

Para ver aviso legal de clic en el siguiente Hipervínculo  
(NECESITA CONEXIÓN A INTERNET)  
<http://cijulenlinea.ucr.ac.cr/condicion.htm>

**INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL**

**TEMA: DERECHO REAL DE SUPERFICIE**

**RESUMEN**

El presente trabajo de investigación contiene los aspectos doctrinarios básicos de lo que es el derecho real de superficie. El mismo incluye los elementos reales de esta figura, lo que es el elemento personal y una descripción de lo que es el derecho de superficie urbana. Incluye además un anexo con doctrina comparada.

## Índice de contenido

DOCTRINA.....	2
ELEMENTOS REALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE: EL SUELO Y LA EDIFICACIÓN.....	2
ELEMENTO PERSONAL.....	5
CONCEDENTE, SUPERFICIENTE o DUEÑO DEL SUELO.....	5
TITULAR DEL DERECHO DE EDIFICAR Y/O SUPERFICIARIO.....	6
EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA.....	7
FUENTES UTILIZADAS.....	9

## DOCTRINA

### **ELEMENTOS REALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE: EL SUELO Y LA EDIFICACIÓN.**

[De los Mozos, José Luis]<sup>1</sup>

Los elementos reales del derecho de superficie, son esencialmente estos dos, la *finca* sobre la que recae el derecho de superficie, la que una vez constituido éste quedará relegada a mero *suelo* y la *edificación* o *construcción* en el caso de que existiere al constituirse el derecho, o el *espacio* necesario y suficiente para llevarla a cabo y al que se refiere la *derogación* del principio de *accesión*.

Según la Ley del Suelo (art. 157-1.º), son aptos para que se constituya el derecho de superficie, tanto los *terrenos públicos* como los *privados*. En cualquier caso, cuando se trate de terrenos para edificar hay que tener en cuenta los volúmenes establecidos en los planes de edificación y las demás normas de aplicación general, pues unas y otras determinan el concepto legal de *finca*, cambiando, a veces, lo que por naturaleza sería de modo distinto, como consecuencia de la adaptación de la propiedad a su *función social*.

También puede constituirse el derecho de superficie, *sobre el vuelo* y *bajo el suelo* (art. 16-1.º y 2.º RH.) Criterio que confirma la nueva redacción dada al artículo 157-1.º LS., por el *Proyecto* de reforma de la misma. Ahora bien, como el derecho de superficie requiere por su naturaleza, una cierta relación con el suelo, en estos casos es necesario (aunque no se constituya la propiedad horizontal, ni siquiera de forma equivalente, como veíamos anteriormente) que se fije un coeficiente de participación, que habrá de determinarse en el título constitutivo, lo mismo que se hace con el *derecho real de vuelo*., en aquellos casos en que al concederse no se sujeta todo el inmueble al régimen de propiedad horizontal, sino a una situación especial, cuestión que representará los inconvenientes prácticos de la falta de una adecuada regulación, así como evidencia la necesidad del conveniente y necesario desarrollo técnico de la institución.

Por otra parte, como entiende ROCA SASTRE, con buen criterio, podrá extenderse el derecho de superficie sobre un terreno, aunque no sea todo él objeto de edificación, así dice, «nada impide que pueda abarcar porciones de terreno sin edificar, siempre que su utilización sirva de elemento accesorio de la edificación, como

jardines, piscinas, campos de tenis y otros elementos que sirvan de accesorios de la edificación superficiaria».

En cambio, no podrá recaer el derecho de superficie, sobre una *parte de un inmueble* como puede ser un piso de una casa, salvo que se pueda llegar a las situaciones de armonización con el régimen de la propiedad horizontal a las que, anteriormente, hemos aludido. En Derecho suizo se permite, también, otra *excepción* a esta disciplina cuando se trate de una *obra particular* (turbina, calefacción), reuniendo determinadas condiciones .

En sentido contrario, tampoco cabe que el derecho de superficie recaiga *sobre varios fundos*, lo que iría contra el principio de especialidad, o acercaría el esquema de la superficie al de las servidumbres, o al de determinadas servidumbres (acueducto, por ejemplo)

Por lo que se refiere a la *construcción o edificación.*, hay que descartar todas aquellas construcciones que no sean permanentes, porque respecto de ellas falta la intención de derogar el principio de *accesión en el dominus solí* (quioscos, casetas de baños, o de feria, hórreos, etc.) . Fuera de esto, la intención del *dominus solí* puede configurar los objetos o finalidades más diversos, como veremos más adelante. Pero si es importante la valoración de la intención en relación con el carácter que reviste la obra o construcción realizada, así hay que distinguir las obras y construcciones, en sentido de *mejora* de las que tienen lugar en el derecho de superficie, ya que, a veces, no sólo dependen de la entidad de la obra o construcción, sino de la misma intención de las partes (piénsese en las construcciones que se llevan a cabo en una granja o explotación agrícola o ganadera), separándose por esta razón, de un lado, el derecho de superficie y, de otro, el arrendamiento *ad meliorandum* , distinción que como hemos visto aparece en nuestra jurisprudencia, claramente delimitada .

Cuando se refiere a terrenos públicos, hay que estar también a la intención de las partes para distinguir cuando se trata de una *concesión administrativa* y de un derecho de superficie, esto adquiere gran importancia en otros ordenamientos, como en el Derecho italiano, donde para la instalación de líneas ferroviarias o tranviarias se ha acudido al derecho de superficie, aunque también aparece en nuestro Derecho, donde como consecuencia de la deficiente regulación de nuestra institución y para huir de las dificultades que de ello pueden derivar, se ha acudido a la concesión administrativa, u a otros expedientes, para constituir situaciones que materialmente deberían ser derechos de superficie: así en muchas construcciones turísticas, en zona marítimo-

terrestre, o también para otros usos.

En el Derecho italiano, especialmente en el anterior a 1942, se ha acudido también al derecho de superficie en relación con el *derecho de sepultura*, o con el *derecho de palco*, pero en el primer caso se trata de un derecho de naturaleza pública y en el segundo de una servidumbre personal .

Todo lo que se refiere a las estipulaciones sobre la construcción (situación, estructura, volumen, etc), forma parte del contenido del derecho de superficie y a ello nos referiremos cuando estudiemos este aspecto de nuestra institución.

En cuanto a la *naturaleza de la construcción*, en un derecho de superficie, ya hemos dicho antes, al hablar de la naturaleza de éste que constituye una *pertenencia* del mismo, no se puede decir que la construcción sea un inmueble, ni tampoco una finca, porque lo que es *como un inmueble*, es el propio derecho de superficie, por cuya mediación se lleva a cabo la separación entre el edificio y el suelo, pero el edificio no tiene entidad por sí mismo, sin el derecho de superficie, es decir, no puede ser *objeto de derechos* separadamente, de ahí que no se pueda enajenar la construcción sin enajenar el derecho de superficie, por eso no tiene sentido hablar aquí de *propiedad superficiaria*, ya que este concepto no tiene en sí mismo un valor absoluto, siendo más bien un término referencial para expresar uno de los efectos más importantes del derecho de superficie, pero sin que se pueda escindir de éste. Por eso, no tiene sentido hablar de propiedad de la construcción, aunque lo diga la ley, porque el legislador se refiere aquí, más a un significado práctico que a un concepto técnico-jurídico, ya que no hay propiedad de la construcción sin derecho de superficie. Tampoco lo tiene acudir a la idea de *inversión de la accesión*, porque los supuestos de *accesión invertida* (art. 1.404-2.º, art. 361, construcción extralimitada, etc.), constituyen *excepciones* a la aplicación del principio, no *derogaciones* al mismo.

Por ello, seguramente, la calificación más adecuada de la *construcción*, en el derecho de superficie, es la que ha prevalecido en la doctrina suiza, al considerar a la construcción, no como inmueble, sino como *cosa inmobiliaria*, denominación que más que nombrar describe, porque no se alude a un objeto de derechos, inmediatamente determinado, sino a algo que guarda relación, que cobra sentido, con el carácter de la *propiedad superficiaria* como pertenencia del derecho de superficie.

Esta caracterización, reporta notables *consecuencias*. Antes ya nos hemos referido a la *inseparabilidad* de la propiedad superficiaria

y del derecho de superficie, de manera que, no se puede enajenar aquélla sin éste. Pero, como todo esto, tiene su origen en la constitución del derecho de superficie, ya que el que renuncia o deroga la accesión también lo hace a la superficie, es decir, al espacio que existe sobre el suelo, resulta que, tanto si se constituye el derecho de superficie por enajenación de la construcción ya existente, como si se hace antes, implicando la constitución el derecho a construir, la adquisición de lo construido, o mejor dicho, de los derechos sobre lo construido, será siempre *derivativa*, a pesar de que algunos autores refiriendo el derecho de superficie, al derecho a construir en suelo ajeno, aspectos que, como hemos dicho, presentó la institución en algún momento de su restauración moderna, hablen de adquisición *originaria*, aunque sin mucha convicción.

Lo mismo sucede con el derecho a *reconstrucción* de lo edificado que pertenece al superficiario, como consecuencia de la derogación de la accesión, por todo el tiempo que dure el derecho de superficie y con independencia de que éste se haya constituido existiendo o no la edificación, salvo pacto contrario, naturalmente, como anteriormente hemos examinado.

#### **ELEMENTO PERSONAL**

##### **CONCEDENTE, SUPERFICIANTE o DUEÑO DEL SUELO**

[KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida – PUERTA DE CHACON, Alicia]<sup>2</sup>

Al igual que en los demás derechos reales, el constituyente de la superficie es el propietario con capacidad de disponer.

Si el inmueble está sometido a un condominio, se requiere la unanimidad de todos los copropietarios (art. 2680, Cód. Civil).

Puede ser un particular o el Estado (nacional, provincial o municipal).

Si el inmueble pertenece al dominio público del Estado, se constituirá un derecho real de naturaleza administrativa, no regido por la norma proyectada (p.ej., sepulcros en cementerios municipales, subterráneos, servidumbres aéreas, etcétera). Recordemos que el tema de la superficie se planteó en nuestro país, justamente, al construirse los subterráneos de la ciudad de Buenos Aires, siendo necesario por entonces el dictado de una ley especial.

También rige el derecho público si mediante expropiación el Estado adquiere superficie o pretende pagar la indemnización mediante la constitución de tal derecho.

En cambio, si el Estado concede en superficie inmuebles de su dominio privado regirá la norma proyectada.

El nuevo Código Civil de Cuba, que entró en vigencia el 12 de abril de 1988, sólo admite, en cambio, que sea el Estado quien conceda en superficie, negando expresamente la posibilidad sobre terrenos de "propiedad personal" (art. 218). Dispone, además, que puede concederse a otros Estados y a organismos internacionales para construir las edificaciones necesarias para la instalación de sus misiones diplomáticas y consulares, residencia de sus miembros y otras dependencias (art. 219).

Permite, también, que las cooperativas de producción agropecuaria concedan a sus miembros el derecho de superficie, pero en este caso sólo es posible destinarlo a viviendas.

#### **TITULAR DEL DERECHO DE EDIFICAR Y/O SUPERFICIARIO**

[KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida – PUERTA DE CHACON, Alicia]<sup>3</sup>

También puede ser una persona pública o privada. La cotitularidad genera diversas dificultades:

a) Si el derecho de superficie se ha constituido en favor de dos o más personas para que construyan una obra que no debe ser sometida a la ley 13.512, son de aplicación supletoria las normas sobre el condominio. Por ejemplo, Juan cede en superficie un inmueble a José y a Rosa para que construyan sobre él una fábrica. Esa fábrica está sometida al régimen del condominio revocable.

b) Pero lo que normalmente ocurrirá es que lo construido deba ser sometido a la propiedad horizontal, pues la figura se incorpora, según los autores del proyecto, para solucionar problemas habitacionales, y sabido es que la propiedad horizontal disminuye los costos de construcción.

Si quien construye es el Estado (nacional, provincial o municipal) en favor de futuros adjudicatarios, no debe cumplir con la afectación requerida por la ley 19.724 (art. 1º, inc. b, ley 20.276).

En cambio, si el Estado constituye derecho de superficie en favor de una persona de derecho privado (p.ej., una cooperativa de viviendas) y no se da el supuesto previsto por el art. 1º, inc. c, de la ley 20.276 (construcción con préstamo de organismos oficiales y celebración de contratos con los futuros adquirentes a cargo exclusivo del ente financiador, mediante poder irrevocable a favor de éste), el superficiario deberá cumplir con los recaudos de la ley 19.724.

Igual solución corresponde si el dueño del terreno es un particular que construye para conceder en superficie.

## **EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA**

[ABARCA PICADO, Alvaro – BARRANTES RAMIREZ, Valentín]<sup>4</sup>

Este derecho tiene como objeto entonces, las construcciones, sea que se trate de una "concesión ad aedificandum" conforme a la cual el concesionario adquiera el derecho de ejecutar la obra -misma que podrá verificarse en el suelo propiamente dicho, o en el vuelo así como en el subsuelo, si se recurre a los derechos derivados del de superficie-, y sea que se adquiera el derecho de superficie sobre una construcción preexistente; en ambas hipótesis, el superficiario, al iniciar la construcción en el primer caso y al perfeccionarse el contrato en el segundo, pasa a ser propietario, sin otra restricción que las que para la propiedad ordinaria establece la ley y las que resulten del contrato, como lo es el plazo de vigencia por el que se pacte el derecho, con los efectos que se hayan acordado para el momento en que el término se cumpla.

En cuanto al tipo de construcciones, éstas pueden ser tanto para fines mercantiles, lo mismo que industriales, así como aquellas edificaciones que cumplan con un objetivo puramente habitacional, reiterando que la constitución del derecho puede recaer en construcciones ya existentes, como en aquellas que se proyecte su realización, con lo que se originaría primero la correspondiente concesión ad aedificandum.

Es oportuno reiterar aquí que son múltiples los beneficios que el adecuado uso de esta figura jurídica puede deparar como mecanismo para promover las construcciones antes citadas: al superficiario que requiera de una planta física para desarrollar su actividad industrial o comercial, o aquel que necesita algo no menos importante como es un techo donde instalarse con su familia, le permite reducir la inversión de capital, ya que puede despreocuparse del valor económico que posee el "suelo" -en sentido amplio- en el cual va a ubicarse, suelo sobre el que el concedente seguirá ejerciendo la titularidad, lo que no impide como se ha visto, que sobre la construcción el superficiario ostente un verdadero derecho de propiedad, mientras que no expire el plazo por el que se constituyó el derecho, cuya finalización, si bien puede provocar, entre otros efectos, su extinción y la reversión de la obra al concedente, es probable que se pacte -lo que demuestra su moldeabilidad en apego al principio de equidad-, una indemnización al superficiario-constructor en virtud del cálculo que de acuerdo a su valor se realice.

En cuanto al propietario del suelo, éste puede verse motivado a ofrecerlo, sobre todo si no posee el capital suficiente para

construir o simplemente no tiene interés en hacerlo, toda vez que no se trata de una concesión perpetua y en esa medida tiene la certeza, si así se conviene, que el bien volverá a su esfera patrimonial con el evidente aumento en el valor económico que la construcción efectuada representa.

Hay que agregar también la ventaja que el uso de este derecho representa frente a la "zonificación" y al "fraccionamiento" que como consecuencia de la planificación urbana regulan los entes públicos correspondientes y que provoca en ocasiones una excesiva reducción de los espacios disponibles. Es así como, mediante el derecho de sobre elevación y el de construcción en el subsuelo, es posible aprovechar al máximo los espacios existentes, circunstancia que ya se había apuntado antes pero que merece ser considerada en este punto.

Con base en los aspectos positivos apuntados a la debida utilización del derecho de superficie urbana, podemos afirmar, a manera de síntesis, que hace posible desde una perspectiva dinámica, la interacción de factores tan importantes como son la propiedad, el desplazamiento de recursos y el desarrollo socio-económico.

**FUENTES UTILIZADAS**

- 1 DE LOS MOZOS, José Luis. El Derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística. 1ed. Madrid, España. Ministerio de la vivienda. 1974. pp.280-284.
- 2 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida - PUERTA DE CHACON, Alicia. Derecho real de superficie.1ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1989. pp.24-27
- 3 KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida - PUERTA DE CHACON, Alicia. Derecho real de superficie.1ed. Buenos Aires, Argentina. Editorial Astrea. 1989. pp.24-27
- 4 ABARCA PICADO, Alvaro - BARRANTES RAMIREZ, Valentín. El Derecho Real de superficie un aporte para su regulación en Costa Rica. Tesis para optar por el título de licenciados en derecho. San José, Costa Rica. Facultad de derecho de la universidad de Costa Rica. 1990. pp.62-65.