

**UNIVERSIDAD CENTROAMERICANA  
FACULTAD DE CIENCIAS JURÍDICAS**

**Maestría en Derecho de Empresa con Especialización en Asesoría Jurídica  
(Décima edición)**



Trabajo de investigación presentado para la culminación de la asignatura “Estudio de casos” y como requisito para obtener el título de Máster en Derecho de Empresas con especialización en Asesoría Jurídica.

**ANÁLISIS DEL DERECHO REAL DE SUPERFICIE DESDE LA PERSPECTIVA  
INMOBILIARIO REGISTRAL Y SU UTILIDAD PRÁCTICA EN EL ÁMBITO  
EMPRESARIAL EN NICARAGUA**

Autor (a): Yara María Reynoza Pastora

Tutor (a): Prof. German Orozco Gadea

Managua, junio 2016


## ACTA DE APROBACIÓN

El suscrito (a) tutor (a) hace constar:

Que el (la) estudiante, **Yara María Reynoza Pastora** con carnet número 2008050002 ha elaborado su artículo de investigación o *paper*, titulado **“Análisis del Derecho real de superficie desde la perspectiva inmobiliario registral y su utilidad práctica en el ámbito empresarial en Nicaragua”**, de conformidad con lo estipulado en la *“Normativa para la Elaboración de los artículos de investigación en los Programas de Especialización y Maestría”*, como requisito previo para obtener el título de máster en Derecho de Empresa con especialización en Asesoría Jurídica, tanto en las consideraciones técnicas en cuanto al fondo del tema, así como la estructura y metodología.

Por lo tanto al criterio de este (a) tutor (a), el presente Trabajo de Investigación reúne los requisitos de fondo y forma que permiten a la Coordinación de Académica del Programa proceder a su respectiva revisión normativa, como requisito previo a la programación del acto de disertación y defensa.

Dado en la ciudad de Managua, a los veintisiete días del mes junio del año 2016.

Prof.   
Dr. German Antonio Orozco Gadea  
Tutor (a)

## *Resumen*

*En la actualidad existe una marcada dinamización de la economía mundial, situación creada, en parte por el fenómeno llamado globalización. Esta tendencia a crear vínculos más estrechos entre los países, obliga de cierta forma a que las actividades mercantiles evolucionen al ritmo que demandan los inversionistas de empresas transnacionales o bien de otra naturaleza, que desean invertir su capital en otros países que brinden seguridad jurídica y que tengan apertura a estas nuevas prácticas mercantiles, que en muchos casos se han venido realizando desde épocas pretéritas, sin embargo cobran un nuevo significado en tiempos actuales y abonan al desarrollo económico y social de los países. Este análisis que se presenta, surge del vacío que existe en la Ley General de los Registros Públicos (2009) que en su artículo 72 menciona al Derecho de Superficie, pero persisten muchas preguntas en el tintero respecto de sus características, naturaleza jurídica, forma de constitución y de la manera que debe seguir el Registrador para dar trámite a la solicitud de inscripción de este derecho. Además de este vacío normativo, surgen las interrogantes: ¿Para qué? ¿Qué función tiene el Derecho de Superficie? Tales preguntas se estudian a lo largo de cada capítulo de este artículo, así como la importancia que tiene esta figura para el desarrollo de la inversión en nuestro país.*

*Palabras clave:*

*Derecho de superficie, inversión, inscripción, propiedad, desarrollo.*

## *Abstract*

*At present, there is a marked revitalization of the world economy, a situation created in part by the phenomenon called globalization. This tendency to create closer ties between countries, requires commercial activities to evolve at a pace that investors demand transnational companies or otherwise, who want to invest their capital in other countries to provide legal certainty and are open to these new business practices, which in many cases have been made since earlier times. However, take on a new meaning in modern times and are paid by the economic and social development of countries. This analysis arises from the gap in the General Law of Public Records (2009) that Article 72 mentions the surface right, but many questions remain in the inkwell about its characteristics, legal nature, form of constitution and how to follow the Register in order to process the application for registration of this right. In addition to this regulatory gap, the questions arise: What for? What role does the superficiary Right? Such questions are studied throughout each chapter of this article, as well as the importance of this figure for the development of investment in our country*

### ***Key words:***

*Superficiary Right, investment, property Registration, property, Development*

## Tabla de contenido

*Introducción. 1. Aspectos generales sobre el Derecho Real de Superficie; 1.1. Derechos Reales; 1.1.1. Concepto; 1.1.2. Derechos Reales sobre cosas ajenas. Iura in re aliena; 1.2. Derecho de Superficie; 1.2.1. Antecedentes; 1.2.2. Concepto; 1.2.3. Naturaleza Jurídica; 1.2.4. Diferencia con otras figuras del Derecho; 1.2.4.1. Arrendamiento; 1.2.4.2. Usufructo; 1.2.4.3. Propiedad Horizontal; 1.2.5. Características; 1.2.6. Elemento; 2. Regulación del Derecho Real de Superficie en Nicaragua. Aspectos Registrales; 2.1. Inscripción de Derechos Reales en el Registro Público de la Propiedad; 2.2. Regulación de la figura en la Ley General de los Registros Públicos de Nicaragua; 2.2.1. Técnica Registral respecto de la inscripción de este Derecho; 2.3. Regulación del Derecho Real de Superficie en el Derecho comparado; 2.3.1. Legislación española. Ley de suelo y Rehabilitación urbana. Real Decreto Legislativo 7/2015; 2.3.3 Legislación peruana. Decreto Legislativo N° 295; 3. Importancia de la figura del Derecho Real de Superficie para el desarrollo de la inversión en Nicaragua; 3.1. Función económica y social; 3.2. Importancia para el desarrollo de la legislación en materia de inversiones. 4. Conclusiones. Anexos. Lista de Referencias.*

## **Introducción**

A lo largo de tiempo, el Derecho ha significado una construcción social, pues siempre ha tratado de regular comportamientos de un grupo de individuos. Esta situación no solo abarca aspectos de comportamientos delictivos o que deban acarrear alguna sanción, sino también se trata de abarcar una buena parte de los aspectos de la vida de una sociedad. Tales situaciones pueden ser de índole económica o de índole social.

Muchas de las figuras jurídicas que hoy en día están sancionadas por nuestro Ordenamiento Jurídico, son de construcción romanista, de las cuales, algunas de ellas han trascendido las barreras del tiempo y han sido aplicadas para provecho de estas generaciones más actuales.

Una de esas instituciones que han logrado su permanencia en el tiempo es la del derecho real de superficie. Esta figura que fue creada para regular un comportamiento de la época que lograba satisfacer necesidades sociales-tales como problemas de vivienda-. No hay duda que ni las situaciones ni la época es la misma, sin embargo, la necesidad de desarrollo económico y social de un país, está tan vigente como este derecho real en nuestros días.

Tomando en cuenta la importancia que tiene esta figura para el desarrollo de nuestro país, y que puede ser una herramienta bastante útil para fomentar la inversión, se hace necesaria la implementación no solo de un marco regulatorio, sino también de información acerca de los beneficios de la misma. En el mismo sentido, la creación de un marco regulatorio en torno a este derecho real, representaría un avance más en materia de inversiones en nuestro país.

Cabe destacar que hay algunas otras figuras del Derecho que se asemejan al derecho real de superficie, algunas en su forma de constitución, otras en sus alcances y otras en parte de su contenido. En este trabajo, se trata de discutir sobre las diferencias que existen con tres figuras tales como arrendamiento, usufructo y propiedad horizontal, de las cuales realizamos una breve comparación, para así determinar que dicha figura es autónoma y que no puede ser equiparada, en su totalidad, a otras instituciones del Derecho.

Además de analizar la naturaleza jurídica del derecho de superficie, puntualizamos sobre la necesidad de su inscripción en los Registros Públicos de nuestro país y sobre la más acertada técnica para llevar a cabo dicho proceso, atendiendo no solamente a la función de publicidad de

los Registros sino también a la protección contra terceros que éste brinda, pues una vez inscrito el derecho, es oponible frente a terceros. Precisamente decimos que es necesaria la regulación puntual de la inscripción, pues es la Ley General de los Registros Públicos (2009) la que menciona este derecho en su artículo 72, aun cuando solo menciona la frase “derecho de superficie” sin embargo no hace mayor referencia a la manera de inscripción del mismo, encontrando una debilidad en la legislación nacional. Proponemos no solo una regulación desde el ámbito del Derecho Civil o Derecho Mercantil, sino una regulación desde la materia de inversiones para que pueda sacarle el mayor provecho a esta figura.

Continuando con nuestro planteamiento, en este artículo de investigación se recurre al derecho comparado puesto que nuestra legislación no regula esta figura, por lo tanto, analizamos lo que otras legislaciones pueden aportar a nuestro Derecho. Al igual que el estudio comparado, hemos dedicado una especial atención al fenómeno de la inscripción en el Registro Público de la Propiedad, para poder reconocer el modo adecuado para realizarla y así brindar seguridad jurídica a todos aquellos que podrán hacer uso de esta figura.

Esta investigación está dirigida al análisis de esta importante figura del Derecho, sus aspectos formales, y sus características. Sin embargo, consideramos que era necesario estudiar este derecho real en cuanto a la función económica y social que representa en el desarrollo de nuestro país, así como una herramienta para fomentar la inversión extranjera y local.

Analizamos aspectos concretos en relación al beneficio que obtienen los sujetos que intervienen en este contrato; tanto el propietario del fundo que no posee los recursos suficientes para echar a andar un proyecto en su terreno, como el empresario o inversionista que, teniendo el capital, desarrolla un proyecto en el fundo ajeno, ahorrando costos de compra y legalización de un terreno e iniciando con el capital de lleno en la construcción del negocio.

Así pues, este trabajo que se les presenta contiene aspectos básicos a tomar en cuenta sobre esta figura, sobre su importancia para la sociedad y la función económica que desempeña, esperando que despierte un especial interés en el lector y que pueda trascender para que el derecho real de superficie sea regulado e implementado como una nueva forma de inversión, además de abonar

al desarrollo de nuestro país con la atracción de los inversionistas, y de brindar seguridad jurídica en el tráfico económico y jurídico.

## 1. Aspectos generales sobre el Derecho Real de Superficie.

### 1.1. Derechos Reales.

#### 1.1.1. Concepto:

Considerando que nuestro tema de investigación se sitúa en el ámbito de los derechos reales sobre cosas ajenas, es necesario realizar una conceptualización y caracterización bastante general de esta clasificación, con el fin de tener mayor claridad sobre nuestra investigación.

En principio, los derechos reales están basados en el disfrute de la cosa sin ser perturbados, además que esta condición de exclusividad sobre la cosa, es perfectamente oponible frente a terceros. Lacruz et al. (2000) nos dicen que este concepto tiene su origen en la *actio in rem*, acción establecida en Roma. Así mismo Iglesias menciona que la *actio in rem* “significa acción contra – hacia o sobre la cosa” (1999, p. 151). Más adelante, nos daremos cuenta que esta acción sobre la cosa, le da vida a la figura misma del derecho de superficie.

La doctrina nos presenta un concepto amplio sobre los derechos reales, sin embargo, es en sus características que encontramos mayor aporte para la comprensión de esta clasificación.

Guzmán García (S.f.) menciona que, “los derechos patrimoniales pueden ser clasificados en derechos de disfrute y derechos de obligación” (pp. 16-17), con lo cual, decimos que los derechos reales se ubican en los derechos de disfrute, puesto que, cómo ya dijimos, el disfrute de la cosa – sea propia o ajena- es una de las características relevantes de los derechos reales.

En ese mismo sentido, podemos ampliar nuestra apreciación anterior citando a Lacruz Berdejo et al. (2000) quienes mencionan que los derechos reales se caracterizan por la inherencia y la exclusividad o absolutividad. La inherencia referida a que el titular de un derecho real puede disfrutar de la cosa sobre la cual recae este derecho; así los autores citados expresan que es “la posibilidad del titular de obtener de la cosa, el provecho correspondiente a su derecho sin mediación de otra persona” (p. 2), con lo cual podemos decir que no solo disfruta de su derecho, sino que no puede ser perturbado en el disfrute de la cosa mientras sea titular de ese derecho real. Así Guzmán



García (S.f.) lo reafirma y nos dice que los derechos de disfrute –derechos reales- “otorgan a su titular un poder directo e inmediato sobre la cosa” (p. 17).

Siguiendo el hilo argumental, Lacruz Berdejo et al. (2000) nos expresan que además de la inherencia de estos derechos, se caracterizan por la exclusividad, la cual define como “el titular del derecho real puede impedir a los demás cualquier influencia sobre la cosa en perjuicio de su derecho” (p. 3).

El derecho real por excelencia es el Derecho a la propiedad, pues cumple a cabalidad con las características antes descritas, hay disfrute libre de la cosas, en este caso el inmueble, y es oponible frente a terceros, pues no es concebible que el dueño de una propiedad sea perturbado en el goce y disfrute de la cosa, así lo establece nuestro Código Civil (C.) en su artículo 615 “La propiedad es el derecho de gozar y disponer de una cosa, sin más limitaciones que las establecidas por las leyes”. En ese concepto podemos destacar dos situaciones la disposición de la cosa y la libertad misma de hacerlo.

En ese mismo orden de ideas, Guzmán García, (s.f.) menciona que “El derecho de propiedad es un derecho real porque permite al propietario reclamar la cosa donde quiera que ésta se encuentre y quien quiera que sea la persona que la detente o posea” (p. 16) así mismo lo destaca el artículo 615 C. en su parte *in fine* “el propietario tiene acción contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla”

Nuestro Código Civil claramente expresa la libertad de disposición del derecho real de la propiedad art. 616 C. “todo individuo es libre de disponer de sus propiedades sin restricción alguna...” en el mismo artículo se mencionan las acciones que nacen de este derecho, las cuales nos aportan una puerta de entrada para abordar el tema de los derechos reales sobre cosas ajenas (*Iure in re aliena*) así menciona que,

Del derecho de propiedad nacen las acciones reales y personales. Real es la que se tiene sobre una cosa sin respecto a determinada persona; y personal la que se tiene sobre ciertas personas que, por un hecho propio o la sola voluntad de la ley, han contraído las obligaciones correlativas.

Siguiendo el concepto bastante resumido que nos ofrece nuestro Código Civil, Castán Tobeñas (1957) menciona que “el derecho real implica un poder sobre la cosa; en cambio, el derecho de

crédito (derecho personal) un poder o facultad contra la persona del deudor, para exigirle una prestación de hacer o no hacer” (p. 24).

#### 1.1.2. Derechos reales sobre cosas ajenas. *Iure in re aliena*.

Luego de referirnos a los derechos reales, sus principales características y mencionar que la propiedad misma es el derecho real por excelencia, debemos puntualizar que, dentro de la clasificación de estos derechos reales, existen los llamados derechos reales sobre cosas ajenas.

Para ser titular de un derecho real no se hace necesario ser dueño de la cosa, y esto es precisamente lo que explicaremos en este apartado. El profesor (Guzmán García, (S.f.) menciona que “Los *iura in re aliena* son derechos reales porque permiten la acción de su titular frente a quien quiera que sea en todo momento propietario de la cosa” (p. 16), por lo cual inferimos que aun si la cosa cambiare de dueño, la acción real que nace del derecho real que recae sobre esa cosa, es perfectamente exigible y oponible frente a terceros, tal es el caso de la Hipoteca, la cual constituye un gravamen de carácter real – es un derecho real de garantía- que es exigible aun cuando la propiedad sobre la cual recae este gravamen pueda ser enajenada.

De igual forma, Lacruz Berdejo et al. (2000) mencionan que “cuando la dominación es total, la influencia del sujeto sobre la cosa abarca tendencialmente todas las utilidades de ésta. Cuando es concreta y limitada la influencia recae sobre alguna o algunas de las utilidades que la cosa puede suministrar” (p. 2), de tal forma que los derechos reales limitados no abarcan la totalidad de los derechos de disfrute sobre la cosa, pues precisamente son limitados a aquellas concesiones que el propietario pueda conferir al titular de un derecho real, sin embargo, el titular del derecho real tiene acción real sobre aquellas personas que quisieren perturbar el ejercicio de su derecho, aun contra el propietario del mismo fundo.

Debemos puntualizar que los derechos reales limitados son aquellos en los que no se perfecciona el dominio propio de la cosa, que esos derechos de disfrute sobre la cosa están limitados a ciertos aspectos, tal es la situación que existe con el usufructo pues no se ostenta el dominio del fundo sobre el cual recae este derecho real, pero si se perfecciona la exclusividad y la oponibilidad, pues el titular del derecho real puede disfrutar de los frutos que la cosa genere, sin ostentar el dominio del mismo, pues como ya dijimos, la propiedad es el derecho real por excelencia.

## 1.2. Derecho de superficie

### 1.2.1 Antecedentes:

El derecho real de superficie no representa una figura jurídica de nueva data, tiene sus antecedentes en Roma, lugar en los que se forjaron la mayoría de las instituciones del Derecho. Para definir un poco lo que representa la figura que estudiaremos, debemos conocer sus orígenes y la razón de su configuración y permanencia en el tiempo.

En palabras de Riojas (2012), la institución del Derecho Real de Superficie data del año 450 a. d C., teniendo como utilidad la edificación en suelo ajeno, sin embargo la figura estaba más íntimamente relacionada con las concesiones *Ad Aedificando*, es decir partía del suelo público, perteneciente al Estado, el cual, en uso de sus facultades, podía concederlo a un tercero para edificar en dicho terreno.

En el mismo sentido, Iglesias (1999) nos dice que “en el Derecho Justiniano culmina un proceso que, iniciado quizás en la época posclásica, consagra la *superficie* como derecho real” (p. 219) el autor también hace alusión a la *actio in rem*, la cual mencionamos en la parte introductoria de este capítulo, de tal forma que esta acción protegía al superficiario, además de los recursos otorgados a los propietarios.

No podemos hablar sobre antecedentes de esta figura sin mencionar el principio romano *superficies solo cedit*, en el que el titular del fundo era dueño tanto de lo plantado o construido sobre dicho fundo y del fundo mismo. En este sentido, Díez Picazo (2012) expresa que “En el Derecho Romano clásico el derecho de superficie no se configuraba como derecho real” (p. 325) pues precisamente por el principio de accesión, no era posible pensar que esa edificación fuera incluso enajenable, haciendo distinción del *dominus*.

En el proceso evolutivo de esta institución, generado por las necesidades de la época y las condiciones coyunturales de la situación de la tierra, se logró reforzar la aplicación de este derecho real, tal y como lo menciona (Espilez Murciano, 2009) “Justiniano la consideró como un derecho real equiparable a las servidumbres y a la enfiteusis” en el mismo sentido, la autora menciona evidencia de estas prácticas de concesiones de fundos públicos. Dato que es confirmado por Iglesias (1999) el cual menciona que,

Según los principios de la accesión, lo que se edifica en el suelo de otro cede o accede a la propiedad del dueño del suelo: *superficie solo cedit*. Sin embargo, sentida que fue la necesidad de construir en el suelo público, se permitió a los particulares levantar sobre él edificios (p. 219).

Es necesario mencionar que esta figura se aplica en principio para edificar en suelo público, pues surge como una necesidad en la época romana, y a aquellos que tenían la potestad de edificar en suelo público, también se les daba la potestad de destruir, así como de transmitir a otros el goce de las edificaciones realizadas (Iglesias, 1999)

Así podemos mencionar que a medida que esta institución tomaba auge en su aplicación, la protección al superficiario era insuficiente, pues en principio la figura se equiparaba a un arrendamiento, por lo tanto, se le concedió por medio del Edicto del Pretor una protección que consistía en un interdicto especial “*Interdictum de superficiebus*” que el superficiario podría utilizar contra quien perturbara el disfrute del edificio, lo cual dotó al superficiario de una mayor protección e hizo una diferencia de trato respecto del arrendamiento (Díez Picazo, 2012, p. 325).

Posteriormente a la aplicación del *interdictum de superficiebus*, se estableció una acción *utiles in rem*, que incluían la acción petitoria y la acción confesoria para exigir el reconocimiento del derecho; la acción negatoria para reclamar la libertad del inmueble, acciones establecidas por Justiniano, considerando esta figura como un derecho real pleno (Díez Picazo, 2012, p. 326).

### 1.2.2. Concepto

Luego de analizar el origen de la figura del Derecho real de superficie, es necesario que conceptualicemos esta institución.

El derecho real de superficie se configura a partir de la construcción sobre suelo ajeno, así lo define Puig Brutau (1979) citando a Roca Sastre:

El derecho de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar, o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente (p. 156)

De este concepto podemos mencionar dos cosas importantes para comprender esta figura. Existe un terreno ajeno, el cual es susceptible de edificación, por lo que un sujeto ajeno al *dominus*, ejerce un derecho sobre cosa ajena, en este caso un fundo ajeno, y edifica sobre el mismo, obteniendo prerrogativas de carácter real sobre lo edificado. Por otro lado, la temporalidad de este derecho sobre fundo ajeno, pues se trata de la temporalidad del disfrute del derecho que se ejerce sobre el fundo y no del dominio del mismo, es decir el dominio sobre el fundo es indeterminado y eso no cambia, sin embargo el dominio sobre la plantación o edificación puede ser temporal o bien indefinido.

En el mismo sentido, Riojas (2012) citando a Ventura Silva (2005), menciona que “es un derecho real que permite al superficiario el pleno goce de un edificio levantado en suelo ajeno; es además transmisible inter vivos y mortis causa” (p. 30). Vemos en este concepto que se añade una pieza nueva a esta construcción y es que el Derecho real de superficie, precisamente por el carácter real del mismo, puede ser enajenado a título gratuito u oneroso; además de ser incluso susceptible de transmisión mortis causa (por Testamento o Declaratoria de Heredero).

En este mismo orden de ideas, mencionamos que esta figura representa el derecho de edificación sobre un fundo ajeno, en el que convergen la voluntad de ambas partes llamadas, superficiario y superficiante, con lo cual convienen en otorgar el uno la utilización de su fundo y el otro la edificación en dicho fundo, pactando un canon o anualidad, manteniendo el superficiante el dominio sobre el inmueble (suelo) y el superficiario mantiene el disfrute de la edificación y la propiedad sobre la misma, por el plazo determinado, pudiendo este reclamar dicho derecho en caso de ser perturbado, todo respecto de las concesiones otorgadas por el superficiante.

De lo anterior podemos citar a Suárez Blázquez (2011) el cual a su vez cita a Gayo, Pomponio, Pavlo, y Ulpiano, los cuales mencionan que el derecho real de superficie es un negocio en cosa ajena:

El superficiario arrienda el suelo para edificar. El superficiario edifica en suelo ajeno y paga una pensión. La pensión es una cantidad de dinero que le debe compensar no solo por el uso del suelo si no por la inversión constructiva realizada (p. 11)

El anterior concepto, nos proporciona la idea de una remuneración por el derecho que se otorga para la construcción en el fundo, pues como es sabido, este contrato puede ser a título oneroso, mediante el establecimiento de un canon o anualidad –siempre y cuando sea pactado así por los sujetos contratantes-. Además de ello, el mismo concepto nos esclarece la diferencia que existe entre esta figura y el arrendamiento, puesto que es una figura que trasciende el simple uso de la cosa y de la regulación propia del arrendamiento pues estipula una cláusula de edificación en el fundo ajeno.

Debemos mencionar que la legislación nicaragüense no ofrece un concepto de derecho real de superficie, sin embargo, nuestra Ley General de los Registros Públicos, Ley 698, publicada en La Gaceta Diario Oficial N° 239 del 17 de diciembre del 2009, menciona en su artículo 73,

Títulos objeto de Inscripción” En el Registro de la Propiedad Inmuble se inscribirán, anotarán o cancelarán: 1. Los actos y contratos traslativos, constitutivos, modificativos, extintivos y declarativos relativos al dominio así como el usufructo, uso, habitación, servidumbres, promesas de venta, anticresis, Derecho real de superficie...

Pero no menciona una definición al respecto de esta figura que parece ser una anotación simple de un “algo” que existe pero que no está ampliamente desarrollado por la legislación, creando un vacío jurídico, el cual se tratará en los siguientes capítulos de este trabajo de investigación.

En el mismo sentido, el mismo cuerpo normativo establece en su artículo 35 que “para que puedan inscribirse, anotarse o cancelarse los documentos en el Registro Público, deberán constar en Escritura Pública...”

Tales reflexiones nos conducen a saber reconocer la naturaleza jurídica de esta figura, su tratamiento y la forma de aplicación de la misma.

### 1.2.3. Naturaleza jurídica:

Hemos mencionado que el Derecho de superficie es un Derecho real, perfectamente transmisible *inter vivos y mortis causa*, puesto que un derecho real puede ser oponible a terceros, esto es que cause efectos *erga omnes*, así lo menciona Díez Picazo & Gullón (2005) “una persona posee un monopolio de goce o de utilización de una cosa, pero porque se impone a los terceros conductas de abstención de esas mismas actividades respecto de aquella cosa” (p. 34).

Notamos pues que la Institución del derecho real de superficie, es un derecho real no solo porque su nominación así lo indique si no porque es perfectamente oponible a terceros, el titular de este derecho no debe ser perturbado en el disfrute del mismo aun por el mismo propietario del fundo ajeno sobre el cual se ha edificado. Asimismo, siendo un derecho real, puede perfectamente ser enajenable, así lo menciona Díez Picazo & Gullón (2005) al referirse a la Ley de Suelo y Ordenación Urbana del 26 de junio del año 1992, España; la cual menciona en su artículo 287.3 que el Derecho de superficie es transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo” es decir que perfectamente puede gravarse el dominio sobre el suelo –por parte del dueño del mismo- y en el caso de la construcción misma del edificio, por parte del dueño temporal de la construcción, sin ir más allá, pues el dominio sobre el fundo no puede ser perturbado.

De lo anterior se desprende dos titularidades, puesto que sólo el titular de la cosa puede enajenarla, y si decimos que la construcción como derecho real es susceptible de enajenación y gravamen, entonces podemos decir que existe una separación entre el dominio de la misma construcción y el dominio del fundo o terreno en donde se edifica. Tal expresión parece trastocar el principio de *superficie solo cedit*, puesto que el dueño mismo del fundo no puede hacerse con la titularidad de la construcción.

En el mismo orden de ideas, no podemos decir que la regla *superficie solo cedit* queda del todo derogada pues una vez se extinga la constitución del Derecho de superficie, el propietario del fundo recobra la titularidad de lo accesorio, en este caso la edificación sobre su fundo, por lo cual esta figura constituye una interrupción a la regla romana y no una derogación de la misma. La duración de esta interrupción puede ser regulada o pactada entre los sujetos que intervienen en el negocio o bien impuesta por la legislación, tal es el caso de la Ley española de Suelo y Ordenación Urbana de 1992, que establece no más de setenta y cinco años para el derecho concedido por Ayuntamiento y no más de noventa y nueve años para el concedido entre particulares, situación que fue reformada por la entrada en Vigencia del Real Decreto Legislativo de 7/2015 en el que se aprueba el Texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana del 30 de octubre de 2015, el cual en su artículo 53 menciona que el período de duración del Derecho de superficie es de noventa y nueve

años para fundos privados y públicos. La ley protege al superficiante de la perpetuidad de la concesión de este derecho y de la dinámica misma de la función económica de la tierra.

Decimos pues que esta figura tiene una naturaleza de derecho real sobre una cosa ajena, que constituye un verdadero dominio, temporal, pero dominio al fin, de la edificación sobre el suelo ajeno; que por ser un derecho real es perfectamente enajenable, gravable y susceptible de transmisión *mortis causa*. Posee todas las prerrogativas de los derechos reales pues además es oponible frente a terceros (*erga omnes*), sin embargo, la diferenciación resulta de su temporalidad, devenida de un pacto entre los sujetos intervinientes en dicho negocio.

#### 1.2.4. Diferencia con otras figuras del derecho:

Dentro de la comprensión de la naturaleza de la figura, existe la tendencia de confusión con otras figuras del derecho que pueden tener características similares al Derecho de superficie, para ello, nos concentraremos en tres figuras específicas para analizar la independencia de esta figura, y la eficacia propia de su naturaleza. Para ello delimitaremos las figuras con las cuales se hace plausible la comparación entre estas y el Derecho de superficie, tales como el arrendamiento, el usufructo y la Propiedad Horizontal.

##### 1.2.4.1. Arrendamiento:

En cuanto a la primera figura, podemos decir que en el arrendamiento si bien es cierto se ostenta por un tiempo de los derechos de disfrute sobre el inmueble ajeno, este puede ser constituido en Escritura Pública o no, nuestro Código Civil en el artículo 2483, menciona que “Deberán constar en instrumento público: 2. Los arrendamientos de estos mismos bienes por cuatro o más años”, en cambio el Derecho Real de superficie debe, como requisito de su constitución, constar en Instrumento Público, así lo establece nuestra legislación en el artículo 2483 C numeral 1 “Deberán constar en instrumento público: 1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles” de igual forma lo menciona la Ley de Suelo española en su artículo 53 numeral 2 “para que el derecho de superficie quede válidamente constituido, se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad”.



En el mismo orden de ideas, el arrendamiento normalmente se constituye para habitar una casa, a cambio de un canon, por el contrario, el Derecho de superficie se constituye para que el sujeto titular del mismo edifique o construya, este sujeto está obligado a realizar la construcción, de lo contrario la relación se extingue.

Siguiendo nuestro planteamiento, es necesario apuntar que el Derecho de Superficie puede ser constituido sobre fundo ajeno, para realizar labores de plantación, lo cual puede llevar a pensar que se equipara al arrendamiento de finca rústica, la cual está regulada en nuestro Código Civil entre los artículos 2909 al 2922. En este sentido, debemos dejar establecido que el arrendamiento de predio rústico permite que el arrendamiento se renueve automáticamente (art. 2919 y 2926) en cambio en el derecho de superficie, una vez concluido el período pactado, el dueño del fundo recupera el dominio de todo lo accesorio; además el arrendamiento de predio rústico admite el derecho de retención (art. 2921) lo cual no es compatible con el derecho real de superficie, pues el objeto de tal contrato es la construcción o la plantación en el fundo, así que el superficiario no tiene derecho de retención; por último, en esta figura, el plazo está ligado a los “años labrador” (art. 2926) por el contrario, en el Derecho de Superficie, los sujetos tienen la libertad de establecer un período a su conveniencia.

En relación a la naturaleza del contrato de Arrendamiento, se discute si este constituye un derecho real o un derecho personal. Desde el Derecho Romano se ha considerado que el arrendamiento es un derecho personal, puesto que es un crédito que consiste en una obligación de dar –la cosa arrendada- y una obligación de hacer –procurar su goce-. Nuestro Código Civil sienta su criterio en el artículo 2949 C., el cual menciona que el arrendamiento debe ser respetado por aquellos nuevos adquirentes de la propiedad, sin embargo, para que esto llegue a ser efectivo, el arrendamiento debe estar constituido en Escritura Pública inscrita, tal cual lo menciona en este artículo. De tal forma que si el arrendamiento no cumple con los requisitos –Elevado a Escritura Pública y la inscripción de la misma- no es del todo exigible que sea respetado. Por el contrario, el Derecho de Superficie siempre debe ser elevado a Escritura Pública, además de ser inscrito, bien para cumplir la función de publicidad registral, bien para oponer dicho derecho frente a terceros.

Por lo antes expuesto podemos decir que no puede darse lugar a confusión entre el derecho de superficie y el arrendamiento.

#### 1.2.4.2. Usufructo:

La principal diferencia entre la figura del usufructo y el Derecho Real de Superficie es que no se puede alterar ni la forma ni la substancia de la cosa ajena, sobre la cual se constituye el usufructo (art. 1473 C) siendo así, no podría realizarse una construcción sobre el fundo del propietario, pues con la construcción es bastante probable que el fundo sufra algunas modificaciones en su forma.

Siguiendo con nuestro planteamiento, nuestro Código Civil establece que el usufructuario puede realizar mejoras “útiles y puramente voluntarias; pero no tiene derecho de reclamar su pago, aunque sí puede retirarlas, siempre que sea posible hacerlo sin detrimento de la cosa...” (art. 1498 C), además de esta situación, podemos hacer otra diferencia respecto de la libertad en el uso de la cosa, puesto que el artículo 1501 establece que “no puede hacer de la cosa un uso distinto de su naturaleza ni al que de ella hacía el propietario” (art. 1500 C), limitando así el uso de la propiedad. En el caso del Derecho Real de Superficie, lo que la doctrina dicta es que se permite realizar construcciones en el fundo ajeno, pues es el objeto del contrato mismo, así que no se puede considerar al Derecho Real de Superficie solamente como un usufructo, aun cuando se use el bien –para la construcción o plantación- pues los frutos normalmente estarían relacionados con la construcción realizada, de tal forma que no podrían considerarse naturales al bien si no solo frutos civiles.

#### 1.2.4.3. Propiedad Horizontal:

Respecto a la propiedad horizontal, podemos decir que es un régimen distinto, si bien es cierto este régimen es de construcción en un fundo en el cual el propietario pone a disposición de terceros el dominio de secciones independientes, así lo define la Ley que reglamenta el Régimen de la Propiedad Horizontal (1971), en su artículo 1:

Entiéndase por propiedad horizontal aquella que por disposición de su dueño y reuniendo las características exigidas por la ley, está destinada materialmente a pertenecer a diferentes dueños en secciones independientes que tengan salida a la vía pública directamente o por un pasaje común debiendo tener partes importantes de ella en dominio común indivisible e inseparable que pueda ligar a todos los propietarios o parte de ellos...

Por el contrario, el derecho de superficie tiene como finalidad la construcción en un fundo y no tiene la finalidad de adueñarse del fundo sobre el cual se edifica. También debemos recordar que

cada una de las secciones a las que se refiere el artículo 1 de la citada ley, deben ser inscritas en el Registro Público en el que consta su dominio sobre esta sección, así lo establece la Ley que reglamenta el Régimen de Propiedad Horizontal (1971) en su artículo 5 “Otorgada con todos los requisitos legales la escritura pública a que se refieren los dos artículos anteriores, deberá ser presentada en dos testimonios al Registrador de la Propiedad Inmueble para que proceda a su inscripción (...)” además la Ley General de los Registros Públicos (2009) en su artículo 73 establece que el Régimen de Propiedad Horizontal debe ser inscrito y genera dominio pleno sobre el bien, en cambio el derecho de superficie como derecho real sobre cosa ajena, es inscribible pero no hace nacer dominio sobre el fundo.

Es necesario puntualizar que el derecho de superficie es una figura de antigua data, que ha evolucionado desde el Derecho Romano y se ha perfeccionado debido a las diferentes regulaciones legislativas. Decimos entonces que es un derecho real sobre cosas ajenas, es perfectamente oponible a terceros y el titular del mismo tiene derecho de exclusividad, es decir que no puede ser perturbado mientras ostente tal derecho, el cual no genera dominio sobre el fundo. Por otro lado, apuntar que esta figura del derecho es autónoma, aun cuando pueda presentar semejanzas estrechas con otras figuras.

#### 1.2.5. Características:

Después de establecer claramente la naturaleza jurídica de la figura del derecho de superficie, y la diferencia con algunas instituciones del derecho, se hace necesario delimitar las características propias de la figura en estudio, las que se describen a continuación:

Es por tiempo limitado. Es necesario que en la Escritura Pública de constitución del mencionado derecho se establezca un período o plazo de duración, establecido por las partes o en el caso de la Legislación española, plazo dado por la misma ley de suelo, otorgando noventa y nueve años en el caso que el negocio sea entre particulares y setenta y cinco respecto de terrenos públicos (Díez Picazo, 2012, P. 337). La Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (2015) establece en su artículo 53 numeral 2 que el Derecho de superficie puede ser hasta noventa y nueve años.

Puede ser a título oneroso o gratuito. La ley española de suelo y Rehabilitación urbana (2015), en su artículo 53 numeral 3, establece que el derecho de superficie puede ser oneroso o gratuito,

evidentemente, cuando se pacta a título oneroso debe establecerse una contraprestación que la misma ley deja a la voluntad de las partes, ya sea dinerario o bien propiedades, concesiones etc..., siempre resguardando el derecho del propietario del fondo de conservar la edificación, una vez que el contrato se extinga en el tiempo, reafirmando así que el pago de una cantidad de dinero, canon o anualidad no constituye de ninguna manera la compraventa del bien a plazos, ni la promesa misma de venta en un futuro. Así lo mencionan Díez Picazo & Gullón (2005, p. 418) “con la concesión de la superficie se construye en un suelo ajeno, a cambio de una contraprestación, sin necesidad de comprarlo”.

Es susceptible de gravamen y transmisión. Este derecho puede ser susceptible de gravamen, así lo menciona la Ley española de Suelo en su artículo 287.3 siempre y cuando se rija con lo pactado en el contrato, así mismo Puig Brutau, (1979) menciona que: “los actos de disposición del superficiario no podrán tener más alcance, en su contenido y duración, que el propio derecho de superficie” en el entendido que el derecho de gravar el derecho de superficie se rija bajo el contrato mismo, subsidiariamente con las reglas propias de la figura –referidos a la hipoteca- además el mismo autor menciona que este gravamen debe estar dentro de la temporalidad del derecho de superficie, es decir no debe exceder del tiempo establecido para el disfrute de la construcción (P. 160). Es importante hacer mención que el dueño del fondo también puede hipotecar o bien enajenar el fondo, sin perjuicio del derecho de superficie constituido sobre el mismo (Puig Brutau, 1979, P. 158)

Es oponible a terceros. Como mencionamos anteriormente, por la misma naturaleza real del derecho de superficie, es perfectamente oponible a terceros, es decir que su alcance, mientras tenga duración, es *erga omnes*, por lo tanto, no puede ser perturbado el titular de este derecho, en el ejercicio del mismo, incluso por el propietario del fondo.

Se constituye en Escritura Pública, susceptible de inscripción en el Registro de la Propiedad. Una vez más la Ley española de Suelo, nos da una luz al respecto y menciona que para constituir el Derecho de Superficie se hace necesaria su formalización en Escritura Pública, la cual deberá ser inscrita en el Registro de la Propiedad para que pueda recubrirse de eficacia jurídica, infiriendo que es necesaria su inscripción para poder ejercer los derechos relativos a esta figura, mientras tanto no podría ser oponible, enajenable o gravable de ninguna manera; cuestión que cobra sentido cuando

se quisiera constituir una hipoteca, pues no puede gravarse aquello sobre lo cual no consta un dominio, por lo tanto para fines prácticos incluso, es necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad para que pueda tener efectos contra terceros. Así lo establece la Ley de Registros Públicos en sus artículos-35 que todo derecho real se formaliza en Escritura Pública, por su parte el artículo 73 del mismo cuerpo normativo, establece que el derecho de superficie es susceptible de inscripción en el Registro.

En este sentido, nuestro Código Civil menciona en su artículo 2483 que “Deberán constar en Instrumento Público: 1. Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles”.

En este mismo orden, Puig Brutau, (1979), cita a Roca Sastre el cual establece que “está justificado que la inscripción tenga valor constitutivo, debido a la índole propia de este derecho, pues mientras no se construye no está materializado, y una vez hecha la edificación es normal pensar que éste pertenece al dueño del terreno” (pp. 156, 157)

#### 1.2.6. Elementos de la figura de derecho real de superficie:

Puesto que nuestra legislación carece de regulación respecto de esta figura, no podremos citar elementos propios de aplicación interna, por lo cual mencionamos elementos generales que posee dicha institución en su configuración como derecho de superficie. (Puig Brutau, 1979) Establece una clasificación por razón de los elementos de la figura del derecho real de superficie, la cual explicamos a continuación:

##### Elementos personales:

- Pueden constituir la figura del derecho real de superficie las personas jurídicas y personas naturales. Referido a esto, (Puig Brutau, 1979) menciona que el concedente –superficiante- debe poder disponer de estos bienes, así como tener capacidad legal necesaria para hacerlo, al igual menciona que si existe alguna cotitularidad, régimen de propiedad horizontal, los demás propietarios deben estar de acuerdo con la constitución del derecho de superficie (Pp. 154, 155).

En el mismo sentido, Díez Picazo (2012) menciona que el artículo 40 de la Ley española de Suelo establece que “El poder dispositivo y la legitimación negocial corresponde al

propietario” además reafirma que “el derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea este público o privado”

- Propietario: Es el dueño del fondo sobre el cual se va a constituir el derecho de superficie. La principal característica de este sujeto es que debe ser el legítimo dueño de la propiedad. Nuestro Código Civil establece en su artículo 618 que “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él, las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan (...)” Entendemos pues, que el derecho de propiedad el cual es titular el propietario mismo de la cosa, puede ejercer su derecho otorgando cuanta concesión, gravamen o enajenación pueda o desee realizar sobre el fondo.

Siguiendo el planteamiento anterior, la Ley General de los Registros Públicos (2009) establece en su artículo 46 que “Únicamente pueden constituirse derechos por quien tenga inscrito su derecho en el Registro o por quien lo adquiera en el mismo instrumento” entonces se hace necesario que el dominio del propietario esté inscrito para que pueda otorgar el derecho de superficie al superficiario.

- Superficiario: Es el titular del derecho de superficie, el cual goza del derecho y de las prerrogativas que le otorga el propietario en el acuerdo de términos de contrato que realicen.

#### Elementos reales:

- Atendiendo a la regulación y naturaleza de esta figura, la cual podemos decir que sin la existencia de este régimen, la titularidad de la edificación se confundiría con la titularidad del fondo sobre el cual se ha construido, no podemos hablar de una edificación desmontable, en el sentido que la misma no cumpliría con la función una vez llegado el término de extinción del contrato, la edificación pasa a ser del propietario del fondo, volviendo a su cauce normal el principio de accesión que por el término establecido, se ha interrumpido, entonces no puede el superficiario establecer sobre la propiedad casas remolque, casa de campaña, carpas etc, entiéndase estructuras que no estén fijadas al suelo del fondo y que perfectamente puedan quitarse, situación que no estaría acorde con la figura.

Precisamente por esto, Puig Brutau, (1979) establece que:

La construcción superficiaria ha de ser de tal clase que sin la existencia de este derecho lo edificado pasaría a ser propiedad del dueño del mismo terreno, lo que no sucede con la colocación de elementos transitorios, que no están sometidos a la regla general de la accesión

En este sentido, es lógico apuntar que el superficiario está obligado a realizar la construcción en el terreno del propietario, pues este es el principal objetivo de constitución de este derecho. Así lo expresan Lacruz et. al (2001) al decir que: “siempre (es) un *ius in re aliena*, lo que explica la consolidación del dominio pleno en el duelo del suelo por abandono o no uso del superficiario” lo que nos lleva a la conclusión que no solamente es la promesa de construir o la expectativa de dicha construcción, sino que es una causa de extinción del derecho. La realización de la construcción se convierte en una obligación de hacer, perfectamente exigible por parte del propietario. Claro está que esta situación debe ser planteada en la Escritura de Constitución – Escritura Pública-.

## 2. Regulación del Derecho de superficie en Nicaragua. Aspectos registrales.

Una vez definida la Naturaleza Jurídica y características de la figura del derecho de superficie, es necesario profundizar aún más a nuestro tema, analizar aspectos registrales sobre la figura y así determinar el tratamiento que podría darse a esta figura en los Registros Públicos de la Propiedad Inmueble de nuestro país.

En nuestro ordenamiento jurídico, la ley no establece una lista taxativa de los derechos reales que pueden ser constituidos sobre una propiedad, tampoco existe limitaciones específicas sobre la manera de dividir, por llamarle de alguna forma, la propiedad de un individuo; por lo cual no existe impedimento sobre la aplicación de esta figura en nuestra legislación nacional aun cuando no se encuentre regulada como tal.

De esto se desprende una discusión entre un grupo de doctrinarios que sostiene que los derechos reales son *números clausus* y otros que sostienen que los derechos reales son *números apertus*. Es decir unos están mayormente inclinados a pensar que los únicos derechos reales aplicables son los que se encuentran regulados en las leyes, en cambio el segundo grupo parte del principio de autonomía de la voluntad y se inclinan a pensar que cuanto derecho se pueda otorgar entre sujetos,

que cumpla con las características generales de los derechos reales, es un derecho real, sin la necesaria regulación en las leyes.

Esta situación ocurre en el caso que nos ocupa. Veremos a lo largo de este apartado que el derecho de superficie nace intrínsecamente de la autonomía de la voluntad, la cual establece nuestro Código Civil (1904) en el artículo 2437: “Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral, ni al orden público” la libertad de contratación es evidente, sobre todo en la disposición del bien, el cual, en este caso es la propiedad.

Tratando de precisar aún más sobre la libertad de contratar y de establecer propias disposiciones, nos remitimos a la Constitución Política (1987) en su artículo 32 el cual establece que “Ninguna persona está obligada a hacer lo que la ley no mande, ni impedida de hacer lo que ella no prohíbe” aunado a esta disposición constitucional, la ley especial, en este caso la Ley General de los Registros Públicos (2009) se establece en el artículo 73 *in fine* “...así como cualquier acto o contrato de trascendencia real que sin tener nombre propio en derecho modifique en el instante o en el futuro algunas de las facultades del dominio sobre bienes inmuebles o inherentes a derechos reales”.

En ese mismo sentido Romero (2014) menciona que:

Si ni en la Constitución ni en el Código Civil, ni en otras leyes nacionales, existe disposición que en forma expresa prohíba a los particulares la posibilidad de crear derechos reales diferentes a los previstos en la norma jurídica y si tampoco existe impedimento para modificar su estructura, se puede presumir que está permitido y es aceptable en nuestro ordenamiento jurídico la creación de nuevos derechos (p. 26).

Adhiriéndonos, de esta forma, al criterio de que los derechos reales son *númerus apertus*, dando lugar a legitimar la aplicación de la figura en nuestro ordenamiento jurídico, sin dejar de mencionar, que por ser una figura de muy poco conocimiento en nuestro país y de mucha importancia para el tráfico jurídico-económico de nuestra sociedad, debería ser regulado para un mejor provecho de la misma.



Según lo dicho anteriormente, nos haremos asistir del Derecho comparado, para estudiar la figura del Derecho Real de Superficie y su tratamiento en otras legislaciones, sobre todo lo que podemos extraer de estas legislaciones, para una futura regulación en nuestro país.

## 2.1. Inscripción de Derechos Reales en el Registro Público de la Propiedad Inmueble.

Un aspecto básico para iniciar nuestro análisis, es la inscripción de los derechos reales en el Registro. La Ley General de los Registros Públicos (2009) establece en su artículo 82 segundo párrafo, el cual ya hemos citado anteriormente, afirmando, de esta forma, que los derechos reales tienen entrada al sistema registral, estableciendo así la exteriorización de una de las características de los mismos, la oponibilidad frente a terceros.

Sobre esta última afirmación, podemos decir que la Ley General de los Registros Públicos establece el carácter de la inscripción constitutiva de derechos. En la doctrina hay muchos criterios sobre la función de la inscripción así Escobar (1999) cita a Buitrago Díaz (1968) el cual establece que:

Unos, que constituyen la mayoría, sostienen que la inscripción es declarativa, ya que el Registro es una institución para terceros y que, cuando la ley habla de inscripción obligatoria, se refiere al valor del acto en perjuicio de terceros; otros, la minoría, opinan que los contratos por los cuales se transfiere el dominio o se constituyen derechos reales sobre bienes inmuebles no se perfeccionan si no constan en *escritura pública inscrita* (p. 265).

En nuestra legislación registral, existe una marcada inclinación a la teoría de que el Registro tiene efectos constitutivos de los derechos que en este se inscriba, sin embargo, resalta que los efectos de tal inscripción, además de “perfeccionar” el negocio de que se trate, es oponible a terceros, es decir que dota de publicidad registral, una de las funciones de la Institución Registral; de tal forma que en la Ley General de los Registros Públicos (2009) se establecen diferentes artículos que definen la función de la inscripción de los títulos en los Registros:

Artículo 82. 1 establece que “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces, lo mismo que de las naves, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad”; así mismo el artículo 3936. 1 del Código Civil (1904) establece que “Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces, lo mismo que el de las naves, por la inscripción del título en el Registro de la Propiedad”.

Artículo 96 establece que “La publicidad registral como publicidad de carácter jurídico, acredita la titularidad de los inmuebles inscritos en el Registro, así como la libertad o la existencia de cargas y gravámenes existentes sobre los mismos”

Por su parte el artículo 46 de la Ley mencionada, establece que “Únicamente pueden constituirse derechos por quien tenga inscrito su derecho en el Registro o por quien lo adquiriera en el mismo instrumento” dejando claro que es necesaria la inscripción previa para poder hacer uso del derecho del cual es titular, ya sea siendo propietario, usufructuario, constituir hipoteca sobre un inmueble de su propiedad o bien, como en el caso que nos ocupa, constituir derecho de superficie sobre un inmueble.

En el mismo sentido de nuestro planteamiento, debemos apuntar que la Ley en mención no solo hace referencia a una naturaleza constitutiva de la inscripción, que brinda publicidad frente a terceros, materializando una de las características de los derechos reales, como es la oponibilidad y su carácter *erga omnes*.

El artículo 89 menciona que “Únicamente perjudicarán a terceros aquellas cargas, gravámenes y demás derechos reales limitativos del dominio impuesto sobre fincas que afecten si están debidamente inscritos. (...)”

Sobre los efectos de la no inscripción, el artículo 95 establece que “Los títulos que no estén inscritos, no perjudican a terceros, si no desde la fecha de presentación en el Registro.” De tal forma que la inscripción, además de ser constitutiva, tiene una función de publicidad, así lo establece el artículo 34 literal i establece que “Publicidad en su aspecto formal: Uno de los fines del Registro Público es brindar publicidad jurídica de los derechos inscritos, se presume que el contenido de los asientos registrales es conocido por todos y tienen efecto erga omnes.”

En el mismo sentido, el artículo 53 del Reglamento establece que

El dominio o cualquiera otro derecho real que conste en las inscripciones o anotaciones preventivas, aunque no esté consignado en el Registro por medio de una inscripción separada y especial, producirá efectos contra tercero desde la fecha del asiento de presentación del título respectivo.

Debemos mencionar que la Ley establece que la naturaleza de la inscripción del título en el Registro es constitutiva de derechos; establece que todos los títulos en los que se constituyan derechos reales, hipotecas, transmisión de dominio de un inmueble etc., deben ser inscritos en el Registro para que se perfeccione el dominio mismo o el derecho pueda ser ejercido; además, se refiere a la publicidad, como una manifestación de la función de los Registros, en tanto que los derechos inscritos y la titularidad sea oponible a terceros, además de homologar la realidad extrarregistral con la realidad registral, pues los derechos nacen en el Registro si no por voluntad de las partes o por medio de ley, en el Registro se anotan para la constitución de esos derechos y para dar a conocer a los terceros de tales modificaciones o constituciones.

En nuestro sistema jurídico aún podemos reconocer ciertas inclinaciones a la teoría de la naturaleza declarativa tales como las disposiciones sobre la compraventa –arts 2530, 2540, 2579 C- que aun sin la inscripción, el negocio –en este caso la compraventa- se perfecciona, por el contrario, las disposiciones referidas a la hipoteca, en el artículo 3816 C., obliga a la inscripción de esta figura, evidenciando el carácter constitutivo que en este caso tiene la hipoteca.

No obviamos mencionar que al respecto de este tema se han generado varias discusiones, las cuales no forman parte medular de nuestro trabajo, sin embargo, con un vistazo bastante superficial hemos descubierto que existen disposiciones en nuestro Código Civil respecto de obligaciones que nacen solo con la entrega de la cosa, o bien desde la obligación misma de la entrega de la cosa, sin que sea un requisito de perfeccionamiento del negocio, la inscripción en el Registro de la propiedad.

Por nuestra parte, podemos decir que es necesaria la inscripción de los derechos reales en el Registro correspondiente, no solo para publicidad registral, sino también para que este pueda tener efectos y ejercer las acciones derivadas de dicho derecho. Si no se encuentra inscrito, no podrá enajenarlo ni gravarlo. Precisamos que esa es la lógica que sigue nuestro sistema registral.

## 2.2. Regulación de la figura en la Ley General de los Registros Públicos de Nicaragua.

Luego de establecer que en nuestro sistema es indispensable la inscripción de los derechos reales, debemos iniciar con el estudio del derecho de superficie y lo que establece nuestra legislación sobre este derecho, el cual es nuestro objeto de estudio.

En nuestro sistema no se contemplaba la figura del derecho de superficie, y nos atrevemos a decir que aún sigue siendo desconocida en el tráfico jurídico de nuestro país. No fue sino hasta el año 2009 con la entrada en vigencia de la Ley General de los Registros Públicos que la figura fue incorporada, aunque no como debiera, a nuestro sistema jurídico.

Así pues, por medio de una mención escueta de un solo artículo de la ley, se dio pase a una figura muy importante en el ámbito social y económico, y a la vez un tanto compleja en su estudio jurídico. Nos referimos al artículo 73 numeral 1 de la Ley General de los Registros Públicos, el cual hemos citado anteriormente haciendo mención a la posibilidad de la inscripción del Derecho Real de Superficie; de esta forma, la figura objeto de nuestro estudio, fue incorporada a nuestra legislación; sin embargo, consideramos que se ha dejado un enorme vacío en cuanto a su concepto, características, requisitos de constitución y su formalización en los Registros Públicos, además de no dejar claro su función social y económica y su importancia, la cual ha trascendido desde el derecho romano hasta nuestros tiempos.

Probablemente nuestro legislador pasó por alto que esta figura debe ser regulada, tal como se ha hecho con el arrendamiento, el Uso, la habitación, la hipoteca, en fin, como muchas otras que por estar nominadas en nuestro Ordenamiento Jurídico merecen tal tratamiento para que su aplicación sea completa y los efectos deseados sean palpables a medida que dicha figura sea regulada. Situación similar ocurre cuando una figura contractual que no está regulada, se aplica en el tráfico jurídico, lo cual recibe el nombre de contrato atípico. Este comportamiento se debe a que el derecho civil, siendo un derecho privado, encuentra sentido a partir del principio de la voluntad de las partes consagrado en el artículo 2437 de nuestro Código Civil, el cual citamos al inicio de este apartado.

Considerando que este derecho real se configura a través de una forma contractual que no está regulada- como es el Contrato de derecho real de superficie-, su atipicidad puede ser superada con normas aplicables a otras figuras dentro de nuestro Ordenamiento Jurídico, tales como el arrendamiento, las obligaciones y derechos del arrendador y del arrendatario –arts. 2826 al 2829; 2860 al 2868 C- en cuanto a la protección para el superficiario las normas aplicables al arrendamiento también pueden ser aplicables – art. 2949C-.

### 2.2.1. Técnica Registral respecto de la inscripción de este derecho

Hemos dicho que el derecho de superficie, por ser un derecho real, debe ser inscrito en el Registro Público de la Propiedad Inmueble, sin embargo, surge la duda de cómo se llevaría a la realidad la inscripción de este derecho, y la técnica registral más adecuada para su inscripción, pues, como bien sabemos, los Libros de Inscripción que llevan los Registros Públicos están divididos en varias secciones.

En una comunicación personal del 16 de mayo de 2016 con la Doctora M. Jarquín, quien fue parte del grupo creador de la Ley General de los Registros Públicos (2009), expresa que muchos opinan que el derecho real de superficie debe ser inscrito con carácter de inscripción provisional, o notas marginales, con lo cual ella difiere pues su criterio es que debe ser un asiento más dentro de la columna de inscripciones de la Sección de Derechos reales, pues es un derecho real que afecta a una finca *–iura in re aliena-*.

En la legislación alemana, se crea un libro especial para la inscripción de este derecho real, haciendo referencia en la inscripción de la finca con una nota marginal, la cual realizaría un vínculo entre la inscripción de derechos reales y el derecho de superficie (derecho real sobre cosas ajenas) según la Ordenanza sobre derecho real de Superficie (2007) del artículo 14 al 17 mencionan sobre la creación de un libro separado para la anotación del derecho de superficie (Fernández, 2012, P.248). Para nosotros, no es del todo acertado que este derecho real tenga un tratamiento igual a una nota marginal o una anotación preventiva.

Precisamente, concordamos con el criterio expuesto por la Doctora M. Jarquín, ya que las anotaciones preventivas o bien inscripciones provisionales tienen un único objetivo el cual es informar a los terceros de una posible modificación del acto o derecho inscrito, asegurar prioridad o resultados de un juicio; entonces los efectos son de publicidad registral, no constituyen derechos como tal (art. 105 de la Ley de Registros Públicos y art.93 Reglamento). En el mismo sentido, decimos que no es posible inscribir este derecho como nota marginal pues, al igual que las anotaciones preventivas, tienen un objetivo distinto y no aseguran la constitución del derecho real. A este respecto la ley General de los Registros Públicos menciona en el artículo 131 que: “En el registro de la Propiedad se practicarán las siguientes clases de notas marginales: 1. Modificativas

de Derechos Inscritos; 2. De notificación jurídica; y 3. De coordinación de asientos”. Las primeras se refieren al cumplimiento o no de condiciones establecidas en actos o contratos inscritos (art. 132); las segundas se refieren a la publicidad de procedimientos judiciales o administrativos o de cualquier acción que afecte la finca registral (art. 133); las terceras tienen la finalidad de conectar los asientos, aclarar o bien hacer constar hechos o actos que complementen la extensión de los mismos (art. 134).

Lo que nos lleva a plantearnos la forma de inscripción de este derecho en los Registros Públicos de nuestro país. Atendiendo al criterio de la Doctora Jarquín, la inscripción debería hacerse en un asiento dentro de la columna de inscripciones, Sección de Derechos Reales del Libro mismo de Inscripción de Propiedades.

Este planteamiento, si bien no está fundamentado en la legislación por falta de regulación, forma parte de las características del derecho real de superficie, en la que el superficiario es dueño de la construcción dentro del plazo o período pactado, es una suerte de dominio temporal sobre la construcción superficiaria por lo tanto goza de todas las acciones y derechos derivados de este dominio tales como la transmisión y la posibilidad de gravar dicho derecho. Por el hecho de constituirse dueño de lo construido, el superficiario debe gozar registralmente de la misma protección del dueño de la nuda propiedad.

Esto se deriva de lo antes mencionado respecto de la inscripción de los derechos reales. Con atención a las características de la figura objeto de nuestro análisis, la inscripción es requisito para su constitución, es decir, es parte de los requisitos formales, según la doctrina y el derecho comparado, tema que se abordará a continuación. La inscripción dota de publicidad y de eficacia a este derecho real.

Precisamente por la falta de regulación de esta figura y su tratamiento registral en nuestro país, no se conoce en la actualidad un ejemplo de este tipo de inscripciones en los Registros Públicos, según comunicación personal del 16 de mayo del 2016 con la Doctora Jarquín. Si bien es cierto el derecho puede haberse constituido entre particulares, aun sin conocer las características de la figura ni sus beneficios para el desarrollo del país, sobre todo, situación más delicada aun, sin conocer el ámbito de protección a los sujetos ni las acciones que derivan de este derecho real de superficie.

Luego de analizar lo poco que nuestra legislación nos ofrece al respecto de nuestro tema, nos es necesario auxiliarnos de legislaciones de otros países que sí regulan a profundidad esta materia y que pueden servir de mucha ayuda en un futuro, si se pretende regular esta figura y aprovechar al máximo su contenido.

### 2.3. Regulación del Derecho Real de Superficie en el derecho comparado.

Para ser más precisos en nuestra investigación, analizaremos el tratamiento de dicha figura en legislaciones extranjeras, tales como la legislación española, la legislación cubana y la legislación peruana.

#### 2.3.1. Legislación española. Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Real Decreto Legislativo 7/2015

El Real Decreto Legislativo español 7/2015 “Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana” del 30 de octubre de 2015, nos brinda una regulación sencilla sobre el derecho de superficie, además de incluir los matices característicos que hemos dejado claros en el apartado anterior de nuestra investigación.

En principio, la Ley de suelo y rehabilitación urbana (2015) le otorga al derecho de superficie un capítulo dentro del Título VII “Función social de la propiedad y gestión del suelo”, lo cual nos hace inferir la importancia tanto económica como social que tiene esta figura dentro de la regulación de la propiedad o gestión del suelo como menciona la ley.

Lo que hemos puntualizado en la doctrina, es palpable en la Ley española, la cual establece características puntuales sobre la figura, así como su tratamiento en materia registral.

La ley hace referencia al concepto del derecho de superficie además de la característica particular, en la cual el superficiario mantiene la propiedad –titularidad- temporal de las construcciones que realice en el fundo (art. 53 num. 1).

En el apartado anterior hemos abordado el tema de la inscripción de los derechos reales, de aquellos que afectan la finca. En este sentido, notamos que la ley exige para la constitución del derecho de Superficie, la inscripción en los Registros públicos, “requiere su formalización en escritura pública

y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad” (art. 53. 2) estos son los únicos requisitos formales exigidos por la ley para la constitución de este derecho.

En este sentido, creemos que el legislador ha hecho énfasis en la inscripción de este derecho, pensando en la situación de dominio que ostenta el superficiario sobre la edificación, pues es del todo lógico que, si dicho dominio no se encuentra inscrito en el Registro, no tendrá posibilidad de enajenarlo o gravarlo en el futuro, además de carecer de publicidad registral, lo que hace oponible a terceros este derecho.

En la legislación española se retoma lo que apuntamos en el primer apartado de este trabajo. Nos referimos a la extinción del derecho por el simple hecho de no realizar la construcción en el fundo, sin embargo, esta situación de extinción queda supeditado a un plazo en que las partes convienen para poder hacer realidad la construcción. Debemos recordar que esta figura parte de la voluntad de los contratantes y de los acuerdos que los sujetos establezcan en la Escritura Pública de constitución del Derecho.

En general, la legislación española recoge lo que la doctrina establece sobre el derecho de superficie. Sobre todo, la importancia de la regulación de este derecho real sobre cosas ajenas, la cual puede tener mayores implicancias en el futuro de la inversión de este país, atendiendo a una necesidad de trabajar la tierra y de prohibir las instituciones a manos muertas.

### 2.3.2. Ley N° 59. Código Civil Cubano.

El tratamiento de la figura en el Derecho cubano no está del todo alejado de lo establecido por la teoría en general, tampoco lo está de la legislación que analizamos anteriormente. La particularidad de esta regulación se encuentra dada en el énfasis de la función social en cuanto a la aplicación del derecho de superficie.

En la legislación cubana el derecho de superficie nace en la Ley Número 59 Código Civil, el cual le brinda un capítulo entero a su regulación. En esta legislación ocurre algo interesante y es que la ley prohíbe la constitución del derecho de superficie sobre fundos personales, es decir que el único sujeto activo es el Estado, situación que establece el artículo 140 “El Estado puede conceder derechos de usufructo o superficie sobre tierras de propiedad estatal 218 numeral 1 “El Estado puede conceder a personas naturales o jurídicas el derecho de superficie sobre terrenos de



propiedad estatal (...)” y la prohibición que establece la ley, se encuentra en el numeral 3 del mismo artículo, el que dice “No puede concederse derecho de superficie sobre terreno de propiedad personal”.

En cuanto a la forma de constitución del derecho, el Código Civil cubano no es específica si debe ser en Escritura Pública o en algún otro formato, sin embargo, Lupicinio (S. f.) mencionan que el título constitutivo del derecho de superficie será el Acuerdo adoptado por el Comité Ejecutivo del Consejo de Ministros de la República de Cuba enfatiza en dos requisitos exigidos por ley que debe contener dicho título, establecido en el artículo 221 el cual establece que:

En el título constitutivo del derecho de superficie debe consignarse su extensión, y término, así como la estructura, naturaleza y destino de las construcciones o, en su caso, la actividad específica que ha de desarrollarse en el terreno.

En el caso de la inscripción en el Registro Público de este derecho real, la legislación no contempla esta situación, sin embargo, podemos decir que esta inscripción no se lleva a cabo puesto que el título constitutivo lo emite el Estado mismo, quien brinda la protección necesaria a la persona jurídica o persona natural titular del derecho.

En el mismo sentido, podemos pensar que esta variante del derecho real de superficie, puede tender a la confusión con la concesión administrativa, pues una de las características de las concesiones es que solo puede ser otorgada por el Estado, por lo cual la regulación del derecho de superficie se basa en dos pilares principales, uno es la exclusividad del Estado cubano respecto del otorgamiento del derecho de superficie, además de conservar la propiedad del terreno sobre el cual se otorga el derecho; y el otro es respecto de la función en la inversión extranjera en este país, pues la ley permite que un accionista en una empresa pueda brindar como aporte a la misma un derecho de superficie que beneficie a la empresa misma y la faculte a realizar construcciones sobre determinado terreno objeto del derecho (Lupicinio; S.f.).

El texto de la Ley 273, de reforma al Código Civil cubano (2010) menciona en su parte introductoria que el espíritu de la figura del derecho de superficie es aunar a la inversión extranjera en el país caribeño, para lo cual, el propio espíritu de la reforma legislativa se realizó con el objetivo de: “ampliar y facilitar el proceso de participación para la inversión extranjera en el turismo

internacional” además establece que: “de manera que brinde mayor seguridad y garantía al inversionista extranjero en los negocios inmobiliarios” y además establece que dicha figura crea un proceso de desarrollo en el país además de ser sostenible y con el fin de generar beneficios a la economía del país.

En cuanto a la duración del derecho de superficie, el Código Civil cubano establecía un término de cincuenta años (artículo 222.1) prorrogables por la mitad del mismo previo aviso a la otra parte; sin embargo, fue reformado por el Decreto-Ley 273 Reforma al Código Civil (2010) el cual aumenta el término a noventa y nueve años, equiparándose a la ley española de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Puntualizamos entonces que, en la legislación cubana, el derecho de superficie solo puede tener como actor principal y propietario de los fondos, al Estado mismo, además de diferir con la doctrina dominante sobre la inscripción de este derecho y su constitución en Escritura Pública. Debemos destacar que esta situación deviene del mismo régimen bajo el cual se ha construido el país de Cuba, por lo tanto, el Estado es quien debe velar por la regulación de la inversión extranjera en ese país y el desarrollo mismo de los recursos de este país.

### 2.3.3. Legislación Peruana. Decreto Legislativo N° 295.

La regulación del derecho de superficie en la legislación peruana no dista de la regla general sobre la regulación de este derecho real, sin embargo, tiene una peculiaridad. Aun cuando se ha hecho el esfuerzo de regular esta figura en el Código Civil de Perú, no se saca el mayor provecho por la falta de conocimiento acerca de la implementación de la misma.

La figura del Derecho de Superficie se regula en el Código Civil de Perú, Decreto legislativo Número 295 actualizado en agosto de 2014. En el artículo 1030 se establecen tres puntos importantes de primera mano; concepto, plazo de duración, que no puede exceder de noventa y nueve años y se establece que una vez el derecho de superficie se haya extinguido, ya sea por el plazo legal o por aquel dispuesto por las partes, la propiedad de la construcción regresa al propietario del fundo. En el artículo 1031 se establece que este derecho puede enajenarse y puede transmitirse inter vivos o por medio de testamento. La legislación peruana, además regula la extinción del derecho y la permanencia del mismo aun cuando la construcción sea destruida, con

lo cual pensamos que esa disposición está referida a los desastres naturales, incendios, alguna otra catástrofe.

Como bien decíamos, la particularidad que nos ofrece el derecho peruano sobre el tratamiento de esta figura, es el desuso en el que ha derivado el derecho de superficie, sin tomar en cuenta su función social y la función en la economía, sobre todo en el ámbito inmobiliario, para resolver el tema de la falta de vivienda y reducción de costos en los inversores, así mismo Fernández (2012) nos dice:

Sobre el derecho de superficie se ha escrito muy poco en la literatura jurídica peruana, y prueba de ello es que poco se conoce sobre la justificación de su existencia, así como la preferencia de la aplicación de esta figura por los privados al momento de realizar las operaciones económicas que convienen (p. 237).

Por lo cual, sabemos que no solo se trata de regular la figura en la legislación sino también sacar provecho de ello, conociendo los alcances de la misma y aplicándola a la realidad del tráfico jurídico-económico de un país en aras del desarrollo del mismo.

Es importante apuntar que el Derecho de superficie debe ser regulado en nuestro país y además de ser regulado, procurar su aplicación para gozar de los beneficios que conlleva esta figura del derecho civil.

Por otro lado, puntualizar que la inscripción en los Registros Públicos debe ser regulada de igual forma que la parte sustantiva del derecho real de superficie, tomando en cuenta que nuestra legislación registral dota de carácter constitutivo a la inscripción, es por ello que se debe establecer un mecanismo para la inscripción de este derecho real en los Libros de Registro, para lo cual pensamos que es más acertado realizar esta inscripción como un asiento más en el tracto sucesivo de la sección de derechos reales, puesto que constituye un dominio temporal sobre el bien inmueble, y en el caso en que el propietario del fundo decida enajenar el bien, que los derechos del superficiario no se trastoquen y se garantice la seguridad jurídica debida. En este caso, el asiento del derecho de superficie siempre le seguirá a la finca, pues tal derecho recae sobre la misma.

En este caso, insistimos en que el derecho de superficie genera dominio, aunque temporal, para con el superficiario, y es por esto que debe ser inscrita y dotar del carácter de dominus al que realiza la construcción.

### 3. Importancia de la figura del Derecho Real de Superficie para la inversión en Nicaragua.

#### 3.1. Función económica del Derecho Real de Superficie.

Como bien es sabido, el derecho responde a las necesidades de la sociedad, no solo en cuestiones que atienden a la regulación de comportamientos si no en el desarrollo mismo de la economía, pues regula las contrataciones, los negocios en el ámbito mercantil y civil, lo cual hace que el Derecho esté presente en todos los aspectos de la vida del ser humano.

El Derecho Real de Superficie, del cual hemos hecho un breve, pero preciso análisis, no está desligado de esa función que cumple el Derecho como tal. Precisamente, el Derecho Real de Superficie abona al desarrollo de la economía de un país en el cual se regule dicha figura, así López (2010) cita a Cossari (2009) el cual expresa que el Derecho Real de Superficie es “...una figura legal que en los ordenamientos jurídicos modernos reviste cada vez mayor importancia por la función económica que está llamada a cumplir...”

En el mismo sentido, Puig Brutau (2012) establece que la Ley de Régimen del Suelo y Rehabilitación Urbana del 2 de mayo de 1975 –la cual ya fue derogada- declaraba en el apartado de Exposición de Motivos, lo siguiente:

VIII. El derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo es una de las figuras que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política de suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos se obtiene estos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial para de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades 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.” (pp. 149, 150)

Vemos pues que existe además de un trasfondo meramente jurídico, existe una función social, la cual se ha detallado bastante elocuentemente por la citada Ley en su exposición de motivos. Los

aspectos a resaltar son los siguiente: 1. El propietario del fundo sin invertir o “gastar” dinero en la mejora o construcción en su terreno, puede otorgar este derecho y fácilmente obtener un aumento del valor del bien una vez llegue a fin el término pactado entre este y el superficiario. 2. El propietario del terreno recibe una cifra alzada o anualidad por el otorgamiento del derecho sobre su fundo, lo cual es ganancia para el bolsillo de este sujeto. 3. El superficiario se beneficia pues los costos de su inversión disminuyen, en el entendido que no tendrá que adquirir un terreno y pagar por dicho terreno y los trámites de legalización del mismo, si no que salta ese proceso e inicia con la construcción de lo que sería un negocio. 4. El desarrollo de esta figura es perfecto para aquellos empresarios que desean tener una inversión a corto tiempo o bien al tiempo que se estipule en el contrato –pues no puede ser perpetuo- en el cual pueda recuperar la inversión de la construcción y obtener ganancias, sin quedar anclado a ser dueño de un terreno.

Sobre tales beneficios, Gómez de la Lastra (s.f.) menciona acerca de algunas de los beneficios económicos que están aparejados con esta figura, tal es el de “posibilitar que tierras improductivas por falta de capital de trabajo de sus titulares, entren al circuito virtuoso de la producción sin tener que desprenderse de sus propiedades que tal vez por generaciones están en el acervo familiar” (p. 1) por lo cual es una buena oportunidad de negocios para las familias de escasos recursos dinerarios, los que teniendo un inmueble sin aprovechar, puedan explotarlo de esta manera.

Sobre el mismo planteamiento, la ley de Reforma al Código Civil Cubano (2010) abonando a la función económica y el clima de desarrollo en este ámbito de un país, establece que:

POR TANTO: A los fines de ampliar y facilitar el proceso de participación de la inversión extranjera en el turismo internacional, resulta conveniente modificar algunas de las regulaciones sobre el Derecho de Superficie, de manera que brinde mayor seguridad y garantía al inversionista extranjero en los negocios inmobiliarios, en función del desarrollo sostenible del país y de la economía nacional.

Además de tener una función económica, no debemos obviar en este punto que el inversionista, sobre todo el extranjero, prefiere depositar su confianza donde las “reglas del juego” estén más claras. Como bien lo ha expuesto la Ley antes citada, regular este derecho es más que simplemente hacer mención de sus características y forma de constitución, es brindar seguridad jurídica a

aquellos sujetos contratantes, que requieren de protección de su derecho, protección que está ligada fuertemente a los Registro Públicos y a la inscripción de la misma en los libros de dicha instancia.

Sin duda alguna, el desarrollo de una actividad económica no solo le atañe a quien la realiza o ejecuta, si no que tienen un trasfondo de interés común, pues abona a la creación de nuevas oportunidades para la sociedad. En palabras acertadas de Gómez de la Lastra (s.f.), se dice que “Hoy se puede contar con figuras participativas, donde varios sujetos obtienen beneficios económicos de una misma cosa, logrando una sinergia importante y una gran economía de procesos” (p. 2)

Como pudimos analizar, esta figura tiene una función económica viable y es lo que se considera una relación “ganar-ganar” en la que ambos contratantes obtienen beneficios ya sea a corto o largo plazo, con la reducción de los costes por un lado y la obtención de valía al terreno por el otro, sin obviar, por supuesto, la anualidad recibida por el propietario del fundo. Así, con la aplicación de esta figura, muchos propietarios podrían aprovechar mejor sus terrenos y a largo plazo reinvertir lo que ha ganado fruto de esa relación y crecer empresarialmente.

Por otro lado, la función social de esta figura del Derecho se ha hecho palpables desde tiempos del Derecho romano, época en la que este derecho se fue formando hasta lo que hoy conocemos como tal. Así Riojas (2012) expresa sobre el nacimiento de la figura del Derecho Real de Superficie que:

...otros creen que tiene su nacimiento en la Lex Icilia de Aventino dictada en el año 289 de la fundación de la gran Roma, lo que permitió la separación del Monte Aventino en solares que fueron destinados a la construcción de viviendas comunes o colectivas, los cuales a la postre fueron otorgadas a núcleos familiares pobres con lo cual se trataba de mitigar el problema del déficit habitacional en aquel tiempo (p. 32)

Riojas (2012) cita a Arias-Schreiber Pezet (2001) el cual sostiene que “el derecho de superficie resulta ser uno de los medios más idóneos y relevantes para resolver, y no tan solo para paliar, el grave problema que les significa a las personas con economía limitada la falta de vivienda” vemos pues que no solamente es de carácter económico, lo que no negamos está bastante ligado a lo social.

Respecto a la intervención del Estado como sujeto en esta relación contractual –nos referimos a la constitución del Derecho Real de Superficie entre el Estado y un particular o entre el Estado y una

persona jurídica-, puede estar dirigido a planes turísticos, pues como sabemos, el Estado es sujeto de derechos, por lo tanto, es dueño de propiedades en distintos sitios de nuestro país. Precisamente por esta razón es que este negocio jurídico puede resultar bastante provechoso para el desarrollo de la economía y la dinámica de la inversión en nuestro país.

Tal situación es ventajosa para el inversionista pues disminuye así los costos para la empresa y genera mayores beneficios para ambas partes, además de la creación de empleos y mejores salarios para los trabajadores, pues la inversión inicial no ha sido tan costosa puesto que los terrenos no han sido adquiridos y no se ha hecho una inversión inicial en gastos legales, más que los de inscripción de este derecho real en el respectivo Registro de la Propiedad. Además de proyectos turísticos podemos ir más allá y pensar en otros tipos de construcciones y la función que puedan ejercer esos negocios o bien inmuebles para la economía de un sector determinado.

En el mismo sentido, y en términos generales, beneficia a largo plazo al dueño del fundo, pues, como ya hemos mencionado, la construcción superficiaria, una vez concluido el plazo pactado, regresa a ser parte del dominio del fundo. El propietario puede, si así lo quisiera, enajenar el bien en un futuro y obtener más ganancias dinerarias que lo que pudo obtener en la enajenación de solamente el lote baldío.

En definitiva, esta figura es de beneficio para ambas partes, desde toda óptica, por los motivos que ya hemos mencionado, y este beneficio trasciende a las partes puesto que, al lograr atraer más inversionistas a nuestro país, el desarrollo económico y la función social nos atañe a todos.

### 3.2.Importancia para el desarrollo de la legislación en materia de inversiones.

Con el auge de la globalización, además del prometedor desarrollo de nuestro país en materia de inversión, no podemos quedarnos al margen de los cambios que ocurran en cuanto a la regulación de las contrataciones civiles y mercantiles y de los beneficios que este tipo de figuras podrían representar para Nicaragua. No regular este derecho sería, sin lugar a dudas, poner un poco en desventaja a nuestro país respecto de la regulación sobre este derecho, representaría cerrar las puertas a nuevos horizontes.

Dijimos que el Derecho Real de Superficie tiene muchos aspectos positivos para atraer al inversionista extranjero y nacional. También hemos mencionado que al inversionista le atrae que

las leyes sobre la inversión y los mecanismos para su desarrollo, brinden seguridad jurídica para evitar conflictos innecesarios. Respecto de la afirmación anterior, Sena (2016) nos brinda un panorama argentino al mencionar que:

Con el cambio introducido por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde agosto de 2015, se ha receptado un nuevo derecho real que puede potenciar nuevas áreas de inversión, proyectos y negocios, principalmente dentro de las operaciones forestales e inmobiliarias constituyendo esto último una novedad en el derecho argentino, bajando costos y elevando la rentabilidad.

Sabemos que a los inversionistas les interesan negocios donde la rentabilidad puede ser alta, los costos reducidos y sin mayores complicaciones para la constitución de su negocio y esta herramienta reúne todas las características descritas. Sin duda alguna, el clima de negocios que ofrece un país debe estar fundamentado, entre otras cosas, sobre una base legal que facilite al inversionista la creación de su negocio y la bienandanza de este, así lo expresa Umaña (2002) al decir que:

En un mundo donde la competencia por atraer IED (Inversión Extranjera Directa) es cada vez mayor, pareciera también razonable pensar que las ventajas de una jurisdicción estable, madura y confiable podrían influir de forma más directa de lo que ahora se piensa, en la toma de decisiones de inversión por parte de firmas transnacionales (p. 20).

En este sentido, se trata de crear un ambiente estable para atraer la inversión extranjera y continuar fomentando la inversión local, para dinamizar la economía de nuestro país. Sin lugar a dudas, la figura del Derecho de Superficie trae consigo muchos beneficios para nuestro país. La falta de regulación en nuestro ordenamiento jurídico no solo implica el desconocimiento en el ámbito mercantil de la figura, sino también desconocimiento en la población, pues este derecho puede ser ejercido por una persona natural o jurídica, además de responder muchas de las preguntas que nos hemos planteado en este trabajo de investigación.

Se hace necesario, estar conscientes de la importancia económica de esta figura. Las legislaciones que hemos analizado como derecho comparado, no se limitan en mencionar en el cuerpo normativo la función que este derecho real puede desempeñar en el desarrollo de la economía y el fomento de



la inversión. De esta forma se enriquece el bagaje de instrumentos jurídicos que puede ofrecer nuestro país.

## Conclusiones:

El presente trabajo de investigación referido a la figura del Derecho Real de Superficie y su importancia para abonar al desarrollo de nuestro país, se concluye lo siguiente:

1. Esta figura tiene sus antecedentes en Roma, lugar en el que se les dio vida a la mayoría de las instituciones del Derecho que hoy conocemos, por lo tanto, no es una concepción de nueva data. Además, representa una excepción a la regla *superficie solo cedit*, puesto que mientras transcurre el tiempo pactado en el contrato, el superficiario tiene el dominio pleno sobre lo construido o plantado.
2. El Derecho Real de superficie es aquel que permite que, a cambio de una anualidad, un sujeto, llamado superficiario, construya o plante en un terreno ajeno perteneciente a otro individuo, llamado propietario. El superficiario ostenta un dominio temporal sobre lo plantado o construido sobre la superficie del terreno, a su vez el propietario del terreno conserva su dominio sobre el mismo. Por otro lado, una vez concluido el término del contrato, el propietario se hace con lo construido.
3. El propietario del terreno mantiene su derecho de propiedad, es decir, que puede seguir disponiendo de su propiedad con la salvedad que no puede perturbar el Derecho de Superficie ya constituido e inscrito. Por otro lado, el percibir una anualidad por otorgar este derecho sobre su fundo, constituye una ganancia sin inversión, genera dinero con solo poner a disposición la superficie de su propiedad.
4. Nuestro Ordenamiento Jurídico permite que sean incorporados nuevos derechos reales, es decir, es *númerus apertus* en esta materia, pues nacen de la voluntad de las partes. Por tal razón, pensamos que es necesario incluir en su regulación jurídica a fin de adecuar la información en cada uno de las oficinas de los Registros Públicos de la Propiedad en nuestro país, para maximizar su provecho y clarificar respecto de la técnica registral que debe seguirse en cuanto a su inscripción.
5. En cuanto a la inscripción de este derecho real, consideramos que la forma más acertada es inscribirlo como un asiento más en la Columna de Inscripciones en la Sección de Derechos Reales, puesto que esta figura genera un dominio sobre la construcción superficiaria, además que se trata, no solamente de brindar publicidad- una de las funciones de la inscripción- sino también de proteger al superficiario de cualquiera que pueda perturbar su derecho, incluso frente al dueño mismo de la propiedad. Todo esto abona a la seguridad jurídica necesaria en el ámbito empresarial y de inversión extranjera y local.

6. El Derecho es una construcción social y como tal la función del mismo tiene un carácter social. La figura del Derecho Real de Superficie no está alejada de ello, pues cumple con una función social y económica bastante importante; no solo para los particulares si no para el país.
7. Los beneficios para el superficiario son claros; obtiene un dominio por tiempo limitado, pudiendo disponer de su derecho, además de evitar que la inversión inicial de su negocio sea la obtención de un terreno, sino que de primera mano, su capital está dirigido al desarrollo de su empresa.
8. Es importante que figuras como la que hemos estudiado, tengan su debida regulación en nuestra legislación. Además de sus beneficios, los cuales ya hemos señalado, esta figura contiene aspectos complejos tanto en su constitución como en su inscripción como Derecho real en el Registro de la Propiedad. Precisamente, se debe fomentar el uso de este como herramienta para abonar al desarrollo de la economía de nuestro país. Por lo cual creemos que es más adecuado que sea regulado en una ley autónoma en la que se describa la naturaleza jurídica, las características, además de la forma de constitución y la dinámica de este derecho real en nuestro país.
9. Se ha demostrado, entonces, que el Derecho real de Superficie es una figura que aporta al desarrollo de la economía en nuestro país, puesto que es una herramienta para evitar el anquilosamiento del tráfico jurídico de la propiedad, es decir aquellos fundos que por alguna razón –sobre todo por falta de dinero- no han podido ser aprovechadas al máximo por sus propietarios.
10. Este Derecho Real representa una inversión del todo positiva, pues precisamente el empresario está contribuyendo con su actividad mercantil, no solo al desarrollo de la economía sino también a elevar el costo de la propiedad en el cual está construyendo, sin dejar de mencionar que el dueño del terreno puede disfrutar, una vez acabado el plazo del contrato, de todo aquello que ha sido construido y continuar sacando provecho de esa situación.
11. Algunas legislaciones permiten la perpetuidad del Derecho Real de Superficie, situación que no compartimos pues se trata de que al concluir el contrato, el propietario pueda disfrutar de la construcción superficiaria y del dominio de la totalidad del terreno. Es por esto que a nuestro parecer debe existir en la regulación un límite de tiempo para conceder dicho Derecho.

## Lista de Referencia

- Castán Tobeñas, J. (1978). *Derecho Civil Español, Común y Foral* (Vol. 2). Madrid: Instituto Editorial Reus.
- Decreto Legislativo N° 295. Código Civil. Publicado el 24 de julio de 1984. Perú.
- Decreto No. 1909. Ley que reglamenta el Régimen de Propiedad Horizontal, Publicada en *La Gaceta diario oficial* No. 215 del 23 de septiembre de 1971.
- Díez Picazo, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*. (Vol. 6). Navarra, España: Aranzandi.
- Díez Picazo, L., & Gullón, A. (2005). *Sistema de Derecho Civil*. (Vol. 3) Madrid: Tecnos
- Escobar, I. (1999). *Introducción al Derecho Inmobiliario Registral Nicaragüense* (2da edición). Managua: Editorial Hispamer.
- Espilez Murciano, M. Á. (2009). *El Derecho de Superficie y el Titular catastral*. *CATASTRO*, pág. 25-36
- Fernández, J. (2012). *El Derecho de Superficie*. *THEMIS*. (64). Recuperado de [revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9023/9432](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/download/9023/9432)
- Guzmán García, J. (S.f.). *Apuntes de Derecho Civil: Derecho de Obligaciones*. Managua: UCA.
- Iglesias, J. (1999). *Derecho Romano*. (12va ed.) Barcelona, España.
- Lacruz Berdejo, J. L., Sancho Rebullida, F. d., & Luna Serrano, A; Delgado Echeverría, J.; Rivero Hernández, F.; Rams Albesa, J. (2000). *Elementos de Derecho Civil* (Vol. 1). Madrid: Dykinson.
- Ley No. 59. Código Civil. Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria de 15 de octubre de 1987. La Habana.
- Ley No. 698. Ley General de los Registros Públicos. Publicada en *La Gaceta Diario Oficial* No. 239 del 17 de diciembre de 2009.
- López Montenegro, C. (2010) *El Derecho de Superficie: Aspectos sustantivos y registrales* (Tesis inédita de Maestría) Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua.
- LUPICCINO & ASOCIADOS. (2015) Internacional Attorneys. Newsletter, *Cuba: Modificaciones al Régimen jurídico del Derecho de superficie*. Recuperado en <http://www.ascecuba.org/c/wp-content/uploads/2015/01/v24-cobas.pdf>
- Puig Brutau, J. (1979). *Fundamentos de Derecho Civil* (3era Ed.).(Vol. 3). Barcelona: Bosh.
- Real Decreto Legislativo 7/2015. Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Publicada en el Boletín Oficial del Estado No. Del 30 de octubre de 2015. España.

- Riojas, M. (2012). *Derecho Real de Superficie en el Estado de Veracruz*. Su relevancia en la actualidad. Editorial Académica Española.
- Romero Guido, A. (2014). *Derechos Reales atípicos: Especial énfasis en el Derecho de Superficie* (Tesis inédita de Licenciatura). Universidad Centroamericana, Managua, Nicaragua.
- Sena, G. (2016, 20 de enero). Una nueva herramienta legal: El Derecho de Superficie. *Cronista*. Recuperado <http://www.cronista.com/columnistas/Una-nueva-herramienta-legal-el-derecho-de-superficie-20160120-0015.html>
- Suárez Blázquez, G. (2011). *Derecho de Superficie ¿ius in re aliena? Negocio superficiario público- Negocio superficiario privado en el Derecho Romano Clásico*. *Revista de Derecho Público*, (26) págs. 4-28.
- Umaña, M. (2002). Inversión Extranjera Directa en Centroamérica: El rol de la seguridad jurídica. Georgetown. Recuperado <https://www.incae.edu/ES/clacds/publicaciones/pdf/cen443.pdf>