

## El derecho de superficie: un medio capaz de aliviar el grave problema del déficit habitacional

Carlos Cárdenas Quirós

"Ni la sociedad ni el Estado pueden consentir el vandalismo, pero también es preciso decir que asustarse de las protestas universitarias es asustarse de la vida misma. La juventud siempre ha querido un futuro abierto, pobre o rico, pero justo. La de hoy, como la de hace muchos años, debe desear una situación en la que puedan coexistir dignamente, sin sectarismos ni rencores, ideas y sentimientos diferentes (...) Convertir la Universidad en un campo de entrenamiento para una convivencia política, a la luz de la verdad, tiene positivo interés, aunque con ello se ocasionen algunos desórdenes superficiales desprovistos de dramatismo. Decir que lo que los estudiantes tienen que hacer es estudiar, es decir poco. Por supuesto que tienen que estudiar, ese es su deber específico, pero el entrenamiento para la vida civil — profesional, política, social — es tan importante como la adquisición de saberes; por el contrario, empujarles a medirse con la violencia o con la intolerancia académica no sería prepararles para la paz y la convivencia, sino para el forcejeo y la ferocidad."

(Ramón Serrano Suñer, "Ensayos al viento", Ediciones Cultura Hispánica, Madrid, 1969, pág. 165).

**A** NADIE ES AJENO el problema originado por la falta de viviendas — de viviendas decorosas — en nuestro medio; lo que pone de manifiesto un fenómeno propio de los países subdesarrollados.

Es innegable que dicho problema se agudiza cada día más en razón de la carencia o insuficiencia, en su caso, de los mecanismos legales y de otro orden que, en principio, alivien cuando menos la situación de miles de personas que, por carecer de recursos materiales necesarios, se encuentran en la imposibilidad de tener una vivienda.

El derecho de superficie, constituye una forma de facilitar la solución de ese problema, que especialmente se presenta en las grandes ciudades.

Esta figura jurídica satisface, en opinión de Elguera<sup>1</sup>, "diversas necesidades de la economía moderna, en las grandes urbes, sin que exista ningún inconveniente jurídico o económico para su implantación".

Todos somos conscientes de la necesidad de combatir las dificultades derivadas de la mayor densidad poblacional que se ha concentrado en las grandes ciudades, debido al alto costo y la escasez de viviendas.

El derecho de superficie tiende precisamente a ello.

No debe perderse de vista que la institución superficiaria tiene como fundamento el principio de la función social de la propiedad, optando por la "propiedad función" antes que por la "propiedad especulación"<sup>2</sup>; constituyéndose así en expresión de una nueva forma de propiedad urbana.

Como expresa con exactitud Elguera<sup>3</sup>, "no interesa la facilidad de la transmisibilidad que sólo beneficia al especulador, sino que la propiedad satisfaga las necesidades económicas de la sociedad por las cuales se le ampara. Lo que el legislador debe buscar no es la libertad de la propiedad, que en sí nada significa, sino proteger todos aquellos derechos que permitan o favorezcan el desenvolvimiento de la función económica que aquélla desempeña con su máximo de utilidad social".

La circunstancia de que el derecho de superficie haya sido recogido en los más importantes Códigos modernos no es sino una clara manifes-

1 Elguera, Eduardo R., "Proyecto de legislación del derecho de superficie en el Código Civil", en "Contribución a la obra preparatoria del Código Civil. Estudios críticos y proyectos". Tomo 2, La Plata, 1935, pág. 281

2 Cfr. Duguit, León, "Las transformaciones del derecho privado", págs. 141 y siguientes.

3 Op. cit., pág. 288.

tación del reconocimiento explícito de que constituye un medio idóneo para obtener que la propiedad inmueble rinda el mayor aprovechamiento económico posible en armonía con su función social.

Según aprecia de Tomaso <sup>4</sup>, el derecho de superficie "tiene un propósito económico y social fundamental . . .: impulsar la construcción de habitaciones, proporcionando, a los que quieran o puedan ser propietarios, un nuevo modo de adquirir el dominio, y a las sociedades que construyan o puedan construir casas colectivas; un nuevo aliciente para el desarrollo de sus actividades".

Del derecho de superficie surge la posibilidad de construir edificaciones por encima o por debajo del suelo, en propiedad separada, que pueden ser útiles tanto para la colectividad como para los servicios públicos en general, "sin exigir, como destaca el ya citado Elguera <sup>5</sup>, el aprovechamiento total del inmueble, que puede dedicarse a otros fines. Permite esta utilización sin perjudicar el dominio del propietario que tan sólo se afecta en la medida racional que requiera aquella necesidad económica (. . .). La construcción y explotación de edificios por empresas en terrenos de terceros, mediante el pago de un canon al propietario, resultan altamente beneficiosas para el interés social, no sólo por el progreso y desplazamiento de valores que implican las obras, sino que determinan un abaratamiento de la locación. Las empresas constructoras pueden alquilar a precios inferiores que los mismos propietarios. Siendo su fin la construcción, sólo persiguen la ganancia en la realización de la obra, que es donde radica su interés y no la explotación de la renta de la casa, que sólo la tienen como accesorio para conseguir aquélla".

La legislación debe, entonces, sin timidez, favorecer esa actividad; ofreciendo a la institución una regulación que le permita su libre ejercicio y eficaz desenvolvimiento.

Como se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley Española sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, "el derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo es una figura que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos, éstos

<sup>4</sup> Cit. por Elguera, *op. cit.*, pág. 289.

<sup>5</sup> *Op. cit.*, págs. 282 y ss.

se obtienen a un menor costo; con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades de la demanda. Representa, también, un estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados que pueden, así, poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores, sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés”<sup>6</sup>.

Merece ponerse de relieve, en relación con la importancia de la institución superficiaria, que la reunión de Roma, celebrada del 29 de marzo al 3 de abril de 1971, que congregó a un grupo de expertos en los problemas y políticas de vivienda, construcción y planificación de los países meridionales de Europa de la Comisión Económica para Europa de la Organización de las Naciones Unidas, entre otras conclusiones, arribó a la siguiente:

“Los expertos están de acuerdo en que un régimen de propiedad de los terrenos que concede a los propietarios del suelo el derecho de edificar, supone, de una parte, una muy grande incidencia sobre la planificación urbanística y, de otra, obliga a reconocer plusvalías fundiarias determinadas por la situación de los terrenos hasta en caso de expropiación. Por tanto, es necesario afirmar el principio de la separación entre derecho de propiedad y derecho de edificar; dando por supuesto que este último debe pertenecer a la colectividad y que no puede ser reconocido más que por concesión o autorización administrativa. Una vez afirmado este principio, el grupo reconoce la utilidad de remitir a la legislación de cada país la necesidad de determinar los métodos prácticos para su aplicación, comprendiendo el cálculo de las indemnizaciones en caso de expropiación”<sup>7</sup>.

Con respecto a esta conclusión, Martín Blanco<sup>8</sup> ha explicado que la misma “incide sobre la postura que hemos mantenido tiempo atrás en el sentido de la conveniencia de disociar el derecho de propiedad del suelo, del derecho de usar de éste como una concesión por parte de la comunidad que ha determinado su calificación y su posibilidad de uso”.

6 En “Legislación del suelo”, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1979, págs. 39-40.

7 Cit. por De los Mozos, “El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística”, Ministerio de la Vivienda, Secretaría General Técnica, Servicio Central de Publicaciones, Madrid, 1974, pág. 205.

8 Cit. por De los Mozos, op. cit., pág. 205.

Ahora bien, no hay duda de que la utilización práctica del derecho de superficie es evidente y efectiva en todos aquellos países que lo contemplan en sus ordenamientos legales.

Informaba, en 1950, la Asociación Suiza para la planificación territorial que "a pesar de las dificultades que, para el derecho de superficie, derivan del Código Civil de 1912, se ha constituido no sólo para cabañas de clubes, monumentos, pequeñas construcciones, incluso casas para vivienda de una o varias familias, almacenes, colonias residenciales, instalaciones portuarias, sino también hasta para el Palacio de la Sociedad de Naciones de Ginebra"<sup>9</sup>.

No debemos olvidar, tampoco, que hace algún tiempo, en 1919, el derecho de superficie apareció, aunque esto pueda parecer extraño, como institución de Derecho Internacional Público.

En efecto, el ominoso Tratado de Paz de Versalles estableció, en su artículo 45, que las minas de hulla del Sarre fueran atribuidas en propiedad a Francia. El Sarre continuó, sin embargo, siendo tierra alemana sometida a la administración de la Sociedad de Naciones durante 15 años. En 1934, dicha región resolvió mayoritariamente, mediante un plebiscito, celebrado en concordancia con el artículo 49 del mismo Tratado, quedar bajo la soberanía alemana.

Rodríguez Llerena<sup>10</sup> expresa que el derecho de superficie, "responde a una realidad efectiva en el país, cuando el dueño del suelo opta por constituirlo cuando no puede urbanizarlo por sí mismo o el público no responde al llamamiento que hace para que le compre las parcelas que ha formado con aquel fin".

La institución constituye, pues, un medio práctico para hacer posible que las clases económicamente menos favorecidas consigan una vivienda. No será preciso que adquieran un terreno para edificar; que, por cierto, alcanza hoy en día valores desproporcionados. Bastará que se establezca respecto de él una concesión ad aedificandum para construir la vivienda, transformándose los adquirentes en propietarios de ella por un plazo determinado, extenso si bien no dilatado.

9 Cit. por Serrano Serrano, Ignacio, en Guillarte Zapatero, Vicente, "El derecho de superficie", Editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, Prólogo.

10 Código Civil, Tomo II, Chiclayo, 1938, pág. 276.

Como dice Borzutzky <sup>11</sup>, "una persona de escasos recursos, que no tiene dinero suficiente para construir ni tampoco posee un terreno, podría por intermedio de una Asociación de Ahorro y Préstamo obtener un préstamo para construir su vivienda y celebrar a su vez un contrato superficial con alguien que posea un terreno y que no quiera o no pueda construir, a fin de edificar en él su casa habitación. De acuerdo con esta fórmula, las personas modestas, sin dinero y sin terreno, podrían fácilmente solucionar su grave problema de falta de techo".

Así lo reconocía el Profesor Alfredo Solf y Muro en los debates de la Comisión Reformadora del Código Civil de 1852, cuando expresaba <sup>12</sup>, que el derecho de superficie ha sido empleado en otros países, "como medio de aumentar el número de habitaciones en las ciudades y fomentar las llamadas casas baratas".

No hay que descartar la intervención del Estado en la mayor utilización del derecho de superficie. Aun cuando se le configura fundamentalmente como una institución de Derecho Privado, ello excluye que sea necesario ofrecer medios legales para que el Estado, las Municipalidades, los órganos de las Regiones, aprovechen del mismo con el objeto de fomentar la edificación de viviendas y obtengan así un beneficio indudable, sin necesidad de enajenar los terrenos de su propiedad.

Será necesario tan sólo establecer derechos de superficie sobre ellos y permitir, consecuentemente, que grandes sectores de la población obtengan la ansiada casa propia.

Expresa Hedemann <sup>13</sup>, sobre este particular, que "el derecho de superficie se acredita como un excelente modo de colonización en los distritos urbanos. Ciertamente es que mientras no pase de ser una relación entre personas privadas su valor es escaso. Pero, si como concedente se presente la 'mano pública' y adquiriendo grandes extensiones de terreno, sobre todo en las afueras de las grandes ciudades, lo da en derecho de superficie formando colonias, se pueden esperar resultados muy provechosos".

El derecho de superficie resultará así una manifestación del fenó-

11. El derecho de superficie, Editorial Andrés Bello, Santiago de Chile, 1972, pág. 211.

12. Actas de las sesiones de la Comisión Reformadora del Código Civil, Fascículo VI, pág. 58.

13. Cit. por Guilarte, op. cit., pág. 107.

meno al que se ha referido De los Mozos <sup>14</sup> en el texto que a continuación transcribimos:

"La constante invasión del Derecho Público sobre el campo del Derecho Privado, y el sentido de las nuevas constantes transformaciones sociales y económicas, ha incidido notablemente en toda la problemática jurídica del urbanismo y del Derecho de la Vivienda y del Suelo excitando, sobre todo, la mentalidad de juristas y sociólogos y de cuantos tienen que ver, en su actividad profesional, con estas cuestiones (abogados, funcionarios, arquitectos, etc.). Especialmente, éste se traduce en la formulación de principios que aparecen tanto en las Leyes Fundamentales, como en los ordenamientos concretos que tratan de poner remedio a las nuevas necesidades sociales".

Bastará, por tanto, para lograr su desarrollo y desenvolvimiento idóneos, ofrecerle una reglamentación y protección legal adecuadas, sin descuidar, como es obvio, la necesidad de brindarle igualmente un tratamiento tributario favorable.

Sólo así podremos tener la firme esperanza de que el instituto superficiario resulte un medio capaz de obtener la reducción del déficit habitacional en nuestro país.

A este respecto, no puede desconocerse que el tratamiento que el Código Civil vigente ofrece acerca del derecho de superficie (artículos 1030 al 1034) constituye un avance en relación con lo que acontecía en el Código Civil de 1936 <sup>15</sup>. Así, debe ponerse de relieve el hecho de que se reconoce la autonomía del derecho de superficie, regulándolo, en forma separada, del usufructo —con el cual se la confundía en el Código de 1936— y designándolo por su nombre —a diferencia de lo que ocurría en el Código de 1936, que lo denominaba "usufructo sobre tierras edificables".

No obstante lo indicado, tal tratamiento es insuficiente.

El Código Civil de 1984 omite referirse a los modos de constitución

14 Op. cit., pág. 204.

15 Cfr. Cárdenas Quirós, Carlos, "El derecho real de superficie", en DERECHO No. 37, Programa Académico de Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú, diciembre, 1983, págs. 7 a 30.

del derecho de superficie, a los derechos y obligaciones del superficiario y del dominus soli, a las causas de extinción del derecho, etc.

Por tal razón, resulta necesario evaluar la conveniencia de perfeccionar las normas que el Código Civil actual dedica al derecho de superficie, para lo cual se propone como documento de trabajo el siguiente proyecto de articulado:

## TITULO . . . SUPERFICIE

### CAPITULO I DISPOSICIONES GENERALES

**Artículo 1.**— Por el derecho de superficie, 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 treinta años.

**Artículo 2.**— El derecho de superficie se constituye:

1. Por efecto del derecho a construir.
2. Por transferencia de una construcción ya existente que constituirá propiedad separada del suelo.
3. Por contrato accesorio al de arrendamiento de un terreno.
4. Por prescripción.

**Artículo 3.**— Cuando el derecho de superficie es accesorio a un contrato de arrendamiento de un terreno, dura sólo por el plazo de dicho arrendamiento.

**Artículo 4.**— El derecho de superficie puede constituirse por acto entre vivos o por testamento y a título gratuito u oneroso.

Cuando el derecho de superficie se constituye a título oneroso, la contraprestación del superficiario consiste en el pago de una suma alzada o de un canon periódico o en cualquier otra modalidad que acuerden las partes.

**Artículo 5.**— El derecho de superficie se extiende al aprovechamiento de otras partes del suelo que impliquen una ventaja para el uso y goce de la construcción, a menos que el título constitutivo disponga otra cosa.

**Artículo 6.**— Son aplicables al derecho de superficie, las normas de la propiedad inmobiliaria en todo lo compatible con su naturaleza.

**Artículo 7.**— El derecho de superficie será transmisible, excepto si se ha constituido como personalísimo. Será igualmente susceptible de gravamen, con las limitaciones que establezca la ley.

**Artículo 8.**— El título constitutivo del derecho de superficie deberá contener:

1. El plazo de duración del derecho, que no podrá exceder del fijado en el artículo 1, segundo párrafo.
2. La determinación del canon o precio que debe satisfacer el superficiario, si el derecho se hubiera constituido a título oneroso.
3. El plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años.
5. Los pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
6. Las garantías reales o personales con que se asegure el cumplimiento de las estipulaciones contractuales.

Las disposiciones contractuales sobre los efectos y la extensión del derecho de superficie, así como sobre la situación, estructura, volumen y destino de las construcciones, son obligatorias para todo adquirente del derecho de superficie y del suelo.

## CAPITULO II DERECHOS Y OBLIGACIONES DEL SUPERFICIARIO Y DEL PROPIETARIO

**Artículo 9.**— El superficiario tiene derecho de propiedad sobre las construcciones realizadas por encima o por debajo del suelo, sin más limitaciones que las que le impongan las disposiciones legales.

**Artículo 10.**— El superficiario puede efectuar cualquier clase de trabajo en las construcciones con las condiciones y limitaciones establecidas en el título constitutivo del derecho.

**Artículo 11.**— El superficiario puede dar lo edificado en arrendamiento o comodato, total o parcialmente. El plazo de duración de los contratos no puede exceder el del derecho de superficie.

**Artículo 12.**— El superficiario está obligado a sufragar los gastos de conservación del terreno y a pagar todos los tributos que recaigan sobre el derecho de superficie o sobre la construcción.

**Artículo 13.**— Desde la constitución del derecho, el propietario debe inhibirse de cualquier acto perturbatorio o que dificulte o impida el ejercicio del derecho del superficiario. En caso contrario, responde por los daños y perjuicios irrogados.

**Artículo 14.**— El propietario conserva la propiedad sobre el terreno, pudiendo ejercer todos los derechos y acciones que le competen en cuanto no afecten el derecho de superficie.

**Artículo 15.**— El propietario tiene derecho a hipotecar el suelo. Las hipotecas que constituya no se extienden al sobresuelo ni al subsuelo, en su caso, salvo lo dispuesto en el artículo 23.

### CAPITULO III EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE

**Artículo 16.**— Si el superficiario se excede en el ejercicio de su derecho o viola las obligaciones contractuales, el propietario puede provocar el retorno anticipado, pidiendo la transferencia a su nombre del derecho de superficie, con todos los derechos, cargas y gravámenes que le corresponden.

**Artículo 17.**— Antes del transcurso del plazo pactado, o del legal en su caso, se extingue el derecho de superficie si el superficiario da al terreno destino diverso de aquél para el cual fue concedido.

**Artículo 18.**— El derecho de superficie se extingue:

1. Si el superficiario no construye la obra en el plazo pactado o, a falta de él, dentro del plazo de cinco años contados desde la fecha de constitución del derecho, en cuyo caso el propietario del terreno recupera la plenitud de su derecho sin obligación alguna respecto al superficiario.
2. Si destruida la obra, el superficiario no la reconstruye dentro de los plazos señalados en el inciso anterior a contar desde la destrucción.
3. Por el transcurso del plazo pactado o, en su defecto, del legal.
4. Por confusión.
5. Por desaparición o inutilización del suelo.
6. Por expropiación.

**Artículo 19.**— El derecho de superficie no se extingue por la destrucción de lo construido. En ese caso, el superficiario puede reconstruir lo edificado.

**Artículo 20.**— Transcurrido el plazo por el cual fue constituido el derecho de superficie o, en su defecto, el previsto en el artículo 1, segundo párrafo, el propietario del suelo adquiere la propiedad de lo construido, reembolsando su valor, salvo pacto distinto.

**Artículo 21.**— La extinción del derecho de superficie importa la terminación de los derechos reales y personales constituidos por el superficiario.

Estos derechos se resuelven sobre la indemnización que reciba el superficiario, en su caso.

**Artículo 22.**— Extinguido el derecho de superficie como consecuencia de la expropiación, cada uno de los titulares tiene derecho a recibir la parte de indemnización que corresponde al valor del respectivo derecho.

**Artículo 23.**— Los derechos reales constituidos por el propietario se extienden a la edificación por efecto de la extinción del derecho de superficie.