

### 1.3. Derechos reales

## El derecho de superficie. Análisis de algunos de sus problemas jurídicos

### *The surface right. Analysis of some of your legal problems*

por

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho Civil  
Universidad Carlos III de Madrid*

**RESUMEN:** El derecho de superficie como derecho real limitado de goce es una figura que gozando de una gran historia jurídica no ha tenido mucha atención por la doctrina. Sin embargo, en los últimos años, ha comenzado a ser estudiada como figura que permite solventar los problemas económicos que plantea la adquisición del suelo para edificar, en el ámbito urbano, o plantar y sembrar, en el rústico.

En el Derecho español, la figura no goza de una regulación legal completa, e incluso, civilmente, su posición sistemática en el Código provocó graves confusiones. La escasez de regulación ha provocado problemas importantes no solo en cuanto a su configuración como derecho real independiente, sino también en cuanto a los requisitos formales necesarios para su constitución válida. A través de este trabajo vamos a analizar estos puntos atendiendo a la jurisprudencia.

**ABSTRACT:** *The surface right as real right limited enjoyment is a figure that enjoy a great legal history has not had a great deal of attention by the doctrine. However, in recent years, has begun to be studied as a figure that allows to solve the economic problems posed by the acquisition of land for building, in the urban area, or planting and sowing, in the rustic.*

*In the Spanish Law, the figure does not enjoy a full legal regulation, and even civilly, their consistent position in the code caused serious confusion. The scarcity of regulation has caused major problems not only in regard to its configuration as real right independently but also in regard to the formal requirements for its valid constitution. Through this work we are going to analyze these points on the basis of the Jurisprudence.*

**PALABRAS CLAVE:** Derecho de superficie. Propiedad superficiaria. Superficie urbana. Superficie rústica. Derecho real limitado.

**KEY WORDS:** *Surface right. Property surfaces. Urban Surface. Rustic Surface. Real right limited.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN.—II. EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO DERECHO REAL DE GOCE.—III. TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE: 1. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE RÚSTICA. 2. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE URBANIZABLE.—IV. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA ENTRE PARTICULARES. FORMA E INSCRIPCIÓN: 1. ESCRITURA PÚBLICA. 2. INSCRIPCIÓN REGISTRAL.—V. CONCLUSIONES.—ÍNDICE RESOLUCIONES.—BIBLIOGRAFÍA.

## I. INTRODUCCIÓN

El derecho de superficie es definido como el derecho real que confiere a su titular (superficiario) el poder de edificar, plantar o sembrar en suelo ajeno, haciendo suyo lo edificado, plantado o sembrado<sup>1</sup>. Este derecho se suele extender a la posibilidad de que el superficiario tenga la facultad de construir sobre el suelo ajeno (sobreedificación) o sobre el subsuelo (subedificación).

El derecho de superficie se caracteriza por dos notas básicas:

- a) la separación entre el dominio del suelo que corresponde al concedente de la superficie y el dominio de lo construido o plantado que corresponde al titular de la superficie<sup>2</sup>. Esta separación se justifica tradicionalmente como una excepción del principio tradicional «*Superficies solo cedit*», contenido en el artículo 353 en general y en el artículo 358, relativo a los bienes inmuebles, del Código Civil. La existencia de dos propiedades ha permitido conjugar intereses diferentes pero convergentes para conseguir los fines del derecho de superficie<sup>3</sup>.
- b) El carácter temporal de la propiedad del superficiario. El superficiario tiene un derecho de duración limitada.

La consideración del derecho de superficie como un derecho real limitado de goce o disfrute ha sufrido una larga evolución desde el Derecho Romano hasta hoy<sup>4</sup>. Una clara exposición de esta evolución puede verse en la Sentencia de la Audiencia Provincial de Granada, sección 3.ª, de 29 de marzo de 2003 (AC 2003, 111), al señalar:

«El derecho de superficie ha presentado históricamente perfiles y significados diversos, respondiendo a problemas sociales y políticos; de este modo el Derecho real de superficie sirvió, en un determinado momento, para la utilización y disposición de los bienes inalienables (eclesiásticos y señoriales), así la cesión de tierras «*ad meliorandum*» a través de contratos privados fue instrumento para eludir la temporalidad del arrendamiento, esta referencia nos sitúa ante el Derecho Romano. En Roma, el dueño de un fundo extendía su propiedad a cuanto se construyese o plantase en el mismo, de acuerdo con el axioma «*Superficies solo cedit*», pero aparte de las concesiones que parece ser hicieron los magistrados con respecto al suelo público, los particulares, propietarios, que no podían o no querían construir, se ponían de acuerdo con otra persona que deseaba hacerlo, consintiéndole edificar y gozar plenamente de lo edificado, aquí aparece el germen del Derecho real de superficie, que se configuró, allí en Roma, como un contrato normalmente de arrendamiento, en que el propietario a cambio de una contraprestación en dinero (*Solarium*) concedía a la otra parte

contratante la facultad de construir; estos arrendamientos que eran casi intemporales, con la importancia práctica y social que ello tenía, fueron protegidos por el Pretor mediante el interdicto «de superficiebus», esto en el Derecho Clásico, pero en el Derecho Justiniano, se concedió al superficiario una «*actio in rem*», que configuraba al Derecho de Superficie como un derecho oponible «*erga omnes*» y transmisible. En nuestro Derecho, y en la actualidad, se concibe doctrinalmente el Derecho real de superficie como: «Un derecho real que confiere a su titular el poder edificar o plantar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo edificado o plantado»; nuestro Código Civil (LEG 1889, 27) no regula el Derecho estudiado, mencionándolo en el artículo 1611 y en el 1655, que remite los foros y gravámenes de naturaleza análoga a las disposiciones relativas a la enfiteusis cuando lo sean por tiempo indefinido; los que sean por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato. Por ello el Derecho real de superficie encuentra su regulación primordial desde la perspectiva urbanística, así en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, Ley 1, 1992 (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485), se referían al mismo los artículos 287 a 290, que eran de aplicación cuando tal derecho, el de superficie, se constituía como consecuencia de la ejecución de planes de Ordenación Urbana».

Los problemas jurídicos que se plantean en torno al derecho de superficie proceden básicamente de la variedad legislativa existente. Tenemos normas sobre el Derecho de superficie en el Código Civil (arts. 1611 y 1655); en la Ley del Suelo (RD Legislativo 7, 2015, de 30 de octubre<sup>5</sup>, arts. 53 y 54); en el Reglamento Hipotecario (arts. 16 y 30); y en la Ley 5, 1980 de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en mano común (art. 3)<sup>6</sup>. Dejamos aparte la regulación de esta institución en el Derecho Foral<sup>7</sup> y en la legislación urbanística de las distintas Comunidades Autónomas.

El examen de cada uno de los problemas que plantea el derecho de superficie excede del ámbito de este trabajo. Por ello, vamos a centrarnos en los siguientes:

- a) Configuración del derecho de superficie como derecho real de goce.
- b) Tipos de derecho de superficie.
- c) El problema de la forma en el derecho de superficie.

## II. EL DERECHO DE SUPERFICIE COMO DERECHO REAL DE GOCE

El derecho de superficie, conforme a la opinión unánime de la doctrina y de la jurisprudencia, es un derecho real limitado de goce o disfrute<sup>8</sup>. Puede verse por todas, la ST de la AP de Valencia, sección 9.ª, de 13 de octubre de 1999 (AC 1999, 8928) al señalar que la superficie es un «derecho real en suelo ajeno y un derecho de propiedad sobre lo edificado, con un carácter temporal». No obstante, esta no ha sido la consideración tradicional de la doctrina y jurisprudencia.

Podemos ver como el derecho de superficie aparece mencionado en el Código Civil desde sus inicios en 1888, pero si bien no con una regulación legal completa, sino mediante una mera referencia que se hace a este derecho en los artículos 1611,3.<sup>o</sup> y 1655<sup>10</sup>.

La colocación sistemática de estos preceptos, en el capítulo del censo y los términos del artículo 1655, se consideró por parte de la doctrina y la jurisprudencia que la normativa aplicable al derecho de superficie constituido después de la promulgación del Código sería la del censo enfiteútico, si se constituye por tiempo indefinido y la del arrendamiento si era por tiempo limitado. La jurisprudencia del Tribunal Supremo así lo interpretó y aceptó durante mucho tiempo, de acuerdo con la doctrina<sup>11</sup>. Así, es de destacar la STS de 3 de julio de 1941 (*RJ* 1941, 892) en la que expresamente el Tribunal Supremo declara lo siguiente: «*El derecho de superficie tan pobre de legislación, a pesar de su remoto origen, que nace sin sustantividad propia, al amparo del contrato de venta o del arrendamiento, no es regulado por el Código Civil, pero lo da por subsistente en este artículo, 1611, con la trascendental declaración de que hay en él dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica que le califican de figura jurídica similar a la enfiteusis, y si bien es cierto que el Código también alude en el artículo 1655 y asigna al establecido temporalmente desde la promulgación del texto legal el concepto de arrendamiento no se podía pensar que el legislador quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia anulando las características y el influjo del ius superficies en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico al arriendo superficiario, señalando como normas aplicables la del contrato originario y predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano*».

La asimilación del derecho de superficie al censo enfiteútico, si se configuraba por tiempo indefinido y al arrendamiento si se hacía temporalmente<sup>12</sup> se aceptó por parte de la doctrina y de la jurisprudencia del momento, pero presentaba graves problemas de aplicación y motivó una escasa atención y utilización por la doctrina<sup>13</sup>.

Actualmente, no se mantiene esta posición, en parte por los graves inconvenientes jurídicos que planteaban tales similitudes y, también, porque las sucesivas Leyes del Suelo<sup>14</sup>, desde 1956 en su primera regulación del derecho de superficie<sup>15</sup>, artículos 171 y sigs., lo definen como un derecho real<sup>16</sup>. De ahí la STS de 4 de febrero de 1993, (Sala Cuarta), *RJ* 1993, (RJ 1993, 782) «*Que la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada, es decir, comprende dos relaciones jurídicas distintas, una entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y otra entre el superficiario y la construcción la primera relación integra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, que se polariza en una verdadera concesión «ad aedificandum» o sea el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo, por esa concesión a la Ley de accesión y facultando a un tercero, mediando o no contraprestación de un canon, para construir; pero esa concesión de la que nace el derecho a edificar, no ha creado, sin embargo, la propiedad superficiaria, pues la construcción no existe todavía y como dice la doctrina, en el día en el que la construcción se realice no desaparecerá, ya que el derecho «ad aedificandum» que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuanto no transcurra el plazo; por tanto el derecho de superficie «ad aedificandum» da ocasión para que pueda existir la propiedad superficiaria y aunque hasta hace poco el derecho de superficie ha estado huérfano de normativa legal, ya que solo existía el artículo 1655 del Código Civil que dispone*

*«que los foros y cualesquiera otros de naturaleza análoga que se establezcan después de la promulgación del Código Civil ...», habiendo considerado la Jurisprudencia que entre los de «naturaleza análoga» se encuentra la superficie —STS de 3 de junio de 1941— y que la misma es muy similar al censo enfiteútico —STS de 4 de julio de 1928— teniendo este criterio su asiento en el artículo 1611 párr. 3.º del Código Civil que expresamente afirma la analogía entre el foro y la superficie, más modernamente el derecho de superficie aparece expresamente reconocido tanto en la antigua como en la moderna Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 —artículo 17.1.2— como en el artículo 16 de la Ley Hipotecaria que lo configura como un derecho real y por tanto inscribible». En igual sentido puede verse la STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5563)<sup>17</sup>.*

El derecho de superficie como derecho real también se había recogido ya por el legislador en el Reglamento hipotecario, no es algo novedoso de la legislación urbanística. El Reglamento hipotecario, desde el principio, recogía algunas normas relativas al derecho de superficie con una cierta pretensión normativa. Los Reglamentos de 1863 y 1870 mencionaban el derecho de superficie en el artículo 27, pero posteriormente desaparecerá en las diversas modificaciones<sup>18</sup>. Así, habrá que esperar a la reforma de 1959, para volver a verlo incluido en el Reglamento Hipotecario con una regulación escasa pero importante en cuanto a su contenido. Los artículos 16 y 30 relativos a la superficie urbana y rústica, respectivamente, establecían la necesidad de inscripción registral del derecho de superficie como requisito constitutivo. Esto ya era un indicio de su carácter real.

En definitiva, hoy día no se duda del carácter real del derecho de superficie. Es significativa la STS de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935) al señalar que:

*«...el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611,3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de “numerus apertus” en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».*

La falta de una regulación total y detallada de la figura permite el recurso a la autonomía de la voluntad para la configuración de este derecho entre las partes<sup>19</sup>.

### III. TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE

#### 1. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE RÚSTICA

La regulación actual existente en materia de derecho de superficie permite deducir la existencia de varios tipos de este derecho y que son los originales en el momento de la Codificación. Estos son:

- a) La superficie urbana, como derecho a construir o edificar en suelo ajeno y disfrutar lo edificado durante el plazo pactado. Regulada en la Ley del Suelo (arts. 53 y 54 TR de 2015) y en el Código Civil.
- b) La superficie rústica como derecho a sembrar o plantar en suelo ajeno y disfrutar de ello, artículo 30 RH. Como una subclase de esta, pero atendiendo a la particularidad legal, podemos incluir la superficie de montes vecinales en mano común regulada por la Ley de 1980.

## 2. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA Y DERECHO DE SUPERFICIE URBANIZABLE

La regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo provocó la discusión en la doctrina sobre la existencia o no de dos derechos de superficie urbana: uno regulado por el Código Civil (derecho de superficie urbana) y otro regulado por la Ley del Suelo (derecho de superficie urbanístico). En mi opinión hasta la Ley del Suelo de 2007 podría justificarse puesto que se recogía expresamente en las normas urbanísticas que su normativa solo era aplicable al derecho de superficie que se encontrara en suelo de carácter urbanístico y, por tanto, sometido a planeamiento. La propia jurisprudencia del TS lo reconocía de forma constante. De ahí la STS de 26 de noviembre de 2002:

*«Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo, si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que estos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley.*

*Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por que verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo.*

*Esta Sala no comparte la tesis... Que la Ley del Suelo, desde 1956, ha establecido una regulación específica y detallada sobre el derecho de superficie urbano, contenida actualmente en los artículos 287 a 290 del RDLeg. 1, 1992, de 26 de junio, que publicó el TR de la LRSOU, cuya normativa es aplicable a la constitución de derecho de superficie no solo por entes públicos, sino también para particulares; B) que los preceptos aludidos son normas de obligado cumplimiento, aún cuando las relaciones controvertidas se diluciden entre sujetos privados ante la jurisdicción civil; C) Que, por ello, el derecho de superficie urbano ...ha de constar en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, ser inscrito en el Registro de la Propiedad, sin que quepa distinguir entre modalidad urbanística y urbana del referido derecho».*

Más concreta y detalladamente puede verse la ST del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.<sup>a</sup>) Sentencia núm. 829, 2003 de 10 de junio. (RJCA 2004, 4):

*«... hemos de partir de la doble conceptualización que tiene el derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico, en función de que se trate del denominado derecho de superficie urbanístico o urbano, e incluso podría hablarse de un derecho de superficie de naturaleza rústica.*

El derecho de superficie urbana es el que se deduce de su previsión en el Código Civil (LEG 1889, 27) (arts. 1611.3 y 1655), artículo 107.5 LH (RCL 1946, 886) aun cuando no esté expresamente regulado. Se trata de un derecho constituido entre particulares que responde a un interés privado y que no precisa de forma solemne, pues así se deduce de la Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083) de la Sala 3.<sup>a</sup>, dictada respecto a la reforma del Reglamento Hipotecario aprobado por Real Decreto 1998, 1867, de 4 de septiembre (RCL 1998, 2381 y RCL 1999, 431). En el mismo sentido se expresa la doctrina de la Sala Primera (SSTS de 1 de febrero de 1979 [*RJ* 1979, 420], 15 de junio de 1984 [*RJ* 1984, 3243], 26 de noviembre de 2002 [*RJ* 2002, 9935], por todas) y doctrina científica mayoritaria. Tal derecho se constituye como una excepción a la regla «superficies solo cedit», con la finalidad de estimular y facilitar la construcción sobre la base de la existencia de una propiedad dividida entre el suelo y el vuelo.

Por el contrario, el derecho de la superficie urbanística aparecía ya recogido en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 (RCL 1956, 773, 867) como medida de fomento de la calificación (arts. 157 a 161), rigiéndose en primer lugar por la Ley del Suelo, por el título constitutivo y subsidiariamente por el Derecho Privado. Así lo recoge el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976 (RCL 1976, 1192) (arts. 171 a 174) y el Real Decreto Legislativo 1, 92 de 26 de junio (RCL 1992, 1468 y RCL 1993, 485) (arts. 287 a 290, habiéndose declarado inconstitucionales los artículos 287.1, 288.1 y 290 por la STC 61, 97 de 20 de marzo [RTC 1997, 61]). Ya desde su redacción inicial en 1956 se hablaba de que la constitución «deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y como requisito constitutivo de su eficacia inscribirse en el Registro de la Propiedad. Pese a que el término utilizado no sea en dogmática jurídica lo suficientemente certero, pues lo que es constitutivo es la validez del negocio no su eficacia, hablar de requisito constitutivo alude propiamente a la validez del negocio jurídico, por lo que el derecho de superficie urbanístico exige una forma «*ad solemnitatem*», esto es, solemne o formal, no «*ad probationem*», por lo que no existirá tal derecho sino se cumplimenta la solemnidad consistente en su otorgamiento en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad (art. 172.2 LS 76, art. 228 RDL 1, 92), precisamente porque sus efectos trascendentales para el dominio dividido y duración del derecho requieren una plena publicidad».

No obstante, esa concepción dual de la superficie urbana debe deshecharse, a raíz de la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007, y su refundición en el Texto del 2008 que se mantiene idéntico en la actual regulación de 2015.

Puede afirmarse por tanto que actualmente no es posible hablar de dos legislaciones de carácter diferente, una civil y otra administrativa, sino que toda la normativa sobre la superficie, se encuentre en el texto legal que se encuentre, es civil. De hecho, la Ley del Suelo de 2007 y el Texto Refundido de 2008 zanjaron la polémica al extender su ámbito de aplicación a todo el suelo nacional, rural o urbanizado, y no se limitan a los terrenos sometidos a los planes de ordenación<sup>20</sup>.



#### IV. DERECHO DE SUPERFICIE URBANA ENTRE PARTICULARES. FORMA E INSCRIPCIÓN

El Derecho de superficie urbano no es más que uno. Sin embargo, atendiendo al artículo 53 del TR de 2015 nos encontramos que se exige para la constitución de la servidumbre urbana: «*El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie*». En esta misma línea la STS de 26 de noviembre de 2002 señala:

«Como señalan las SSTs de 4 de julio de 1928; 1 de febrero de 1979; 15 de junio de 1984, 27 de marzo de 2001, el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio *“aedificum solo cedit”* consagrado en el artículo 358 del Código Civil, ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por lo que para que se reconozca su existencia es menester que esta se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo».

Es una cuestión controvertida y dudosa si estos requisitos de forma son o no aplicables al derecho de superficie urbana constituido entre particulares<sup>21</sup>.

Para exponer nuestra posición vamos a distinguir entre la escritura pública y la inscripción en el Registro.

##### 1. LA ESCRITURA PÚBLICA

El artículo 53.2 TR exige necesariamente la formalización del derecho de superficie en escritura pública como un requisito para la validez y eficacia de este derecho. La forma es un requisito *ad solemnitatem* o como ha señalado TORRES LANA «*ad validitatem*», que se acumula junto a la inscripción registral<sup>22</sup>. Este mismo requisito de forma ha de ser observado por las Administraciones públicas cuando adjudican el derecho mediante concurso o cualquier otro procedimiento.

Se ha discutido, ya desde la regulación de la superficie en el TR de 1992, la posibilidad de que se pueda utilizar como título otro tipo de documento siempre que tenga el carácter de auténtico. Concretamente una Sentencia judicial firme, cuando la constitución del derecho de superficie no se realice mediante negocio jurídico. Es dudoso en la doctrina y parece que dados los términos de la norma no sería posible sino que habría que reconducir el negocio entre las partes a otra figura pero nunca a un negocio constitutivo del derecho de superficie<sup>23</sup>.

No obstante, debe tenerse en cuenta que estos datos deben aplicarse, como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243):

«que no requiere su necesaria constitución por medio de escritura pública, o sea a modo «*ad solemnitatem*», salvo en supuestos concretos que así se establezcan como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las



reglas generales que al respecto establecen los artículos 1278, 1279 y 1280 del Código Civil y, por tanto, por el principio espiritualista de la libertad de contratación».

En igual sentido, STSJ Galicia de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 4624); y más explícita, la STAP de Toledo de 7 de enero de 1998 (AC 1998, 135):

*«El artículo 16 del Reglamento Hipotecario ha sido interpretado por cierto sector doctrinal y jurisprudencial en el sentido de requerir para la válida existencia de todo derecho de superficie, como requisito ad solemnitatem, su constitución en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, pudiéndose citar en este sentido la Sentencia de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979, 420), para la que la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro está ordenada como constitutiva por dicho precepto. Para otros autores, en cambio, el artículo 16 del Reglamento Hipotecario incurre en un exceso reglamentario que le hace caer en la ilegalidad, pues por su rango normativo no puede modificar el principio de libertad de forma contractual que en nuestro Derecho sanciona una norma jerárquica superior, como son los artículos 1278 y 1280 del Código Civil. En esta línea se coloca la Sentencia de 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243) que niega la exigencia de escritura pública para la superficie no sometida a la legislación urbanística».*

Recientemente, y de forma clara, el TS se ha manifestado sobre la no necesidad de escritura para la constitución de derecho de superficie entre particulares. Así, STS de 10 de diciembre de 2013 (RJ 2014,355):

*«El artículo 172.2 del Real Decreto 1346, 1976, de 9 de abril (RCL 1976, 1192), por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aplicable por razones temporales, establecía que «[l]a constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».*

La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto. La Sentencia de esta Sala núm. 1110, 2002, de 26 de noviembre, profundizando en la línea antiformalista marcada por las Sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243) para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad «urbanística» del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la «urbana común o clásica», que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello,

consideraba la Sala en esa Sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el Tribunal Supremo no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil».

## 2. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD

La observancia de forma en documento público en el ámbito de la legislación urbanística se une a la exigencia de inscripción registral del derecho de superficie como requisito constitutivo y, por tanto, de validez del derecho. ¿Puede extenderse este requisito a los demás tipos de derecho de superficie? Una parte de la doctrina considera que debe aplicarse la normativa de la Ley del Suelo a la superficie urbana y, por tanto, la inscripción sería constitutiva también para la superficie entre particulares sin acogerse a la legislación urbanística. Sin embargo, si hemos afirmado anteriormente que no es necesaria una forma pública entre particulares para la constitución del derecho real de superficie, tampoco es posible hablar de inscripción constitutiva. Si el particular decide inscribir, como han señalado DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN permitirá que el derecho real sea público y oponible frente a cualquier tercero, pero se habrá constituido por la teoría del título y modo que rige en los derechos reales<sup>24</sup>.

La inscripción del derecho de superficie, como la de todo derecho real limitado, ha de realizarse en el folio correspondiente al del suelo. Pero, también es conveniente, dada la autonomía de este derecho y la concesión de un derecho de propiedad sobre el objeto superficiario, que se abra también folio nuevo aparte e independientemente reflejando ese nuevo derecho<sup>25</sup>. Así, la RDGRN de 15 de febrero de 2012 (*RJ* 2012, 5948) al señalar:

«No existe, en consecuencia, razón alguna que impida la apertura de folio independiente a la porción afectada por este derecho existiendo razones jurídicas y económicas suficientes para ello. Las necesidades de las relaciones económicas exigen que sea reconocida, como posible objeto autónomo de derechos reales —y que, por tanto, pueda abrir folio registral—, la unidad inmobiliaria que, aunque está formada por determinada porción de una finca, es susceptible de aprovechamiento autónomo.

Como señaló la Resolución de 27 de octubre de 1947 (*RJ* 1947, 1480), «el derecho a tener una construcción en predio ajeno, reviste el carácter de finca en virtud de una ficción legal, cuya inscripción en el Registro de la Propiedad deberá practicarse no solo en las hojas

destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes, posee aptitud para servir de base al crédito y ser objeto del tráfico y es transmisible “*intervivos*” y “*mortis causa*” por lo que para algunos escritores viene a constituir una especie de propiedad que coexiste o se superpone a la de la tierra».

*La apertura de ese folio debe respetar las normas fundamentales que rigen el régimen inmobiliario registral. Por ello debe ajustarse a los siguientes criterios, ya apuntados anteriormente por este Centro Directivo (cfr. la Resolución de 13 de mayo de 1987 [RJ 1987, 3855]): a) el derecho de propiedad sobre un terreno comprende, en principio todas las facultades posibles sobre el volumen delimitado por la proyección vertical, hacia arriba y hacia abajo, de los linderos de una porción de la superficie terrestre (cfr. arts. 348 y 350 del Código Civil); b) el derecho de propiedad es compatible con la constitución de derechos reales de otros sobre el mismo objeto. Esta constitución determina una «modificación» de la propiedad; el derecho de propiedad sufre entonces, la restricción y tensión que la modificación —temporal o perpetua— implique y, desaparecida la modificación, volverá el derecho de propiedad a su contenido normal; y, c) el Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca, al volumen delimitado por cada porción de terreno (cfr. art. 243 de la Ley Hipotecaria). Es en este Registro particular donde ha de constar el dominio —la primera inscripción será de dominio (art. 7 de la Ley Hipotecaria)— y, también «cualquier carga o limitación del dominio» en que consista la concreta modificación de la propiedad —cfr. artículos 13 y 243 de la Ley Hipotecaria—.*

*Estas ideas básicas exigen que se abra folio autónomo a la unidad material —de suelo o de edificación— que resulta ser objeto unitario de un derecho de contenido hasta cierto punto análogo al dominio útil. Pero, a la vez, es innecesario que la formación de la nueva finca deba estar precedida de segregación en sentido estricto de la finca constituida por el inmueble sobre cuya porción se constituye el derecho, o que la nueva finca sea en verdad totalmente independiente de esta otra finca originaria. Por el contrario, en el folio de la finca en la que figura la edificación sobre la que recae el derecho constituido —la nave, en el presente caso— debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (sin mermas sectoriales), si bien debe expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre dicha unidad. En resumen, no hay propiamente segregación, sino afectación de determinada parte de la finca (la cubierta de la nave); y el nuevo folio sirve para completar el historial de las limitaciones que sufre el dominio de esa finca originaria». En igual sentido, anteriormente, RDGRN de 27 de octubre de 1947 (RJ 1947, 1480).*

Más gráficamente, la STAP de Madrid, sección 18, de 23 de julio de 2008 (AC 2008, 1887) explica contundentemente el «carácter no constitutivo de la inscripción registral, a los efectos de validez del derecho de superficie, ha de tenerse en cuenta que por el TS, en Sentencia entre otras de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935), estableció, que «el derecho de superficie en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una excepción al principio aedificium solo cedit, consagrado en el artículo 358 del Código Civil (LEG 1889, 27), ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por lo que para que

*se reconozca su existencia es menester que esta se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo. Por tanto, no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil, según el cual, la eficacia de los contratos no depende de sus formas externas, sino de la concurrencia de las condiciones necesarias que para la validez de los mismos establece el artículo 1261 del mismo Cuerpo legal, salvo que se trate de contratos estrictamente formales, en los que el requisito de forma es exigible ad substantiam y no solamente ad probationem. En lo que se refiere a la institución que nos ocupa, aún cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de numerus apertus, en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados. Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo (RCL 1956, 773, 867), si bien tanto en la redacción originaria de la misma, como en las posteriores siempre se aludió a la posibilidad de que tal derecho fuese constituido también por simples particulares, sin necesidad de que estos actuaran animados por la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, como expresamente recuerda el texto actual de aquella Ley (...). Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa, debiendo resaltarse en cuanto se refiere a la contenida en la Ley del Suelo».*

En el ámbito de la superficie rústica, el artículo 3 de la Ley de Montes Vecinales, exige escritura pública e inscripción, pero no a efectos de validez sino a efectos de eficacia del derecho de superficie. Esto implica, una diferencia importante frente a la regulación de la superficie urbana, puesto que la inscripción no es un requisito de constitución del derecho real de superficie, sino que es solamente un requisito a efectos de oponibilidad del derecho de superficie frente a los terceros. De ahí, la ST Tribunal Superior de Justicia de Galicia, Sala de lo Civil y Penal, de 29 de abril de 1999 (RJ 1999, 4624):

*«...la constitución de este derecho se formalizará en escritura, que habrá inscribirse en el Registro de la Propiedad, no se aparta en su redacción de los términos categóricos empleados en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 5, 1980, de 11 de noviembre... de Montes Vecinales y Mano Común al expresar este que el derecho de superficie se constituirá necesariamente en escritura pública que, como requisito imprescindible para su eficacia habrá de inscribirse en el Registro de la Propiedad... como requisito constitutivo de su eficacia».*

## V. CONCLUSIONES

De todo lo expuesto hasta aquí podemos afirmar que:

I. El derecho de superficie es un derecho real de goce o disfrute por el que su titular, el superficiario tiene la facultad de usar un suelo ajeno para edificar

o plantar en él, haciendo suyo lo edificado o plantado (propiedad superficiaria) durante el plazo legal establecido o pactado por las partes.

II. El derecho de superficie puede ser urbano, cuando se trata de edificar y rústico cuando se trata de plantar o sembrar.

III. El derecho de superficie urbana es único, si bien, según los sujetos intervinientes puede constituirse conforme a la normativa de la legislación del Suelo, observando forma en escritura pública e inscripción registral constitutiva; o, puede constituirse conforme a la libertad de forma del Código Civil artículo 1278, sin necesidad de inscripción.

IV. El derecho de superficie rústica la inscripción no es constitutiva. Rige el principio general de inscripción declarativa y la publicidad del Registro otorga oponibilidad como ocurre en la superficie urbana no sometida a la forma de la Ley del Suelo.

## ÍNDICE RESOLUCIONES CITADAS

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS de 3 de julio de 1941 (*RJ* 1941, 892)
- SSTs de 1 de febrero de 1979 (*RJ* 1979, 420)
- STS de 15 de junio de 1984 (*RJ* 1984, 3243)
- STS de 6 de octubre de 1987 (*RJ* 1987, 6720)
- STS de 4 de febrero de 1993, (Sala 4.ª), *RJ* 1993, (1993, 782)
- STS de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 2888)
- STS de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083)
- STS de 26 de noviembre de 2002 (*RJ* 2002, 9935)
- STS de 30 de junio de 2009 (*RJ* 2009, 5563)
- STS de 10 de diciembre de 2013 (*RJ* 2013, 355)

### SENTENCIAS DE TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

- STTSJ Galicia de 29 de abril de 1999 (*RJ* 1999, 4624)
- STTSJ de Madrid, (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2.ª) Sentencia núm. 829, 2003 de 10 de junio. (*RJCA* 2004, 4)

### SENTENCIAS AUDIENCIAS PROVINCIALES

- STAP de Toledo de 7 de enero de 1998 (*AC* 1998, 135):
- STAP de Pontevedra, sección 1, de 14 de diciembre de 1998 (*AC* 1998, 2507)
- STAP de Valencia, sección 9.ª, de 13 de octubre de 1999 (*AC* 1999, 8928)
- STAP de Granada, sección 3.ª, de 29 de marzo de 2003 (*AC* 2003, 111)
- SSTAP de Málaga, sección 6, de 22 de junio de 2005 (*JUR* 2005, 234849)
- STAP de Madrid, sección 18, de 23 de julio de 2008 (*AC* 2008, 1887)

### RESOLUCIONES DIRECCIÓN GENERAL DE REGISTROS Y DEL NOTARIADO

- RDGRN de 27 de octubre de 1947 (*RJ* 1947, 1480)

- RDGRN de 15 de febrero de 2012 (RJ 2012, 5948)

## BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2009). Superficie, sobreedificación y subedificación. Coord. A.E. Humero Martín, *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, vol. III, Madrid-Pamplona, Civitas-Thomson-Reuters, pp. 345-370.
- DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2009). El nuevo derecho de superficie, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 712, pp. 669-694.
- (1995). *El derecho de superficie urbana*, Edit. Colegio de Registradores, Madrid.
- DÍEZ PICAZO, L. (2012). *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*, VI, Madrid, Edit. Civitas-Thomson Reuters.
- DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001). *Sistema de Derecho civil. Derecho de cosas*, III, 7.ª ed., Madrid, Tecnos.
- GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1948). El derecho de superficie. En *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015). Comentario al artículo 40, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3.ª ed., Madrid-Pamplona, Aranzadi-Reuters.
- LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008). *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, IV, 8.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Edit. Marcial Pons.
- TORRES LANA, J.A. (2008). *Legislación estatal del Suelo y Derecho civil*, Aranzadi, Pamplona.
- VILALTA NICUESA, E.A. (2008). *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona, Editorial Bosch.

## NOTAS

<sup>1</sup> La doctrina suele definir en estos términos el derecho de superficie, incluyendo tanto la urbana como rústica.

<sup>2</sup> Vid. por todos DÍEZ-PICAZO, L., GULLÓN BALLESTEROS, A. (2001): *Sistema de Derecho civil. Derecho de cosas*, III, 7.ª ed., Madrid, Tecnos, p. 417.

<sup>3</sup> Como señala VILALTA NICUESA, E.A. (2008). *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona, Editorial Bosch, p. 15: «el derecho de superficie ha propiciado desde el nacer de los tiempos la conjugación de intereses muy diversos pero convergentes en su objeto al brindar a los individuos un mecanismo de conciliación de la iniciativa económica privada de unos, con el mantenimiento de la titularidad de la propiedad del suelo por parte de otros. Constituye un instrumento óptimo de estímulo en la circulación de derechos inmobiliarios». La superficie urbana busca básicamente facilitar la edificación suprimiendo costes; la rústica permite la cesión de suelo rústico para aprovechamiento forestal y silvoforestal.

<sup>4</sup> Es más. Algunos autores hablan de la existencia del derecho de superficie en Babilonia o en Egipto. Vid. VILALTA NICUESA, E.A., *op. cit.*, p. 22.

<sup>5</sup> Este Real Decreto aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana.

<sup>6</sup> Un estudio detallado de esta normativa puede verse en ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2009). Superficie, sobreedificación y subedificación. Coord. A.E. Humero Martín, *Tratado técnico-jurídico de la edificación y del urbanismo*, vol. III, Madrid-Pamplona, Civitas-Thomson-Reuters, pp. 345-370.

<sup>7</sup> Leyes 430-442 del Fuero Nuevo de Navarra y artículos 564-1 y sigs., del Código Civil de Cataluña, Libro III sobre Derechos Reales de 2006.



<sup>8</sup> Vid. También, SSTs de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979, 420); 6 de octubre de 1987 (RJ 1987, 6720); 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002, 9935); SSTAP de Málaga, sección 6, de 22 de junio de 2005 (JUR 2005, 234849); AP de Madrid, sección 18.ª, de 23 de julio de 2008 (AC 2008, 1887).

<sup>9</sup> El artículo 1611 es un precepto sobre los censos constituidos antes de la promulgación del Código y, en él, se preveía su posibilidad de redención. En su párrafo 3.º alude, sin más, al derecho de superficie junto a los foros, subforos y «otros gravámenes análogos», para establecer la no aplicación de la normativa sobre redención de censos. De esta regulación, lo único que se puede deducir es, de una parte, la asimilación de la superficie a los gravámenes o derechos reales que dividen el dominio (Así parece deducirse de la Base 26 de la ley de bases del Código Civil de 11 de mayo de 1888 cuando señalaba en su parte final: «Una ley especial desarrollará el principio de 1 (a reunión de los dominios en los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble»); y, de otra, la remisión a una normativa especial en cuanto a su regulación.

<sup>10</sup> La doctrina consideró que el artículo 1655 también era aplicable al derecho de superficie y que hacía referencia indirecta a él, al recoger en los mismos términos la expresión del artículo 1611,3.º si bien sin mencionar en ningún momento al derecho de superficie, puesto que solo habla de «foros y otros gravámenes de naturaleza análoga». Este artículo 1655 establece la asimilación de estas figuras, sin regulación legal concreta, a otras figuras típicas reguladas en el Código, para lo cual atiende a la duración de tales derechos.

Ya señalaba en este sentido, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J. (1948) El derecho de superficie. En *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, II, Madrid, 1948, p. 221, que el derecho de superficie podía considerarse como un derecho real atípico, por ser la mención del artículo 1611 un mero epítafio.

<sup>11</sup> En este mismo sentido ya se manifestó antes la STS de 4 de julio de 1928.

<sup>12</sup> La consideración del derecho de superficie como arrendamiento es problemático. De hecho la jurisprudencia habla de arriendo superficiario como contrato complejo donde junto a las prestaciones del arrendamiento se da al arrendatario el poder del superficiario. Pueden verse en este sentido, las SSTs de 3 de julio de 1941 o de 5 de enero de 1967. En este punto, Díez Pícazo, L. (2012) *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial. Derechos reales*, VI, Madrid, Edit. Civitas-Thomson Reuters, pp. 330-336, para quien los arrendamientos *ad meliorandum* o superficiarios se caracterizan como contratos donde el arrendatario asume como obligación principal mejorar la finca, dotándola de mejores condiciones o bien construyendo, y el precio se sustituye total o parcialmente por esa obligación. En estos arrendamientos, se transmite al arrendador la propiedad de los edificios o de lo mejorado sin que haya habido precio, una vez que se da el plazo convenido entre las partes. El uso de lo arrendado no es más que una consecuencia del propósito de realizar la futura mejora o construcción. De esto puede decirse que es una figura compleja y atípica a la que no se aplica la normativa de los arrendamientos.

No obstante, puede verse una aplicación reciente de la normativa del arrendamiento al derecho de superficie en la STAP Pontevedra, sección 1, de 14 de diciembre de 1998 (AC 1998, 2507):

«El presupuesto jurídico lo constituye el artículo 1655.2 del Código Civil; según este precepto los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean temporales o por tiempo limitado (cual aquí ocurre) se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato. La doctrina está de acuerdo en que aunque el derecho de superficie (que regula el artículo 16.1.º del Regl. Hipotecario [RCL 1947, 476, 642 y NDL 18733]) no se menciona en el artículo 1655, debe entenderse referido al mismo en cuanto que se trata de un gravamen análogo a los allí mencionados, porque la propiedad queda como dividida entre el propietario del suelo y el del vuelo o subsuelo. Tal remisión nos lleva, entonces, a aplicar a este caso las normas del contrato de arrendamiento y en particular a lo dispuesto en el artículo 1555.2.º que impone al arrendatario la obligación específica de usar la cosa arrendada... destinándola al uso pactado. No solo el dar a la cosa destino diverso del pactado, sino también el no uso es incumplimiento contractual, y ello porque la ley tiene en cuenta que aquella falta de uso es



*perjudicial para los bienes en la medida que pierden cuando no son dedicados al goce propio de su naturaleza, además que la total inactividad los deja fuera de la acción de vigilancia y cuidado de la persona que debe explotarlo. Implícitamente —dice la doctrina— la ley obliga al arrendatario —en este caso al cesionario— a ocupar las cosas cuyo uso adquieren, sin que les sea permitido abandonarlos porque el no uso puede ser perjudicial al propietario. Esta obligación y las consecuencias de su incumplimiento, son, por la remisión que hace el artículo 1655.2 del Código Civil, trasladables al cesionario que recibe el derecho de superficie con el pacto de destinar la ocupación del mismo a la instalación de un taller metalúrgico. La inactividad del cesionario, la patente falta de utilización de la superficie cedida para el fin previsto, coloca al cesionario en flagrante incumplimiento de uno de sus deberes contractuales. La resolución postulada en la demanda debe prosperar».*

<sup>13</sup> Así, TORRES LANA, J.A. (2008), *Legislación estatal del Suelo y Derecho civil*, Aranzadi, Pamplona, p. 82 señala que el desapego legislativo trajo como consecuencia el escaso desarraigo de la figura en la práctica, sin que exista vinculación entre derecho de superficie y vivienda hasta la Ley del Suelo de 1956. Como han señalado DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, la aplicación analógica de las normas de la enfiteusis a la superficie es tan complicada que se ha llegado a dejar la figura totalmente inútil, al nacer ya muerta, *Vid. Sistema de Derecho Civil*, III, *cit.*, p. 418.

<sup>14</sup> Desde 1956, en las distintas Leyes del Suelo aparece el derecho de superficie. Así, se vuelve a regular en la Ley de 2 de mayo de 1975 (TR aprobado por Decreto de 9 de abril de 1976). También en la ley de 25 de julio de 1990 así como en el RDlegisl. 1/1992 de 26 de junio de 1992 que aprueba el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y ordenación urbana en los artículos 287 a 290. Esta última podemos decir que ha sido la regulación más completa e importante del derecho de superficie en el ámbito urbano y se ha aplicado hasta su derogación con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (arts. 35 y 36). La ley de 2007 justifica la derogación de la normativa anterior, en lo relativo al derecho de superficie, por la necesidad de actualizar la regulación, ya deficiente, y favorecer «la operatividad del derecho para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario». Este texto actualmente ha desaparecido por la refundición normativa que se produce mediante el Real Decreto Legislativo 2, 2008, de 20 de junio que aprueba el Texto refundido de la ley del suelo. Finalmente, vuelve a repetirse la misma regulación en la Ley del Suelo actual el Real Decreto Legislativo 7, 2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, artículos 53-54.

<sup>15</sup> Como ha señalado LASARTE ÁLVAREZ, C. (2011): *Derechos reales. Propiedad*, IV, Madrid, pp. 345-346, si en un principio el legislador tendía a la unidad de dominio y a la extinción de este tipo de derechos, las consecuencias de la II Guerra mundial provocaron la necesidad de volver a la utilización de la figura en toda Europa para regenerar tanto la vivienda en las ciudades como el tejido agrícola, de ahí que comenzaran a actualizarse las normativas de los distintos países sobre el Derecho de superficie.

<sup>16</sup> La propia Exposición de Motivos de la Ley de 1956 destacaba esa labor de actualización normativa al señalar: «El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos de reserva, el aumento del valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades pública y por particulares».

<sup>17</sup> Según el TS en esta STS de 30 de junio de 2009 (RJ 2009, 5563): «El titular del derecho real de superficie no es propietario del terreno ...la concepción tradicional que asimilaba el derecho de superficie a los derechos censarios ha sido superada, y el derecho de superficie no solo es un derecho real con autonomía y sustantividad propia sino que además su estructura es claramente diferente de la del censo enfiteutico, pues si en ambos hay un doble dominio, el dominio dividido del censo enfiteutico (dominio directo del constituyente y útil del enfiteuta) recae sobre el mismo y único objeto, la finca, en cambio en el derecho de superficie hay dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos, la que recae sobre la finca que corresponde en exclusiva (a diferencia del derecho de vuelo

que hay cotitularidad) al concedente (constituyente del gravamen real), y la que recae sobre la edificación (o en su caso, plantación), que constituye la propiedad superficiaria (claudicante, en cuanto de duración temporal); y, como consecuencia, el concedente conserva como propietario de la finca todos los derechos del dueño que sean de posible utilización y no incompatibles, en cada caso, con la superficie. Dicha estructura del derecho de superficie se recoge en la legislación del Suelo (arts. 40 y sigs. TRRD Leg. 2, 2008, 23 de diciembre) y Legislación de Cataluña (art. 564-1, 2.º Ley 5, 2006, de 10 de mayo) y Navarra (leyes 430 y 434 Ley 1, 1973, de 1 de marzo).

<sup>18</sup> Este precepto no gozó de especial atención por la doctrina ni por la misma jurisprudencia. Como ha señalado LASARTE ÁLVAREZ, C. (2008): *Propiedad y derechos reales de goce. Principios de Derecho Civil*, IV, 8.ª ed., Madrid-Barcelona-Buenos Aires, Edit. Marcial Pons, p. 345, la Dirección General de Registros y del Notariado no hizo mención de él a partir de 1908, ni alude a la propiedad separada del superficiario conforme a dicho precepto.

<sup>19</sup> La regulación legal no es completa, por lo que el propio artículo 53.4 del TR prevé la aplicación de la legislación civil y del pacto en lo no previsto en la Ley. Sobre la legislación civil, ya hemos visto, su escasez y poca adaptabilidad, y lo mismo ocurre en el ámbito hipotecario. De ahí la importancia de la autonomía de la voluntad a la hora de configurar este derecho.

<sup>20</sup> En este sentido se manifiestan, TORRES LANA, J.A.: *Legislación...*, cit., pp. 81 y sigs. En contra DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (2009): El nuevo derecho de superficie, *RCDI*, núm. 712, p. 685 quien atribuye este carácter a la regulación del derecho de superficie por las CCAA; Díez-PICAZO, *Fundamento...*, VI, cit., p. 328.

<sup>21</sup> El artículo 16 del RH recogía también la necesidad de inscripción en el Registro del derecho de superficie pero fue declarado nulo en su párrafo 16.2.c) por la STS de 24 de febrero de 2000 (*RJ* 2000, 2888) y, posteriormente, se declaró nulo el párrafo 16.1.º y 16.2.º b por la STS de 31 de enero de 2001 (*RJ* 2001, 1083).

<sup>22</sup> TORRES LANA, J.A.: *op. cit.*, p. 92, señala como la forma no es un mero requisito que se derive de la necesidad de inscripción sino un requisito para la formalización válida del propio derecho de superficie.

<sup>23</sup> En este sentido, TORRES LANA, J.A.: *Legislación...*, cit., p. 93. En contra, admitiendo otro tipo de títulos auténticos, GONZÁLEZ PÉREZ, J. (2015): Comentario al artículo 40, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, 3.ª ed., Madrid-Pamplona, Aranzadi-Reuters, P.

<sup>24</sup> Es la postura mayoritaria por la doctrina urbanística, no así en la jurisprudencia ni en la doctrina civil. Así, Díez-PICAZO Y GULLÓN (2001): *Sistema...*, III, cit., p. 419 quienes defienden la aplicación de la teoría del título y el modo para la constitución del derecho de superficie como derecho real, siendo la inscripción un mero requisito de publicidad y de oponibilidad del derecho a tercer. La jurisprudencia, por el contrario, ha negado esta conclusión para la superficie urbana y la rústica defendiéndola sola para la superficie urbanística. Así, SSTS de 1 de febrero de 1979 o 6 de octubre de 1987.

<sup>25</sup> Este ha sido un tema muy discutido, para lo que puede verse el trabajo de DE LA IGLESIA MONJE, M.I. (1995): *El derecho de superficie urbana*, Edit. Colegio de Registradores, Madrid, pp. 302 y sigs. donde expone la situación doctrinal sobre el tema.