

1.3. Derechos Reales

Acerca del derecho de superficie urbano y sus «modalidades»

About the right of building and its forms

por

MARÍA GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA

Profesora Titular (acreditada) de Derecho civil, Universidad Francisco de Vitoria

RESUMEN: En este trabajo se pretende abordar uno de los aspectos más controvertidos en relación con el derecho de superficie urbana, tratando de aclarar la vieja cuestión que todavía hoy en día genera algún tipo de discusión doctrinal acerca de su unidad o dualidad de formas. Es decir, pretendemos aclarar si persiste o no la dualidad normativa y de «clases» de superficie urbana que tradicionalmente se había admitido: una regida por el Código Civil y otra por la Ley del Suelo recientemente reformada. Para ello se va a analizar cómo tanto la doctrina como la jurisprudencia han argumentado a favor y en contra de la existencia de una o dos modalidades de derecho de superficie urbano; y aunque parece que mayoritariamente debe darse por superada la tesis dualista, conviene reflexionar si esto es así al hilo de la jurisprudencia más actual.

ABSTRACT: This paper aims to address one of the most controversial in relation to the right of urban surface, trying to clear the old question that still today generates some kind of doctrinal discussion about unity or duality of forms aspects. That is, we aim to clarify whether or not the rules persists and «classes» of urban area traditionally had admitted duality: «civil» surface right, or the «urban» surface right. To do so is to analyse how both doctrine and jurisprudence have argued for and against the existence of one or two types of surface right; and although it seems that majority should give overcome the dualist thesis, we should consider whether this is so in line with the most recent case law.

PALABRAS CLAVE: Derecho de superficie. Derechos reales. *Numerus apertus*. Inscripción constitutiva.

KEY WORDS: Surface rights. Property rights. *Numerus apertus*. Constitutive registration.

SUMARIO: I. EL DERECHO DE SUPERFICIE: REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN.—II. LAS DISTINTAS CLASES DE DERECHO DE SUPERFICIE URBANA: LA «NORMAL» Y LA «URBANÍSTICA» VERSUS UN ÚNICO DERECHO DE SUPERFICIE: 1. El derecho de superficie urbano «normal» y el «urbanístico». 1.1. *Derecho de superficie «normal»*. 1.2. *El derecho de superficie «urbanístico»*.

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE CADA TESIS.—III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSIBLE DUALIDAD DE DERECHOS DE SUPERFICIE URBANA.—IV. CONCLUSIONES.—V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.—VI. BIBLIOGRAFÍA

I. EL DERECHO DE SUPERFICIE: REGULACIÓN Y EVOLUCIÓN

El viejo principio romano de *superficie solo cedit* ha evolucionado muchísimo y aunque sigue teniendo una importancia considerable en nuestro ordenamiento, le ha ganado la partida, precisamente, su excepción más llamativa: el derecho real de superficie.

En efecto, la posibilidad de separar la utilización del vuelo (o subsuelo) a favor de otra persona distinta del dueño del suelo sobre el que recae, sin que este pueda hacer suyo lo allí construido, sembrado o plantado, es realmente una regresión de dicho principio.

El derecho de superficie urbana se sitúa como la facultad que el dueño del suelo concede a otra persona de construir en ese suelo ajeno adquiriendo la propiedad de lo construido, si bien durante un tiempo limitado, transcurrido el cual, la construcción reverte al dueño del suelo, que pasa a ser propietario definitivo de esa construcción.

Este derecho de superficie urbana no aparece expresamente regulado en el Código Civil, sino solo de forma indirecta, mencionado al tratar de los censos (1611 del Código Civil), o incluido y deducido del 1655 del Código Civil como figura análoga a los foros y censos. Sin embargo, esta falta de regulación legal inicial clara no ha supuesto obstáculo alguno para su admisión y consolidación como un verdadero derecho real de goce, con duración limitada en el tiempo, admitido por la jurisprudencia sin problemas. Figura de confirmación legal, tras su regulación expresa en la Ley del Suelo de 1956 que, en su artículo 157, se refería al derecho de superficie como recurso que se podía utilizar para la construcción de viviendas determinadas en los planes de ordenación¹, exigiendo forma pública e inscripción constitutiva para el derecho de superficie en ella expresamente regulado, que es el constituido sobre suelos sometidos a planes de ordenación².

Mas tarde, el Reglamento Hipotecario de 1959 recogió, ya de forma expresa, los requisitos de la inscripción del derecho de superficie urbana en el Registro de la Propiedad, en el artículo 16 RH, con diferencias importantes, por ejemplo con respecto al plazo, respecto de la Ley del Suelo 1956, pues esta ley establecía un plazo máximo de duración del derecho de superficie sobre fincas pertenecientes al Estado o entidades públicas de 50 años, mientras que no existía limitación de plazo en los derechos de superficie sobre fincas particulares (art. 161 LS); mientras que el Reglamento Hipotecario asumió esa misma duración para el derecho de superficie con independencia de quien fuera su concedente.

A partir de ahí, el derecho de superficie ya está contemplado de forma expresa en la legislación, si bien, ha sido regulado por las sucesivas leyes del suelo que han ido delimitando sus requisitos, sin que en el Código Civil o legislación hipotecaria se haya añadido alguna referencia mas a este derecho. Lo que dio pie a considerar la existencia de dos derechos de superficie diferentes, el regulado en la Ley del Suelo, con fines de intervención en el mercado del suelo y sobre suelos públicos, al que se refiere expresamente la Ley, y el regulado por el Código Civil y RH, para particulares, surgiendo la tesis dualista, o de dualidad de derechos de superficie.

De este modo, la Ley del Suelo 1992 (Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana) también reguló el derecho de superficie, en el artículo 287³, aunque al igual que la anterior no lo definió, y lo otorgaba como «instrumento de intervención en el mercado del suelo» para posibilitar la construcción de viviendas sujetas a un régimen de protección pública o a otros usos de interés social, sobre fincas propiedad de las entidades públicas, o sin limitación de destino cuando se otorgaba dicha posibilidad sobre fincas propiedad de personas particulares, diferenciando, por tanto, y claramente en función del tipo del concedente (personas públicas o particulares).

De este modo, esa dualidad de posibles regulaciones, —el del Código Civil y el RH por una parte, y la Ley del Suelo, por otra, que contempla el derecho de superficie solo con fines de función pública—, lleva a la consideración ya general y extendida de que caben dos tipos diferenciados de derecho de superficie urbana: el urbanístico, y el normal, con características propias.

Después, la Ley sobre Régimen del Suelo y Valoraciones (LRSV) de 1998, afirmó expresamente la vigencia de los artículos 287.2 y 3, 288.2 y 3, y 289 de la Ley del Suelo 1992, en su disposición derogatoria única, que tras la STC 61/1997 de 20 de marzo, habían quedado señalados.

En efecto, la STC 61/1997 declaró inconstitucionales y nulos los artículos 278.1, 288.1 y el 290 de la LS 1992, por entender que las competencias en materia urbanística estaban reservadas a las CCAA y que por lo tanto no podían ser objeto de regulación estatal, quedando reservadas estas materias, en virtud del 149.1.3 a las Comunidades Autónomas. De esta forma, y como luego volveremos, quedaban sin efecto los párrafos correspondientes a la posibilidad de utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención de las entidades públicas, en el suelo, permaneciendo su posible utilización a favor de los particulares, pues como la propia sentencia del TC citada afirmaba: «desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.^º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado; y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna».

A partir de esta importante sentencia del TC parece claro que la vigencia de las normas relativas al derecho de superficie en la Ley del Suelo no contravienen el sistema competencial, porque son normas de Derecho civil, materia que queda reservada al Estado. Luego si esto es así, el derecho de superficie, a pesar de estar regulado en la LS, y con fines de ordenación urbana, no es materia urbanística, sino civil, impidiendo de este modo mantener la posible cohabitación de dos derechos de superficie urbana: el urbanístico, regulado en la LS, como «instrumento de intervención en el mercado», y el «normal» al que se refiere indirectamente el Código Civil y el RH. La tesis dualista se pone en tela de juicio con esta sentencia, y empieza a predominar la visión unitaria del derecho de superficie.

La Ley 8/2007, de 20 de mayo de Suelo (LS de 2007) definió por primera vez el derecho de superficie y modificó sustancialmente su contenido, introduciendo importantes novedades, entre las cuales destaca el que ya no se hace distinción de duración del derecho según los distintos propietarios del suelo sobre los que se establece. Es decir, se unifica el plazo máximo de duración legal a 99 años con independencia de que se constituya por entidades públicas o por personas particulares; además se permitió un derecho de superficie sobre rasante, vuelo y

subsuelo y sobre construcciones ya hechas, o sobre elementos privativos en propiedad horizontal; corrobora sin dudas su inscripción constitutiva, lo considera como un derecho que atribuye «la propiedad» temporal a su titular, desterrando su semejanza a los censos, etc... (arts. 35 y 36 LS 2007)⁴. Además, por primera vez, el artículo 35.4 LS establece que el derecho de superficie se rige por las disposiciones de esa Ley, por la legislación civil en lo no previsto por aquella y por lo previsto en su título normativo, delimitando el sistema legal de fuentes, y unificando el mismo, de forma que parece que el derecho de superficie a partir da hora tiene un único régimen legal.

Fue a partir de esta Ley cuando se empieza a cuestionar la llamada tesis dualista, afirmando la doctrina, como luego veremos, que ya no cabe sostener la existencia de dos derechos de superficie distintos sometidos a dos regulaciones diferentes, pues la Ley establece claramente que todo derecho de superficie se rige por la Ley del Suelo, subsidiariamente por el del Código Civil y por su título constitutivo, no unos por un régimen y otros por otro, dando lugar a la denominada tesis unitaria.

Por último, tanto la reforma de 2008 (Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio) que modificó parcialmente la LS 2007, dando lugar a su texto refundido, como la reciente reforma de 2015, Real Decreto Legislativo 7/2015 de 30 de octubre de Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, han mantenido la literalidad de los artículos 35 y 36 LS 2007, si bien, trasladando su contenido a los artículos 40 y 41 y en la última reforma a los artículos 53 y 54.

¿Debe, entonces, a la luz de la evolución legislativa ponerse fin a la existencia de las dos modalidades de derecho de superficie urbana? ¿Hay que superar la tesis dualista?

Analicemos primero qué distingue una de otra modalidad, cuáles son sus diferencias, qué argumentos tienen una y otra a su favor, para poder concluir, después, si realmente hoy ya no deben existir tales asimetrías.

II. LAS DISTINTAS CLASES DE DERECHO DE SUPERFICIE URBANA: LA «NORMAL» Y LA «URBANÍSTICA» VERSUS UN ÚNICO DERECHO DE SUPERFICIE

Para los defensores de la tesis dualista⁵, existen dos tipos diferenciados de derecho de superficie: la superficie normal o civil y la superficie urbanística; mientras que los defensores de la tesis unitaria⁶ consideran que solo hay un modelo de derecho de superficie sin que quepa apreciar diferencias normativas o de requisitos entre ellas.

Vamos a exponer, en primer lugar, las posibles diferencias entre ambos derechos según la tesis dualista, para poder apreciar si son o no sustanciales, a la hora de defender una u otra tesis, y a continuación recogeremos los principales argumentos en defensa de una u otra tesis.

1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANO «NORMAL» Y EL «URBANÍSTICO»

1.1. *Derecho de superficie normal*

Se entiende que existe un derecho de superficie urbano «normal» o «civil» sobre todas aquellas fincas que no están sujetas a un plan de actuación ur-

banístico, establecido entre particulares, y sin ninguna finalidad de orden social, pública o de ordenación del territorio.

Este derecho de superficie, constituido siempre sobre suelo ajeno no sujeto a un plan de ordenación urbana y sobre suelo de un particular se encuentra regulado por el Código Civil (si es que los artículos que lo mencionan sirven para ello), y si se inscribe en el Registro de la Propiedad —en condicional, pues su inscripción no es constitutiva—, por lo dispuesto en el artículo 16 RH. No le afectaría, por tanto, lo dispuesto en la Ley del Suelo.

Se caracteriza por su constitución en virtud de un contrato de superficie entre los particulares, sin necesidad de escritura pública ni inscripción registral, tal y como confirmó la jurisprudencia del TS⁷. Su inscripción no es, entonces, constitutiva, naciendo el derecho entre las partes sin necesidad de aportarlo al folio registral.

Este derecho no tiene un plazo máximo legal previsto, sino que queda sometido a la voluntad de las partes, según lo establecido en su título constitutivo, pudiendo ser indefinido, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 1655 del Código Civil.

Puede constituirse a título oneroso o gratuito, estableciendo en su caso la contraprestación que ambas partes consideren.

Asimismo puede cederse, o transmitirse, y siempre según lo dispuesto en su título constitutivo.

El derecho de reversión a favor del dueño del suelo existe sin duda alguna, pues es requisito típico del derecho de superficie.

La autonomía de la voluntad de las partes es esencial en esta modalidad de derecho de superficie.

No obstante, si este derecho de superficie urbana «normal» se quiere inscribir en el Registro de la Propiedad, entonces debe adaptarse y cumplir los requisitos que establece el artículo 16 RH, a saber⁸:

- a) Plazo de duración del derecho de superficie de 50 años.
- b) Determinación del canon o contraprestación que se haya establecido.
- c) Plazo de construcción máximo, que no podrá exceder de 5 años.
- d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
- e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contra.

1.2. El derecho de superficie urbanístico

El derecho de superficie urbanístico, diferente del «normal», sería por el contrario aquel derecho de superficie que se establece sobre una finca que está sometida a un Plan de actuación urbanístico, y que por lo tanto debe regirse por la Ley del Suelo, con las especiales características que allí se recogen. Tiene siempre una finalidad o fin público, y se establece sobre suelo de propiedad pública.

De este modo, y fijándonos en la regulación actual del derecho de superficie en la Ley del Suelo, en sus artículos 53 y 54, las características de este derecho serían las siguientes:

- a) Se trata de un derecho de inscripción constitutiva, por lo tanto, si no se inscribe en el Registro, mediante la correspondiente escritura pública, el derecho no nace ni siquiera entre las partes.

- b) Es un negocio formal, con forma pública —escritura pública— *ad solemnitatem*.
- c) La duración máxima prevista para este derecho de superficie son 99 años (con independencia de quien sea su concedente y propietario del suelo).
- d) El derecho de superficie puede constituirse a título gratuito u oneroso, en cuyo caso la contraprestación puede ser una cantidad, un canon o la adjudicación de viviendas o locales o arrendamientos en el edificio a construir.
- e) El derecho de reversión se produce siempre una vez finalizado el plazo.
- f) El derecho de superficie se rige por las disposiciones de esta Ley, del Código Civil, y título constitutivo.
- g) Puede transmitirse y gravarse tanto el derecho de superficie como la propiedad del suelo.
- h) Puede constituirse derechos de retracto a favor del propietario del suelo cuando se enajene el derecho de superficie.
- i) El derecho de superficie se extingue si no se ha terminado la construcción en el plazo establecido, y en cualquier caso al finalizar el plazo máximo de duración previsto.

Si comparamos ambos derechos de superficie, fácilmente se puede constatar que si seguimos la tesis dualista, y admitimos la existencia de dos derechos diferenciados, sus divergencias son notorias y con respecto a requisitos tan importantes y con tanta trascendencia práctica como son: la forma de constitución (inscripción constitutiva o no), el plazo (99 años o libertad de plazo). Estas grandes diferencias nos hacen plantearnos si realmente existen, o no, estos dos tipos de derechos, puesto que en la práctica es necesario conocerlos ya que se pueden producir situaciones diferentes con legislaciones diferentes a aplicar.

Si por otra parte consideramos superada la tesis dualista, tras la LS 2007 y la unificación de regímenes y derechos de superficie, todos los derechos que se constituyan deberán someterse a los requisitos que se acaban de exponer, no siendo entonces válido un derecho de superficie con una duración, por ejemplo de 100 años, y sin inscribir en el Registro.

2. ARGUMENTOS A FAVOR DE CADA TESIS

Hay que aclarar, entonces, si sigue vigente o no esta dualidad de regímenes y derechos y para ello nos paramos a analizar los argumentos a favor de una y otra tesis.

En este punto, y siguiendo a EGUSQUIZA (2008)⁹, podemos resumir como argumentos a favor de una y otra tesis los siguientes.

A favor de la tesis dualista se puede argumentar:

1.^o El Código Civil regula específicamente el derecho de superficie en el artículo 1655 que no ha sido derogado.

2.^o Además, la legislación del suelo es una norma de carácter administrativo que parte de la preexistencia de la institución del derecho de superficie que se contempla en el Código Civil, de lo que deduce esta autora que «la regulación de este derecho en las leyes urbanísticas carece de carácter institucional».

3.^o La Ley del suelo se reduce al ámbito que la propia Ley ha establecido, por lo que el derecho de superficie que en ella se contempla, solo puede aplicarse a aquellos suelos o terrenos afectados por planes de actuación u ordenación urbanística, sin que quepa aplicarse a aquellos casos en los que no se utilice el

derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, y sea sobre suelos particulares.

4.^º Por todo ello, la Ley del suelo no ha podido derogar las disposiciones del Código Civil.

5.^º Si se admite la tesis unitaria y un único derecho de superficie, no cabrían derechos de superficie con fines distintos de los previstos en la Ley del Suelo, ni tampoco un derecho de superficie sobre fincas rústicas, y sin embargo, ambos casos son posibles hoy en día. Y esto queda de manifiesto en el RH que admite en el artículo 16 la inscripción de superficies urbanas y en el 30 RH superficies rústicas, sin limitación temporal.

6.^º Además, añadimos nosotros, no pueden olvidarse los principios generales de derecho civil de libertad de contratación, libertad de forma y autonomía de voluntad de las partes que deben regir a la hora de constituirse una institución típicamente civil, como así lo ha manifestado la propia STC 67/1997.

7.^º La admisión de *numeris apertos* de derechos reales unido a lo anterior, nos conduce a considerar la posibilidad de que todavía hoy existan distintos derecho de superficie y no solo el de la Ley del Suelo.

Y como argumentos a favor de la tesis unitaria, y siguiendo a la misma autora, podemos destacar los siguientes argumentos que rebaten los anteriores:

1.^º El Código Civil carece de una regulación institucional del derecho de superficie; las normas que hacen referencia al mismo (1655) son imprecisas y poco claras y no lo recogen de forma expresa.

2.^º El ordenamiento jurídico es un todo completo, lo que conduce a que no pueda concebirse la regulación que ofrece la Ley del Suelo sobre el derecho de superficie como ajena o paralela a la normativa existente en el ámbito del Derecho privado: es un complemento a lo dispuesto en Código Civil, ya que ambas leyes tienen igual rango formal.

3.^º Tras la Ley del Suelo 2007 y el Texto refundido 2008, y su elenco de fuentes y dicción de sus artículos, parece clara la voluntad del legislador de que solo haya un único modelo de superficie.

4.^º Y el hecho de que el RH en su artículo 16, haya observado criterios concordantes con la legislación del suelo para permitir la inscripción del derecho de superficie, confirma el carácter sustantivo y único de esa regulación.

5.^º Además, y como sostienen otros autores, como CARRASCO PERERA (2012)¹⁰, no puede entenderse en la práctica la existencia de dos tipos de superficie urbana, ya que no existe suelo no afectado por la Ley del Suelo, pues todo suelo es edificable.

Ante este panorama incierto, con razones de peso para ambas tesis, vamos a ver cómo ha afrontado la jurisprudencia este asunto, y cómo se ha decantado en su devenir doctrinal, con el fin de arrojar algo de luz en este asunto.

III. LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL SOBRE LA POSIBLE DUALIDAD DE DERECHOS DE SUPERFICIE URBANA

1. PRIMERA ETAPA: ADMISIÓN TESIS DUALISTA Y DUALIDAD DE REGÍMENES Y DERECHOS

En una primera fase, y antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo 2007 que es de la que parece deducirse por primera vez la unidad de regímenes y fin

de la dualidad de derechos, la jurisprudencia ha admitido, como no podía ser de otra forma, la posibilidad de diferenciar entre el derecho de superficie urbano «normal» regido por el Código Civil, y el «urbanístico».

La diferencia fundamental entre ambos derechos, que recoge la tesis dualista, se refiere a la forma de constitución, pues el derecho de superficie urbano normal entre particulares no exige inscripción constitutiva, y el urbanístico, tal y como recogen las sucesivas leyes del suelo, sí. Y en este hecho diferenciador se basan la mayoría de resoluciones que a continuación comentamos, para defender una u otra tesis.

De este modo, y como reflejo de la admisión de la tesis dualista, encontramos las SSTS de 4 de julio de 1928, 1 de febrero de 1979, 15 de junio de 1984, 27 de marzo de 2001, 26 de noviembre de 2002, que admiten la existencia de un derecho de superficie entre particulares, al margen del Registro de la propiedad, y sin necesidad, por tanto de forma pública *ad solemnitatem*, ni inscripción registral.

La STS de 4 de julio de 1928 afirmaba que el derecho de superficie en cuanto supone una desmembración o grave limitación del dominio, constituye una excepción al principio *«aedificium solo cedit»*, y por tanto ha de ser objeto de categórica constitución, no pudiendo presumirse, por tanto. Este derecho, según esta sentencia, necesita para que se reconozca su existencia, que se demuestre con la escritura o con algún otro documento; es decir, afirma la necesidad de probarse documentalmente, pero no exige que se inscriba en el Registro de la propiedad para constituirse. En definitiva, puede existir un derecho de superficie sin inscripción registral. Esta sentencia da pie u origen a los distintos tipos de derecho de superficie que surgirán después con la primera Ley del Suelo. La STS de 1 de febrero de 1979 repite lo dispuesto en esta sentencia de 1928, y aboga por la necesidad de que el derecho de superficie tenga una constitución formal, pero no es necesario que se inscriba en el Registro¹¹.

La STS de 15 de junio de 1984 da un paso mas, en el sentido de que ya alude a los dos tipos de derecho de superficie, el creado por particulares, y otro regulado por la Ley del Suelo, donde sí se exige escritura pública como forma *ad solemnitatem* e inscripción en el Registro. Pero fuera de ese caso contemplado de forma expresa en la Ley del Suelo, el derecho de superficie, conforme al principio de libertad de forma de los contratos, no requiere de forma pública para su constitución, sino solo, cuando así lo requiera la otra parte contratante, en virtud del juego de los artículos 1278-1280 del Código Civil, bastando para su validez el que contenga los elementos esenciales del contrato del 1261 del Código Civil.

Esta sentencia afirma lo siguiente, respecto del derecho de superficie que «haciendo decaer el principio *“superficies solo cedit”* tiene su razón de ser en estimular y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales, no puede por menos de reconocerse tiene una singularidad diferenciable del censo enfitéutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea a modo *“ad solemnitatem”*, salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo (*RCL* 1956, 773, 867 y *NDL* 30144), 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 que contiene dicho artículo 1278, sancionador, según proclama esta Sala en sentencias entre otras de 8 de julio de 1904, 4 de febrero de 1905, 27 de abril de 1921, 19 de mayo de 1945 (*RJ* 1945, 688), 29 de noviembre de 1950 (*RJ* 1950, 1694), y 9 de

abril de 1956 (*RJ* 1956, 1554), de que la eficacia de los contratos, expresión de la voluntad común de las contratantes, depende de sus formas externas, sino de las condiciones necesarias para su validez, previstas en el artículo 1261 del Código Civil, pues debe darse preferencia a la libertad de contratación».

La última gran sentencia de esta etapa (antes de la aprobación de la Ley del Suelo 2007), es la STS de 26 de noviembre de 2002, máximo exponente de la tesis dualista, en la que se sustenta claramente la existencia de dos tipos de derecho de superficie urbano, y en la que se dan los argumentos suficientes para defender esa dualidad.

En esta sentencia se parte de la demanda por la que se solicita que se declare la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie al carecer de objeto pues este no se había inscrito en el Registro de la propiedad, requisito esencial para la existencia del derecho, como entiende la demandante que debe hacerse, según lo establecido en la Ley del Suelo.

El TS analiza el caso, y afirma que existen dos modalidades o tipos de derecho de superficie, a la vista del doble régimen normativo existente: «la urbana, común o clásica que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué 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». Y confirma la existencia de estos dos tipos de derechos con base en tres argumentos:

a) El hecho de que las sucesivas leyes del suelo hayan aludido a la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie sin necesidad de que actúen con la intención de conseguir fines de utilidad pública o de interés general, al margen de los que sí tienen esa finalidad constituidos por Entidades públicas, posibilidad que sí que establece ya de forma expresa la Ley del Suelo 1992 (en la que se basa esta sentencia), admitiendo que los particulares puedan constituir esos derechos sin «limitación de destino».

b) La exigencia de forma pública e inscripción en el Registro de la Ley del Suelo para el derecho de superficie, al ser una excepción al principio de libertad de forma de la contratación y de la autonomía de la voluntad de las partes, solo debe predicarse de los supuestos excepcionales en los que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración constituye derechos de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero no pueden imponerse cuando lo utilicen los particulares con otros fines privados.

c) Que el artículo 1 Ley Suelo 1992 (declarado inconstitucional por STC 61/1997, de 20 de marzo), señalaba que el objetivo de la norma era el establecimiento del régimen urbanístico de la propiedad del suelo, y de la ordenación de la actividad administrativa en materia de urbanismo. Luego, aunque mencione los derechos de superficie de los particulares para fines privados, ello no quiere decir que se deroga el Código Civil, ni se pretende sustraer al mismo estos derechos y actos de carácter privado, que no interfieren en los fines públicos que el artículo 1 mencionaba, a los que debe aplicarse el principio de libertad de forma, y no lo establecido en el artículo 288 LS 1992.

Concluye el Alto Tribunal diciendo que conforme a lo que acaba de exponer, el derecho de superficie que se había constituido, al no rebasar «la esfera

de los intereses particulares de una y otra, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del Suelo, pues esta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervenientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma».

Con esta importante sentencia se consolida la tesis dualista, y se confirma la existencia y posibilidad de dos tipos de derechos de superficie urbana con diferentes requisitos y regulación.

Poco después, la STSJ Madrid de 10 de junio de 2003, pone de manifiesto la dualidad de regímenes con respecto al derecho de superficie, y sus dos tipos con forma de constitución diferente.

2. SUPERACIÓN DE LA TESIS DUALISTA: UNIDAD DE REGÍMENES Y DERECHO

La importante STC 61/1997 de 20 de marzo, ya mencionada, supuso un impulso para el fin de la tesis dualista y la configuración de un único y homogéneo régimen para el derecho de superficie, que consolidó la posterior Ley del Suelo de 2007.

En efecto, esta sentencia declaró que la Ley del Suelo es ley que recoge materia propia de Derecho civil con respecto al derecho de superficie, y por tanto de competencia exclusiva del Estado conforme al artículo 149.1.8 CE; de este modo no invade las competencias exclusivas de las CCAA sobre urbanismo, al ser objeto del derecho civil, aunque «se haya convertido en una institución típicamente urbanística»¹². Por lo tanto, parece que el derecho de superficie allí recogido es una institución de derecho civil, las disposiciones que lo regulan son de derecho civil, al igual que el Código Civil o el Reglamento Hipotecario, y en consecuencia no hay dualidad de regímenes.

Así las cosas, se publica en 2007 la nueva Ley del Suelo, con importantes modificaciones con respecto al derecho de superficie, como ya hemos dicho, y sobre todo con un nuevo párrafo en el que se afirma que el derecho de superficie se regirá por «las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho», y parece que se refiere para todo derecho de superficie. Del mismo, parece desprenderse que solo existe un único régimen: el de la ley del suelo, luego, no pueden existir diferentes requisitos para distintos derechos de superficie, sino que todos se regulan por esta Ley, que es civil, y con los mismos requisitos que ella establece, a saber: escritura pública e inscripción en el Registro.

Además, como manifiesta MARIÑO PARDO (2015)¹³, esta idea se refuerza con el artículo 1 del Texto refundido de la Ley del Suelo 2008 donde se señala que el objeto de esta ley es la regulación del derecho de propiedad del suelo y no solo una acción urbanística de los entes públicos, como sí ocurría en la Ley del 92, lo que añadido a que no diferencia entre los dos derechos ni las personas titulares de los suelos sobre los que se constituye, hacen pensar que ya solo hay un único régimen de derecho de superficie.

Sin embargo, la entrada en vigor de esta Ley con sus pronunciamientos homogéneos sobre el derecho de superficie, pues se trata de normas de Derecho civil, no puede hacer olvidar los principios generales que rigen en este Derecho, como son la autonomía de la voluntad de las partes, y la libertad formal y de contratación, que chocan con este régimen encorsetado que se pretende dar al derecho de superficie desde la tesis unitaria¹⁴. Por eso, y añadiendo a ello las

últimas sentencias que a continuación se explican, nos planteamos si ese régimen unitario, comúnmente admitido, no debe ser tal.

3. ÚLTIMOS PRONUNCIAMIENTOS JURISPRUDENCIALES

Si a tenor de la doctrina mayoritaria y de los cambios legislativos producidos, se ha abierto paso la tesis unitaria, negándose la posibilidad de dos modelos distintos de derecho de superficie urbana, debiéndose aplicar a ambos los mismos requisitos de constitución, dos sentencias más recientes nos llevan a plantearnos de nuevo, si se ha desterrado de forma definitiva la tesis dualista.

Nos referimos principalmente a la STS de 10 de diciembre de 2013, cuya doctrina ha sido repetida en la SAP Granada de 11 de abril de 2014.

La STS de 10 de diciembre de 2013 resuelve un recurso derivado de una acción de deslinde y reivindicación de una entidad «Promociones del Suelo Lorqui», frente al Ayuntamiento, y en el objeto del litigio que nos ocupa, al que se le había cedido el uso de un suelo destinado a la construcción de instalaciones deportivas. Se discute cuál es la naturaleza del derecho cedido y si puede tratarse de un derecho de superficie o no. Dicha cesión del uso se hizo mediante documento privado, empleando la expresión «cesión del derecho de uso», sin contraprestación a cambio. El Tribunal Supremo después de repasar la tesis de la posibilidad de creación de nuevos derechos reales, *numeris apertus*, si bien sometida a determinadas condiciones, afirma que esa figura se asemeja más a un derecho de superficie, y recuerda la existencia de los dos tipos diferenciados de derecho de superficie: la urbanística para cuya constitución se necesita escritura pública e inscripción registral, y la normal que no requiere forma pública para su constitución, recogiendo y repitiendo la doctrina dualista proclamada por la STS de 26 de noviembre de 2002.

Después de desarrollar estas tesis y dar argumentos a favor de la existencia de un derecho de superficie en ese «derecho de uso para construir», entiende que esa «constitución a título gratuito de un derecho real sobre inmueble» ha sido considerada como donación por la jurisprudencia, y concluye, entonces, que si se trata de la donación de un derecho de superficie sobre un inmueble, estamos ante la donación de un verdadero bien inmueble, pues esa consideración tienen los derechos reales que recaen sobre esos bienes, conforme el artículo 334.10 del Código Civil, y en consecuencia, esa donación de inmuebles exige escritura pública (art. 663 del Código Civil).

Al no haberse otorgado la cesión (donación) de ese derecho (bien inmueble) en escritura pública, que es forma *ad solemnitatem*, esa donación es nula de pleno derecho, y no reconoce por tanto el derecho de superficie a favor del Ayuntamiento. Subraya también el Tribunal que no se puede olvidar que en este caso el Ayuntamiento es el superficiario, y no el constituyente del derecho de superficie, por lo que no se está utilizando dicho derecho como instrumento de intervención en el mercado del suelo, lo que le confiere un carácter privado a este derecho, sin fin público alguno¹⁵.

Es decir, el Tribunal Supremo rechaza que el Ayuntamiento fuese el titular de ese derecho de superficie, pero no porque no se hubiera formalizado en escritura pública y no se hubiera inscrito en el Registro de la propiedad, como debería de concluir si solo existe ya un tipo de derecho de superficie, conforme a la Ley del Suelo; si no, que parece admitir claramente que la superficie urbana sin fines de utilidad pública puede constituirse sin necesidad de inscripción, ya que rechaza la válida constitución de ese derecho de superficie porque al equiparse a una donación

de inmuebles, ese negocio jurídico debe constar en escritura pública, pero no porque el propio derecho de superficie deba constituirse con escritura e inscripción.

Los motivos para rechazar la existencia del derecho de superficie no se basan en la forma necesaria del propio derecho según la Ley del Suelo (art. 40 y 41 LS 2007), sino en la forma *ad solemnitatem* de la donación que lo hace nacer (633 del Código Civil).

De esta sentencia, puede deducirse, entonces, que es posible un derecho de superficie sobre suelo particular, sin fines de ordenación del territorio o como instrumento de intervención en el mercado del suelo, al que no le afecta lo dispuesto en la Ley del Suelo; por lo tanto, ¿permanece la dualidad de tipos de derecho de superficie urbana?

Entendemos que sí, y así se puede sostener a la vista de este pronunciamiento del Supremo.

La SAP Granada 2014 repite en un caso muy parecido lo dispuesto en esta sentencia y vuelve a rechazar la existencia de un derecho de superficie porque al constituirse mediante donación, esta debería constar en escritura pública, pero no porque no reúna los requisitos formales que la Ley del Suelo exige: escritura e inscripción.

¿Volvemos a la tesis dualista?

IV. CONCLUSIONES

I. El derecho de superficie es un derecho de orígenes legales difusos, sin una regulación común clara y con peculiaridades tanto de derecho urbanístico como civil.

II. Esto ha llevado a considerar de forma tradicional la posible existencia de dos modalidades de derecho de superficie urbana: el normal y el urbanístico, sometidos a distinta regulación y con diferentes caracteres en cuanto a la titularidad del suelo donde se constituyen, plazo y forma de constitución.

III. Esta tesis dualista del derecho de superficie alcanzó su máximo apoyo con la legislación anterior, antes de la publicación del la LS 2007 y con la STS de 26 de noviembre de 2002.

IV. Sin embargo, la publicación de esta Ley, tras la famosa STC 67/1997, y la STS de 31 de enero de 2001, parece dejar sin apoyo legislativo el mantenimiento de dicha tesis dualista, inclinándose por un régimen unitario, al ser considerado los preceptos de la Ley del Suelo como de derecho civil, y al unificarse tanto los plazos como la forma de constitución, aunque no se diga expresamente, y establecerse un único sistema de fuentes, donde el del Código Civil debe actuar de forma supletoria.

V. La tesis unitaria parece ser la que hoy en día tiene más aceptación, pero la reciente STS de 2013, repetida por otras de Audiencias Provinciales, vuelve a despertar la duda o el fantasma de la tesis dualista, pues parece admitir la posibilidad de un derecho de superficie constituido sobre suelo particular, sin fines de ordenación del territorio, constituido sin inscripción registral. ¿Debe mantenerse entonces la tesis dualista?

VI. Creemos que sí, y ello por las siguientes razones: No pueden olvidarse los principios generales de derecho civil de libertad de contratación, libertad de forma y autonomía de voluntad de las partes que deben regir a la hora de constituirse una institución típicamente civil, como así lo ha manifestado la propia STC 67/1997. Ello unido a la admisión de *numeris apertos* de derechos reales,

nos conduce a considerar la posibilidad de que todavía hoy existan distintos derechos de superficie distintos a los de la Ley del Suelo, como así lo confirma la jurisprudencia más reciente. Además, el propio Reglamento Hipotecario que vuelve a su redacción anterior a 1998, separada de la Ley del Suelo, junto con la regulación del Código Civil, en la que cabe la creación de derechos de superficie particulares, con duración más amplia, así como la existencia de derechos de superficie rústica, que se excluyen claramente de la Ley del Suelo, nos inclina a considerar la posibilidad de derechos de superficie urbana diferenciados.

V. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 61/1997, de 20 de marzo.

SENTENCIAS TRIBUNAL SUPREMO

- STS, 8 de julio de 1904
- STS, 4 de febrero de 1905
- STS, 27 de abril de 1921
- STS, 4 de julio de 1928
- STS, 19 de mayo de 1945
- STS, 29 de noviembre de 1950
- STS, 9 de abril de 1956
- STS, 1 de febrero de 1979
- STS, 15 de junio de 1984
- STS, 31 de enero de 2001
- STS, 27 de marzo de 2001
- STS, 26 de noviembre de 2002
- STS, 10 de junio de 2003
- STS, 10 de diciembre de 2013

SENTENCIAS AUDIENCIA PROVINCIAL

- SAP, Granada 11 de abril de 2014

RESOLUCIONES DGRN

- DGRN, 13 de marzo de 2007
- DGRN, 27 de octubre de 2007

VII. BIBLIOGRAFÍA

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*. Pamplona: Aranzadi.

- DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2000). *El derecho de superficie, aspectos civiles y registrales*. Madrid: Centro de Estudios Registrales.
- EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2008). La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*RCL 2008, 1260*). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.14/2008, 1 y sigs.
- GÓMEZ GÁLLIGO, J. (2007). *Derechos reales. Registros*. Madrid: Carperí.
- GUIARTE ZAPATERO, V. (1996). *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi-Fundación Juan March.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil*, III-2. Madrid: Dymkinson.
- MEZQUITA DEL CACHO, L. (1999). El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad legislativa. *AAMN*, Tomo 39, 301 a 359.
- NAVARRO VIÑUALES, J. M. (2003). El derecho de vuelo. El derecho de usufructo. *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Juan Francisco Delgado de Miguel), Tomo II, Reales, vol. 1.^º. Madrid: Civitas-Consejo General del Notariado, pp. 727 y sigs.
- SOFÍA DE SALAS MURILLO, S. (2008). El derecho de superficie en la ley del Suelo de 2007: una aproximación inicial. *Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (Coord. Gómez Gállico, J.), vol. 2. Pamplona: Aranzadi, pp. 1465-1518.

NOTAS

¹ Artículo ciento cincuenta y siete. Ley Suelo 1956:

«l. El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas y otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación. El dominio de las cuales corresponderá al superficiario.

² Será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo.

³ Se regirá por las disposiciones contenidas en esta Sección por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado».

— Artículo ciento cincuenta y ocho:

«1. La concesión de derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas se efectuará por subasta o adjudicación directa, con arreglo a los preceptos de la Sección segunda de este Capítulo.

2. En todo caso deberá ser formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad.

3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez».

— Artículo ciento sesenta y uno:

«1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas.

2. Cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión.

3. La extinción del derecho de superficie por recurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, esta quedará subrogada en los de garantía.

4. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

2 Sobre la evolución legislativa de la regulación de este derecho véase SOFÍA DE SALAS MURILLO, S. (2008). *El derecho de superficie en la ley del Suelo de 2007: una aproximación inicial. Homenaje al profesor Manuel Cuadrado Iglesias* (coord. Gómez Gállego, J.), vol. 2. Pamplona: Aranzadi, pp. 1465-1518.

3 Artículo 287. LS 1992. Derecho de superficie.

«1. Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.

2. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior.

3. El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado».

— Artículo 288. Procedimiento:

«1. El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos.

2. La 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.

3. Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie»

— Artículo 289. Extinción:

«1. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley.

2. El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares.

3. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho.

4. La extinción del derecho de superficie porcurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

4 Artículo 35 LS 2007: «1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de esta en el Registro de la propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.

El derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. 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.

4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho».

⁵ Entre los defensores de la tesis dualista, destacamos a: LACRUZ BERDEJO, J. L. (2009). *Elementos de Derecho civil*, III-2. Madrid: Dykinson; DE LA IGLESIA MONJE, M. I. (2000). *El derecho de superficie, aspectos civiles y registrales*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, GOMEZ GÁLLIGO, J. (2007). *Derechos Reales. Registros*. Madrid: Carperi, EGUSQUIZA BALMASEDA, M.A. (2008). La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*RCL* 2008, 1260). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.14/2008, 1 y sigs., GUILARTE ZAPATERO, V. (1996). *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi-Fundación Juan March, pp. 3 a 128.

⁶ Entre los defensores de la tesis unitaria, destacamos a: ROCA SASTRE, MEZQUITA DEL CACHO, L. (1999). El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad legislativa. *AAMN*, Tomo 39, 301 a 359; NAVARRO VIÑUALES, J. M. (2003). El derecho de vuelo. El derecho de usufructo. *Instituciones de Derecho Privado* (coord. Juan Francisco DELGADO DE MIGUEL), Tomo II, Reales, Volumen 1.^º. Madrid: Civitas-Consejo General del Notariado, pp. 727 y sigs.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. Y GONZÁLEZ CARRASCO, M. C. (2012). *Derecho de la Construcción y de la Vivienda*. Pamplona: Aranzadi.

⁷ Hay autores que no obstante, y por su asimilación al censo enfitéutico, por el artículo 1655.1 del Código Civil, entienden que debe tener los mismos requisitos de forma que este, y por tanto, que sería de aplicación el 1628 exigiendo forma pública *ad solemnitatem*.

⁸ Tras la STS de 31 de enero de 2001 que declaró nulo el primer párrafo del artículo 16 RH tras su redacción y modificación por Real Decreto 1867/1998 de 4 de septiembre, entendemos que vuelve a cobrar vigor la redacción anterior del artículo, por lo que los requisitos son los que allí se establecían anteriormente.

⁹ Véase EGÚSQUIZA BALMASEDA, M. A. (2008). La aplicación del derecho de superficie de los artículos 40 y 41 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio (*RCL* 2008, 1260). *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil* num.14/2008, 1 y sigs.

¹⁰ Véase CARRASCO PERERA, A. et al. (2012). *ob. cit.*; «Es rechazable la distinción entre las dos modalidades de superficie, como si hubiese alguna clase de suelo no afectado por la regulación de la Ley del Suelo o como si fuese posible un derecho de superficie sobre suelo objetivamente no edificable».

¹¹ SSTS de 4 de julio de 1928 y 1 de febrero de 1979: «el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio y constituye una verdadera excepción al principio *aedificium solo cedit* consagrado en el artículo 358 del C. Civ., ha de ser objeto de categórica constitución y no puede presumirse, en el mismo sentido la sentencia de este Tribunal de 4 de julio de 1928 tiene proclamado que para reconocer la existencia legal de dicho derecho, es menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún otro documento justificativo, elementos que en el caso presente brillan por su ausencia».

¹² STC 61/1997, de 20 de marzo: «Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.o CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quiera apreciar en su regulación extralimitación alguna».

¹³ Véase MARIÑO PARDO, F. (2015). *Tema Derecho superficie. Notarias*. Disponible en <http://www.franciscomarinopardo.es/mis-temas>: «Pueden encontrarse argumentos adicionales a la consideración unitaria del derecho de superficie, en cuanto el legislador estatal, al regular el derecho de superficie, está haciendo uso de su competencia sobre legislación civil

(art. 149.1.8.^o Constitución Española), tal como expresa la disposición final 1.^a3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo), de acuerdo con la doctrina de la sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, y lo hace de una manera completa, tanto para la constituida por particulares, como para la que constituyen entes públicos, sin subordinar la aplicación de sus preceptos al cumplimiento de finalidad alguna urbanística. El objeto del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que enuncia su artículo 1.^o, es la regulación general del derecho de propiedad del suelo, y no solo la acción urbanística de los entes públicos, como era el caso del Texto Refundido de 1992, argumento que fue, precisamente, uno de los empleados por la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de noviembre de 2002 a favor de la tesis dualista, y que hoy no sería, por lo tanto de aplicación. Por otra parte, la regulación del derecho de superficie en la ley urbanística, se hace de modo unitario, sin que se establezca distinción alguna ni por su finalidad ni por los sujetos que la constituyen».

¹⁴ En este sentido, por ejemplo, se manifiesta también EGUZQUIZA (2008), *ob. cit.*, afirmando que: «Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los principios que animan la legislación del suelo, como legislación especial, tienen un carácter intervencionista sobre la propiedad y, por ende, sobre el derecho de superficie, que se compadecen mal con los fundamentos en los que se basa la constitución de los derechos reales en el marco del Derecho Privado: autonomía privada de la voluntad y libertad contractual. Negar que se puedan configurar derechos de superficie sobre el principio de libertad civil, limitados a la esfera más privada de los particulares, llevaría a extender más allá de los confines de la legislación del suelo los principios específicos que animan esa regulación y que piensan, específicamente, en la intervención del mercado en beneficio del ciudadano. Por ello, la referencia al carácter supletorio de la legislación civil no parece que haya conseguido acallar criterios discrepantes sobre la unidad normativa del derecho de superficie regulado en el TRLS/2008, ni logrado que pierda valor la postura sobre esta materia del Tribunal Supremo. A fin de cuentas, el propio texto refundido de la Ley del Suelo admite la pluralidad normativa en materia de derecho de superficie basado en el reparto de competencias sobre legislación civil (art. 149.1.8 de la CE [RCL 1978, 2836]) (disposición final primera.5 TRLS/2008)».

¹⁵ STS de 10 de diciembre de 2013: «La Audiencia considera que en este caso, la cesión gratuita de uso del suelo ha otorgado al Ayuntamiento un derecho análogo al de superficie.

El artículo 172.2 del Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto refundido de la Ley Sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aplicable por razones temporales, establecía que «[I]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 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 deseaba 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.

En el caso objeto de este recurso, si bien es cierto que en la constitución del derecho de superficie intervino una administración pública, lo cierto es que lo hizo como superficiaria, y no como constituyente del derecho de superficie para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, por lo que podría considerarse que no eran aplicable la regulación de los requisitos formales contenida en la Ley del Suelo para el derecho de superficie urbanístico.

6. Ahora bien, la jurisprudencia también ha afirmado que la constitución gratuita de un derecho real sobre un bien inmueble es equiparable a la donación, en cuanto negocio de adquisición gratuita de un derecho real (art. 609 del Código Civil). Así lo han declarado las sentencias de esta Sala núm. 724/2010, de 11 de noviembre, y núm. 284/2013, de 22 de abril, respecto de la constitución gratuita del usufructo.

Al tener el derecho real sobre un inmueble la naturaleza de bien inmueble (art. 334.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), su constitución de forma gratuita ha de realizarse en escritura pública en la que conste el «*animus donandi*» [voluntad de donar] y la aceptación de la donación por el donatario (sentencias de esta Sala de 11 de julio de 2007, recurso núm. 5281/1999, de 4 de mayo de 2009, recurso núm. 2904/2003, y, entre las últimas, la núm. 285(sic)/2013, de 22 de abril).

7. Lo anterior debe llevar a la estimación de estos motivos del recurso. No existe un título que legitime la detención de la finca de la demandante por el Ayuntamiento desde el momento en que este no es titular de un derecho real constituido de modo preciso y categórico, con facultades precisas sobre la finca a la que grava, duración determinada, y mediante escritura pública».