derecho real de superficie*. En: Derecho PUCP N°37 Diciembre de 1983, p. 10.

<sup>14</sup>Vid. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2da. Edición. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 154.

Esto motiva que o se deba invertir demasiados recursos en la elaboración de un contrato sin un punto de partida específico o que se utilice como modelo la estructura del contrato de arrendamiento, que constituye el prototípico contrato de cesión temporal de un inmueble, decisión que puede resultar problemática, puesto que el contrato de arrendamiento tiene una naturaleza y, en consecuencia, efectos prácticos completamente distintos (el arrendamiento es un contrato obligacional y de duración)<sup>15</sup>.

En la misma línea, un tema que ha tenido un vago tratamiento doctrinario y legislativo es el de la formalización del derecho de superficie en el ámbito notarial y registral. Existen dudas acerca de los requisitos que deberían exigir los notarios al momento de otorgar los instrumentos públicos necesarios para la formalización del contrato de superficie, acerca de los elementos que deberían ser evaluados por el registrador público para la inscripción del derecho de superficie en SUNARP; por ejemplo, acerca de la posibilidad de que la extensión física del derecho de superficie sea menor o sea mayor a la extensión del terreno sobre el cual se constituye, la posibilidad de acumular partidas especiales de derechos de superficie; las situaciones en que concurren otros derechos con la superficie (régimenes de copropiedad, garantías reales, otros derechos reales, etc.); la necesidad de un análisis catastral respecto a la posibilidad de superposiciones con respecto al derecho de superficie y/o las limitaciones urbanísticas que para las construcciones pueden existir en el lugar donde se encuentre el inmueble, entre otros varios aspectos.

En segundo lugar, es importante mencionar la problemática de la fase de cumplimiento y la eventual fase de defectos en el contrato (fase patológica). El derecho de superficie debido a sus características particulares genera una relación jurídica a largo plazo entre el propietario superficiario y el propietario del suelo. Durante dicho plazo se pueden suscitar una serie de

---

<sup>15</sup> Al respecto, José Puig Brutau señala una situación idéntica en el contexto español cuando afirma que "[e]n la práctica judicial española se han planteado algunos litigios por no haberse distinguido con toda claridad el derecho de superficie de otras figuras jurídicas, especialmente del arrendamiento" (PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2da. Ed. Barcelona: Bosch, 1973, p. 151).

circunstancias que son el origen de controversias difícilmente solucionables con las normas y doctrina actual del derecho de superficie.

Entre ellas podemos nombrar el caso de la transferencia de la propiedad del suelo o de la misma superficie y con ello la entrada de nuevas personas no solo en la calidad de propietario o de superficiario, sino además en la posición contractual dentro del contrato de superficie y las dificultades en cuanto a si se necesita el consentimiento de la contraparte para este acto; la eventual constitución de una hipoteca sobre el suelo o sobre la superficie y las dificultades en cuanto a la interpretación de la prioridad; la posibilidad de inscribir medidas cautelares; de ampliar o reducir el plazo inicialmente establecido del derecho; los efectos de la resolución del contrato por incumplimiento o por alguna otra causa prevista en el Código Civil, la forma de tributación de los beneficios que ambas partes del contrato obtienen, entre otras cuestiones.

En adición a ello, han sido objeto de debate la posibilidad de establecer algunas figuras particulares como es el caso de la “subsuperficie”, de la “autosuperficie” y de la constitución de un “régimen de propiedad superficiaria horizontal”.

Toda esta problemática se materializa en contextos donde se empiezan a discutir aspectos especializados de este derecho como procesos judiciales, procesos arbitrales, procedimientos notariales, procedimientos registrales, informes jurídicos, elaboración de contratos, etc. La consecuencia directa de la dificultad en la resolución de estas discusiones es la incertidumbre jurídica que se puede generar alrededor del derecho de superficie si es que su régimen no se conoce de manera adecuada.

Si bien, afortunadamente, ello no alcanza a impedir el aprovechamiento de esta institución por parte de los operadores jurídicos, lógicamente se genera un incremento innecesario de los costos de transacción para los que invierten en inmuebles utilizando este mecanismo y generando la disminución de contratos que generen beneficios para las partes y

también para la propia sociedad. A intentar simplificar la respuesta a dichos problemas es que nos vamos a dedicar en los siguientes capítulos.

### 1.3. Objetivo e Hipótesis

De este modo, el objetivo general de este trabajo de investigación es analizar las posibles soluciones que en el ámbito del derecho civil puedan responder a los problemas generados por el mínimo tratamiento normativo, doctrinario y jurisprudencial del derecho de superficie que presenta nuestro país.

A estos efectos, nuestra hipótesis consiste en que sería posible hacer una interpretación del derecho de superficie diferente a su concepción clásica que nos permita encontrar fuentes para la resolución de los diversos problemas no resueltos por nuestra legislación. Esta interpretación consiste en la redefinición de esta figura, reconsiderando su naturaleza jurídica, ya no como un derecho real autónomo, sino como una modalidad del derecho de propiedad.

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

En segundo lugar, como consecuencia de la verificación de nuestra hipótesis, propondríamos que resultaría conveniente un tratamiento legislativo del derecho de superficie tal como lo tienen otras modalidades del derecho de propiedad, como es el caso de la copropiedad, la propiedad horizontal, la multipropiedad o la propiedad fiduciaria. Como referencia comparativa nos servirá una de las normas que de manera más sistemática ha

tratado el derecho de superficie en el derecho comparado, es decir, la Ley sobre el Derecho de Superficie promulgada como complemento del Código Civil de Alemania (en adelante, "BGB"), cuyo estudio, tomando en cuenta su propio contexto y las diferencias que existen entre el sistema de propiedad alemán y el nuestro, nos podría proporcionar valiosos aportes en torno al tratamiento de determinados aspectos del derecho de superficie que no han sido desarrollados por la norma peruana.

De esta manera, la verificación de la hipótesis va a seguir el camino de cuestionar la definición clásica del derecho de superficie para con ello poder sintetizar una definición propia, cuya aplicación y consecuencias consideramos cumplen con el objetivo de dotar de soluciones a los problemas actuales en torno al derecho de superficie.

#### 1.4. Metodología.

El método principal que nos proponemos utilizar a lo largo del presente trabajo es el método funcional, a través del cual procuraremos profundizar en la manera en que la institución se desenvuelve y funciona en la realidad, para de ahí extraer la forma en que deben interpretarse las normas y entenderse los conceptos jurídicos, todo ello dentro del marco de institucionalidad establecido por la jerarquía de normas.

No obstante, debemos señalar que el método dogmático no estará excluido de nuestro trabajo al momento de describir las instituciones jurídicas que nos sirven de fundamento para el planteamiento de nuestra hipótesis.

Finalmente, también nos serviremos del método comparativo en la fase de análisis de las consecuencias de la verificación de nuestra hipótesis, con el objetivo de contrastar las soluciones que sobre el derecho de superficie se han planteado en particular en un ordenamiento jurídico diferente al nuestro.

## 1.5. Justificación

El derecho real de superficie es un instrumento jurídico cuyo campo de aplicación está centrado en un ámbito específico: el mercado de bienes inmuebles o mercado inmobiliario. Siendo así, es pertinente señalar que el contexto temporal en el que desarrollamos este trabajo es uno caracterizado por una contraposición entre el dinamismo del mercado inmobiliario interno y las consecuencias que en los precios de los inmuebles tuvo la crisis económica de los años 2008-2009 en los países del hemisferio norte. En este escenario en el que el incremento de la inversión inmobiliaria fue una de las causas de la recesión económica internacional de los últimos años, ¿tiene sentido en nuestro país el estudio de una herramienta de inversión inmobiliaria como es el derecho real de superficie? La nuestra es una respuesta afirmativa y a continuación explicaremos el porqué.

La crisis financiera tuvo como ingredientes en Estados Unidos a la desregulación *salvaje* de los mercados financieros<sup>16</sup>, así como al incremento —en gran parte artificial— de los precios de los activos inmuebles<sup>17</sup>. Esto se tradujo en una burbuja de precios de las propiedades en el sector inmobiliario<sup>18</sup>, la que, posteriormente, a través de instrumentos financieros se trasladó con la anuencia de las clasificadoras de riesgo al mercado financiero<sup>19</sup>.

El año 2004, la Reserva Federal de los Estados Unidos subió las tasas de interés, lo que generó que los precios de las viviendas comenzaran a caer<sup>20</sup>. Como consecuencia, se

---

<sup>16</sup> BURNEO, Kurt. *Crisis externa: ¿no nos pasará nada?*. En: Brújula N° 18, Año 10, p. 30; Vid. GARCÍA, Carlos J. *Crisis financiera en Europa y políticas públicas en Latinoamérica*. En: Diálogo Político. Año XXIX N°1, Marzo 2012, pp. 40-41; Vid. SALAMA, Pierre. *Preguntas y respuestas sobre la crisis mundial*. (Trad. Lucas Bidon-Chanal) En: Nueva Sociedad N° 237, Ene-Feb 2012, p. 56; Vid. GALLARDO K, José D. *La crisis económica y los economistas de la PUCP*. En: Brújula N° 18, Año 10, p. 35.

<sup>17</sup> VALDEZ PAREDES, Doris. *Una visión panorámica de la regulación financiera en el Perú: a propósito de la crisis económica mundial. Entrevista al doctor Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón*. En: Derecho y Sociedad, Año XX N° 32, 2009, p. 32.

<sup>18</sup> GALLARDO K, José D. *La crisis económica y los economistas de la PUCP*. En: Brújula N° 18, Año 10, p. 35.

<sup>19</sup> BURNEO, Kurt. *Crisis externa: ¿no nos pasará nada?*. En: Brújula N° 18, Año 10, p. 30.

<sup>20</sup> VALDEZ PAREDES, Doris. *Una visión panorámica de la regulación financiera en el Perú: a propósito de la crisis económica mundial. Entrevista al doctor Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón*. En: Derecho y Sociedad, Año XX N° 32, 2009, pp. 32-33.

produjeron los incumplimientos de los créditos hipotecarios, las ejecuciones de viviendas y se evidenció la sobrevaloración de los valores mobiliarios respaldados con dichas hipotecas<sup>21</sup>. De ahí en adelante se produjo la quiebra de importantes instituciones financieras y la intervención del Estado a través de operaciones de salvataje financiero ("*bail out*")<sup>22</sup>.

¿Qué es lo que sucedió y lo que puede suceder en Perú? ¿Cuál es el contexto económico nacional del presente trabajo? En el caso particular peruano y, específicamente, en el mercado inmobiliario el impacto de la crisis fue relativamente limitado<sup>23</sup>. "El Perú, a pesar de la contracción en el crecimiento de su PBI, ha sido uno de los países menos afectados por la crisis en América Latina. La contracción del PBI del Perú empezó más tarde y fue más suave que la de países como Brasil, Colombia, Chile y México"<sup>2425</sup>.

En el particular contexto peruano, ha sucedido que el incremento en la capacidad adquisitiva del ciudadano promedio originado en el crecimiento económico sostenido que ha tenido el país desde hace ya más de una década se ha conjugado con un factor importante para determinar que el incremento de los precios de los inmuebles no es uno artificial. Este factor es el déficit habitacional histórico que tiene nuestro país: "El déficit habitacional se define como el estado de carencia o insatisfacción de la necesidad de refugio y alojamiento de los hogares de un determinado territorio. (...) [S]e deben considerar dos aspectos: el acceso a una

<sup>21</sup> BURNEO, Kurt. *Crisis externa: ¿no nos pasará nada?*. En: Brújula N° 18, Año 10, p. 30.

<sup>22</sup> VALDEZ PAREDES, Doris. *Una visión panorámica de la regulación financiera en el Perú: a propósito de la crisis económica mundial. Entrevista al doctor Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón*. En: Derecho y Sociedad, Año XX N° 32, 2009, p. 32.

<sup>23</sup> BOUR, Juan Luis. *La crisis europea: una mirada desde Latinoamérica*. Diálogo Político Año XXIX N° 1 - Marzo 2012, pp. 53 y 70.

<sup>24</sup> RIVERA, Iván. *La crisis económica actual: evaluación y perspectivas*. En: Economía Vol. XXXIII, N° 65, semestre enero-julio 2010, p. 206.

<sup>25</sup> Se señala como causa que el sistema financiero peruano además de ser pequeño en términos del PBI es poco sofisticado (RIVERA, Iván. *La crisis económica actual: evaluación y perspectivas*. En: Economía Vol. XXXIII, N° 65, semestre enero-julio 2010, p. 211). Se señala también la situación particularmente favorable por el alto precio de los *commodities* (GARCÍA, Carlos J. *Crisis financiera en Europa y políticas públicas en Latinoamérica*. En: Diálogo Político. Año XXIX N°1, Marzo 2012, p. 47 y BOUR, Juan Luis. *La crisis europea: una mirada desde Latinoamérica*. Diálogo Político Año XXIX N° 1 - Marzo 2012, p. 70), la contracción en las importaciones (RIVERA, Iván. *La crisis económica actual: evaluación y perspectivas*. En: Economía Vol. XXXIII, N° 65, semestre enero-julio 2010, p. 207) y la estabilidad macroeconómica construida a lo largo de la década (RIVERA, Iván. *La crisis económica actual: evaluación y perspectivas*. En: Economía Vol. XXXIII, N° 65, semestre enero-julio 2010, p. 210).

vivienda y la calidad de la misma, en términos de disponibilidad de servicios, satisfacción de necesidades básicas, autonomía, etc."<sup>26</sup>.

Partiendo de este concepto, de acuerdo al último censo de vivienda en el Perú, es decir, los Censos Nacionales 2007: XI de Población y VI de Vivienda, "(...) a nivel nacional el déficit habitacional asciende a 1 millón 860 mil 692 viviendas (...)"<sup>27</sup>. Esta circunstancia particular en nuestro país es un indicador de que el incremento de los precios responde a una demanda real de vivienda.

La creciente clase media en nuestro país, debido al crecimiento económico en los últimos años, ha ido aumentando su capacidad adquisitiva<sup>28</sup> y esta circunstancia se ha ido reflejando en el incremento de la demanda de viviendas. Aunado ello, la apertura económica de nuestro país ha generado una mayor facilidad para la población en el acceso a bienes de consumo masivo. Consecuencia de ello es el incremento de los negocios de *retail* y la ascendiente cantidad de centros comerciales no solo en Lima sino en provincias, mercado que, no obstante lo dicho, todavía no llega a satisfacer la demanda de la población de bienes y servicios<sup>29</sup>.

<sup>26</sup> FONDO MIVIVIENDA. *Dinámica del déficit habitacional en el Perú*. Documento de trabajo disponible en <http://www.mivivienda.com.pe/NR/rdonlyres/5E7AF5DF-93D3-495D-8726-EE747F7416D4/5690/Din%C3%A1micadel%C3%A9ficithabitacionalenelPer%C3%BA.pdf> (Consultado el 22-05-2013) p. 10.

<sup>27</sup> INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Perú: Mapa del Déficit Habitacional a Nivel Distrital, 2007*. Lima, diciembre 2009. Disponible en <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0868/libro.pdf> (Consultado el 22-05-2013) p. 2 y MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO. Boletín Estadístico Año VI. Nº 44 – Edición Febrero de 2012, p. 4.

<sup>28</sup> Al respecto, el Instituto Peruano de Economía señala que "[e]l fuerte crecimiento de la economía experimentado en la última década ha permitido que más personas en edad de trabajar encuentren empleo, y con ello, aumente su capacidad adquisitiva. En el periodo 2001-2009 se pudo apreciar un fuerte incremento del empleo a nivel nacional, que fue de 24.4%. Más importante aún, el crecimiento del empleo ha sido de manera descentralizada: El crecimiento del empleo en 5 departamentos fue mayor que el experimentado en Lima" (INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. *Más chamba para todos*. Disponible en <http://ipe.org.pe/content/mas-chamba-para-todos> (Consultado el 22-05-2013)).

<sup>29</sup> ASOCIACIÓN DE CENTROS COMERCIALES Y DE ENTRETENIMIENTO DEL PERÚ. *Shopping Center Development and Perspectives in Peru*. Mayo 2011. Disponible en <http://www.accep.org.pe/shopping-centers-mexico-2011.pdf> (Consultado el 22-05-2013), p. 30.

De esta manera, nuestra respuesta a la pregunta inicialmente formulada es que el estudio de herramientas de inversión inmobiliaria sí tiene sentido en el contexto peruano, puesto que, tomando en cuenta factores propios de nuestro país como el déficit de vivienda, el mercado inmobiliario interno es hoy en día uno sumamente atractivo para la inversión.

### 1.6. Alcances del trabajo

En razón de la hipótesis planteada, debemos indicar que el trabajo que desarrollaremos se limitará a estudiar aquellos aspectos del derecho de superficie que permitan verificar o descartar la reconfiguración de la naturaleza del derecho de superficie, es decir, aquellos aspectos que sugieran tanto que se trata de un derecho real autónomo como aquéllos que sugieran que se trata de una modalidad del derecho de propiedad. En ese sentido, no es objeto de este trabajo un estudio exegético y descriptivo de cada uno de los aspectos que comprende este derecho, en tanto éstos no sean relevantes para nuestro planteamiento.

Asimismo, si bien es cierto que en esta introducción hemos abordado el contexto socio-económico en el que se producen los negocios que tienen como sustento el derecho de superficie, en lo sucesivo nuestro análisis se centrará en el estudio de esta figura como una herramienta jurídica y utilizando los métodos de interpretación que el sistema jurídico proporciona. Ello sin desconocer que, desde la perspectiva de la realidad, los intereses económicos y los instrumentos jurídicos se presentan de manera indesligable.

Adicionalmente, es importante apuntar que al tratar conceptos cuya definición escapa a lo estrictamente jurídico como el concepto de "terreno", "suelo", "aires", etc., también hemos recurrido a ciertas categorías con origen en ámbitos que normalmente no se relacionan de manera directa con el Derecho como la arquitectura e incluso la geometría. Por esta misma razón, en algunos casos hemos recurrido a imágenes y gráficos para ilustrar de mejor manera las ideas planteadas.

Es pertinente señalar que en la realización de esta investigación hemos recurrido preponderantemente a la doctrina de derecho civil en general y sobre los derechos reales en particular, tanto de autores peruanos como extranjeros. Dentro de la doctrina extranjera debemos señalar que hemos recurrido en mayor medida a la doctrina de derecho civil de Alemania, debido a que la presente investigación fue parcialmente realizada en ese país con motivo de un intercambio académico que el autor tuvo la oportunidad de realizar en la Facultad de Derecho de la Universidad Leibniz de la ciudad de Hannover. En dicha oportunidad, se dio la posibilidad de tener un mayor acercamiento al derecho alemán en general y de manera particular al sistema de derecho civil de ese país.

Del mismo modo, al día de hoy dicha experiencia nos permite realizar la lectura de la doctrina y las normas de ese país con un mejor conocimiento no solo del sistema jurídico en el que las instituciones se enmarcan, sino también del contexto social y político que rodea la evolución del derecho civil en Alemania. Por este motivo, en razón de la particular familiaridad del autor con el sistema jurídico de dicho país, se podrán encontrar múltiples referencias a aspectos específicos del sistema de derechos reales alemán en las diferentes secciones del trabajo, así como un análisis comparado detallado respecto del derecho de superficie en el último capítulo.

Por último, cabe apuntar que los capítulos siguientes se organizan de la siguiente manera: En primer lugar, realizaremos la definición de ciertos conceptos previos que resulten relevantes para efectos del análisis de la naturaleza jurídica del derecho de superficie: (i) el derecho de propiedad como categoría general, (ii) la propiedad predial que se refiere a la focalización del derecho de propiedad en el concepto de predio y, por último, (iii) estudiaremos en qué consisten y qué ejemplos existen de modalidades del derecho de propiedad.

En segundo lugar, estudiaremos la definición clásica del derecho de superficie en la doctrina a efectos de identificar la posición mayoritaria que existe acerca de su naturaleza jurídica y, consecuentemente, de las reglas aplicables a este derecho. En tercer lugar,

procederemos a realizar un estudio crítico de la concepción clásica del derecho de superficie, a la luz de los conceptos analizados previamente.

En cuarto lugar, en vista de las críticas realizadas al concepto clásico, formularemos una definición propia del derecho de superficie en la que intentaremos ubicar el género al que pertenece esta categoría y simplificar los elementos que lo componen. Finalmente, en quinto lugar, en base a la definición formulada en este trabajo, analizaremos las consecuencias prácticas y la manera en que los problemas jurídicos planteados en esta introducción pueden ser respondidos de acuerdo a nuestro planteamiento.



## II. CONCEPTOS PREVIOS

### 2.1. Derechos reales

Las titularidades que reconoce el ordenamiento en el ámbito de los derechos reales tienen determinadas particularidades que las diferencian de otros tipos de situaciones jurídicas. Los derechos reales son diferentes a las obligaciones no solo por su contraposición milenaria, sino por las consecuencias prácticas de este distingo. Por ello, antes de entrar a analizar los rasgos jurídicos de esta figura, veamos sus características desde el punto de vista de su funcionamiento.

Tener un derecho real implica que el ordenamiento reconozca la atribución de un bien de manera exclusiva a un sujeto. En ese sentido, cuando hablamos de los derechos reales, nos referimos a aquellos derechos que constituyen una titularidad estática respecto a los objetos de derecho. Esto en contraposición al derecho de crédito, que constituye una titularidad dinámica, ya que implica un movimiento de derechos (que puede consistir en una transferencia, una entrega, una cesión temporal etc.). El campo de los derechos de crédito es el campo del dinamismo, pero éste precisa de la existencia de los derechos reales y, en conjunto, ellos conforman el sustento jurídico de la actividad económica de los privados.

Visto de otro modo, desde el aspecto dinámico, habría que decir que la circulación de los bienes en la búsqueda de sus usos más eficientes tiene como presupuesto necesario la existencia de titularidades en una fase previa -ficcionalmente estática- que constituye la

atribución de derechos. Por ello, la generalidad de los derechos reales tiene como característica su transmisibilidad<sup>30</sup>.

En razón de todo ello, los derechos reales no son figuras que impliquen la existencia de dos o más personas; "[e]n los derechos reales no hay sino dos elementos: el titular y la cosa sobre la cual se ejerce el derecho"<sup>31</sup>. Tal es la relación que se denomina de *dominio*, por ejercerse frente a un objeto de derecho, la que no existe, por ejemplo, frente a la persona del deudor, en el caso del derecho de crédito<sup>32</sup>. En ello radica la distinción jurídica entre los derechos reales y los derechos de crédito:

*"Tales derechos [los derechos reales] no se dirigen a otro individuo determinado, que está también en relación con la cosa, con el objeto de regular entre las dos partes los intereses que una y otra tienen en la cosa, sino que en ellos se expresa la voluntad del ordenamiento jurídico de atribuir la cosa a la persona de modo que todos los demás tengan que respetar esta atribución"*<sup>33</sup>.

Como se puede apreciar, de lo que se ocupan los derechos reales es de la atribución inicial que se hace de un objeto de derecho a una persona, relación que es menester establecer como presupuesto para que el sujeto beneficiario pueda negociar con otro individuo en relación a dicho objeto. En otras palabras, los derechos reales se ocupan de las titularidades en su faceta de *inmediatez* (del sujeto de derecho frente al objeto de derecho)<sup>34</sup>.

"Dentro de este contexto, las características comunes en los distintos tipos de derechos reales son la inmediatez del titular del bien y la exclusividad que conlleva su oponibilidad a los

<sup>30</sup> POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Trad. Eduardo Suárez. 2da. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007, pp. 68-70. En nuestro sistema, esta afirmación admite excepciones en tanto que existen ciertos derechos reales en los que a pesar de tener contenido patrimonial no se permite la transmisión, léase el derecho de uso y habitación. Sin embargo, ello no obsta a que la regla general es que este tipo de derechos sí permita su disposición.

<sup>31</sup> BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Reales*. 6ta. Ed. Buenos Aires: La Ley, 2008, p. 5.

<sup>32</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 371.

<sup>33</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 12.

<sup>34</sup> PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 98.

terceros"<sup>35</sup>. El segundo factor a tomar en cuenta es que la atribución del derecho a una persona es *esclusiva*. El complemento de la relación de inmediatez del titular con el objeto es la posibilidad de excluir de la misma situación a cualquier tercero. Se diferencia en los derechos reales

*“el aspecto interior, es decir, la relación del sujeto con la cosa: el propietario puede obrar sobre la cosa a su antojo; los demás titulares de derechos reales, en el límite de su derecho [y] el aspecto exterior, es decir, la relación del sujeto frente a otras personas: el propietario puede excluir a los demás de cualquier acción sobre la cosa; los otros titulares de derechos reales pueden exigir no ser molestados en el ejercicio de su señorío por nadie, incluso el propietario”<sup>36</sup>.*

La propiedad como ejemplo de derecho real permite en su faceta negativa la exclusión de los no propietarios de la utilización y aprovechamiento del bien<sup>37</sup>. Sin embargo, incluso los titulares de derechos reales menores, cuando su situación jurídica es reconocida por el ordenamiento, pueden excluir el ejercicio del dominio del propietario, en tanto que la característica de exclusividad es predicable de todos los derechos reales.

## 2.2. Principio de tipicidad

Ahora bien, este carácter de inmediatez y exclusividad en la relación entre el sujeto y el objeto genera la necesidad de que exista cierta predictibilidad en las titularidades objeto de transacción, ello al menos en opinión del legislador. Si bien se podría dejar librado a la voluntad de los particulares la creación y disposición de derechos que cumplan con las características de inmediatez y exclusividad, la heterogeneidad de titularidades que podrían llegar a existir

<sup>35</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 6.

<sup>36</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, pp. 137-138. Cfr. PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 98.

<sup>37</sup> PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 98.

generaría excesivos costos de transacción en el sistema, por la circunstancia de que sería necesario un análisis minucioso de cada derecho que se pretenda adquirir.

Aunque no contamos con una constatación fáctica de esta circunstancia, el legislador ha considerado ese peligro y, con el objetivo de contrarrestar la incertidumbre en relación a los derechos –inmediatos y exclusivos- sobre los bienes negociables en el ordenamiento, opta por establecer un número limitado de derechos reales. Un razonamiento similar es el que fundamenta la tipificación de los contratos en el ámbito obligacional, salvo por el hecho de ellos no constituyen una lista cerrada sobre la que las personas no puedan pactar.

Así, en el campo de los derechos reales se decide conferir las protecciones y regulación propias de las relaciones jurídicas reales solamente a un número limitado de derechos y se opta por quitar de la libre voluntad de las partes la creación de formas adicionales de relaciones jurídicas inmediatas sobre los bienes<sup>38</sup>. A esta opción legislativa se suele denominar el *numerus clausus* de los derechos reales, en contraposición a los derechos obligacionales, campo en el cual impera la noción de libertad contractual<sup>39</sup>.

En relación a los beneficios de esta opción se señala:

*"La exclusión de la autonomía de las partes, que era el fin perseguido por esta limitación forzosa de los tipos, favorece la claridad y abarcabilidad de las relaciones jurídicas reales. Sobre todo tratándose de fincas (...) conviene que la propiedad esté a resguardo de una multiplicidad de gravámenes imposibles de prever. El sistema de registro inmobiliario, que persigue el mismo fin, sólo puede ser eficaz si el número de los derechos registrables es limitado y su contenido está fijado por la ley. Así, pues, la creación de cualquier nuevo derecho real por acuerdo de las partes queda excluida (...)”<sup>40</sup>.*

<sup>38</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 32; y VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 141.

<sup>39</sup> WESTERMANN, Harry, et alt. *Sachenrecht*. 8va. Edición. (Traducción Propia)Heidelberg: C.F. Müller, 2011, p. 29; Cfr. MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Edición (Traducción Propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 6.

<sup>40</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 14.

Más allá de la discusión que puede existir por la restricción que esto representa para los particulares en las herramientas a las cuales ellos pueden recurrir en los negocios, esta opción legislativa impera en nuestro ordenamiento jurídico en virtud del artículo 881 del Código Civil peruano: "Son derechos reales los regulados en este Libro y otras leyes". Son los derechos contenidos en estas normas de rango legal los que se consideran tipificados y, consiguientemente, reales.

Asimismo, el esquema de los derechos reales tipificados en nuestro sistema está determinado por la división entre los derechos reales principales y los derechos reales de garantía en concordancia con lo que sistemáticamente se puede interpretar del Código Civil: en cuanto a los derechos reales principales, en orden de aparición, se trata del derecho de posesión<sup>41</sup>, el derecho de propiedad, el derecho de usufructo, el derecho de uso y habitación, las servidumbres y el derecho de superficie. En adición a ellos, en el mismo libro se regulan los derechos reales de garantía que son la hipoteca, la retención y la anticresis. A ellos se suman los derechos reales contenidos en otras leyes, que es el caso de la garantía mobiliaria<sup>42</sup> y el derecho de concesión minera<sup>43</sup>.

Empero, no se puede dejar de mencionar que esta clasificación, más allá de tener reconocimiento legal, no es unánime. A manera de ejemplo, se dividen también los derechos reales tomando al derecho de propiedad como centro y colocando los derechos *desmembratorios* (usufructo, uso, habitación y superficie) por un lado y los derechos limitativos

---

<sup>41</sup> Cuya inclusión en este apartado podría generar objeción en tanto que su propia definición legislativa motiva la diferenciación entre el acto posesorio que constituye un hecho jurídico en sentido estricto y el cúmulo de derechos que se generan como consecuencia del acto posesorio que comúnmente se denominan *derecho de posesión*. En cuanto a la opinión que considera sin más a la posesión como un derecho real, véase VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 141.

<sup>42</sup> Derecho real de garantía regulado en la respectiva Ley de Garantía Mobiliaria N° 28677 y su reglamento aprobado por Resolución N° 142-2006-SUNARP-SN.

<sup>43</sup> Derecho real regulado en la Ley General de Minería cuyo Texto Único Ordenado fue aprobado mediante Decreto Supremo N° 014-92-EM.

(servidumbres) por otro<sup>44</sup>. Por otra parte, se afirma que los "(...) derechos reales 'limitados' [que no son el derecho de propiedad] se dividen clásicamente en 'derechos reales de goce' y 'derechos reales de realización de valor'. Los derechos de goce permiten a su titular la utilización o explotación de un bien ajeno. Los derechos de realización de valor, por el contrario, otorgan a su titular la facultad de enajenar el bien afectado para obtener el valor del mismo"<sup>45</sup>. Ya se nota en estas clasificaciones la centralidad que tiene el derecho de propiedad en el sistema de titularidades.

Lo cierto es que cada uno de estos *tipos* legales, sean estos derechos reales principales, desmembratorios, limitados, de garantía, de goce, etc. recibe un tratamiento legal propio en las normas<sup>46</sup>, de tal manera que las disposiciones que regulan el derecho de usufructo no son aplicables al derecho de servidumbre o al derecho de superficie.

Del mismo modo, el estatuto legal de cada uno de estos derechos es aplicable a los mismos con independencia de la modalidad o la particularidad que el derecho real presente en un caso específico: siguiendo con el mismo ejemplo, las reglas del derecho de usufructo son aplicables también de manera directa al usufructo sobre dinero y al usufructo sobre créditos, salvo sus particulares reglas propias.

No obstante lo dicho, hay que tomar en cuenta que la existencia de esta autonomía de los tipos previstos legalmente no debe entenderse como una independencia total de cada uno de ellos. Las clasificaciones no legales reseñadas demuestran que los derechos reales son, en opinión de algunos<sup>47</sup>, nada más que desmembraciones del derecho real por antonomasia que

---

<sup>44</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 3ra. Edición. Lima: Librería Studium, 1984, p. 16.

<sup>45</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 31.

<sup>46</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, p. 32.

<sup>47</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil I*. Tomo III, Vol. I. pp. 243-245, Librería Bosch, 3a. Ed. Barcelona, 1977. Citado por: DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 105.

es el derecho de propiedad<sup>48</sup>. Como tales, aunque de manera limitada, dichos derechos comparten su misma naturaleza.

El hecho de que en su estructura los derechos reales sean derivaciones del derecho de propiedad (todos ellos recaen de manera inmediata sobre bienes, tienen carácter de exclusividad y, consecuentemente, vocación de oponibilidad) fundamenta que determinadas características del derecho de propiedad sean de aplicación a los otros derechos reales sin que por ello éstos últimos pierdan su individualidad conceptual.

Esta circunstancia se acentúa en atención de que la técnica legislativa de nuestro Código Civil centró su atención solamente en la adquisición, contenido, modificación, extinción y demás aspectos del derecho de propiedad y no lo hizo así, o no en la misma medida, respecto de los demás derechos reales. A manera de ejemplo, la no previsión legislativa de los modos de adquisición de los derechos reales menores no determina que las personas con interés en la adquisición de los mismos queden desprotegidas, pues serán de aplicación a ellos instituciones que el legislador sin una mirada sistemática incluyó solamente para la propiedad (la transferencia de propiedad de bienes muebles e inmuebles, la prescripción adquisitiva de dominio, etc.). Esto con independencia de que el tratamiento legal de los derechos reales en el Código Civil deba ser reformulado en este sentido.

---

<sup>48</sup> Si bien esta afirmación no admite discusión en el caso del derecho real de uso y el derecho real de usufructo, sí resulta discutible cuando se trata de las servidumbres y los derechos reales de garantía como la hipoteca.

En las servidumbres es discutible que se desmiembre la propiedad porque solo se confiere al propietario del predio dominante un derecho limitado sobre el predio sirviente, el que en ocasiones consiste incluso en una mera abstinencia, como en el caso de las servidumbres negativas.

No obstante, creemos que aún en esos casos es posible afirmar que se produce una desmembración. Es la facultad de usar del propietario del predio sirviente que se limita de manera que no pueda utilizar su bien de la manera que desee.

En cuanto a la hipoteca, si bien este derecho consiste solamente en una afectación de un bien para el eventual cobro de un crédito, creemos que también puede encontrarse el aspecto de la desmembración en el hecho de que el propietario limita su facultad de disponer del bien, de manera que, en caso de ejecución, el bien será transferido contra su voluntad y se destinarán los fondos al cobro del crédito.

En ese marco es que vamos a pasar a estudiar la ubicación de las categorías del derecho de propiedad, de las modalidades del derecho de propiedad y del derecho de superficie.

### 2.3. Derecho de propiedad

El derecho de propiedad es enunciado en nuestro sistema en el artículo 923 del Código Civil como el poder jurídico que permite usar, disfrutar, disponer y reivindicar un bien. Como quiera que esta definición legal se centra más bien en la descripción de las facultades que confiere el derecho de propiedad, una definición que creemos más apropiada es la que señala que la propiedad es el derecho que establece una plena *asignación* de un bien a una persona y que, por tanto, le permite proceder a voluntad con ella (potestad positiva) y excluir a los demás de su aprovechamiento (potestad negativa)<sup>49</sup>. La propiedad se materializa usualmente en el aprovechamiento del bien por su titular, pero se concreta como derecho en el momento de la agresión exterior, en la posibilidad de excluir a los demás. Esto no es un atributo característico de la propiedad, ya que se afirma que "(...) todo derecho se galvaniza por su violación"<sup>50</sup>.

Ahora bien, la idea ya anunciada anteriormente de que *el tipo fundamental* de todos los demás derechos reales viene a ser el derecho de propiedad no es una consideración de la jerarquía conceptual del derecho, sino una consecuencia del desenvolvimiento de estas instituciones en la realidad. Afirma Hedemann que "[l]a mayor parte de los seres humanos, contemporáneos nuestros, nunca han tenido que ver con una hipoteca o un usufructo; en

---

<sup>49</sup> WESTERMANN, Harry, et alt. *Sachenrecht*. 8va. Edición. (Traducción Propia) Heidelberg: C.F. Müller, 2011, pp. 184-185.

<sup>50</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 14.

cambio no hay uno sólo a quien le sea extraña la propiedad. El mismo mendigo es dueño de los harapos que lo cubren y del cayado en que se apoya"<sup>51</sup>.

Esta importancia que tiene un sustento más filosófico y económico, tiene también su correlato en el contenido del derecho de propiedad. El derecho de propiedad se considera el derecho real absoluto en contraposición a los demás derechos reales que vienen a ser derechos limitados en su contenido, debido a que la propiedad se caracteriza por conferir el control o el señorío pleno sobre un bien<sup>52</sup>, el más amplio señorío sobre un bien que el ordenamiento concede<sup>53</sup>, solamente limitado por las disposiciones generales de la ley o por la existencia de los derechos de otras personas<sup>54</sup>.

Los titulares de otros derechos reales no pueden disfrutar y disponer del bien como lo puede hacer el propietario<sup>55</sup>. "Los demás derechos reales, en comparación con el de propiedad, muestran un contenido limitado anticipadamente, sólo otorgan el señorío de la cosa en una dirección determinada"<sup>56</sup>. Por ello reciben el nombre de derechos limitados, porque afectan el bien solo en un sentido determinado<sup>57</sup> y desde el derecho antiguo el de derechos sobre cosa ajena (*jura in re aliena*), al considerar los romanos que tales tipos de derechos solo podían recaer sobre bienes ajenos y que reuniéndose con la propiedad, ésta los absorbía<sup>58</sup>.

Ahora bien, la pluralidad de circunstancias que se presentan en la realidad determina que el derecho de propiedad no se manifieste siempre en una forma invariable. El derecho de

<sup>51</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 12.

<sup>52</sup> MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Edición (Traducción Propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 41. Cfr. WESTERMANN, Harry, et al. *Sachenrecht*. 8va. Edición. (Traducción Propia) Heidelberg: C.F. Müller, 2011, pp. 184-185.

<sup>53</sup> PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 101.

<sup>54</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 138.

<sup>55</sup> BAUR, Fritz et al. *Sachenrecht*. 18va. Edición. München: C.H. Beck., 2009, p. 307.

<sup>56</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, pp. 138-139.

<sup>57</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 31.

<sup>58</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 139.

propiedad puede adoptar ciertas modalidades en función a los intereses en juego. Algunas de estas modalidades son las que vamos a detallar a continuación con el objetivo de comprender, a través de ejemplos, las reglas que rigen una modalidad de un derecho real.

#### 2.4. Modalidades de propiedad

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

Asimismo, también debemos distinguir las modalidades del derecho de propiedad del derecho privado de la propiedad especial contenida en legislación propia del ámbito público en función al propio objeto del derecho de propiedad: tal es el caso de la propiedad sobre las aguas y sobre los minerales en que el bien es un recurso natural de dominio público; sobre las obras literarias, científicas y artísticas y la propiedad industrial<sup>59</sup>. De estas propiedades reguladas en el ámbito del derecho público no nos vamos a ocupar en esta sección.

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

Por el contrario, en el caso de las modalidades de la propiedad, al tratarse de subtipos de este derecho, les son de aplicación directa las reglas correspondientes a la propiedad, tanto

---

<sup>59</sup> Cfr. PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2da. Ed. Tomo III. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1973, p. 175 y RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 136.

las contenidas en el libro de derechos reales, como las de otros libros del Código Civil y de otros cuerpos legislativos y ámbitos del Derecho. Ejemplo de ellas serían las normas que regulan la transmisión de la propiedad, los contratos típicos que permiten la transferencia de la misma, las normas registrales referentes a la inscripción de la transferencia de dominio, las normas urbanísticas, las normas tributarias, las normas sobre la propiedad de bienes del Estado, etc.

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

Eugenio Ramirez considera entre las modalidades de la propiedad predial a la propiedad horizontal, la multipropiedad, la propiedad de los sepulcros, el dominio de los recursos naturales, el dominio imperfecto, el dominio fiduciario, el dominio revocable, el dominio desmembrado y la propiedad aparente<sup>60</sup>. Vamos a ocuparnos de algunos de estos casos de manera individual a continuación. Debemos precisar que, si bien la norma peruana ha dado denominaciones diferentes a estas instituciones, por fines didácticos vamos a consignar en los títulos los nombres que reciben estas instituciones en doctrina.

#### 2.4.1. Copropiedad

Un primer caso de modalidad del derecho de propiedad es el de la copropiedad, que viene a ser el único caso regulado en el mismo Código Civil. La copropiedad es la "situación jurídica

---

<sup>60</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, pp. 339-378.

que se produce cuando la propiedad de una cosa pertenece proindiviso a varias personas"<sup>61</sup>. La realidad determina que la relación entre un propietario y un bien no se presente de manera sencilla en todos los casos. Inclusive eventos que no dependen de la voluntad de las personas, como es el caso del fallecimiento y la consecuente sucesión hereditaria de los bienes, generan situaciones de copropiedad. De ahí que se justifique la existencia de normas que regulan las particularidades de esta modalidad de la propiedad.

Las normas específicas de esta modalidad están contenidas en el Capítulo Quinto dentro del título destinado al derecho de propiedad dentro del Libro de Derechos Reales. Siendo así, tal como lo hemos señalado *supra*, a la copropiedad se aplican todas las normas del ordenamiento aplicables al derecho de propiedad, tanto para la administración y disposición por todos los copropietarios del bien común, como para la administración y disposición por cada copropietario de sus cuotas ideales<sup>62</sup>.

Así por ejemplo, cuando todos los propietarios venden el bien común serán de aplicación las normas de compraventa y las normas referentes a la calificación registral de dicho acto. Lo mismo sucederá en relación a la venta que cada uno de los copropietarios puede hacer de su propia cuota ideal.

No obstante, a consecuencia de determinadas particularidades que tiene el concepto de la copropiedad, en el capítulo del Código Civil correspondiente se establecen reglas específicas para la coexistencia de cuotas ideales sobre un mismo bien, el procedimiento de adopción de acuerdos, la administración del bien, los derechos y obligaciones de los copropietarios, el concepto de partición, la extinción de la copropiedad, el pacto de indivisión y la medianería como caso de copropiedad forzosa.

Todas estas normas no derogan las demás aplicables al derecho de propiedad, sino solamente las complementan en razón de la específica situación de la copropiedad.

<sup>61</sup> PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2da. Ed. Tomo III. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1973, p. 24.

<sup>62</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 610.

#### 2.4.2. Propiedad horizontal

Un segundo ejemplo que nos sirve para graficar lo expuesto es el de la propiedad horizontal, que en nuestro país recibe el nombre de *régimen de unidades de propiedad exclusiva y de propiedad común*, aunque en opinión de una parte de la doctrina éste no constituye un nombre, sino, más bien, la definición de la institución<sup>63</sup>. En todo caso, para facilitar la referencia a esta institución, en adelante nos referiremos a ella como *propiedad horizontal*.

"El fin de esta institución jurídica es hacer posible el establecimiento de derechos separados, iguales a los de la propiedad, sobre partes de un edificio utilizables cada una como una unidad económica"<sup>64</sup>. La propiedad horizontal responde al interés contemporáneo que tienen las personas de utilizar de manera completamente autónoma un espacio en un edificio o unidad inmobiliaria en la que, no obstante, se comparte con los demás propietarios el uso y los gastos de los bienes y servicios comunes.

Al tratarse de una excepción al principio de accesión y al representar un ámbito muy propenso a generar conflictos entre las personas el legislador ha optado por establecer una regulación más pormenorizada que la de copropiedad.

La propiedad horizontal es solamente mencionada en el artículo 958 del Código Civil, norma en la que se remite su tratamiento a la legislación de la materia. La actual legislación sobre la materia está contenida en la Ley N° 27157 de Regularización de Edificaciones, del Procedimiento para la Declaratoria de Fábrica y del Régimen de Unidades Inmobiliarias de Propiedad Exclusiva y de Propiedad Común y su respectivo reglamento, cuyo TUO fue aprobado por Decreto Supremo N° 035-2006-VIVIENDA. Adicionalmente, existe un instrumento en el ámbito registral, la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN, aprobada mediante la Resolución

<sup>63</sup>GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. 2da. Ed. Lima: Ediciones Legales, 2009.

<sup>64</sup>WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 617.

del Superintendente Nacional de los Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP/SN que establece los criterios para la calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y común.

Dentro de esta legislación se diferencia el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común del régimen de independización y copropiedad, siendo que originalmente el primero de éstos configuró el ejemplo de propiedad especial al que nos referimos, mientras que el segundo de los regímenes estaba destinado a regirse por las reglas generales del Código Civil, aunque su tratamiento ha ido variando con el correr de los años<sup>65</sup>.

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

### 2.4.3. Multipropiedad

---

<sup>65</sup> Actualmente, sin embargo, existe la tendencia a equiparar ambos regímenes por la propia evolución de la utilización de esta figura, tal como lo señalan los considerandos de la Directiva N° 009-2008-SUNARP/SN:

#### "9. APLICACIÓN AL RÉGIMEN DE INDEPENDIZACIÓN Y COPROPIEDAD

La diferencia entre los regímenes de propiedad exclusiva y común e independización y copropiedad se difumina en la práctica, lo cual se confirma por el hecho que se inscriben reglamentos internos sin precisar el régimen adoptado y, a pesar de ello, el registrador no lo advierte y a las partes no les interesa.)".

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

También se pueden considerar parte de este grupo algunos otros ejemplos cuya naturaleza, sin embargo, es objeto de debate en la doctrina. Uno de ellos es el caso de la multipropiedad que en nuestro sistema legal recibe el nombre de modalidad de *Establecimientos Turísticos de Tiempo Compartido*. Sin embargo, en adelante, para facilitar la referencia a esta institución nos referiremos a ella como *multipropiedad*.

La multipropiedad ha sido regulada en nuestro país a través del Decreto Legislativo N° 706 que básicamente permite el aprovechamiento de un inmueble por parte de un conjunto de propietarios, a quienes se asigna un determinado periodo del año, disminuyendo con ello el costo de adquisición del bien.

Así la define el artículo 1 de la propia norma: "Artículo 1.- Se consideran Establecimientos Turísticos de Tiempo Compartido, aquellos en los cuales sus titulares gozan de un derecho de copropiedad afectado al disfrute periódico y exclusivo hasta por el plazo de treinta años renovables (...)" . En la norma citada, el legislador optó por establecer que la naturaleza jurídica del derecho que se tiene en este régimen es el de una copropiedad en la que el acuerdo de regulación del uso del bien común refleja las particularidades de la modalidad del *Tiempo Compartido*.

No obstante ello, en cuanto a su naturaleza, cabe decir que esta estructura económica también puede alcanzarse a través de un esquema obligacional y, en general, su naturaleza de derecho real y su condición de modalidad del derecho de propiedad son materia de debate a nivel doctrinario<sup>66</sup>.

Bien se considere a esta figura como un tipo de copropiedad o se la considere como una modalidad independiente de propiedad, también encontramos presente esa doble faceta de las modalidades: por un lado, se aplican las reglas generales de la propiedad a los

---

<sup>66</sup> Cfr. LINDE, Trutz y Rüdiger Richter. *Erbaurecht und Erbbauzins in Recht und Praxis*. Freiburg: Rudolf Haufe. 1987, p. 24; ROJAS ULLOA, Milushka Felicitas. *La Naturaleza Jurídica de la Multipropiedad*. Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado. Consulta el 01-07-2012. En: [http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas\\_um/pdf/rojas\\_um.pdf](http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas_um/pdf/rojas_um.pdf).

beneficiarios durante el tiempo específico de titularidad para lo que la segunda parte del artículo 1 de la norma establece: "Durante el plazo contractual los titulares podrán donar, transferir, legar y en general realizar cualquier acto previsto en el Código Civil y dentro del marco de esta modalidad".

Y por otro lado, se establecen reglas especiales en función a la temporalidad propia del derecho sobre el bien, las mismas que, en el caso de la norma peruana, se equiparan a las de la copropiedad según dispone el artículo 2 de la norma: "Para tal efecto le serán aplicables las disposiciones del Código Civil relativas a la copropiedad, con excepción de los artículos 983 al 991, 992 inciso 1) y 993 y demás disposiciones que se opondan al presente Decreto Legislativo".

Ciertamente la regulación actual carece de normas que traten el conjunto de aspectos relacionados a la materialización de este derecho en lo que toca al cambio periódico de titularidad y la publicidad de esta circunstancia en el registro, lo que, entre otras razones, determina la poca utilización de esta figura en nuestro país<sup>67</sup>.

#### 2.4.4. Propiedad fiduciaria

Aunque es objeto de gran discusión académica, otra modalidad del derecho de propiedad es la *propiedad fiduciaria*, como le llama un sector de la doctrina<sup>68</sup> o *dominio fiduciario* como le denomina la norma peruana. Si bien es cierto en el caso de esta figura se discute incluso su naturaleza real, la consideramos un interesante referente porque quienes le atribuyen naturaleza real consideran la posibilidad de encausar la figura como un tipo de derecho de propiedad<sup>69</sup>.

<sup>67</sup> RAVINA SANCHEZ, Raúl. *Aportes para una adecuada regulación de la multipropiedad*. En: *Ius et Veritas* N° 16.

<sup>68</sup> DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 103.

<sup>69</sup> DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 104.

En todo caso, el fideicomiso se trata de un esquema contractual mediante el cual la ley permite a un sujeto denominado *fideicomitente* destinar los beneficios de una porción de su patrimonio a favor de otro sujeto que recibe el nombre de *fideicomisario*, lo que se consigue mediante la transferencia en propiedad fiduciaria de un patrimonio *fideicometido* a favor de un tercero denominado *fiduciario*, el cual recibe una forma específica de derecho de propiedad, limitada a la administración y/o inversión del patrimonio para el cumplimiento del objeto del fideicomiso.

La función de esta herramienta es la de partir y proteger un patrimonio de manera diferente al resto de activos de un sujeto, lo que se hace con los fines comerciales o personales más diversos. El fideicomiso es un instrumento propio del sistema financiero por lo que está regulado en la Ley N° 26702, Ley General del Sistema Financiero y del Sistema de Seguros y Orgánica de la Superintendencia de Banca y Seguros, así como en la Resolución SBS/1010/99, Reglamento de Fideicomisos y de las Empresas de Servicios Fiduciarios. Si bien existe doctrina que apoya su consideración como un tipo de propiedad<sup>70</sup>, también existen quienes le atribuyen un régimen jurídico distinto<sup>71</sup>.

En la doctrina esta modalidad del derecho de propiedad se incluye dentro de un género más grande que viene a ser la *propiedad relativamente ineficaz*, en virtud de la cual "la propiedad puede pertenecer a varias personas de manera que *cada una de ellas* aparezca como *propietario pleno* (titular de todos los derechos contenidos en la propiedad), pero apareciendo uno de ellos como propietario exclusivo *frente a determinada persona*, y el otro como propietario exclusivo *frente a todas las demás personas*"<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Edición (Traducción Propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 46.

<sup>71</sup> WESTERMANN, Harry, et alt. *Sachenrecht*. 8va. Edición. (Traducción Propia) Heidelberg: C.F. Müller, 2011, p. 203.

<sup>72</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 614.

La situación se produce, por ejemplo, cuando se transfiere de un modo ineficaz un bien, de manera que la propiedad del adquirente será oponible frente a cualquier tercero mientras que la del transferente será oponible frente al adquirente como consecuencia de la ineficacia<sup>73</sup>. Tal situación también se presenta en el caso de la propiedad fiduciaria en tanto que el que hace las veces de fiduciario podrá actuar como propietario exclusivo frente a cualquier tercero, pero en su relación con el fideicomitente, será este último quien mantenga la propiedad<sup>74</sup>.

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

#### 2.4.5. Aspectos comunes

Si uno repara en las modalidades del derecho de propiedad a las que las normas y la doctrina se refieren, uno puede identificar en ellas un denominador común: de una u otra manera, implican la coexistencia de una multiplicidad de propietarios<sup>75</sup>, ya sean éstos concurrentes como en el caso de la copropiedad, dividiéndose la cosa en partes como en el caso de la propiedad horizontal, dividiéndose la cosa en un orden temporal como en el caso de la multipropiedad o dividiéndose la legitimidad de actuar frente a determinados sujetos pasivos como en la propiedad relativamente eficaz.

<sup>73</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 614.

<sup>74</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 615.

<sup>75</sup> MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Edición (Traducción Propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, p. 46.

Tómese esta característica en consideración cuando más adelante expliquemos de qué manera también en el caso del derecho de superficie se produce una concurrencia de propietarios que se dividen el bien, en ese caso desde un punto de vista físico, de manera similar a la propiedad horizontal.

## 2.5. Objeto de los derechos reales

El último de los conceptos previos que vamos a tratar en esta sección es el de *objeto de derecho*, específicamente, el *objeto de los derechos reales*. Usualmente el lenguaje común y, en ocasiones el lenguaje jurídico, utiliza una terminología equívoca sobre el particular<sup>76</sup>: las más de las veces al referirnos a la titularidad de cualquier tipo respecto a un objeto se utilizan frases como "hemos adquirido una casa", "he vendido mi auto".

Sin embargo, el análisis jurídico de dichas situaciones nos llevaría a afirmar que cuando las personas se refieren al objeto-casa o al objeto-auto, se están en realidad refiriendo al derecho de propiedad sobre la casa o al derecho de propiedad sobre el auto. Una casa como tal no es algo susceptible de transferirse a través de una relación jurídica originada en un contrato.

La mera existencia del bien no es lo más relevante para los sujetos. Para ellos, según hemos explicado *supra*, lo relevante es la existencia de un derecho de exclusividad sobre dicho objeto. Tal derecho de exclusividad —derecho de propiedad— es el que puede ser objeto de las transacciones en el tráfico jurídico. Este derecho es el instrumento que en última instancia satisface la necesidad de un sujeto de aprovechar sin interferencias un bien determinado.

Por esta razón, es que Karl Larenz divide el concepto de objeto de derecho en *objetos de derecho de primer orden* y *objetos de derecho de segundo orden*. Ante todo, el objeto según

---

<sup>76</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 532

este autor es “(...) en su significado filosófico más general lo que ‘está opuesto’ a la persona como sujeto cognoscente (...)”<sup>77</sup>, mientras que el objeto de derecho se trata de una entidad “(...) diferente de la persona misma y que está *disponible* para ella de algún modo según el Derecho”<sup>78</sup>.

A partir de tan general definición, el autor precisa que los de primer orden son aquellos objetos sobre los cuales recae un derecho de dominio, que podría ser cualquier derecho real, donde se produce una relación de inmediatez del sujeto con el objeto. En ese entendido, serían objetos de derecho en primer orden los bienes que directamente pueden satisfacer el interés de las personas, lo que incluye los bienes muebles e inmuebles.

Por otro lado, los objetos de derecho en segundo orden son aquellas entidades de las cuales se dispone a través de negocios jurídicos, es decir, constituyen figuras que solo existen en el mundo jurídico. Es el caso de las situaciones jurídicas y de las relaciones jurídicas.

Cuando se produce un negocio traslativo de propiedad, el objeto del negocio no es el propio bien, sino es el derecho de propiedad que recae sobre el bien. Del mismo modo, cuando se produce un negocio de cesión de posición contractual o un negocio de resolución contractual, el objeto del negocio es la relación jurídica contractual completa. Esta distinción es la que permite analizar cuidadosamente situaciones en las que el lenguaje cotidiano e incluso en muchas ocasiones el lenguaje normativo puede llevar a equivocación<sup>79</sup>.

Ahora bien, aplicando lo dicho al campo que estamos tratando, los derechos reales son, pues, derechos de dominio, de modo que los objetos de aquéllos son objetos de derecho de primer orden. Sin embargo, los derechos reales en sí mismos son objetos de derecho de segundo orden en tanto que pueden disponerse a través de negocios jurídicos.

---

<sup>77</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 369.

<sup>78</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 369-370.

<sup>79</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 396-397.

El derecho de superficie, en su calidad de derecho real, es un objeto de derecho de segundo orden, cuya existencia no es concebible fuera del ordenamiento jurídico. En este punto lo que será de suma relevancia es determinar en qué consiste el objeto de derecho de los derechos reales en general y de la propiedad predial en particular para, a la luz de este análisis, someter a juicio los conceptos clásicos del derecho de superficie y proponer una definición más acorde con la realidad de los predios.

## 2.6. Bien

El objeto de los derechos reales está constituido por los bienes. Si bien es cierto que respecto al término *bienes* existe discusión en la doctrina, debido a la posición de juristas y de sistemas jurídicos que utilizan el término *cosas*, lo que consideramos más relevante es la definición que se haga de estos conceptos.

Existe por un lado la opinión de quienes consideran que se utiliza el término de *bienes*, puesto que éste incluye tanto a los objetos corporales (*cosas*) como a los objetos incorpóreos (derechos)<sup>80</sup>. En ese sentido, el sistema de derechos reales no se limitaría a tratar un segmento de los posibles derechos de dominio que es el de los objetos corporales, sino que sus reglas también serían aplicables a los derechos considerados bienes u objetivados como tales por el ordenamiento jurídico.

Esta interpretación encontraría asidero en nuestro Código Civil como en la mayoría de legislaciones a nivel comparado por la inclusión de bienes que claramente no tienen una existencia corpórea. En nuestro listado de bienes inmuebles contenido en el artículo 885 del Código Civil se incluyen:

---

<sup>80</sup> AVENDAÑO ARANA, Francisco. *La clasificación de los bienes*. En: DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA, Javier et alt. (ed.) *Homenaje a Jorge Avendaño*. Vol. II. Lima: Fondo Editorial PUCP, p. 686.

- las concesiones para explotar servicios públicos,
- las concesiones mineras obtenidas por particulares y
- los derechos sobre inmuebles inscribibles en el registro

y, por su parte, en el listado de bienes muebles contenido en el artículo 886 del Código Civil se incluyen:

- los derechos patrimoniales de autor, de inventor, de patentes, nombres, marcas y otros similares,
- las rentas o pensiones de cualquier clase y
- las acciones o participaciones que cada socio tenga en sociedades o asociaciones, aunque a éstas pertenezcan bienes inmuebles.

Este concepto amplio de los *bienes* se sustenta en la idea de que las personas, de acuerdo a la evolución de la sociedad, no tienen esa relación directa de pertenencia solamente con los bienes corpóreos, sino que ésta se da también y como tal debe ser protegida respecto de ciertas entidades incorpóreas de alguna manera objetivadas<sup>81</sup>.

De ahí que Andreas von Tuhr utilice la terminología de *cosas incorpóreas* o *bienes inmateriales* para referirse a objetos de existencia inmaterial pero cuya utilización puede reservarse de manera exclusiva a un titular<sup>82</sup>.

Al respecto, se defiende también que la utilización del término *bienes*, amplía el ámbito de aplicación de las reglas de los derechos reales al incluir a los objetos que no

---

<sup>81</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Díez Pastor y Manuel González Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 9.

<sup>82</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II. Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 137.

necesariamente tienen naturaleza material pero que también son aprovechables económicamente<sup>83</sup>.

Por otro lado, se encuentran quienes consideran que el campo de los derechos reales debe limitarse a los objetos que tienen existencia corpórea, es decir, las cosas<sup>84</sup>. Desde esta perspectiva, son solamente las cosas las que pueden sustentar todas las particularidades reguladas en el campo de los derechos reales, las mismas que incluyen normas que presuponen una existencia material (partes integrantes, posesión, etc.).

Afirmar lo contrario sería admitir la paradoja de la existencia de *derechos reales sobre derechos reales*, cuando la estructura de los derechos reales implica la existencia de un objeto de derecho de primer orden, es decir, con una existencia independiente al Derecho, según la explicación hecha anteriormente<sup>85</sup>.

La errónea inclusión de derechos crediticios como objeto de los derechos reales proviene, desde un sector de la doctrina<sup>86</sup>, de la confusión existente entre los conceptos de *propiedad* y *titularidad*, en tanto que si bien sí existe la posibilidad de ser titular de un derecho crediticio, puesto que la titularidad implica nada más que una relación de pertenencia respecto a una atribución favorable reconocida por el ordenamiento jurídico, ello no es posible respecto de la propiedad. No es posible ser propietario de un derecho de crédito en tanto que el mismo contenido de este derecho es uno de naturaleza obligacional<sup>87</sup>. El supuesto dueño de un crédito no podría ejercer acción real alguna en tanto que la forma de ejercer el derecho del que

<sup>83</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, pp. 19-20.

<sup>84</sup> LOEWENWARTER, Victor. *Derecho civil alemán comparado*. 2da. Ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1943, p. 30; Cfr. PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 93; Cfr. LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 372.

<sup>85</sup> Cfr. VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p. 160 y ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002, p. 238.

<sup>86</sup> LOEWENWARTER, Victor. *Derecho civil alemán comparado*. 2da. Ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1943, p. 395; ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002, pp. 223 y ss.

<sup>87</sup> Cfr. HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 8.

supuestamente es dueño es a través de una acción personal. Se trata de un titular de un derecho de crédito en lugar de un propietario de uno.

No obstante, los bienes como objeto de los derechos reales no serían cualquier cosa. El término *bienes* sería uno que parte del concepto de *cosa* agregando que sobre este último recaiga un interés relevante de las personas. De esta manera, de la universalidad de cosas materiales que rodean al hombre, se considerarían bienes solamente a aquellos que, según un criterio que ya escapa a lo jurídico y recoge consideraciones de índole económico y social, sean de interés de los sujetos de derecho. *Bien*, de acuerdo a esta terminología, vendría a ser una cosa sobre la cual recae un interés relevante de las personas.

Este aspecto guarda estrecha relación con el concepto de *certeza* del bien, en tanto que el interés de los sujetos para llegar a ser parte de una situación jurídica como la de un derecho real debe recaer sobre un bien que es identificable. Solo de esta manera es que pueden materializarse los aspectos de la preferencia y persecutoriedad propios de los derechos reales.

El aspecto de la *certeza* en los bienes tiene especial relevancia en el caso de los bienes inmuebles, como profundizaremos más adelante. Esto porque, a diferencia de lo que sucede con los bienes muebles, en los que su existencia material facilita el aspecto de la especificidad e identificación, en el caso de los inmuebles la imposibilidad de diferenciar físicamente dos predios colindantes o de establecer *a priori* cuál es la extensión vertical de un predio determina que se deba recurrir a otro tipo de criterios al momento de identificar el bien inmueble.

Por otra parte, a diferencia de sistemas en los que se define el concepto de bien, como es el caso del parágrafo 90 del BGB en el que se opta por considerar a las cosas como objeto de los derechos reales, en nuestro Código Civil no se hace una definición explícita. Sin embargo, se tiene el artículo 884 que dice a la letra: "las propiedades incorpóreas se rigen por su legislación especial". Con base en el citado artículo, podríamos asumir que en nuestro sistema se acoge una opción similar a la del BGB, salvo por la utilización del término *bien* en lugar del término *cosa*.

Cierto es que en el listado ya mencionado *supra* de bienes se incluyen determinados objetos incorporeales; sin embargo, lo cierto es que ellos tienen un tratamiento justamente en legislaciones especiales, conforme lo prescribe el artículo 884, en las normas administrativas referentes a las concesiones de servicios públicos, en las normas sectoriales referentes a las concesiones mineras, en las normas especiales de derechos de autor y de propiedad industrial, etc<sup>88</sup>.

Asumiendo esta última perspectiva, señala Ludwig Enneccerus que "[s]olo son cosas en sentido legal los 'objetos corporales' (parágrafo 90). Se trata de *partes de la naturaleza no libre y dominable* que rodea al hombre, que tienen substantividad propia, una denominación especial y un valor en la vida del tráfico, siendo en consecuencia reconocidas como objetos de derecho independientes"<sup>89</sup>. Esta interpretación guarda más coherencia con la diferenciación hecha anteriormente entre los objetos de derecho de primer y de segundo orden. Los derechos son el objeto de los negocios jurídicos. No son objeto de derechos de dominio (derechos reales)<sup>90 91 92</sup>.

Esta última es la opinión que nos parece la más coherente con nuestro sistema jurídico, cuyas instituciones en el campo de los derechos reales están claramente pensadas para bienes corporales (posesión, partes integrantes, abandono son ejemplos de conceptos que implican objetos que existen en la realidad y no solamente en la mente) y no para objetos incorporeales (como por ejemplo la variedad que existe de instrumentos de crédito) en donde se

<sup>88</sup> Una excepción a esta regla sería la posibilidad de constituir usufructo sobre créditos y la posibilidad de constituir garantía mobiliaria también sobre créditos. Aunque en estos casos deberíamos afirmar que nos encontramos ante una figura de naturaleza meramente obligacional, por tratarse de una desmembración de un derecho de crédito, en cualquier caso, en la doctrina comparada se considera que cuando mucho éstas serían situaciones excepcionales respecto a la regla de que los bienes son los que tienen existencia corpórea. (HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 10).

<sup>89</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 532.

<sup>90</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 534.

<sup>91</sup> PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho civil: derechos reales*. Buenos Aires: TEA, 1975, P. 75.

<sup>92</sup> El predicado de corporal o incorporeal se atribuye, pues, a los objetos de derecho y no a los bienes. Sin embargo, aún esta opinión admite ciertas excepciones en el caso de los muy discutibles usufructo y prenda sobre derechos (HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 10).

justifica plenamente la limitación de la aplicación de las instituciones tradicionales de los derechos reales y la existencia de normas especiales.

El objeto de nuestro siguiente análisis –el predio- es claramente un bien que tiene una existencia material. Pero nos sirve esta delimitación del concepto de bien para tener en claro que es el interés real de los sujetos el que debe guiar cualquier interpretación de lo que es y no es un bien y de las reglas que deben aplicarse a la solución de conflictos alrededor de los bienes. Siendo así, vamos a pasar a delimitar la extensión y los alcances del concepto de predio, lo que posteriormente nos servirá de insumo para la definición del derecho real de superficie.

## 2.7. Predio

### 2.7.1. Importancia de la propiedad predial

La propiedad predial es un segmento de los derechos reales, que tiene como punto central el concepto de "predio", también denominado "finca", "fundo", "solar" o "heredad"<sup>93</sup>. Etimológicamente, “[l]a voz predio proviene del vocablo latino *praedium* que significa finca o fundo y que proviene de *praes*, *praedis*, ‘fiador’, puesto que el predio, la tierra o la casa era la finca que se daba en dote, como si fuese la fianza del casamiento”<sup>94</sup>.

Desde un punto de vista sistemático, la propiedad predial puede considerarse como un tipo específico o una modalidad del derecho de propiedad. Sin embargo, se diferencia de las modalidades de la propiedad reseñadas anteriormente, debido a que la particularidad de estas últimas radica en la manera en que se entrecruzan los intereses de varios sujetos, y la

<sup>93</sup> En lo sucesivo vamos a utilizar la terminología de nuestro propio Código Civil, que en su artículo 954 y siguientes utiliza el término *predio* para referirse a este concepto.

<sup>94</sup> OMEBA. *Enciclopedia jurídica* Tomo XXII. Voz “Predio”. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, pp. 791-792.

respuesta que el mecanismo legal otorga. Por el contrario, con la propiedad predial segmentamos una sección de los derechos de propiedad tomando en consideración, más bien, el bien sobre el cual recae el derecho de propiedad.

Siendo así, los derechos de propiedad pueden recaer tanto sobre predios como sobre bienes muebles e incluso sobre bienes incorporales, como sería el caso del segmento de la propiedad intelectual. En ese entendido, al ámbito de la propiedad predial abarca todas las titularidades que pueden existir sobre predios: la copropiedad sobre un predio, la propiedad fiduciaria sobre un predio y los tipos de propiedad que justamente solamente se entienden en función a los predios: la propiedad horizontal y, como veremos más adelante, la propiedad superficiaria<sup>95</sup>. Todas estas instituciones tienen como una base común las reglas de las propiedad predial establecidas en el ordenamiento jurídico.

Ahora bien, dentro del conjunto de bienes inmuebles categorizados de esta manera por nuestro ordenamiento, deberíamos decir que en nuestro sistema es el predio el que tiene la importancia central. Naturalmente, esta importancia del concepto de predio no le viene al derecho inmobiliario de una jerarquía de conceptos intrínseca al Derecho, sino más bien de la propia realidad y utilidad práctica para las personas. En esa línea, se sostiene que la importancia de la propiedad predial radica en que "(...) la familia descansa en la propiedad territorial, y también ésta constituyó más tarde el fundamento del crédito real"<sup>96</sup>.

El predio es, desde una perspectiva sociológica y antropológica, y desde periodos históricos anteriores al nuestro<sup>97</sup>, el soporte de la actividad privada de los individuos, es el sustento de la vida familiar, de la recreación, de la actividad laboral, etc., es decir, de todo el

---

<sup>95</sup> En el caso de la propiedad superficiaria, no obstante, hay un elemento que va de la mano que es el derecho de superficie en sentido estricto y que fundamenta la doble naturaleza del derecho de superficie. De ahí que no podamos afirmar por el momento que el derecho de superficie sea *solamente* un tipo de propiedad predial. El tema se tratará con detalle en el siguiente capítulo.

<sup>96</sup> LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I Parte General. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 553.

<sup>97</sup> PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 94.

actuar de la persona en su esfera privada. Y son, en última instancia, los problemas de estas personas de carne y hueso los que el Derecho busca solucionar<sup>98</sup>. De ahí que la demanda de predios aptos para satisfacer las necesidades de los sujetos de una sociedad, la correlativa oferta de los mismos y la propia complejidad de estas relaciones es un importante objeto de estudio también para otras ciencias sociales como la economía<sup>99</sup>.

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

### 2.7.2. Definición limitada de predio

La doctrina tradicional establece algunas definiciones disímiles de predio, algunas de las cuales identifican el concepto con la parcela de terreno delimitada en su perímetro por unos linderos o, lo que es lo mismo, el "trozo de terreno, edificado o no, cerrado por una línea poligonal y perteneciente a un solo propietario o a varios en común"<sup>100</sup>. En el mismo derecho romano se consideraba al predio como el terreno en el que no exista construida ninguna edificación<sup>101</sup>.

<sup>98</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa*. En: *Ius et Veritas* N° 29 Año XIV, p. 100.

<sup>99</sup> Económicamente visto, en nuestro país otro bien inmueble de gran relevancia en el listado del artículo 885 del Código Civil podrían ser "las concesiones mineras obtenidas por particulares", justamente por la importancia que tiene la actividad minera en nuestra economía. Sin embargo, como dijimos, la regulación de las concesiones mineras tiene un estatuto propio tanto en las leyes especiales del sector minero, como en los propios reglamentos registrales. Adicionalmente, desde nuestro punto de vista, las concesiones mineras se incluyen incorrectamente en el listado de bienes inmuebles de nuestro Código Civil, en tanto que la finalidad de protección con eficacia *erga omnes* que se pretendía dar a los titulares mineros ya se consigue directamente con la atribución del carácter de derecho real que se hace en el artículo 10 del TUO de la Ley General de Minería. De ahí que considerar a la concesión minera como un bien inmueble, a la vez que como un derecho real, nos parece una regulación defectuosa de dicha titularidad.

<sup>100</sup> PEREZ PEREZ, Emilio. *Propiedad, Comunidad y Finca Registral*. p. 316. Citado por: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, nota a pie 256.

<sup>101</sup> OMEBA. *Enciclopedia jurídica* Tomo XXII. Voz "Predio". Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1964, pp. 791-792.

En la línea de esta posición, Heinrich Lehmann, aunque después se ocupa de la extensión vertical del predio, señala la siguiente definición inicial: "Son inmuebles las fincas, es decir, las partes de la superficie terrestre delimitadas por medición humana, junto con sus partes integrantes esenciales"<sup>102</sup>. La definición de predio se hace en función a la superficie terrestre, un concepto de dos dimensiones, largo y ancho al que circunstancialmente podrían estar unidas partes integrantes.

Por su parte, Martin Wolff señala respecto a la definición civil de predio: "Se llama finca –independientemente considerada de toda mención en el Registro – a un espacio de límites determinados en la superficie de la tierra. Cuáles sean sus límites, se desprende de la historia de cada inmueble"<sup>103</sup>. El autor hace referencia a la definición civil independiente de la realidad registrada en razón de que en el sistema alemán el sistema del registro constitutivo de derechos da lugar a que la inscripción sea el aspecto determinante de la concepción jurídica de predio. En cualquier caso, la definición que este autor hace de un predio o finca hace hincapié también en una delimitación de la superficie de la tierra, la misma que se da artificialmente para efectos jurídicos atendiendo a la historia particular de cada predio.

Por su lado, en la doctrina nacional, Jorge Eugenio Castañeda señala que "[l]os predios son aquellas extensiones o porciones de tierra que ya han sido objeto de apropiación"<sup>104</sup>, definición que se acerca a las anteriores por tener como centro el concepto de tierra como lo hace también la doctrina extranjera.

En sentido similar, Eleodoro Romero Romaña señala que los predios constituyen "(...) las divisiones materiales que se hacen del suelo, para su apropiación por el hombre"<sup>105</sup>. Más allá de que se utilice, esta vez, el concepto de suelo en lugar de la superficie terrestre, la

<sup>102</sup> LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I Parte General. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 552.

<sup>103</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, p. 217.

<sup>104</sup> CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. Tomo I 4ta. Ed. Lima: Talleres Gráficos, 1973, p. 30.

<sup>105</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 28.

definición es sustancialmente la misma, puesto que lo determinante sigue siendo la división hecha por el hombre de las parcelas de tierra que le sirven para satisfacer sus intereses.

El predio entendido según las definiciones reseñadas estaría siendo descrito desde una perspectiva bidimensional, que se reduciría a lo que de manera gráfica se representaría así:

**Figura II.1**



Es interesante apuntar que esta definición *bidimensional* de predio es una que se identifica con la que en el lenguaje cotidiano se tiene de dicha palabra. Nuestro vocabulario cotidiano identifica el predio con el terreno de dos dimensiones sobre el que bien se puede asentar una construcción o se puede utilizar como terreno sin construir. Nos referimos a un predio como el mostrado en la imagen:

Figura II.2



Aunque lo ideal sería que los conceptos usados en las normas recojan los términos de la manera en que en el lenguaje común se definen, éste no ha sido el caso con el concepto de predio. Tal como lo hemos reseñado en el caso de la diferencia entre el bien en sí mismo y el derecho que recae sobre él, en este caso también consideramos necesario hacer un análisis más acucioso del concepto de predio con el objetivo de determinar, desde un punto de vista funcional más que dogmático, qué es lo que realmente debería considerarse el bien objeto de interés de los particulares en este ámbito.

### 2.7.3. Definición legal de predio

El Código Civil se refiere indirectamente al predio en el artículo 885 del Código Civil, puesto que lo nombra (en el inciso 1) en función a sus componentes: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. De ahí en más, se ocupa de este concepto un título específico bajo el nombre de

*propiedad predial*. Sin embargo, en dicha sección tampoco se incluye una definición para efectos civiles de lo que constituye un predio<sup>106</sup>.

En el artículo 954 de la mencionada sección se regula solamente la extensión de la propiedad predial:

*“Artículo 954.-La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho.  
La propiedad del subsuelo no comprende los recursos naturales, los yacimientos y restos arqueológicos, ni otros bienes regidos por leyes especiales”.*

La norma citada tiene un tenor muy similar a su antecedente legislativo en el Código Civil de 1936, la misma que introdujo una norma de este tipo por primera vez, al no existir una semejante en el Código Civil de 1852<sup>107</sup>:

*Artículo 854 del Código Civil de 1936.- La propiedad del predio se extiende al subsuelo y al sobresuelo, comprendidos dentro de los planos verticales del perímetro superficial, y hasta donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho. La regla de este artículo comprende la propiedad de lo que se encuentra bajo el suelo, excepto las minas y las aguas, que está regidas por leyes especiales.*

A pesar de la similitud de las normas citadas en los códigos de 1936 y 1984, se sostiene que la regulación actual de la propiedad predial se encuentra mejor estructurada en razón de que las normas en los códigos anteriores se enmarcaban en un contexto de preponderancia de la

---

<sup>106</sup> Existe sí una definición del concepto de predio a efectos de la determinación del impuesto predial. Así, el segundo párrafo del artículo 8 del Decreto Legislativo 776 Ley de Tributación Municipal señala: “Para efectos del Impuesto se considera predios a los terrenos, incluyendo los terrenos ganados al mar, a los ríos y a otros espejos de agua, así como las edificaciones e instalaciones fijas y permanentes que constituyan partes integrantes de dichos predios, que no pudieran ser separadas sin alterar, deteriorar o destruir la edificación”.

<sup>107</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 99.

propiedad agraria<sup>108</sup>, lo que redujo la cantidad de normas en materia de propiedad predial en el anterior código.

Adicionalmente, Lucrecia Maisch, miembro de la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, ponente del Libro de Derechos Reales, en su anteproyecto para la reforma del Libro IV, señala que sirvió como referencia legislativa del actual artículo 954 el parágrafo 905 del BGB<sup>109</sup> que establece, a la letra:

*“§ 905 Extensión de la propiedad. El derecho del propietario de una finca se extiende al espacio sobre la superficie y al cuerpo de tierra bajo la superficie. El propietario no puede, sin embargo, prohibir interferencias que se realicen a tal altura o profundidad que él no tenga ningún interés en la exclusión”.*

La existencia de esta norma determina que en la doctrina alemana el tratamiento de la propiedad predial no albergue mayor discusión en cuanto a la extensión vertical del derecho del propietario<sup>110</sup>, salvo por la delimitación del *interés en la exclusión* a que se refiere la norma, materia a la que nos referiremos más adelante.

No obstante ello, la utilización de la expresión *extensión* de la propiedad predial denota que la manera de abordar esta problemática es una en la que se considera que lo que está en discusión es la extensión del derecho, es decir, la delimitación de hasta donde se reconoce al propietario la posibilidad de excluir del aprovechamiento del bien. No se centra la definición en el bien sino en el derecho. Al estudiar la extensión sería prioritario de acuerdo a esta doctrina determinar qué es lo *extendido*, esto es, según un enfoque conceptual, la propiedad predial.

Por nuestra parte consideramos que la línea de razonamiento debe partir de manera contraria, es decir, de lo que funcionalmente se entiende como bien en el caso específico, para a partir de ahí recién establecer la extensión del derecho de propiedad. En otras palabras, en

<sup>108</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 266.

<sup>109</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 3ra. Edición. Lima: Librería Studium, 1984, p. 112.

<sup>110</sup> HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Díez Pastor y Manuel González Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, p. 145.

primer lugar es necesario estudiar qué es lo que debe ser considerado como predio en función a las utilidades que en la realidad se le reconozca a esta entidad. Esto con el objetivo de tener una definición actual del mismo, definición que lógicamente tiene una evolución paulatina en la forma de entendimiento de los sujetos.

En lugar de que el sistema jurídico se ocupe de la extensión es mejor limitar lo jurídico a la identificación del derecho: la propiedad. Ver sobre qué recae y en qué extensión, ya corresponde al análisis de la realidad y de los intereses de los sujetos. En otras palabras, una vez identificado el bien, recién entra en consideración el derecho de propiedad que recae en él en toda su extensión. La particularidad de la propiedad predial no es el derecho, que es al fin y al cabo un derecho de propiedad como cualquier otro, sino, más bien, el bien sobre el que recae: el predio.

De ahí que consideremos acertada la opción de no incluir una definición legislativa, puesto que ello permite que la delimitación de un concepto extralegal como el del predio pueda ir evolucionando a través de los años sin la necesidad de que para tal efecto se hagan modificaciones legislativas o interpretaciones alambicadas. A continuación vamos a realizar el estudio de esta norma y de los demás aspectos de la propiedad predial.

#### **2.7.4. Definición funcional de predio**

El concepto de predio es uno que debe definirse de cara a la realidad en lugar de a la concatenación abstracta de conceptos jurídicos. Esto porque se trata de un objeto con existencia extrajurídica<sup>111</sup>, en cuya definición tiene relevancia menor la referencia a los

---

<sup>111</sup> En ello discrepamos con la opinión de que "(...) en la cuestión de cuándo existe una sola cosa a tenor del ordenamiento jurídico (...) no se trata de un problema de las Ciencias de la Naturaleza o de la experiencia 'natural' de las cosas, sino de una específica cuestión jurídica" (LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 377). El criterio del tráfico jurídico al que se refiere Karl Larenz en su texto (LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo

orígenes históricos y etimológicos de las palabras. No es lo óptimo el estudio puro de conceptos ya que "(...) los sistemas en realidad se ´cierran´ con soluciones, con respuestas concretas a las preguntas que la realidad les plantea"<sup>112</sup>.

El Derecho se ocupa de la existencia de titularidades, léase derechos, como la propiedad, que vienen a otorgar atributos reconocidos por el ordenamiento jurídico sobre objetos que son externos al Derecho, como es el caso de los intereses y las actividades humanas, los hechos naturales y las cosas. En este último grupo está el predio, puesto que su existencia es previa a la atribución jurídica de titularidades que emana de la propiedad predial.

Siendo así, es la observación de la realidad, especialmente de las actividades de las personas, la que permite llenar de contenido el concepto jurídico de predio. Solo así puede el mundo jurídico ir de la mano con la realidad. A medida que la utilización del espacio terrestre por parte de los humanos va evolucionando, también tiene que ir evolucionando el Derecho que regula la contraposición de intereses entre los sujetos.

En ese sentido, no olvidando que el concepto de predio es uno que debe recogerse de la realidad, el Derecho podrá proveer de respuestas ya sea que la extensión de las ciudades sea eminentemente horizontal como lo era en la antigua Roma (Figura II.3), sea con una tendencia a la verticalidad como es hoy en día con la construcción de edificios y rascacielos o sea alguna vez como la extensión urbana de "Los Supersónicos" (Figura II.4).

---

y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 378) no es otra cosa que una mirada a los usos reales que se dan de los bienes objeto de análisis.

<sup>112</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa*. En: *Ius et Veritas* N° 29 Año XIV, p. 101.

Figura II.3

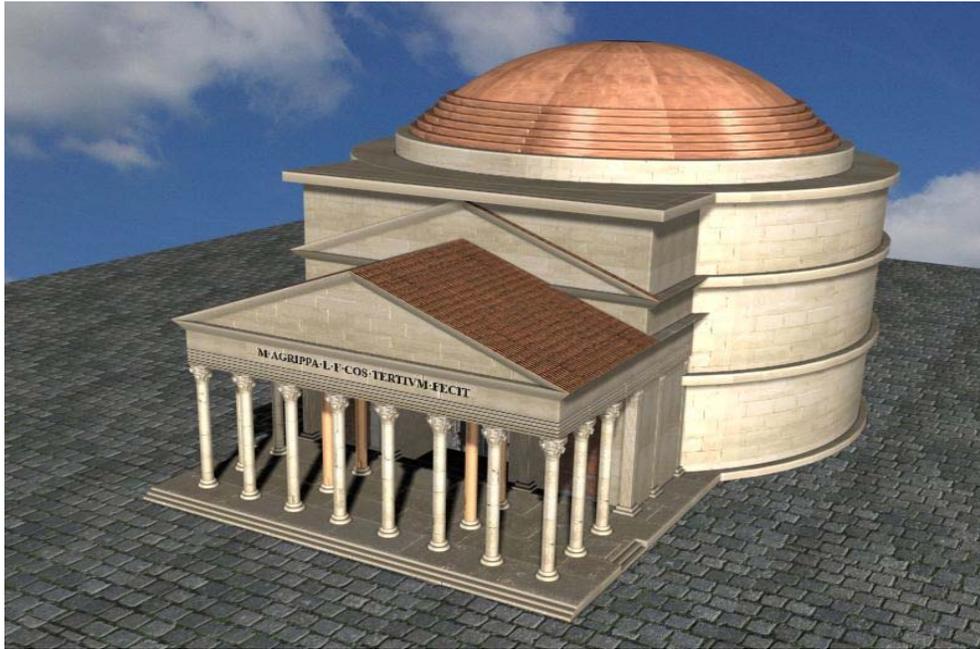


Figura II.4



En base a las mencionadas consideraciones de orden práctico y en base a la propia regulación del predio del Código Civil, resulta, en primer lugar, sencillo descartar que el predio pueda identificarse con una porción de suelo o parcela delimitada de la superficie terrestre, puesto que un objeto semejante no refleja los intereses que tienen las personas sobre el predio. Las actividades humanas que se dan sobre un predio naturalmente no se hacen en dos dimensiones, se hacen en tres dimensiones. Ello se aprecia del ejemplo contenido en la imagen siguiente:

Figura II.3



De nada serviría ser propietario de un terreno si no fuera posible dar uso al espacio que existe encima de él. Lo mismo respecto de un terreno en el que existe una construcción. Es, pues, visto desde un punto de vista funcional, el espacio como objeto el que satisface el interés de los

sujetos, donde las personas trabajan, juegan, duermen, estudian, conversan, escriben, leen, etc.

Así se entiende que el crecimiento de las ciudades pueda darse también de manera vertical. Si lo que se necesitara fueran los terrenos entendidos desde un punto de vista bidimensional, el crecimiento de las ciudades sería necesariamente a través de las áreas que se encuentran en la periferia. Sin embargo, cada vez se desarrollan más posibilidades de utilizar de mejor manera el espacio que se encuentra por encima de las zonas donde los terrenos ya han sido en su mayoría o en su totalidad utilizados para fines de construcción. Véanse nada más las siguientes imágenes que grafican la utilización tridimensional de las personas del espacio comprendido por sus predios.

**Figura II.4**



Figura II.5



Figura II.6



Figura II.7



Los rascacielos, los edificios de departamentos, los sótanos de estacionamiento, los propios ascensores, son la mejor muestra de que los intereses de los sujetos, ya sean éstos de índole económico, afectivo, recreativo, etc. recaen sobre los espacios en los cuales las actividades particulares se puedan desarrollar. En principio, no hay mayor diferencia para un aficionado de la horticultura en cultivar sus rábanos en la huerta de su casa a las afueras de la ciudad a hacerlo en uno de los denominados *techos verdes* que procuran mantener un espacio ecológico en la terraza de los edificios de gran altura ubicados en las zonas más céntricas de las ciudades.

Por otro lado, visto el concepto de predio desde un punto de vista más amplio, la corteza terrestre es en sí misma un bien cuya utilidad se encuentra en su existencia material y tridimensional. El predio no es nada más que una delimitación jurídica de la corteza terrestre entendida de esta manera. El planeta está dividido jurídico-políticamente en países y al interior de nuestro país, el territorio que lo conforma tiene, además de las áreas de dominio público,

áreas protegidas y áreas bajo regímenes especiales, un área aprovechable por los privados. Tomando como referencia una ciudad cualquiera, el compuesto de sobresuelo, suelo y subsuelo existente en dicha área aprovechable por los privados se encuentra dividido por ficción de la ley en decenas de miles de predios jurídicamente independientes. En esa línea, cada predio termina siendo una manera de delimitar de manera horizontal espacios de aprovechamiento particulares para las personas.

Así, en análisis más recientes de la propiedad predial, se señala que el concepto tradicional de predio "(...) ha evolucionado hasta llegar a entender que 'suelo' no sólo es el trozo de terreno, sino además las parcelas cúbicas existentes o futuras, pero que sean susceptibles de aprovechamiento económico"<sup>113</sup>.

En esa misma línea, se sostiene que

*"[e]s ya una opinión plenamente compartida la de que el objeto de la propiedad puede perfectamente concebirse como un espacio cúbico, (...) la finca ya no puede considerarse, en su acepción clásica de porción de superficie terrestre, delimitada por una línea poligonal, sino más bien como el espacio en el cual es posible la construcción de una edificación susceptible de propiedad independizada"<sup>114</sup>.*

Aunque no deja de hacer hincapié en el elemento de la construcción, así grafica la doctrina la evolución del concepto de predio. Es peculiar señalar que se utiliza vagamente el concepto de cubo, cuando en realidad se trata de otra figura geométrica. Estos espacios de aprovechamiento de los particulares son geoméricamente poliedros de espacio, de la especie *paralelepípedos*<sup>115</sup>, en tanto que los lados no tienen la misma longitud que la extensión vertical, la misma que depende de la utilización del predio en particular. En contraposición a la gráfica

<sup>113</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, nota a pie 258 y 259.

<sup>114</sup> ARNAIZ citado por GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009, nota a pie 261.

<sup>115</sup> Aunque cierto es que considerando la curvatura de la Tierra imperceptible a simple vista, vendrían a ser poliedros de forma piramidal, con el vértice hacia el centro de la tierra y una base cóncava en la atmósfera de ésta (RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 270).

bidimensional de la Figura II.1, creemos que la forma básica de un predio es la representada en la siguiente figura:

**Figura II.8**



Siendo así, consideramos que un predio es un bien que se define como un poliedro compuesto por segmentos de espacio y segmentos materiales, delimitado por un perímetro en sus lados y por la utilidad del propietario en su altura y profundidad, en el que las personas desarrollan sus actividades. Asimismo, está compuesto por tres elementos jurídicamente diferenciables: el suelo, el subsuelo y el sobresuelo.

Como se puede apreciar, el predio es un bien que tiene una complejidad particular por tener una naturaleza compuesta. Si bien el espacio que se encuentra en el ámbito del predio es el objeto que presta la utilidad directa a los sujetos, de manera indirecta también el predio es útil como sustento físico sobre el cual todas las actividades u objetos de las personas se

apoyan. Buscando profundizar en este enfoque, a continuación vamos a disgregar los componentes individuales del predio a efectos de determinar la utilidad de cada uno de ellos.

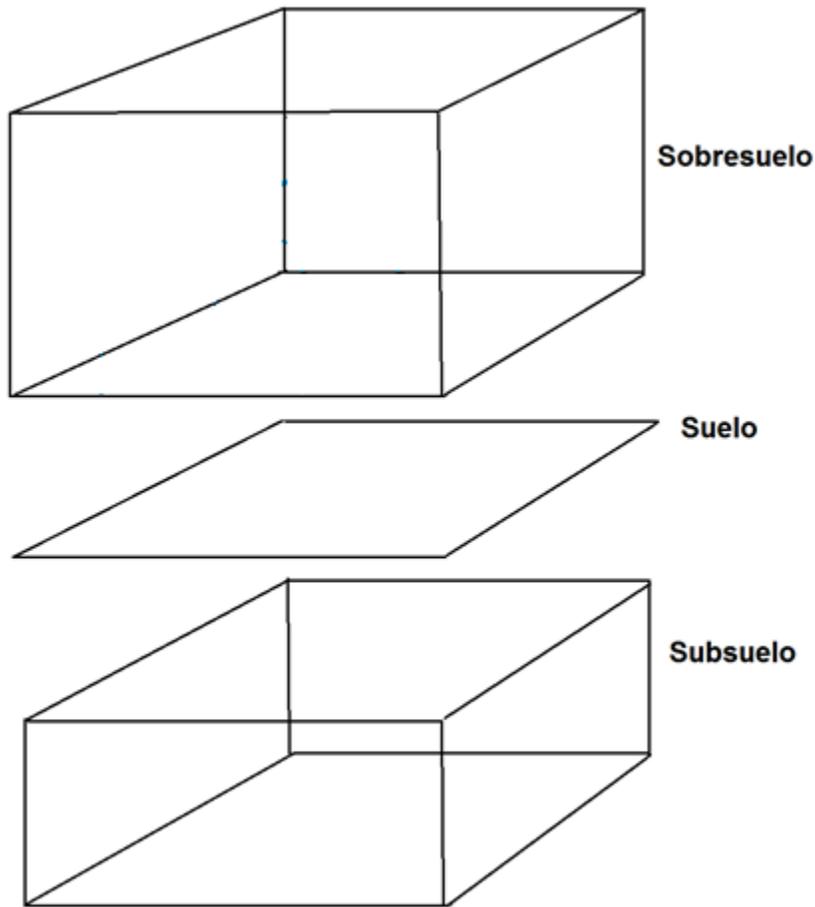
### 2.7.5. Componentes del predio

El predio como objeto compuesto está formado, siguiendo nuestra legislación, por tres elementos: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Los conceptos de suelo, sobresuelo y subsuelo se nombran, además de en el artículo 954 del Código Civil, en el listado de bienes inmuebles, de la forma siguiente:

*“Artículo 885.-Son inmuebles:  
1.- El suelo, el subsuelo y el sobresuelo.  
(...)”.*

Antes de pasar a desarrollar en detalle cada uno de los componentes del predio, creemos que la idea de predio que creemos ha sido expresada por el citado artículo y, en general, acogida en el Código Civil es la que se muestra en el siguiente gráfico:

Figura II.9



El primer elemento *suelo* vendría a ser una parcela plana de terreno. Dicha parcela se encuentra delimitada dentro de un plano mayor compuesto por el complejo urbano de la ciudad o de una zona rural determinada en el caso de un predio agrícola.

Considerada aisladamente, es decir, separándola del sobresuelo y del subsuelo, sería específicamente nada más que una membrana fronteriza entre lo que constituye el sobresuelo

y el subsuelo, un "(...) estrato (necesariamente sutilísimo y en rigor, sin espesor) de la corteza terrestre (...) que está en contacto con el inicio del espacio atmosférico"<sup>116</sup>.

Como tal, el suelo materialmente constituye un elemento infinitamente delgado debido a que lo que sea que se encuentre por encima o por debajo de él, aún por unos pocos centímetros, ya no podrá considerarse que se encuentre *en el suelo*, sino, más bien, estará en el sobresuelo o en el subsuelo, respectivamente. De este modo, semejante entidad infinitamente delgada es también económicamente inútil, porque no hay explotación posible del suelo sin hacer uso de alguno de los otros dos elementos.

Concordamos en este punto con Gunther Gonzáles cuando señala respecto al espacio en el que se producen las actividades humanas que "(...) [e]l aprovechamiento económico nunca puede circunscribirse sobre la delgada línea de la corteza terrestre que denominamos 'suelo', ya que éste sin espacio físico para albergar las actividades del ser humano carece de toda utilidad"<sup>117</sup>. Queda clara, por tanto, la dificultad de considerar como un bien individualmente útil al suelo.

Del mismo modo, Eugenio Ramirez hace hincapié en la proyección del suelo como objeto útil y no del suelo por sí mismo, cuando señala que "[s]e diría que no es concebible la idea del suelo, desligada de las anteriores [sobresuelo y subsuelo]. La propiedad del suelo o superficie lineal no nos dice nada, necesita proyectarse hacia arriba y hacia abajo para encontrar expresión, es decir, se trata de su ámbito físico"<sup>118</sup>.

Este apunte, aunque lógico desde un análisis funcional, produce una discrepancia con lo que el razonamiento jurídico común entiende en el campo de los derechos reales. La terminología usualmente utilizada en el Derecho apela a voces como los *derechos reales sobre suelo ajeno* o incluso a nivel normativo términos como la *ley de suelo* española, toman como

<sup>116</sup> MESSINEO, Franceso. *Manual de Derecho Civil y Comercial*. Tomo III. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 1954, p. 420. Citado por: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 197.

<sup>117</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther *Derecho urbanístico*. 6ta. Ed. Lima: Jurista Editores, 2011, p. 292.

<sup>118</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 270.

centro el concepto de suelo para efectos de regular el aprovechamiento de los sujetos de los espacios urbanos. Ello demuestra que se produce una equívoca atribución de la utilidad principal al concepto de suelo, la misma que como veremos corresponde más bien a los otros componentes del predio, el sobresuelo y el subsuelo.

En determinados casos podría reconocerse al suelo (individualmente considerado) un valor propio, si se toma en cuenta la posibilidad que otorga al propietario por ejemplo de actuar en su calidad de poseedor mediato, así como en la posibilidad de ejercitar su poder de enajenación y gravamen u otros derechos relacionados con la propiedad del inmueble como el retracto, el tanteo y eventuales cargas reales<sup>119</sup> e incluso en la posibilidad de que la propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo regresen a su patrimonio para consolidarse como sucede en el caso de la superficie que analizaremos más adelante.

Sin embargo, no se puede negar que estas utilidades no nacen en función a una inmediatez entre el sujeto y el objeto como es propio en los derechos reales, sino en función a una particular expectativa del sujeto en su posición jurídica de concedente de derechos.

Diferente es el caso del sobresuelo y del subsuelo. Estos componentes del predio sí son fácticamente útiles para el propietario aún considerados de manera individual. Reconocer el sobresuelo y el subsuelo como elementos del predio es lo que "[d]ota de contenido económico a la propiedad predial, pues el titular solamente obtiene utilidades y disfrute en cuanto realiza actos de aprovechamiento sobre el espacio físico que se encuentra sobre el suelo (igualmente en el subsuelo)"<sup>120</sup>.

Por un lado, cuando nos referimos al *sobresuelo*, estamos hablando de todo el espacio que se encuentra por encima de la superficie del suelo, espacio que es de utilidad para los sujetos con independencia de la existencia de una construcción. Con este componente del predio es con el que se identifica lo que usualmente se considera en el lenguaje común un

<sup>119</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 387.

<sup>120</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther *Derecho urbanístico*. 6ta. Ed. Lima: Jurista Editores, 2011, p. 291.

predio. De ahí que la determinación de su utilidad sea más sencilla, pues casi cualquier actividad humana se da teniendo como sustento físico el sobresuelo, las actividades familiares en una casa, las actividades recreativas en un campo deportivo, las actividades laborales en oficinas, las actividades productivas en edificios industriales, etc.

En el lenguaje jurídico a veces se equipara con el concepto de aires. Al respecto, señala Romero Romaña que el propietario "[p]uede así, construir en los aires de su propiedad edificios de diversa altura, sujetos a las disposiciones administrativas; puede, inclusive, vender los aires, de su propiedad; puede impedir que por los aires se invada su propiedad"<sup>121</sup>.

Afirmar que el predio sea un bien compuesto que incluye un segmento de aires<sup>122</sup> no es extraño al sistema jurídico. Al respecto, se señala que el criterio de corporeidad de los objetos no exige que se trate de cosas sólidas para estar ante un bien objeto de derechos reales. Señala Heinrich Lehmann que "[n]o es necesaria la perceptibilidad por el sentido del tacto, basta la perceptibilidad por cualquiera de los sentidos" al considerar que también los cuerpos gaseosos deben ser considerados como bienes objeto de derechos reales<sup>123</sup>.

Ludwig Enneccerus opina también que "[s]e requiere, y es suficiente, la perceptibilidad por *cualquiera* de los sentidos (no es menester que sea perceptible al tacto). Así, pues, no tiene importancia para el concepto de cosa el que un objeto será sólido, líquido o gaseoso"<sup>124</sup>. Sin embargo, hace la atinencia de que los cuerpos líquidos y gaseosos deben encontrarse separados, como en el caso de los que se encuentran recogidos en un recipiente<sup>125</sup>.

<sup>121</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 99.

<sup>122</sup> En este punto se debe diferenciar el término *aires*, de lo que por este término se entiende en la doctrina española, es decir, el denominado *derecho de sobreelevación*, el mismo que se refiere a la posibilidad que tiene el propietario o el beneficiario del derecho de construir sobre el terreno o sobre las edificaciones existentes en el predio. De acuerdo a nuestro razonamiento, los *aires* no constituyen un derecho del propietario, sino un bien sobre el cual recae el derecho del propietario, al ser un componente del predio.

<sup>123</sup> LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I Parte General. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 532.

<sup>124</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez González y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, pp. 534 y 535

<sup>125</sup> Cfr. PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 95.

Por su parte, Karl Larenz considera los bienes gaseosos siempre que se encuentren en recipientes, aunque después apunta que no se consideran bienes por no ser accesibles o delimitables los astros, los meteoros, la capa atmosférica, las nubes y las aguas de los mares y ríos<sup>126</sup>.

Sobre el particular, consideramos que el criterio para considerar corpóreo un bien no es la posibilidad de observarlo con los ojos, ni la posibilidad de contenerlo en un recipiente. Debe ser el que éste pueda ser percibido por cualquiera de los sentidos, que no sea percibido solo por la mente como sucede con los derechos. Tal es el caso de los aires o el espacio, puesto que se trata de un ente con existencia real y no solamente en la abstracción del Derecho.

Del mismo modo, estas consideraciones se encuentran acordes con lo que se practica en nuestra realidad socio-económica, pues diariamente se pueden encontrar transacciones que tienen como objeto los aires de los terrenos o de las edificaciones. Incluso en los condominios y edificios de departamentos los aires son también objeto de valorización económica en la asignación de derechos de los propietarios de las secciones exclusivas.

Tan es así que en el novísimo Reglamento de Inscripciones del Registro de Predio se ha incluido la posibilidad de reservar los aires de un edificio como una unidad inmobiliaria de propiedad exclusiva independiente. Así, los dos últimos párrafos del artículo 63 del mencionado reglamento establecen:

*“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.*

*El Reglamento Interno puede establecer reserva de aires sin independización, en cuyo caso esta circunstancia consta en asiento específico correspondiente a la partida registral del predio matriz o de otra partida vinculada”.*

---

<sup>126</sup>LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 372-373.

A esta circunstancia se refiere Lucrecia Maisch al comentar las normas que consideran a los aires como objeto de derechos en el, en aquél entonces nuevo, Código Civil de 1984: "Se establece así que el subsuelo o el sobresuelo pueden ser de propietarios distintos al dueño del suelo, norma que posibilita enajenar el subsuelo y los denominados aires de una edificación, probabilidad que, dado el señalado crecimiento urbano y el creciente valor de los inmuebles, es de gran utilidad"<sup>127</sup>. Se evidencia con ello la real importancia de este componente del predio sobre los otros dos, la misma que llevada al campo económico tendría su correlato en un valor mayor considerando el sobresuelo de manera unitaria.

Por otro lado, el *subsuelo* se define como la entidad material que se encuentra por debajo de la superficie terrestre delimitada en función a un predio específico. Más precisamente, siguiendo la terminología del parágrafo 905 del BGB, aquello que se encuentra debajo de la superficie del suelo no es otra cosa que el *cuerpo de tierra* sobre la que se proyecta de manera vertical la parcela de terreno de la superficie.

El subsuelo presta utilidad principalmente por constituir el apoyo físico sobre el cual recaen las edificaciones construidas en los segmentos superiores del predio. En este sentido, si bien la utilidad inmediata de un predio se encuentra en el sobresuelo por la posibilidad que otorga a los sujetos de aprovechar el espacio, el subsuelo tiene una utilidad mediata al permitir que las actividades de los sujetos recaigan físicamente en este cuerpo de tierra.

Si bien de acuerdo a lo dicho el subsuelo constituye un objeto material, cuya corporeidad es la que en última instancia sirve de apoyo a las eventuales edificaciones a construirse encima o de sustento al sembrío en el caso de predios agrícolas, existe también la posibilidad de que en el subsuelo se encuentren espacios aprovechables por los sujetos, ya sea originados de manera natural como las cavernas, manantiales o similares<sup>128</sup> o con origen en la mano del hombre: "el dominus puede excavar, construir, plantar y hacer cimientos en la

<sup>127</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 3ra. Edición. Lima: Librería Studium, 1984, p. 112.

<sup>128</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al parágrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 76.

profundidad o subsuelo de su terreno; para construir, para plantar, en general para cualquier obra en superficie, es siempre necesario ocupar también una parte de su subsuelo, ya para colocar los cimientos, ya para depositar las semillas y después con las raíces".

Es así que, en cuanto a la utilidad práctica del subsuelo, además de la función principal de apoyo que cumple este componente del predio, resalta su cotidiana utilización como sustento de construcciones subterráneas igualmente útiles para los sujetos<sup>129</sup>.

Cabe mencionar la diferencia antes mencionada entre el lenguaje jurídico y el lenguaje común en cuanto a este componente del predio. En el lenguaje común existe una relación diferente a la que se tiene jurídicamente entre dos conceptos: suelo y subsuelo. En el hablar cotidiano se incluye dentro del término *suelo* también lo que está debajo de la faz de la tierra y que constituye el cuerpo de tierra o "superficie de la tierra"<sup>130</sup> que soporta lo que se encuentra encima.

Subsuelo, siempre en el lenguaje cotidiano, no se define como la zona inmediatamente inferior al suelo, sino más bien como aquello que se encuentra a una profundidad regular<sup>131</sup> que puede incluir espacios como cavernas, manantiales y, del mismo modo, cuerpos de minerales. En este punto, la norma recoge una definición que no calza perfectamente con la palabra en el lenguaje cotidiano.

#### 2.7.6. Predio y utilidad

Habiendo explicado la disgregación física del predio, a continuación vamos a ocuparnos de la extensión que tiene el mismo y los límites que el ordenamiento establece para él desde el punto de vista vertical y cuál es la relación de esta problemática con el concepto de utilidad.

<sup>129</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 270.

<sup>130</sup> Definición 1 del término "Suelo". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. 22da. Ed. México: Espasa Calpe, 2001, p. 2104.

<sup>131</sup> Definición 2 del término "Subsuelo". REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. Tomo II. 22da. Ed. México: Espasa Calpe, 2001, p. 2101.

"Teóricamente el propietario podría avanzar verticalmente en cierto modo hasta la luna y, siempre que el derecho de los recursos naturales no establezca limitaciones de derecho público, hasta el centro de la tierra"<sup>132</sup>. Tal sería la conclusión de considerar solamente la proyección vertical del predio hacia arriba y hacia abajo. La posibilidad de excluir a otras personas del ámbito del predio que se le reconoce al titular constituiría la mayor manifestación de la faceta negativa del derecho de propiedad<sup>133</sup>.

Esta posibilidad de explotar la proyección del predio de manera total en el sentido vertical era propia de la doctrina individualista del derecho de propiedad<sup>134</sup>. Se sostiene, así, que ésa era la propiedad romana: "En el Derecho romano la propiedad es extremadamente individualista en cuanto a su naturaleza e ilimitada en su proyección vertical hasta el cielo (*usque ad coelum*) y hasta el infierno (*usque ad inferos*), o sea, hacia arriba y hacia abajo"<sup>135</sup>.

Como explica Eugenio Ramírez, la citada concepción de la extensión del predio se aplicó durante muchos siglos, inclusive llegó a proclamarse así el Código Civil francés (artículo 552 y siguientes), en el contexto de la búsqueda de la revolución francesa de quitarse los atavismos y cargas del feudalismo, y así se expandió a través de España a los códigos civiles latinoamericanos.

No obstante, desde inicios del siglo XX, especialmente con la inclusión del concepto en la Constitución de Weimar, se desarrolla paulatinamente la idea de la función social de la propiedad (*Sozialbindung*<sup>136</sup>), en el sentido de que el reconocimiento de este derecho no debe llegar a extremos perjudiciales para la misma sociedad y se establecen límites<sup>137</sup>. La faceta positiva de poder aprovechar según la voluntad particular el bien se mantiene con similar

<sup>132</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al párrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 76.

<sup>133</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al párrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 76.

<sup>134</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 99.

<sup>135</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 265.

<sup>136</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al párrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 76.

<sup>137</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 265.

protección a pesar de la evolución del Derecho, pero la faceta negativa de excluir a los demás de interferencias en los bienes propios es la que se va limitando, específicamente, en función a lo que se considere que es la *utilidad* del propietario<sup>138</sup>.

Reflejo de esta evolución son las normas referidas a los límites de la propiedad predial introducidos en los principales códigos civiles desde el BGB en adelante. Específicamente en el artículo 954 de nuestro Código Civil se señala que la propiedad sobre el sobresuelo y el subsuelo se extiende hasta "(...) donde sea útil al propietario el ejercicio de su derecho". Nuestra norma establece en esta línea un límite a esta extensión vertical del predio que no son los cielos ni los infiernos como rezaba el aforismo romano. El límite en nuestro sistema es el de la *utilidad al propietario*. Tal parece entonces que para cerrar nuestra definición de predio, la extensión tridimensional de éste debe tomar en cuenta el concepto de utilidad. Entonces, ¿cómo debe delimitarse la utilidad del propietario?

Para responder esta pregunta existen dos posiciones que se pueden defender. Una opción es la de considerar que al momento de establecer los límites verticales de la propiedad predial se deba tomar en cuenta una utilidad *concreta*, es decir, la posibilidad real de que el propietario pueda dar uso a la extensión vertical, ya sea en el sobresuelo o en el subsuelo, del predio, bien porque se están realizando las transacciones legales y financieras para la realización de un proyecto de construcción, bien porque tiene aprobado en sede municipal la realización de un proyecto, bien porque la construcción ya está en proceso o ya está terminada.

En esa línea, opina Eugenio Ramirez citando a Jorge Avendaño que "[p]ara el legislador, la *utilidad* debe apreciarse en términos actuales, es decir, de explotación real, vigente. No se la puede interpretar en función de lo potencial, de lo que podría ser"<sup>139</sup>. En cualquiera de los casos tomados como ejemplo el interés o la utilidad del propietario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo son irrefutables y tienen un sustento tangible en las circunstancias.

<sup>138</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 269.

<sup>139</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 272.

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

Una segunda opción es la de considerar una utilidad no concreta sino *abstracta* o potencial. Desde esta perspectiva, el análisis de la extensión vertical del predio objeto del derecho considerará no solamente la existencia de contratos o actividades que demuestren la inminencia de la construcción de una edificación en el predio, sino inclusive el interés potencial que el propietario pueda tener sobre el vuelo. Desde esta perspectiva sería suficiente un criterio tan amplio como serían las capacidades o tecnologías humanas en el momento dado<sup>140</sup>.

Por ejemplo, sería el caso de un nuevo propietario que, a pesar de no tener la intención ni los recursos para realizar la construcción en ese momento, ha adquirido el bien justamente por el atractivo que puede tener la construcción en dicho predio o incluso la posibilidad de venderlo posteriormente con una valorización económica que considere la posibilidad de que se construya en dicho predio. Un propietario también podría tener un interés aún cuando no tenga la decisión de construir en el predio si por ejemplo existe una empresa que le alquila una parte del terreno para la instalación de un aviso publicitario o de una antena de telecomunicaciones.

En otras palabras, desde este punto de vista, el interés del propietario se analizaría desde un punto de vista más amplio sin exigir que necesariamente la situación actual evidencie

---

<sup>140</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al párrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 76.

la pronta ejecución de trabajos de construcción. Señala Eleodoro Romero, a manera de ejemplo, en los años en que escribía que "[e]n el derecho francés se ha considerado desde hace tiempo que el espacio aéreo no debía tener más amplitud que la que era posible utilizar. Se fijaba como límite el de 330 metros, altura de la torre de Eiffel"<sup>141</sup>.

En uno u otro caso, ha de tomarse en cuenta que existen límites fundados en el bien común al ejercicio del derecho de propiedad en el ámbito del derecho urbanístico, de modo que si, por ejemplo, los parámetros urbanísticos y edificatorios de una determinada zona establecieran que las construcciones no pueden extenderse más allá de tres pisos, sobre el interés del eventual propietario estaría la limitación normativa de la utilidad que puede recaer sobre un predio que se encuentre en dicha zona. Dicha limitación, se entiende, estaría referida solo al interés particular en construir y no en otro tipo de intereses sobre el bien.

Por lo demás, la norma no hace diferencia entre el tipo de interés del que debe tratarse, de modo que éste no necesariamente debería circunscribirse al interés en construir, puesto que podría incluir intereses más particulares como es el interés estético<sup>142</sup> o el interés de un propietario cualquiera de tener un terreno en el cual hacer volar cometas o globos aerostáticos. Similar consideración a la de los límites urbanísticos cabría hacer respecto a las licencias y autorizaciones que son necesarias para ciertas actividades como por ejemplo la instalación de paneles publicitarios que se pueden realizar en los aires que conforman el sobresuelo del predio.

Por otro lado, deben considerarse como ya hemos mencionado anteriormente, los supuestos en que el derecho público determina limitaciones en razón del interés público, como sucede con la propiedad de los recursos naturales en el subsuelo (que según el artículo 66 de

---

<sup>141</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 99.

<sup>142</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al parágrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 77.

la Constitución<sup>143</sup> son de patrimonio de la nación y se rigen por el principio del dominio eminente del Estado a pesar de encontrarse por debajo de un predio privado) y la necesidad de que se tiendan cables eléctricos ("[d]e ahí que se diga que el titular de una concesión de distribución tiene la potestad de establecer soportes y hacer que pasen los cables; se encuentra dotado, frente a predios atravesados, con una servidumbre real"<sup>144</sup>) y de que por ejemplo los aviones circulen a determinada altura<sup>145</sup> (esto no es problema en una zona cualquiera de la ciudad en que incluso los rascacielos no se encuentran a la altura en la que los aviones comerciales suelen volar<sup>146</sup>, pero sí en el caso de los predios que se encuentren en las cercanías o en colindancia con aeropuertos en los que primaría el interés público en el transporte sobre el interés privado de construir un edificio de gran altura al costado del aeropuerto).

Por nuestra parte, adoptamos la opinión de que debe tomarse en cuenta un interés abstracto cuando se trata de delimitar la extensión de la propiedad predial, porque creemos que esta teoría refleja mejor la heterogeneidad de los intereses que puede tener un propietario sobre su predio. Sin embargo, el análisis del concepto del derecho de superficie que realizaremos más adelante sería aplicable también asumiendo la perspectiva del interés concreto. Esto debido a que la mera existencia de un derecho de superficie implica la previa celebración de un contrato de superficie. Y dicho contrato claramente refleja el interés del propietario en la utilidad que le pueda proporcionar el espacio que se encuentra en el sobresuelo de su predio, de modo que con él se despejan las dudas acerca de que el predio se extienda o no de manera vertical.

---

<sup>143</sup> "Artículo 66.- Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento.

Por ley orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su otorgamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal".

<sup>144</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003, p. 273.

<sup>145</sup> HAGEN, Horst. *Comentario al parágrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993, p. 76.

<sup>146</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 3ra. Edición. Lima: Librería Studium, 1984, p. 112.

### 2.7.7. Predio y edificación

Habiendo delimitado los contornos del concepto de predio, veamos las consecuencias de esta delimitación en un concepto que será de gran relevancia al momento de estudiar el derecho de superficie: la edificación.

En la línea de nuestro razonamiento, observamos que la construcción o edificación que podría existir sobre un predio no tiene la misma naturaleza que el espacio que compone el sobresuelo y el subsuelo, es decir, no puede ser considerada como un elemento esencial del predio, en tanto que sobre ella no recae de manera directa la utilidad del propietario. La construcción es un elemento que no está siempre y en todos los casos en un predio. Puede perfectamente identificarse un predio en el que no existe ninguna edificación. Esto debido a que la construcción es una mera herramienta de delimitación y mejor aprovechamiento del espacio.

Desde el punto de vista de la función de estos bienes, las paredes no son útiles en sí mismas sino que solo sirven para delimitar el espacio, lo mismo que las vigas y las lozas, los dinteles, los vanos, etc. sirven para aprovechar de mejor manera el espacio en los diferentes pisos y ambientes de una construcción determinada. Es necesario realizar un vaciado de cemento para tener un segundo piso, porque sin él, como consecuencia de la fuerza de gravedad, las personas no podrían utilizar adecuadamente el espacio que se encuentra cuatro o cinco metros por encima del nivel del suelo.

A lo mejor si las condiciones humanas permitieran sí abstraerse a las leyes de la gravedad no se necesitaría tal vaciado, aunque sí se necesitaría siempre el espacio. Aún tratándose del segundo o cualquier otro piso, el bien objeto del interés del hombre no deja de ser el sobresuelo como espacio y no la construcción que se encuentra en él.

De cara a una institución diferente como es la propiedad horizontal y aunque de ello se deducen diferentes conclusiones, en la Directiva de SUNARP sobre el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común se explica un similar razonamiento:

*“(…) el predio es un bien presente (art. 954 CC), con o sin construcciones, éstas son solo un aprovechamiento más del bien que ya existe, pero su existencia o ausencia en nada modifican la naturaleza y presencia del bien, el cual de por sí ya se extiende en línea vertical hacia arriba y hacia abajo por todo su perímetro. Las construcciones futuras o proyectadas en nada obstan a que estemos ante un bien presente, ya existente, real, y no ante un bien futuro”<sup>147</sup>.*

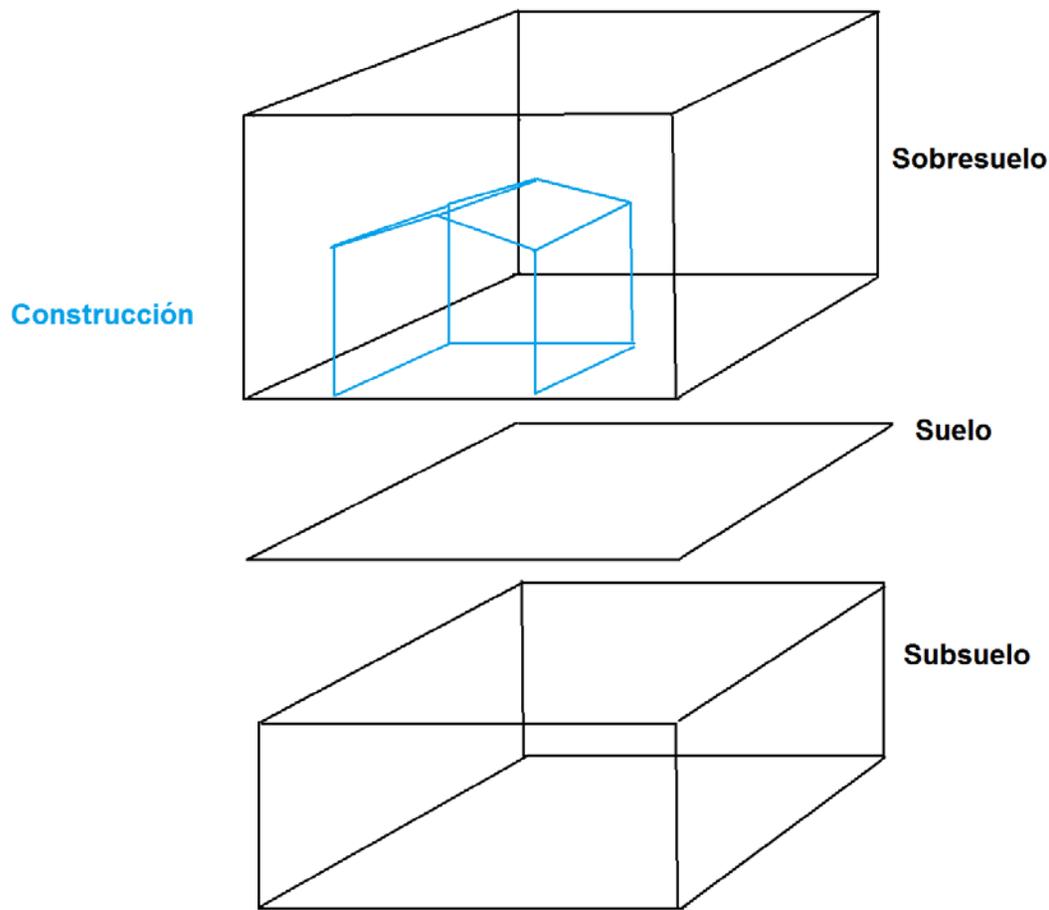
De manera específica, el sobresuelo y, en general, el predio, existen de esta manera con independencia de la presencia de una construcción. Va quedando claro que lo realmente útil de este tipo de bien es la existencia de un espacio que pueda servir a los sujetos para desarrollar sus actividades.

La representación gráfica de las consideraciones vertidas sobre la relación entre el predio y la edificación se puede observar en la siguiente imagen:

---

<sup>147</sup> N° 8 Los Edificios Proyectados o en Construcción. Antecedentes y Consideraciones de la Directiva que establece los criterios de calificación e inscripción del régimen de propiedad exclusiva y propiedad común. Resolución del Superintendente Nacional de Registros Públicos N° 340-2008-SUNARP/SN.

Figura II.10



Siendo así, es importante señalar que parece existir ya no solo una diferencia accidental entre los bienes muebles e inmuebles o entre los bienes muebles y los predios, sino una diferencia estructural y de concepto.

La antigua clasificación de bienes muebles e inmuebles presente en nuestro Código Civil y en la mayoría de codificaciones salvo en el BGB<sup>148</sup> ha sido objeto de muchas críticas justamente porque los argumentos para defenderla estaban basados en la tradición jurídica o

<sup>148</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 25.

en la proveniencia romana de dicha clasificación<sup>149</sup>. Como bien señala Alfredo Bullard, es necesario responder a estos argumentos que los abogados "[n]o clasificamos en muebles o inmuebles para tener nuestra conciencia con Dios por haber creado cosas que se mueven y cosas que no se mueven, ni para estar tranquilos con Olaechea y los demás autores del Código de 1936 o para que Justiniano descansa en paz"<sup>150</sup>.

Planiol señalaba, según Eleodoro Romero, que la solución no está en crear ficciones en la clasificación de los bienes, sino que bastaba con dar el tratamiento legal que correspondiera, haciendo referencia a lo que se hacía en el código alemán y el código suizo<sup>151</sup>. En esa línea, se defiende que la clasificación propuesta hace ya muchos años por el profesor Jorge Avendaño<sup>152</sup> entre bienes registrados y no registrados podría resultar una que facilite la publicidad y seguridad en la transmisión de titularidades sobre los bienes. Creemos que ello resulta cierto en relación al aspecto de la oponibilidad de los derechos reales.

Sin embargo, por nuestra parte, creemos que puede encontrarse una fundamentación ya no solo histórica, sino esta vez práctica, de la distinción entre los bienes muebles y los bienes inmuebles, es decir, los predios, ya no en la circunstancia de que unos puedan moverse y otros no. Más bien, los bienes muebles vendrían a ser aquellos cuya utilidad está en su materialidad<sup>153</sup>, es decir, un automóvil es útil por su propia existencia, es decir porque el motor le permite al propietario moverse y los neumáticos le permiten rodar. Un ordenador es útil porque su procesador permite utilizar los programas y su pantalla nos permite visualizar los contenidos informáticos. Un plumón es útil porque sus propios componentes corporales nos

---

<sup>149</sup> La propia referencia al origen romano de esta clasificación es discutible, pues existen quienes afirman que "(...) [e]n el Derecho romano y en el Derecho común los muebles y los inmuebles recibían esencialmente idéntico trato (...)" (LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I Parte General. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, pp. 552-553).

<sup>150</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa*. En: *Ius et Veritas* N° 29 Año XIV, p. 101.

<sup>151</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 26

<sup>152</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La clasificación de los bienes en función del registro*. En: *Revista Jurídica del Perú*. Año XLVII N° 10. Enero-Marzo 1997. pp.36-37. Citado por BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa*. En: *Ius et Veritas* N° 29 Año XIV, pp. 100-101.

<sup>153</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 535.

permiten graficar o escribir en una pizarra<sup>154</sup>. Sin embargo, lo que sucede con el predio es lo contrario.

La utilidad de los bienes inmuebles, en general, y del predio, en particular, es la existencia de un espacio utilizable, lo útil son los aires, el vacío donde uno puede realizar sus actividades. La utilidad económica es típicamente la de tener un ámbito de desenvolvimiento que el propietario pueda utilizar a voluntad y del cual pueda excluir a los demás. De ahí que se fundamente un tratamiento diferente al de los bienes muebles, puesto que al ser el espacio lo útil en un predio, el interés de las personas determina que éstas busquen la manera de aprovechar mejor ese espacio, circunstancia que típicamente se da a través de la construcción de edificaciones.

La posibilidad de efectuar construcciones es una particularidad privativa de los bienes inmuebles, lo que determina que sean aplicables a ellos algunas reglas específicas e incluso algunos derechos reales específicos como las servidumbres y la superficie<sup>155</sup>. A manera de ejemplo, a diferencia de los bienes muebles, "[e]n el caso de los bienes inmuebles (predios), el *ius aedificandi* constituye una facultad ínsita del dominio, pues el suelo sirve precisamente para asentar construcciones"<sup>156</sup>. Éstas serían las razones por las cuales de acuerdo a nuestro análisis del concepto de predio, no podría excluirse de manera absoluta la diferencia conceptual entre los bienes muebles y los predios.

Por otro lado, la diferencia entre los bienes muebles y los predios se resalta con la circunstancia de que éstos últimos no tienen estrictamente una existencia separada en la realidad natural. "A la finca le falta por naturaleza la separación que permita representarla como

---

<sup>154</sup> Para guardar coherencia interna, en este punto debemos asumir la opinión de que el sistema de derechos reales no alcanza a los derechos que recaen sobre bienes incorporeales en los que lógicamente no hay materialidad sobre la cual se pueda decir que recaiga el derecho.

<sup>155</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La superficie a la luz de la accesión y los integrantes*. En: *Ius et Veritas* N° 44, p. 96.

<sup>156</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther *Derecho urbanístico*. 6ta. Ed. Lima: Jurista Editores, 2011, p. 291.

cosa"<sup>157</sup>. Uno no puede determinar con los sentidos e independientemente del Derecho dónde termina el predio de una persona y dónde comienza el de su vecino. "En este particular el concepto de cosa se basa simplemente en la determinación humana"<sup>158</sup>.

Uno puede estar ante un predio en el que se realiza una explotación comercial única como puede ser un centro comercial o un edificio de viviendas, pero jurídicamente ese espacio puede estar compuesto por dos o más predios independientes inclusive con partidas registrales autónomas y, por el contrario, uno puede estar ante una zona donde se realizan una variedad de actividades diferentes entre ellas, ferreterías, farmacias, cafés, pero todos formar parte de un mismo predio para efectos civiles y/o registrales<sup>159</sup>. Solamente las titularidades atribuidas son las que determinan la separación de predios que físicamente forman parte de un mismo compuesto material que vendría a ser la ciudad o la zona rural de la que se trate.

Un indicador de que la delimitación de los predios es más jurídica que física se presenta en el sistema alemán de registro constitutivo, respecto del cual se señala que

*"[p]ara la cuestión de si una cierta parte de la superficie de la tierra ha de considerarse sólo como parte de una finca, o como toda una finca, o como una pluralidad de fincas o de partes de fincas diferentes, no es decisivo el destino económico común o diverso, ni tampoco la situación y cohesión, sino, por regla general, la inscripción en el registro"<sup>160161</sup>.*

<sup>157</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 535.

<sup>158</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 535.

<sup>159</sup> LOEWENWARTER, Victor. *Derecho civil alemán comparado*. 2da. Ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1943, p. 31.

<sup>160</sup> ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953, p. 535.

<sup>161</sup> Aunque Karl Larenz mediatiza esta consideración al señalar que sin el registro de todos modos los inmuebles son delimitables por su situación y sus límites naturales (LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, pp. 374-375).

La necesidad de regular aspectos jurídicos como por ejemplo las formas de publicidad, el ejercicio posesorio o el modo de transmisión<sup>162</sup> fundamenta la distinción que debe haber de estos bienes inmuebles con los bienes muebles en los que su corporeidad permite automáticamente su individualización.

En última instancia, las construcciones son nada más que bienes muebles que se instalan permanentemente en el suelo y que, por tal circunstancia, se los considera integrantes del predio y —casi ficticiamente—reciben la calidad de bienes inmuebles<sup>163</sup>. De ahí que cuando se hacía la distinción entre los tipos de bienes inmuebles (inmuebles por naturaleza, por accesión y por destino) "[c]onstituían inmuebles por accesión, o por incorporación permanente ciertos muebles agregados al suelo tales como las construcciones hechas en forma permanente; no en forma temporal. Ejemplo: Un edificio, que se compone de distintos bienes muebles; pero que, por el hecho de estar incorporados al suelo, forman un todo"<sup>164</sup>. Como se aprecia, la construcción en sí misma tendría la calidad de un bien mueble por cumplir con el criterio de la corporeidad, pero por la circunstancia de estar unida al suelo, se le considera bien inmueble.

Un ladrillo cargado en una carreta no es diferente en esencia a un ladrillo ya unido a la pared con el cemento, solamente que por esta circunstancia ya se le considera una parte integrante del predio. Pero esta circunstancia es solamente un elemento contingente. Una muestra de ello son las denominadas construcciones móviles. Cuando en lugar de una construcción de material noble se aprovecha el terreno mediante *containers* como en el caso de los “hospitales de la solidaridad” en nuestra ciudad o mediante estructuras removibles del suelo como las casas prefabricadas o las utilizadas por establecimientos como SODIMAC para

---

<sup>162</sup> LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978, p. 374.

<sup>163</sup> Este planteamiento no es, por lo demás, novedoso, sino más bien uno reciclado: ya en el antiguo derecho germánico se decía “lo que la antorcha consume, es mueble” (PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957, p. 94).

<sup>164</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947, p. 26.

operar sus tiendas, resulta claro que dichas estructuras constituyen muebles circunstancialmente aparejados al predio que no pasan a formar parte del mismo, por ser removibles sin causar daños o modificación alguna al predio.

Partiendo de ese punto ya parece una diferencia difusa la que existe con las construcciones tradicionales. Incluso en el caso de construcciones tradicionales, el avance de la tecnología que permite la separación de edificaciones sin necesidad de destruirlas, demuestra que las estructuras de la edificación entran más bien en el campo de los bienes muebles, y queda dentro del concepto de predio esencialmente el espacio que se encuentra por encima o por debajo del suelo, es decir, el sobresuelo o el subsuelo.

La demostración que hemos realizado en esta sección de la investigación de las particularidades del predio como bien inmueble, diferentes desde un punto de vista estructural de las de los bienes muebles, así como la demostración de que la utilidad en el caso de este bien recae en el espacio aprovechable más que en las construcciones existentes en el predio nos permitirán plantear en adelante un análisis más realista del derecho de superficie.

Este análisis tendrá en cuenta preponderantemente el aspecto funcional de las instituciones frente a la definición dogmáticamente compleja que, como veremos, caracteriza al concepto tradicional de esta figura.

### III. DEFINICIÓN CLÁSICA DE LA SUPERFICIE

Como se ha adelantado en la introducción de este trabajo, el derecho de superficie es una institución que no ha recibido en nuestro país (y hasta cierto punto en el mundo) mayor tratamiento legislativo, doctrinario ni jurisprudencial a pesar del creciente interés que existe sobre la figura. Para bien o para mal, el derecho de superficie no ha tenido la popularización académica que tienen otros tópicos del campo de los derechos reales, como por ejemplo la polémica entre el registro constitutivo o declarativo, la polémica sobre la naturaleza jurídica de la posesión o la polémica sobre la protección del tercero adquirente de buena fe.

El derecho de superficie tampoco es una herramienta del día a día para las personas de a pie. Las personas tienen que lidiar cotidianamente con materias relacionadas, más que todo, al derecho de propiedad, al contrato de arrendamiento, inclusive con los diferentes aspectos de la hipoteca como garantía; pero el derecho de superficie por lo pronto se restringe en su utilización a ámbitos especializados y de operaciones de mayor envergadura en los que la inversión en el diseño de los contratos es mayor y, consecuentemente, la regulación de los intereses de las partes es más pormenorizada (a pesar del reducido punto de partida que representa el tratamiento legal de la figura). Ello determina que la solución de controversias en relación al derecho de superficie tenga como principal punto de referencia no la regulación legal o el tratamiento doctrinario del mismo, sino la regulación contractual que las partes han hecho de común acuerdo.

No obstante lo dicho, ningún contrato es perfecto o, mejor dicho, la elaboración de contratos pormenorizados es demasiado costosa, por lo que los esquemas contractuales que incluyen derechos de superficie no escapan de la existencia de frecuentes controversias en

relación a este figura, especialmente en razón de las particularidades que tiene su estructura jurídica.

A continuación, partiendo de la definición legal del derecho, vamos a reseñar la doctrina de la que los operadores jurídicos disponen en relación justamente a la estructura, al tratamiento legal y a la aplicación de esta herramienta jurídica. También reseñaremos la doctrina de la que dichos operadores jurídicos no disponen, por tratarse de autores que aún no habían sido traducidos al español o cuyas traducciones no habían llegado a nuestro país. Posteriormente, pasaremos a realizar un análisis crítico de la definición existente en la doctrina actual sobre el derecho de superficie a la luz de una perspectiva funcional y a la luz de los conceptos definidos en el anterior capítulo. Finalmente formularemos una definición propia del derecho de superficie, explicando sus respectivos caracteres.

### 3.1. Definición legal

La norma básica en que se define el derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico es el artículo 1030 del Código Civil que tiene el siguiente texto:

*“Artículo 1030.-Puede constituirse el derecho de superficie por el cual el superficiario goza de la facultad de tener temporalmente una construcción en propiedad separada sobre o bajo la superficie del suelo.  
Este derecho no puede durar más de noventa y nueve años. A su vencimiento, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido reembolsando su valor, salvo pacto distinto”.*

En lo que atañe a la naturaleza jurídica de este derecho, esta enunciación legal del Código Civil afortunadamente deja abierta la discusión, puesto que no se decanta por considerar a este derecho de manera expresa como un derecho real limitado o como una modalidad del derecho

de propiedad. Solamente utiliza la fórmula *derecho de superficie*, dejando al intérprete la tarea de dilucidar la categorización de este derecho.

Cierto es que sistemáticamente el derecho de superficie aparenta ser un derecho real principal, por tener un título propio dentro de la sección dedicada a los derechos reales principales en el Código Civil. No obstante, ya hemos señalado anteriormente que la determinación de la naturaleza jurídica de una figura no tiene que tomar en cuenta solamente el criterio sistemático por ubicación, sino fundamentalmente el contenido y la estructura del derecho objeto de análisis. En esa línea, elementos contradictorios dentro de este enunciado legal como la temporalidad y la propiedad separada dan pie a sostener interpretaciones divergentes sobre la naturaleza jurídica de este derecho como profundizaremos más adelante.

Por otra parte, es importante tomar en cuenta que el antecedente legislativo de este derecho en nuestro país es el artículo 958 del Código Civil de 1936, que, a pesar de no delimitar completamente esta figura del derecho de usufructo, constituye el primer cuerpo de normas que se acerca a la institución del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico nacional, señalando que *“por acto entre vivos puede constituirse usufructo sobre tierras edificables, a efectos de que el usufructuario tenga derecho de propiedad sobre los edificios que levante”*<sup>165</sup>.

El artículo, a diferencia del artículo actual, opta por señalar expresamente que se trata de un derecho real de usufructo, del cual el derecho de superficie vendría a ser solo una modalidad<sup>166</sup>. Sin embargo, su afinidad con la norma sobre el derecho de superficie actual radica en que aquel usufructuario podía tener un derecho de propiedad sobre los edificios levantados sobre el suelo. En suma, lo que podría interpretarse de esa norma sería que el beneficiario de ese derecho sería titular de un derecho de usufructo sobre el predio y, a la vez, de un derecho de propiedad sobre la construcción, como bien jurídicamente separado.

<sup>165</sup> MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 3ra. Edición. Lima: Librería Studium, 1984, p. 107.

<sup>166</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil. Los derechos reales*. 2da. Ed. Tomo II. Lima: Marco, sin fecha, p. 334.

Esta separación, no expresamente enunciada en dicha norma, es un elemento que hoy es crucial en la estructura del derecho de superficie y es lo que amerita el tratamiento independiente de este derecho como ya lo advertía Eleodoro Romero al comentar dicho artículo en el código anterior<sup>167</sup>.

Finalmente, en lo que respecta a la definición legal del derecho de superficie, en nuestro ordenamiento existe otra norma que incluye una definición del derecho, aunque para fines del derecho público. Ésta es la Directiva N° 007-2004/SBN que regula el procedimiento para la constitución del derecho de superficie en predios de dominio privado del Estado aprobada mediante Resolución N° 028-2004-SBN<sup>168</sup>.

La mencionada norma formula una definición del derecho de superficie que otorga el Estado a favor de particulares sobre bienes de su propiedad bajo el régimen de dominio privado por intermedio de la Superintendencia de Bienes Nacionales en el numeral 2.1.6 de su artículo 2:

*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.*

El derecho de superficie es caracterizado en esta norma de manera similar a lo dispuesto en el Código Civil, siendo dicho cuerpo legal una norma supletoria respecto a lo no regulado en la

<sup>167</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *Derecho civil. Los derechos reales*. 2da. Ed. Tomo II. Lima: Marco, sin fecha, p. 335.

<sup>168</sup> Al respecto, citamos esta directiva en tanto que la Ley N° 29151 General del Sistema de Bienes Estatales no se refiere en su contenido al derecho de superficie. El reglamento de la ley, aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA trata la posibilidad de dar estos bienes en derecho de superficie, mas no incluye una definición de este derecho. Se limita a detallar entre sus artículos 84 y 88 las modalidades de constitución, el procedimiento, las causales de extinción, las causales de suspensión del contrato y el destino del producto.

mencionada directiva (numeral 2.1.1 del artículo 2 de la directiva). Se utiliza la expresión “tener y mantener” en relación a la propiedad sobre la construcción, fórmula que, a pesar de ser en nuestra opinión redundante, proviene de la definición del derecho formulada por Carlos Cárdenas Quirós<sup>169</sup> que estudiaremos más adelante y que ya ha sido reproducida también fuera del campo de los derechos sobre bienes estatales<sup>170</sup>. Aunque se deduce del hecho que el Estado conserva la propiedad del suelo, en la definición se hace la aclaración de que el suelo de propiedad del Estado puede ser objeto de disposición, lógicamente respetando la carga constituida por el derecho de superficie a favor del particular.

En desarrollo de la definición normativa de este derecho vamos a revisar la definición que existe del mismo en la doctrina, haciendo especial hincapié en la opinión de los autores acerca de la naturaleza jurídica de esta figura, verificando en qué categoría del sistema de derechos reales la encajan al definirla.

### **3.2. Doctrina en español**

En el ámbito local, merece especial atención el trabajo más importante que se ha hecho sobre el derecho de superficie y el único que ha tratado de manera exclusiva y en profundidad este derecho, que es la investigación realizada por el profesor Carlos Cárdenas Quirós hace ya más de treinta años. Este importante trabajo se hizo originalmente, según las fuentes que hemos revisado, con motivo de la tesis de dicho autor para optar por el grado de bachiller en Derecho en la Pontificia Universidad Católica del Perú, la que tuvo como título “El derecho real de superficie en la doctrina, en la legislación civil peruana y en el derecho comparado”.

---

<sup>169</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 199.

<sup>170</sup> Es el caso de una resolución del Tribunal Registral signada con el número 1180-2010-SUNARP-TR-L de fecha 13 de agosto de 2010 (Numeral VI.5).

Dicho trabajo es principalmente de corte descriptivo y busca abarcar la superficie en todos sus aspectos, como era propio en las tesis de esos años, apoyándose básicamente en doctrina escrita en idioma español. Dicha investigación fue la que, posteriormente, motivó la asignación a dicho autor de la sección del derecho de superficie en la conocida obra “Exégesis” de Max Arias-Schreiber<sup>171</sup>.

Carlos Cárdenas define 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 el máximo fijado por la ley (se trata de un derecho temporal), la facultad de tener y mantener en terreno ajeno, sobre o bajo la superficie del suelo, una edificación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anexo de edificar (concesión ad aedificandum) o por medio de un acto adquisitivo de la edificación preexistente o por contrato accesorio al de arrendamiento de un tercero”<sup>172</sup>.*

De esta definición se derivan según este autor las siguientes notas características:

- i) Disponibilidad
- ii) Temporalidad
- iii) Derecho a tener y mantener una edificación en propiedad separada, por encima o por debajo del suelo (objeto básico del derecho de superficie)<sup>173</sup>.

Entrando en materia, al tratar la naturaleza jurídica del derecho de superficie, Cárdenas realiza un análisis crítico de las teorías que asimilan al derecho de superficie a otros derechos reales

<sup>171</sup> Además de motivar un conjunto de artículos en revistas en la Universidad Católica, en la Universidad de Lima y en los estudios jurídicos en homenaje a los profesores Carlos Fernández Sessarego y Max Arias-Schreiber Pezet (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, pp. 353-354).

<sup>172</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 199.

<sup>173</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 200.

limitados u otras instituciones (*concepción unitaria*) y de las teorías que lo consideran un supuesto de coexistencia de propiedades.

Entre las teorías que conforman la *concepción unitaria*, descarta que se trate de un supuesto de *arrendamiento* ya que en ese supuesto se transmite solo la posesión mientras que en la superficie se otorgan derechos libremente disponibles y gravables. Descarta también que se trate de una *enfiteusis*, antiguo derecho real que dividía el dominio útil del dominio directo del bien, por encontrar diferencias entre estas figuras en la mayor amplitud de facultades del enfiteuta frente al superficiario, en la esencialidad del canon en la enfiteusis en contraposición con la posible gratuidad de la superficie, en la predeterminación de la finalidad de construir en la superficie que no se tiene en la enfiteusis, en el discutible derecho de tanteo o preferencia del propietario frente al enfiteuta, lo que no se presenta en la superficie, lo mismo que con el denominado *laudemio*<sup>174</sup>. Seguidamente, descarta el autor que se trate de una *manifestación del dominio dividido* por considerar que éste se trataba de un desarrollo de los glosadores actualmente impropio por la evolución del principio de accesión.

Continuando con las teorías que conforman la *concepción unitaria*, descarta también que se trate de un *usufructo* como lo sancionaba el Código Civil de 1936, pues éste es un derecho que se extingue con el fallecimiento del titular, que no permite modificar la forma y sustancia del bien y que alcanza al suelo en su aprovechamiento a diferencia de la superficie que se limita a lo construido.

Por otro lado, descarta que se trate de un supuesto de *propiedad del espacio aéreo* como bien independiente puesto que este espacio es parte del suelo mismo e inclusive es discutible considerar al espacio como un bien al tratarse del *vacío*. Finalmente, descarta que se pueda asimilar la superficie a un *derecho de propiedad de la edificación con facultad de utilizar*

---

<sup>174</sup> El laudemio tiene el siguiente significado: "Porcentaje del valor de la renta que el nuevo enfiteuta, es decir el adquirente del derecho de enfiteusis, debe pagarle a aquél por una sola vez, que tiene la importancia del reconocimiento expreso del nuevo enfiteuta de quién es el 'señor' de la cosa" (ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, p. 198).

el suelo puesto que esta asimilación solamente abarcaría al derecho de superficie cuando la construcción ya existe<sup>175</sup>.

En contraposición a la concepción unitaria se encuentran las *concepciones que señalan la duplicidad de relaciones alrededor del derecho de superficie*. Entre ellas, Cárdenas señala que se encuentra la que equipara el derecho de superficie a una *servidumbre* de un fundo dominante (la edificación) sobre un sirviente (el suelo). Esta concepción tendría el defecto de no poder sustentar el derecho de superficie durante el tiempo en que la construcción todavía no fue construida, pues en ese momento no existiría un fundo dominante. Se incluye también la asimilación de la superficie a la *copropiedad del suelo* que tiene el defecto de no guardar correspondencia con la separación temporal entre suelo y superficie.

El autor critica también la duplicidad de la relación entre suelo y superficie utilizando las figuras del *usufructo* y la *enfiteusis* por las razones que fueron explicadas anteriormente. Señala también la concepción de la superficie como una *limitación legal* de manera análoga a la que surge entre dos predios vecinos. Sin embargo, critica dicha propuesta en razón de que el origen en el caso de la superficie es uno contractual y no legal como es en el caso de las obligaciones por vecindad.

Finalmente, se califica al derecho de superficie como un *derecho real sobre cosa ajena sui generis*, fórmula cuya generalidad el autor considera que no es útil para la definición y delimitación de la figura legal en cuanto a su contenido<sup>176</sup>.

En resumidas cuentas, señala Cárdenas que la especificidad y sustantividad propias de esta figura determinan que, en su opinión, no se pueda asimilar esta figura a uno u otro derecho real<sup>177</sup>. Sustenta, de este modo, que la institución tenga autonomía conceptual.

---

<sup>175</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, pp. 196-200.

<sup>176</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, pp. 200-203.

<sup>177</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, p. 203.

Justifica con ello la ubicación sistemática del derecho de superficie como derecho real principal en nuestro Código Civil. Justifica también la definición que formulamos líneas arriba.

En esa línea, afirma que, dentro de la estructura del derecho de superficie, “[s]obre la base de la definición transcrita líneas arriba, podemos distinguir, de un lado, el derecho de superficie, y, del otro, la propiedad superficiaria”<sup>178</sup>. El autor, en este punto siguiendo a Alejandro Borzutzky<sup>179</sup>, explica que en la composición del derecho real de superficie debe diferenciarse:

- (i) la relación jurídica que sustenta la posibilidad de tener en propiedad una edificación en suelo ajeno y
- (ii) el propio derecho de propiedad sobre la edificación.

Introduce con ello la definición bipartita que domina la doctrina nacional sobre el derecho de superficie. Asimismo, niega que por esto deba considerarse que el derecho de superficie tenga una doble naturaleza, puesto que estamos más bien ante dos derechos diferentes, cada uno con su propia naturaleza.

De ahí en más, la relación entre ambos componentes del derecho de superficie es que el derecho de tener una propiedad en terreno ajeno es el sustento jurídico de la propiedad superficiaria. Sin propiedad superficiaria puede haber el derecho a tener propiedad en terreno ajeno, pero sin este último derecho no puede haber propiedad superficiaria<sup>180</sup>.

Esta diferenciación entre los dos componentes del derecho de superficie tiene también un mayoritario reconocimiento en la doctrina extranjera, donde encontramos una posición

<sup>178</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 200.

<sup>179</sup> BORZUTZKY ARDITI, Alejandro. *El derecho de superficie*. Santiago: Ed. Andrés Bello, 1972, p. 19. En: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, p. 192.

<sup>180</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, p. 204).

claramente dominante que define al derecho de superficie como derecho real sobre bien ajeno, a la vez que como derecho de propiedad sobre lo edificado.

Federico Puig Peña, de manera similar a Carlos Cárdenas, al analizar la naturaleza jurídica del derecho de superficie descarta también por similares razones la posibilidad de que se la asimile en otras figuras jurídicas como la servidumbre, la enfiteusis, el usufructo, antes de llegar a la conclusión de que la superficie se caracteriza por la ya explicada doble composición por ser "(...) un derecho real sobre el suelo y, al mismo tiempo, una propiedad superficiaria o separada". Asimismo, utiliza la expresión *derecho de superficie en sentido estricto* para diferenciar dicho elemento de lo que constituye la denominada *propiedad superficiaria*<sup>181</sup>, terminología que consideramos gráfica bien la doble naturaleza de este derecho.

Por su parte, Eladio Ballester explica la evolución de la naturaleza de este derecho partiendo de la teoría romanista que consideraba al derecho de superficie como derecho real sobre cosa ajena solamente, siguiendo con la teoría germánica que solamente se refería a la propiedad absoluta sobre la edificación, luego con la teoría medieval que consideraba al derecho como una propiedad desmembrada equiparable al censo enfiteútico, para finalizar en la teoría moderna que señala es la adoptada en Alemania y tiene las mismas características explicadas por Carlos Cárdenas<sup>182</sup>.

José Puig Brutau explica la doble composición del derecho de superficie al señalar que "el superficiario es titular de un derecho real sobre el suelo ajeno, ya antes de haber levantado la edificación. Una vez ésta realizada, pertenecerá en propiedad al superficiario mientras dure la relación de superficie"<sup>183</sup>.

José Castán Tobeñas se refiere a las modificaciones legislativas sobre el derecho de superficie en España y considera que con ellas se perfila mejor su naturaleza y caracteres: "El

---

<sup>181</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Tomo II. Barcelona: Ediciones Nauta, 1996, pp. 694-696.

<sup>182</sup> BALLESTER GINER, Eladio. *Derechos reales*. 3ra. Ed. Valencia: Organización Bello, 1989, pp. 264-265.

<sup>183</sup> PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2da. Ed. Tomo III. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1973, p. 162.

instituto ostenta la fisonomía moderna, mixta, de derecho real en suelo ajeno y derecho de propiedad sobre lo edificado"<sup>184</sup>.

En esa línea, Jaime Santos Briz también señala respecto al primero de los componentes, el derecho real sobre cosa ajena o derecho de superficie en sentido estricto, que se trata de una especie de servidumbre personal, entendiendo por este concepto una limitación al derecho de propiedad<sup>185</sup>.

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

*"(...) la Ley no establece que suelo y construcción (...) han de formar siempre una sola cosa (...), cabe que sean dos, cada una bajo un derecho de propiedad distinto, perteneciente a dueño diferente. Más entonces, puesto que la construcción se apoya en el suelo, el dueño de 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)"<sup>186</sup>.*

No solo explica Albaladejo la doble naturaleza del derecho de superficie, sino que profundiza en el fundamento, que se encuentra en la necesidad de que la construcción de propiedad del superficiario se apoye en el suelo que se mantiene en propiedad del dueño original. Ese fundamento será el que pongamos en cuestión más adelante al criticar esta definición clásica de la superficie.

### 3.3. Doctrina en alemán

<sup>184</sup> CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. 10ma. Ed. Tomo II. Derecho de cosas. Vol. II. Madrid: Reus, 1965, p. 318.

<sup>185</sup> SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil*. Tomo II. Derecho de Cosas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 622.

<sup>186</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de bienes. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1977. P. 207.

En la doctrina en alemán se ha desarrollado algo más detalladamente la naturaleza del derecho de superficie y se ha hecho una mayor profundización en la doble naturaleza de este derecho. Para mejor entendimiento, la definición del primer artículo de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana establece de manera similar a la norma peruana: “Un predio puede ser gravado de forma que a aquél en cuyo beneficio se realiza el gravamen le corresponda el derecho transferible y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie del suelo”<sup>187</sup>.

Así, respecto de dicha norma, Martin Wolff explica que el objeto de este derecho viene a ser, a la vez, la edificación y el suelo del predio, cuando señala que el derecho de superficie es “[u]n derecho a *tener una edificación* (no una plantación) sobre un fundo (...). La ‘tenencia’ de la edificación abarca en sí la construcción, la posesión de lo edificado y del suelo sobre que se edifica, su goce y la facultad de reedificar después de la demolición”<sup>188</sup>. De esta manera, la doble composición o doble naturaleza del derecho de superficie se explica en la doctrina alemana no solo por la existencia de dos derechos jurídicamente separables dentro del derecho de superficie, sino con igual importancia, por la existencia de dos objetos de derecho, que vienen a ser el suelo y la edificación.

En la línea de este autor, dos de los profesores que en Alemania han desarrollado de manera más pormenorizada el derecho de superficie son Helmut Freiherr von Oefele y Karl Winkler en un libro dedicado exclusivamente al derecho de superficie. Estos autores señalan que “el derecho de superficie es (...) un derecho real sobre un bien ajeno, el predio gravado;

---

<sup>187</sup> Los pormenores del tratamiento del derecho de superficie en Alemania serán tratados en el último capítulo.

<sup>188</sup> WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. II. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971, pp. 2-3.

por lo tanto, un derecho real limitado<sup>189</sup>, sustentando su opinión en el estilo del texto usado en la norma que es muy similar el estilo de redacción de otros derechos limitados en el BGB<sup>190</sup>.

Sin embargo, según estos autores, la naturaleza de derecho real limitado se refiere solamente a un aspecto de la superficie que es el ser un *gravamen de un predio ajeno*<sup>191</sup> o al que Federico Puig denomina *derecho de superficie en sentido estricto*. El segundo aspecto del derecho está compuesto por la particularidad de que la construcción es, desde su perspectiva, un componente del derecho de superficie, es decir, sea *propiedad del superficiario*<sup>192</sup>. Ambos aspectos del derecho han de entenderse conectados de manera inseparable<sup>193</sup>, de donde se desprende la denominada *Komplexe Doppelnatur* o doble naturaleza del derecho de superficie: *derecho limitado en relación al predio y derecho de propiedad en relación a la construcción*<sup>194</sup>.

En segundo lugar, Jürgen Ingenstau y Volker Hustedt, autores de otro de los pocos manuales que tratan específicamente el derecho de superficie, hacen también una exégesis de la definición de la norma alemana, definiendo el derecho de superficie como

*“(...) un derecho real, es decir, protegido registralmente y con eficacia contra terceros, para el aprovechamiento de un predio. El tipo de aprovechamiento es, por lo tanto, no según lo deseado por el correspondiente beneficiado, sino que el derecho de superficie prescribe de manera imperativa que el propietario superficiario pueda utilizar el predio solo mediante la edificación de una construcción pero no de otra manera”<sup>195</sup>.*

<sup>189</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 22.

<sup>190</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 23.

<sup>191</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 23.

<sup>192</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 23.

<sup>193</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 23.

<sup>194</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 24.

<sup>195</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 14.

Estos autores, como se puede apreciar, hacen énfasis en la limitación que tiene la titularidad superficiaria, tal como sucede en los demás derechos reales limitados (usufructo, uso, etc.). Sin perjuicio de ello, en cuanto a la eficacia real, señalan que “(...) el propietario superficiario no solo tiene acciones obligacionales contra el propietario del predio, sino que el derecho de superficie está provisto de efecto real (...)”<sup>196</sup>.

Ahora bien, el punto en común con los anteriores autores es la referencia a la doble naturaleza del derecho de superficie, puesto que, por un lado, se refieren a la *Sondereigentum* o propiedad especial que tiene el superficiario sobre la construcción<sup>197</sup> y, por otro lado, consideran al derecho de superficie como un “derecho real de uso y aprovechamiento que, en principio, grava un predio completo”<sup>198</sup>. En otras palabras, la doble naturaleza consiste en que la superficie es un caso de *propiedad especial* y a la vez de *gravamen de un predio*.

En la línea de los autores anteriores, Jürgen Müller, autor de un trabajo centrado específicamente en la figura de la *subsuperficie* señala que “(...) el derecho de superficie presenta (...) una doble naturaleza; es un derecho sobre el predio gravado en conexión con la propiedad sobre la construcción (...)”<sup>199</sup>. De esta manera, este derecho se enmarca en la categoría de los derechos reales sobre bien ajeno<sup>200</sup>, no obstante lo cual, señala que la jurisprudencia alemana se ha pronunciado en el sentido de asemejar el derecho de superficie al derecho de propiedad, ya que los contenidos esenciales de este último se reproducen en aquél<sup>201</sup>.

<sup>196</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 1.

<sup>197</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 20.

<sup>198</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 22.

<sup>199</sup> MÜLLER, Jürgen. *Das Untererbbaurecht*. (Traducción Propia) Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich Alexander Universität. 1995. p. 2.

<sup>200</sup> MÜLLER, Jürgen. *Das Untererbbaurecht*. (Traducción Propia) Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich Alexander Universität. 1995. p. 1.

<sup>201</sup> MÜLLER, Jürgen. *Das Untererbbaurecht*. (Traducción Propia) Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich Alexander Universität. 1995. p. 2.

De otro lado, Wilfried Rauft, quien dedica un trabajo al contenido contractual con eficacia real del derecho de superficie, asume también la doble naturaleza del derecho de superficie cuando señala que este derecho “(..) fue diseñado por el legislador por un lado como un derecho real limitado y, por otro, como un derecho con igual naturaleza que un predio”<sup>202</sup>.

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

*“[d]e la doble naturaleza [Doppelnatur] del derecho de superficie, según la cual debe diferenciarse el derecho sobre el predio y la propiedad sobre la construcción, se desprende que el derecho de superficie con respecto a la constitución, modificación y anulación debe tratarse como un derecho sobre el predio, mientras que con respecto a la transferencia y gravamen, como un predio mismo”<sup>203</sup>.*

En la definición de este autor se hace énfasis en la naturaleza predial del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico alemán, a pesar de ser éste una propiedad solamente de la construcción.

Por otro lado, Hugo Glaser, en su manual práctico para la utilización de la superficie señala que mediante este derecho el superficiario es titular de un derecho real inscribible en el registro público y transmisible por acto *inter vivos* o *mortis causa* que consiste en la posibilidad de tener una construcción sobre o debajo de un predio ajeno, derecho que puede originarse tanto por la transferencia de una edificación ya existente, como por la concesión del derecho a edificar<sup>204</sup>.

<sup>202</sup> RANFT, Wilfried. *Die Verdinglichung des Erbbaurechtsinhalts*. (Traducción Propia) Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doctor iuris utriusque der Hohen-Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, 1991. p.1.

<sup>203</sup> MOHRBUTTER, Christian. *Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung*. (Traducción Propia) Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking. 1995, p. 1.

<sup>204</sup> GLASER, Hugo. *Das Erbbaurecht in der Praxis*. 2da Edición. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe. 1975, pp. 21-22.

El referido autor también ratifica la opinión dominante de que la superficie contiene a la vez un derecho real limitado y un derecho de propiedad de naturaleza predial, cuando señala que el derecho de superficie, “aunque es en sí solo un derecho real de aprovechamiento sobre un predio, es tratado del mismo modo que un predio (...); todas las disposiciones válidas para predios son de correspondiente aplicación, en tanto que no disponga algo diferente la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie”<sup>205</sup>.

En la línea del anterior autor, Roland Böttcher al tratar los aspectos prácticos del derecho también lo define siguiendo lo establecido en la norma alemana sobre derecho de superficie como un derecho transferible y heredable de tener una construcción sobre o bajo un predio ajeno, teniendo, por tanto, la naturaleza de una carga predial, inscribible en la sección II de las partidas registrales alemanas.

Sin embargo, también recibe el tratamiento propio de un predio independiente en razón de que el derecho de superficie tiene una partida registral propia denominada *Erbbaugrundbuch*, característica que lo asemeja a un predio autónomo<sup>206</sup>. En la materialización registral de este derecho explicada por este autor se reflejan también los dos aspectos del derecho de superficie: un derecho sobre bien ajeno que lo convierte en una carga predial para el propietario del suelo y un derecho de propiedad de la edificación que amerita la creación de una partida registral especial.

### 3.4. Posición predominante

Como se ha podido apreciar en esta revisión, para la doctrina mayoritaria especializada en el derecho de superficie, existe un elemento esencial en esta institución que lo diferencia de otras categorías: la doble naturaleza o la doble composición del derecho de superficie. Lo cierto es

<sup>205</sup> GLASER, Hugo. *Das Erbbaurecht in der Praxis*. 2da Edición. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe. 1975, p. 22.

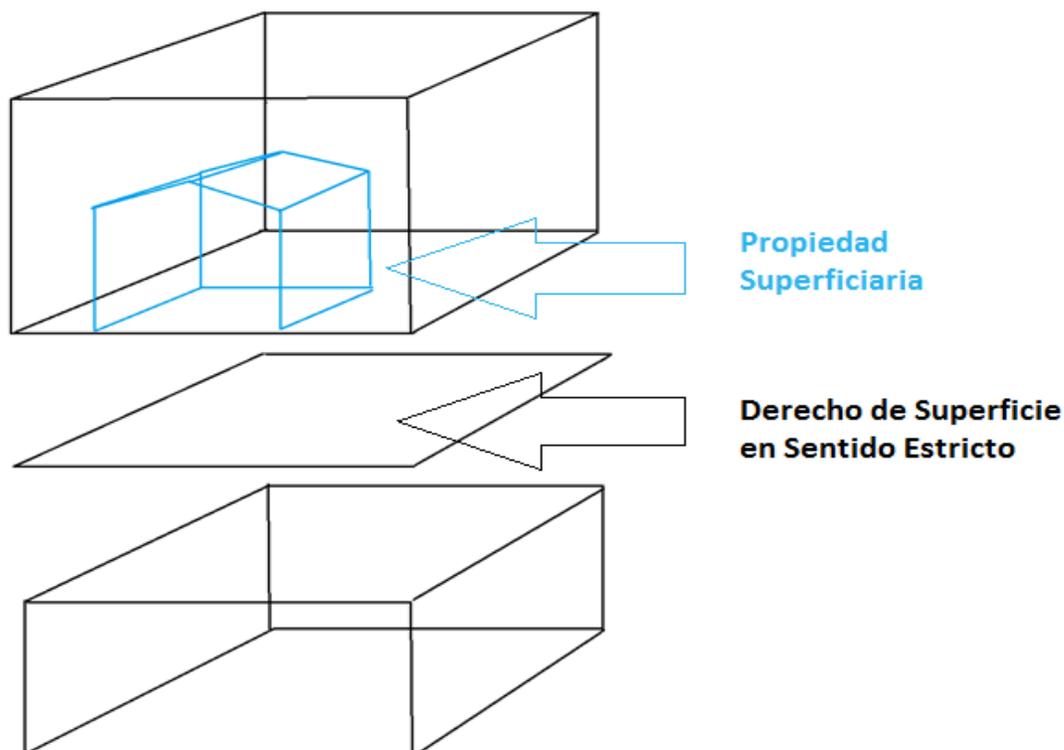
<sup>206</sup> BÖTTCHER, Roland. *Praktische Fragen des Erbbaurechts*. 2da. Edición. Köln: Kommunikationsforum. 1998, p. 2.

que algunos autores dedican algunas páginas a criticar la asimilación del derecho de superficie a otras figuras jurídicas, pero estas posiciones criticadas son, por lo general, solamente contraposiciones conceptuales que ayudan a delimitar mejor la categoría del derecho de superficie y no son realmente sostenidas por autores concretos en la doctrina.

Al momento de optar por una teoría, la generalidad de los autores se decanta por considerar al derecho de superficie como un derecho real independiente, limitado, que recae sobre un bien ajeno, en cuya estructura se encuentra una dicotomía de conceptos, a la que se denomina la *doble naturaleza* del derecho de superficie (vid. Figura III.1):

- (i) es un derecho de propiedad especial sobre la construcción (*propiedad superficiaria*), y
- (ii) es un derecho real limitado sobre el predio gravado (*derecho de superficie en sentido estricto*).

Figura III.1



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



#### IV. CRÍTICA A LA DEFINICIÓN CLÁSICA

Apelar a una definición compleja de una institución jurídica se justifica solamente en la medida que permita a ésta guardar coherencia con el sistema de conceptos que tiene a su alrededor y, con ello, tener el respaldo del aparato jurídico que vuelve útil a la figura para los particulares que hacen uso de ella. No obstante, en algunos casos la complejidad de los razonamientos también evidencia debilidades en la argumentación, siendo que entre dos planteamientos igualmente coherentes con el sistema e igualmente útiles para satisfacer los intereses reales de los sujetos, es preferible aquél dotado de mayor simplicidad.

En ese entendido, a continuación vamos a intentar determinar las razones por las cuales en el derecho de superficie, a diferencia de otros derechos reales e incluso de otras figuras jurídicas civiles, se recurre en la doctrina predominante a una definición compleja, atribuyéndole la denominada *doble naturaleza*, nota que consideramos dificulta la solución de problemas cotidianos en la interpretación de esta institución.

Entendida la razón o las razones que lo fundamenten, las someteremos a crítica e intentaremos plantear una alternativa que tenga una mayor simplicidad pero que también atienda de la misma manera a los intereses de los sujetos y sea coherente con el sistema del cual forma parte el derecho de superficie.

En esa línea, desde ya adelantamos que nuestro planteamiento ante la dicotomía de conceptos que propone la doctrina mayoritaria, es la hipótesis de que el derecho de superficie puede simplemente considerarse una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre el sobresuelo y/o el subsuelo, de manera separada a la propiedad del suelo. Su naturaleza, desde nuestro punto de vista, es una sola: ser un subtipo del derecho de propiedad. Con el propósito de verificar esta hipótesis, vamos a analizar de manera individual ambos elementos de la

definición clásica del derecho de superficie para posteriormente formular nuestra propia definición en base a este análisis crítico.

#### 4.1. 1er. Elemento: Propiedad superficiaria

De acuerdo a la definición clásica del derecho de superficie, no hay discusión sobre la calidad del derecho que conforma este primer elemento respecto a la construcción. Es un derecho de propiedad con todos sus atributos típicos, un derecho de propiedad como definido en el artículo 923 del Código Civil, derecho absoluto y omnicomprendido en cuanto a las facultades que confiere, razón por la cual si nuestro planteamiento es el de asimilar la superficie a ese derecho, en este primer aspecto no habría discrepancia con la posición mayoritaria.

Lo dicho tiene en el caso de la norma peruana un sustento indubitable. El artículo 1030 del Código Civil hace referencia a la acción de tener temporalmente en propiedad separada una construcción. en la legislación peruana se tiene esta redacción explicativa a pesar de que, por ejemplo, la redacción alemana de la definición del derecho de superficie, fuente indirecta de nuestra legislación en este punto<sup>207</sup>, utiliza la expresión más general de "*ein Bauwerk zu haben*" que denota solamente el *tener una construcción* sin detallar bajo qué título se tiene la construcción o cuál es el contenido del derecho.

No obstante, esta definición un tanto imprecisa y que utiliza términos que vagamente pueden considerarse jurídicos, como el verbo "tener", no impide que la doctrina alemana unánimemente considere que el derecho que otorga la superficie respecto a la construcción es un derecho de propiedad en lo que respecta a la construcción en el sentido más clásico de ese derecho.

---

<sup>207</sup> ROMERO ROMAÑA, Eleodoro. *El derecho de superficie*. Derecho Civil. Los derechos reales. Tomo II. Lima: P.T.C.M., 1947, pp. 333-334. Nota a pie 41 en: RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano*. Siglos XIX y XX. Tomo VII. La dogmática en triunfo. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011, pp. 318-319.

Dicho esto, más que en el contenido del derecho que confiere la superficie, nuestra objeción a la definición clásica en su primer elemento está en el punto de referencia de esta situación jurídica, es decir, el objeto del derecho de propiedad superficiaria: la construcción. Se considera que el objeto de la propiedad superficiaria es la construcción puesto que ello también se desprende de la interpretación literal del artículo 1030 del Código Civil que define el derecho de superficie. En él se señala que el objeto de la propiedad separada es la *construcción* que se encuentra sobre o debajo de la superficie del suelo.

No obstante, sometamos a crítica esta opción legislativa abandonando la lectura aislada del artículo y, más bien, concordándolo con otros caracteres del derecho de superficie contenidos en las normas sobre este derecho.

#### 4.1.1. Superficie sin construcción

El ya reseñado artículo 1030 del Código Civil tiene que leerse de manera sistemática con el artículo 1033 del Código Civil que señala, a la letra: “El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido”. Si bien según el artículo 1030 el superficiario tiene derecho a tener una construcción en propiedad separada de la propiedad del suelo, según este otro artículo, si no existe dicha construcción, el superficiario sigue teniendo su derecho de superficie.

De ahí que una primera observación del funcionamiento de este derecho según nuestras normas demuestra que el derecho del superficiario se mantiene con independencia de la existencia de una construcción en el suelo, lo que ciertamente pone en cuestión la afirmación de que el objeto del derecho de superficie sea la construcción.

Es importante considerar que esta concatenación de normas no es privativa del Código Civil peruano, el mismo que en este aspecto se encuentra acorde con la legislación sobre este

aspecto en el derecho alemán<sup>208</sup>. Esto se da porque el propio contenido del derecho de superficie motiva la existencia de una norma como el artículo 1033 que se refiera al momento en que aún no existe la construcción o el momento posterior a que ésta haya sido destruida o demolida.

La estructura del derecho de superficie determina que las facultades del superficiario tengan que estar presentes no solo cuando exista la construcción, sino también y con igual relevancia en el momento en que se ejerce la posibilidad de *construir sobre suelo ajeno*. De nada le serviría un derecho de superficie a un sujeto interesado en construir si sucediera que su derecho real solamente va a llegar a existir y, consiguientemente, a tener eficacia *erga omnes* en el momento en que la construcción esté terminada. Concretamente, hasta el momento en que se produzca la conformidad de obra municipal o que se inscriba la declaratoria de fábrica, el inmueble sobre el cual aún no habría operado la separación de propiedades propia de la superficie podría bien haber sido objeto de transferencias u objeto de cargas o gravámenes inscritos con anterioridad y como consecuencia con prioridad registral frente al superficiario.

Entonces esta necesidad de encontrar el sustento teórico a la existencia del derecho de superficie de manera previa a la construcción de la edificación es la que motiva la respuesta de la doble naturaleza o doble composición que propone la doctrina mayoritaria. Si bien la teoría de la doble naturaleza o doble composición del derecho de superficie no tiene expreso reconocimiento en las normas, goza de respaldo casi pacífico en la doctrina porque permite dar respuesta al problema planteado.

No obstante que el elemento de propiedad superficiaria no deja de tener como su punto de referencia, es decir, como su objeto a la construcción, se tiene, por otro lado, el elemento del derecho de superficie en sentido estricto. Este elemento también con naturaleza de derecho

---

<sup>208</sup> Parágrafo 13 de la Ley sobre el Derecho de Superficie: “El derecho de superficie no se extingue en caso que la edificación perezca” (Traducción Libre).

real, cautela la facultad que tiene el superficiario de edificar sobre el suelo ajeno y posteriormente hacerse propietario de lo que se edifica. Esto tanto en el momento inmediatamente posterior a la constitución del derecho de superficie como en la eventualidad de que la construcción sea destruida por causas naturales o demolida por decisión de los sujetos involucrados. Con este esquema, la definición clásica resuelve el problema: existe derecho de superficie cuando hay construcción y existe derecho de superficie cuando solamente hay un terreno sin construir.

Como consecuencia, el objeto del derecho de superficie, de la misma manera que la naturaleza de este derecho, presenta una particular dicotomía. Mientras que cuando hablamos del primer elemento (la propiedad superficiaria) el punto de referencia es la construcción, es decir, la estructura material conformada por las vigas, las paredes, los pisos etc., cuando hablamos del derecho de superficie en sentido estricto el punto de referencia es el suelo, entendido éste como una estructura plana, que servirá eventualmente como asiento o base física para la construcción (vid. Figura III.1).

En la línea de ese razonamiento, la consecuencia conceptual de esta formulación es que al tratarse el derecho de superficie de un derecho real que también recae sobre el suelo, que es de propiedad del concedente del derecho de superficie, necesariamente tiene que tratarse de un *derecho limitado sobre suelo ajeno*, es decir, un *iura in re aliena*. La idea general en esto es que el suelo como eje conceptual de la propiedad predial debe ser de titularidad de alguien. De esta manera, cuando quiera que alguien diferente tenga también un derecho que concorra en el suelo con el derecho del propietario del suelo, tendría que entrar en la categoría de *titular de un derecho real menor*: de un derecho de usufructo, de uso, de servidumbre y también de un derecho real de superficie.

Esta es, por cierto, la consideración que fundamenta una parte de las críticas que hace Carlos Cárdenas a las concepciones del derecho de superficie que lo asimilan a otras figuras jurídicas como la propiedad con derecho de uso del suelo y la definición de la figura mediante

servidumbres; éstas no consideran, según la opinión de este autor, al derecho de superficie sino solamente en el momento en que ya existe la construcción sobre la que el superficiario tiene derecho.

#### 4.1.2. Derecho de superficie: propiedad del sobresuelo

De momento ha quedado claro que el objeto del derecho de superficie no puede ser la construcción de manera singular, porque el derecho de superficie existe aún antes de la construcción. Sin embargo, por nuestra parte creemos que no es indispensable recurrir a la construcción compleja de que el derecho de superficie tiene dos objetos de derecho: el suelo, por un lado, y la construcción, por el otro. Sobre lo que consideramos que recae el derecho de superficie es sobre el *sobresuelo*.

Si, como se ha señalado, el derecho de superficie es uno que mantiene su existencia con independencia de la existencia de un edificio en un predio, lo más lógico pensar es que éste recaiga no sobre la edificación, sino sobre uno de los componentes del predio que existe de manera *permanente* y en todos los casos, esto es, el suelo, el sobresuelo y el subsuelo. Ahora bien, la propia norma excluye que el suelo pueda ser objeto de la superficie, pues éste queda en propiedad separada del concedente de la superficie, por lo que serían los otros dos componentes permanentes del predio el objeto del derecho de superficie: el sobresuelo y/o el subsuelo<sup>209</sup>.

Esta separación, que resulta atípica de bienes en principio integrantes, está en este caso específico permitido por el derecho real de superficie. Con ello, simplificando el objeto del derecho de superficie en el sobresuelo, también se simplifica su naturaleza jurídica, puesto que

---

<sup>209</sup> Ya que según el artículo 1030 del Código Civil, el derecho de superficie puede constituirse sobre el sobresuelo, sobre el subsuelo o sobre ambos, en lo sucesivo, las referencias en el razonamiento solamente al sobresuelo deben ser entendidas como aplicables a los casos en que se constituya la superficie sobre el subsuelo o sobre ambos elementos, salvo que expresamente se señale lo contrario. De ahí que el título de esta sección podría ser también "Derecho de superficie: propiedad del sobresuelo y/o del subsuelo".

ésta será simplemente la de un tipo de propiedad que recae sobre el sobresuelo<sup>210</sup> de manera autónoma frente a los derechos que recaen en el suelo. En ello discrepamos con la crítica que hacía Carlos Cárdenas respecto a la concepción que asimilaba la superficie a una *propiedad del espacio aéreo*. El sobresuelo es efectivamente el espacio aéreo y sobre éste recae la superficie.

Esta reformulación responde de mejor manera a lo que constituye el concepto del predio a nivel normativo. Manteniendo la coherencia de los conceptos previos planteados antes del análisis del derecho de superficie, el predio puede disgregarse en tres componentes, el suelo, el subsuelo y el sobresuelo (vid. Figura II.9). Por tanto, desde nuestro punto de vista, cualquier disgregación física del derecho de propiedad predial que se pueda dar en el contexto del derecho de superficie tendría que tener relación con ese sustento físico.

En otras palabras, una *separación de propiedades* como es propio en el derecho de superficie, tendría que ser una delimitación de los segmentos del predio mencionados, es decir, el suelo, el subsuelo o el sobresuelo. Ello guardaría concordancia con el propio listado de bienes inmuebles de nuestro Código Civil contenido en el artículo 885 en cuyo primer inciso no se incluye el concepto de *construcción* sino solamente se nombra a "[e]l suelo, el subsuelo y el sobresuelo"<sup>211</sup>. La propia justificación de su inclusión en el listado de bienes inmuebles podría considerarse un reconocimiento legislativo de que estos objetos podían sustentar una titularidad real distinta de la que corresponde al suelo<sup>212</sup>. Lo propio no sucedió con la construcción.

Cierto es que la regla general es que suelo, subsuelo y sobresuelo sean un mismo bien (el predio), pero es el propio código el que permite que exista una propiedad separada de

---

<sup>210</sup> Cierto es que el sobresuelo como bien puede ameritar ciertas relaciones jurídicas por su yuxtaposición física con el suelo, nada de lo cual consideramos que genere la necesidad de fundamentar un derecho real sobre el suelo ajeno para el superficiario. Para el estudio detallado de ello dedicaremos el siguiente capítulo.

<sup>211</sup> La circunstancia de que la construcción esté unida al suelo y que, en principio, sea integrante no tendría por qué determinar que ésta no se incluya en el listado de los bienes inmuebles, puesto que lo propio se hace respecto del sobresuelo y el subsuelo, sobre los que también, en principio, no se puede tener derechos singulares.

<sup>212</sup> GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Jurista Editores, 2005, p. 157.

alguno de estos componentes, de manera específica con el derecho de superficie, pero incluso con la inclusión de una norma general al respecto.

Así lo establece el artículo 955: "El subsuelo o el sobresuelo pueden pertenecer, total o parcialmente, a propietario distinto que el dueño del suelo". Esta norma es de vital importancia porque es justamente la que posibilita que el derecho de superficie rompa con el principio general del artículo 887<sup>213</sup> según el cual las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

Las partes integrantes se definen como aquellas adheridas a otras por obra del hombre o de la naturaleza y que no pueden ser separadas sin destruir, deteriorar o alterar el bien<sup>214</sup>. Sobre las partes integrantes no se pueden tener derechos singulares. El fundamento, explicado por Heinrich Lehmann, es que "(...) admitir la existencia de derechos separados sobre la parte integrante de una cosa conduciría con frecuencia a destruir valores económicos importantes para conseguir una ventaja relativamente insignificante"<sup>215</sup>, por lo que señala que desde Roma se proscribía el derecho a reivindicar partes de un edificio.

Martin Mejorada lo grafica aún más claramente al preguntarse cómo ejercerían sus derechos si distintos titulares tuvieran derechos sobre partes integrantes<sup>216</sup>. De manera particular en los inmuebles, la regla de las partes integrantes se aplica con el artículo 938<sup>217</sup> que contiene la regla de la accesión como un modo originario de adquisición de la propiedad según el cual el propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

---

<sup>213</sup> Artículo 887.- Es parte integrante lo que no puede ser separado sin destruir, deteriorar o alterar el bien. Las partes integrantes no pueden ser objeto de derechos singulares.

<sup>214</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 142.

<sup>215</sup> LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Vol. I Parte General. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956, p. 540

<sup>216</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, pp. 143-144.

<sup>217</sup> Artículo 938.- El propietario de un bien adquiere por accesión lo que se une o adhiere materialmente a él.

Sin embargo, no solo los continuos avances de la tecnología que cada vez hacen más complejo afirmar que un bien no pueda ser separado sin causar daños al bien principal<sup>218</sup>, sino fundamentalmente el hecho de que en la realidad se presenten situaciones en las que sí se puede hacer una explotación económica eficiente de partes que son integrantes y específicamente de las partes de un predio, determinan que fuera necesario establecer una norma como el artículo 955 del Código Civil. Para ello ha de concurrir, además de ese elemento material, un elemento jurídico que en el caso de la superficie viene dado por el título en el que dicho derecho se constituye<sup>219</sup>. Ése también es el fundamento explicado en la exposición de motivos del Código Civil en lo que respecta a este artículo<sup>220</sup>.

Por otra parte, constituye el artículo 955 una norma general, puesto que no se limita al caso del derecho de superficie, sino que fundamenta también la posibilidad de constituir el régimen de propiedad horizontal (denominado normativamente en nuestro país, de propiedad exclusiva y propiedad común) a través de la separación jurídica de los diferentes tramos de espacio que se encuentra por encima de un terreno determinado que vienen a ser los departamentos<sup>221</sup>.

Incluso en opinión del profesor Martín Mejorada abre la posibilidad para figuras diferentes a la superficie y la propiedad horizontal<sup>222</sup>. Una figura que creemos puede entrar dentro del campo abierto por el artículo 955 es el de las paredes medianeras, ya que estas últimas, a pesar de estar unidas físicamente al suelo, pertenecen a un propietario —

<sup>218</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 144.

<sup>219</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, pp. 144-145.

<sup>220</sup> REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Compiladora). *Exposición de motivos y comentarios*. 3ra. Ed. Tomo V. Lima: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1988, p. 190.

<sup>221</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Anteproyecto del Libro de Derechos Reales*. En: Proyectos y Anteproyectos de la reforma del Código Civil. Vol. II, Lima: Fondo Editorial PUC, p. 800. Citado por: RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*. 2da. Ed. Tomo II. Lima: Rodhas, 2004, nota a pie 481, p. 274.

<sup>222</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 148.

parcialmente— distinto que el dueño del predio: el predio pertenece en un 100% a su dueño mientras que la pared se comparte en 50% con el propietario del predio vecino<sup>223</sup>.

A diferencia de la propiedad horizontal, la posibilidad abierta por el artículo 955 no se da a través de segmentos de espacio en el derecho de superficie. En este caso la propiedad está concedida respecto del sobresuelo en su totalidad y/o respecto del subsuelo en su totalidad. Tan es así que incluso se llega a decir que es en el derecho de superficie más que en la propiedad horizontal donde se materializa la separación de propiedades permitida por el artículo 955 del Código Civil<sup>224</sup>. En ese sentido, resulta más coherente afirmar que el atributo otorgado por el derecho de superficie tiene como objeto un bien cuya existencia se mantiene con independencia de que exista en el predio una construcción. Tal bien es el sobresuelo.

#### 4.1.3. Funcionalidad del derecho de superficie

Por otro lado, adoptar la posición de que es el sobresuelo el objeto del derecho de superficie guarda también concordancia con la funcionalidad de este derecho. El superficiario adquiere su derecho porque su interés es el de aprovechar las utilidades que le puede prestar el sobresuelo y/o el subsuelo. Como se señaló con detalle en la sección de conceptos previos, el objeto de interés en el caso de los bienes inmuebles es fundamentalmente el espacio y solo de manera secundaria o mediata las edificaciones.

Las construcciones cumplen su papel de coadyuvar a la utilización más eficiente del inmueble útil, que viene a ser el sobresuelo como espacio. Donde el operador de un centro comercial realizará sus actividades, donde el desarrollador de un proyecto inmobiliario construirá un condominio o donde la municipalidad instalará un estacionamiento es en el

<sup>223</sup> No obstante, una manera distinta de entender las paredes medianeras es que cuando éstas y la línea de suelo en la que se encuentran se convierten en un predio independiente enclavado entre los dos predios vecinos, lo que permitiría sostener que tenga un propietario —parcialmente— diferente de los propietarios de los predios vecinos, sin recurrir al artículo 955.

<sup>224</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de Derechos Reales*. 2da. Ed. Tomo II. Lima: Rodhas, 2004, pp. 273-274.

sobresuelo. Las construcciones tienen en este aspecto una importancia mediata porque, si bien permiten aprovechar de mejor manera los espacios, no son ellas en sí mismas las que prestan utilidad a los sujetos. Tanto en un centro comercial, como en un proyecto inmobiliario e incluso más claramente en el caso de un estacionamiento, es el espacio contenido en el sobresuelo lo que presta la mayor utilidad a las personas, siendo las vigas, las paredes y los techos, elementos que permiten utilizar éste de mejor manera. Por ello, somos de la opinión que el objeto de la superficie debe tener como principal elemento el sobresuelo en lugar de la construcción o el suelo.

Más aún, incluso la existencia de cierto tipo de construcciones pone en cuestión la concepción clásica de la superficie. Muchas veces las construcciones no son más que artefactos que pueden armarse y desarmarse, tal cual sucede con los *legos* y juguetes similares. La circunstancia de que este tipo de construcciones poco tradicionales pero cada vez más comunes sí se puedan retirar sin destruirse determinaría que no se consideren partes integrantes del inmueble e incluso no se las considere como construcciones sino como bienes muebles que circunstancialmente se encuentran en el predio. Ello en razón de que la integración de los bienes se juzga desde un punto de vista fáctico y tecnológico<sup>225</sup>.

Según la definición clásica, no podría extenderse a ellas la propiedad del superficiario, por no ser construcciones o partes integrantes en el sentido tradicional del término, lo cual impediría usar el mecanismo de la superficie en esa clase de construcciones. También desde esta perspectiva se fundamenta la necesidad de entender que el objeto de la superficie no se identifica con la construcción sino más bien con el sobresuelo, con independencia de que el superficiario decida hacer uso de él con una construcción tradicional o con una fácilmente desarmable.

---

<sup>225</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 143.

Finalmente, llevada al extremo la definición clásica de la superficie que considera a la construcción como objeto de la propiedad superficiaria, se presentan consecuencias incoherentes con el sistema de derechos reales. Dado un derecho de superficie constituido sobre un predio cualquiera y construida ya la construcción (desde la perspectiva tradicional, propiedad del superficiario); ¿qué sucedería si con el avance de la técnica se separase físicamente la construcción del terreno y se desplazara dicha construcción más allá de los límites del predio<sup>226</sup>? ¿Permanecería la propiedad superficiaria sobre la construcción con independencia de su ubicación geográfica?

La respuesta desde la perspectiva tradicional tendría que ser afirmativa, la construcción ya separada físicamente debería mantenerse bajo la titularidad del superficiario y con su naturaleza de propiedad predial, porque el superficiario seguiría teniendo la propiedad – separada– sobre la construcción. La norma no hace la precisión de que la construcción una vez edificada tenga que permanecer en el perímetro del predio. Sin embargo, esta perspectiva tendría como resultado que donde quiera que se establezca dicha construcción, aún si fuera sobre un terreno de propiedad ajena, aún si éste se descompusiera en partes, la propiedad del superficiario se mantendría.

Ello sería un despropósito, puesto que la separación de propiedades es solamente una excepción a la regla general de la accesión y no podría establecerse de facto, sin un título previo mediante la colocación de la construcción en cualquier terreno. Una respuesta más eficiente en concordancia con el objeto del derecho de superficie propuesto en este texto optaría por afirmar que con la separación física de la construcción en virtud del avance de la tecnología, no ocurre nada con el predio, pues, al ser este último un poliedro compuesto por el

---

<sup>226</sup> Como señalado anteriormente, más que un supuesto de laboratorio, el desplazamiento de edificios es una práctica actualmente y desde hace muchas décadas perfectamente posible. El más emblemático entre los casos de los que tuvimos noticia en nuestra investigación es el del “Levantamiento de Chicago” en el que se levantó y/o desplazó la totalidad de los edificios del centro de Chicago, Illinois en la segunda mitad del siglo XIX por la necesidad de establecer un sistema de alcantarillado más adecuado para la ciudad (PRIETO, Nuria. *El levantamiento de Chicago*. En: <http://tectonicablog.com/?p=47653>. Consultado el 10-10-2013).

suelo, el sobresuelo y el subsuelo, el movimiento de otros bienes (muebles) al interior del predio no le hacen perder su naturaleza. En todos los casos el derecho de superficie permanecería en el sobresuelo.

En última instancia, la construcción sería un bien mueble más, que circunstancialmente se une a un predio y solo cuando está unido se le considera parte integrante del predio. Pero de otro modo bien puede separarse y transportarse como y bajo las reglas de todos los bienes muebles, sin que dicho movimiento repercuta en los derechos de propiedad predial sobre los inmuebles en los que la construcción-mueble se pueda encontrar circunstancialmente.

#### 4.1.4. Definición del sobresuelo

Delimitemos, pues, de manera más exacta este concepto al que vamos a tomar como el punto de referencia (único) del derecho de superficie: el sobresuelo. Descartado está que este concepto se identifique (solamente) con el de construcción o edificación, puesto que la lectura concordada con la distinción entre los componentes del predio (artículo 885 inciso 1 del Código Civil) y la posibilidad de separación de propiedades (artículo 955 del Código Civil) pone en relieve la importancia del sobresuelo. Es clara la importancia del sobresuelo cuando en el estado de cosas se encuentra constituido el derecho de superficie pero aún no existe la construcción, pues en ese momento el objeto del derecho es propiamente el espacio que se encuentra por encima de la faz del suelo (*super facies*).

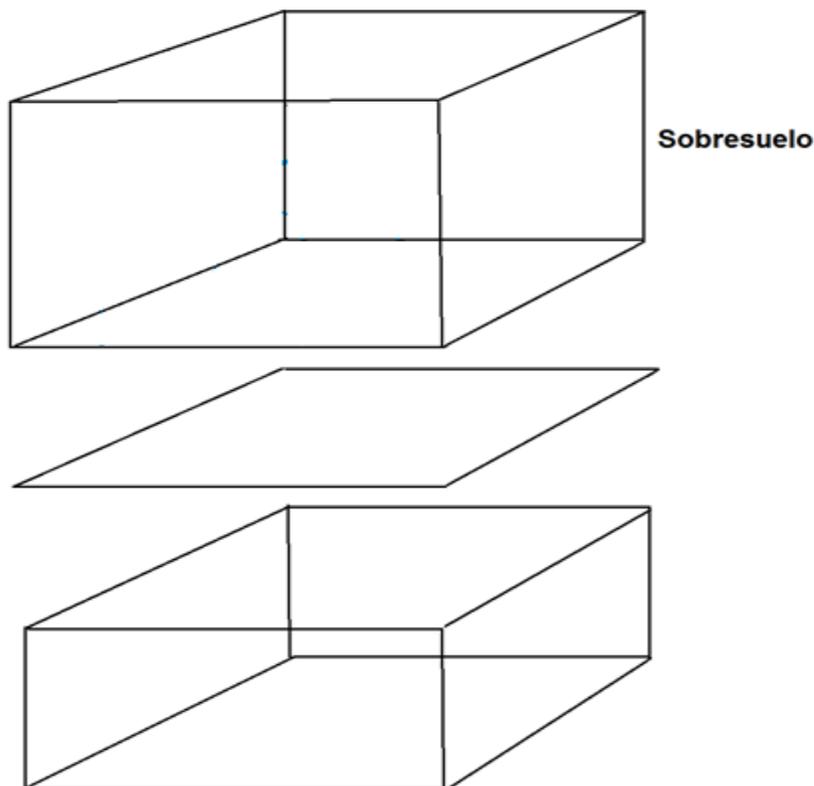
Entonces, resulta de mayor interés el momento en que la construcción ya ha sido realizada y en teoría concurren espacio y construcción. En esa situación, ¿cuál es la relación entre la construcción y el espacio que conforma el sobresuelo? ¿Reemplaza la construcción al sobresuelo como objeto del derecho de superficie? ¿Son objetos independientes de derechos, a su vez, independientes? ¿Son dos elementos de un mismo objeto? A continuación seguiremos la línea de razonamiento necesaria para establecer cuál es el contenido del objeto

de la superficie coherente con los planteamientos que hemos hecho hasta el momento. A tal efecto, iremos descartando otras posibilidades de definición del sobresuelo hasta encontrar la que consideremos que satisface de mejor manera el funcionamiento real del concepto.

#### 4.1.4.1. Sobresuelo como espacio

Hemos resaltado anteriormente la importancia del espacio como componente del sobresuelo, lo que permite sustentar su consideración como bien independiente. Sin embargo, la trascendencia del espacio como sustento de las actividades humanas no debería tener como consecuencia que se considere *solamente* al espacio existente en el sobresuelo como el objeto de la superficie aún cuando exista la construcción. Graficaríamos lo dicho de la siguiente manera:

Figura IV.1



En otras palabras, en la línea de los conceptos previos de esta investigación es innegable que aún con una construcción, las personas encuentran la utilidad final de los predios no en la misma materialidad de las paredes o columnas, sino en la posibilidad de aprovechar el espacio del vestíbulo en el primer piso, la habitación en el segundo piso o el depósito en el desván del edificio.

Sin embargo, mal haríamos al definir el sobresuelo únicamente en función a esta consideración, incluyendo como su contenido solamente al espacio aprovechable y no a la construcción. Si el sobresuelo fuera solamente espacio, surgiría la pregunta de ¿a quién pertenece la construcción? El sobresuelo se encontraría en propiedad separada del superficiario, mas la construcción al no ser objeto de la superficie tendría que mantenerse en la propiedad del dueño del suelo.

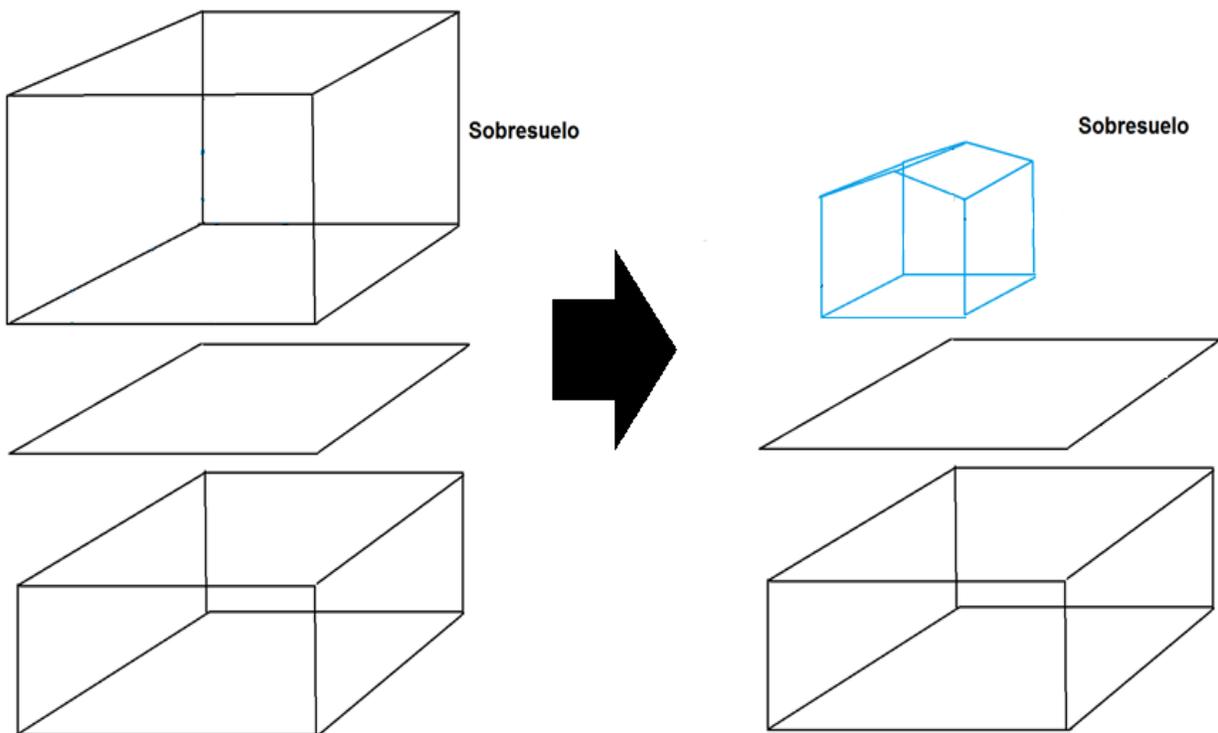
Así, si el sobresuelo fuera solamente el espacio aprovechable por encima del suelo, se llegaría al resultado improductivo de que el superficiario sería dueño del espacio pero no de la construcción. El dueño de la construcción seguiría siendo el propietario del suelo y podría oponerse a la utilización de ésta o exigir una contraprestación por ello. Por ello, consideramos que la construcción debe estar de algún modo en la definición del sobresuelo. Veamos de qué manera.

#### 4.1.4.2. Sobresuelo como espacio que va siendo reemplazado por la construcción

El objeto de la superficie (el sobresuelo) tendría que involucrar, entonces, tanto al espacio presente en él como al elemento material constituido por la construcción. Es así que una hipótesis para definir el sobresuelo es considerar que el sobresuelo como espacio es el objeto de la superficie mientras no se ha realizado la construcción, pero una vez ésta se realice, el

objeto de la superficie pasa a ser la construcción. Graficaríamos lo dicho de la siguiente manera:

**Figura IV.2**



En otras palabras, el objeto sería, en un primer momento, el sobresuelo como espacio y luego se transformaría y pasaría a ser el sobresuelo como construcción material. Nótese que ésta es una interpretación diferente a la de la doble naturaleza del derecho de superficie, puesto que en modo alguno implica la existencia de un derecho sobre el suelo ajeno. El objeto de la superficie sigue siendo solamente el sobresuelo, el mismo que inicialmente está constituido por el espacio, que es sustituido progresivamente por la construcción. A medida que la edificación va tomando existencia también va habiendo una mutación del objeto de la superficie, pasando del espacio existente sobre el suelo a la construcción que finalmente permanecerá en el predio.

La virtud de este planteamiento es que refleja la importancia que paulatinamente va ganando la construcción en la explotación de las utilidades de un predio en el contexto de un

derecho de superficie. Esto a la vez que permite mantener la existencia del derecho de superficie sobre el espacio en el momento en que la construcción aún no ha sido terminada. No obstante, el planteamiento acusa algunas dificultades.

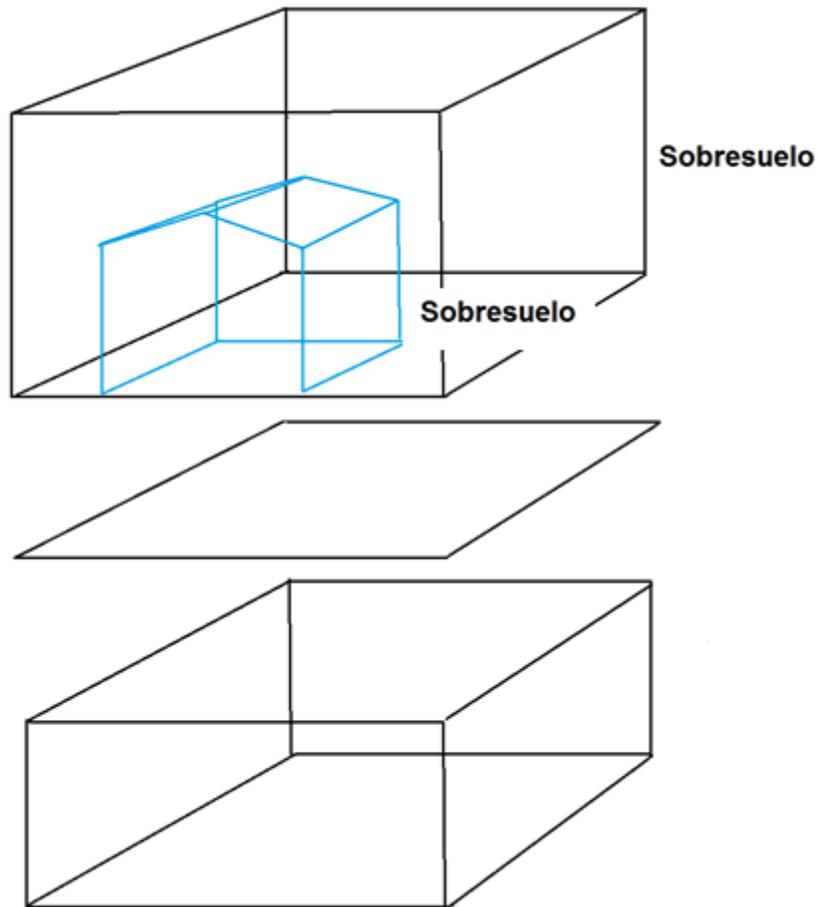
La necesidad de recurrir a un esquema conceptual complejo como la transformación del objeto de la superficie le quita utilidad en un planteamiento que justamente pretende responder de manera más sencilla que con la definición clásica del derecho de superficie. Asimismo, esta hipótesis desconoce que también cuando la construcción ha sido terminada permanece el interés de los sujetos por el aprovechamiento del espacio, lo que solamente se ve facilitado por la construcción.

La construcción, aún cuando ésta esté terminada, no es el fin en sí mismo para los sujetos beneficiarios. A ellos la construcción les es útil porque les permite aprovechar mejor el espacio. Por tanto, en este segundo momento, también existe esa confluencia de intereses directos e indirectos que esta fórmula no llega a reflejar.

#### 4.1.4.3. Doble objeto en el sobresuelo

Hemos descartado la hipótesis de que se produzca una transformación en el contenido del sobresuelo a medida que se construye la edificación. Esto porque aún culminada ésta, el elemento espacial no podría dejar de ser parte del objeto de derecho porque aún se mantiene el interés sobre el espacio cuando existe la construcción. Como consecuencia, parece lógico decir que cuando ya se terminaron las obras, el sobresuelo está compuesto por dos objetos concurrentes, espacio y construcción. Graficaríamos lo dicho de la siguiente manera:

Gráfico IV.3



Siempre refiriéndonos a la fase del derecho de superficie en que la construcción ya ha sido culminada, se presentaría la situación de que concurren dos objetos distintos del derecho, lo que por el principio de especialidad de los derechos reales determinaría que existan dos derechos reales<sup>227</sup>. Esto debido a que para el ejercicio de los atributos que un derecho real confiere (persecutoriedad y preferencia-oponibilidad) es necesaria la identificación del objeto como centro del interés patrimonial<sup>228</sup>. A ello se refiere el principio de especialidad, que en este

<sup>227</sup> MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Ed. (Traducción propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 6-7.

<sup>228</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, pp. 140-141.

caso específico determinaría que el espacio y la construcción se consideren dos bienes distintos.

Sigue siendo en este caso diferente el planteamiento al de la definición clásica, puesto que ninguno de los dos objetos se identifica con el suelo. Ambos –el espacio y la construcción– implican necesariamente una característica de separación del suelo. Sin embargo, en este caso ya no habría una propiedad superficiaria única, sino dos: una respecto al espacio, otra respecto a la construcción. Tendrían que concurrir como objetos del derecho ambos elementos.

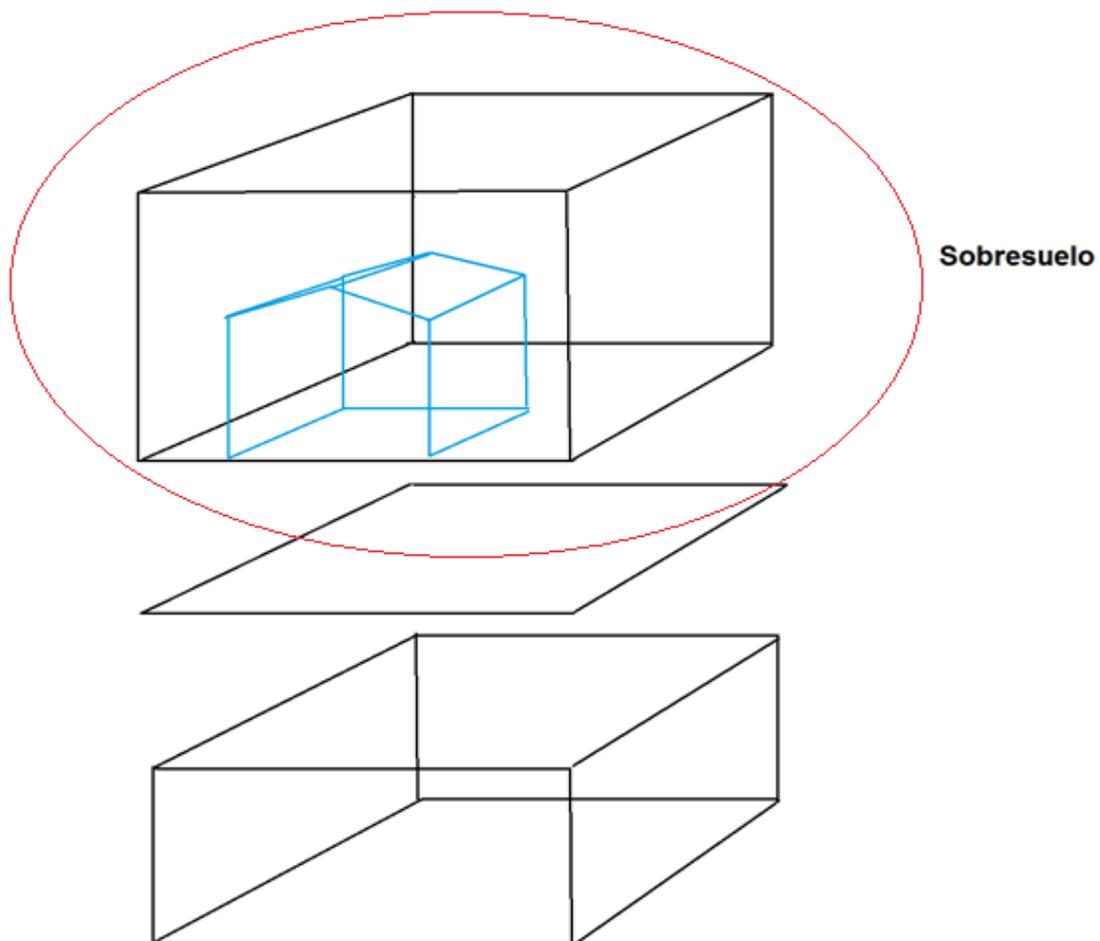
No obstante, una dicotomía así presenta también algunos inconvenientes conceptuales y prácticos. Aceptar que en esta fase del derecho de superficie existan dos objetos determinaría que también existan dos derechos como ya hemos señalado. Ello tendría el inconveniente de que todos los actos y contratos relacionados al derecho de superficie tendrían que hacerse por partida doble, teniendo con ello una complicación interpretativa similar a la de la definición clásica. Al transferirse o gravarse tendría que hacerse tanto respecto a la propiedad superficiaria sobre el espacio como respecto a la propiedad superficiaria sobre la construcción.

Más aún, el hecho de que constituyan objetos de derecho independientes podría dar lugar a que éstos puedan ser transferidos o gravados de manera independiente, lo que constituiría un despropósito ya que distintos titulares sobre la construcción y el espacio existente en el sobresuelo haría imposible la explotación eficiente por parte de cualquiera de ellos. Del mismo modo, la constitución de una hipoteca solamente sobre la propiedad superficiaria de la construcción no tendría valor económico alguno si es que el acreedor hipotecario no va a poder hacer poner en remate el espacio existente en las inmediaciones de la construcción. Incluso si se considerara que son elementos inescindibles, de todos modos se encontrarían repercusiones para efectos tributarios, procesales, etc. Lo cierto es que ambos elementos no pueden ser separados al momento de definir el sobresuelo.

#### 4.1.4.4. Sobresuelo como compuesto de espacio y construcción

Recogiendo el razonamiento hecho en esta sección, lo que consideramos que debe ser el objeto del derecho de superficie es un único elemento, el sobresuelo que incluye en su definición tanto el espacio existente por encima de la superficie del suelo como el elemento material constituido por la construcción. Aunque la definición de este objeto parece no diferenciarse en gran medida de las hipótesis anteriores, lo que debe resaltarse es que ambos elementos, el espacial y el material, no constituyen objetos diferentes sino uno solo: el sobresuelo. Graficaríamos lo dicho de la siguiente manera:

Figura IV.4



En esta formulación no estamos proponiendo algo que resulte ajeno a la composición general de los predios según lo aceptado en la opinión general. Un predio cualquiera en el que no existe un derecho de superficie tiene entre sus componentes el espacio existente por encima del suelo según el artículo 954 del Código Civil y, a la vez, la construcción que se encuentra unida al suelo como su parte integrante. La diferencia entre estos elementos del predio no determina que estemos ante diferentes objetos de derechos. Son uno solo, el predio.

Siendo así, lo mismo cabría decir respecto del objeto de la superficie: la existencia de dos elementos no determina que estemos ante diferentes objetos de derechos. Son solo uno, el sobresuelo. Ambos son elementos integrantes del sobresuelo, mas también ambos se encuentran jurídicamente separados del suelo en virtud del derecho de superficie. De este modo, el objeto del derecho de superficie sería uno solo: el sobresuelo que incluye en su contenido al espacio existente sobre el suelo y a toda construcción en tanto se encuentre unida al suelo<sup>229</sup>. Todo ello en propiedad separada de lo que es de titularidad del dueño del suelo.

Bien visto, el sobresuelo como punto de referencia de la superficie no tiene mayor diferencia con el concepto de predio. Está compuesto de elementos materiales como es el caso de las zonas del predio que están construidas y elementos espaciales que viene a ser todo el espacio útil existente en el predio. La única diferencia entre un predio común y corriente y un predio en el que existe un derecho de superficie es la separación. En este último, la propiedad del sobresuelo se encuentra temporalmente independizada de la propiedad del suelo. Éste es, pues, el efecto típico de la superficie: la separación.

En virtud del derecho de superficie se hace una excepción a la regla de que no pueden existir derechos singulares sobre partes integrantes. El subsuelo, el suelo y el sobresuelo son partes integrantes del compuesto que forman los tres, pero esta regla general se rompe cuando

---

<sup>229</sup> No así el caso en que, según lo graficado anteriormente, la construcción se encuentre físicamente separada del suelo, en tanto que la propiedad superficiaria se extiende a la construcción solamente mientras se encuentra en el ámbito del sobresuelo, es decir, dentro de la extensión vertical de los perímetros del suelo. Una construcción separada del suelo y trasladada a otro emplazamiento recibiría el mismo tratamiento que cualquier bien mueble.

la finalidad de la integración predial no se presenta en el caso. Cuando las partes de un bien sí pueden tener un aprovechamiento independiente de sus componentes, se enerva la finalidad de la integración predial y lo razonable resulta permitir la existencia de derechos singulares sobre partes que, en principio, forman parte de un mismo bien. Este último aspecto será ampliado al formular nuestra propia definición.

#### 4.2. **2do. Elemento: Derecho de superficie en sentido estricto**

Hasta este punto, hemos abordado solamente el primer elemento de la denominada doble naturaleza del derecho de superficie: el elemento que tiene que ver con la propiedad superficiaria. Si bien este análisis nos ha permitido perfilar de manera precisa el objeto del derecho de superficie, en dicho elemento no se encuentra la mayor diferencia con el planteamiento de que la superficie sea una mera modalidad de la propiedad, puesto que al fin y al cabo dicho elemento hace referencia también a un derecho de propiedad.

Donde existe sí una clara diferenciación entre el derecho de superficie desde su concepción tradicional y el derecho real de propiedad (que es la figura a la que planteamos reconducir la superficie) es en el segundo elemento: el de ser un derecho sobre suelo ajeno.

Entonces, establecido ya en la anterior sección que el objeto único del derecho de superficie es el sobresuelo, el mismo que incluye tanto el espacio existente por encima del suelo como la construcción en tanto se encuentre físicamente unida al suelo, es necesario pasar a analizar cuál es la relación de dicho sobresuelo con el suelo. Esto en razón de que justamente la relación entre estos dos elementos o componentes del predio, es el que fundamenta en opinión de algunos autores la existencia de un derecho real limitado de titularidad del superficiario sobre el suelo ajeno<sup>230</sup>.

---

<sup>230</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 11.

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

#### 4.2.1. Derecho de construir

Como ha quedado dicho, de acuerdo a la definición tradicional del derecho de superficie se hace la dicotomía entre la propiedad superficiaria y el derecho de construir sobre suelo ajeno. Y hemos explicado ya que la doctrina fundamenta la definición tradicional básicamente en que el superficiario debe tener

- (i) un derecho sobre el suelo que le permita *construir* en el mismo y hacerse propietario de lo construido, así como
- (ii) un derecho para que esa construcción que es de su propiedad pueda recaer físicamente, es decir, *apoyarse* en el suelo<sup>231</sup>.

En esta primera sección vamos a ocuparnos del primero de los fundamentos: el derecho de construir en suelo ajeno.

Primeramente, resulta de mayor claridad para sustentar nuestro planteamiento el caso de la constitución de un derecho de superficie sobre un predio en el que ya existe construida una edificación. La doctrina considera que es perfectamente posible constituir un derecho de superficie sobre un predio con estas características<sup>232</sup>.

<sup>231</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de bienes. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1977. P. 207.

<sup>232</sup> GLASER, Hugo. *Das Erbbaurecht in der Praxis*. 2da Edición. (Traducción Propia) Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe. 1975, pp. 21-22; ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 201.

La consecuencia de dicha operación es que el superficiario pasa a ser de manera inmediata propietario de una construcción omitiéndose la fase de construcción en el proyecto. Se señala que una situación semejante se puede presentar en los casos en que el propietario transfiera la construcción existente en el predio y se reserve la propiedad del suelo o en los que transfiera la construcción a una persona y el suelo a una diferente<sup>233</sup>.

En estos casos ya no tendría mayor importancia el derecho sobre el suelo ajeno, porque ya existe un edificio presente y se debería hacer énfasis, más bien, en la traslación de la propiedad superficiaria sobre la construcción a favor del beneficiario del derecho. La misma doctrina tradicional acepta que en dichos casos lo que se produce es una adquisición derivativa del derecho de propiedad, en contraposición a la regla general de que el derecho del superficiario es originariamente constituido en el momento en que se celebra el contrato de superficie<sup>234</sup> (sin embargo, nuestra opinión, como detallaremos más adelante, es que tal adquisición derivativa se produce en todos los casos y no solamente en el que la construcción ya es existente).

En cualquier caso, es el derecho de propiedad el elemento fundamental en un derecho de superficie constituido de esta manera. En este caso no sería necesario un derecho que permita construir<sup>235</sup>, puesto que lo que le interesaría al superficiario sería hacer uso de la edificación adquirida, bajo el título de propietario de la misma.

Veamos, por otro lado, el caso de un derecho de superficie constituido sobre un predio en el que aún no se ha construido ninguna edificación. En esas circunstancias parece justificarse más la existencia de un *derecho real sobre bien ajeno* justamente por la prerrogativa del superficiario de construir sobre el suelo. Se afirma inclusive en esa línea que la adquisición posterior a la construcción de la edificación en propiedad superficiaria es una adquisición a

<sup>233</sup> MURO ROJO, Manuel. *Comentario al artículo 1031 del Código Civil*. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 713).

<sup>234</sup> MURO ROJO, Manuel. *Comentario al artículo 1031 del Código Civil*. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, p. 713).

<sup>235</sup> Salvo en el supuesto en que esta construcción se destruya o sea demolida.

título originario, puesto que el superficiario adquiere lo que él mismo construyó con su propio trabajo<sup>236</sup>. En este caso, según la doctrina tradicional no habría una adquisición de propiedad directa, sino, en primer lugar, un derecho a construir sobre terreno ajeno y recién luego la mencionada adquisición.

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

El momento más importante donde se haría patente este derecho es el inmediatamente posterior a que se constituya el derecho de superficie sobre el predio, aunque también el concepto sería aplicable en los casos en que la construcción sea destruida por causas externas o demolida por voluntad del propio superficiario. Desde ese momento hasta que exista una construcción, no podría decirse que hay propiedad superficiaria, porque faltaría el objeto sobre el cual ésta recae; pero sí podría afirmarse que hay un derecho a construir en terreno ajeno, consecuentemente, hay un derecho de superficie.

Como se señaló anteriormente esta interpretación es, de alguna manera, recogida en el artículo 1033 de nuestro Código Civil que establece que el derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido, de modo que aún en ese caso existe un derecho real, a pesar de no existir una *propiedad sobre la construcción*.

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

---

<sup>236</sup> Ferrara citado por MACHADO CARPENTER, J. *Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie*. En: Estudios de Derecho Privado, vol. I. Ed. Revista de Derecho Privado. Madrid, 1962, p. 499. Citado por: ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998, p. 261.

Dentro de la definición del concepto de predio, hemos dicho que la construcción es un elemento meramente contingente, porque el predio y sus componentes siguen siendo tales con independencia de que exista o no una construcción. Más bien, la composición principal de un predio está dada por el subsuelo, el suelo y sobresuelo, elementos que sí se presentan de manera invariable en un predio (vid. *supra* 2.7.5).

En esa línea, el derecho de superficie debe tener como efecto la separación, no de la construcción respecto del suelo, sino la separación de los elementos mencionados (separación que debe considerarse en términos jurídicos y abstractos, en función a la explotación económica separada y no a la posibilidad física de disgregación). De este modo, el caso particular analizado en el anterior párrafo de un derecho de superficie sobre un terreno sin construcción no tiene ya que verse como un supuesto en el que el derecho del superficiario no tiene una edificación sobre la cual recaer y por eso debe recaer sobre el suelo ajeno. Dicha situación debe verse, más bien, como una en la que el derecho del superficiario es un derecho de propiedad sobre el sobresuelo, siendo dicho sobresuelo no un bien con existencia futura, sino un bien con existencia y posibilidad de explotación presente.

En ese contexto, el *derecho a construir* en el predio sobre el cual se constituyó el derecho de superficie no es más que la propia expresión del derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo y/o el subsuelo. El derecho a construir no lo ejerce el superficiario respecto del suelo. Lo ejerce respecto del sobresuelo, pues ahí se ubica físicamente la construcción. La propia observación de los hechos muestra que la ubicación física de una construcción es siempre el sobresuelo; nada puede ubicarse físicamente en el suelo, por más bajo que sea el edificio en mención. El derecho de propiedad del sobresuelo tiene como contenido la facultad de construir en dicho sobresuelo. Es el atributo del propietario conocido como *ius aedificandi*.

El derecho de edificar, desarrollado con más profundidad en el campo del derecho urbanístico que en el campo del derecho civil, tiene su fundamento original en el propio derecho

de propiedad y los poderes inherentes que componen este derecho subjetivo<sup>237</sup>. Uno puede edificar porque uno es propietario. Si puedo edificar utilizando el espacio del sobresuelo, es porque soy propietario del sobresuelo y no de otra cosa. De manera más precisa, se diferencia en el derecho de propiedad dos aspectos: el poder de disposición y el contenido del derecho de propiedad en sí mismo.

El poder de disposición en el derecho de propiedad no es uno característico debido a que la posibilidad de disponer es propia de la titularidad de cualquier derecho, ya sea este real u obligacional, de propiedad o de uso<sup>238</sup>. Por otra parte, el contenido particular del derecho de propiedad es al que algunos autores denominan la facultad de goce. Ésta no constituye una facultad determinada de manera precisa, puesto que la plasticidad del derecho de propiedad y de los bienes sobre los cuales puede recaer determina que la facultad de goce sea un complejo de facultades que en conjunto componen el derecho de subjetivo<sup>239</sup>.

En ese sentido, es posible afirmar que la posibilidad que tiene el propietario de *construir* en el bien suyo es una “concreta encarnación de la facultad de goce”<sup>240</sup>. Más aún, la facultad de construir comporta tanta trascendencia que se llega a considerar “el primero y más importante de los contenidos potenciales del derecho de propiedad”<sup>241 242</sup>

En esa línea, es interesante resaltar en la línea de lo señalado que en el derecho de superficie no existe una obligación del superficiario de construir porque justamente se trata de un derecho. La posibilidad de construir es, más bien, una situación jurídica de ventaja para el propietario<sup>243</sup>. En esa línea, señala Jürgen Ingenstau que “(...) no existe para el superficiario

<sup>237</sup> MACEDO LOPEZ, Oscar. *Derecho urbanístico*. Lima: Molsan, 1997, p. 154.

<sup>238</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002, pp. 233-241.

<sup>239</sup> CARCELLER FERNANDEZ, Antonio. *El derecho y la obligación de edificar*. Madrid: Montecorvo, 1965, p. 93.

<sup>240</sup> CARCELLER FERNANDEZ, Antonio. *El derecho y la obligación de edificar*. Madrid: Montecorvo, 1965, p. 94.

<sup>241</sup> FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Manual de derecho urbanístico*. 3er. Ed. Madrid, 1982, p. 23 y ss. Citado por: CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho urbanístico*. Lima: Grijley, 2007, p. 783.

<sup>242</sup> Aunque naturalmente, por razones de interés público, la legislación urbanística entra a regular esta atribución de los dueños del patrimonio predial al punto de configurar de manera muy estricta la posibilidad de construir sobre el predio propio (CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho urbanístico*. Lima: Grijley, 2007, p. 781).

<sup>243</sup> GLASER, Hugo. *Das Erbbaurecht in der Praxis*. 2da Edición. (Traducción Propia) Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe. 1975, p. 22.

una obligación de edificar una construcción sobre o bajo el predio, como se desprende de la designación *derecho* de superficie. Una obligación así puede, sin embargo, fundamentarse en el arreglo contractual entre el constituyente y el adquirente del derecho de superficie (...)”<sup>244</sup>.

En ese sentido, ya hablando sobre la doble naturaleza del derecho de superficie, consideramos que no es necesario recurrir a un elemento adicional (derecho de superficie en sentido estricto) como contenido de la superficie para fundamentar este derecho. La posibilidad de construir es un atributo propio del propietario del sobresuelo como expresión directa de su facultad de goce sobre el sobresuelo.

De ahí que consideremos innecesaria la existencia de un derecho a construir en terreno ajeno como parte fundamental del contenido de la superficie. Ese derecho a construir, el *ius aedificandi*, es uno propio de cualquier titular de una propiedad predial, ya viene implícito en el derecho de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo: aunque se destruya lo edificado, el superficiario puede construir en el sobresuelo por la simple razón de que tiene la propiedad sobre el sobresuelo. Queda pendiente, es cierto, la cuestión de que la construcción y/o el sobresuelo se encuentran por encima o se apoyan físicamente en el suelo. Eso es lo que vamos a pasar a analizar a continuación.

#### 4.2.2. Derecho de apoyarse

Una consideración conceptualmente diferente que podría fundamentar la necesidad de que el titular de un derecho de superficie no tenga solamente un derecho de propiedad sobre el sobresuelo, sino necesariamente un derecho real sobre el suelo ajeno, es la circunstancia de que el sobresuelo y la eventual construcción se encuentren, desde un punto de vista espacial,

---

<sup>244</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 11.

superpuestos y *apoyándose* en el suelo sobre el cual se constituyó el derecho de superficie<sup>245</sup>. Al apoyarse en el suelo, el superficiario estaría *usándolo*, actividad para la que sería necesario tener un poder sobre dicho objeto. Éste poder sería el otorgado por el derecho de superficie, originando con ello un elemento adicional en la estructura de este derecho<sup>246</sup>.

En primer lugar, el apoyo físico que existe del sobresuelo en el suelo al que se refiere el sector de la doctrina en comentario resulta en sí mismo cuestionable. Esto especialmente en el caso de un derecho de superficie constituido sobre y bajo la superficie del terreno. En una situación así, el apoyo o el fundamento físico que tiene el sobresuelo y la eventual construcción no es el mismo suelo.

Como hemos dicho, el suelo es materialmente inexistente y, en todo caso, incapaz de sostener físicamente una construcción (vid. *supra* 2.7.5). Parece como si las referencias doctrinarias sobre aspectos físicos se hubieran hecho desde el análisis ligero que es entendible en un estudio del Derecho que trata temas arquitectónicos. Pero lo cierto es que cuando existe una construcción, es el subsuelo y no el suelo el que sostiene el peso de la construcción y es en él que se instalan las columnas, zapatas, vigas y demás instalaciones estructurales.

Siendo así, si es el superficiario también propietario del subsuelo, resulta muy discutible el mencionado apoyo del sobresuelo o de la construcción en el suelo. Más allá de la dificultad que ello representa, en materia de predios las instituciones deben tener un sustento por lo menos mínimo en la realidad material<sup>247</sup>.

De ahí que en una consideración como ésta no es posible sustentar la necesidad de que exista un derecho sobre bien ajeno en la estructura del derecho de superficie. La construcción no se apoya en el suelo, se apoya en el subsuelo. Por lo demás, más claro aún para descartar la posición mayoritaria, sería el caso en que el propietario del predio diera en

<sup>245</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de bienes. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1977. P. 207.

<sup>246</sup> ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Tomo III. Derecho de bienes. Vol. II. Barcelona: Bosch, 1977. P. 207.

<sup>247</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 147.

superficie el subsuelo y mantuviera la propiedad del sobresuelo y del suelo. En ese caso, por estar el suelo por encima del subsuelo, sería paradójico que el propietario original debiera tener un derecho diferente a la propiedad que le permitiera apoyarse en el subsuelo del superficiario. No se sostiene desde nuestro punto de vista un derecho real fundado en el supuesto apoyo físico de los elementos del predio.

No obstante, veamos qué ocurriría con la fundamentación de la definición clásica si fuera el caso que la superficie hubiera sido constituida solamente sobre el sobresuelo y el subsuelo permaneciera en propiedad del concedente. Siguiendo el razonamiento planteado, en este caso, la construcción sí se encontraría apoyada en el subsuelo, que no es de propiedad del superficiario. Al respecto, somos de la opinión que la mencionada superposición entre el sobresuelo de propiedad del superficiario y el suelo y subsuelo de propiedad del concedente de la superficie debe entenderse como un dato fáctico que no debería tener necesaria incidencia en las situaciones jurídicas de los involucrados.

Desde el punto de vista jurídico, el apoyo físico de un bien sobre otro no tiene por qué en todos los casos generar la necesidad de establecer un derecho real del titular, en este caso, del sobresuelo sobre el suelo. Las relaciones jurídicas solamente se establecen cuando ellas se justifican según los intereses de los sujetos. Nos explicamos.

No se puede negar que las relaciones jurídicas se entablan cuando se contraponen una pluralidad de intereses de individuos diferentes, de modo que, mediante la preponderancia reconocida legalmente de un interés sobre el otro se resuelven los conflictos que se podrían generar entre las personas. Así funciona el Derecho en su función de evitar y solucionar conflictos. El Derecho sopesa los intereses propios de los individuos que viven en sociedad y cuando los considera dignos de reconocimiento, o de preponderancia sobre intereses menos valiosos, confiere al titular del interés una esfera de señorío, es decir, la posibilidad de

satisfacer su interés sin interrupción ajena. El instrumento que se utiliza para ello es el *derecho subjetivo*<sup>248</sup>.

En ese sentido, si lo que motiva la creación de derechos subjetivos es la polarización de las necesidades de los individuos, situación contraria a la finalidad de convivencia social ordenada que tiene el Derecho<sup>249</sup>, entonces la creación de derechos subjetivos (reales) entre el dueño del sobresuelo y el dueño del suelo tendría que sustentarse en una polarización real de necesidades entre ambos sujetos. Veamos si es éste el caso.

Por un lado, nuevamente, en el caso de que el derecho de superficie fuera constituido sobre y bajo la superficie del suelo, la contraposición de intereses aludida en el párrafo anterior no se presentaría. La falta de materialidad del suelo, tomado individualmente, daría lugar a que el dueño del suelo no tenga ninguna necesidad de utilizar un bien que es imposible de ser utilizado. El suelo en sí mismo, sin atravesar el sobresuelo o el subsuelo no es económicamente relevante. De tal modo, el único con un interés relevante sobre la utilización del predio sería al fin y al cabo el superficiario, y no sería necesario un derecho de éste sobre el suelo ajeno.

Distinto es el caso en que el concedente se reserve el derecho de propiedad sobre el suelo y el subsuelo y solo conceda en superficie el sobresuelo al superficiario. En este caso efectivamente hay una superposición de propiedades, pero lo importante es determinar si ello amerita la existencia de relaciones jurídicas reales entre los propietarios de los dos bienes.

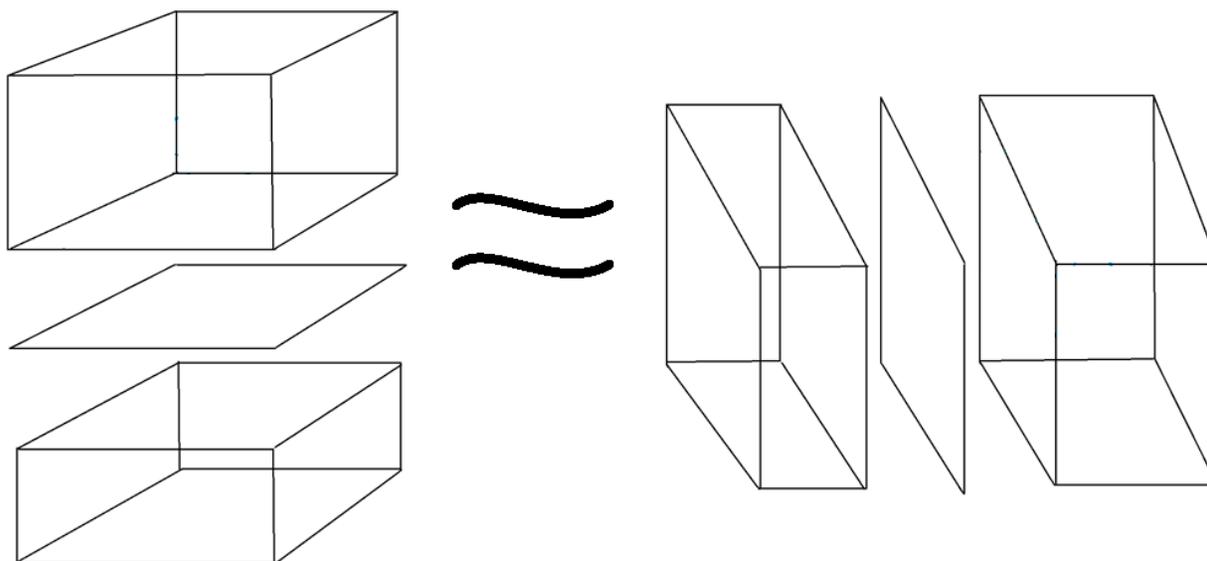
Desde nuestra perspectiva, el hecho de que un bien esté superpuesto físicamente con el otro tiene tanta relevancia como el hecho de que un predio cualquiera se encuentre al costado de otro: ello no genera la necesidad de introducir el concepto de *derecho real sobre bien ajeno* respecto del predio del vecino, (salvo ciertos derechos menores propios de la buena vecindad que tienen naturaleza obligacional).

---

<sup>248</sup> VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998, p 62.

<sup>249</sup> ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002, p. 177.

Figura IV.5



En ello coincidiría una de las teorías rápidamente descartadas por Carlos Cárdenas que hacía referencia a la existencia en la superficie de una limitación legal análoga a la que surge entre dos predios vecinos. En el contexto de una relación de vecindad, sí puede haber la pretensión de alguno de los propietarios de los predios colindantes de que el propietario vecino concurra a la demarcación y cerramiento del predio, que tolere la utilización de paredes medianeras, que solucione los defectos en su construcción que perjudiquen el predio propio, que observe determinadas distancias al realizar obras, que soporte el corte de ramas y raíces que rebasen el límite del predio, que evite emisiones atmosféricas dañosas y similares<sup>250</sup>.

Sin embargo, todas estas situaciones de conflicto de intereses no tienen por qué remediarse con la creación de derechos reales. Por el contrario, la mayoría de ellas se pueden resolver y, en efecto, el Código Civil las resuelve con mecanismos de naturaleza obligacional. Ejemplo de ello es el artículo 1980 del Código Civil en el que se atribuye una obligación resarcitoria al propietario por los daños causados por la caída del edificio de su propiedad,

<sup>250</sup> MANTILLA DE GÓMEZ, Constanza. *Teoría general de las obligaciones de vecindad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1982, pp. 61-75.

siendo que en este caso el criterio de imputación objetivo para atribuir la responsabilidad civil es el mero hecho de ser propietario<sup>251</sup>.

Las relaciones jurídicas que de manera general surgen de la vecindad entre predios son de carácter obligacional y tienen su origen en la ley en base a consideraciones de equidad, de justicia, de necesidad social y de razón, por el necesario mantenimiento de la armónica convivencia vecinal<sup>252</sup>. La doctrina señala al respecto que, cuando mucho, en el caso de las relaciones jurídicas entre propietarios de predios colindantes surgen obligaciones con una naturaleza especial: las denominadas obligaciones semirreales, reales u obligaciones *propter-rem*.

Éstas constituyen deberes tanto negativos como positivos que recaen siempre en el titular de una determinada posición jurídica real<sup>253</sup>. Al transferir la propiedad de un predio, las obligaciones *propter-rem* se traspasan al nuevo propietario de modo que la posición de acreedor y deudor se mantiene siempre entre los propietarios de predios colindantes. La obligación no existe sino en función a la propiedad del predio<sup>254</sup>. Este tipo de obligaciones sería la que se presente en el caso de propietarios de predios colindantes. Sin embargo, a pesar incluso de la especialidad de esta obligación, la doctrina no considera nunca que los propietarios vecinos deban tener derechos reales recíprocos.

En ese sentido, si la ley permite, con disposiciones generales como el artículo 955 del Código Civil y con disposiciones específicas como el derecho de superficie o la propiedad horizontal, una división tanto vertical como horizontal de los predios, consideramos que similares reglas que las que se aplican a la colindancia horizontal deben aplicarse a los predios

---

<sup>251</sup> DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. 6ta. Ed. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999, p. 488.

<sup>252</sup> GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel. *Las relaciones de vecindad*. Barcelona: Nauta, 1967, p. 18.

<sup>253</sup> MANTILLA DE GÓMEZ, Constanza. *Teoría general de las obligaciones de vecindad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1982, pp. 57-58.

<sup>254</sup> PLANIOL, Marcel y Georges Ripert. *Tratado elemental de Derecho Civil*. Trad. De la 12 ed. Francesa por Jose María Cagica. Editorial CAGica. Mexico. Citado por: GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel. *Las relaciones de vecindad*. Barcelona: Nauta, 1967, p. 20.

que colindan de manera vertical. No hay por qué encontrar un *derecho real sobre bien ajeno* cuando lo único que existe entre el propietario superficiario y el propietario del suelo es una relación de vecindad.

Del mismo modo que en una relación de vecindad horizontal, en el caso de la relación de vecindad entre el superficiario como propietario del sobresuelo y el dueño del suelo, pueden sí establecerse determinadas reglas que viabilicen la convivencia entre ambos, por ejemplo en el caso en que el propietario original conserve la propiedad del subsuelo y transfiera la propiedad del sobresuelo, cuando mucho podría establecerse una servidumbre legal de apoyo y/o una servidumbre legal de paso.

Pero consideramos que no se fundamenta la existencia de un derecho real de un titular sobre el bien del otro, que modifique y complejice la estructura del derecho de superficie según la doctrina mayoritaria. Discrepamos en ello con Carlos Cárdenas quien al determinar la naturaleza de la superficie descartaba que pueda tratarse de un derecho de propiedad anejo a un derecho a usar el suelo o a un derecho de servidumbre.

Por lo demás, creemos que la introducción del segundo elemento del derecho de superficie en su definición clásica responde más que todo a la existencia de una concepción en dos dimensiones de lo que constituye la propiedad predial. En otras palabras, los juristas tenemos en la cabeza un plano en el que se encuentran todos los terrenos dentro de un determinado territorio, cada uno con su propio propietario. Pero cuando sucede que hay dos propietarios sobre el mismo terreno se considera que es necesario un derecho real que permita al superficiario encontrarse superpuesto al propietario original. Son consideraciones también basadas en gran medida en la tradición<sup>255</sup>.

Sin embargo, las consideraciones vertidas en esta sección tienden más bien a reconocer la naturaleza tridimensional de los predios que motiva, entre otras consecuencias,

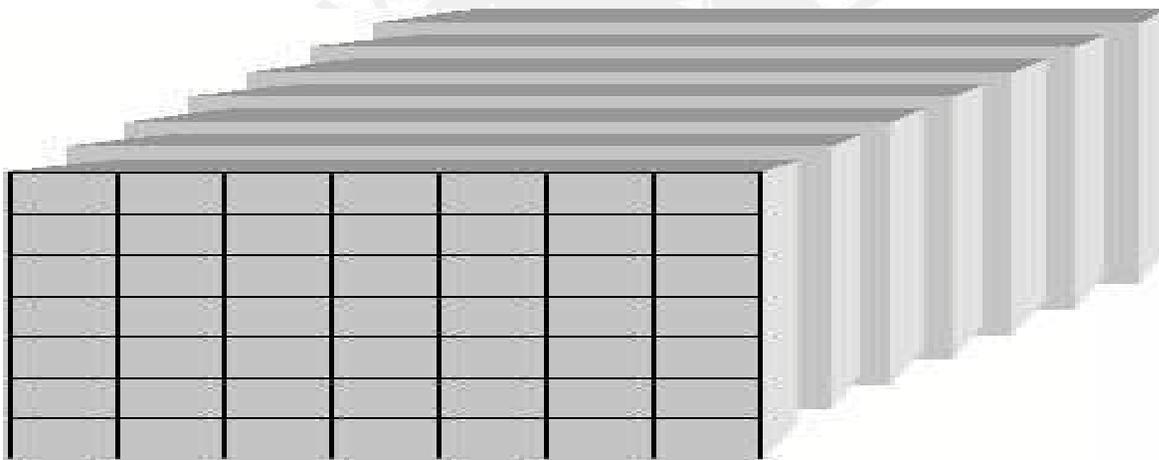
---

<sup>255</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 147.

que empiece a aceptarse la posibilidad de que haya predios superpuestos y considerados independientes desde un punto de vista jurídico.

Viendo esta temática en perspectiva de realidad, el cuerpo constituido por todos los predios de una zona determinada es geoméricamente una suerte de poliedro gigante. Y este poliedro, si bien está dividido por la delimitación perimetral de cada predio, también puede ser objeto de división de manera vertical con instituciones como el derecho de superficie o la propiedad horizontal (vid. Figura IV.6). Al fin y al cabo las delimitaciones del poliedro son solamente hechas desde el punto de visto jurídico.

**Figura IV.6**

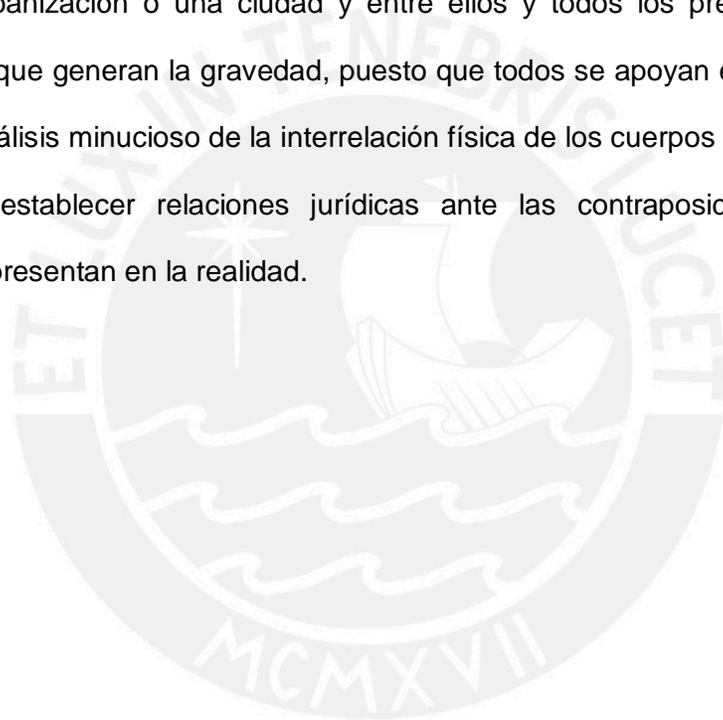


Cuando el catastro tiene la pretensión de reflejar los predios existentes en un determinado ámbito territorial, describiendo sus características físicas y atributos relevantes<sup>256</sup>, en realidad lo que refleja es un cuerpo único que solamente para efectos jurídicos se divide en una serie de predios. Ciertamente es necesario establecer reglas prácticas accesorias a las del derecho material como es propio por ejemplo en el campo registral. Sin embargo, los mismos Registros

<sup>256</sup> PORTILLO FLORES, Angélica María. *El catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión*. Lima: Palestra, 2009, p. 34; GONZALES BARRÓN, Gunther. *Introducción al derecho registral y notarial*. 2da. Ed. Lima: Jurista, 2008, P. 59-60.

Públicos con el tiempo sofisticarán los instrumentos que actualmente han comenzado a utilizar para reflejar la realidad material y la realidad jurídica con las dimensiones que éstas tienen en la realidad.

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



## V. DEFINICIÓN PROPIA

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

Desde nuestro punto de vista, el derecho de superficie se define como *una modalidad del derecho de propiedad que recae sobre el sobresuelo y/o el subsuelo, de forma separada de la propiedad del suelo, por un periodo máximo de 99 años*. De esta definición se desprenden tres características: (i) Género próximo: ser una modalidad de propiedad, (ii) Diferencia específica 1: la separación y (iii) Diferencia específica 2: la temporalidad.

### 5.1. Ser una modalidad de propiedad

La definición clásica que hemos explicado en un comienzo se caracteriza por su gran densidad conceptual, debido a que una categoría como la doble naturaleza jurídica de la superficie es difícil de aprehender al momento de establecer las reglas aplicables al concepto y aplicarlo a la resolución de problemas concretos.

En ese sentido, se señala un tanto irónicamente lo siguiente sobre la dificultad que existe en la doctrina alemana de identificar a la superficie como un derecho o como una cosa:

*"Unidos los dos heterogéneos elementos (cosa y derecho) para formar un ens tertium, se consigue el maravilloso resultado de que el Erbbaurecht [derecho de superficie] no es ni cosa ni derecho propiamente dicho. Por eso parece más adecuado afirmar que, frente al predio, el Erbbaurecht es gravamen, y en lo demás debe ser tratado como finca hipotecaria independiente"<sup>257</sup>.*

<sup>257</sup>GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, p. 105.

La manera en que se suele justificar el hecho de que en Alemania, a pesar de considerarse a la superficie como un derecho real limitado, se le confiera el mismo tratamiento que a cualquier propiedad predial es el recurrir a la existencia de la ficción jurídica de que la construcción es parte integrante del derecho de superficie. Sin embargo, se señala que "la debilidad del razonamiento expuesto yace en que la doble naturaleza del *Erbbaurecht* (verdadero Jano que mira a lados opuestos), por servir para demostrarlo todo, no demuestra con evidencia. Porque (sic), ¿cómo puede un derecho (cosa incorporal) tener partes materiales?"<sup>258</sup>.

Como hemos desarrollado en el anterior capítulo, somos de la opinión que debe preferirse una definición cuando ésta puede responder a los mismos problemas jurídicos con similar eficacia que otras definiciones, sin tener que recurrir a una construcción jurídica innecesariamente compleja. Por ello, contra la naturaleza compuesta del derecho de superficie nosotros proponemos una definición igual de válida, igual de coherente, pero más simple y fácil de entender: el derecho de superficie es un mero derecho de propiedad cuyo objeto es el sobresuelo<sup>259</sup>.

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

---

<sup>258</sup> GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, p. 123.

<sup>259</sup> Una vez más, definición que se aplica al caso de una superficie del sobresuelo, del subsuelo o de ambos en conjunto.

puede realizar modificaciones sustanciales al mismo, puede enajenarlo, gravarlo, e incluso puede destruirlo, sin que con ello se desnaturalice su derecho de superficie.

Un derecho real limitado se conoce con ese nombre porque implica una desmembración de las diferentes facultades o atributos que tiene el propietario, cuyo derecho, como vimos anteriormente, es un derecho absoluto y pleno<sup>260</sup>. Sin embargo, ese no es el caso en el derecho de superficie: mientras que sobre el sobresuelo el superficiario tiene una propiedad plena, no desmembrada; respecto del suelo no existe en absoluto un atributo o facultad que el superficiario pueda ejercer.

La circunstancia de que el derecho de superficie se encuentre regulado en nuestro Código Civil como un título específico dentro de la sección de derechos reales principales y no como un subcapítulo dentro del título referido al derecho de propiedad, consideramos que no tendría que ser un argumento determinante para establecer la naturaleza de este concepto. Lo determinante deberían ser el desenvolvimiento de esta herramienta jurídica en la realidad fáctica y el propio contenido de las normas legales que regulan el derecho. Así sucede con otras instituciones como la posesión.

Si bien según su ubicación sistemática se debería considerar a la posesión como un derecho real principal, es por lo menos discutible su consideración como derecho cuando la propia definición del artículo 896 del Código Civil describe, más bien, el hecho o la actividad de “ejercer los atributos”<sup>261</sup><sup>262</sup>. La delimitación de la figura del derecho de superficie responde en nuestro razonamiento más a una construcción conceptual en función a sus caracteres afines a la propiedad, que a la superficial lectura del artículo del Código Civil y su ubicación.

---

<sup>260</sup> BAUR, Fritz et al. *Sachenrecht*. 18va. Edición. München: C.H. Beck., 2009, p. 307.

<sup>261</sup> Artículo 896.- La posesión es el ejercicio de hecho de uno o más poderes inherentes a la propiedad.

<sup>262</sup> Martin Wolf diferencia por ello los significados que puede tener la posesión en el contexto jurídico: el señorío de hecho sobre una cosa, todo hecho del que el ordenamiento jurídico hace derivar las consecuencias de la posesión y el conjunto de derechos derivados del señorío sobre la cosa (WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Tomo. Derecho de Cosas. Vol. I. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1951, p. 17).

Tampoco faltamos al principio de tipicidad de los derechos reales en este planteamiento de reubicar el concepto del derecho de superficie. Así como no es posible afirmar que existan derechos reales fuera de los tipificados expresamente por la ley, lo propio sería aplicable a la proposición de que la superficie es una modalidad nueva de la propiedad. Sin embargo, como ya hemos señalado, creemos que es la propia naturaleza de este derecho, es decir, su contenido, el que nos lleva a afirmar que nunca debió recibir el tratamiento de un derecho real menor, sino, más bien, desde un comienzo debió haber recibido el tratamiento de una modalidad de la propiedad. No proponemos una creación de una nueva modalidad de la propiedad, sino más bien propugnamos el reconocimiento de una modalidad que ya ha sido así prevista en la norma.

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

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

Esta consideración de realidad, también tiene un indirecto sustento en la doctrina. Así se da a entender cuando se señala al derecho de superficie como un derecho “económicamente similar a la propiedad”, como un “derecho igual a la propiedad” o se habla de la “naturaleza predial del derecho de superficie” o de la existencia de un “predio jurídico” o de

un “fundo jurídico”<sup>263</sup>. El superficiario es un propietario económico del inmueble porque tiene pleno dominio sobre él.

Esta realidad económica es aceptada aún por los autores que hacen su análisis desde un plano puramente dogmático. Aunque ya hemos señalado que la doctrina mayoritaria sostiene la posición de la dicotomía en la naturaleza del derecho de superficie, dicho sector reconoce que “económicamente la propiedad de la construcción figura en el primer plano”<sup>264</sup>. Del mismo modo, se refiere respecto a las potestades que le quedan al concedente del derecho de superficie que

*“[d]el contenido regular de la propiedad del predio queda hasta el final del derecho de superficie solo el aprovechamiento económico mediante la contraprestación pactada (canon superficiario) y el derecho a transferir y gravar el predio, ambos en la práctica limitados por el valor del derecho de superficie, así como los derechos contra el propietario superficiario. El derecho de superficie es por ello la más intensa limitación del derecho de propiedad sobre un predio y es, desde el punto de vista fáctico, económicamente similar a la propiedad. Por ello son válidos (...) también en principio las normas sobre predios”<sup>265</sup>.*

## 5.2. Separación

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

Los componentes de un predio que hemos desmenuzado en anteriores capítulos, es decir, el suelo, el sobresuelo y el subsuelo, en principio son todos partes integrantes del

<sup>263</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 22.

<sup>264</sup> MÜLLER, Jürgen. *Das Untererbaurecht*. (Traducción Propia). Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich Alexander Universität. 1995. p. 2

<sup>265</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 5ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 24.

compuesto de ellos, que es justamente el predio. Los tres elementos constituyen un solo y único bien, el cual, en principio, solamente podrá ser objeto de derechos como conjunto, y no a través de su desmembración en derechos singulares sobre cada parte.

Sin embargo, el derecho de superficie constituye una excepción a la referida regla<sup>266</sup>. Cuando se constituye el derecho de superficie, automáticamente se constituye un derecho singular de propiedad sobre el sobresuelo y/o el subsuelo a favor del propietario superficiario. Por esta razón decimos que el efecto típico del derecho de superficie es la separación de los elementos que conforman un predio: el sobresuelo y/o el subsuelo adquieren individualidad como bienes respecto al suelo. En ese sentido, lo único que ocurre cuando se constituye un derecho de superficie es la separación de dos bienes en donde anteriormente había solo uno.

Es, pues, una manifestación del dominio dividido contra lo que señalaba Carlos Cárdenas al criticar las concepciones unitarias del derecho de superficie. En la generalidad de los casos, los bienes que tienen existencia material, es decir, los automóviles, las mesas, las computadoras no pueden ser desmembrados físicamente por la mera voluntad del propietario, puesto que se busca que los derechos reales tengan una individualización en bienes específicos. Lo mismo tendría que decirse del predio. Ése es el principio de especialidad de los derechos reales<sup>267</sup>.

El derecho de superficie es el que permite hacer una excepción establecida legalmente a la regla general. Pero esta disposición legal no es arbitraria, ya que responde a una realidad económica consistente en que en el mercado inmobiliario el sobresuelo y/o el subsuelo tienen un valor económico propio. En cualquier caso, debemos recalcar que la consecuencia automática del derecho de superficie vendría a ser la creación de dos bienes donde inicialmente había uno solo. Uno de los bienes consiste en el suelo sobre el cual el propietario

---

<sup>266</sup> La excepcionalidad del derecho de superficie respecto al principio de accesión es explicada también en el Derecho alemán aunque en relación a la construcción respecto al suelo: BÖTTCHER, Roland. *Praktische Fragen des Erbbaurechts*. 2da. Edición. (Traducción Propia) Köln: Kommunikationsforum. 1998, p. 1.

<sup>267</sup> MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Ed. (Traducción propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008, pp. 6-7.

tiene un dominio exclusivo. El otro de los bienes vendría a ser el sobresuelo y/o el subsuelo, sobre el cual el superficiario también ejerce un dominio absoluto. Se trata a decir de Von Oefele y Winkler de una separación a la vez económica y jurídica entre las propiedades del superficiario y el concedente<sup>268</sup>.

Finalmente, es importante señalar que lo que permite la separación es, con sustento en la práctica comercial actual, dejar atrás en el caso de la superficie la concepción individualista de la propiedad, para pasar a distinguir la propiedad económica (productora) de la propiedad jurídica (rentista), con la finalidad de fomentar una explotación más eficiente del inmueble. Esta posibilidad resulta un tanto extraña a las tendencias de las más importantes codificaciones civiles de proteger una propiedad individualista excluyendo instituciones como la enfiteusis y la capellanía.

Las separaciones prolongadas de la propiedad útil y de la propiedad jurídica rememoran las propiedades de la baja edad media que tenían como resultado la inmovilización y/o la infraexplotación de los bienes raíces. Sin embargo, paradójicamente, una herramienta como ésta se ha constituido como un mecanismo dócil de contratación inmobiliaria en nuestro país por las propias particularidades de nuestro sistema jurídico y ello motiva buscar interpretaciones que faciliten su utilización.

### 5.3. Temporalidad

El elemento de la temporalidad juega un rol relevante en la configuración del derecho de superficie y se contrapone a la vocación de perpetuidad que tiene el derecho de propiedad ordinario. Su importancia radica en que solo en tanto se trate de un derecho temporal, se

---

<sup>268</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 14.

acepta la posibilidad de que se produzca la separación entre el subsuelo, el suelo y el sobresuelo y la consiguiente limitación al propietario del suelo<sup>269</sup>.

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

Esta característica de temporalidad, además, evita la perpetuidad de una separación de la propiedad como ocurría con derechos limitados perpetuos, lo que, se dice, desnaturalizaría la propiedad y su función social<sup>270</sup>.

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

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

---

<sup>269</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p. 146.

<sup>270</sup> BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lima: Ara Editores, 1990, p. 293.

predio], a diferencia de una compraventa, mantiene la propiedad del bien<sup>271</sup>. Adicionalmente, mantiene el derecho de disponer su derecho de propiedad ya sea a través de la transferencia o a través del gravamen, naturalmente según la valorización que un tercero pueda hacer sobre un predio en el que recae un derecho de superficie vigente.

Asimismo, el plazo máximo de noventa y nueve años cumple con la finalidad de fomentar la explotación del inmueble por parte del superficiario, quien buscará beneficiarse con los réditos que obtenga de la diferencia entre los resultados de la actividad realizada en el inmueble y lo pagado como canon superficiario, lo que combate la posibilidad de que se utilice el inmueble con fines de especulación. Al respecto se señala:

*"Los capitalistas que juegan con la plus-valía de [los solares], acaparan el extraradio de las grandes urbes, inmovilizan durante decenas de años grandes cantidades y son un poderoso obstáculo para la edificación. El tipo jurídico que examinamos rompe este cinturón de oro que impide el progreso de las ciudades modernas, reservando la plus-valía para las Comunidades o Ayuntamientos que conceden el terreno, permitiendo a las clases pobres obtener el solar necesario para cada familia y amenazando a los que no construyan con la rescisión del contrato o con la caducidad del plazo"<sup>272</sup>.*

Con ello se evidencia la utilidad de esta figura también en el ámbito de uso de vivienda, puesto que semejante plazo confiere al titular la misma tranquilidad que le podría dar un derecho de propiedad cualquiera, pero a un precio más accesible.

Esta alternativa más accesible para adquirir la propiedad, podría decirse, tiene la desventaja de consumirse en el tiempo y no dejar a la descendencia la herencia del bien en cuestión, como sí sucede con la propiedad ordinaria. Sin embargo, esta consideración debe matizarse, puesto que, por lo general, los bienes inmuebles heredados de los padres no

<sup>271</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 17.

<sup>272</sup> GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, pp. 109-110.

constituyen el inmueble del que los herederos dependen para vivir. Su bienestar depende más que todo de los medios educativos que en vida haya dotado el causante a su descendencia, de modo que se puede afirmar que el derecho de superficie cumple en este aspecto la misma utilidad que una propiedad inmobiliaria normal.

Por otro lado, no hay mayor discusión sobre la utilidad del derecho de superficie para fines industriales, donde juega un rol importante el aspecto de la temporalidad. Con la existencia del plazo, el superficiario tiene la urgencia de explotar de la manera más eficiente la construcción que vaya a realizar sobre el inmueble, lo que implica una adecuada inversión de capital y la realización de una actividad productiva que tiene como base la construcción de un edificio, ya sea éste un edificio de departamentos, de oficinas, de locales comerciales, un local industrial, un hospital, un cementerio, un estacionamiento, etc.

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

## VI. CONSECUENCIAS

La revisión de normas y de doctrina sobre el derecho de superficie, así como el largo y en algunos momentos denso razonamiento que se ha planteado en los capítulos precedentes tienen su justificación en las consecuencias prácticas que se van a desarrollar en este capítulo. Ni una gota de tinta se justificaría si la disquisición tuviera solamente como consecuencia la tranquilidad del dogmático con la coherencia interna de los conceptos. Por ello, es que la presente investigación comenzó con un problema: las dudas interpretativas sobre el derecho de superficie en la aplicación cotidiana de esta figura, fomentadas por la complejidad en la definición de este derecho y, de igual modo, por la carencia de referentes doctrinales, normativos y jurisprudenciales al respecto.

Ante esto, llegado este punto, considerando verificada la hipótesis de que el derecho de superficie es una modalidad de la propiedad que recae de manera separada en el sobresuelo y/o en el subsuelo que se caracteriza por la separación y la temporalidad, nos disponemos a explicar las consecuencias útiles de nuestro planteamiento.

Estas consecuencias se dividirán en dos partes:

- (i) Por un lado, conforme a lo señalado en los conceptos previos, explicaremos la circunstancia de que a este derecho son aplicables de manera directa todas las normas jurídicas que se refieran al derecho de propiedad, tanto en el campo civil como en los otros ámbitos del Derecho. Esto en razón de que la propiedad es el género próximo del derecho de superficie.
- (ii) Por otro lado, describiremos un conjunto de normas que consideramos pertinente introducir en relación al derecho de superficie, cuyo fundamento se encuentra en las

diferencias específicas que caracterizan esta modalidad del derecho de propiedad, particularmente, la separación y la temporalidad.

Ambos grupos de consideraciones en que dividimos este capítulo tienen como consecuencia la puesta a disposición de un estatuto jurídico para el derecho de superficie que suple los vacíos que el estado actual del desarrollo de este derecho tiene en nuestro país. A la vez, estas consideraciones otorgan un marco de referencia para la interpretación de controversias presentes y futuras que puedan verse entrampadas por la complejidad de la definición que clásicamente se ha atribuido a este derecho.

Asimismo, es importante señalar que ambos grupos de consecuencias son complementarios entre sí. Tal cual sucede con otras modalidades del derecho de propiedad (copropiedad, propiedad horizontal, multipropiedad, propiedad fiduciaria, etc.), existe una concurrencia entre las normas generales del derecho de propiedad que son aplicables en razón de tratarse de un subtipo de ese derecho y normas especiales que responden a las particularidades que caracterizan a la modalidad de la propiedad de que se trate. En ese sentido, no se trata de dos aspectos contradictorios o alternativos, sino, más bien, dos aspectos que van a caracterizar de manera conjunta al derecho de superficie entendido según el planteamiento hecho en este trabajo.

### **6.1. Aplicación de las normas de propiedad**

Lo primero que nuestro planteamiento aporta al derecho de superficie es que éste ya no solo tiene cinco solitarias normas en el Código Civil, sino un completo estatuto jurídico que es el propio del derecho de propiedad. Este estatuto jurídico no solo se compone del complejo de normas que en todo el ordenamiento existe respecto a ese derecho (comenzando en la Constitución e incluso en los tratados internacionales y terminando en resoluciones

administrativas y normas municipales), sino que, además, se compone de todo lo que se ha desarrollado alrededor de dichas normas, tanto a nivel jurisprudencial como a nivel académico.

Un punto importante en este planteamiento es que tiene un costo político nulo, puesto que no comporta la promulgación de una nueva norma legal. Solamente se necesita recurrir a una construcción conceptual que tiene sustento en las propias normas que actualmente regulan este derecho en nuestro Código Civil. En ese sentido, no es obstáculo para la puesta en práctica de esta concepción del derecho de superficie la reticencia de los legisladores para la modificación de normas jurídicas como las civiles, que, a pesar de ser el sustento de la actividad económica privada, suelen recibir una mínima atención, pues poco tienen que ver con la coyuntura política nacional.

Por otro lado, resulta importante apuntar que, si bien con la interpretación clásica del derecho de superficie también eran de aplicación en cierta medida las normas del derecho de propiedad cuando la construcción ya había sido edificada<sup>273</sup>, lo resaltante del planteamiento nuestro es que estas normas son de aplicación también *cuando la construcción aún no haya sido erigida sobre el terreno*. En ese momento es que se encuentran las mayores diferencias entre nuestro planteamiento y el de la definición clásica. Esto porque consideramos como objeto del derecho al sobresuelo.

Por ello, las consecuencias prácticas respecto a las normas del derecho de propiedad que van a ser explicadas en lo sucesivo rigen durante la integridad del plazo de vigencia del derecho de superficie. De este modo, en principio, ya no nos detendremos a hacer este distingo en las secciones que continúan.

De manera particular, consideramos que las siguientes son las principales consecuencias de nuestro planteamiento.

---

<sup>273</sup> Aunque en ello también discrepamos de la opinión clásica: desde nuestro punto de vista, cuando la construcción ya existe sobre el terreno, igual el objeto de la superficie no está compuesto solamente por el elemento material (construcción), sino por el sobresuelo que incluye dicho elemento material y el elemento espacial.

### 6.1.1. Consecuencias en el título o negocio jurídico

La primera consecuencia concreta de nuestro planteamiento es que el derecho de superficie se adquiere a través de un negocio típico: el contrato de compraventa. El superficiario no adquiere su derecho en virtud de lo que hasta ahora se ha denominado como “contrato de constitución de derecho de superficie”, sino, más bien, en un contrato de compraventa del sobresuelo<sup>274</sup>. Veamos con detalle este aspecto.

Según la doctrina tradicional, con el derecho de superficie se produce una adquisición originaria de propiedad. Una adquisición originaria se produce cuando no entra en consideración una relación jurídica anterior, debido a que el bien se adquiere *ex novo* y se diferencia el supuesto de adquisición de un bien que no tenía dueño (*simpliciter*) y el de la adquisición de bienes en función a otros que nos pertenecen (*secundum quid*), es decir, en razón de la accesión<sup>275</sup>. En otras palabras, en el tipo originario se consigue la propiedad por el hecho propio del adquirente o por el acaecimiento de un hecho natural, en cualquiera de los casos sin la intervención del propietario anterior, si es que lo hubo. Ejemplos de este modo de adquisición son la apropiación, la especificación, la accesión, la percepción de frutos y la expropiación<sup>276</sup>.

En el caso del derecho de superficie, se sostiene que el superficiario recibe el derecho real limitado que le permite construir en suelo ajeno y seguidamente volverse propietario de lo construido. Dicha adquisición de propiedad se reputa originaria porque se produce en función al propio comportamiento del superficiario. Es una adquisición que no tiene su causa en el propietario del suelo. Se señala, además, que la adquisición no se produce en razón del

<sup>274</sup> Y/O del subsuelo, siendo precisos respecto a las posibilidades que se presentan en el derecho de superficie.

<sup>275</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo III. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972. Nota 3, p. 110.

<sup>276</sup> BORDA, Guillermo. *Manual de derechos reales*. 4ta. Ed. Buenos Aires: Perrot, 1994, pp. 165-166.

contrato de superficie, pues éste tiene como efecto solamente la constitución del derecho de superficie (en sentido estricto)<sup>277</sup>.

De ahí que en la actualidad, al considerar que el derecho de superficie es un derecho real autónomo que permite una adquisición originaria, el contrato por el que se constituye éste resulta ser un contrato atípico, pues no tendría regulación alguna en nuestro sistema<sup>278</sup>. En nuestro Código Civil lo único que se regula es el contenido legal de los derechos reales. Pero entre los contratos referidos a éstos solo tenemos los que se refieren al derecho de propiedad y su transferencia, mas no contratos referidos específicamente a los demás derechos reales. Sin perjuicio de ello, por ejemplo, el derecho de usufructo tiene una regulación más pormenorizada en el libro de Derechos Reales. Ello no sucede con el derecho de superficie cuya escueta regulación deja huérfano de referencias al contrato de constitución de dicho derecho.

De este modo, actualmente la elaboración de un contrato de superficie comienza desde cero a pesar de los diferentes aspectos que éste debe contener y de la complejidad de la operación que se busca regular. La circunstancia explicada en la introducción de este trabajo de que el derecho de superficie representa una alternativa a otras figuras temporales como el contrato de arrendamiento motiva que también se utilicen modelos provenientes de ese contrato, lo que puede resultar problemático al tratarse este último de un contrato de naturaleza obligacional y de duración con prestaciones periódicas y continuadas, diferente al contrato de superficie, que tiene, más bien, naturaleza real y de ejecución instantánea<sup>279</sup>.

---

<sup>277</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, p. 219.

<sup>278</sup> DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2da. Edición. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 154.

<sup>279</sup> A manera de ejemplo, un sector de la doctrina nacional señala que la resolución en un contrato de ejecución instantánea como la compraventa tiene como consecuencia la ineficacia del contrato y devolución de todas las prestaciones de manera retroactiva hasta la celebración del contrato, mientras que, como excepción al principio de retroactividad, en el caso de los contratos de duración esto se produce solamente desde el momento en que se produjo la causal (FORNO FLOREZ, Hugo. *El principio de la retroactividad*. En: Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú ([http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art55.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art55.PDF) Consultado el 12-10-2013; pp. 10 y 13-14)

Sin embargo, vista la situación desde la perspectiva planteada en este trabajo hemos de apuntar que lo que se produce no es una adquisición originaria, sino una adquisición derivativa de la propiedad superficiaria. La adquisición derivativa es una que se produce por la transmisión de un derecho por su anterior titular. En ese sentido, para una adquisición a título derivativo son necesarios dos elementos, la existencia de un derecho anterior y la transmisión de éste por el legitimado para ello.

Por ello, según el primer elemento, no puede transmitirse un derecho que no se tiene previamente (*nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habet*). Asimismo, según el segundo elemento, el adquirente recibirá el derecho en el modo y condiciones en que lo tenía el transferente, por ejemplo, incluyendo los gravámenes que pesan sobre él<sup>280</sup>. Este modo de adquisición no incluye solamente las adquisiciones por negocios *inter vivos*, sino también las que se originan en negocios *mortis causa*<sup>281</sup>. Veamos cómo se materializa este modo de adquisición en el caso del derecho de superficie.

Como fue explicado, el objeto de la superficie no es la mera construcción, sino, más bien, el sobresuelo. Este bien, además, tiene existencia aún antes de que la construcción haya sido culminada. Es más, el sobresuelo tiene existencia (aunque no independiente) aún antes de que el derecho de superficie sea concedido por el propietario original, en razón de la extensión de la propiedad predial (artículo 954 del Código Civil). De este modo, el propietario original concede un derecho de propiedad que ya tenía respecto de un bien que ya existía: el sobresuelo. El superficiario lo recibe en los términos en que el concedente se lo transfiere, por lo que deriva su derecho del de su transferente. En otras palabras lo que se produce es una simple transferencia de la propiedad del sobresuelo.

Ahora bien, ese contrato de transferencia de la propiedad del sobresuelo es, además, un contrato típico en nuestro sistema; se denomina *contrato de compraventa de inmueble*.

<sup>280</sup> PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo III. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972. Nota 3, p. 111.

<sup>281</sup> BORDA, Guillermo. *Manual de derechos reales*. 4ta. Ed. Buenos Aires: Perrot, 1994, p. 166.

Siendo así, de acuerdo a nuestro planteamiento, las dificultades por la no existencia de un contrato típico de constitución de derecho de superficie ya no son tales. La transferencia de propiedad de un inmueble, como es el sobresuelo, sí se encuentra tipificada en nuestro Código Civil en las normas de compraventa. En tal sentido, son dichas normas las que regularán todos los aspectos del contrato de superficie de manera supletoria, evitando los costos de transacción que implica diseñar un contrato de superficie desde cero.

Si bien es cierto que en la actualidad a pesar de lo señalado igual se celebran contratos de superficie, ello no implica que una situación más óptima no sea una en la que existan reglas supletorias en estos contratos que de antemano reflejen lo que las partes suelen pactar. La idea subyacente es clara: “celebrar un contrato cuesta”<sup>282</sup> y es preferible que cueste menos. Ahí la utilidad de esta interpretación que no solo ahorra los costos en la propia elaboración del contrato en la fase previa a la ejecución, sino que fundamentalmente llena los vacíos en la interpretación para resolver las controversias jurídicas posteriores, los mismos que, de lo contrario, también implicarían elevados costos de transacción que pueden impedir que los contratos se celebren<sup>283</sup>.

Si se sabe que el contrato de superficie es un mecanismo útil, pero que ante una divergencia en la ejecución con la contraparte, el intérprete (juez o árbitro) no tiene normas, jurisprudencia ni doctrina de qué valerse para resolver adecuadamente, entonces esta incertidumbre genera una tendencia a no utilizar el mecanismo. Este problema queda resuelto si mi contrato es uno de compraventa, bien conocido por cualquier operador jurídico.

De todos modos, la existencia de un contrato típico no obsta a que las partes al utilizar el contrato de compraventa del sobresuelo agreguen los pactos que ellos consideren necesarios por las particularidades del negocio que se quiera realizar. En particular, es preciso

---

<sup>282</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2da. Ed. Lima: Palestra, 2009, p. 104.

<sup>283</sup> BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2da. Ed. Lima: Palestra, 2009, p. 104.

regular, al tratarse de una propiedad temporal, el momento, el procedimiento y los montos a pagarse en la reversión del sobresuelo al concedente, así como, de ser el caso, los acuerdos para la utilización de las partes del predio que pasan a estar en propiedad separada (por ejemplo, el derecho para que el concedente que se reservó la propiedad del sótano pueda atravesar una zona del sobresuelo para acceder a la calle).

Según nuestro análisis, más allá de la correspondiente configuración particular que hagan las partes, serían de aplicación al contrato de superficie los siguientes artículos que se encuentran en el título de Compraventa del Libro de Fuentes de las Obligaciones del Código Civil:

Artículo 1529.- Definición del contrato de compraventa

Artículo 1530.- Gastos de entrega

Artículo 1531.- Precio fijado parcialmente en otro bien

Artículo 1532.- Bienes susceptibles de compraventa

Artículo 1533.- Perecimiento parcial del bien

Artículo 1537.- Compromiso de venta de bien ajeno

Artículo 1538.- Conversión del compromiso de venta de bien ajeno en compraventa

Artículo 1539.- Rescisión del compromiso de venta de bien ajeno

Artículo 1540.- Compraventa de bien parcialmente ajeno

Artículo 1541.- Efectos de la rescisión

Artículo 1543.- Nulidad por precio fijado unilateralmente

Artículo 1544.- Determinación del precio por tercero

Artículo 1545.- Determinación del precio en bolsa o mercado

Artículo 1546.- Reajuste automático del precio

Artículo 1547.- Fijación del precio defecto de convenio

Artículo 1549.- Obligación de perfeccionar la transferencia

- Artículo 1550.- Estado del bien al momento de la entrega
- Artículo 1551.- Entrega de documentos y títulos del bien vendido
- Artículo 1552.- Oportunidad de la entrega del bien
- Artículo 1553.- Lugar de entrega del bien
- Artículo 1554.- Entrega de frutos del bien en caso de demora en la entrega
- Artículo 1555.- Conocimiento de comprador del motivo de la demora en la entrega
- Artículo 1556.- Consecuencias de la resolución por falta de entrega
- Artículo 1557.- Prórroga de plazos por demora en entrega del bien
- Artículo 1558.- Tiempo, forma y lugar del pago del precio
- Artículo 1559.- Resolución por falta de pago del saldo
- Artículo 1560.- Resolución por falta de garantía por el saldo
- Artículo 1561.- Incumplimiento de pago por armadas
- Artículo 1562.- Improcedencia de la acción resolutoria
- Artículo 1563.- Efectos de la resolución por falta de pago
- Artículo 1565.- Oportunidad de la obligación de recibir el bien
- Artículo 1567.- Transferencia del riesgo de pérdida por causas no imputables
- Artículo 1568.- Transferencia del riesgo de los bienes puestos a disposición
- Artículo 1569.- Transferencia del riesgo en la compraventa por peso, número o medida
- Artículo 1571.- Compraventa a satisfacción
- Artículo 1572.- Compraventa a prueba
- Artículo 1573.- Compraventa sobre muestra
- Artículo 1574.- Compraventa sobre medida de extensión o cabida
- Artículo 1575.- Rescisión de la compraventa sobre medida
- Artículo 1576.- Plazo para pago del exceso o devolución
- Artículo 1577.- Compraventa ad corpus
- Artículo 1578.- Compraventa de bienes homogéneos

- Artículo 1579.- Caducidad de la acción rescisoria
- Artículo 1580.- Compraventa sobre documentos
- Artículo 1581.- Oportunidad y lugar de pago en la compraventa sobre documentos
- Artículo 1582.- Pactos que no pueden integrar la compraventa
- Artículo 1583.- Compra venta con reserva de propiedad
- Artículo 1584.- Oponibilidad del pacto de reserva de propiedad
- Artículo 1585.- Reserva de propiedad en arrendamiento - venta
- Artículo 1586.- Pacto de Retroventa. Definición
- Artículo 1587.- Nulidad de estipulaciones en el pacto de retroventa
- Artículo 1588.- Plazo para ejercitar el derecho de resolución
- Artículo 1589.- Retroventa en bienes indivisos
- Artículo 1590.- Retroventa en venta separada
- Artículo 1591.- Oponibilidad de la retroventa
- Artículo 1592.- Derecho de Retracto. Definición
- Artículo 1593.- Retracto en dación en pago
- Artículo 1594.- Procedencia del derecho de retracto
- Artículo 1595.- Irrenunciabilidad e intrasmisibilidad
- Artículo 1596.- Plazo para ejercer derecho de retracto
- Artículo 1597.- Plazo especial para ejercer derecho de retracto
- Artículo 1598.- Garantía en retracto
- Artículo 1599.- Titulares del derecho de retracto
- Artículo 1600.- Orden de prelación de los retrayentes
- Artículo 1601.- Retracto en enajenación sucesiva

Cada una de estas normas regula situaciones que un contrato de superficie actual puede no resolver por la imposibilidad o el costo que implica para los redactores de ponerse en cada una

de las situaciones. Se otorga con ello un estatuto jurídico cierto a las partes que desean utilizar el mecanismo del derecho de superficie, el mismo que, repetimos, no solo se compone por estas normas, sino también por la doctrina y la jurisprudencia largamente desarrolladas durante los años en que dichas normas tienen vigencia.

Por el contrario, no serían de aplicación al contrato de compraventa del sobresuelo ciertas normas que contradicen el propio objeto de este contrato. Entre ellas, las referidas más que todo a la transferencia de bienes muebles por tratarse del sobresuelo de un bien inmueble. Tal es el caso de los gastos de transporte a que se refiere el artículo 1530, la adquisición de bienes muebles en locales abiertos al público a que se refiere el artículo 1542, las fijación del precio en función al peso a que se refiere el artículo 1548, la resolución de la compraventa de bienes muebles no entregados a que se refiere el artículo 1564, la compraventa de bienes muebles inscritos a que se refiere el artículo 1566 y la transferencia del riesgo por la expedición del bien a lugar distinto de la entrega a que se refiere el artículo 1570.

Tampoco serían de aplicación las normas que regulan la compraventa de bien futuro en sus distintas modalidades a que se refieren los artículos 1533, 1534, 1535 y 1536, en razón de que el sobresuelo se trata no de un bien futuro sino de un bien presente. Finalmente, tampoco serían aplicables a este contrato los supuestos de retracto que se refieren a la transferencia de predios, es decir, los contenidos en el artículo 1599, incisos 6 y 7, puesto que en el caso de la superficie la propiedad se da solamente respecto de un componente excepcionalmente separado del predio que es el sobresuelo.

### **6.1.2. Consecuencias en el derecho civil**

Ahora bien, es posible ir aún más allá, puesto que el derecho de superficie no necesariamente tiene que originarse en un negocio a título oneroso; se puede conceder de manera gratuita. En dicho supuesto, serían de aplicación las normas sobre el contrato de donación contenidas en el

Código Civil. Lo propio respecto de un supuesto en el que se transfiera la propiedad del sobresuelo a cambio de la propiedad sobre algún otro bien cualquiera, situación en la que serían de correspondiente aplicación las normas del contrato de permuta.

Similar ejercicio al que se ha hecho con los artículos del contrato de compraventa se podría hacer respecto de cualquiera de estos contratos, así como respecto de los contratos que no implican la transferencia de propiedad pero que sí prevén algunos aspectos en relación a ésta (como el caso del artículo 1708 referido a la transferencia de la propiedad del bien arrendado) e incluso también respecto de contratos no contenidos en el Código Civil como el contrato de *leasing*, siempre tomando en consideración la naturaleza del derecho de superficie y sus particulares características.

Lo propio corresponde respecto de otros negocios jurídicos diferentes al contrato en los cuales es posible la traslación del derecho de propiedad. Es el caso del testamento y de la promesa unilateral. Sería perfectamente válido y se regirían por las reglas contenidas en el Código Civil el testamento por el cual una persona decidiera conceder la propiedad del sobresuelo de un inmueble a un sujeto a su muerte, situación en la que también tendría que verificarse que se está disponiendo solo del tercio libre calculando el valor que tiene dicho sobresuelo. Similar el caso en que una persona prometa la transferencia del sobresuelo de un predio de su propiedad, quedando obligado por su sola declaración de voluntad. Se tratarían estos casos de derechos de superficie nacidos en negocios jurídicos unilaterales.

De otro lado, dentro del campo civil serían también de aplicación al derecho de superficie, entendido como propiedad del sobresuelo, otras normas que no implican necesariamente la existencia de un negocio jurídico. Éste es el caso de las normas sobre la sucesión intestada en las que la ley determina la traslación de propiedad, lo que se produciría en el caso de que el causante hubiera sido titular de un derecho de propiedad superficiaria, que sería adquirido por sus herederos legales.

Otro modo de adquisición de tipo legal es la prescripción adquisitiva. Si por ejemplo se determinara que el título por el cual un superficiario que tiene la propiedad de un sótano de estacionamientos es nulo, la posesión del sótano con los requisitos establecidos en la ley le permitirían haber adquirido la propiedad separada del sótano en los términos en que lo estuvo poseyendo, es decir, como propietario superficiario.

Otro elemento importante es la posibilidad que esto representa para la dación en garantía de la propiedad del sobresuelo. El sobresuelo constituye un bien presente que puede darse en hipoteca desde el mismo día de la celebración del contrato de superficie, lo que evita tener que esperar a la culminación de la construcción para la constitución de dicha garantía. Se salva con ello la imposibilidad de hipotecar bienes futuros, pues el sobresuelo no entra en dicha categoría. De esta manera, el financiamiento de proyectos inmobiliarios se vería facilitado por la posibilidad abierta de dar el sobresuelo en garantía real. El objeto de la garantía es, pues, la propiedad del sobresuelo que constituye un derecho susceptible de ser ejecutado judicialmente.

Sin que el conjunto de normas reseñado en este punto constituya la totalidad de normas que pasarían a ser aplicables al derecho de superficie como consecuencia de nuestro planteamiento, nos vamos a ocupar de una última norma que tiene especial importancia para delimitar los poderes que tiene el superficiario respecto del sobresuelo. Ésta es el artículo 923 del Código Civil, que define el derecho de propiedad. Este derecho, tanto en un superficiario como en un propietario tradicional, tiene una vocación de incluir todas las facultades que se pueda tener interés de ejercer sobre un bien<sup>284</sup>.

Ello se encuentra limitado externamente solo por circunstancias que responden al concepto de bien común, ejemplo de lo cual son las limitaciones urbanísticas fundadas en la

---

<sup>284</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 111.

tranquilidad pública, la salubridad, etc<sup>285</sup> y la expropiación por razones de necesidad pública o seguridad nacional. Pero, fuera de ese tipo de limitaciones, el derecho de propiedad permite al propietario proceder con el bien según su parecer.

Sin embargo, esta norma, aplicable también al propietario superficiario, se suele matizar en el campo del derecho de superficie en función al interés que se atribuye al concedente del derecho de superficie de que al finalizar el plazo de vigencia del derecho regresen las construcciones a su propiedad. Ello motivaría que el superficiario tenga, entre otras cosas, la obligación de construir<sup>286</sup> y que, además, no pueda actuar de manera completamente libre sobre las construcciones existentes en el sobresuelo, por ejemplo, no pudiendo destruir las mismas y teniendo que necesariamente destinar el sobresuelo a las finalidades establecidas en el contrato. Ello se regula expresamente en el párrafo 34 de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana impidiendo que el superficiario destruya la construcción o se apropie de sus partes integrantes en el momento en que se va a producir la reversión o cuando por otra causa quede sin efectos el derecho de superficie.

Ante ello, consideramos que las normas del derecho de propiedad son como las demás normas directamente aplicables a los propietarios superficiarios y que el superficiario sí puede actuar respecto del sobresuelo y las construcciones existentes en él según su propio parecer. Salvo que las partes lo pacten expresamente, el contrato no origina limitaciones al derecho de propiedad del superficiario. El eventual interés del concedente en la permanencia de las construcciones al finalizar el derecho de superficie podría protegerse sí con estipulaciones obligacionales que compelan al superficiario a conservar las construcciones. Pero en ningún caso éstas llegarían a tener más que efectos obligacionales frente al derecho real de propiedad que tiene el superficiario sobre el sobresuelo y las construcciones. Una estipulación así sería la

---

<sup>285</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 115.

<sup>286</sup> ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993, p. 212.

que se incluya en aquellos negocios que están pensados para que la construcción quede como un beneficio a favor del concedente del derecho de superficie.

Pero, por lo demás, la operación comercial que subyace al derecho de superficie no en todos los casos incluye el interés del concedente de eventualmente hacerse propietario de las construcciones. Generalmente el derecho de superficie se presenta nada más que como una alternativa a otros contratos temporales como el arrendamiento y el usufructo, en los que el interés principal no son las construcciones futuras, sino la percepción de una renta periódica. Lo que hacen los propietarios es ceder un espacio a cambio de una renta periódica para que un operador materialice un negocio con autonomía jurídica, sin resultar de mayor importancia la magnitud de la construcción que vaya a quedar en el predio. Las partes concuerdan, por lo general, en que el superficiario puede proceder según su parecer en el bien, pues para ello paga un canon superficiario superior a una renta arrendaticia. De ahí que consideremos que el propietario superficiario tiene respecto del sobresuelo las mismas facultades que un propietario cualquiera sobre un predio cualquiera.

Por otra parte, las aplicaciones de nuestro planteamiento también se manifiestan fuera del derecho civil como lo veremos a continuación.

### **6.1.3. Consecuencias en el derecho procesal**

El propietario superficiario puede hacer uso de la acción de reivindicación. Hoy por hoy no existe una previsión expresa en las normas de las acciones a las que un superficiario puede recurrir en caso se viera despojado o perjudicado en el ejercicio de su derecho sobre el bien. Esto especialmente en el momento en que en el predio aún no se ha edificado ninguna construcción, puesto que según la doctrina clásica el superficiario solamente tiene derecho de propiedad (y las acciones que de este derecho emanan) respecto de la construcción. Siendo

así, si no se asumiera nuestra posición, el propietario superficiario solo podría recurrir a las siguientes acciones.

Por un lado, tendría a su disposición las acciones posesorias. La primera de ellas es el interdicto que puede sustanciarse tanto ante un despojo del bien, como ante una perturbación en la posesión del mismo. Esta acción se funda en el llamado *derecho de poseer*, es decir, la propia acción de poseer que genera la protección jurídica con independencia de la existencia de algún título que legitime dicha posesión. La segunda es la acción posesoria propiamente dicha que se sustenta esta vez en un *derecho a poseer*, es decir, la existencia de algún título (arrendamiento, usufructo, superficie), es decir, que el accionante tiene un derecho a ser el que ejerza el señorío fáctico sobre el bien. En adición, se puede mencionar la acción de desalojo que consiste en la pretensión entablada por todo aquel que tiene derecho a la restitución de un predio, la misma que podría también ser planteada por un superficiario frente a un poseedor precario.

Por otro lado, tendría a su disposición acciones petitorias, las mismas que se encuentran vinculadas directamente a la protección de la titularidad del derecho sobre el bien<sup>287</sup>. No se establece en las normas peruanas una acción real de este tipo que cautele la posición jurídica de los titulares de derechos reales menores como el usufructo o la superficie. A éstos debería haber correspondido según la doctrina<sup>288</sup>, la denominada acción confesoria prevista para la tutela de las desmembraciones dominiales. Más allá de la denominación, es claro que a pesar de no preverlo expresamente, el usufructuario y el superficiario, entendido desde la doctrina clásica, deberían ser titulares de acciones reales fundadas en sus respectivos derechos reales, las mismas que tendrían los caracteres de persecutoriedad y preferencia.

Ahora bien, el inconveniente actual es que no solo las acciones de un titular superficiario se encuentran en la indefinición descrita a nivel normativo, sino también en un estado de

<sup>287</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Tomo II. Lima: Rodhas, 2004, p. 39.

<sup>288</sup> RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Tomo II. Lima: Rodhas, 2004, p. 39.

abandono en la doctrina porque nada se detalla en cuando a las acciones concretas que un superficiario puede entablar. Ello debido también a que ninguno de los cinco artículos que regula el derecho de superficie en el Código Civil se pronuncia sobre el particular.

Más aún, las propias acciones que hemos comentado tienen una limitación que desprotege el derecho del superficiario en el aspecto del plazo prescriptorio de la acción. El interdicto es un proceso sumarísimo sujeto al plazo de prescripción extintiva de un año. Por su parte las acciones posesorias no se encuentran expresamente reguladas en nuestro ordenamiento<sup>289</sup> y no tienen mayor mención que la hecha en el artículo 921 del Código Civil. No tienen un plazo prescriptorio, situación que también se presenta respecto de la pretensión de desalojo y de la acción confesoria. Sin embargo, en el mejor de los casos, el plazo prescriptorio aplicable a estas acciones sería el de diez años previsto en el artículo 2011 del Código Civil para las acciones de naturaleza personal y real. Ello con un claro efecto perjudicial para un propietario superficiario cuyo derecho tiene un plazo de vigencia muchísimo mayor de noventa y nueve años.

El planteamiento nuestro viene a aportar una alternativa a este escenario, en tanto que la consideración del derecho de superficie como una modalidad del derecho de propiedad determina que aquél sea protegido con los mismos mecanismos que este último; en particular la acción reivindicatoria. Éste constituye el medio de defensa idóneo, puesto que se trata del mecanismo de tutela del derecho de propiedad por excelencia frente a aquél que posee sin título<sup>290</sup>. Al respecto, señala el profesor Jorge Avendaño que “[l]a acción reivindicatoria protege la propiedad. La interpone el propietario que no posee y la dirige contra el poseedor ilegítimo, es decir, quien no tiene derecho a poseer. La pretensión del demandante es que se le entregue

---

<sup>289</sup> SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. *Acciones judiciales en defensa de la propiedad y la posesión*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2005, p. 79.

<sup>290</sup> Aunque existe doctrina que niega que la facultad de reivindicar sea privativa del derecho de propiedad y se encuentre dentro del contenido de dicho derecho (ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002, pp. 247-248).

la posesión del bien”<sup>291</sup>. Para el planteamiento de dicha acción es necesario probar fehacientemente la propiedad del bien, que el bien se encuentre perfectamente determinado y que el demandado no tenga derecho a poseer<sup>292</sup>.

Solamente este mecanismo de defensa es el que puede cautelar de manera idónea el derecho que tiene el superficiario, puesto que, al tratarse de un derecho de propiedad, se mantiene en el titular sin plazo de prescripción, mientras permanezca ese derecho en su patrimonio. La acción reivindicatoria tiene también en el caso de los propietarios ordinarios el límite de que no puede accionarse frente a un adquirente por prescripción adquisitiva. Pero ello se sustenta en que en tales casos existe ya otro propietario y no cabe acción reivindicatoria de quien ya no tiene condición de propietario. Del mismo modo, en el caso del derecho de superficie, el propietario del sobresuelo tendrá expedita la acción de reivindicación sin plazo prescriptorio durante todo el tiempo que dure su derecho, finalizado el cual, volverá la acción al concedente de la superficie, junto con la propiedad del sobresuelo.

De otro lado, un aspecto con relevancia en el campo procesal es la relación del derecho de superficie con otras figuras jurídicas reales, específicamente el derecho real de garantía hipotecaria. Actualmente ante la concurrencia de dos derechos reales sobre un mismo inmueble (superficie e hipoteca), la doctrina recurre a las normas sobre concurrencia de acreedores (artículo 1135 del Código Civil) y sobre oponibilidad de derechos reales inscritos en el registro (artículo 2022 del Código Civil)<sup>293</sup>. Éstas determinan que el conflicto entre estos dos derechos reales concurrentes se resuelva en función a la inscripción anterior en el registro, protegiendo así al superficiario o al acreedor hipotecario más diligente en publicitar su derecho.

---

<sup>291</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, 119.

<sup>292</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 119

<sup>293</sup> MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012, p.151.

Todo ello en razón de que ambos tienen un derecho real concedido por el propietario original sobre su predio.

En ese contexto, se plantea la cuestión de cuál es la consecuencia de nuestro planteamiento en una situación similar, puesto que hemos dicho que el derecho de superficie no implica un derecho real sobre bien ajeno sino solamente la titularidad de un bien propio: el sobresuelo. Si se pacta un derecho de superficie en un predio hipotecado con anterioridad, ¿nuestro planteamiento determina una desprotección al acreedor hipotecario por la separación de propiedades entre el suelo y el sobresuelo?

La respuesta es negativa. El acreedor hipotecario con derecho inscrito con anterioridad a la superficie en ningún caso se perjudica con la constitución. Sin embargo, no en función a los artículos 1135 y 2022 del Código Civil porque no hay una concurrencia de derechos reales sobre exactamente el mismo bien: el acreedor hipotecario tiene un derecho sobre el predio, mientras que el superficiario tiene derecho sobre el sobresuelo. El hipotecario se ve protegido, más bien, por la norma de extensión de la hipoteca: "artículo 1011 del Código Civil.- La hipoteca se extiende a todas las partes integrantes del bien hipotecado, a sus accesorios, y al importe de las indemnizaciones de los seguros y de la expropiación, salvo pacto distinto". Ésta determina que la hipoteca constituida originalmente sobre el predio se extienda también al sobresuelo, pues, como dijimos, dicho sobresuelo existe con independencia de si en él hay o no una construcción terminada.

Como dijimos, se trata de una adquisición derivativa. De este modo, cuando el propietario del predio hipotecado transfiere su sobresuelo al superficiario, lo hace respecto de un bien al cual se extiende la hipoteca, de modo que el superficiario está comprando un bien hipotecado: el sobresuelo. De este modo, en caso de ejecución, el acreedor hipotecario podrá también ejecutar el sobresuelo y cobrarse con el resultado del remate. Si bien bajo un esquema normativo distinto, de todos modos bajo nuestro planteamiento los acreedores hipotecarios o beneficiarios de cualquier carga o gravamen inscritos en el predio con anterioridad a la

celebración de un contrato de superficie no se ven perjudicados por la separación posterior de propiedades.

#### 6.1.4. Consecuencias en el derecho registral

La separación en el derecho de superficie que, desde nuestra perspectiva, permite transferir el sobresuelo separadamente del suelo tiene una consecuencia importante que es generar dos bienes donde anteriormente había solo uno. Con ello se trastoca la concepción tradicional de inmueble, con repercusiones en varios campos instrumentales al derecho inmobiliario. El sobresuelo como bien independiente pasaría a constituir una unidad catastral independiente en el mapa tanto del área técnica de los registros públicos como del área de catastro de las municipalidades. Ahí justamente se encuentra el fundamento de la consideración separada del suelo, subsuelo y sobresuelo en el listado de bienes inmuebles del artículo 885, puesto que en este contexto se ve que estas zonas pueden tener vida jurídica independiente<sup>294</sup>.

Ya propiamente en el campo registral la circunstancia descrita tiene distintas consecuencias en cuanto a la organización de las partidas. Ante la falta de normas que se refieran de manera expresa al derecho de superficie serán de aplicación las normas que se refieren a los actos registrales sobre el derecho de propiedad, por ejemplo las referidas a los requisitos necesarios para presentar los títulos, la posibilidad de acumular dos derechos de superficie contiguos, la protección a la adquisición de derechos mediante la fe pública registral, etc. Ello resulta relevante a pesar de tratarse de aspectos organizativos de los registros, puesto que éstos muchas veces terminan siendo decisivos para la constitución y prioridad de derechos.

---

<sup>294</sup> CUADROS VILLENNA, Carlos Ferdinand. *Derechos reales*. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, 1995, p. 95. Citado por: GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Jurista, 2005, p. 157, nota a pie 256.

En particular, vamos a detenernos en la figura de la independización, pues creemos que la consecuencia registral principal del derecho de superficie es la independización de una finca registral independiente que viene a ser el sobresuelo.

Mediante la independización el propietario de un predio inscrito en los registros públicos decide separarlo en dos o más predios independientes, los mismos que, si bien compartirán los mismos antecedentes registrales (se trasladan todas las cargas, gravámenes y circunstancias relevantes a las partidas independizadas), tendrán a partir de ahí una existencia autónoma. La independización de predios está regulada en el artículo 58 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios de 2013. Sus normas, si bien están pensadas originalmente para regular la situación en que el propietario del predio decida independizarlo de manera horizontal es decir, convertir un terreno de cien metros cuadrados en dos de cincuenta metros cuadrados, también prevé la posibilidad de que haya una independización en sentido vertical en el caso de la propiedad horizontal, donde el edificio como predio único pasa a estar compuesto por un conjunto de secciones autónomas cada una de ellas con su partida específica.

Consideramos que en el caso del derecho de superficie también se produce una independización registral, al igual que con la propiedad horizontal desde el punto de vista de la extensión vertical del predio. La consecuencia jurídica de la superficie es que se separa un predio (el sobresuelo) de lo que anteriormente era un único predio (compuesto por sobresuelo, suelo y subsuelo). De ahí que las reglas instrumentales sobre la independización de predios en registros deberían también reflejar esta modificación en las relaciones jurídicas. La más clara de ellas, la apertura de una partida especial para la sección independizada.

Es cierto que hoy día como consecuencia del derecho de superficie se crea una partida especial que contiene los distintos aspectos de ese derecho. Así se establece en el artículo 141 del actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. En ello no habría mayor diferencia entre lo planteado y la situación actual. La diferencia radica en que, al ser la herramienta de publicidad de una situación de propiedad, dicha partida del derecho de

superficie debe equipararse con el resto de partidas inscritas en los registros públicos. Ésta refleja de la misma forma que ellas un derecho de propiedad sobre un predio independiente. Tan es así que una vez creada la partida especial del derecho de superficie, sea ahí que se inscriban los actos referidos a la propiedad del superficiario, es decir, las transferencias, las hipotecas, la declaratoria de fábrica, etc.

La amplitud con que cuenta la partida especial del derecho de superficie contrasta con la precariedad que tienen otros tipos de inscripciones especiales. Es el caso citado por el profesor Jorge Ortiz<sup>295</sup> de la inmatriculación de un predio no inscrito para la anotación de embargo, situación regulada en el artículo 650 del Código Procesal Civil<sup>296</sup> y en el artículo 31 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios actual<sup>297</sup>.

Un aspecto de especial importancia es el hecho de que, siguiendo las reglas de la generalidad de independizaciones, a la partida independizada del derecho de superficie se trasladan las cargas y gravámenes inscritos en la partida matriz, puesto que, de otra manera, con el derecho de superficie se desprotegería irrazonablemente al correspondiente titular de la carga o el gravamen.

No es, pues, obstáculo para afirmar que con el derecho de superficie se produce una independización del sobresuelo, la circunstancia de que el derecho de superficie constituya una figura temporal. Si bien es cierto que, por lo general, las independizaciones de predios implican

---

<sup>295</sup> ORTIZ PASCO, Jorge. Entrevista realizada el 02 de agosto de 2013.

<sup>296</sup> Artículo 650.- Cuando se trata de inmueble no inscrito, la afectación puede limitarse al bien mismo, con exclusión de sus frutos, debiendo nombrarse necesariamente como depositario al propio obligado. Esta afectación no lo obliga al pago de renta, pero deberá conservar la posesión inmediata.

En este supuesto el Juez a pedido de parte, dispondrá la inmatriculación del predio, sólo para fines de la anotación de la medida cautelar.

También en caso que se acredite, de modo fehaciente que el bien pertenece al deudor y se encuentra inscrito a nombre de otro; deberá notificarse con la medida cautelar a quien aparece como titular en el registro; la medida se anotará en la partida respectiva; la subasta se llevará adelante una vez regularizado el tracto sucesivo registral.

<sup>297</sup> Artículo 31°.- Inmatriculación para anotación de embargo

La inmatriculación dispuesta por el Juez de conformidad con el artículo 650° del Código Procesal Civil se realizará en merito al parte judicial respectivo y al plano a que se refiere el artículo 20°, según corresponda. Tratándose de predios urbanos no será necesario que el plano esté georeferenciado a la Red Geodésica Nacional.

En este caso, el Registrador consignará los datos correspondientes en los rubros A, B y D de la partida, de conformidad con lo establecido en los artículos 5° y 19°, en lo que resulte pertinente.

la adquisición de una autonomía casi absoluta del predio independizado respecto de su matriz, ello no obsta a que se produzca un supuesto en el que la existencia autónoma de una partida pueda darse solo por un determinado periodo de tiempo. Lo esencial de la independización registral no es la autonomía perpetua de los predios, puesto que los mismos bien pueden volverse a acumular, así como también pueden ser objeto de nuevas independizaciones.

Lo esencial de la independización es que en un momento dado el propietario decida que un bien suyo se divida en dos o más, para efectos de la organización del registro, pudiendo decidir que uno de los predios independizados sea transferido a alguien (el superficiario). Visto el derecho de superficie de esta manera, no se perjudica el derecho de ninguno de los sujetos involucrados, pues el que tenga un derecho de garantía o una carga respecto del sobresuelo conoce en todo momento que el derecho de superficie tiene un plazo establecido como máximo.

A diferencia de otras modalidades de la propiedad como la copropiedad en que desde todo punto de vista existe nada más que un bien, en el derecho de superficie existe una propiedad separada de dos bienes, como les llama Jerónimo González, la propiedad del suelo y la del vuelo<sup>298</sup>. Sin embargo, ello sí se presenta en otra de las modalidades de la propiedad que es la propiedad horizontal, por lo que consideramos interesante detenernos en algunos aspectos de esta figura.

En la propiedad horizontal, específicamente en el régimen de propiedad exclusiva y propiedad común previsto para la superposición de unidades inmobiliarias en edificios, la particularidad también está en la separación física que se hace de cada uno de los departamentos u oficinas, cada uno con un titular independiente. Esta separación es la que, al final del día, permite que haya una explotación eficiente por parte de cada propietario respecto a su sección específica. Nuevamente, si bien en un edificio cada una de las secciones

---

<sup>298</sup>GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, p. 52.

cumpliría con la regla clásica de ser parte integrante respecto al bien como todo, la norma establece un supuesto de excepción en virtud del cual con la inscripción del reglamento interno y la posterior independización de unidades inmobiliarias se desmiembra físicamente el predio original y se origina un grupo de nuevos predios independientes, aunque, a diferencia del derecho de superficie, con vocación de perpetuidad.

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

*"De los Mozos parangona, desde los puntos de vista hipotecario y urbanístico, el derecho de superficie y la propiedad horizontal, señalando que esta última comprende como accesorio el derecho al suelo mediante el porcentaje de participación en la comunidad, y esto falta como soporte en el derecho de superficie, que solo se extiende al vuelo; pero estima que ello no justifica la diferencia de trato legal, en cuanto la propiedad horizontal ha obtenido una autonomía civil y registral de la que carece el derecho de superficie"<sup>299</sup>.*

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

---

<sup>299</sup> SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil*. Tomo II. Derecho de Cosas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973, p. 621.

se produce en la propiedad horizontal sean objeto de publicidad registral, como es el caso de la inscripción del reglamento interno, de la junta de propietarios, etc.

Uno de los elementos importantes de las normas registrales sobre la propiedad horizontal es justamente la independización de las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva en partidas autónomas. Esta posibilidad es importante porque, de la misma manera que en la superficie, la característica de la separación trae consigo una división del predio en varias secciones. Donde antes había un solo predio y, consiguientemente, una sola partida registral, con la propiedad horizontal pasan a existir, por ejemplo, una decena de predios de propiedad exclusiva. Cada uno necesita su propio folio real porque cada una de las partidas independizadas será el sustento de posteriores inscripciones de cargas, gravámenes, transferencias y demás actos inscribibles.

Al igual que con la superficie, el apoyo físico de una sección exclusiva sobre otra en un régimen de propiedad horizontal tampoco tiene como consecuencia un derecho real específico que regule tal situación, sino solamente existen los derechos de propiedad exclusivos y un reglamento interno que regula las particularidades de las relaciones de vecindad al interior de un edificio.

En vista de ello, consideramos que así es como debe interpretarse la posibilidad abierta por el artículo 141 del actual Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Esta nueva partida registral que se crea para el derecho de superficie y que, por ejemplo, no se crea para otros derechos reales menores (usufructo, servidumbre, etc.), motiva que el tratamiento de la propiedad superficiaria sobre el sobresuelo deba recibir el mismo tratamiento que las unidades inmobiliarias de propiedad exclusiva en la propiedad horizontal: el tratamiento de predios independientes.

Como hemos señalado antes, el progreso de la técnica ha hecho que justamente el área técnica de los registros públicos haga un trabajo más detallado y preciso en la identificación de los inmuebles que forman parte del registro de propiedad. Sin embargo, aún parece existir la

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

El método actual de publicidad registral, ya no solo hablando del sistema peruano sino también de sistemas como el alemán debe ir sofisticándose. Considerado un sistema eficiente dentro de los distintos países que comparten el Derecho continental y frente al sistema francés de transcripción, los mecanismos de publicidad del Derecho intermedio y las formas solemnes de transmisión en el Derecho romano, "[e]l sistema alemán se basa principalmente en el registro de los inmuebles o fincas, que se concreta con la llamada "hoja fundiaria" o, para usar el lenguaje que se ha difundido entre nosotros, el "folio real"<sup>300</sup>.

En esa línea, el profesor Jorge Avendaño explica la manera en que funciona el registro de propiedad inmueble alemán (que es esencialmente la forma en que funciona también nuestro registro) donde creemos que se refleja la concepción bidimensional con que se toma a los inmuebles:

*"Sistema alemán.- Está organizado bajo el folio real. Para cada finca se reserva "una hoja". Existen dos libros: el Flurbuch, que es un catastro perfecto y que representa el elemento físico de los inmuebles. En él se encuentra la descripción*

---

<sup>300</sup> MOISSET DE ESPANES, Luis. *La publicidad registral*. Lima: Palestra, 2004, pp. 65-80. En: BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. *Derecho registral y notarial. Selección de textos*. Vol. 2. Lima: PUCP, 2007, p. 13.

*del bien, su topografía, linderos, área, naturaleza, etc., y el [Grundbuch], que es el registro legal, en el que corren inscritos los derechos sobre inmuebles*<sup>301</sup>.

Aún hablando del sistema alemán, creemos que a la luz del planteamiento hecho en este trabajo, este sistema resulta limitado por cuanto no refleja de manera suficiente la realidad. Considera al predio solamente en dos dimensiones a través de medidas perimetrales y linderos y no delimitarlo tridimensionalmente, como en la realidad existen los predios. La configuración física del sobresuelo transferido en virtud de un derecho de superficie e incluso de la sección de propiedad exclusiva dentro de un régimen de propiedad horizontal exceden los parámetros clásicos de descripción de un terreno plano.

No debe olvidarse que el derecho registral es fundamentalmente un derecho instrumental que tiene como objetivo la publicidad de las situaciones jurídicas (aunque excepcionalmente existen los casos en que la inscripción registral tiene efectos constitutivos), razón por la cual eventualmente creemos que los Registros Públicos llegarán a recoger esta concepción tridimensional del predio. Así como en un comienzo se establecían linderos mediante referencias físicas inexactas (canales de agua, cerros, vías de circulación, propiedades vecinas), posteriormente se pasó a utilizar medidas perimétricas en metros lineales y actualmente se utilizan métodos técnicos más avanzados como las coordenadas UTM, también en la delimitación vertical de los predios se irán desarrollando los mecanismos para que cada unidad inmobiliaria independiente, ya sea que se encuentre en un régimen de propiedad horizontal o en un régimen bajo el derecho de superficie, pueda recibir la adecuada publicidad a través de los registros públicos.

#### **6.1.5. Consecuencias en el derecho público**

---

<sup>301</sup> AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *Apuntes de derecho registral*. En: DERECHO Revista de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. En: BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. *Derecho registral y notarial. Selección de textos*. Vol. 2. Lima: PUCP, 2007, p. 19.

En último lugar, somos también de la opinión que el planteamiento realizado en este trabajo tiene importantes consecuencias en el campo del derecho público. Si bien éste está paradigmáticamente diferenciado del campo del derecho privado, la realidad del sistema jurídico determina que ambos campos se interrelacionen estrechamente ya por las implicancias de los negocios privados frente a obligaciones o límites de carácter público (limitaciones urbanísticas, expropiaciones, tributos, etc.), ya porque el propio Estado actúa en determinados casos en situaciones que lo asemejan a un sujeto privado (en el campo de la contratación administrativa y en el de los bienes estatales de dominio privado). Es en este contexto que la redefinición del derecho de superficie también tiene repercusiones en los campos en los que la actividad estatal entra a tallar con la aplicación de esta figura.

Por un lado, resulta importante tratar las consecuencias tributarias de la reconfiguración del derecho de superficie como una modalidad de la propiedad. Contra lo que clásicamente se entiende respecto de la superficie, este derecho debería dejar de ser considerado como similar a un derecho de usufructo o a un contrato de arrendamiento, es decir, una mera cesión de uso de un inmueble para pasar a ser tratado como un negocio que realmente transfiere la propiedad del sobresuelo.

En esa línea, entre los tributos que gravan el patrimonio, se encuentra el impuesto predial. Éste tendría que ser cobrado por los acreedores y/o administradores tributarios (por ejemplo la SUNAT, el SAT o las municipalidades) de manera independiente al propietario superficiario y al propietario del suelo en función al valor de sus inmuebles. Ello porque, como hemos señalado, ambos son propietarios de bienes jurídicamente independientes, el sobresuelo y el suelo.

Similar situación se produce por el lado del impuesto de alcabala, su tasa de 3% sobre el valor de transferencia tendría que ser aplicable al contrato de superficie, puesto que con él se produce la transferencia de un bien inmueble a favor del propietario superficiario. Si bien esto resulta una consecuencia del razonamiento jurídico y económico subyacente explicado en

los anteriores capítulos, ello también haría necesarias modificaciones en los aspectos operativos de estos tributos, en tanto que, a pesar de encontrarse el derecho de superficie en las hipótesis de incidencia, el procedimiento de determinación del impuesto requiere de elementos como el autoavalúo en los que todavía no se cuenta con elementos (p. ej. la determinación del valor individual del sobresuelo) que permitan materializar el cobro de dichos impuestos<sup>302</sup>.

Asimismo, en lo que respecta al impuesto a la renta, existe la circunstancia en el contexto del derecho de superficie de que usualmente los sujetos involucrados son empresas, de modo que, con independencia del tipo de negocio, sería aplicable al propietario superficiario la tercera categoría del impuesto a la renta por el negocio que lleve a cabo en el sobresuelo. Lo propio si la posición de concedente del derecho la tiene también una empresa. No obstante, puede darse el caso de que la posición de concedenterecaiga en una persona natural.

En estos casos, el hecho de que la superficie conceda un derecho de propiedad sobre el sobresuelo podría motivar la interpretación de que se trataría de un supuesto de ganancia de capital para efectos del impuesto a la renta. En ese sentido, la consecuencia de nuestro planteamiento sería que un contrato de superficie se enmarcaría en lo correspondiente a segunda categoría y no a primera categoría del impuesto a la renta, por no tratarse de una mera cesión del uso de un inmueble.

No obstante, al respecto se sostiene que, a pesar de tratarse de personas naturales, el bien dado en superficie es uno que será utilizado para fines comerciales. Ello pone en cuestión que una persona natural tenga interés en usarlo para fines personales o familiares, lo que demuestra que el bien es uno adquirido con un destino de inversión (*animus lucrandi*) y, como consecuencia, debería tributar la persona natural también en ese ámbito en tercera categoría del impuesto a la renta<sup>303</sup>.

---

<sup>302</sup> RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier. Entrevista realizada el 24 de julio de 2013.

<sup>303</sup> RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier. Entrevista realizada el 24 de julio de 2013.

Por otro lado, en cuanto al impuesto general a las ventas (IGV), con esta redefinición del derecho de superficie, se dejaría de cobrar un tributo que actualmente se cobra. El contrato de superficie por su similitud económica con el contrato de arrendamiento recibe hoy en día un tratamiento contable similar al de dicho contrato<sup>304</sup>.

No obstante, afirmar que con el contrato de superficie se produce una transferencia de la propiedad sobre un inmueble (el sobresuelo) y no una cesión temporal tiene como consecuencia que este contrato no se encuentre dentro de la hipótesis de incidencia de este impuesto. No se produce la transferencia de un bien mueble, ni de ninguno de los bienes listados en el artículo 3-b de la Ley del IGV. Tampoco hay un *servicio*, que es como se trata al arrendamiento para efectos de dicho impuesto. Finalmente, tampoco se produce en ese contexto una *primera venta de inmueble por parte del constructor* que motivaría también el pago de IGV, en tanto que al respecto se interpreta que ello implica necesariamente la existencia de un predio en el que existe una construcción ya culminada<sup>305</sup>. En consecuencia, el contrato de superficie según nuestra definición de este derecho estaría inafecto al IGV.

Un campo diferente es el que corresponde al derecho administrativo, dentro del cual existen varios ámbitos que contienen referencias al derecho de propiedad, en los que se plantearía el mismo ejercicio que hemos venido haciendo. En primer lugar, sería directamente al propietario superficiario al que se consideraría titular y administrado en todos los procedimientos administrativos que tengan que ver con el predio, como pueden ser los certificados de parámetros, de jurisdicción, de zonificación, la licencia de obra, la conformidad de obra e incluso el procedimiento de habilitación urbana, siendo exigibles también a él todas las limitaciones al derecho de propiedad predial que se establezcan en función al interés público.

<sup>304</sup> Según el informe de SUNAT de fecha 18 de diciembre de 2012: Informe N.º 133-2012-SUNAT/4B0000.

<sup>305</sup> RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier. Entrevista realizada el 24 de julio de 2013.

Similar consideración tendría que tenerse si es que se tratara de una limitación aún más gravosa al derecho de propiedad como el de la expropiación. Actualmente nada se dice respecto a la posibilidad de que se expropie un derecho de superficie de quien en un momento dado tenga la propiedad de un predio. Pero bien podría ser un mecanismo válido el poder expropiar no ya toda la propiedad y extraer todo el derecho del patrimonio del administrado, sino solamente la propiedad temporal del sobresuelo. De este modo, dentro de un determinado periodo de tiempo, el beneficiario de la expropiación realizaría la explotación del bien, sin perjuicio de que luego del tiempo establecido para la superficie, regrese la propiedad del sobresuelo al propietario original. Dicha expropiación de la propiedad del sobresuelo se registraría también por las mismas reglas y con las mismas garantías de la expropiación normal.

Finalmente, ya hemos señalado que en el ámbito de los bienes del Estado que se encuentran bajo el régimen de dominio privado sí existe una normativa en lo que toca a la constitución de un derecho de superficie<sup>306</sup>. Justamente el motivo de ello es que el contexto de los bienes estatales es uno en el que el derecho de superficie puede resultar sumamente atractivo. Es particularmente difícil que una entidad pública se desprenda definitivamente de un bien, por lo que la concesión de un derecho de propiedad temporal (en este caso del sobresuelo), permite dinamizar el patrimonio estatal con beneficios para el Estado y para el particular, quien, al tener un derecho exclusivo sobre el bien evita que se produzca una infraexplotación o una sobre explotación del bien<sup>307</sup>.

En este caso, al existir normas que regulan de manera general la concesión de derechos de superficie sobre los bienes estatales, las consecuencias de nuestro planteamiento se limitarían a señalar que también dichos derechos tendrían que interpretarse considerando que se trata de una mera modalidad del derecho de propiedad.

---

<sup>306</sup>Reglamento de la Ley N° 29151 General del Sistema de Bienes Estatales aprobado por Decreto Supremo N° 007-2008-VIVIENDA y Directiva N° 007-2004/SBN.

<sup>307</sup> LOPEZ RAMON, Fernando. *Teoría jurídica de las cosas públicas*. En: Revista de Administración Pública N° 186, septiembre-diciembre de 2011, Madrid, p. 15.

## 6.2. Normas especiales

Además de la aplicación de las normas referidas a la propiedad, las características de la separación y de la temporalidad generan en el caso del derecho de superficie la necesidad de que se establezcan ciertas normas especiales para su regulación. Esta circunstancia no es en modo alguno una contradicción con lo afirmado hasta el momento ya que ambas consecuencias tratadas en este capítulo son complementarias y no se contradicen entre sí.

No obstante, no se puede negar que la materialización de esta segunda consecuencia sí tiene mayores costos en el aspecto político, debido a que implica la introducción o modificación de normas en el ordenamiento jurídico. No obstante, ello no necesariamente se tiene que dar a través de una ley especial sobre el derecho de superficie como se ha hecho en otros ámbitos, sino también a través de la inclusión de algunos artículos fundamentales en el Código Civil<sup>308</sup> e incluso a través de la emisión de una Directiva de SUNARP para efectos de los aspectos registrales. Veamos cuál es el contexto que motiva esta segunda propuesta.

En el Código Civil peruano, a diferencia de lo sucedido con otros derechos reales como el usufructo<sup>309</sup>, se hace una parca regulación del derecho de superficie<sup>310</sup> a través de solamente cinco artículos:

---

<sup>308</sup> El profesor Rómulo Morales considera que un Código Civil es el que debe contener aquellas instituciones que tienen una vocación de permanencia, en contraposición a las leyes especiales que tienen, más bien, la finalidad de regular situaciones que se extienden en un ámbito temporal más limitado (MORALES HERVIAS, Rómulo. *Coloquio de Presentación de la serie Cuadernos de Trabajo del CICAJ del Departamento de Derecho de la PUCP*. Ponencia. 20-06-2013).

<sup>309</sup> El usufructo es regulado en nuestro Código Civil en 27 artículos.

<sup>310</sup> Por lo demás, cabe resaltar que la escasa regulación proviene desde el Código Civil de 1936: “El Código Civil de 1936 no le dio la necesaria importancia jurídica al derecho de superficie, le llegó a asignar un tratamiento legislativo ineficaz y confuso al involucrarlo dentro del título de usufructo, en abierta impertinencia como lo demuestran los numerales 958 y 959 del citado Código. En el actual Código Civil (artículos 1030 a 1034), se halla ubicado en el Título V del Libro V, Derechos Reales, aún con muchas deficiencias, pero con la autonomía necesaria” (GONZALEZ LINARES, Nerio. *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 635).

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

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

*“Artículo 1599: Tienen derecho de retracto:  
(...)*

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

Dichas normas, si bien nos han permitido realizar el planteamiento hasta el momento explicado y sustentan la posibilidad de que al derecho de superficie se le dé el tratamiento de una modalidad del derecho de propiedad, pueden sí ser aclaradas y ampliadas, de modo que otorguen un mayor marco de certeza y de reducción de costos de transacción para los operadores jurídicos.

Así se ha hecho ya en el caso de otras modalidades de propiedad con los artículos sobre copropiedad en el Código Civil y la entera legislación de propiedad horizontal. Así se ha hecho ya, además, en otros sistemas jurídicos específicamente respecto al derecho de superficie de los cuales es posible recoger algunas nociones para conciliarlas con la utilidad que este derecho puede tener en nuestro país.

Por ello, a continuación vamos a tratar de recoger algunos aportes del sistema jurídico alemán con el cual el autor tiene mayor familiaridad y que justamente respecto del derecho de superficie tiene una regulación extraída del Código Civil por tener los mismos inconvenientes que actualmente sufre este derecho en Perú. A este efecto, vamos a realizar una introducción

al derecho de superficie según las características propias del BGB, para posteriormente referirnos a la propia Ley sobre el Derecho de Superficie de ese país y, finalmente, analizar los aportes e incompatibilidades de dicha normativa con el contexto socio-jurídico peruano.

### 6.2.1. Código Civil alemán

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

El antiguo Sacro Imperio Romano Germánico había sobrevivido precariamente por siglos hasta la llegada de Napoleón I, pero en su territorio la dispersión legislativa era tal que, bien entrado el siglo XIX, ciertas zonas se regían por el *Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch* austríaco, otros territorios prusianos como Westfalia por el *Preußisches Allgemeines Landrecht*, en la provincia del Rin, Alsacia y Lorena se aplicaba el Código Napoleón, en Baden se aplicaba el *Badisches Landrecht*, etc.<sup>311</sup>.

Es así que de manera previa al BGB,

*"el Código prusiano, promulgado en 5 de Enero de 1794 (Allgemeine Landrecht für die Preussischen Staaten) no reconocía el principio superficies solo cedit como una necesidad jurídica. (...) El derecho superficiario, en el citado Código, no tenía ninguna denominación especial. Figuraba incluido entre las servidumbres y, como se ha dicho producía dos propiedades separadas (...)"*<sup>312</sup>.

<sup>311</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law)*. (Traducción Propia). En: EBKE, Werner y Matthew Finkin. *Introduction to German Law*. Londres: C.H. Beck. Kluwer, 1996. p. 3.

<sup>312</sup> GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, p. 52.

En otras regiones de Alemania, por ejemplo en Sajonia, se consideraba que era una servidumbre personal y había también el derecho de cueva o *Kellerrecht*, mientras que en Baviera se lo consideraba como un tipo de propiedad dividida y el contrato de superficie se incluyó en un proyecto de ley de 1860 que no llegó a ser ley<sup>313</sup>. "También en los ducados de Schleswig-Holstein es frecuente que el dueño de un solar, las más de las veces con jardín, conceda el derecho de construir y tener una casa sobre el mismo durante treinta años o por la vida del titular"<sup>314</sup>.

Éste fue el contexto en el que se promovió la elaboración de un Código Civil recogiendo todo el desarrollo de la Pandectística y de la Escuela Histórica del Derecho, uno de cuyos objetivos fue asentar el concepto de nación en el territorio unificado que ahora conocemos como Alemania. Es el contexto también del debate sobre la codificación abierto por Friedrich Thibaut apelando a la desarmonía legislativa del derecho civil alemán, posición que tuvo el conocido escepticismo de Friedrich Carl von Savigny acerca de la utilidad de la implementación de un enorme plan sistemático para resolver los problemas legales alemanes<sup>315</sup>.

Ahora bien, el BGB tiene ciertas particularidades como es el caso de su dogmatismo y tecnicismo que, si bien permitió tener un cuerpo legislativo sistemáticamente estructurado, dificulta su comprensión por parte de quienes realizan una lectura inicial o superficial<sup>316</sup>. Sin embargo, también el BGB recogió ciertas ideas provenientes de la revolución liberal que se trajo abajo la sociedad estamentaria a finales del siglo XVIII. Una de ellas es justamente la de la concepción individualista del derecho de propiedad. "A través del desarrollo del derecho

---

<sup>313</sup> GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, pp. 56 y 57.

<sup>314</sup> GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922, p. 70.

<sup>315</sup> BACKHAUS, Jürgen. *The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation*. En: *European Journal of Law and Economics* 7:5 - 14 (1998), p. 7.

<sup>316</sup> ZIMMERMANN, Reinhard. *An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law)*. (Traducción Propia). En: EBKE, Werner y Matthew Finkin. *Introduction to German Law*. Londres: C.H. Beck. Kluwer, 1996. p. 9.

provocado por la revolución francesa se impuso en el siglo XIX la noción individualista de la propiedad”<sup>317</sup>.

Este es el contexto que permite entender, tanto en Alemania como en nuestro país, las razones de la marginación legislativa de una figura que busca la separación de la propiedad como es el derecho de superficie. No se trata, pues, de una deficiencia legislativa solamente nuestra. Lo cierto es que, al tratarse el derecho de superficie de una limitación de particular incidencia en el propietario del suelo, constituía un “cuerpo extraño” dentro del sistema de propiedad del nuevo derecho alemán y según los propios comentaristas alemanes “recibió por ello entre los §§ 1012 a 1017 BGB solo una muy incompleta regulación”<sup>318</sup>. En dichos párrafos se regulaba:

§ 1012: Definición del derecho de superficie.

§ 1013: Extensión a una parte del terreno no necesaria para la construcción.

§ 1014: Prohibición de la limitación a una parte de un edificio.

§ 1015: Formalidad para la constitución del derecho.

§ 1016: No extinción en caso de destrucción de la construcción.

§ 1017: Aplicación de las normas sobre predios a la superficie<sup>319</sup>.

Resulta evidente, la influencia de esta regulación en las normas que aún hoy regulan el derecho de superficie en el Perú. Tal como se ha explicado para el caso peruano, esta menuda regulación del derecho de superficie en el derecho alemán<sup>320</sup> tuvo como consecuencia durante un tiempo el desuso de esta herramienta por parte de los ciudadanos alemanes, más aún

<sup>317</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 14.

<sup>318</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 14.

<sup>319</sup> Traducción libre

<sup>320</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 2.

cuando el BGB ofrecía mayores opciones en comparación a las que ofrece, aún hoy, nuestro sistema en cuestión de contratos temporales, ya sean éstos con efectos obligacionales o reales.

En palabras que serían directamente aplicables al caso peruano, Helmut Freiherr von Oefele y Karl Winkler señalan que “debido a la incompleta regulación del BGB (§§ 1012–1017) se originó un sinnúmero de disputas jurídicas, lo que es más, en asuntos importantes [en relación al derecho de superficie]”<sup>321</sup>. Justamente por este motivo es que, una década después de la entrada en vigor del BGB, se promovió la reforma de la normativa de este derecho, con el objetivo de “crear un marco jurídico de estabilidad para la superficie”<sup>322</sup>.

Las reformas legislativas en torno al derecho de superficie no fueron más que una parte de una reforma socio-económica mayor que se denomina la *Bodenreform* (Reforma del Suelo). El problema social en este contexto de los años posteriores a la primera guerra mundial fue el acceso a la vivienda. Para este problema el derecho de superficie servía como un instrumento muy atractivo, puesto que permitiría acceder a un derecho de propiedad sobre una vivienda con un costo total menor al que significaría la adquisición definitiva de la propiedad. “La Reforma del Suelo en Alemania (...) entonces tenía como objetivo por medio del vagamente utilizado instituto del derecho de superficie, luchar contra la especulación del suelo y ensanchar a su vez la posibilidad de la población de adquirir una vivienda propia”<sup>323</sup>.

El problema de la temporalidad del derecho no resultaba tal, debido a que al extenderse –de manera similar al caso peruano- por un plazo de 99 años, se excluía cualquier necesidad de renovar el contrato por el tiempo de vida de una persona, excluyéndose solamente la posibilidad de heredar una propiedad a los descendientes, quienes, para esto, ya se habrían

---

<sup>321</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 16.

<sup>322</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 16.

<sup>323</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p.14.

hecho seguramente de un patrimonio propio. “La limitación temporal juega apenas un rol para el superficiario debido a la, por regla, larga duración (99 años), por lo que para él el derecho de superficie cumple en la práctica el mismo servicio que un predio adquirido a través de una compraventa”<sup>324</sup>.

En el mismo sentido: “Debido a la larga duración del derecho de superficie (normalmente 75 o 99 años) pierde importancia la limitación temporal, más bien, el titular del derecho de superficie ahorra el precio del predio”<sup>325</sup>. Ello, sumado a las facilidades de financiamiento alrededor de la hipoteca del derecho de superficie, convertía a este derecho en una atractiva herramienta para combatir la especulación inmobiliaria para efectos de la *Bodenreform*.

Lo más interesante de lo descrito para nosotros es el hecho de que un contexto similar se reproduce hoy en día en nuestro país. El déficit de vivienda en el Perú descrito en la introducción de este trabajo constituye un problema social que puede encontrar una respuesta en un mecanismo como el derecho de superficie aún cuando nuestras ciudades carezcan de terrenos nuevos urbanizables. Seguramente comparar nuestro contexto actual con el alemán nos arrojaría diferencias realmente notorias, pero con el contexto alemán en el que se promulgó la Ley sobre el Derecho de Superficie existen similitudes importantes que hacen interesante el estudio de dicha normativa para el contexto peruano.

### 6.2.2. Ley sobre el Derecho de Superficie

Para llegar a ser atractivo, al derecho de superficie no le bastaba la sucinta regulación que contenía el BGB en sus 6 párrafos, de modo que se decidió extraer el derecho de superficie

<sup>324</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p.17.

<sup>325</sup> RANFT, Wilfried. *Die Verdinglichung des Erbbaurechtsinhalts*. (Traducción Propia) Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doctor iuris utriusque der Hohen-Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, 1991. pp. 1-2.

de este cuerpo de normas y trabajar una norma específica que amplíe los alcances de este derecho y rellene todos los vacíos y la inseguridad jurídica que tenía previamente. De esta manera, se promulgó el 15 de enero de 1919 la Ordenanza sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsverordnung*), la misma que entró en vigencia el 22 de enero del mismo año.

Salvo algunas modificaciones de menor importancia, esta norma se mantiene vigente hasta hoy, habiendo sido en el año 2007 aclarada y confirmada su naturaleza, pasando de ser una ordenanza a ser una Ley sobre el Derecho de Superficie (*Erbbaurechtsgesetz*)<sup>326</sup>. Una breve referencia de su contenido es la siguiente:

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

---

<sup>326</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p.14.

- V. Término (§§ 26-34): Se refiere a los diferentes aspectos que conciernen al momento de finalización del plazo del derecho de superficie como es la renovación, el derecho de reversión y el estado de la construcción, así como el caso de la finalización por resolución.

Sin llegar a ser excepcionales, los resultados de la reforma legislativa del derecho de superficie fueron positivos, incluso en relación al número de casos de propiedad horizontal y, especialmente en el tiempo posterior a la segunda guerra mundial, como se desprende de los datos sobre los derechos de superficie constituidos en los *Länder* alemanes *Bayern* y *Hessen*: “Existían según las investigaciones realizadas en los Registros Públicos de los Ministerios de Justicia de Bayern y Hessen (1970) en total la siguiente cantidad de derechos de superficie: en Bayern 39278, en Hessen 19556 (...)”<sup>327</sup>.

En adición a ello, también han sido ámbitos de aplicación del derecho de superficie las propiedades del Estado, de las Municipalidades y de Instituciones Religiosas, así como las construcciones comerciales e industriales<sup>328</sup>, lo que evidencia el potencial de la figura no solo el ámbito de vivienda sino en el de propiedades públicas y religiosas. No obstante, en el contexto alemán, el derecho de superficie para fines de vivienda aún se enfrenta a un tradicional y no necesariamente fundamentado deseo de los particulares de tener la seguridad de contar con un derecho de propiedad en el sentido más estricto.

A pesar de ello, aún hoy se pueden observar ofertas de viviendas a través del derecho de superficie por parte de empresas inmobiliarias alemanas, las cuales se preocupan por explicar los atractivos de la figura, entre los cuales resalta el beneficio económico: en la comparación de un derecho de superficie pagado mensualmente con la adquisición de

<sup>327</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 18.

<sup>328</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p.19.

propiedad mediante una hipoteca pagada también mensualmente, el costo del derecho de superficie resulta siendo alrededor de la mitad respecto al derecho de propiedad, a pesar de que otorga iguales posibilidades al propietario superficiario en el periodo prolongado en que se puede constituir<sup>329</sup>.

### 6.2.3. Aportes

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

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

---

<sup>329</sup> BAUMARKT. *Erbbaurecht - wie funktioniert das?*. (Traducción Propia) En: <http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das> (consulta 02-07-2012).

continuación recogeremos de la experiencia alemana algunos aspectos que consideramos de utilidad en una eventual regulación de este derecho en nuestro país.

- a) Normas sobre propiedad: en la línea del planteamiento de que la superficie es una modalidad de la propiedad, resultaría conveniente incluir como en la Ley sobre el Derecho de Superficie la referencia expresa a que las normas sobre propiedad contenidas en el Código Civil son de aplicación directa a la propiedad superficiaria, en cuanto éstas no se opongan a las particularidades de este tipo de propiedad. Con ello se lograría zanjar la discusión acerca de si estas normas son de aplicación directa o si lo son por analogía e incluso si son aplicables por analogía las normas sobre el derecho de usufructo por ser también un “derecho real menor”.
- b) Normas sobre rango y preferencia: tanto en el sistema alemán como en el peruano, el derecho de superficie necesita tener reglas claras en cuanto a su relación respecto a los demás derechos, cargas y gravámenes constituidos con anterioridad o con posterioridad en el inmueble. Si bien las normas generales ya lo establecen así (el artículo 2022 del Código Civil peruano y, a la vez, el principio *nemo plus iuris*), sería necesario solucionar un debate común que es el conflicto entre una hipoteca y un derecho de superficie posteriormente inscrito, situación a la que tendría que aplicarse el principio de prioridad temporal en la inscripción registral.
- c) Normas sobre su constitución y transferencia: si bien ya existe el artículo 1031 del Código Civil peruano, sería conveniente establecer que las normas aplicables a la transferencia de bienes inmuebles, a la concurrencia de acreedores sobre bien inmueble, a fe pública registral, etc. son también de directa aplicación al derecho de superficie. Asimismo, es importante la aclaración de que el comprador de un derecho de

superficie va a recibir el derecho en los términos contractuales establecidos en el contrato de superficie, por lo que las normas registrales deberían tender hacia permitir el conocimiento del contenido de dicho contrato<sup>330</sup>. A esto es importante agregar la necesidad de derogar el derecho de retracto por el perjuicio que causa al tráfico de los bienes sobre los cuales recae un derecho de superficie. Del mismo modo, resultaría conveniente aclarar la posibilidad de adquirir de forma originaria un derecho de superficie, específicamente mediante la prescripción adquisitiva.

- d) Normas sobre el contenido contractual: En la Ley sobre el Derecho de Superficie se hace la distinción entre el contenido legal y el contenido contractual del derecho de superficie, a efectos de que aquellos pactos que realicen las partes sean considerados como elementos de este derecho real<sup>331</sup>. Ésta constituiría una opción para dotar de efecto real al contenido del contrato de superficie. Adicionalmente, al tratarse de pactos de las partes, una segunda alternativa sería la incorporación de un subtipo del contrato de compraventa que vendría a ser el “contrato de compraventa de superficie” que contenga ciertas reglas adicionales a las generales de dicho contrato. Tal como se hace con la generalidad de contratos, estas reglas supletorias reflejarían los pactos que usualmente se utilizan en un contrato que ciertamente ya tiene una “tipicidad social”<sup>332</sup>.

<sup>330</sup> INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010, p. 20

<sup>331</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p. 16.

<sup>332</sup> El concepto de tipicidad social está referido a aquellos contratos que, si bien no están regulados en las normas del ordenamiento –contratos atípicos–, sí tienen una tipificación en la práctica cotidiana de las personas a través de reglas que, en términos generales, se repiten y respetan. Estas reglas nacen en los usos y costumbres, es decir, en las prácticas comerciales, pero además son recogidas en doctrina, de modo que los mecanismos de interpretación e integración de estos contratos son paralelos a lo previsto en las normas que regulan las relaciones jurídico-privadas. Al respecto, es necesario que se produzca un uso reiterado, frecuente y uniforme que determine que la doctrina o la jurisprudencia reconozcan ese tipo “social” como correlato de una realidad socioeconómica (DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2da. Edición. Tomo I. Lima: Palestra Editores, 2007, p. 154).

- e) Normas sobre incumplimiento: en la misma línea del contenido contractual del derecho de superficie, sería conveniente establecer un conjunto de normas supletorias que reflejen el uso común de este derecho, quedando a salvo el poder de las partes de establecer pactos específicos en función a sus propios intereses. Siguiendo la propuesta alemana, en el caso de los eventuales incumplimientos en el contexto de un derecho de superficie se establecería una consecuencia distinta a la resolución del contrato y la consiguiente extinción del derecho de superficie, debido a la precariedad que esta situación produciría en este derecho. En dicha eventualidad, se optaría por privilegiar la tutela de cumplimiento a través de un mecanismo que permita recurrir a los ingresos del negocio llevado a cabo en el inmueble, sin llegar a la extinción del derecho de superficie. Naturalmente, esta sería una solución supletoria al pacto de las partes.
- f) Normas sobre disposición: en la línea del anterior tópico, otro elemento a recoger sería la solución de la discusión sobre la posibilidad de disponer sobre el derecho de superficie sin el consentimiento del propietario a través de una norma supletoria que así lo permita, sin impedir el poder de las partes de pactar en contra. En principio, actualmente el artículo 1031 del Código Civil peruano establece que el derecho de superficie es transmisible. Sin embargo, la circunstancia de que el superficiario y todos sus derechos y obligaciones formen parte de un contrato de superficie vigente entre él y el propietario del suelo, puede sustentar el pedido del propietario del suelo de que se requiera su consentimiento, si es que, en los hechos, se produce una cesión de la posición contractual del superficiario, más aún si no se conoce si el nuevo superficiario dará la misma seguridad que el anterior superficiario en el cumplimiento del contrato. Dicha discusión quedaría cerrada en caso se estableciera como regla supletoria el derecho a disponer del superficiario sin requerir del consentimiento del propietario del predio.

- g) Normas sobre el canon: la contraprestación del derecho de superficie, que en doctrina recibe el nombre de *canon superficiario*, es nada más que mencionada en el inciso 4 del artículo 141 del Reglamento de Inscripciones del Registro de Predios. Sin embargo, como se hace en la Ley sobre el Derecho de Superficie, resulta de utilidad establecer el canon como una carga real o una obligación *propter rem* del derecho de superficie a favor del propietario del predio. Si bien este concepto alemán no es tan conocido en el sistema de propiedad peruano, puede asimilarse a una servidumbre salvo en el extremo en que el beneficiario no tiene que ser un predio dominante, sino lo puede ser una persona y la prestación puede consistir en una prestación dineraria. Con esto se permitiría vincular el canon superficiario con el derecho de superficie, de modo que, aún cuando este derecho sea transferido, la obligación de pagar el canon automáticamente se transfiera y pase a estar a cargo del nuevo superficiario y no siga con el anterior superficiario como sería la regla según las normas generales de obligaciones.
- h) Normas sobre teoría de la imprevisión: la Ley sobre el Derecho de Superficie aborda el tema de la imprevisión en relación a la posibilidad de cambios en las circunstancias que sirvieron de base para la constitución inicial del derecho de superficie. Debido al prolongado plazo que se permite para el derecho de superficie, que en Alemania también se acepta que puede extenderse hasta 99 años, nos encontramos ante una relación contractual sumamente prolongada entre el superficiario y el propietario del predio. Por esta razón, resulta conveniente considerar, también de manera supletoria a la voluntad de las partes, una referencia expresa a las normas sobre excesiva onerosidad de la prestación o una norma específica sobre teoría de la imprevisión para el contrato de superficie para los casos en que dentro del plazo de éste se presenten

cambios sustanciales en el valor del terreno, en el valor de la moneda o en cualquier otro factor que afecte la base de celebración del negocio inicial.

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

A pesar de la importancia de los aspectos que se pueden recoger de la Ley sobre el Derecho de Superficie alemana, una apreciación crítica de la misma tendría que descartar algunos otros elementos que, si bien guardan concordancia con la finalidad de la norma en el contexto alemán de inicios del siglo XX, no se condicen con la utilidad que se buscaría otorgar al derecho de superficie en nuestro país.

Entre estos elementos tenemos (i) la prohibición a las partes de pactar condiciones resolutorias o cláusulas similares en el contrato por las cuales el derecho de superficie quede sin efecto antes del plazo pactado, (ii) la posibilidad del superficiario de pedir la reducción del canon superficiario con la eventual participación del juez, y (iii) el rango preferencial que se otorga al derecho de superficie por encima de otras cargas y gravámenes, y su continuidad incluso en caso de ejecución del predio.

Los referidos aspectos que propone la Ley sobre el Derecho de Superficie responden, por un lado, a la búsqueda de seguridad para aquél que financie la construcción de la

edificación confiando en la continuidad del derecho de superficie como garantía<sup>333</sup>, finalidad para la que resulta útil la prohibición de condiciones resolutorias y la preferencia de la superficie sobre otros gravámenes<sup>334</sup>. Ello no se justificaría desde nuestro punto de vista en nuestro sistema, puesto que de acuerdo a nuestro marco constitucional actual son las partes las llamadas a establecer las consecuencias que puedan tener los diferentes eventos regulados en el contrato.

Del mismo modo, tampoco podría inmovilizarse completamente la propiedad del predio impidiendo la inscripción de otros gravámenes. Por otro lado, las prohibiciones y controles tanto de cláusulas de resolución como del canon superficiario son reflejo de un intervencionismo en la regulación de este contrato que no se justificaría en el ámbito peruano porque desde un punto de vista institucional es la libertad privada la que rige en el campo de la autonomía privada.

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

---

<sup>333</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, pp.16-17.

<sup>334</sup> VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008, p.16.

absoluto en nuestro sistema o porque no hay una referencia a normas más generales del derecho civil que diriman discusiones en torno a esta herramienta jurídica.

En todo caso la mirada que se hace en el ámbito académico a los desarrollos jurídicos foráneos es de gran importancia, especialmente cuando se trata de sistemas jurídicos eficientes y, a la vez, de la misma familia jurídica como es el caso alemán. Pero este tipo de estudio implica siempre un análisis también del contexto y del sistema del cual provienen las instituciones, que es lo que hemos intentado hacer en este capítulo.



## VII. CONCLUSIONES

- 7.1. El derecho de superficie es una institución jurídica que ha ganado gran utilidad en los últimos años dentro del mercado inmobiliario. Sin embargo, su escasa regulación y la poca doctrina que existe sobre él generan diversos problemas de interpretación sobre su estructura conceptual. Ello dificulta no solo su comprensión teórica, sino fundamentalmente su aplicación.
- 7.2. En el presente trabajo de investigación se plantea como solución a dicho problema jurídico la hipótesis de que el derecho de superficie debe dejar de considerarse un derecho real limitado para pasar a considerarse como una modalidad del derecho de propiedad. Ello le otorgaría un completo estatuto jurídico del que hoy en día este derecho carece.
- 7.3. El planteamiento comienza definiendo desde una perspectiva funcional un conjunto de conceptos previos con especial énfasis en la categoría de *predio* y sus componentes: el suelo, el sobresuelo y el subsuelo; demostrando que el interés de los sujetos sobre dichos bienes no recae solamente sobre elementos materiales como la construcción o la tierra, sino también sobre el elemento espacial presente en el sobresuelo y en el subsuelo del predio.
- 7.4. Se estudia la definición legal y doctrinal del derecho de superficie y se determina que la posición predominante señala que este derecho tiene una doble naturaleza: es un derecho de propiedad especial sobre la construcción y, a la vez, e inseparablemente, un derecho real limitado sobre el predio.

- 7.5. El análisis crítico de esta definición clásica se hace de manera específica para cada elemento. Respecto al primer elemento, se descarta que el objeto de la propiedad superficiaria sea la construcción, puesto que el elemento útil para los sujetos es también el espacio en el que éstos pueden desarrollar sus actividades. Por ello se propone que el derecho de propiedad superficiaria debe recaer sobre el *sobresuelo*, que incluye tanto el elemento material (construcción) como el elemento espacial.
- 7.6. Respecto al segundo elemento —derecho real limitado sobre el predio—, se descarta que haya un derecho del superficiario sobre todo el predio, debido a que la construcción no se ubica físicamente en el suelo sino que solamente forma parte del sobresuelo. Por otro lado, el apoyo del sobresuelo en el suelo constituye una simple relación física, similar a la de dos predios colindantes, que no amerita establecer una relación jurídica especial entre el superficiario y el suelo que no le pertenece.
- 7.7. En atención a ello, frente a la doble naturaleza en la definición clásica del derecho de superficie, proponemos una definición propia más sencilla: Se trata de una *modalidad del derecho de propiedad cuyo objeto es el sobresuelo, de manera separada a la propiedad del suelo, con un plazo máximo de 99 años*. (i) Género próximo: derecho de propiedad; (ii) Diferencia específica 1: separación de la propiedad del sobresuelo y del suelo; y (iii) Diferencia específica 2: temporalidad.
- 7.8. El aporte de esta redefinición del derecho de superficie radica en que todas las normas del derecho de propiedad que existen en nuestro ordenamiento jurídico serán útiles para llenar los vacíos que la regulación del derecho de superficie pueda haber dejado, porque se trata éste último de una modalidad del derecho de propiedad. Lo propio

respecto a la experimentada doctrina y jurisprudencia que ya existe sobre el derecho de propiedad.

- 7.9. Al mismo tiempo, como cualquier modalidad del derecho de propiedad, requiere de ciertas normas que respondan a ciertas particularidades propias de la superficie. Para ello, por la profundidad con que se ha tratado este tema y la particular familiaridad del autor con el sistema jurídico alemán, se escogió la regulación del derecho de superficie en dicho país para buscar aportes al caso peruano desde un análisis comparativo.
- 7.10. Entendiendo la historia del Código Civil alemán, así como de la Ley sobre el Derecho de Superficie de ese país, rescatamos ciertos elementos que son útiles en el planteamiento de una norma que regule este derecho en nuestro país y se discriminan aquellos elementos que no serían favorables por la diferencia de contextos y de sistemas jurídicos entre ambos países.
- 7.11. Con la aplicación de las normas del derecho de propiedad y la introducción de algunas normas especiales consideraríamos cubierto el tratamiento necesario para que el derecho de superficie se desenvuelva mejor en los mercados en los que actualmente es utilizado e, incluso, se difunda como una herramienta atractiva en otros ámbitos de la economía donde puede resultar de gran beneficio.

## VIII. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO, Manuel. *Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 1977.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: WG Editor, 1993.
- ARIAS-SCHREIBER PEZET, Max y Carlos Cárdenas Quirós. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo V. Lima: Gaceta Jurídica, 1998.
- ASOCIACIÓN DE CENTROS COMERCIALES Y DE ENTRETENIMIENTO DEL PERÚ. *Shopping Center Development and Perspectives in Peru*. Mayo 2011. Disponible en <http://www.accep.org.pe/shopping-centers-mexico-2011.pdf> (Consultado el 22-05-2013).
- AVENDAÑO ARANA, Francisco. *La clasificación de los bienes*. En: DE BELAUNDE LOPEZ DE ROMAÑA, Javier et alt. (ed.) *Homenaje a Jorge Avendaño*. Vol. II. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- AVENDAÑO VALDEZ, Jorge. *La propiedad en el Código Civil*. En: PRIORI POSADA, Giovanni (Editor). *Estudios sobre la propiedad*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012.
- BACKHAUS, Jürgen. *The German Civil Code of 1896: An Economic Interpretation*. En: *European Journal of Law and Economics* 7:5 - 14 (1998).
- BALLESTER GINER, Eladio. *Derechos reales*. 3ra. Ed. Valencia: Organización Bello, 1989.
- BAUR, Fritz et alt. *Sachenrecht*. 18va. Edición. München: C.H. Beck., 2009.

- BAUMARKT. *Erbbaurecht - wie funktioniert das?*. (Traducción Propia)  
En: <http://www.baumarkt.de/nxs/387///baumarkt/alt/Erbbaurecht-wie-funktioniert-das>  
(consulta 02-07-2012).
- BORDA, Guillermo. *Manual de Derecho Civil. Reales*. 6ta. Ed. Buenos Aires: La Ley, 2008.
- BÖTTCHER, Roland. *Praktische Fragen des Erbbaurechts*. 2da. Edición. Köln: Kommunikationsforum. 1998.
- BOUR, Juan Luis. *La crisis europea: una mirada desde Latinoamérica*. Diálogo Político Año XXIX N° 1 - Marzo 2012.
- BULLARD GONZÁLEZ, Alfredo. *Derecho y Economía. El análisis económico de las instituciones legales*. 2da. Ed. Lima: Palestra, 2009.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La propiedad inconclusa*. En: *Ius et Veritas* N° 29 Año XIV.
- BULLARD GONZALEZ, Alfredo. *La relación jurídica patrimonial. Reales vs. Obligaciones*. Lima: Ara Editores, 1990.
- BURNEO, Kurt. *Crisis externa: ¿no nos pasará nada?*. En: *Brújula* N° 18, Año 10.
- CARCELLER FERNANDEZ, Antonio. *El derecho y la obligación de edificar*. Madrid: Montecorvo, 1965.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos. *El derecho real de superficie*. En: *Derecho PUCP* N°37 Diciembre de 1983.
- CASTAN TOBEÑAS, José. *Derecho civil español, común y foral*. 10ma. Ed. Madrid: Reus, 1965.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. *Los Derechos Reales*. Tomo I 4ta. Ed. Lima: Talleres Gráficos, 1973.

- CASTILLO FREYRE, Mario. *Tratado de los Contratos Típicos*. Tomo 1. Lima: Fondo Editorial PUCP y Palestra, 2010.
- CASTRO-POZO DÍAZ, Hildebrando. *Derecho urbanístico*. Lima: Grijley, 2007.
- DE LA FLOR MATOS, Manuel. *El fideicomiso*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1999, p. 103.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El contrato en general*. 2da. Edición. Lima: Palestra Editores, 2007.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. *La responsabilidad extracontractual*. 6ta. Ed. Tomo I. Lima: Fondo Editorial de la PUCP, 1999.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy. *Teoría general del derecho civil: 5 ensayos*. Lima: ARA, 2002.
- ENNECCERUS, Ludwig. *Tratado de Derecho Civil*. 1er. Tomo. Parte General. Vol. I. 2da. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1953.
- FONDO MIVIVIENDA. *Dinámica del déficit habitacional en el Perú*. Documento de trabajo disponible en <http://www.mivivienda.com.pe/NR/rdonlyres/5E7AF5DF-93D3-495D-8726-EE747F7416D4/5690/Din%C3%A1micadeld%C3%A9ficithabitacionalenelPer%C3%BA.pdf>(Consultado el 22-05-2013).
- FORNO FLOREZ, Hugo. *El principio de la retroactividad*. En: Portal de Información y Opinión Legal de la Pontificia Universidad Católica del Perú ([http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art55.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art55.PDF) Consultado el 12-10-2013)
- GARCÍA, Carlos J. *Crisis financiera en Europa y políticas públicas en Latinoamérica*. En: Diálogo Político. Año XXIX N°1, Marzo 2012.

- GALLARDO K, José D. *La crisis económica y los economistas de la PUCP*. En: Brújula N° 18, Año 10.
- GLASER, Hugo. *Das Erbbaurecht in der Praxis*. 2da Edición. Berlin: Neue Wirtschafts-Briefe. 1975.
- GONZALEZ-ALEGRE BERNARDO, Manuel. *Las relaciones de vecindad*. Barcelona: Nauta, 1967.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Jurista, 2005.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Derechos reales*. Lima: Ediciones Legales, 2009.
- GONZALES BARRÓN, Gunther *Derecho urbanístico*. 6ta. Ed. Lima: Jurista Editores, 2011.
- GONZALES BARRÓN, Gunther. *Introducción al derecho registral y notarial*. 2da. Ed. Lima: Jurista, 2008.
- GONZALEZ LINARES, Nerio. *Derecho civil patrimonial. Derechos reales*. Lima: Palestra Editores, 2007.
- GONZALEZ MARTINES, Jerónimo. *El derecho real de superficie*. Conferencias pronunciadas el 21 y 28 de enero y el 8 de febrero de 1922. Madrid: Ateneo Jurídico de la Asociación Oficial de Estudiantes de Derecho, 1922.
- HAGEN, Horst. *Comentario al párrafo 905 del BGB* (Traducción propia). En: ERMAN, Walter (Dir.). *Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 9na. Ed. Tomo II. Münster: Aschendorff Münster, 1993.
- HEDEMANN, Justus Wilhelm. *Derechos reales*. Vol. II. Trad. José Luis Diez Pastor y Manuel Gonzalez Enriquez. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1955.

- INGENSTAU, Jürgen et al. *Erbbaurecht. Gesetz über das Erbbaurecht. Kommentar*. 9na. Edición. (Traducción Propia) Köln: Carl Heymanns, 2010.
- INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA E INFORMÁTICA. *Perú: Mapa del Déficit Habitacional a Nivel Distrital, 2007*. Lima, diciembre 2009. Disponible en <http://www.inei.gob.pe/biblioineipub/bancopub/Est/Lib0868/libro.pdf> (Consultado el 22-05-2013).
- INSTITUTO PERUANO DE ECONOMÍA. *Más chamba para todos*. Disponible en <http://ipe.org.pe/content/mas-chamba-para-todos> (Consultado el 22-05-2013).
- LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte General*. Trad. Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1978.
- LEHMANN, Heinrich. *Tratado de Derecho Civil*. Trad. José M. Navas. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1956.
- LINDE, Trutz y Rüdiger Richter. *Erbbaurecht und Erbbauzins in Recht und Praxis*. Freiburg: Rudolf Haufe. 1987.
- LOEWENWARTER, Victor. *Derecho civil alemán comparado*. 2da. Ed. Santiago: Editorial Nascimento, 1943.
- LOPEZ RAMON, Fernando. *Teoría jurídica de las cosas públicas*. En: Revista de Administración Pública N° 186, septiembre-diciembre de 2011, Madrid.
- MACEDO LOPEZ, Oscar. *Derecho urbanístico*. Lima: Molsan, 1997.
- MAISCH VON HUMBOLDT, Lucrecia. *Los derechos reales*. 3ra. Edición. Lima: Librería Studium, 1984.
- MANTILLA DE GÓMEZ, Constanza. *Teoría general de las obligaciones de vecindad*. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana, 1982.

- MEDER, Stephan y Andrea Czelk. *Grundwissen Sachenrecht*. 2da. Edición (Traducción Propia) Tübingen: Mohr Siebeck, 2008.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. *¡Atenta Superficie!* En: Derecho y Sociedad Año XVI N° 25 – 2005.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. *La extensión de la hipoteca en debate*. En: Actualidad Jurídica N° 145. Diciembre, 2005. En: MEJORADA CHAUCA, Martín. *Garantías. Selección de textos*. Lima: PUCP, 2012.
- MEJORADA CHAUCA, Martín. *La superficie a la luz de la accesión y los integrantes*. En: *Ius et Veritas* N° 44.
- MINISTERIO DE VIVIENDA, CONSTRUCCIÓN Y SANEAMIENTO. Boletín Estadístico Año VI. N° 44 – Edición Febrero de 2012.
- MOHRBUTTER, Christian. *Die Eigentümerrechte und der Inhalt des Erbbaurechts bei dessen Zwangsversteigerung*. Bielefeld: Ernst und Werner Giesecking. 1995.
- MOISSET DE ESPANES, Luis. *La publicidad registral*. Lima: Palestra, 2004, pp. 65-80. En: BECERRA PALOMINO, Carlos Enrique. *Derecho registral y notarial. Selección de textos*. Vol. 2. Lima: PUCP, 2007.
- MORALES HERVIAS, Rómulo. *Coloquio de Presentación de la serie Cuadernos de Trabajo del CICAJ del Departamento de Derecho de la PUCP*. Ponencia. 20-06-2013
- MÜLLER, Jürgen. *Das Untererbbaurecht*. Inaugural dissertation der Juristischen Fakultät der Friedrich Alexander Universität. 1995.
- MURO ROJO, Manuel. *Comentario al artículo 1031 del Código Civil*. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2003.
- OMEBA. *Enciclopedia jurídica* Tomo XXII. Voz “Predio”. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.

- ORTIZ PASCO, Jorge. Entrevista realizada el 02 de agosto de 2013.
- PEÑA GUZMAN, Luis Alberto. *Derecho civil: derechos reales*. Buenos Aires: TEA, 1975.
- PLANITZ, Hans. *Principios de derecho privado germánico*. Trad. Carlos Melón Infante. Barcelona: Bosch, 1957.
- PORTILLO FLORES, Angélica María. *El catastro en el Perú: estudio teórico, jurídico y de gestión*. Lima: Palestra, 2009.
- POSNER, Richard. *El análisis económico del Derecho*. Trad. Eduardo Suárez. 2da. Ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007.
- PRIETO, Nuria. *El levantamiento de Chicago*. En: <http://tectonicablog.com/?p=47653>. Consultado el 10-10-2013
- PUIG BRUTAU, José. *Fundamentos de Derecho Civil*. 2da. Ed. Barcelona: Bosch, 1973.
- PUIG PEÑA, Federico. *Compendio de derecho civil español*. Tomo II. Barcelona: Ediciones Nauta, 1996.
- PUIG PEÑA, Federico. *Tratado de Derecho Civil español*. Tomo III. Volumen I. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1972.
- RAMIREZ CRUZ, Eugenio María. *Tratado de derechos reales*. 2da. Ed. Vol. 2. Lima: Rodhas, 2003.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Cómo hacer una tesis y no envejecer en el intento*. 4ta. Edición. Lima: Gaceta Jurídica, 2007.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos. *Historia del Derecho Civil Peruano*. Siglos XIX y XX. Tomo VII. La dogmática en triunfo. Fondo Editorial PUCP, Lima, 2011.

- RANFT, Wilfried. *Die Verdinglichung des Erbbaurechtsinhalts*. Inaugural Dissertation zur Erlangung des Grades eines Doctor iuris utriusque der Hohen-Juristischen Fakultät der Bayerischen Julius-Maximilians-Universität, 1991.
- RAVINA SANCHEZ, Raúl. *Aportes para una adecuada regulación de la multipropiedad*. En: *Ius et Veritas* N° 16.
- REVOREDO DE DEBAKEY, Delia (Compiladora). *Exposición de motivos y comentarios*. 3ra. Ed. Tomo V. Lima: Comisión Encargada del Estudio y Revisión del Código Civil, 1988.
- RIVERA, Iván. *La crisis económica actual: evaluación y perspectivas*. En: *Economía* Vol. XXXIII, N° 65, semestre enero-julio 2010.
- ROJAS ULLOA, Milushka Felicitas. *La Naturaleza Jurídica de la Multipropiedad*. Tesis para optar por el grado académico de Doctor en Derecho y Ciencia Política. Lima: Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Facultad de Derecho y Ciencia Política, Unidad de Posgrado. Consulta el 01-07-2012. En: [http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas\\_um/pdf/rojas\\_um.pdf](http://www.cybertesis.edu.pe/sisbib/2008/rojas_um/pdf/rojas_um.pdf).
- ROMERO ROMANA, Eleodoro. *Derecho civil: los derechos reales*. Lima: P.T.C.M., 1947.
- RUIZ DE CASTILLA PONCE DE LEÓN, Francisco Javier. Entrevista realizada el 24 de julio de 2013.
- SAGASTEGUI URTEAGA, Pedro. *Acciones judiciales en defensa de la propiedad y la posesión*. Lima: Librería y Ediciones Jurídicas, 2005, p. 79.
- SALAMA, Pierre. *Preguntas y respuestas sobre la crisis mundial*. (Trad. Lucas Bidon-Chanal) En: *Nueva Sociedad* N° 237, Ene-Feb 2012.

- SANTILLÁN ARRUZ, José. *El Estado tiene oficinas que cuestan US\$ 8.000 el metro cuadrado*. En: [http://elcomercio.pe/actualidad/1644141/noticia-estado-tiene-oficinas-zonas-donde-m2-cuesta-us8000\\_1](http://elcomercio.pe/actualidad/1644141/noticia-estado-tiene-oficinas-zonas-donde-m2-cuesta-us8000_1) (Consultado el 20-10-2013)
- SANTOS BRIZ, Jaime. *Derecho Civil*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1973.
- SOLÍS ARATA, Moisés. *Comentario al artículo 2022 del Código Civil*. En: GUTIERREZ CAMACHO, Walter (Dir.). *Código Civil comentado*. Lima: Gaceta Jurídica, 2005.
- VALDEZ PAREDES, Doris. *Una visión panorámica de la regulación financiera en el Perú: a propósito de la crisis económica mundial. Entrevista al doctor Guillermo Ferrero Álvarez-Calderón*. En: *Derecho y Sociedad*, Año XX N° 32, 2009.
- VON OEFELE, Helmut Freiherr y Karl Winkler. *Handbuch des Erbbaurechts*. 4ta. Edición. (Traducción Propia) München: C.H. Beck, 2008.
- VON TUHR, Andreas. *Derecho civil. Teoría general del derecho civil alemán*. Vol. II Trad. Tito Ravá. Madrid: Marcial Pons y Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., 1998.
- WESTERMANN, Harry, et alt. *Sachenrecht*. 8va. Edición. (Traducción Propia) Heidelberg: C.F. Müller, 2011.
- WOLF, Martin. *Tratado de Derecho Civil*. 3er. Ed. Trad. Blas Pérez Gonzalez y José Alguer. Barcelona: Bosch, 1971.
- ZIMMERMANN, Reinhard. *An Introduction to German Legal Culture (with special reference to private law)*. (Traducción Propia). En: EBKE, Werner y Matthew Finkin. *Introduction to German Law*. Londres: C.H. Beck. Kluwer, 1996.
- ZWEIGERT, Konrad y Hein Kötz. *Einführung in die Rechtsvergleichung*. 3ra. Edición. Tübingen: Mohr, 1996.

**IX. ANEXO****Ley sobre el Derecho de Superficie de Alemania (Traducción Propia)****Ley sobre el Derecho de Superficie (ErbbauRG)****Secciones I y II**

Fecha de emisión: 15.01.1919

**I. Concepto y contenido del derecho de superficie****1. Contenido legal****§1**

(1) Un predio puede ser gravado de forma que a aquél en cuyo beneficio se establece el gravamen corresponda el derecho enajenable y heredable de tener una construcción sobre o bajo la superficie del predio (derecho de superficie).

(2) El derecho de superficie puede extenderse a una parte del predio no necesaria para la construcción, siempre que la construcción se mantenga económicamente como la principal.

(3) La limitación del derecho de superficie a una parte de la estructura, en particular a un piso, no está permitida.

(4) El derecho de superficie no puede limitarse mediante condiciones resolutorias. El propietario del predio no puede invocar el acuerdo por el cual el superficiario se obligue a renunciar al derecho de superficie y a consentir su cancelación en el registro inmobiliario por la verificación de determinadas condiciones.

## 2. Contenido contractual

### §2

Pertenece al contenido del derecho de superficie también los acuerdos del propietario del predio y el superficiario sobre:

1. La construcción, la conservación y el uso de la edificación.
2. El seguro de la construcción y su reconstrucción en caso de destrucción.
3. El pago de las cargas y gastos públicos y privados.
4. La obligación del superficiario de transferir el derecho de superficie al propietario del predio por la ocurrencia de ciertas condiciones (reversión).
5. La obligación del superficiario de pago de penalidades.
6. El otorgamiento al superficiario de un derecho de preferencia de renovación del derecho de superficie después de su vencimiento.
7. La obligación del propietario del predio de vender el predio al respectivo superficiario.

### §3

El derecho de reversión del propietario del predio no puede ser separado de la propiedad del predio; el propietario puede exigir que el derecho de superficie sea transferido a un tercero designado por él.

**§4**

El derecho de reversión así como el derecho a una penalidad (§ 2 Nr. 4 y 5) prescriben a los seis meses desde la fecha en que el propietario del predio tome conocimiento de la verificación de las condiciones; sin consideración del conocimiento, en dos años desde la ocurrencia de las condiciones.

**§5**

(1) Puede también convenirse como contenido del derecho de superficie, que para la enajenación del derecho de superficie, el superficiario necesite el asentimiento del propietario del predio.

(2) Puede además convenirse como contenido del derecho de superficie que el superficiario necesite el asentimiento del propietario del predio para el gravamen del derecho de superficie con una hipoteca, deuda inmobiliaria, pensión o una carga real. Alcanzado tal acuerdo, puede también hacerse una modificación del contenido de la hipoteca, renta, pensión o carga real. La modificación de otra carga que el derecho de superficie contenga no tendrá lugar sin el asentimiento del propietario del predio.

**§6**

(1) Si se adopta un acuerdo conforme al §5, es ineficaz el negocio de disposición del superficiario sobre el derecho de superficie y el contrato por el que éste se obligue a algún tipo de disposición, mientras el propietario del predio no haya dado el asentimiento necesario.

(2) El propietario del predio no puede invocar el acuerdo por el cual una violación del superficiario de una limitación según el §5 dé lugar a un derecho de reversión.

**§7**

(1) Si por el pedido de enajenación (§ 5, párrafo 1) no es afectado o puesto en peligro de manera esencial el propósito perseguido por el derecho de superficie y la personalidad del adquirente ofrece garantía del debido cumplimiento de las obligaciones resultantes del contenido del derecho de superficie, podrá el superficiario exigir que el propietario del predio otorgue el asentimiento a la enajenación. Puede también darse al superficiario un derecho al otorgamiento del asentimiento para casos posteriores.

(2) Si se acuerda una carga (§ 5, párrafo. 2) en regla con una debida explotación, y no es afectado o puesto en peligro de manera esencial con el pedido el propósito perseguido por el derecho de superficie, puede el superficiario exigir que el propietario del predio otorgue el asentimiento a la carga.

(3) Si el asentimiento del propietario del predio es rechazado sin la suficiente motivación, puede éste ser suplantado por solicitud del superficiario por el Juzgado de Primera Instancia en el distrito en el que el predio está matriculado. § 40, párrafo 2, oración 2 y párrafo 3, oración 1, 3 y 4 y § 63, párrafo 2 Nr. 2 de las Leyes sobre el procedimiento en causas de familia y en las causas de jurisdicción voluntaria válida correspondiente.

### §8

Las enajenaciones que se produjeran en vía de ejecución forzosa, de ejecución de arresto o a través de administrador en caso de insolvencia, son en este sentido ineficaces, si es que ellas frustraran o afectaran los derechos del propietario del predio originados en un acuerdo conforme al §5.

### 3. Canon

### §9

(1) Si para la constitución del derecho de superficie es estipulada una retribución en prestaciones periódicas (canon), son de aplicación de manera correspondiente las normas del BGB sobre las cargas reales. Las reservas existentes sobre cargas reales en beneficio de la Ley de Tierras no son de aplicación.

(2) No puede separarse de la propiedad del predio el derecho que tiene el propietario del predio al pago del canon respecto a las prestaciones todavía no vencidas.

(3) Como contenido del canon puede ser acordado que:

1. la carga real diferente del §52 Abs. 1 de la Ley sobre la Subasta Forzosa y Administración Judicial con su pretensión principal se mantenga existente, aunque el propietario del predio que tiene la carga real o el titular de un derecho real con rango preferente o equivalente o el titular en el § 10 Abs. 1 Nr. 2 de la Ley sobre la Subasta Forzosa y Administración Judicial ejecute forzosamente el derecho de superficie para el pago de la contribución a las cargas y costos del derecho de superficie en propiedad horizontal, y

2. el correspondiente superficiario esté autorizado frente al correspondiente titular de la carga real a gravar el derecho de superficie en el registro del derecho de superficie, en determinada proporción con una deuda inmobiliaria, hipoteca o pensión de un rango preferente a la carga real.

Si el derecho de superficie es gravado con derechos reales, para la eficacia del acuerdo se requiere el asentimiento del titular del derecho real con rango preferente o igual que la carga real del canon.

(4) El retraso en el pago del superficiario puede fundamentar el derecho de reversión solamente cuando el superficiario esté atrasado con el canon en cantidad de por lo menos dos cánones anuales.

## §9a

(1) Si es que sobre la base de un derecho de superficie se construyó un edificio con propósito de vivienda, se fundamenta un acuerdo de que pueda ser exigida una modificación del canon, de modo que se tenga un derecho de incremento del canon, solamente mientras que éste no sea irrazonable bajo la consideración de todas las circunstancias del caso particular. Un derecho de incremento es visto por lo general como irrazonable cuando y en tanto la modificación producida desde la celebración del contrato según la base de cálculo pactada hubiera generado un incremento calculado que haya ido más allá de la proporción económica general. Quedan fuera de consideración las modificaciones de la proporción del valor del predio fuera de los casos mencionados en la frase 4. De manera particular, puede ser razonable un derecho de incremento superior a este límite en consideración de todas las circunstancias, especialmente de:

1. una modificación del valor del predio a consecuencia de mejoras propias del propietario del predio realizadas legítimamente o
2. la ventaja que traigan consigo para el superficiario la modificación del valor del predio o las circunstancias que lo motiven.

Un derecho sobre el incremento del canon puede ser ejercido válidamente por lo menos tres años después del cierre del contrato y, cuando un incremento del canon ya se haya efectuado, por lo menos tres años después de la correspondiente última modificación del canon.

(2) Si es que sobre la base de una parte del derecho de superficie se construyó un edificio con propósito de vivienda, entonces es válido el párrafo 1 solo para el derecho de modificación de la parte correspondiente del monto del canon.

(3) La posibilidad de una anotación preventiva para el aseguramiento del derecho del incremento del canon no se ve afectada por las normas previas.

#### **4. Rango**

##### **§10**

(1) El derecho de superficie puede ser establecido solo en el primer y exclusivo rango; el rango no puede ser modificado. Quedan fuera de consideración los derechos que para el mantenimiento de la eficacia contra la fe pública del registro no requieren de la inscripción.

(2) Los gobiernos de los *Länder* están autorizados a establecer a través de una ordenanza que la necesidad del primer rango pueda ser omitida en el establecimiento del derecho de superficie, cuando esto sea inofensivo para el beneficiario anterior y para la existencia del derecho de superficie.

#### **5. Aplicación del derecho inmobiliario**

##### **§11**

(1) Al derecho de superficie son de aplicación las normas relativas a los predios con excepción de los párrafos §§ 925, 927, 928 del Código Civil, así como las correspondientes normas sobre derechos originados en la propiedad, en tanto no se desprenda lo contrario de otra disposición de esta ley. La transferencia del derecho de superficie que tenga lugar bajo una condición o plazo es ineficaz.

(2) En un contrato a través del cual se obligue una parte a constituir o hacer adquirir un derecho de superficie, es de correspondiente aplicación el § 311b párrafo 1 del Código Civil.

#### **6. Construcción. Elementos**

##### **§12**

(1) La edificación construida en base al derecho de superficie se considera como elemento esencial del derecho de superficie. Lo mismo rige para una edificación ya existente al momento de la constitución del derecho de superficie. La responsabilidad de la edificación por los gravámenes del predio se extingue con la inscripción del derecho de superficie en el registro.

(2) Los §§ 94 y 95 del Código Civil son de correspondiente aplicación al derecho de superficie; los elementos esenciales del derecho de superficie no son a la vez elementos esenciales del predio.

(3) Extinto el derecho de superficie, los elementos esenciales del derecho de superficie se convertirán en elementos esenciales del predio.

### §13

El derecho de superficie no se extingue en caso que la edificación perezca.

## II.

### Normas Registrales

### §14

(1) Para el derecho de superficie es creada al momento de la inscripción en el registro de oficio una partida registral (partida del derecho de superficie). En la partida del derecho de superficie debe también ser consignado el propietario y cada posterior adquirente del predio. Para más exacta anotación del contenido del derecho de superficie puede ser introducida su referencia en la aprobación de la inscripción.

(2) Para más exacta anotación del contenido del derecho de superficie puede ser introducida su referencia en la partida registral del predio al momento de aprobarse la inscripción.

(3) La partida del derecho de superficie es para el derecho de superficie el registro en el sentido usado por el Código Civil. La inscripción de un nuevo superficiario debe anotarse inmediatamente en la hoja del predio. La anotación puede ser sustituida por una referencia a la partida del derecho de superficie.

(4) Si la partida del predio y la partida del derecho de superficie son llevados de forma mecánica, entonces basta para la inscripción según el párrafo 1 oración 2, que únicamente sea consignado el propietario del predio gravado, según la respectiva última inscripción en el registro del predio.

### §15

En los casos del § 5 puede ser recién inscritos la transferencia y el gravamen, si la aprobación del propietario del predio es mostrada a la oficina registral.

### §16

Con la extinción del derecho de superficie la partida del derecho de superficie es cerrada.

### §17

(1) Cada inscripción en la partida del derecho de superficie debe hacerse conocer al propietario del predio, si es que dicha inscripción contiene limitaciones a la transferencia del superficiario en la partida del derecho de superficie inscritas por el legitimado para ello. Por lo demás, son de correspondiente aplicación el § 44 párrafos 2, 3; § 55 párrafos 1 al 3, 5 al 8; §§ 55a y 55b de la Ordenanza del Registro de Propiedad.

(2) Al superficiario debe hacerse conocer la inscripción de un propietario del predio, la inscripción de limitaciones a la disposición del propietario del predio así como la inscripción de una oposición contra la inscripción del propietario en el registro del predio.

(3) Se puede renunciar a la puesta en conocimiento.

(Versión en alemán)

## Gesetz über das Erbbaurecht (Erbbaurechtsgesetz- Erbbaurechtsgesetz- Erbbaurechtsgesetz)

Erbbaurechtsgesetz

Ausfertigungsdatum: 15.01.1919

I.

### Begriff und Inhalt des Erbbaurechts

1.

#### Gesetzlicher Inhalt

§ 1

(1) Ein Grundstück kann in der Weise belastet werden, daß demjenigen, zu dessen Gunsten die Belastung erfolgt,

das veräußerliche und vererbliche Recht zusteht, auf oder unter der Oberfläche des Grundstücks ein Bauwerk zu haben (Erbbaurecht).

(2) Das Erbbaurecht kann auf einen für das Bauwerk nicht erforderlichen Teil des Grundstücks erstreckt werden, sofern das Bauwerk wirtschaftlich die Hauptsache bleibt.

(3) Die Beschränkung des Erbbaurechts auf einen Teil eines Gebäudes, insbesondere ein Stockwerk ist unzulässig.

(4) Das Erbbaurecht kann nicht durch auflösende Bedingungen beschränkt werden. Auf eine Vereinbarung, durch die sich der Erbbauberechtigte verpflichtet, beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen das Erbbaurecht aufzugeben und seine Löschung im Grundbuch zu bewilligen, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen.

2.

### **Vertragsmäßiger Inhalt**

#### **§ 2**

Zum Inhalt des Erbbaurechts gehören auch Vereinbarungen des Grundstückseigentümers und des Erbbauberechtigten über:

1. die Errichtung, die Instandhaltung und die Verwendung des Bauwerks;
2. die Versicherung des Bauwerks und seinen Wiederaufbau im Falle der Zerstörung;
3. die Tragung der öffentlichen und privatrechtlichen Lasten und Abgaben;
4. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten, das Erbbaurecht beim Eintreten bestimmter Voraussetzungen auf den Grundstückseigentümer zu übertragen (Heimfall);
5. eine Verpflichtung des Erbbauberechtigten zur Zahlung von Vertragsstrafen;
6. die Einräumung eines Vorrechts für den Erbbauberechtigten auf Erneuerung des Erbbaurechts nach dessen Ablauf;
7. eine Verpflichtung des Grundstückseigentümers, das Grundstück an den jeweiligen Erbbauberechtigten zu verkaufen.

#### **§ 3**

Der Heimfallanspruch des Grundstückseigentümers kann nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden; der Eigentümer kann verlangen, daß das Erbbaurecht einem von ihm zu bezeichnenden Dritten übertragen wird.

#### § 4

Der Heimfallanspruch sowie der Anspruch auf eine Vertragsstrafe (§ 2 Nr. 4 und 5) verjährt in sechs Monaten von dem Zeitpunkt an, in dem der Grundstückseigentümer von dem Vorhandensein der Voraussetzungen Kenntnis erlangt, ohne Rücksicht auf diese Kenntnis in zwei Jahren vom Eintreten der Voraussetzungen an.

#### § 5

(1) Als Inhalt des Erbbaurechts kann auch vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf.

(2) Als Inhalt des Erbbaurechts kann ferner vereinbart werden, daß der Erbbauberechtigte zur Belastung des Erbbaurechts mit einer Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder einer Reallast der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Ist eine solche Vereinbarung getroffen, so kann auch eine Änderung des Inhalts der Hypothek, Grund- oder Rentenschuld oder der Reallast, die eine weitere Belastung des Erbbaurechts enthält, nicht ohne die Zustimmung des Grundstückseigentümers erfolgen.

#### § 6

(1) Ist eine Vereinbarung gemäß § 5 getroffen, so ist eine Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und ein Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat.

(2) Auf eine Vereinbarung, daß ein Zuwiderhandeln des Erbbauberechtigten gegen eine nach § 5 übernommene Beschränkung einen Heimfallanspruch begründen soll, kann sich der Grundstückseigentümer nicht berufen.

## § 7

(1) Ist anzunehmen, daß durch die Veräußerung (§ 5 Abs. 1) der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet wird, und daß die Persönlichkeit des Erwerbers Gewähr für eine ordnungsmäßige Erfüllung der sich aus dem Erbbaurechtsinhalt ergebenden Verpflichtungen bietet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zur Veräußerung erteilt. Dem Erbbauberechtigten kann auch für weitere Fälle ein Anspruch auf Erteilung der Zustimmung eingeräumt werden.

(2) Ist eine Belastung (§ 5 Abs. 2) mit den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft vereinbar, und wird der mit der Bestellung des Erbbaurechts verfolgte Zweck nicht wesentlich beeinträchtigt oder gefährdet, so kann der Erbbauberechtigte verlangen, daß der Grundstückseigentümer die Zustimmung zu der Belastung erteilt.

(3) Wird die Zustimmung des Grundstückseigentümers ohne ausreichenden Grund verweigert, so kann sie auf Antrag des Erbbauberechtigten durch das Amtsgericht ersetzt werden, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist. § 40 Abs. 2 Satz 2 und Abs. 3 Satz 1, 3 und 4 und § 63 Abs. 2 Nr. 2 des Gesetzes über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit gelten entsprechend.

## § 8

Verfügungen, die im Wege der Zwangsvollstreckung oder der Arrestvollziehung oder durch den Insolvenzverwalter erfolgen, sind insoweit unwirksam, als sie die Rechte des

Grundstückseigentümers aus einer Vereinbarung gemäß § 5 vereiteln oder beeinträchtigen würden.

3.

### **Erbbauzins**

#### **§ 9**

(1) Wird für die Bestellung des Erbbaurechts ein Entgelt in wiederkehrenden Leistungen (Erbbauzins) ausbedungen, so finden die Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs über die Reallasten entsprechende Anwendung. Die zugunsten der Landesgesetze bestehenden Vorbehalte über Reallasten finden keine Anwendung.

(2) Der Anspruch des Grundstückseigentümers auf Entrichtung des Erbbauzinses kann in Ansehung noch nicht fälliger Leistungen nicht von dem Eigentum an dem Grundstück getrennt werden.

(3) Als Inhalt des Erbbauzinses kann vereinbart werden, daß

1. die Reallast abweichend von § 52 Abs. 1 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung mit ihrem Hauptanspruch bestehen bleibt, wenn der Grundstückseigentümer aus der Reallast oder der Inhaber eines im Range vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechts oder der Inhaber der in § 10 Abs. 1 Nr. 2 des Gesetzes über die Zwangsversteigerung und die Zwangsverwaltung genannten Ansprüche auf Zahlung der Beiträge zu den Lasten und Kosten des Wohnungserbbaurechts die Zwangsversteigerung des Erbbaurechts betreibt, und

2. der jeweilige Erbbauberechtigte dem jeweiligen Inhaber der Reallast gegenüber berechtigt ist, das Erbbaurecht in einem bestimmten Umfang mit einer der Reallast im Rang vorgehenden

Grundschild, Hypothek oder Rentenschuld im Erbbaugrundbuch zu belasten. Ist das Erbbaurecht mit dinglichen Rechten belastet, ist für die Wirksamkeit der Vereinbarung die Zustimmung der Inhaber der der Erbbauzinsreallast im Rang vorgehenden oder gleichstehenden dinglichen Rechte erforderlich.

(4) Zahlungsverzug des Erbbauberechtigten kann den Heimfallanspruch nur dann begründen, wenn der Erbbauberechtigte mit dem Erbbauzins mindestens in Höhe zweier Jahresbeträge im Rückstand ist.

### § 9a

(1) Dient das auf Grund eines Erbbaurechts errichtete Bauwerk Wohnzwecken, so begründet eine Vereinbarung, daß eine Änderung des Erbbauzinses verlangt werden kann, einen Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses nur, soweit diese unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles nicht unbillig ist. Ein Erhöhungsanspruch ist regelmäßig als unbillig anzusehen, wenn und soweit die nach der vereinbarten Bemessungsgrundlage zu errechnende Erhöhung über die seit Vertragsabschluß eingetretene Änderung der allgemeinen wirtschaftlichen Verhältnisse hinausgeht. Änderungen der Grundstückswertverhältnisse bleiben außer den in Satz 4 genannten Fällen außer Betracht. Im Einzelfall kann bei Berücksichtigung aller Umstände, insbesondere

1. einer Änderung des Grundstückswerts infolge eigener zulässigerweise bewirkter Aufwendungen des Grundstückseigentümers oder

2. der Vorteile, welche eine Änderung des Grundstückswerts oder die ihr zugrunde liegenden Umstände für den Erbbauberechtigten mit sich bringen, ein über diese Grenze hinausgehender Erhöhungsanspruch billig sein. Ein Anspruch auf Erhöhung des Erbbauzinses darf frühestens nach Ablauf von drei Jahren seit Vertragsabschluß und, wenn eine Erhöhung des Erbbauzinses

bereits erfolgt ist, frühestens nach Ablauf von drei Jahren seit der jeweils letzten Erhöhung des Erbbauzinses geltend gemacht werden.

(2) Dient ein Teil des auf Grund des Erbbaurechts errichteten Bauwerks Wohnzwecken, so gilt Absatz 1 nur für den Anspruch auf Änderung eines angemessenen Teilbetrags des Erbbauzinses.

(3) Die Zulässigkeit einer Vormerkung zur Sicherung eines Anspruchs auf Erhöhung des Erbbauzinses wird durch die vorstehenden Vorschriften nicht berührt.

4.

#### **Rangstelle**

##### **§ 10**

(1) Das Erbbaurecht kann nur zur ausschließlich ersten Rangstelle bestellt werden; der Rang kann nicht geändert werden. Rechte, die zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs der Eintragung nicht bedürfen, bleiben außer Betracht.

(2) Die Landesregierungen werden ermächtigt, durch Rechtsverordnung zu bestimmen, dass bei der Bestellung des Erbbaurechts von dem Erfordernis der ersten Rangstelle abgewichen werden kann, wenn dies für die vorhergehenden Berechtigten und den Bestand des Erbbaurechts unschädlich ist.

5.

#### **Anwendung des Grundstücksrechts**

##### **§ 11**

(1) Auf das Erbbaurecht finden die sich auf Grundstücke beziehenden Vorschriften mit Ausnahme der §§ 925, 927, 928 des Bürgerlichen Gesetzbuchs sowie die Vorschriften über Ansprüche aus dem Eigentum entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus diesem Gesetz ein anderes ergibt. Eine Übertragung des Erbbaurechts, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam.

(2) Auf einen Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, ein Erbbaurecht zu bestellen oder zu erwerben, findet der § 311b Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs entsprechende Anwendung.

## 6.

### **Bauwerk. Bestandteile**

#### **§ 12**

(1) Das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Bauwerk gilt als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts. Das gleiche gilt für ein Bauwerk, das bei der Bestellung des Erbbaurechts schon vorhanden ist. Die Haftung des Bauwerks für die Belastungen des Grundstücks erlischt mit der Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch.

(2) Die §§ 94 und 95 des Bürgerlichen Gesetzbuchs finden auf das Erbbaurecht entsprechende Anwendung; die Bestandteile des Erbbaurechts sind nicht zugleich Bestandteile des Grundstücks.

(3) Erlischt das Erbbaurecht, so werden die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks.

#### **§ 13**

Das Erbbaurecht erlischt nicht dadurch, daß das Bauwerk untergeht.

**II.****Grundbuchvorschriften****§ 14**

(1) Für das Erbbaurecht wird bei der Eintragung in das Grundbuch von Amts wegen ein besonderes Grundbuchblatt (Erbbaugrundbuch) angelegt. Im Erbbaugrundbuch soll auch der Eigentümer und jeder spätere Erwerber des Grundstücks vermerkt werden. Zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts kann auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden.

(2) Bei der Eintragung im Grundbuch des Grundstücks ist zur näheren Bezeichnung des Inhalts des Erbbaurechts auf das Erbbaugrundbuch Bezug zu nehmen.

(3) Das Erbbaugrundbuch ist für das Erbbaurecht das Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Die Eintragung eines neuen Erbbauberechtigten ist unverzüglich auf dem Blatt des Grundstücks zu vermerken. Der Vermerk kann durch Bezugnahme auf das Erbbaugrundbuch ersetzt werden.

(4) Werden das Grundbuch und das Erbbaugrundbuch in maschineller Form geführt, so genügt es für die Eintragung nach Absatz 1 Satz 2, daß lediglich der Eigentümer des belasteten Grundstücks gemäß der jeweils letzten Eintragung im Grundbuch dieses Grundstücks vermerkt ist.

**§ 15**

In den Fällen des § 5 darf der Rechtsübergang und die Belastung erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachgewiesen ist.

**§ 16**

Bei der Löschung des Erbbaurechts wird das Erbbaugrundbuch von Amts wegen geschlossen.

## § 17

(1) Jede Eintragung in das Erbbaugrundbuch soll auch dem Grundstückseigentümer, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Erbbauberechtigten den im Erbbaugrundbuch eingetragenen dinglich Berechtigten bekanntgemacht werden. Im übrigen sind § 44 Abs. 2, 3, § 55 Abs. 1 bis 3, 5 bis 8, §§ 55a und 55b der Grundbuchordnung entsprechend anzuwenden.

(2) Dem Erbbauberechtigten soll die Eintragung eines Grundstückseigentümers, die Eintragung von Verfügungsbeschränkungen des Grundstückseigentümers sowie die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Eintragung des Eigentümers in das Grundbuch des Grundstücks bekanntgemacht werden.

(3) Auf die Bekanntmachung kann verzichtet werden.

