

IMPORTANCIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE, TRADICIÓN
Y NUEVOS RETOS DESDE LA REGULACIÓN LEGAL EN
ITALIA Y SU PRÁCTICA EN EL PERÚ*

*IMPORTANCE OF SURFACE RIGHT. TRADITION AND NEW
CHALLENGES FROM THE LEGAL REGULATION IN ITALY AND ITS
PRACTICE IN PERÚ*

Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 20, febrero 2024, ISSN: 2386-4567, pp. 1506-1523

* El presente artículo ha sido realizado en el marco del Grupo de Investigación en Derecho Civil del Instituto de Investigación Científica de la Universidad de Lima, Perú y del Proyecto de Investigación de esta misma Pl.61.001.2022: "La superficie: El derecho real que puede resolver el actual problema del acceso al suelo y a la vivienda", IP. Enrique Varsi Rospigliosi. Se agradece el apoyo en la edición de Luis Gerardo Haro Fernández, egresado y asistente de cátedra del curso "Derecho Civil III – Derechos reales" de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

Enrique VARSI-
ROSPIGLIOSI y
Vincenzo BARBA

ARTÍCULO RECIBIDO: 15 de diciembre de 2023

ARTÍCULO APROBADO: 12 de enero de 2024

RESUMEN: La superficie es un antiguo derecho real. Sus orígenes romanos lo han consolidado como una institución eficaz, claro ejemplo de ello es el Código civil italiano que presenta un tratamiento eficiente y debe reflejarse en el uso y ejecución de este derecho. La práctica en el Perú, si bien viene consolidándose, presenta a la superficie como un derecho que permite el acceso al suelo tanto en el sector urbano, comercial e industrial.

PALABRAS CLAVE: Superficie; derecho de superficie; propiedad superficiaria.

ABSTRACT: *The surface is an ancient right in rem. Its Roman origins have consolidated it as an effective institution, a clear example of which is the Italian Civil Code, which presents an efficient treatment and should be reflected in the use and execution of this right. The practice in Peru, although it has been consolidating, presents the surface as a right that allows access to land in the urban, commercial and industrial sector.*

KEY WORDS: *Surface; surface right; surface property.*

SUMARIO.- I. INTRODUCCIÓN.- II. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN ITALIA.- III. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE SUPERFICIE Y PROPIEDAD SUPERFICIARIA.- IV. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN.- V. LA SUPERFICIE SUBTERRÁNEA.- VI. CONSTRUCCIONES BAJO EDIFICIOS Y NORMAS APLICABLES.- VII. DEFICIT DE PREDIO, SUPERFICIE Y AUMENTO DE INVERSIONES.- VIII. LA NEOSUPERFICIE.- IX. CONCLUSION.

I. INTRODUCCIÓN.

La superficie es un derecho real de goce temporal, oneroso y transmisible que otorga el derecho al superficiario de construir sobre un terreno ajeno y hacer suya la edificación, la que revierte en favor del propietario del suelo al finalizar la relación jurídico real. Como derecho real típico, es pensado in favor del propietario - dominus solis y de su titular - superficiario. El primero no pierde el dominio; el segundo, construye en él, lo aprovecha, siendo la fábrica de su propiedad; ambos cuentan con derechos plenos sobre sus bienes, de usus, fructus, disponendi y vindicandi.

Como instituto del Derecho civil la superficie tiene la suficiente amplitud para regular el derecho de construir en el subsuelo (locales comerciales), al ras (estacionamientos) o sobresuelo (edificios).

En las últimas décadas, sin embargo, junto con el cuasiusufructo, el uso, habitación, anticresis y el derecho de retención, la superficie -a pesar de su larga data romanística- se fue convirtiendo en un derecho real olvidado, poco usado, alicaído, lo cual se ha venido revirtiendo de la mano con las inversiones y las necesidades prediales.

Realicemos un análisis de la clásica legislación italiana que en su Código regula de manera autónoma a la superficie como derecho real, marcando una pauta en el Derecho comparado.

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN ITALIA.

El *Codice* acogió una regulación sintética de la superficie, dejando recaer en régimen en las reglas generales del Derecho de las cosas¹, pero significó un referente para el resto de los países.

I MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito civil*, vol. XIV, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2022, p. 740.

• Enrique Varsi-Rospigliosi

Abogado. Doctor y Magíster en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Email: evarsi@ulima.edu.pe. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-7206-6522>

• Vincenzo Barba

Catedrático de Derecho civil, Universidad de Roma La Sapienza. Investigador Externo de la Universidad de Lima, Instituto de Investigación Científica, Grupo de Investigación en Derecho civil, Carrera de Derecho, Perú. Correo electrónico: vincenzo.barba@uniroma1.it ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0819-181X>

El derecho real de superficie se regula en Italia por primera vez en el Código Civil de 1942, ya que no estaba regulado en el anterior Código Civil de 1865, que se limitaba a admitir que el principio de accesión solo podía derogarse mediante acuerdo. Establecía que las construcciones realizadas por encima y por debajo del suelo se presumían pertenecientes al propietario “mientras no se establezca lo contrario” (art. 448).

La superficie se regula hoy en el art. 952 y siguientes del Código Civil italiano - CCIt y, a pesar de su importante potencial, ha tenido, hasta los últimos veinte años, una difusión limitada. Esto se debe sustancialmente a dos razones: una de naturaleza más puramente jurídica y otra de carácter económico-social.

Desde un punto de vista jurídico, la propia definición del derecho de superficie ha planteado numerosos problemas de interpretación, que no han contribuido a la certeza del derecho. Desde el punto de vista social, el concepto de propiedad temporal o derecho limitado se adaptaba mal a las necesidades de una economía en auge en la que todavía no escaseaba el suelo sobre el cual construir.

La extraordinaria urbanización de los años noventa y la dificultad cada vez mayor de encontrar zonas en las que edificar y, sobre todo en las grandes ciudades, la construcción de aparcamientos, condujeron necesariamente a la necesidad de explotar el subsuelo, revitalizando así la institución de la propiedad del suelo, que debía, por tanto, adaptarse a las necesidades de la economía contemporánea

III. LA DIFÍCIL DISTINCIÓN ENTRE SUPERFICIE Y PROPIEDAD SUPERFICIARIA.

La noción de derecho de superficie se recoge en el artículo 952 que establece que:

“1. Il proprietario può costituire il diritto di fare e mantenere al di sopra del suolo una costruzione a favore di altri, che ne acquista la proprietà. 2. Del pari può alienare la proprietà della costruzione già esistente, separatamente dalla proprietà del suolo”.

De la definición anterior se desprende fácilmente que el concepto de derecho de superficie puede desglosarse en dos tipos: el derecho a construir en suelo o subsuelo ajeno, que es el derecho de superficie en sentido estricto²³ y la propiedad superficiaria (por encima y por debajo de la superficie). Se trata de dos perfiles

2 PUGLIESE, G.: *Della superficie*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976, p. 566.

3 GUARNERI, A.: *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 72.

distintos del derecho de superficie que, por esta razón, están sujetos a una regulación diferente.

El primero, al tratarse de un derecho *de facere* está sujeto a un plazo de prescripción por falta de uso de veinte años (conforme al art. 954.4 CClT); el segundo, adquirido conforme al primer o segundo párrafo del art. 952 CClT, no está sujeto a plazo de prescripción por falta de uso⁴.

A esta oposición se añade la también conocida cuestión de si, a favor de quien adquiere la propiedad superficiaria de una determinada construcción sobre o bajo el suelo, se transmite o no el derecho a realizar y mantener la construcción en propiedad ajena, entendida en el sentido de “reedificar”, contemplado en el art. 952.1 CClT.

Existen dos posturas distintas sobre este punto:

- Según una teoría, denominada unitaria, desarrollada por Pugliese⁵ y Bigliazzi⁶, la facultad de reedificar la construcción sería inherente a la propiedad superficiaria y, por tanto, pertenece también a la persona que ha adquirido la propiedad superficiaria.

- Según otra tesis, que denominamos plural, planteada por Salis⁷ ⁸ y Giacobbe⁹ así como a nivel jurisprudencial¹⁰, esta facultad no sería inherente a la propiedad

4 Así también la jurisprudencia de la Corte de Casación italiana: Cass. civ., Sez. II, 13 de febrero de 1993, n. 1844, en *Leggi d'Italia*, que ha afirmado este principio de derecho: “Lo spazio sovrastante una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di un autonomo diritto di proprietà, ma può formare oggetto di un diritto di superficie (art. 952 c.c.) insistente sulla proprietà altrui, il quale al pari di ogni altro “ius in re aliena” è soggetto ad estinzione per effetto del non uso protrattosi per il tempo stabilito dalla legge (art. 954 c.c.) ove la costruzione non venga edificata”.

5 PUGLIESE, G.: *Della superficie*, cit., p. 566.

6 BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., DONATO, B. F., & NATOLI, U.: *Diritto civile. 2 Diritti reali*, UTET, Torino, 1988, p. 68.

7 SALIS, L.: *La proprietà superficiaria*, CEDAM, Padova, 1936, p. 296; así como SALIS, L.: *La superficie*, 2ª ed., UTET, Torino, 1958, p. 9.

8 Para mayor referencia “in base a tali considerazioni, la conseguenza più aderente alla disciplina che il nostro codice ha dato di questo istituto, sarebbe quella di considerare assolutamente autonomo diritto di superficie e proprietà superficiaria nel senso che, mentre mediante la costituzione del diritto di superficie si giunge alla formazione della proprietà superficiaria, la proprietà separata sulla costruzione può essere costituita ed esistere indipendentemente dalla costituzione ed esistenza di un diritto di superficie”.

9 GIACOBBE, G.: *La superficie*, cit., p. 75.

10 La Corte de Casación italiana: Cass. civ., Sez. II, 04 de febrero de 2004, n. 2100, en *Leggi d'Italia*, que afirma este principio de derecho: “Lo spazio sovrastante il suolo o una costruzione non costituisce un bene giuridico suscettibile di autonomo diritto di proprietà ma configura la mera proiezione verso l'alto delle suddette entità immobiliari e, formalmente, la possibilità di svolgimento delle facoltà inerenti al diritto dominicale sulle medesime. Ne consegue che, ai sensi dell'art. 952 c.c., il diritto reale su tale spazio, separato dalla proprietà dell'immobile sottostante, non è qualificabile come proprietà ma come diritto di superficie. (La Corte, nel formulare il principio surrichiamato, ha confermato la sentenza impugnata che aveva qualificato come diritto di superficie (come tale soggetto a prescrizione per non uso) e non di proprietà il diritto acquistato dagli attori sull'area sovrastante un fabbricato condominiale); Cass. civ., Sez. II, 21 de noviembre de 2006, n. 24679, en *Leggi d'Italia*, que ha afirmado este principio de derecho: “Nel caso di vendita del suolo senza espressa menzione della costruzione esistente su di esso, si intende

superficial, con la consecuencia de que la adquisición de la propiedad preexistente conlleva sólo el derecho a mantener la construcción en terreno ajeno y no también a "reconstruir".

La primera teoría, no habría diferencia entre las prerrogativas del propietario superficial según haya adquirido el derecho a construir y mantener una construcción en suelo ajeno (952.1 CCIt) o haya adquirido sólo la propiedad superficial de una construcción preexistente (952.2 CCIt), en esta línea Pugliese¹¹, Messineo¹² y Costantino¹³. El propietario superficial que adquiere una construcción preexistente se consideraría también titular del derecho "a edificar y mantener" la construcción, con la consecuencia de que, si se destruyera la construcción, su derecho no se extinguiría, sino que se le permitiría reconstruir la obra conforme al art. 954.3 CCIt, salvo que la escritura de constitución dispusiera otra cosa o el *dominus soli* hubiera limitado en el tiempo la concesión del derecho de superficie.

Según la otra teoría, existiría una diferencia entre el supuesto descrito en el apartado 1 y el descrito en el apartado 2, por lo que habría que distinguir entre derecho de superficie (952.1 CCIt), propiedad superficial (952.1 CCIt) y propiedad separada (954.2 CCIt).

El primero se sustanciaría en el *ius ad aedificandum*, a través del cual se otorga al propietario superficial la facultad --susceptible de prescripción-- de realizar todas las actividades necesarias para la realización de la construcción.

La segunda correspondería al consiguiente "derecho a mantener" lo construido en virtud del *ius ad aedificandum*; este último no se agotaría por efecto del fin de la construcción, sino que permanecería quiescente en manos del propietario superficial, pudiendo revivir en el supuesto de que pereciera la construcción, legitimándole para reconstruir, salvo pacto en contrario.

Por último, la propiedad separada sería la contemplada en el art. 952.2 CCIt y se referiría únicamente a la construcción material a la que las partes se han referido en el título. En este último caso, el objeto del derecho no sería "hacer y

trasferita, in base al principio di accessione, anche la detta costruzione, in mancanza della costituzione di un diritto di superficie in favore del venditore o di terzi"; Cass. civ., Sez. II, 13 de febrero de 1993, n. 1844, en Leggi d'Italia, que ha afirmado este principio de derecho: "In assenza di limitazioni contrattuali, quando il proprietario del suolo concede ad un terzo il diritto di sopraelevazione (diritto di superficie), se il terzo, oltre al piano preventivato, ne eleva altri, esso costruttore -e non il proprietario del suolo - deve considerarsi proprietario anche degli altri piani per effetto dell'espansione del dominio in virtù dell'accessione".

11 PUGLIESE, G.: *Della superficie*, cit., p. 566.

12 MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, 9ª ed., I diritti della personalità. Il diritto della famiglia. I diritti reali, Giuffrè, Milano, 1965, p. 329.

13 COSTANTINO, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967, p. 173.

mantener” una construcción, sino esa construcción concreta a la que las partes se han referido en el título. El causahabiente del propietario no podría alterar la construcción (salvo que el título lo permitiera) ni reconstruirla si se hubiera arruinado o destruido.

IV. EL DIFÍCIL CONCEPTO DE CONSTRUCCIÓN.

La noción de superficie establecida en el art. 952 CCIt se estructura en torno al significado de “construcción”, por lo que, dependiendo del alcance del significado atribuido a esta expresión, la potencialidad del derecho de superficie puede variar significativamente.

Se dan dos interpretaciones distintas.

- Según una primera teoría, el significado del término no puede limitarse únicamente a la noción de edificio, ya que debe ampliarse a cualquier obra que se construya directa o indirectamente sobre o debajo de suelo¹⁴. Esta interpretación amplia incluiría, por tanto, cualquier obra a cuya identificación haya contribuido la actividad del hombre y que esté unida artificialmente, aunque sea de forma temporal, al terreno sobre el que tiene derecho a mantenerse¹⁵.

- Según otra teoría, al término “construcción” debería atribuírsele, en cambio, un significado más bien restringido y limitado únicamente a la obra unida al suelo tras un proceso de construcción (el empleo de materiales, dispuestos o transformados mediante ciertas reglas y expedientes, con el fin de obtener una cosa nueva capaz de proporcionar en sí misma una utilidad completamente distinta de la de los materiales individuales que la componen) para alcanzar cualquiera de aquellos fines que no podrían lograrse en el suelo^{16 17}.

Más allá de estas dos posturas, y mostrando cierta preferencia por la primera, no cabe duda de que la palabra “construcción” sirve para aislar una determinada porción de espacio aéreo en la superficie del suelo o una determinada porción del subsuelo. El destino que el constructor pretenda dar a la construcción resultante carece de importancia: lo que importa es que al espacio aéreo o al subsuelo

14 GIACOBBE, G.: *La superficie*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2003, p. 100.

15 PUGLIESE, G.: *Della superficie*, cit., p. 594.

16 GUARNERI, A.: *Superficie*. In *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, p. 213.

17 Para mayor referencia “la superficie potrà avere ad oggetto costruzioni suscettibili di acquisto per accessione, cosí da comprendere immobili adibiti ad uso abitativo, commerciale, industriale, serbatoi, opere di difesa del suolo. In tal modo possono essere tranquillamente pretermesse quali possibili oggetti di superficie opere temporanee destinate a restare sul suolo altrui per un periodo transitorio come baracche, bancarelle, banchi, padiglioni etc”.

así delimitados se les dé un destino distinto del que tenía el terreno antes de la delimitación¹⁸.

V. LA SUPERFICIE SUBTERRÁNEA.

La escasez de superficies para nuevas construcciones y las dificultades para poder levantar las existentes han obligado a pensar en la explotación del subsuelo que, sobre todo en las grandes ciudades, se convierte en la única posibilidad de crear nuevas zonas de aparcamiento.

La única posibilidad que se vislumbra es, por tanto, la del derecho de superficie, entendiéndose que éste plantea problemas peculiares muy diferentes a los del derecho de superficie sobre el suelo.

La admisibilidad del derecho de superficie en el subsuelo presupone necesariamente una construcción, ya existente o por construir, pues no es posible la atribución de un derecho de superficie sobre el subsuelo genérico.

Este principio está claramente afirmado por la Corte de Casación italiana¹⁹ y por Pugliese²⁰, que ha dictaminado que el derecho de superficie no implica la transferencia de la propiedad del subsuelo, ya que el propietario del subsuelo sigue siendo el concedente, al igual que ocurre con la concesión para construir en el terreno. Por lo tanto, puede afirmarse que sólo las construcciones realizadas (o por realizar) en el subsuelo pasan a ser objeto de una titularidad independiente de la del suelo.

Además, en el caso de un derecho de superficie concedido en el subsuelo, a diferencia del derecho concedido sobre el suelo, el propietario del suelo conserva sustancialmente intactas sus facultades de disfrute, con la única limitación de no poner en peligro la construcción ni obstaculizar el disfrute por parte del propietario superficial.

VI. CONSTRUCCIONES BAJO EDIFICIOS Y NORMAS APLICABLES.

Una cuestión de gran interés es el establecimiento de derechos de superficie debajo de un condominio. A este respecto, de hecho, se plantea el problema de si es posible y quién debe disponer de él.

¹⁸ SALIS, L.: *La superficie*, 2ª ed., UTET, Torino, 1958, p. 34.

¹⁹ Cass., 9 de octubre de 1956, n. 3414, en *Giustizia civile* 1956, I, p. 2010. En el mismo sentido, v. Cass. civ., Sez. II Sent., 07 de abril de 2014, n. 8084, en *Leggi d'Italia*: "Non è concepibile la proprietà dello strato d'aria avulso dall'edificio o dal suolo sottostante".

²⁰ PUGLIESE, G.: *Della superficie*, cit., p. 623.

Sobre este punto, la jurisprudencia italiana²¹ reiteradamente afirma que por las disposiciones combinadas de los arts. 840 y 1117 CCIt, el espacio situado bajo el suelo sobre el que se levanta un edificio en condominio, en ausencia de un título que atribuya su propiedad exclusiva a uno de los condóminos, debe considerarse propiedad común, con independencia de su uso. De ello se desprende que un condómino no puede, sin el consentimiento de los demás, proceder a excavaciones profundas en el subsuelo con el fin de obtener nuevas habitaciones y ampliar las existentes, ya que tal actividad implica el sometimiento de un bien común al beneficio del particular.

El subsuelo, entendido como la zona existente en profundidad bajo la superficie que subyace al edificio, debe considerarse propiedad del condominio. Por lo tanto, no está permitido que ningún condómino se apropie del mismo (por ejemplo, excavándolo) privando a los demás condóminos de una posibilidad igual, aunque sea teórica, de utilizarlo.

Del mismo modo, la mera situación geográfica del predio, como, por ejemplo, la posibilidad exclusiva de acceder a una parte concreta del subsuelo, como una cueva, no se ha considerado suficiente para oponerse a la operatividad de dicho principio de accesibilidad en materia de condominio, dada la naturaleza esencialmente condominal del subsuelo.

La constitución de un derecho real sobre la superficie del subsuelo de un condominio, o la enajenación de bienes realizados en el mismo, a favor de uno solo de los condóminos o de un tercero, es un acto dispositivo para el que se requiere el consentimiento de todos los condóminos y la forma escrita *ad substantiam*.

El problema ha surgido cuando sólo uno de los condóminos realiza una obra subterránea. En la jurisprudencia italiana ha surgido una diversidad de opiniones.

Una primera y más tradicional postura afirmaba que, en virtud del principio de accesión (art. 934 CCIt), la construcción sobre el suelo común es también común, a medida que se eleva, salvo pacto en contrario por escrito *ad substantiam*; por tanto, para la atribución en propiedad exclusiva, a los copropietarios de la zona común, de los pisos individuales que componen la construcción, son inadecuados

21 Cass., 9 de marzo de 2006, n. 5085. Igualmente, Cass. civ., Sez. II, 30 de marzo de 2016, n. 6154, in *Leggi d'Italia*: "Il sottosuolo, costituito dalla zona esistente in profondità al disotto dell'area superficaria che è alla base dell'edificio, seppure non menzionato dall'art. 1117 c.c., va considerato di proprietà condominiale in mancanza di un titolo che ne attribuisca la proprietà esclusiva ad uno dei condomini. Pertanto, nessun condomino può, senza il consenso degli altri partecipanti alla comunione, procedere all'escavazione in profondità del sottosuolo per ricavarne nuovi locali o per ingrandire quelli preesistenti, in quanto, attraendo la cosa comune nell'orbita della sua disponibilità esclusiva, verrebbe a ledere il diritto di proprietà degli altri partecipanti su una parte comune dell'edificio, privandoli dell'uso e del godimento ad essa pertinente".

tanto la correspondiente posesión exclusiva del piso, como el relativo pacto verbal, y la proporcional diferente contribución a los gastos²².

Una segunda y más reciente postura, adoptada por los jueces de mérito, afirma que la regulación sobre la accesión, contenida en el art. 934 CCIt, se refiere sólo a las construcciones en terreno ajeno, mientras que las construcciones realizadas por uno de los copropietarios en terreno común no están sujetas a tal regulación, sino a las normas sobre la comunidad, con la consecuencia de que la copropiedad de la obra nueva nace a favor de los copropietarios no constructores sólo si se realiza de acuerdo con tales reglas, es decir, respetando las normas que dictan los límites que debe observar cada copropietario en el uso de los bienes comunes, mientras que las obras construidas ilegalmente no pueden ser consideradas propiedad horizontal por vía de accesión, sino que deben ser consideradas como propias del copropietario constructor y pertenecientes a su exclusiva esfera jurídica²³.

La cuestión ha sido definitivamente resuelta por las Secciones Unidas de la Corte de Casación italiana²⁴.

A falta de título válido en contrario, toda edificación levantada sobre la cosa común -no sólo por terceros (que sería el caso de los arts. 936 y 937 CCIt), sino también por uno o sólo algunos de los copropietarios- pasa a ser ipso iure, por el mero hecho de su constitución y con independencia de la voluntad expresa y por escrito de las partes (art. 1350 CCIt), propiedad común de todos los copropietarios del suelo en proporción a sus respectivas participaciones en el mismo.

Las normas jurídicas que deben regular las relaciones entre el copropietario constructor y el copropietario no constructor deben desprenderse de las normas que rigen la comunión: en primer lugar, de las normas que regulan el uso de la cosa común y las innovaciones.

La construcción sobre terreno común, como innovación, debe decidirse conforme a lo dispuesto en el art. 1108 CCIt (para la comunión ordinaria) y en los arts. 1120 y 1121 CCIt (para el condominio de edificios), siempre con la limitación de que no perjudique el disfrute de la cosa común por ninguno de los participantes.

Cuando la edificación se haya levantado sin la previa autorización de la mayoría de los copropietarios, o cuando a pesar de ello perjudique el disfrute de la cosa común por todos los copropietarios, el copropietario perjudicado por la edificación

22 Cass. civ., Sez. II, 11 de noviembre de 1997, n. 11120, en *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. I, 12 de mayo de 1973, n. 1297, en *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., Sez. II, 11 de julio de 1978, n. 3479, en *Leggi d'Italia*; Cass. Civ., Sez. II, 10 de noviembre de 1980, n. 6034, en *Leggi d'Italia*.

23 Cass. civ., Sez. II, 22 de marzo de 2001, n. 4120, en *Leggi d'Italia*; Cass. civ., Sez. II, 27 de marzo de 2007, n. 7523, en *Leggi d'Italia*.

24 Cass. civ., Sez. Unite, 16 de febrero de 2018, n. 3873, en *Leggi d'Italia*.

podrá ejercitar -contra el copropietario constructor- las acciones posesorias ordinarias. El copropietario perjudicado también puede ejercer el *ius tollendi* y exigir, por lo tanto, la demolición de la obra lesiva de su derecho, recurriendo a la forma específica de protección del artículo 2933 CClt. La demolición de la obra también puede ser decidida, fuera del caso de lesión del derecho del copropietario individual, por la mayoría de los copropietarios en virtud del artículo 1108 CClt.

Las Secciones unidas de la Casación sostienen, sin embargo, que el ejercicio del *ius tollendi* debe combinarse con el principio de "tolerancia", el principio de "confianza" y el principio de "buena fe". Es necesario, por tanto, distinguir el caso en que el copropietario-constructor ha actuado contra la prohibición expresa del copropietario o sin el conocimiento de éste, del caso distinto en que ha actuado, si no con el consentimiento, al menos con el conocimiento y sin oposición del otro copropietario.

En el primer caso, en el que se ha producido una violación del reglamento del condominio, debe reconocerse el *ius tollendi* al copropietario no constructor, que ciertamente puede actuar para obtener el restablecimiento del *status quo ante*.

En cambio, en el segundo caso, al haber existido el consentimiento explícito o incluso meramente implícito del copropietario no constructor, debe excluirse, para proteger la buena fe y la confianza del constructor, que éste pueda exigir la demolición de la obra. Por la misma razón, la mera aquiescencia, es decir, la falta de reacción del copropietario no constructor ante el abuso cometido por el copropietario constructor, durante un plazo razonable desde el día en que tuvo conocimiento de las obras, también excluye el ejercicio del *ius tollendi*, dando lugar a la confianza del constructor en el consentimiento tácito del copropietario.

El consentimiento para la construcción de la obra, prestado por uno de los copropietarios al otro, puede prestarse de cualquier forma (incluso verbalmente), ya que no se refiere a la esfera de los derechos reales y no menoscaba la operación de accesión y, por tanto, la adquisición de la propiedad de la construcción por todos los copropietarios en relación con sus respectivas cuotas de participación en el terreno; su trascendencia jurídica no se refiere a la adquisición de la propiedad de la construcción, sino a los derechos y obligaciones recíprocos de los copropietarios y a sus respectivas facultades en relación con una obra que, en cualquier caso, ha pasado a ser común. Al tratarse de un consentimiento que no afecta a la propiedad de la construcción, puede acreditarse por cualquier medio de prueba.

En caso contrario, la constitución del derecho de superficie debe ser otorgada por todos los copropietarios por escrito, siendo el contrato constitutivo del derecho de superficie un contrato formal de conformidad con el artículo 1350 CClt.

VII. DÉFICIT DE PREDIO, SUPERFICIE Y AUMENTO DE INVERSIONES.

Teniendo como base este tratamiento normativo, resulta de interés el análisis práctico de la institución.

Uno de los grandes problemas en las ciudades y metrópolis es la falta de tierra para edificar. Las existentes son extremadamente caras y muchos de sus titulares no quieren desprenderse de ellas. A la par, se suma el hecho que el Estado es titular de muchas y extensas propiedades de las que debe obtener un beneficio económico y no dejarlas inertes, sin uso y libradas en el olvido. Es ante este panorama que se presenta la superficie, como un derecho real eficiente.

El Código civil peruano regula el derecho de superficie de manera simple, no obstante que es el derecho real más complejo. Solo existen 5 artículos que lo regulan. Esta escasa normativa, sin muchas especificaciones (vg. no trata de la determinación expresa de las causales de extinción, la indicación de los derechos y obligaciones de las partes, el establecimiento de forma explícita las formalidades para su constitución), ha generado inseguridad para su uso, a pesar que la doctrina local, si bien no muy basta, ha estudiado en cierta manera esta institución.

En el Perú, con la reforma económica de los noventa y el crecimiento del sector comercial, la superficie adquiere importancia, no solo en el sector privado sino, también, en el público, tomando en cuenta el nuevo rol del Estado y la interacción comercial de sus bienes, esto en la línea del nuevo marco constitucional a partir de 1993²⁵. Y es que al Estado, celoso de su patrimonio, le "cuesta" vender, despojarse de sus bienes, por lo que ha recurrido a este derecho real presentándosele como una buena opción para disponer de los bienes estatales, sin perder propiedad²⁶. De esta manera, la superficie es aplicada como una institución de los derechos reales que responde de forma adecuada y eficiente a la problemática de los bienes del Estado cuya naturaleza hace difícil su disposición²⁷.

Los proyectos inmobiliarios enfrentan dos situaciones: la insuficiencia de predios y sus elevados precios; el suelo se presenta como un bien de difícil acceso, lo que ha generado el resurgimiento de la superficie, encuadrándola como una alternativa eficaz, como una alternativa eficiente, en proyectos de edificación sin necesidad, el arrendamiento y la adquisición se descartan, lo que fortalece la inversión en proyectos y negocios industriales, comerciales y de vivienda, reduciendo los costos de inversión inicial, mejorando los flujos y la rentabilidad

25 Constitución Política del Perú de 1993.

26 MEJORADA CHAUCA, M.: "¡Atenta Superficie!", *Derecho y Sociedad*, 2005, núm. 25°, p. 301.

27 FERNÁNDEZ SALAS, J. C.: *El derecho real de superficie: Redefinición como modalidad del derecho de propiedad* (tesis para optar el título de licenciado en Derecho inédita), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013, p. 7.

de los proyectos. Utilizada como eficiente instrumento de política urbanista²⁸, la superficie podría perfectamente enfrentar el problema del suelo a través de los principios de sustentabilidad económica y social, cuya aplicación comprehensiva e integrada colaboraría a la mejora de las condiciones de vida en la orbe, así como a los nuevos emprendimientos que, carentes de capitales, les resulta inalcanzable adquirir predios.

El derecho de superficie es un medio alternativo que intenta resolver la deficiencia predial y habitacional, concede tanto al propietario como al superficiario beneficios a largo plazo; es el propietario del suelo quien termina ganando más, ya que al fenecimiento del derecho, readquiere no solo el terreno que cedió sino todo aquello que haya sido construido en él, que podrá usar y/o disponer; él o sus herederos; mientras que el superficiario consigue el uso y disfrute de la propiedad y de lo que ha construido en él por un periodo largo de tiempo, adquiriendo plenos derechos sobre la cosa pero siendo diligente en cuanto al cuidado y conservación del bien puesto que, posteriormente, será devuelto al propietario y este pagará un reembolso de lo construido, salvo pacto en contrario. Ambos, propietario y titular, satisfacen sus necesidades y benefician al mercado. Para Mazzei²⁹ el derecho de superficie es una realidad fáctica creada en relación al inmueble, generando la situación de funcionalización de la propiedad, no alejándola del encadenamiento social.

Como derecho real ofrece un sinnúmero de alternativas en la construcción. Se relaciona con el denominado derecho de la ciudad y derecho urbanístico en la línea de conseguir edificaciones sustentables y sostenibles que canalicen los nuevos proyectos. Es versátil y se amolda a los requerimientos de la diversidad de inversiones. Quien no es propietario construye en suelo de tercero. El superficiario edifica y al no invertir en adquirir el suelo aprovecha ese ahorro directamente en su proyecto. Al ser un derecho real de larga existencia facilita que se recupere la inversión en lo edificado. Es eficiente, confiere un directo beneficio del suelo. Dada su plasticidad, la superficie permite regular diversas relaciones jurídicas que otros derechos reales como la posesión, usufructo, servidumbre no consiguen adecuar³⁰, incluso la misma propiedad en ciertos casos no es el vehículo más adecuado para llevar a cabo inversiones.

Como institución económica, evita el mantenimiento de capitales inactivos cuidando el interés del propietario quien, no queriendo desprenderse de su propiedad o, en su caso, estando limitado a explotarla por sí mismo, desea obtener utilidad económica a través de una renta sin asumir responsabilidades sobre lo

28 VENOSA, S.: *Direito civil. Reais*, vol. IV, 18ª ed., Atlas, São Paulo, 2018, p. 487.

29 MAZZEI, R.: *Direito de superficie*, Ius Podivm, Salvador, 2013, p. 260.

30 MELO, M. A.: *Direito civil: coisas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018, p. 300.

construido (art.1980³¹), lo que la presenta como una figura más eficiente que el arrendamiento o el usufructo, como deja ver Mejorada Chauca³². La superficie tiende a que el derecho de propiedad alcance su fin comunitario, un derecho real dotado de una función social y económica claramente marcada. Sumándonos al criterio de Monteiro³³ diríamos que goza de una naturaleza sociológica que define la exigencia de los fines sociales de la propiedad; este derecho sirve de vehículo para la realización de la función social de la propiedad de forma tal que propicie no solamente la satisfacción de intereses individuales del propietario sino también la satisfacción de necesidades de la colectividad³⁴.

Indica Lucena³⁵ que de los tres sectores inmobiliarios tradicionales, la superficie se ha aplicado en el sector comercio y, en menor medida, en el sector industrial, pero el sector vivienda ha excluido la superficie como una herramienta jurídica para su desarrollo; su uso ha sido nulo, no se ha tomado en cuenta que la propiedad superficiaria mejora en un corto plazo la accesibilidad social a la vivienda; quizá la razón tenga un origen sociocultural, más que legal o económico, tomando en cuenta el ideal arraigado de poder legar a los hijos de una propiedad predial, lo cual dificulta la viabilidad de los proyectos de vivienda basados en el derecho de superficie³⁶, i.e. el problema no es legal ni de operatividad, el problema es sociocultural, lo que ha impedido emprender proyectos habitacionales a través de la superficie.

VIII. LA NEOSUPERFICIE.

En las últimas décadas, la superficie ha renacido, no resucitado como algunos mencionan.

Se presenta como una interesante alternativa para resolver el déficit habitacional³⁷, un medio idóneo y relevante para solucionar la falta de vivienda para las personas de economía debilitada³⁸, así como para dar solución al problema de la especulación del suelo³⁹, satisfaciendo el interés del dueño del terreno en

31 Código civil peruano "Artículo 1980.- El dueño de un edificio es responsable del daño que origine su caída, si esta ha provenido por falta de conservación o de construcción".

32 MEJORADA CHAUCA, M.: "Superficie: Noción y plazo", en ARATA SOLIS, M. y FERNÁNDEZ CRUZ, G.: *Nuevo comentario al Código civil peruano*, vol. VI, Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 536.

33 MONTEIRO, W.: *Curso de Direito civil: Direita das coisas*, vol. III, 44ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015, p. 375.

34 WALD, A., & IGLECIAS, P.: *Direito das coisas*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023, p. 253.

35 LUCENA, C.: "Reflexiones sobre el derecho de superficie", en RAMÍREZ GASTÓN, G. y VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Congreso Internacional de Derecho civil. Diálogo entre disciplinas*, vol. I, Instituto Pacífico y Universidad de Lima, Lima, 2019, p. 442.

36 LUCENA, C.: "Reflexiones sobre", cit., 2019, p. 448.

37 CÁRDENAS QUIRÓS, C.: "El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional", *Revista Ius et Praxis*, 1988, núm. 11º, pp. 123-133.

38 CÁRDENAS QUIRÓS, C.: "El derecho real de superficie", *Revista de Derecho PUCP*, 1983, núm. 37º, p. 9.

39 DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudio sobre derecho de los bienes*, Montecorvo, Madrid, 1991.

ceder su uso sin perder la propiedad y del superficiario de edificar sin invertir en la adquisición del predio, lo cual es ventajoso para ambos. En esta coparticipación, colaboración mutua (valga la redundancia), uno y otro satisfacen necesidades a través de un mismo bien, es una relación jurídica de largo aliento, útil y eficiente.

Sumado a ello existe una nueva visión sobre el elemento objetivo del derecho de superficie, nos referimos al elemento real, el aspecto material, la fábrica (edificación). In limine se exigía que esta tenga permanencia y estabilidad. Y es que la superficie se presentó como un derecho real sustentado en una construcción fija, estable; no pudiendo ser transitoria o pasajera (desmontable: como carpas, toldos, quioscos, casas containers modificadas), debía estar asentada; refiere Triunfante⁴⁰ que tiene que haber una ligación material duradera, estructural con el suelo, pues quedará para el dominus soli; como dice Del Risco⁴¹ lo edificado debe contar con una vocación de adherencia definitiva al suelo, sujetas inexorablemente a la regla de la accesión inmobiliaria. Es con este criterio que, como el común de autores, De Oliveira⁴² descarta que sobre la superficie se pueda aplicar en el derecho de butaca (silla) en teatros o iglesias, así como asentamiento de vías férreas.

Sin embargo, con un criterio más práctico, algunos otros autores, como el portugués Luiz da Cunha Gonçalves en su Tratado de *Direito civil em comentário ao Código civil português*, citado por Mazzei⁴³, admite la superficie para monumentos funerarios y de sepultura, bancos de iglesias y teatros, vías férreas, fábricas y almacenes, es esta la nueva dimensión del derecho de superficie, permitir una aplicabilidad más amplia, real, de acuerdo a las necesidades y al proyecto.

Con ese planteamiento, amplio y elástico, que deja de lado el viejo criterio de fijación, consideramos que caben excepciones a fin de aplicar la superficie en parques eólicos y los de energía solar (fotovoltaico) que vienen satisfaciendo necesidades básicas en diversas poblaciones; aunque son desmontables, por sus dimensiones perfectamente pueden afectarse como dominio superficiario, véase el tenor del art. 971 del Código civil de Puerto Rico: "Se entiende por construcción, entre otros, lo siguiente: (a) edificación nueva o existente; (b) antenas; (c) placas fotovoltaicas; (d) molinos de viento; (e) pizarras electrónicas; y (f) siembras y plantaciones".

En esa línea, existe un sinnúmero de nuevos proyectos a realizarse a través de la superficie almacenes, cementerios, parques eólicos, estacionamientos, parques

40 TRIUNFANTE, A.: *Lições de direitos reais*, Almedina, Coimbra, 2019, p. 293.

41 DEL RISCO SOTIL, L. F.: "El derecho de superficie", *Revista lus et veritas*, 2017, núm. 54º, p. 221.

42 DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Direito civil. Reais*, 4ª ed., Coimbra, Portugal, 1987, p. 461.

43 MAZZEI, R.: *Direito de superficie*, cit., p. 167.

industriales, parques fotovoltaicos; patios de comida para emprendimientos gastronómicos y colocación de antenas satelitales o de telefonía (techos o suelo).

IX. CONCLUSIÓN.

La superficie es cada vez más recurrida, por el Estado y particulares, pero debemos sacarle un real provecho. Es cuestión de estructurar y echar a andar los emprendimientos industriales, comerciales e inmobiliarios con criterios innovadores, y es que la superficie se presta eficientemente, por su flexibilidad, para una multiplicidad de inversiones. Es un derecho real que maximiza los proyectos, concentra flujos, en base al interés común.

Es interesante conjugar el tratamiento normativo del derecho de superficie con la praxis de los institutos jurídicos. Italia es un claro ejemplo de una sólida regulación legal que debe servir para impulsar el uso de la superficie y el Perú, es una muestra que la aplicabilidad y realidad de este derecho puede generar provecho en el acceso al suelo tanto en el sector urbano, comercial como industrial.

El estudio de la superficie debe estar acorde con las nuevas exigencias del mercado, los modelos de inversión y del tráfico inmobiliario, su tratamiento jurídico he de estar a la altura del nuevo concepto de la propiedad y su función social a fin de diversificar y dinamizar las ofertas inmobiliarias e impulsar proyectos de inversión en una sociedad en pleno desarrollo.

La idea es facilitar la estructuración legal de los nuevos negocios que requieren de eficientes diseños legales para potenciar las ventajas y aminorar las desventajas de las distintas tipologías contractuales, poniendo especial atención en el uso de la superficie como un remozado contrato real.

BIBLIOGRAFIA

BIGLIAZZI GERI, L., BRECCIA, U., DONATO, B. F., & NATOLI, U.: *Diritto civile. 2 Diritti reali*, UTET, Torino, 1988.

CÁRDENAS QUIRÓS, C.: "El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional", *Revista Ius et Praxis*, 1988, núm. 11°, pp. 123-133.

CÁRDENAS QUIRÓS, C.: "El derecho real de superficie", *Revista de Derecho PUCP*, 1983, núm. 37°, pp. 7-30.

COSTANTINO, M.: *Contributo alla teoria della proprietà*, Jovene, Napoli, 1967.

DE LOS MOZOS, J. L.: *Estudio sobre derecho de los bienes*, Montecorvo, Madrid, 1991.

DE OLIVEIRA ASCENSÃO, J.: *Direito civil. Reais*, 4ª ed., Coimbra, Portugal, 1987.

DEL RISCO SOTIL, L. F.: "El derecho de superficie", *Revista Ius et veritas*, 2017, núm. 54°, pp. 210-234.

FERNÁNDEZ SALAS, J. C.: *El derecho real de superficie: Redefinición como modalidad del derecho de propiedad* (tesis para optar el título de licenciado en Derecho inédita), Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2013.

GIACOBBE, G.: *La superficie*, 2ª ed., Giuffrè, Milano, 2003.

GUARNERI, A.: *La superficie*, Giuffrè, Milano, 2007.

GUARNERI, A.: Superficie, In *Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile*, vol. XIX, UTET, Torino, 1999, pp. 206-227.

LUCENA, C.: "Reflexiones sobre el derecho de superficie", en RAMÍREZ GASTÓN, G. y VARSÍ ROSPIGLIOSI, E.: *Congreso Internacional de Derecho civil. Diálogo entre disciplinas*, vol. I, Instituto Pacífico y Universidad de Lima, Lima, 2019.

MAZZEI, R.: *Direito de superfície*, Ius Podivm, Salvador, 2013.

MEJORADA CHAUCA, M.: "¡Atenta Superficie!", *Derecho y Sociedad*, 2005, núm. 25°, pp. 301-306.

MEJORADA CHAUCA, M.: "Superficie: Noción y plazo", en ARATA SOLIS, M. y FERNÁNDEZ CRUZ, G.: *Nuevo comentario al Código civil peruano*, vol. VI, Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 535-542.

MELO, M. A.: *Direito civil: coisas*, 2ª ed., Forense, Rio de Janeiro, 2018.

MENEZES CORDEIRO, A.: *Tratado de Direito civil*, vol. XIV, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2022.

MESSINEO, F.: *Manuale di diritto civile e commerciale*, vol. II, 9ª ed., I diritti della personalità. Il diritto della famiglia. I diritti reali, Giuffrè, Milano, 1965.

MONTEIRO, W.: *Curso de Direito civil: Direito das coisas*, vol. III, 44ª ed., Saraiva, São Paulo, 2015.

PUGLIESE, G.: *Della superficie*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1976.

SALIS, L.: *La proprietà superficaria*, CEDAM, Padova, 1936, p. 296.

SALIS, L.: *La superficie*, 2ª ed., UTET, Torino, 1958.

TRIUNFANTE, A.: *Lições de direitos reais*, Almedina, Coimbra, 2019.

VENOSA, S.: *Direito civil. Reais*, vol. IV, 18ª ed., Atlas, São Paulo, 2018.

WALD, A., & Iglecias, P.: *Direito das coisas*, 15ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2023.