

# La contraprestación o precio en el derecho de superficie

por

M.<sup>a</sup> TERESA ALONSO PÉREZ  
*Profesora Titular de Derecho Civil*  
*Facultad de Derecho*  
*Universidad de Zaragoza*

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN.

PRIMERA PARTE: NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN.

1. PLANTEAMIENTO.
2. ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN.
3. SIGNIFICACIÓN DE CADA UNA DE LAS POSIBLES TESIS Y SUS CONSECUENCIAS:
  - a) SUJETO FRENTE A QUIEN SE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN.
  - b) SUJETO QUE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN.
4. MARGEN PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD.
5. ARGUMENTOS A CONSIDERAR:
  - A) LA REFERENCIA AL CANON.
  - B) LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE REGULE LA CONTRAPRESTACIÓN.
  - C) LA LITERALIDAD DEL PRECEPTO: LA REFERENCIA AL *SUPERFICIARIO* COMO DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN.
  - D) LA FUNCIONALIDAD DE LA FIGURA.
  - E) ALGUNAS CONTRAPRESTACIONES PODRÍA ENTENDERSE QUE ORIGINAN OBLIGACIONES *PROPTER REM*: LA REVERSIÓN, LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES, O DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO. REMISIÓN.
  - F) LA POSIBILIDAD DE PACTOS INDEMNIZATORIOS RELATIVOS A LA INCORPORACIÓN DEL EDIFICIO AL SUELO AL EXTINGUIRSE EL DERECHO:
    - a) *La naturaleza de las obligaciones que surgen de dicho pacto.*

- b) *¿Guarda relación la incorporación del edificio al suelo con la contraprestación?:*
    - b.1) Acerca de si la reversión puede ser una especie de contraprestación.
    - b.2) La contraprestación o precio no es la reversión sino el edificio que revierte.
  - c) *Posible aplicación extensiva a otras obligaciones.*
6. CONCLUSIÓN.
7. ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO O ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN SI SE CONSIDERA QUE ES *PROPTER REM*.

SEGUNDA PARTE: ESTUDIO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRAPRESTACIÓN O PRECIO EN EL DERECHO DE SUPERFICIE.

INTRODUCCIÓN:

- A) CUESTIONES VARIAS: LISTA ENUMERATIVA; GRATUIDAD, ONEROSIDAD.
  - B) LA SUMA ALZADA Y EL CANON PERIÓDICO.
1. LA REVERSIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN, *RECTIUS*, EL EDIFICIO REVERTIDO COMO CONTRAPRESTACIÓN:
- A) CASOS EN QUE EL EDIFICIO QUE SE INCORPORA AL SUELO PUEDE SER CONSIDERADO CONTRAPRESTACIÓN. RELACIONES GRATUITAS Y ONEROSAS.
  - B) EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN IMPLICA LA ADQUISICIÓN DE UN DERECHO DE PROPIEDAD SOBRE EL OBJETO EN QUE CONSISTE LA CONTRAPRESTACIÓN.
  - C) FASE ANTERIOR A LA REALIZACIÓN DE LA EDIFICACIÓN O CONSTRUCCIÓN.
  - D) FASE POSTERIOR A LA CONSTRUCCIÓN Y PREVIA A LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE.
2. LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/ O LOCALES:
- IDEAS PRELIMINARES: POSIBLES SIGNIFICADOS Y CASOS EN QUE LA ADJUDICACIÓN CONSTITUYE PRECIO:
- A) *Supuesto prototipo: adjudicación del derecho de propiedad al propietario del suelo:*
    - a) El acreedor adquiere la titularidad de un derecho de propiedad sobre las viviendas y/ o locales.
    - b) Modo de adquisición de la propiedad de las viviendas y/ o locales.
    - c) Cómo afectan posteriores transmisiones a la propiedad de las viviendas o locales.
  - B) *Adjudicación del uso de cierto volumen edificado al propietario del suelo:*
    - a) En particular, el problema de cómo se opera la transmisión del derecho de uso una vez construido el edificio.
    - b) Cómo afecta la posterior transmisión del suelo al derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales.
  - C) *Adjudicación a un tercero de la propiedad o del uso de cierto volumen edificado:*
    - a) Naturaleza del derecho del tercero cuando adquiere la contraprestación.
    - b) Modo de adquisición del derecho de propiedad o de uso por el tercero.

3. LA ADJUDICACIÓN DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO:
- A) CESIÓN DEL DERECHO A ARRENDAR DETERMINADAS VIVIENDAS O LOCALES:
    - a) *Naturaleza del derecho adquirido por el propietario del suelo una vez cumplida la contraprestación: derecho real de arrendar.*
    - b) *Modo de adquisición de la contraprestación y naturaleza del derecho antes de cumplirse la contraprestación (Remisión).*
    - c) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho adquirido.*
  - B) CESIÓN DEL USO DE LAS VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ALQUILER:
    - a) *Naturaleza del derecho una vez cumplida la contraprestación y antes de cumplirse la misma.*
    - b) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho constituido en cumplimiento de la contraprestación.*
  - C) CESIÓN DEL DERECHO A COBRAR LA RENTA DEL ARRENDAMIENTO QUE REALIZA EL PROPIETARIO DEL EDIFICIO EN PROPIEDAD SUPERFICIARIA.

## INTRODUCCIÓN

Debido a las diferentes perspectivas desde las que he afrontado mis trabajos precedentes sobre el derecho de superficie, nunca había tenido ocasión de abordar el estudio de la contraprestación o precio. No obstante, una y mil veces que he leído el artículo que en las sucesivas regulaciones del derecho de superficie se refería a esta cuestión, me quedaba una extraña sensación, me preguntaba acerca del sentido de un precepto que regulaba lo que no era necesario regular, un precepto que, en principio, parecía no aportar nada y que, al menos, a primera vista, era superfluo. Comprometida, como estoy, con el derecho de superficie, debido a mi trabajo científico anterior, la aprobación de la Ley 8/2007 del Suelo y el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo, casi me obliga a hacer un trabajo al respecto, siendo ésta la ocasión de enfrentar el estudio de la contraprestación o precio en el derecho de superficie.

Este trabajo se divide en dos partes que abordan las cuestiones, a mi modo de ver, más relevantes que plantea la contraprestación en el derecho de superficie: en la primera parte se estudia la naturaleza de la obligación de pagarla; en la segunda, se procede a un análisis minucioso de los problemas que puede suscitar cada uno de sus diferentes tipos, contemplados en el artículo 40.3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008.

PRIMERA PARTE  
NATURALEZA JURÍDICA DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR  
LA CONTRAPRESTACIÓN

1. PLANTEAMIENTO

El artículo 40.3 del TRLS de 2008 regula la cuestión de la contraprestación debida por el superficiario a cambio de la prestación que, a su favor, efectúa el concedente del derecho y que no es otra que la adjudicación de la propiedad superficiaria de un edificio —construido o pendiente de construir— y la posibilidad de su explotación económica durante un determinado periodo de tiempo.

La cuestión de la contraprestación en el derecho de superficie se ha regulado en cada una de las normas del Suelo que han precedido a la ahora vigente. Por su parte, el artículo 158.3 de la Ley del Suelo de 1956 (1) mencionaba, como posibles contraprestaciones, una suma alzada, un canon periódico y la reversión de lo edificado al dueño del suelo. Las Leyes del Suelo posteriores incorporan, además, la adjudicación de viviendas o locales o de derechos de arrendamiento de unas u otros —cfr. art. 172.3 del TR de 1976 (2) y art. 288.3 del TRLS de 1992 (3)—; modalidades de contraprestación que aparecen también recogidas en el artículo 40.3 del TRLS de 2008 junto al canon o renta periódica y a la suma alzada.

---

(1) En el artículo 158.3 de la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, se dice:

«Cuando se constituye 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».

(2) En el artículo 172.3 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril:

«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 la adjudicación en viviendas o en locales o en 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».

(3) En el artículo 288.3 del Texto Refundido sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio:

«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».

Lo más sorprendente de este precepto —y de sus precedentes normativos— es precisamente su existencia. En efecto, llama poderosísimamente la atención el que las sucesivas regulaciones del derecho de superficie contengan un precepto referido a la contraprestación. Y es que el Código Civil no alude a esta cuestión al regular derechos reales en cosa ajena como el usufructo o la servidumbre, ni tan siquiera dice respecto de estos derechos reales que pueden constituirse a título oneroso o a título lucrativo. La contraprestación parece tener sentido referida a los contratos y no a las relaciones jurídico-reales, las cuales articulan jurídicamente las relaciones de los sujetos con respecto a la cosa que es su objeto; no son relaciones jurídicas de naturaleza personal, es decir, no vinculan a dos personas entre sí, por ello no se regula lo que los sujetos que las constituyen deben intercambiarse entre sí por el hecho de haberlas originado. Al establecer su normativa sólo se suelen regular los derechos y obligaciones que puede haber entre dos sujetos en función de las obligaciones o derechos que a uno u otro corresponden en relación a la cosa (por ejemplo, el régimen de gastos del usufructo cuando los adelanta aquél a quien no corresponde abonarlos).

Conforme a estas consideraciones, parece que la contraprestación pactada por la constitución de un derecho real no pertenece a la dimensión jurídico-real, sino que parece que debiera corresponder, más bien, a la dimensión obligacional de dicha relación; se trataría de una cuestión de naturaleza personal entre el concedente del derecho real en cosa ajena y el adquirente del mismo, que, en consecuencia, no afectaría a los terceros.

Esto que, en principio, es así para los derechos reales en cosa ajena como el usufructo o la servidumbre, no lo es para los censos. En la regulación que el Código Civil establece sobre los censos sí se regula la existencia de un canon periódico en los artículos 1.613 y siguientes; ahora bien, el canon periódico forma parte del contenido jurídico-real del derecho real de censo, que consiste, precisamente, en la sujeción de un inmueble al pago de dicho canon o renta periódica.

Al aludir a los censos no quiero decir que la contraprestación, en materia de derecho de superficie, aun en el caso de que debiéramos otorgarle algún alcance jurídico-real, merezca el mismo tratamiento que el canon en el censo. La mención al censo la hago únicamente para mostrar cómo, en el único caso de relación jurídico-real en que se regula la contraprestación, ésta forma parte del contenido del derecho real, de modo que podría plantearse si ocurre lo mismo en lo atinente al derecho de superficie.

Teniendo en cuenta lo dicho, creo que un análisis adecuado de la contraprestación en sede de derecho de superficie pasa obligatoriamente por intentar aclarar la naturaleza de la misma: si debemos entender, como parece a primera vista, que la obligación de pagarla tiene una eficacia meramente personal u obligacional, o si ha de dársele alguna dimensión jurídico-real.

Esta disquisición podría tildarse de baldía en cuanto que, de entrada, la impresión inicial intuitivamente nos lleva a considerar que estamos ante un acuerdo, el relativo a la contraprestación, cuya eficacia queda en el plano jurídico-obligacional, es decir, se trata de una relación personal entre quienes constituyen el derecho de superficie. Y, acaso —aunque no me pronuncio ahora al respecto—, esa debería ser la conclusión final. Sin embargo y como digo, pese a que todo —incluso el tratamiento doctrinal de la cuestión al que haré referencia más adelante— parece indicar que las cosas deban ser así, lo cierto es que hay argumentos, algunos de ellos de Derecho positivo, que indican que acaso al acuerdo sobre la contraprestación deba dársele, en alguna medida, cierta dimensión jurídico-real.

## 2. ESTADO DOCTRINAL DE LA CUESTIÓN

Los pronunciamientos doctrinales a propósito de esta cuestión, son escasos, optándose generalmente por la configuración personal de la obligación de pagar la contraprestación. Además, casi todos los análisis se refieren al canon o renta periódica. La razón es evidente: esta especie de contraprestación casa mal con la naturaleza meramente personal del acuerdo que a ella se refiere, de manera que suele ser en relación a este caso cuando se plantea la duda al estudioso de si, efectivamente, según parece, la obligación de pagar la contraprestación es personal. Y es que, en efecto, no parece sensato que, en caso de enajenarse el derecho de superficie, el transmitente siga teniendo obligación de pagar la renta periódica, parece que lo normal sería que dicha renta la pagase el nuevo superficiario. Asimismo, tampoco parece acertado que, enajenada la propiedad del suelo, siga cobrando la renta quien concedió el derecho de superficie aunque no sea ya propietario del suelo. Parecería más adecuado que, pactado un canon como precio, la transmisión del edificio implicara la de la obligación de pagarlo, y que la transmisión del suelo conllevara la del derecho a cobrarlo. Lo cual sólo cabe: bien procediendo, al transmitir el suelo o el edificio, a una enajenación simultánea del crédito o a una asunción de deuda (siendo preciso en este caso el consentimiento del acreedor), o bien otorgando a la obligación de pagar la contraprestación una cierta dimensión jurídico-real, en el sentido de entenderla como una obligación *propter rem*.

En relación a la Ley de 1956, esta cuestión sólo se plantea con respecto al canon. Recordemos que dicha Ley sólo contempla como posibles contraprestaciones: una suma alzada, el canon o la reversión gratuita de lo edificado al suelo. En cuanto a la primera, al ser de tracto único, es difícil que plantee problemas al transmitirse el suelo o el edificio, lo más probable es que ya se haya cumplido, de modo que la cuestión sólo se suscita en relación al canon.

No obstante, como veremos más adelante, la regulación que de la contraprestación hace la Ley del 56 presenta una diferencia de matiz, pero sustancial para lo que nos ocupa, que impide entender que las opiniones de los autores que vamos a citar sean predicables de la situación normativa actual.

En esta época, la mayoría de autores se muestra favorable a la configuración de la obligación de pagar la contraprestación como obligación personal. Así ROCA SASTRE, considera que: *Ante el silencio de nuestra legislación, hay que entender que este canon periódico sólo atribuye al dominus soli un derecho personal o de crédito* (4). No obstante, apostilla que: *Es un olvido imperdonable que la Ley del Suelo o el Reglamento Hipotecario no regularan este supuesto, como otros análogos, en el sentido de implicar obligaciones ob rem, o sea, que su titular pasivo no fuese subjetivado, sino determinado por la circunstancia de ser a la sazón titular del derecho de superficie, es decir, que el obligado personalmente fuese el que sea titular del derecho de superficie al surgir cada obligación, y en el caso del canon o pensión, al tiempo de devengarse ésta. Este es un vacío evidente de la legislación española en general* (5). Por su parte, GUILARTE, también considera que: *la obligación de pagar el canon, aunque inscribible, no parece que tenga tal carácter real*. Además, sigue diciendo, que: *Idénticas consideraciones son de tener en cuenta cuando la contraprestación consista en el pago de una cantidad única* (6). También se encuentran, entre los partidarios de esta opinión, DE LOS MOZOS (7) y CAMPOS PORRATA (8).

Por su parte, GULLÓN BALLESTEROS (9) parece sostener una posición intermedia en el sentido de que considera que se trata de una obligación personal, pero que, en caso de que se impongan garantías reales sobre el propio edificio para garantizar su cumplimiento, estaríamos ante una obligación *propter rem*. Sin embargo y como bien le replica DE LOS MOZOS (10), el hecho de que medie una garantía real no altera la naturaleza de la obligación que seguirá siendo personal.

---

(4) ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, pág. 47.

(5) *Op. cit.*, nota núm. 51 al pie de la pág. 48.

(6) GUILARTE ZAPATERO, Vicente, *El derecho de superficie*, edit. Aranzadi, Pamplona, 1966, pág. 268.

(7) DE LOS MOZOS, José Luis, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, edit. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, págs. 333 y 334.

(8) CAMPOS PORRATA, Alberto, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 242.

(9) GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *La superficie urbana (El derecho de superficie en la Ley del Suelo y Legislación Hipotecaria)*, edit. Instituto García Oviedo de la Universidad de Sevilla con colaboración del Ayuntamiento de Sevilla, Sevilla, 1960, pág. 125.

(10) *Op. et loc. cit.*

Por su parte, MEZQUITA DEL CACHO considera que las normas supletorias en lo relativo al pago del canon —para el caso de que se haya pactado— serían las de los censos del Código Civil, porque la propia Ley del Suelo —arts. 160 y 161— remite a las normas del tanteo y retracto enfitéuticos para la regulación supletoria del tanteo y retracto superficiarios (11). Acaso esto signifique que concibe, de algún modo, como jurídico-real la obligación de pagar la contraprestación.

Aprobada la Ley del Suelo de 1976, y pese a que se amplía la enumeración de las diferentes especies de contraprestación, incluyendo la adjudicación de viviendas o locales o de derechos de arrendamiento, los autores siguen considerando que la obligación de pago tiene naturaleza personal. No obstante, se sigue realizando esta afirmación a propósito del canon o renta periódica: AMENGUAL PONS (12), PUIG BRUTAU (13). En relación al TRLS de 1992, los autores no suelen abordar esta cuestión (14).

### 3. SIGNIFICACIÓN DE CADA UNA DE LAS POSIBLES TESIS Y SUS CONSECUENCIAS

La posibilidad de otorgar a la obligación de pagar el precio una *eficacia meramente personal*, entiendo que no plantearía, desde el punto de vista conceptual, ningún problema. Estaríamos ante lo que ALBALADEJO refería como *mezcla de derechos reales y de obligaciones*, es decir, situaciones que dan conjuntamente poderes directos de alguien sobre una cosa y obligaciones a cargo de alguno; alude también este autor a un contenido obligacional conexo con el derecho real o de *derecho real con obligaciones secundarias* (15).

---

(11) MEZQUITA DEL CACHO, José Luis, «El derecho de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956», en *Revista de Derecho Privado*, 1957, págs. 759 y 760.

(12) AMENGUAL PONS, Pedro J., «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 642: *Al tener el canon el carácter derecho personal...*

(13) PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de Derecho Civil*, Tomo III, vol. 2.º, edit. Bosch, Barcelona, 2.ª ed., 1979, pág. 157: *La obligación de pago del canon no tiene eficacia real.*

(14) Vid. que no plantean esta cuestión: NAVARRO VIÑUALES, José M.ª, *El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las Disposiciones Transitorias en la Ley de Censos catalana*, edit. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 67 y sigs.; BLANQUER UBERÓS, Roberto, *Acerca del derecho de superficie*, edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pág. 104 y sigs.

(15) ALBALADEJO, Manuel, *Derecho Civil*, III, *Derecho de bienes*, 9.ª ed., edit. JMB, Barcelona, 2002, pág. 19. También Díez Pícazo, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, vol. II, edit. Tecnos, 4.ª ed., 1995, pág. 80.



Pero, ¿qué significaría dotar al acuerdo sobre la contraprestación de *eficacia jurídico-real*? Hay que tener en cuenta que esta posibilidad puede ser entendida de diferentes maneras.

Por un lado, podría concebirse que quien tiene derecho a cobrar el precio detentaría un poder similar al que tiene el titular de un derecho real, en el sentido de poder hacerlo efectivo directamente sobre la cosa y *erga omnes*. Nos encontraríamos entonces ante casi —o sin casi— un derecho real sobre el derecho de superficie o, en su caso, sobre la propiedad superficiaria. Sin embargo, estructuralmente sería difícil entender que las cosas son así porque estamos hablando de una contraprestación, es decir, de un precio debido por alguien —concretamente por el superficiario— lo cual es incompatible con el concepto de derecho real, en el que no hay propiamente un sujeto directamente obligado, sino que el titular del derecho real lo puede ejercer directamente sobre el objeto con exclusión de los demás.

Por ello, acaso sea mejor entender que no es ese el sentido que hay que dar a la consideración de que la obligación de pagar la contraprestación tenga eficacia jurídico-real, sino que quizá haya de pensarse en el ámbito conceptual de las figuras intermedias o mixtas entre los derechos de crédito y los derechos reales, concretamente, habría de valorarse la posibilidad de que la obligación de pagar una contraprestación por parte del superficiario fuese una obligación *propter rem*. Este tipo de obligaciones son definidas por Francisco HERNÁNDEZ GIL, como *aquellas relaciones jurídicas obligatorias cuyo sujeto pasivo es cualquier persona que se encuentre en cierta posición jurídica respecto a una cosa, y las cuales se transmiten o extinguen con la transmisión o extinción del derecho real individualizador, pudiendo el deudor liberarse del deber mediante la renuncia o el abandono del derecho sobre la cosa* (16). Para este autor este tipo de obligaciones se caracteriza estructuralmente porque el sujeto pasivo, es decir, quien resulta obligado a pagar la contraprestación, se determina por ser titular de un derecho real, mientras que el sujeto activo, es decir, quien tiene derecho a cobrarla puede concretarse, bien por la titularidad de un bien o derecho real, bien por una relación de carácter personal (17). Por otro lado, dice este autor que, en este tipo de obligaciones: *El acreedor no puede pretender satisfacer su crédito específicamente sobre la cosa* (18).

---

(16) Vid. HERNÁNDEZ-GIL, Francisco, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 850 y sigs. Más recientemente, sobre este tipo de obligaciones, puede consultarse DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La obligación real en el Derecho de bienes*, edit. por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

(17) *Op. cit.*, pág. 861.

(18) HERNÁNDEZ GIL, Francisco, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 862.

Obsérvese que esta segunda posible alternativa que se plantea a la configuración personal de la obligación de pagar la contraprestación no es la de si el derecho a cobrarla consiste en un derecho real —lo cual permitiría al acreedor del precio hacer valer su derecho directamente sobre el edificio en propiedad superficiaria y no habría un sujeto directamente obligado—; lo que estamos contemplando es si, considerando que nos encontramos ante una relación obligatoria, se debe o no dar a la misma algún componente jurídico-real, el cual se cifraría concretamente en que el sujeto pasivo vendría determinado por la circunstancia de detentar una específica titularidad jurídico-real. Estaríamos en el ámbito de las obligaciones *propter rem* u *ob rem*.

Las diferentes consecuencias que acarrea considerar que la obligación de pagar la contraprestación tiene un tipo u otro de eficacia no se perciben cuando dicha obligación es cumplida, sino cuando habiéndose incumplido, además, se ha operado algún tipo de transmisión, bien del suelo, bien del derecho de superficie. En efecto, incumplida la obligación de pagar el precio, la determinación de quién puede exigir su cumplimiento o la responsabilidad por incumplimiento y ante quién se puede plantear tal pretensión, puede depender de la naturaleza que se otorgue a dicha obligación.

a) SUJETO FRENTE A QUIEN SE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Si a la obligación de pagar la contraprestación se le dota de una eficacia meramente obligacional o personal, sólo podrá reclamarse su cumplimiento al sujeto a quien se concedió el derecho de superficie, sea superficiario, o no, en el momento de proceder a la reclamación, salvo que haya mediado una transmisión válida de dicha deuda (para lo que es necesario consentimiento del acreedor —cfr. art. 1.205 del Código Civil—), en cuyo caso deberá reclamarse a quien ha asumido dicha deuda.

Si, por el contrario, a la obligación de pagar la contraprestación se le dota de la eficacia propia de una obligación *propter rem*, el sujeto frente a quien se puede reclamar el cumplimiento o la responsabilidad por incumplimiento puede variar, de manera que será uno u otro en función de si se ha producido o no alguna transmisión del derecho de superficie.

Si no ha mediado ninguna transmisión del derecho de superficie el sujeto frente a quien se puede reclamar la responsabilidad por incumplimiento va a ser el mismo que si al acuerdo sobre la contraprestación se le dota de eficacia personal. De manera que tampoco tiene consecuencias —en orden a la determinación del sujeto frente a quien se puede reclamar el cumplimiento o la responsabilidad por incumplimiento— la diferente naturaleza del acuerdo

sobre la contraprestación cuando, incumplida ésta, no ha habido ninguna transmisión del derecho de superficie.

Ahora bien, si el derecho de superficie se ha enajenado, y consideramos la obligación de pagar la contraprestación como una obligación *propter rem*, es seguro que, teniendo en cuenta que la principal característica de este tipo de obligaciones es la forma de determinación del sujeto pasivo o deudor de la misma, el acreedor de dicha obligación debería reclamar la contraprestación incumplida de quien en cada momento fuera titular del derecho de superficie. Es decir, la transmisión del derecho de superficie implicaría necesariamente la transmisión de la obligación de pagar la contraprestación en la medida en que la misma no hubiera sido cumplida.

b) SUJETO QUE PUEDE RECLAMAR POR EL INCUMPLIMIENTO DE LA CONTRAPRESTACIÓN

Si el acuerdo sobre la contraprestación fuera meramente personal u obligacional, sólo podría exigir el cumplimiento de la misma el concedente del derecho, aunque después enajenara la propiedad del suelo, salvo que se hubiera transmitido el crédito o derecho a cobrar dicha contraprestación.

Si se considera, sin embargo, que el acuerdo sobre la contraprestación origina una obligación *propter rem*, habrá que precisar si, ante el supuesto de incumplimiento de la misma, el acreedor que podría exigir el cumplimiento, variaría en los casos en que se produce una transmisión del suelo. Conviene tener en cuenta, en este orden de cosas, lo antes dicho a propósito de la determinación del sujeto activo o acreedor de las obligaciones *propter rem*, en el sentido de que dicho sujeto puede venir dado, bien por la titularidad de un derecho real, bien por una relación de carácter personal. De tal manera que si se entiende que viene determinado por una relación de carácter personal —que sería la que se derivaría del contrato de constitución del derecho de superficie— el sujeto que podría reclamar el cumplimiento sería el concedente del derecho de superficie aunque después hubiera enajenado la propiedad del suelo. Sin embargo, si el acreedor viniera determinado por detentar una concreta titularidad jurídico-real, que, en este caso, sería la propiedad del suelo, el sujeto que podría exigir responsabilidad por el incumplimiento de la obligación variaría si hubiera mediado una transmisión de la propiedad del suelo, puesto que el nuevo adquirente del suelo sería acreedor de la contraprestación.

#### 4. MARGEN PARA LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD

Ahora bien, hay que tener en cuenta que la configuración de la obligación de pagar la contraprestación como *propter rem* implica que se deroga el principio de relatividad del contrato, plasmado en el artículo 1257.1 del Código Civil, en el sentido de que se reconoce virtualidad al pacto para crear obligaciones que pueden finalmente estar a cargo de un tercero. Por ello hay que valorar la posibilidad que tienen las partes de configurar voluntariamente las obligaciones como *propter rem* (19).

Remitiéndonos al estudio de F. HERNÁNDEZ GIL, cabe decir que, pese a plasmar, este autor, la existencia de tesis que reconocen cierto margen a la autonomía de la voluntad a la hora de crear obligaciones *propter rem*, él no parece proclive a reconocer a las partes esa libertad, considerando que este tipo de obligaciones las establece la ley (20). Por otra parte, los que admiten libertad en orden a la creación de este tipo de obligaciones lo hacen restrictivamente y condicionándolo, por ejemplo, a un buen sistema de publicidad que se encargue de dar a conocer a los terceros que pueden resultar obligados por el pacto, la existencia de dicha obligación (DE LA CÁMARA, citado por HERNÁNDEZ GIL). En este caso conviene precisar que la publicidad de la oponibilidad a terceros de la obligación de pagar la contraprestación estaría, en su caso, asegurada, en cuanto que el derecho de superficie necesariamente tiene que estar inscrito en el Registro de la Propiedad.

Por lo tanto, teniendo en cuenta lo dicho y siguiendo lo que parece ser opinión mayoritaria, no parece que deba reconocérseles a los sujetos libertad para configurar la obligación como les parezca oportuno. De lo que se trata, por tanto, es de comprobar si la Ley del Suelo configura esta obligación como *propter rem* o como personal.

#### 5. ARGUMENTOS A CONSIDERAR

Veamos cuáles son los argumentos en torno a los que debe estructurarse la discusión que nos debería llevar a concluir en un sentido o en otro.

---

(19) Vid., sobre esta cuestión, DE CASTRO VÍTORES, Germán, *La obligación real en el Derecho de bienes*, edit. por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pág. 795 y sigs.

(20) HERNÁNDEZ GIL, Francisco, «Concepto y naturaleza jurídica de las obligaciones *propter rem*», en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pág. 872 y sigs.

A) LA REFERENCIA AL CANON

Si tuviéramos algún interés en dotar a la obligación de pagar la contraprestación de alguna dimensión jurídico-real, y éste fuera nuestro objetivo, podría resultar tentador, apoyarse en el término *canon* usado por el artículo 40.3 del TRLS de 2008, e, invocando el argumento histórico, poner en relación el derecho de superficie con los censos. No debemos obviar, ni olvidar, que el derecho de superficie, en su origen, era una figura censal. De ahí, la mención del artículo 1.611 del Código Civil, en sede de censos, al derecho de superficie, y que se entendiera que el artículo 1.655 le era aplicable.

No obstante, tras la promulgación de la primera Ley del Suelo de 1956, el derecho de superficie adquirió una nueva identidad, diferenciándose del censo, dejando de significar la existencia de dos derechos de propiedad sobre un solo objeto, y articulando jurídicamente una disociación de la propiedad inmobiliaria en dos objetos susceptibles de titularidades diferenciadas.

B) LA CIRCUNSTANCIA DE QUE SE REGULE LA CONTRAPRESTACIÓN

Acaso podría tenerse en cuenta el hecho de que en la Ley se regule la contraprestación; puede ser éste un argumento favorable a la consideración de que la obligación de pagarla tiene alguna dimensión jurídico-real, ya que lo que se está regulando es el derecho real y su contenido. Y en este caso sí es dable traer a colación la figura de los censos en cuanto que es el otro caso de derecho real en cosa ajena en que se regula esta cuestión y en la que, evidentemente, dicha obligación tiene trascendencia jurídico-real.

C) LA LITERALIDAD DEL PRECEPTO: LA REFERENCIA AL *SUPERFICIARIO* COMO DEUDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN

El artículo 40.3 del TRLS de 2008, se refiere a la contraprestación del *superficiario*, es decir, a cargo del superficiario. De manera que podría valorarse que se está fijando al sujeto pasivo o deudor de la obligación en función de una titularidad jurídico-real, de modo que el acuerdo sobre la contraprestación obligaría a quien fuera superficiario en cada momento cronológico, es decir, con independencia de que quien detentara tal posición jurídica, al reclamarse el pago, fuera el sujeto a favor de quien se constituyó el derecho de superficie o fuera otro sujeto que lo hubiese adquirido posteriormente.

Teniendo en cuenta que las obligaciones *propter rem* lo son porque el sujeto pasivo se determina en base a la titularidad de un concreto derecho real

que, en este caso, sería el derecho de superficie, esta mención podría argumentarse para sostener que el precepto está dando tal configuración a la obligación de pagar la contraprestación.

Por otro lado, podría traerse a colación la siguiente expresión contenida en el precepto: *a favor del propietario del suelo*. Podría pensarse que se está fijando el sujeto activo de la obligación también en función de otra titularidad jurídico-real, concretamente, el acreedor sería el propietario del suelo. No obstante, conviene decir que dicha expresión sólo la refiere el precepto a un tipo o especie de contraprestación: la adjudicación de viviendas y locales o de derechos de arrendamiento de unas u otros. Por otro lado, la consideración de una obligación como *propter rem* no depende de que el acreedor se determine en función de una titularidad jurídico-real.

Sinceramente, creo que apoyarse en este argumento que ofrece la literalidad del precepto para considerar que nos encontramos ante una obligación *propter rem* sería muy pobre. Podría decirse, para refutar este argumento, que el texto se está refiriendo al propietario y al superficiario que constituyen el derecho, sin prejuzgar qué ocurre con el derecho a cobrar la contraprestación, ni con la obligación de pagarla, cuando el suelo o el derecho de superficie se transmiten.

Sin embargo, si la conclusión final se decanta, en base a otros argumentos más sólidos, por la configuración de la obligación como *propter rem*, no deberá desdeñarse la literalidad del precepto en relación a la determinación del sujeto pasivo, habida cuenta de que, precisamente, la característica principal de este tipo de obligaciones es que el deudor viene concretado por el hecho de detentar una concreta titularidad jurídico-real.

#### D) LA FUNCIONALIDAD DE LA FIGURA

Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, funcional *se dice de todo aquello en cuyo diseño u organización se ha atendido, sobre todo, a la facilidad, utilidad y comodidad de su empleo; o bien se dice de una obra o de una técnica eficazmente adecuada a sus fines*. Se trata, en este epígrafe, de comprobar cómo el derecho de superficie atiende mejor las necesidades de articulación jurídica que está llamado a cubrir; es decir, si es mejor, más adecuado, otorgar dimensión de obligación meramente personal al acuerdo sobre contraprestación o considerar que, de dicho convenio, surge una obligación *propter rem*.

Sin embargo, creo que la dificultad para llegar a una conclusión en relación a qué es lo más adecuado desde una perspectiva funcional, radica en que, precisamente, la operatividad de la figura está mejor atendida, en unos casos, otorgando a la obligación de pagar la contraprestación dimensión jurídico-

obligacional, mientras que, en otros casos, le conviene cierto alcance jurídico-real.

Me explico: cuando la contraprestación pactada consiste *en una suma alzada* es evidente que las cosas funcionan mejor si la obligación de pagarla se considera de carácter personal. De este modo los sucesivos adquirentes del suelo o del edificio no se verían afectados por lo pactado acerca de la contraprestación entre quienes constituyeron el derecho de superficie, salvo que haya acuerdo expreso de transmisión de crédito o de asunción de deuda, según el caso. Entiendo que lo contrario obligaría a tomar en consideración, a la hora de pactar sobre la transmisión del suelo gravado o del edificio en propiedad superficiaria, el grado de cumplimiento de la contraprestación.

Sin embargo, como vamos a ver a continuación, no ocurre lo mismo en los otros casos, o, al menos, no necesariamente.

Cuando lo que se pacta es una *renta periódica o canon*, parece que sería más adecuado, desde el punto de vista funcional, darle una dimensión jurídico-real al acuerdo sobre la contraprestación, configurándola como obligación *propter rem*. De este modo, los nuevos adquirentes, bien del edificio, bien del suelo, serían quienes tendrían derecho a pagarla o a cobrarla. En este sentido, conviene traer a colación la opinión de ROCA SASTRE que, en relación a la Ley del Suelo de 1956, consideró un error que no se hubiera otorgado naturaleza de obligación *ob rem* a la de pagar el canon pactado como contraprestación (21).

Veamos qué es más funcional cuando nos encontramos ante casos en que el precio consiste en la *adjudicación de la propiedad de viviendas y/o locales*.

La verdadera naturaleza del acuerdo sobre la contraprestación sólo se pone de manifiesto —como ya hemos dicho—, y, por lo tanto, sólo es relevante, en el caso de que, incumplida la contraprestación, se produzca una transmisión.

En tal caso, si se transmite el derecho de superficie:

- El acuerdo sobre la contraprestación tendrá alcance jurídico-real, en el sentido de generar obligaciones *propter rem*, cuando el nuevo adquirente del edificio en propiedad superficiaria tenga obligación de entregar las viviendas o de responder por el incumplimiento de dicha obligación.
- Por el contrario, tendrá efectos meramente personales si al último adquirente del derecho de superficie no puede serle exigido su cumplimiento por el propietario del suelo, que deberá reclamar por incumplimiento al sujeto a quien él concedió el derecho de superficie y que después lo ha enajenado.

---

(21) ROCA SASTRE, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961, nota núm. 51 al pie de la pág. 48.

Si se tratara de una transmisión del suelo, incumplida la contraprestación, podría exigir responsabilidad por dicho incumplimiento: el nuevo adquirente del suelo, si el acuerdo tiene la eficacia jurídico-real mencionada —siempre y cuando, en tal caso, la determinación del acreedor de la obligación *propter rem* se produjera en virtud de la titularidad del derecho de propiedad sobre el suelo—; o bien el constituyente del derecho —transmitente del suelo—, si tuviera eficacia de obligación meramente personal.

Se trata ahora de averiguar si funcionalmente sería mejor una configuración u otra. De entrada, podría pensarse que lo mejor es ir al nivel más débil de efectos y considerar que se trata de un acuerdo de naturaleza personal que no es oponible ni exigible a los terceros adquirentes. De este modo, si el edificio en propiedad superficiaria cambiara de manos, el propietario del suelo no podría ya exigir la adjudicación de las viviendas o locales a su propietario, y podría reclamar por incumplimiento contractual a su contraparte. Aunque acaso, fuera mejor, otorgarle naturaleza de obligación *propter rem*, y permitir al propietario del suelo reclamar al adquirente del edificio en propiedad superficiaria y que éste reclamara —en su caso— por incumplimiento contractual a quien le transmitió el edificio. Depende de si creemos más adecuado poner en mejor situación al dueño del suelo (en cuyo caso es mejor configurar la obligación como *propter rem*) o al adquirente del edificio en propiedad superficiaria (en cuyo caso será mejor hablar de obligación de naturaleza personal).

Y es que, desde una perspectiva funcional, hemos de tener en cuenta cuál es el interés que queremos primar, el del propietario del suelo o el del constructor-superficiario:

- Si creemos más conveniente primar los intereses del constructor será mejor la configuración de la obligación como una obligación de naturaleza personal. De este modo, si el derecho de superficie cambiara de manos, el propietario del suelo, ante el incumplimiento, podría reclamar únicamente a su contraparte. Por otro lado, la transmisión del derecho de superficie sería más fácil si no llevara acarreada la obligación de adjudicar determinado volumen edificado.
- Si, por el contrario, lo que se quiere es primar los intereses del propietario del suelo, sería mejor configurar como obligación *propter rem* la de pagar la contraprestación. Así las cosas, transmitido el derecho de superficie, el propietario del suelo podría exigir el cumplimiento de esa obligación o la responsabilidad por incumplimiento a quien ostentara la titularidad del derecho de superficie en virtud de esa enajenación.

En este sentido, ha de considerarse que el derecho de superficie, en cuanto que articula la construcción legítima o lícita en finca ajena y que, en la medida en que esto es así, puede plantearse su utilización para atender jurí-



dicamente la misma necesidad —siquiera temporalmente— que el contrato de permuta de solar por edificación futura. Aunque esta posibilidad me parece que teóricamente presenta el inconveniente de la temporalidad del derecho de superficie, que determinaría que finalmente el propietario de suelo se quedara con todo el edificio. De manera que creo que, en la práctica, esta forma de articular la construcción legítima en finca ajena va resultar poco atractiva a los constructores. Sin embargo, existen indicios que demuestran que el derecho de superficie sí se está usando con esta finalidad. Así pueden citarse la sentencia de la Audiencia Nacional de 9 de marzo de 2006 (*JUR* 2006/118231) y la RDGRN de 20 de diciembre de 2005 (*RJ* 2006/3890).

En la medida en que esto es así, desde un punto de vista funcional, creo que es mejor dotar a la obligación de la dimensión real a la que nos venimos refiriendo, al menos cuando la posición predominante en el mercado la ocupen los constructores que vendrían a ser los titulares del derecho de superficie para construir. En tal coyuntura entiendo que sería más adecuado —en orden a equilibrar la posición de las partes de la relación— poner en mejor situación al propietario del suelo. De modo que, desde esta perspectiva, acaso fuera más conveniente entender que, aunque el derecho de superficie se enajene, el adquirente tiene obligación de cumplir la contraprestación que consista en la adjudicación de las viviendas o locales que se pactaron como precio (22). De este modo se conjura uno de los riesgos más graves que suscita, en la práctica, el contrato de permuta de suelo por edificación futura y que no es otro que el de que el transmitente del suelo —que lo permuta por viviendas y/o locales a construir por el constructor—, se vea privado de la contraprestación como consecuencia de un embargo de la finca al constructor, ya que el nuevo adquirente en el remate lo adquiriría sin la obligación de entregar las viviendas o locales al que originariamente era dueño del suelo y lo permutó. Si esa obligación fuera *propter rem*, el adquirente del derecho de superficie —en el caso que nos ocupa— debería cumplir la obligación de pagar el precio y entregar la contraprestación consistente en la adjudicación de viviendas y/o locales.

Desde esta perspectiva, por tanto, cabe plantearse si no es más conveniente —por ser más funcional— dotar de cierta eficacia jurídico-real al acuerdo sobre la contraprestación cuando la misma consiste en la adjudicación de locales y/o viviendas.

*En definitiva*, desde el punto de vista funcional, puede concluirse que el derecho de superficie cumpliría mejor sus fines otorgando a la contrapresta-

---

(22) Vid., sobre esta cuestión, aunque en relación a los derechos de sobre y de subedificación, ALONSO PÉREZ, M.<sup>a</sup> TERESA, «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, mayo-junio de 2001.

ción, en unos casos, carácter obligacional o personal y, en otros casos, configurándola como obligación *propter rem*, dependiendo del tipo de contraprestación pactada.

Lo deseable desde el punto de vista funcional creo que sería que la naturaleza de la obligación de pagar la contraprestación dependiera del tipo de ésta y, en algunos casos, de la coyuntura económica.

Tras el análisis efectuado acerca de cómo se atiende mejor la funcionalidad de la figura, creo que no cabe afirmar que, en base a este argumento, sea mejor una determinada configuración de la obligación de pagar la contraprestación u otra, pero lo que sí creo que puede concluirse es que parece evidente que no siempre su configuración como obligación de carácter personal —que *a priori* parece la solución más razonable— es lo más adecuado desde el punto de vista funcional. Y no lo es, al menos en dos de los cuatro tipos de contraprestaciones citadas por el precepto —dejando al margen la reversión de lo edificado—: concretamente, en el caso del canon y de la adjudicación de la propiedad de viviendas —al menos cuando la coyuntura económica produce un desequilibrio en el mercado favorable a los constructores—.

Ahora bien, una cosa es que, desde el punto de vista funcional, sea deseable una determinada configuración de la obligación de pagar la contraprestación y otra cosa es que dicha obligación tenga efectivamente tal caracterización.

E) ALGUNAS CONTRAPRESTACIONES PODRÍA ENTENDERSE QUE ORIGINAN OBLIGACIONES *PROPTER REM*: LA REVERSIÓN, LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES, O DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO. REMISIÓN

Pese al tratamiento uniforme que la Ley parece hacer de la obligación de pagar la contraprestación con independencia del tipo de precio que se pacte, hay que tener en cuenta que en determinados casos parece que necesariamente nos encontremos ante obligaciones *propter rem*. Me refiero concretamente a la reversión, la adjudicación de viviendas y/o locales al propietario del suelo, o, incluso a los derechos de arrendamiento de unas u otros.

Si entendemos que la reversión es una contraprestación, el que va tener que cumplirla, o mejor dicho, quien va a soportarla, va a ser quien sea superficiario en el momento de la extinción del derecho. De modo que podría colegirse que se trata de una obligación *propter rem*.

Sin embargo, no es este el planteamiento correcto, porque —como veremos más adelante— la contraprestación no es, en sí misma, la reversión, por lo tanto, no se trata de comprobar quién la padece. La visión adecuada para comprobar si el hecho de que el acreedor de la contraprestación la reciba por accesión la configura como obligación *propter rem* o no, es la de comprobar

a quién puede reclamarse cuando, llegado el momento de operarse la reversión, no hay edificio que se incorpore a la propiedad del suelo, porque ha habido un incumplimiento de la verdadera contraprestación que es el edificio que debía construir el superficiario a su costa. La obligación de pagar esa contraprestación será *propter rem* o personal en función de si puede reclamar a quien es superficiario en el momento de extinguirse el derecho —*propter rem*— o al sujeto a quien se concedió el derecho en un primer momento —personal—.

Por lo tanto, el hecho de que pueda sufrir la reversión un sujeto distinto al que pactó que el edificio era la contraprestación, no convierte a la obligación de pagar este tipo de contraprestación en *propter rem*.

Lo mismo cabe decir en todos aquellos casos en que la contraprestación puede adquirirse por accesión, lo cual puede producirse en los siguientes casos: adjudicación de viviendas y/o locales a favor del propietario del suelo, o incluso adjudicación de los derechos de arrendamiento sobre los mismos cuando se interpreta en el sentido de que otorga un derecho real al propietario del suelo que permite arrendar diferentes viviendas y/o locales del edificio construido en virtud del derecho de superficie. Me remito, en relación al modo de adquisición de estas contraprestaciones por el acreedor al estudio pormenorizado de cada uno de los diferentes tipos de contraprestación que se desarrolla en la Segunda Parte de este estudio.

F) LA POSIBILIDAD DE PACTOS INDEMNIZATORIOS RELATIVOS A LA INCORPORACIÓN DEL EDIFICIO AL SUELO AL EXTINGUIRSE EL DERECHO DE SUPERFICIE

En mi opinión, hay un aspecto de la regulación del derecho de superficie contenida en el TRLS de 2008 que es novedoso con respecto a las Leyes anteriores y que debe ser considerado para resolver el problema que estamos abordando. Me estoy refiriendo a la posibilidad de que existan pactos relativos a si el propietario del suelo debe pagar alguna cantidad al superficiario cuando se opera la incorporación del edificio a la propiedad del suelo al extinguirse el derecho, en concepto de liquidación del derecho de superficie.

En los Textos Refundidos de 1976 y 1992 esta posibilidad quedaba descartada expresamente por la Ley. Así el artículo 173.2 del TRLS de 1976 y el artículo 289.3 del TRLS de 1992 se pronunciaban exactamente en los mismos términos, diciendo que:

«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».

Por su parte, el artículo 161.2 de la Ley del Suelo, de 12 de mayo de 1956, había regulado esta cuestión de diferente modo:

«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».

Actualmente, el artículo 41.5.2 del TRLS de 2008 dispone que:

«A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie».

En principio, este artículo recoge la dicción de sus precedentes inmediatos —los TR de 1976 y de 1992—, estableciendo que no debe pagarse indemnización; sin embargo, admite la posibilidad de pactos sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie, donde entiendo que se podrán incluir acuerdos relativos a la indemnización del valor de todo o parte del edificio que se incorpora a la propiedad del suelo (23).

a) *La naturaleza de las obligaciones que surgen de dicho pacto*

Según lo expuesto, las únicas normas al amparo de las cuales se ha podido pactar algo sobre la indemnización del valor del edificio al incorporarse al suelo son la Ley del 56 y el vigente TRLS.

Sin embargo, existen diferencias entre ellas. Estas divergencias a las que ahora me referiré impiden —como hemos dicho anteriormente— que las opiniones de los autores, considerando que se trata de obligaciones de naturaleza meramente personal— y que se pronuncian en relación a la Ley del Suelo de 1956 —citados más arriba al referirnos al estado de la cuestión— sirvan de apoyo y sean tomadas en consideración en relación a la situación normativa actual.

---

(23) BLANQUER UBEROS, Roberto —en *Acerca del derecho de superficie*, edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, vid. pág. 127—, interpreta el inciso en el que se admiten pactos sobre la liquidación del derecho de superficie en el momento de la extinción, en el sentido de que se permite pactar indemnización por el valor del edificio que se incorpora al suelo.

Veamos cuáles son las diferencias entre una Ley y otra: mientras en la de 1956, en defecto de pacto, debe abonarse dicha indemnización; en la vigente, en defecto de pacto, no se debe dicha indemnización. Es decir, en la primera puede pactarse la gratuidad de la incorporación del edificio al suelo; mientras, en la segunda, puede pactarse la onerosidad.

Esto acarrea otra diferencia, a mi modo de ver, sustancial:

- En la Ley de 1956 se establece por ley que, en defecto de pacto en sentido contrario, hay obligación de indemnizar la reversión del edificio. De manera que —salvo que exista pacto de no indemnización— la obligación de indemnizar que establece dicha norma es aplicable al extinguirse el derecho con independencia de que los sujetos de la relación en ese momento sean los que constituyeron el derecho o sean terceros adquirentes: la obligación de indemnizar no se deriva, por tanto, del pacto que pudieron concertar al respecto quienes constituyeron el derecho, sino de la propia ley. Es decir, se consigue que la obligación de pagar esa indemnización sea oponible y exigible a terceros posibles adquirentes del edificio estableciéndola legalmente.
- En el TRLS de 2008 se establece por ley que no hay obligación de indemnizar. Sin embargo, se reconoce a los sujetos que constituyen el derecho de superficie la posibilidad de establecer *normas sobre la liquidación del derecho de superficie*. Entiendo —como he dicho— que, en esos pactos cabe incluir la obligación de pagar una indemnización por el valor del edificio en el momento de extinguirse el derecho de superficie. Evidentemente, la posibilidad de que los constituyentes del derecho de superficie puedan válidamente celebrar un acuerdo con este contenido implica que se les está reconociendo la posibilidad de obligar a un tercero —propietario del suelo al extinguirse el derecho que lo ha adquirido con posterioridad a la constitución del derecho— a indemnizar el valor del edificio. En este caso no es la ley la que obliga al tercero sino el acuerdo válidamente celebrado entre los sujetos que constituyeron el derecho al que, obviamente, se le debe reconocer una dimensión o eficacia jurídico-real, en el sentido de que puede obligar a un tercero ajeno al pacto, es decir, que aparece como obligación *propter rem*.

Abundando en esta idea, tanto la Ley de 1956 como el TRLS de 2008 tienen una semejanza en lo atinente a la regulación de la indemnización del valor del edificio al incorporarse a la propiedad del suelo, ya que en ambos casos cabe pactar en algún sentido: la Ley de 1956 permite pactar que no se indemniza, mejor dicho, permite pactar la extinción de la obligación, mientras la norma vigente permite pactar el nacimiento de la obligación de indemnizar. Por lo tanto, la diferencia es que, mientras en la primera —la Ley de 1956— la eficacia del posible pacto se traduce en extinguir una obligación —la de in-

demnizar—, en la segunda, la eficacia de ese pacto se cifra en hacer nacer esa obligación. Entiendo que cuando alguien extingue una obligación, renuncia a un derecho y, luego, no puede hacer renacer ese derecho únicamente por transmitir a otro la titularidad jurídica que le permitió tenerlo y, en consecuencia, renunciarlo; pues eso afectaría, sin tener posibilidad de consentirlo, al sujeto pasivo, es decir, al deudor obligado a pagar esa indemnización. Si el constituyente del derecho de superficie como superficiario pacta no cobrar indemnización, es decir, renuncia a cobrar esa indemnización que por ley le correspondería, no puede pretenderse que, en aras a la eficacia meramente personal del pacto que la extingue, esa obligación renazca para el propietario del suelo cuando el superficiario transmita el edificio en propiedad superficial, es decir, cuando el superficiario sea otro individuo distinto al que lo era cuando se constituyó el derecho. Razones de seguridad jurídica y de sentido común entiendo que lo imponen así.

En el TRLS de 2008, la eficacia del pacto sobre la obligación de pagar una indemnización por el valor del edificio que se incorpora a la propiedad del suelo consiste en hacer nacer una obligación de pago de una indemnización. Evidentemente a este pacto, en el caso de que se produzca, debe dársele algún tipo de eficacia jurídico-real, puesto que esa indemnización se pacta para el momento de extinguirse el derecho con independencia de quiénes sean los sujetos afectados en ese momento, es decir, con independencia de que lo sean los que constituyeron el derecho o sean otros. Ha de considerarse que la existencia de un pacto de estas características no limita la posibilidad de transmitir las titularidades jurídico-reales afectadas. Menos aún si se tiene en cuenta que el artículo 41.4 permite enajenar el suelo al propietario sin necesidad de que consienta el superficiario; de tal manera que se está reconociendo expresamente en la ley que esa obligación de indemnizar pactada entre los constituyentes del derecho pueda serle exigida al posterior adquirente del suelo.

Por lo tanto, los pactos relativos a la indemnización del valor del edificio en el momento de extinguirse el derecho, ha de reconocerse que determinan el nacimiento de una obligación *propter rem* que deberá cumplirse por quien sea propietario del suelo al extinguirse el derecho de superficie. De modo que, en la propia Ley, se reconoce virtualidad al contrato, al acuerdo entre las partes, para hacer surgir obligaciones *propter rem*.

Ahora bien, ¿guarda la incorporación del edificio al suelo al extinguirse el derecho de superficie alguna relación con la contraprestación?

b) *¿Guarda relación la incorporación del edificio al suelo con la contraprestación?*

El interés que puede tener, a efectos de determinar si el acuerdo sobre la contraprestación hace surgir una obligación *propter rem* o una obligación

meramente personal, la afirmación de la posible dimensión jurídico-real que puede otorgarse a los pactos sobre liquidación del régimen del derecho de superficie, entre los que puede estar un acuerdo que obligue a indemnizar el valor del edificio en el momento de extinguirse el derecho, depende de que la reversión o —mejor dicho— la incorporación de la propiedad al suelo pueda configurarse como contraprestación o no.

b.1) Acerca de si la reversión puede ser una especie de contraprestación

Al igual que las normas estatales que precedentemente habían venido regulando la contraprestación del derecho de superficie, el artículo 40.3 del TRLS de 2008 alude, en su inciso final, a la reversión total de lo edificado.

Es obvio que el propio texto legal parece tener a la reversión en un concepto distinto al del resto de modalidades de contraprestación porque alude a ella con un *sin perjuicio*. E incluso podría plantearse, en base a la expresión literal de la norma, si realmente se la concibe como posible precio a pagar por el superficiario. De ahí que debamos abordar si la reversión o incorporación puede considerarse una especie de contraprestación o no.

Podría decirse, en este orden de cosas, que la reversión no puede configurarse como un precio a entregar, puesto que dicha incorporación de la propiedad del edificio a la del suelo no es una obligación que alguien deba cumplir, nadie puede cumplir con esa pretendida obligación de *reversión* o incorporación. Se trata de un efecto que se produce automáticamente, *ipso iure*, con independencia de la voluntad de los sujetos que se puedan ver afectados. El propietario del suelo podrá pedir ante los Tribunales que se declare que le corresponde la titularidad del derecho de propiedad sobre lo edificado en el solar de su propiedad como consecuencia de la extinción del derecho de superficie y de la operatividad y eficacia del principio de accesión inmobiliaria; pero no podría demandar al titular del derecho de superficie para que cumpla con la obligación de *revertir*. De donde podemos extraer la idea de que la reversión no debe entenderse como una especie de contraprestación.

A esta línea de pensamiento contribuyen las dudas que suscita la lectura del artículo 41.5.2 del TRLS de 2008 cuando dice que, en el momento de la extinción, la propiedad del suelo incorpora la del edificio sin indemnización *cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho*. Teniendo en cuenta que, en este contexto la referencia al *título*, según creo, no puede referirse más que a si el derecho se ha constituido a título oneroso o gratuito, podría entenderse que este precepto concibe que la consideración de la relación como onerosa o gratuita no depende ni de la reversión ni de las circunstancias en que la misma se opera.

Y, sin embargo, alguna relación debe existir entre la reversión y la contraprestación cuando el propio artículo 40.3, al regular la contraprestación, menciona la reversión del edificio. En este orden de cosas, hay que decir que, por otro lado, es indudable que la incorporación de la propiedad del volumen edificado a la propiedad del suelo al extinguirse el derecho va a ser considerada por las partes a la hora de constituir el derecho de superficie, siendo valorada para calibrar el equilibrio de las prestaciones que se intercambian.

Para apoyar la consideración de que la incorporación de lo edificado al suelo sí puede constituir una contraprestación puede traerse a colación la expresión literal del artículo 158.3 que, en la Ley del 56, se refería a la contraprestación que decía que *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*. Es evidente que, aquí, la reversión no es tratada de modo diferente a las otras contraprestaciones y se concibe como una especie más.

Por otro lado, la doctrina suele plantearse si realmente cabe la gratuidad del derecho de superficie en cuanto que siempre se produce la reversión, lo que implica que dicha reversión es considerada a efectos de determinar las prestaciones intercambiadas (24).

b.2) La contraprestación o precio no es la reversión sino el edificio que revierte

En mi opinión, creo que la cuestión suscitada acerca de si la reversión debe considerarse una especie de contraprestación, se resuelve si se adopta la perspectiva adecuada. Y es que, desde luego, la reversión, en sí misma considerada, como efecto de la extinción del derecho de superficie, no puede considerarse un tipo de contraprestación. Lo que realmente configura la contraprestación o precio es la *transmisión de la propiedad del volumen edificado* que se produce como consecuencia de la inexorable reversión. Lo que ocurre es que la incorporación de dicha contraprestación al patrimonio del propietario del suelo, incrementándolo —en su caso—, se produce precisamente cuando se extingue el derecho de superficie y el principio de accesión inmobiliaria recupera su eficacia. Por lo tanto, asistimos a una equiparación o confusión entre el precio propiamente dicho —lo edificado— y el efecto que provoca que el acreedor de dicha contraprestación lo incorpore a su

---

(24) NAVARRO VIÑUALES, José M.<sup>a</sup>, *El derecho de suelo. El derecho de superficie urbana. Las Disposiciones Transitorias en la Ley de Censos catalana*, edit. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997, pág. 773.



patrimonio —la reversión o incorporación—. De manera que, en realidad, cuando el artículo 40.3 habla de la reversión como contraprestación, hay que entender que la verdadera contraprestación que debe considerarse mencionada es la *propiedad de lo edificado sobre el solar*.

Vistas así las cosas, creo que no queda sino afirmar que la reversión, entendiendo que, cuando se alude a ella, se hace referencia a la adquisición de la propiedad de lo edificado que se produce cuando tiene lugar, sí debe concebirse como una contraprestación. Por lo tanto, la calificación de la relación jurídico-real como gratuita u onerosa no puede prescindir ni de la reversión, ni de las circunstancias en que ésta se opera.

Teniendo esto en cuenta habrá que ver si puede procurarse una interpretación diferente a la más arriba apuntada para los dos preceptos tomados en consideración.

En cuanto al primero —art. 40.3—, ya hemos dicho que aunque menciona el fenómeno —reversión— por el cual el acreedor de la verdadera contraprestación —el edificio— la incorpora a su patrimonio, en realidad hay que entender que se refiere a la adquisición de la edificación que se produce al tener lugar la reversión, o mejor dicho, incorporación.

En cuanto al segundo —art. 41.5.2—, teniendo en cuenta que es un precepto dedicado a regular los efectos de la extinción del derecho real de superficie, entiendo que, aquí, más que determinar que la consideración de la relación como onerosa o gratuita debe prescindir de la circunstancia de la reversión, lo que se ha querido es reafirmar, para que no haya lugar a duda, la imperatividad de la reversión al extinguirse el derecho de superficie, con independencia de que la relación se haya pactado a título oneroso o gratuito.

c) *Posible aplicación extensiva a otras obligaciones*

Por lo tanto, si admitimos que —según lo dicho— la reversión o incorporación del edificio al suelo puede guardar relación con la contraprestación, en cuanto que viabiliza o articula que el propietario del suelo adquiera lo edificado, habrá que entender que cualquier acuerdo relativo a dicha incorporación o reversión, va a formar parte del pacto sobre la contraprestación, en cuanto que las partes, indudablemente, han considerado ese aspecto de la relación para valorar el equilibrio de contraprestaciones intercambiadas.

Habida cuenta de que, al posible acuerdo sobre la indemnización del valor del edificio al extinguirse el derecho —que podría considerarse un aspecto más del pacto sobre la contraprestación—, la ley le otorga —aunque sea de manera probablemente no pretendida— alguna dimensión jurídico-real, en el sentido de que permite que de él surjan obligaciones *propter rem* a cargo del propietario del suelo: ¿No podremos entender que esto también es extensible

al resto de obligaciones que a cargo del superficiario surjan del acuerdo sobre el precio?

Puede replicarse a esta sugerencia que es evidente que el acuerdo sobre la indemnización va a desplegar su eficacia en el momento en el que se extingue el derecho y que, evidentemente, eso dota al acuerdo de cierta dimensión real, configurando la obligación de pagar dicha indemnización como *propter rem*. Circunstancia que no concurre en el resto del contenido del acuerdo relativo a la contraprestación, referido a si existe o no contraprestación y de qué tipo. Aunque, esa misma característica tiene el precio cuando se fija una renta periódica o canon, en cuanto que se sabe que se va a tener que abonar durante toda la vida del derecho de superficie.

Por otro lado, podría decirse, para refutar este argumento que, en realidad, el artículo 41.5.2 del TRLS de 2008, no se refiere a una indemnización por el valor del edificio, sino que habla de liquidación del derecho de superficie, es decir, parece aludir a la liquidación de un estado posesorio, por lo tanto, el acuerdo que adopten las partes al respecto está dotado *per se* de un contenido jurídico-real, en cuanto que se refiere a la posesión.

Sin embargo, el resto del contenido del acuerdo sobre la contraprestación va a estar condicionado por el pacto sobre indemnización del edificio; en definitiva, creo que el precio y, en consecuencia, el carácter oneroso o gratuito de la relación, va a depender de si hay o no obligación de indemnizar el valor del edificio. Con lo cual podría sostenerse que la naturaleza de esta obligación, que sería *propter rem*, debería extenderse a todo el contenido del pacto sobre el precio. Si quien es superficiario al extinguirse el derecho de superficie no es a favor de quien se constituyó originariamente el derecho y, al extinguirse éste, puede llegar a recibir una indemnización por el valor del edificio, puede parecer adecuado, sensato, justo, exigirle que pague la contraprestación pactada al propietario del suelo si quien a él le transmitió el derecho de superficie no la pagó.

## 6. CONCLUSIÓN

A la vista de lo expuesto parece que hay argumentos —no sé si suficientes— que no sé si sirven para convencernos de que, con carácter general, la obligación de pagar la contraprestación a cargo del superficiario es configurada por el legislador como obligación *propter rem*; pero lo que sí permiten —cuando menos— es poner en duda la intuición inicial de que a la misma haya de dársele, con carácter general, eficacia personal u obligacional.

Por su parte, el análisis de qué configuración de la obligación de pagar la contraprestación hace más funcional al derecho de superficie no sé tampoco si permite afirmar, con carácter general, que una opción sea preferi-

ble a la otra desde esta perspectiva. Lo que sí nos permite percibir es: por un lado, que no siempre lo más adecuado en este sentido será configurarla como obligación de carácter personal y, por otro, que acaso su conformación como *propter rem* sería útil en más casos de los que a primera vista pueda parecer. De manera clara, sería preferible cuando el precio pactado es un canon o renta periódica, o consiste en la adjudicación de viviendas y/o locales y se quiere primar el interés del propietario del suelo.

Teniendo estas ideas en cuenta, creo que la regulación de la posible indemnización del valor del edificio construido en régimen de propiedad superficiaria al extinguirse el derecho, podría representar un argumento de Derecho positivo en orden a configurar la obligación de pagar la contraprestación como obligación *propter rem*, siempre y cuando se entienda que dicha normativa otorga al acuerdo *inter partes* virtualidad para generar una obligación *propter rem* a cargo del propietario del suelo —la de pagar una indemnización por el valor del edificio—; de modo que también podría hacerse extensiva esa posibilidad a las obligaciones que, de dicho acuerdo, surgieran para el superficiario.

Sin embargo, creo que existirán muchas reticencias —yo también las tengo— a aceptar esta idea, al menos a entender que esto sea así con carácter general.

Una vía alternativa acaso pudiera consistir en considerar que el acuerdo sobre la contraprestación tendrá, de entrada, la naturaleza que las partes le otorguen si es que le dan expresamente una configuración concreta. Sin embargo, ya hemos expuesto más arriba las reticencias de los especialistas en obligaciones *propter rem* a reconocer la vigencia del dogma de la autonomía de la voluntad en este ámbito.

En este orden de cosas, podría entenderse que la Ley da una configuración u otra a la obligación de pagar la contraprestación en función de su especie.

Así, si se acordara que se va a satisfacer un canon o renta periódica habría de interpretarse, que la Ley concibe la obligación como *propter rem*. Si se pacta una suma alzada parece de sentido común entender que la configuración debe ser meramente personal u obligacional. Si el precio consistiera en la adjudicación de la propiedad de viviendas y/o locales, también cabría interpretar la Ley en el sentido de que la obligación de pago del precio es obligación *propter rem* cuando se quiere proteger al propietario del suelo porque el mercado le sitúa en posición de inferioridad; aunque, en este caso, esta interpretación de la Ley chocaría con la que probablemente pretendiera el superficiario-constructor a quien beneficiaría la configuración personal de la obligación, como ya se ha explicado más arriba y que podría ser atendida cuando la coyuntura económica le perjudica. En cuanto al resto de especies de contraprestación, entiendo que puede resultar difícil hacer precisiones al respecto.

Sin embargo, esta sugerencia de posible interpretación de la Ley, choca con la circunstancia de que no parece tratarse de modo diferenciado la obligación de pagar la contraprestación en función de su especie. En realidad, todos los tipos de contraprestación parecen tratarse de manera unívoca.

Creo que sería deseable una mayor concreción acerca de la naturaleza de la obligación de pagar la contraprestación. Es importante para la seguridad del tráfico que las consecuencias jurídicas sean claras y precisas y entiendo que, en este caso, no lo son. Una regulación minuciosa de la naturaleza de la obligación de pagar la contraprestación a cargo del superficiario en función de su especie sería lo deseable, más aún, habida cuenta de que no parece fácil reconocer, en este ámbito, libertad a las partes en orden a configurar de un modo u otro la obligación, en cuanto que se trata de que el pacto produzca efectos para terceros que no son parte del mismo.

## 7. ACERCA DE LA DETERMINACIÓN DEL SUJETO ACTIVO O ACREEDOR DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CONTRAPRESTACIÓN SI SE CONSIDERA *PROPTER REM*

Hemos dicho que la determinación del sujeto activo o acreedor de la contraprestación no es relevante a efectos de configurar la obligación de pagarla como *propter rem*. Es difícil precisar si, en este caso concreto, si entenderíamos que la obligación de pagar la contraprestación fuera *propter rem*, la determinación debería venir dada, en función de una relación de carácter personal u obligacional (que sería el contrato de constitución del derecho de superficie), o en función de la circunstancia de detentar una concreta titularidad jurídico-real. Las consecuencias serían que:

- En el primer caso (determinación en base a relación personal): el acreedor de la contraprestación sería siempre quien concedió el derecho de superficie aunque, después enajenara la propiedad del suelo.
- En el segundo caso (determinación en función de la propiedad del suelo), sería acreedor quien fuera propietario del suelo en cada momento.

Creo que en este caso sí que podrá reconocerse libertad a las partes para optar por un modo u otro de determinación del acreedor de la contraprestación, porque, en realidad, no se trata de crear obligaciones a cargo de terceros que no las consienten, sino de originar derechos que pueden beneficiar a terceros.

Por otro lado, hay un supuesto en el que claramente el acreedor se determinaría en base a la detentación de una titularidad jurídico-real. Me refiero al caso en el que la contraprestación pactada consista en el edificio construido a costa del superficiario que se incorpora —o revierte, en la terminología de la Ley— a la propiedad del suelo al extinguirse la superficie.

SEGUNDA PARTE  
ESTUDIO DE LOS DIFERENTES TIPOS DE CONTRAPRESTACIÓN  
O PRECIO EN EL DERECHO DE SUPERFICIE

INTRODUCCIÓN

A) CUESTIONES VARIAS: LISTA ENUMERATIVA; GRATUIDAD, ONEROSIDAD

En esta segunda parte del estudio vamos a profundizar en el análisis de los diferentes tipos de contraprestación que se mencionan en el artículo 40.3 del TRLS y de los problemas que cada una de ellas pueden plantear. Conveniremos en que la lista contenida en dicho precepto es enumerativa, siendo posible pactar cualquier otra contraprestación siempre y cuando no se vulnere ninguna norma imperativa.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que el derecho de superficie puede ser gratuito, tal y como se desprende del mencionado precepto. Ahora bien, a la hora de calificar la relación como onerosa o gratuita, habrá que tener cuidado con la reversión porque siempre se va a producir y habrá que tener en cuenta las circunstancias que la rodean en orden a concluir si se trata realmente de una relación gratuita, y en caso de que así sea, poder determinar para cuál de los dos sujetos resulta siendo lucrativa. Profundizaremos en dicha cuestión al abordar la reversión como especie de contraprestación.

B) LA SUMA ALZADA Y EL CANON PERIÓDICO

El artículo 40.3 del TRLS de 2008 contempla como posibles tipos de contraprestación a cargo del superficiario, la entrega de una cantidad de dinero de una vez (suma alzada), o periódicamente (canon periódico).

Entiendo que el principal problema que suscitan estos dos tipos de contraprestación es el de la determinación de la naturaleza de la obligación de pagar el precio y del correlativo derecho de su acreedor a cobrarlo. Cuestión, ésta, que ya ha sido analizada en la primera parte de este estudio, de manera que, no van a ser objeto de análisis pormenorizado en esta segunda parte. Nos centramos, por tanto, en el análisis de los otros tipos de contraprestación a cargo del superficiario.

1. LA REVERSIÓN COMO CONTRAPRESTACIÓN, *RECTIUS*, EL EDIFICIO REVERTIDO COMO CONTRAPRESTACIÓN

Al igual que las normas estatales que precedentemente habían venido regulando la contraprestación del derecho de superficie, el artículo 40.3 del TRLS

de 2008 alude, en su inciso final, a la reversión total de lo edificado. Y es que, en efecto, creo que el estudio de la contraprestación a cargo del superficiario no puede obviar ese efecto que imperativamente produce la extinción del derecho de superficie, al recuperar el principio de accesión inmobiliaria la eficacia que había quedado suspendida temporalmente como consecuencia de la constitución del derecho en cuestión. Un análisis adecuado de los diferentes interrogantes que suscita el artículo 40.3, pasa por precisar el significado y alcance que, en materia de contraprestación, hay que dar a la *reversión*, mejor dicho, a la incorporación de la propiedad del edificio a la del suelo.

Ya hemos dicho, en la Primera parte de este estudio, que la reversión en sí misma considerada no podía entenderse como una especie de contraprestación: la incorporación de la propiedad del edificio a la propiedad del suelo es el *vehículo* a través del cual el acreedor cobra la contraprestación propiamente dicha que no es otra que la propiedad del edificio que viene a incrementar su patrimonio en el preciso momento en que se produce la reversión. Nos remitimos a lo dicho anteriormente sobre el particular.

A) CASOS EN QUE EL EDIFICIO QUE SE INCORPORA AL SUELO PUEDE SER CONSIDERADO CONTRAPRESTACIÓN. RELACIONES GRATUITAS Y ONEROSAS

Como digo, entiendo que la consideración del derecho de superficie como oneroso o gratuito no puede prescindir del efecto propio de la extinción del mismo y de las circunstancias en que éste se produce. Ahora bien, dicha afirmación merece ser matizada puesto que la reversión o incorporación de lo edificado al suelo, no va a suponer en todo caso el incremento del patrimonio del propietario del suelo y, por lo tanto, no siempre va a viabilizar el cumplimiento de una contraprestación.

Para determinar en qué casos la reversión es vehículo del pago del precio o no, han de tenerse en cuenta una serie de circunstancias, como son, en primer lugar, el objeto sobre el que se ha constituido el derecho de superficie; en definitiva, si se constituye sobre finca no edificada y en la que, por lo tanto, se va a construir, o si se establece sobre finca ya edificada. Por otro lado, y, tratándose de derechos de superficie para construir o cuya construcción corre a cargo del superficiario, también debe tenerse en cuenta si la reversión se produce con o sin indemnización por el valor del edificio incorporado a la propiedad del suelo (25).

El artículo 40.3 no parece tener en cuenta estas circunstancias y considera *in genere* como contraprestación la reversión de lo edificado, es decir, que pareciera como si en cualquier caso la reversión provocara el cobro del precio

---

(25) BLANQUER ÜBEROS, Roberto, *Acerca del derecho de superficie*, edit. Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pág. 127.

por parte del acreedor. Esto es debido a que la vigente regulación del derecho de superficie arrastra la concepción del mismo como mecanismo de fomento de la construcción presente en las Leyes de Urbanismo que le preceden. De ahí que se tome como prototipo de supuesto de hecho en base al cual formular dicha normativa el de constitución del derecho para construir y, además, para construir a costa del superficiario, relegando a un segundo plano el supuesto de constitución del derecho en relación a un edificio ya existente o cuya construcción deba realizar a su costa el propietario del suelo, concedente del derecho.

Evidentemente, cuando el objeto del derecho de superficie *es una finca ya edificada o sin edificar pero en que la obligación de construcción la asume el concedente del derecho*, la reversión no puede considerarse que viabilice el cumplimiento de ninguna contraprestación. En este caso la construcción no conformaría ningún precio. Es más, en estos casos, si no se ha pactado ninguna contraprestación a cargo del superficiario, la relación sería gratuita, es decir, lucrativa para el superficiario que va a poder explotar económicamente la titularidad del derecho de propiedad sobre el edificio sin pagar nada a cambio.

Ahora bien, no es que este precepto no tome en consideración los supuestos que acabamos de referir, sino que tampoco tiene en cuenta las circunstancias en que la reversión se produce en el supuesto prototípico —*derecho de superficie para construir a costa del superficiario*—, en el cual, tampoco la reversión de lo edificado servirá para cumplimentar el pago de una contraprestación en todo caso, sino que habrá que tener en cuenta las circunstancias en que se produce la misma. Concretamente debe considerarse, en primer lugar, si la reversión se produce mediando, o no, indemnización por el valor del edificio, y, además, ha de tenerse en cuenta el valor de dicho edificio.

Con respecto a la primera circunstancia —si media o no indemnización por el valor del edificio que accede al suelo— el artículo 41.5.2 dice que la incorporación se operará sin indemnización con independencia de que el negocio sea oneroso o gratuito, para seguidamente admitir la posibilidad de pactos sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie. De donde cabe colegir que las partes pueden adoptar acuerdos en el sentido de obligar al propietario del suelo a indemnizar el valor del edificio cuando lo adquiere por accesión. En caso de que no pacten nada, la incorporación se producirá sin necesidad de que medie indemnización. Si la reversión se produce mediando indemnización, evidentemente no puede considerarse el edificio revertido como una contraprestación. Si, por el contrario, no mediara indemnización, debe entenderse que el edificio constituye precio.

Ahora bien, en el caso de reversión sin indemnización todavía debe hablarse más fino y atender al valor del edificio que se incorpora a la propiedad del suelo, ya que sólo habrá que entender que la reversión supone o implica

el pago de la contraprestación cuando dicho edificio tenga cierto valor desde el punto de vista económico, porque si lo que revierte es un edificio obsoleto que no es susceptible de uso y requiere ser derribado, no se podrá considerar contraprestación la incorporación del mismo al suelo.

Por lo tanto, convendremos en que la incorporación del edificio a la propiedad del suelo supone el cumplimiento de la obligación de entregar la contraprestación cuando la construcción ha sido realizada a costa del titular del derecho de superficie, siempre y cuando no deba serle entregada una indemnización por el valor total o parcial (si es parcial se tratará de un negocio mixto, en parte oneroso y en parte gratuito) del mismo al extinguirse el derecho de superficie y que el edificio incorporado tenga algún valor económico en ese mismo momento.

B) EL CUMPLIMIENTO DE LA PRESTACIÓN IMPLICA LA ADQUISICIÓN DE UN DERECHO REAL DE PROPIEDAD SOBRE EL OBJETO EN QUE CONSISTE LA CONTRAPRESTACIÓN

El fenómeno de la incorporación de la propiedad de la construcción al suelo al extinguirse el derecho al que se refiere literalmente el artículo 40.3 con la expresión *reversión* tiene una dimensión jurídico-real indiscutible y va a operarse al margen de quiénes sean el superficiario o el propietario del suelo en el momento de la extinción, es decir, sean los sujetos que constituyeron el derecho o sean otros.

Teniendo esto en cuenta, ha de convenirse en que, extinguido el derecho de superficie y operada, consecuentemente, la incorporación del edificio al suelo, el propietario del suelo es titular del derecho de propiedad sobre el edificio que se ha pactado como contraprestación. Derecho real que, además, puede hacer efectivo directamente sobre la cosa.

Sin embargo, el que esto sea así no significa —como ya hemos dicho precedentemente— que la obligación de pagar la contraprestación en este caso concreto deba considerarse *propter rem*. La naturaleza o eficacia de que hay que dotar a dicho acuerdo no se manifiesta en caso de cumplimiento de la contraprestación sino en los casos de incumplimiento de la misma.

De tal manera que, si llegado el momento de la extinción del derecho, el edificio en que consistía la contraprestación no existe y, por lo tanto, asistimos al incumplimiento de dicha obligación, la exigencia de responsabilidad por el incumplimiento, deberá dirigirla el acreedor de la contraprestación —en este caso es claramente el propietario del suelo— contra el último titular del derecho de superficie, en el caso en que la obligación de entregar la contraprestación se considere *propter rem*, o, contra el sujeto a favor del cual se constituyó el derecho de superficie si dicha obligación se considera como meramente personal.



C) FASE ANTERIOR A LA REALIZACIÓN DE LA EDIFICACIÓN O CONSTRUCCIÓN

Una vez constituido el derecho de superficie en el que se acuerda que la contraprestación a cargo del superficiario consiste en el edificio que, al extinguirse el derecho, revertirá al propietario del suelo, es evidente que el superficiario tiene obligación de construirlo en los términos pactados.

En ese momento el propietario del suelo —acreedor de la contraprestación— no puede ser titular de un derecho real en cuanto que el objeto sobre el que, en su caso, recaería ese derecho no existe todavía. Sin embargo, en cuanto que debe serle entregada dicha contraprestación habrá que reconocerle algún derecho al respecto, debiendo precisarse aquí su alcance y significado.

A este respecto hay que decir que la construcción a realizar por el superficiario siempre se ha contemplado como un derecho del mismo, sin embargo, hace ya tiempo que intenté destacar —aunque en relación a la misma obligación en los derechos de sobre y de subedificación, siendo trasladable al derecho de superficie— que no sólo es un derecho, o más bien una facultad del superficiario, sino que también había de tenerse en cuenta su dimensión de obligación a cargo del superficiario (26). En la medida en que construir en los términos pactados es una obligación, ha de destacarse que el sujeto activo de la misma, es decir, quien tiene derecho a ella, el acreedor de la obligación de construir en definitiva, es el propietario del suelo, cuando la incorporación de la propiedad del edificio al suelo ha sido configurada como contraprestación.

Por lo tanto, en esta fase previa a la construcción, el propietario del suelo no es titular de un derecho real que pueda hacer efectivo directamente sobre la cosa sino que es acreedor de la obligación de construir por parte del superficiario. Sin embargo, podemos preguntarnos acerca de si esta obligación es una obligación personal o es otra su naturaleza.

En el caso de que no haya sido cumplida la obligación de construir (27), es decir, no se haya procedido a edificar en los términos previstos en el título constitutivo, si se da a este acuerdo eficacia obligacional, nos encontramos con que:

- Si se transmite el derecho de superficie, la obligación de edificar no se transmitirá al nuevo superficiario —salvo que medie una asunción

---

(26) Vid. esta misma idea en relación a los derechos de sobre y de subedificación en mi trabajo: «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 665, mayo-junio de 2001.

(27) Tener en cuenta lo que digo, en relación al TRLS de 1992, a propósito de la obligación de construir en determinado plazo y la posibilidad de que se extinga el derecho de superficie, en *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, edit. por el Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pág. 139 y sigs.

de deuda con consentimiento del acreedor —cfr. art. 1.205 del Código Civil—.

- Si se transmite el suelo, el nuevo propietario del solar no podrá exigir al superficiario que proceda a la construcción, ya que sólo estará legitimado para demandar la realización de la construcción quien concedió el derecho de superficie, aunque ahora no sea propietario del suelo. Lo cual no parece tener mucho sentido.

Entiendo que otorgar naturaleza personal a la obligación de construir el edificio —que debe revertir sin mediar indemnización al suelo— no parece ser muy operativo desde el punto de vista funcional, ya que —entre otras cosas— este concreto supuesto de derecho de superficie para construir a cargo del superficiario está ordenado a articular la construcción en finca ajena, de modo que no parece tener sentido que, mediando transmisiones del suelo o del derecho de superficie, dicha finalidad de construcción se pueda ver frustrada. Podría decirse que la obligación de construir forma parte del contenido del derecho real de superficie cuando la implica.

Me inclino más por pensar que nos encontramos —de nuevo— en el ámbito de las obligaciones *propter rem*, cuya dimensión jurídico-real se cifra en que el sujeto pasivo o deudor de la obligación se determina en función de la detentación de una concreta titularidad jurídico-real. Es decir, en este caso, tendría obligación de construir en los términos previstos en el título constitutivo quien fuera titular del derecho de superficie, con independencia de que sea aquel en cuyo favor se constituyó el derecho de superficie o un posterior adquirente del mismo (28).

#### D) FASE POSTERIOR A LA CONSTRUCCIÓN Y PREVIA A LA EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

No puede hablarse de que el propietario del suelo sea, en este momento, titular de un derecho real de propiedad sobre el edificio en cuanto que el derecho de superficie no se ha extinguido. Creo que cabe hablar de la titularidad de un derecho de propiedad sobre el edificio que estaría sometida a plazo inicial, marcado por la fecha de extinción del derecho de superficie.

---

(28) Vid. sobre esta cuestión, aunque en relación a los derechos de sobre y de subedificación mi trabajo: «Una alternativa al contrato de cambio de solar por edificación futura contemplado en el artículo 13 del Reglamento Hipotecario: los derechos de sobre y de subedificación», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 2001, núm. 665, pág. 1062 y sigs.

## 2. LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES

IDEAS PRELIMINARES: POSIBLES SIGNIFICADOS Y CASOS EN QUE LA ADJUDICACIÓN DE VIVIENDAS Y/O LOCALES CONSTITUYE PRECIO

Antes de abordar todos los problemas que puede plantear este tipo de contraprestación hemos de hacer una serie de precisiones.

El artículo 40.3 habla literalmente de la *adjudicación de viviendas o locales a favor del propietario del suelo*. Deben analizarse todas las posibilidades que esta expresión encierra. Así, entiendo que el precepto quiere referirse a la adjudicación en propiedad de dichas viviendas y/o locales; sin embargo, podrían contemplarse otras posibilidades, como la adjudicación del derecho de uso. Además, hemos de contemplar la posibilidad de que el precio consista en la adjudicación de dichas viviendas o locales a un tercero que no sea el propietario del suelo. En este caso, ha de tenerse en cuenta que la atribución del derecho de propiedad de cierto volumen edificado a un tercero implicaría la constitución de un segundo derecho de superficie.

Por otro lado, pareciera como si la adjudicación de viviendas y/o locales siempre pudiera considerarse una contraprestación a cargo del superficiario y, sin embargo, cuando se trata de la constitución de un derecho de superficie sobre edificio ya construido o cuya construcción se obliga a realizar el propietario del suelo, no puede hablarse de contraprestación o precio a pagar por el superficiario. En tal caso, si no se ha pactado otro precio distinto a éste, habría que entender que la relación es gratuita, concretamente, sería lucrativa para el superficiario. Nos encontraríamos propiamente ante una reserva por parte del propietario de la finca de la propiedad o del uso de un determinado volumen edificado. O, más propiamente, podía decirse que el objeto sobre el que recae el derecho de superficie es el volumen edificado sobre la finca excluyendo esas viviendas o locales que se reserva el propietario del suelo.

De modo que, sólo cabe entender que la adjudicación de viviendas y/o locales constituye precio por la constitución del derecho de superficie cuando la realización de la construcción corre a cargo del superficiario. Pero, aun en ese caso, debe tomarse en consideración la posibilidad de que el propietario del suelo deba abonar al superficiario el valor por el edificio que reierte finalmente al suelo; en tal caso, tampoco cabe entender que estemos ante una contraprestación a cargo del superficiario puesto que, al final, el valor de esas viviendas y/o locales que el superficiario ha adjudicado al propietario del suelo mientras estaba vigente el derecho de superficie va a ser recuperado por el superficiario, si es que dicha indemnización incluye el valor de esas viviendas y/o locales; si no lo incluye evidentemente sí que puede afirmarse que la adjudicación de viviendas y/o locales conforma la contraprestación.

A) *Supuesto prototipo: adjudicación del derecho de propiedad al propietario del suelo*

Cuando la contraprestación pactada consiste en la adjudicación de la *propiedad* de cierto volumen edificado al propietario del suelo debemos diferenciar, en orden a precisar la naturaleza del derecho que detenta el propietario del suelo respecto a esas viviendas y/o locales, entre la fase anterior a la realización de la construcción del edificio por el superficiario y la posterior.

- a) El acreedor adquiere la titularidad de un derecho de propiedad sobre las viviendas y/o locales

Una vez que la construcción ha sido realizada por el superficiario ha de considerarse que el propietario del suelo, acreedor de la contraprestación, es titular de un derecho de propiedad sobre dichas viviendas.

En la medida en que esto es así, ha de tenerse en cuenta que ese derecho de propiedad sobre cierto volumen del edificio del que es titular el propietario del suelo, deberá ser respetado por los terceros y será oponible a los posteriores adquirentes del edificio en propiedad superficiaria, o lo que es lo mismo, del derecho de superficie. Ahora bien, el hecho de que el tercero adquirente del derecho de superficie tenga que respetar esa titularidad adquirida por el propietario del suelo, no se debe a que la obligación de pagar la contraprestación sea *propter rem*, puesto que el que la obligación sea o no de ese tipo sólo se evidencia ante los casos de incumplimiento de la contraprestación. Hay que tener en cuenta que la razón de que el nuevo superficiario deba respetar dichas adjudicaciones es el hecho de que él adquiere la propiedad superficiaria del edificio tal cual está configurada en manos del superficiario transmitente, de modo que, éste último sujeto no puede enajenar más que lo que tiene, y la propiedad superficiaria del edificio la detenta en esas condiciones.

Abundando en esta explicación, es indudable que el cumplimiento de la contraprestación en este caso —adjudicación de propiedad de viviendas y/o locales al propietario del suelo— genera una alteración jurídico-real de la realidad que es oponible a los terceros, incluido el adquirente del edificio en propiedad superficiaria. Y tal alteración jurídico-real que consiste en la adjudicación de ciertas viviendas y/o locales, debe ser respetada por el posterior adquirente. De manera que esto no significa que el acuerdo sobre la contraprestación tenga una dimensión jurídico-real, en el sentido de que la obligación de pagarla sea *propter rem*. Como digo, dicha dimensión no se percibe o manifiesta en caso de cumplimiento de la contraprestación, sino más bien, cuando se incumple.

b) Modo de adquisición del derecho de propiedad sobre las viviendas y/o locales

La adquisición de la propiedad de un volumen edificado —concretado en unas determinadas viviendas y/o locales— por parte del propietario del suelo, se produce mediante la incorporación, en virtud del principio de accesión inmobiliaria, de dicha propiedad a la del suelo. Es decir, el propietario del suelo adquiere por accesión esas viviendas y/o locales en cuanto se cumple la obligación del superficiario de construir el edificio en los términos pactados en el título constitutivo del derecho de superficie.

En dicho título constitutivo lo que están concertando los sujetos que constituyen el derecho de superficie es una adquisición de la propiedad de cierto volumen edificado a favor de la propiedad del suelo, de modo que cuando dicho volumen concretado en unas determinadas viviendas y/o locales se construya, se producirá la incorporación, por accesión, de la propiedad de esas viviendas y/o locales a la del suelo. Es como si las partes modularan, a través del pacto, cuál va a ser la eficacia del principio de accesión inmobiliaria, o sea, su operatividad. Además, apoya aún más esta consideración el hecho de que la escritura pública y su inscripción registral sean requisitos constitutivos de eficacia, ahora ya claramente conforme establece el artículo 40.2 del TRLS de 2008.

c) Cómo afectan posteriores transmisiones a la propiedad de las viviendas o locales

Cumplida la obligación de pagar el precio, las consecuencias de posteriores transmisiones del suelo o del derecho de superficie son las mismas con independencia de que la obligación de construir sea de naturaleza personal o real.

Una vez que el propietario del suelo tiene la titularidad del derecho de propiedad sobre las viviendas o locales que constituyen la contraprestación porque se han construido y las adquiere por accesión, *la transmisión del edificio en propiedad superficiaria* no va a afectar a la titularidad de la propiedad de esas viviendas por lo que se ha dicho más arriba: el adquirente del edificio en propiedad superficiaria lo adquiere con la configuración que tiene; existe una realidad jurídico-real que es fruto del cumplimiento de la obligación de pagar la contraprestación que tiene que respetar el adquirente en cuanto que le sea oponible.

En cuanto a cómo puede afectar *la transmisión del suelo* gravado con un derecho de superficie a la propiedad de las viviendas. En tal caso, la propiedad de esas viviendas adjudicadas al concedente del derecho de superficie se ha incorporado por accesión a la propiedad del suelo, extinguiéndose

por consolidación el derecho de superficie con respecto a las mismas. De tal manera que, cuando se pacta la enajenación del suelo, habrá de atenderse al contenido del pacto para ver qué ocurre con la propiedad de esas viviendas o locales:

- Si del pacto resulta que el transmitente del suelo quiere reservar para sí la propiedad de esas viviendas, asistimos a la constitución por reserva de un derecho de superficie que afecta a dichas viviendas. Deberá cumplir con los preceptivos requisitos formales de constitución. Además, como el derecho de superficie es necesariamente temporal, el derecho de propiedad superficiario se extinguirá en el momento que proceda y que no tiene por qué coincidir con la extinción del originario derecho de superficie.
- Si el pacto no es claro sobre este extremo, es decir, no es evidente si el transmitente del suelo quiere reservarse la propiedad —que será superficiaria— de las viviendas y/o locales en el edificio, deberá recurrirse, para interpretarlo, al artículo 1.289 del Código Civil, conforme al cual si el pacto es oneroso debe tenderse a la mayor reciprocidad de intereses. No obstante, ha de tenerse en cuenta que si el transmitente del suelo pretende reservarse la propiedad —que será superficiaria— de las viviendas y/o locales deberá hacerlo en escritura pública e inscribir esa reserva de la propiedad superficiaria en el Registro de la Propiedad. Aunque si la venta del suelo se autorizó en documento público y se inscribió registralmente dicha formalización puede darse por cumplida.

#### B) *Adjudicación del uso de cierto volumen edificado al propietario del suelo*

Hemos dicho al principio que, en cuanto que el artículo 40.3 del TRLS de 2008 no realiza ninguna especificación al respecto, podemos entender que la adjudicación de viviendas y/o locales puede serlo no del derecho de propiedad sino del derecho de uso.

La adjudicación del uso, en este caso, entiendo que debería representar para el acreedor la adquisición de un derecho de uso de naturaleza jurídico-real. Y ello porque la atribución del uso de dichas viviendas y/o locales en función de una relación personal ya estaría contemplada en la posible adjudicación de derechos de arrendamiento, entendidos como derecho a usar las viviendas y/o locales en régimen de alquiler, que más adelante analizaremos.

Nos podemos plantear, en relación a este supuesto, los mismos interrogantes que cuando lo que se adjudica es la propiedad. Así en cuanto a qué casos deberá ser concebida la adjudicación del uso de ciertas viviendas y/o locales como contraprestación o precio, convendremos en que lo será en los mismos casos que lo es cuando el precio consiste en la entrega del derecho

de propiedad sobre las viviendas, es decir, cuando la construcción del edificio corre a cargo del superficiario y no cuando el edificio ya está construido, porque en tal caso estaremos ante una reserva del derecho de uso sobre cierto volumen del inmueble cuya propiedad superficiaria se enajena como consecuencia de la constitución del derecho de superficie.

Al igual que cuando el precio consiste en la adjudicación de la propiedad de ciertas viviendas y/o locales debemos tener en cuenta dos fases de la vida del derecho de superficie: la anterior y la posterior a la realización de la construcción.

En la fase previa a la edificación, creo que puede sostenerse lo mismo que hemos dicho en relación a la adjudicación del derecho de propiedad, en el sentido de que lo relevante es la obligación de construir el edificio que compete al superficiario y que debe ser configurada, a mi entender, como *propter rem*.

Ahora bien, con respecto a la fase posterior a la edificación, hemos dicho que el propietario del suelo, desde el mismo momento en que se construye, adquiere la propiedad de las viviendas y/o locales, por accesión, de manera que es titular de un derecho real de propiedad que puede hacer efectivo directamente sobre la cosa. Cabe formular, al respecto, la siguiente pregunta: ¿puede sostenerse lo mismo cuando el precio consiste en la adjudicación del derecho de uso? En efecto, hay un detalle que puede quebrar el paralelismo entre el supuesto en el que lo que se adjudica es el derecho de propiedad y aquél en el que se adjudica el derecho de uso, y que debemos estudiar antes de proceder al análisis de la naturaleza del derecho del propietario del suelo en la fase posterior a la edificación. Ese detalle es el del modo de adquisición por parte del propietario del suelo del derecho de uso sobre las viviendas y/o locales.

a) En particular, el problema de cómo se opera la transmisión del derecho de uso

En principio, parece que lo normal sería pensar que la transmisión y adquisición del derecho de uso por parte del propietario del suelo se operaría conforme a la *teoría del título y el modo*, de manera que se produciría mediante la transmisión por parte del superficiario al propietario del suelo del derecho de uso una vez que se han construido las viviendas y/ o locales, a través de la entrega de la posesión, del modo que fuera, mediante, por ejemplo, el otorgamiento de la correspondiente escritura pública que operaría como *traditio*, o mediante la entrega de las llaves, etcétera. El título estaría configurado por la constitución del derecho de superficie en que se pacta esa contraprestación.

Admitir esta consideración plantearía una diferencia radical entre este supuesto y el de adjudicación del derecho de propiedad, puesto que no podría defenderse que el propietario del suelo se convierte en titular, como consecuencia de la mera realización de la construcción, de un derecho real que le permita ejercitar sus facultades de uso directamente sobre las viviendas y/o locales. En tal caso, el propietario del suelo tendría derecho a que le entregaran la posesión para perfeccionar la adquisición de un derecho real de uso sobre las viviendas y/o locales. Si la obligación de proceder a la *traditio* la concibiéramos como *propter rem*, en función de lo dicho en la Primera parte del trabajo, el propietario del suelo podría exigir su cumplimiento a cualquier sujeto que ocupara la posición de superficiario.

No obstante, cabría plantear si la propia escritura pública constitutiva del derecho de superficie no haría las veces de *traditio* instrumental. De modo que, en este caso, no sería preciso un comportamiento del superficiario en orden a que se operara la *traditio* para que se produjera efectivamente la transmisión del derecho de uso. En tal caso, el propietario del suelo, por el mero hecho de haberse procedido a la construcción, habría adquirido un verdadero derecho real de uso, pudiéndolo hacer efectivo directamente sobre su objeto.

Vayamos más allá y planteemos si es posible sostener que la adquisición del derecho de uso por parte del propietario del suelo una vez que se ha realizado el edificio puede operarse *por accesión*. La cuestión no es baladí porque existen diferencias cuando la adjudicación se produce de un modo o de otro:

- Si la adquisición se produce como consecuencia de la concurrencia del *título* —constitución del derecho de superficie— y *del modo* —transmisión de la posesión del propietario superficiario al acreedor de la prestación—, es necesario un comportamiento voluntario del superficiario en orden a entregar la posesión y cumplimentar la *traditio* —salvo que se entienda que la escritura de constitución del derecho de superficie suple la entrega de la posesión—.
- En caso de que la adquisición se operara vía accesión, el propietario del suelo sería titular de un derecho real de uso por el mero hecho de realizarse la construcción que podría hacer efectivo directamente sobre las viviendas y/o locales.

Aunque, en principio, el derecho de accesión está pensado en relación al derecho de propiedad, podría sugerirse o plantearse la idea de que, acaso la *vis atractiva* de la propiedad del suelo debería entenderse que se ejerce, no sólo respecto a otros derechos de propiedad que sobre otros objetos inmuebles situados en la finca —delimitada por la superficie del solar— pueda haber, sino también sobre cualquier facultad del dominio relativa a un inmueble situado sobre el suelo y cuya propiedad está disociada de la del suelo, como,



por ejemplo, la propiedad superficiaria del edificio. Me explico: Supongamos que la facultad de uso sobre ciertas viviendas y/o locales que forman parte de la propiedad superficiaria es renunciada por el superficiario. Esa facultad, en cuanto forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre esa finca —que está coyuntural y temporalmente en propiedad separada por mor del derecho de superficie— no es que quede suelta sino que podría entenderse que pasaría a engrosar el contenido del derecho de propiedad sobre el suelo, en virtud de la eficacia propia del principio de accesión inmobiliaria. Es como si este principio determinara la atracción a la propiedad del suelo de toda facultad del dominio que quede libre con respecto a cualquier derecho de propiedad que exista sobre la columna vertical que delimita la superficie en metros cuadrados del solar. Y si cabe entender que las cosas pueden operar así cuando determinadas facultades quedan libres como consecuencia de una renuncia, cuánto más cuando dichas facultades se atribuyen por acuerdo a quien es propietario del suelo. Aunque, acaso, más que de operatividad del principio de accesión inmobiliaria, sea más adecuado hablar de la consolidación del dominio de la propiedad del suelo que incorporaría dicho derecho de uso sobre las viviendas y/o locales pactado como contraprestación.

No obstante, no me pronuncio sobre la viabilidad de esta posibilidad que entiendo que requeriría un estudio particular y profundo, ni sobre si se trata de accesión o consolidación; únicamente la dejo apuntada, y calculo las consecuencias, que, de poderse sostener, se extraerían en relación a la naturaleza del derecho del propietario del suelo a cobrar la contraprestación. De ser viable esta posibilidad, el propietario del suelo, tras la construcción del edificio, sería titular de un derecho real de uso sobre las viviendas y/o locales que podría hacer efectivo directamente sobre las mismas. Si no es viable dicha tesis, tendría derecho a que el deudor de la obligación cumplimentara la entrega de la posesión o *traditio*, con el fin de permitir al acreedor adquirir el derecho real de uso. Aunque, como hemos dicho, la *traditio* podría entenderse cumplida con la escritura de constitución del derecho de superficie y su inscripción registral, no habiendo en tal caso diferencias prácticas entre un modo u otro de transmisión del derecho de uso de esas viviendas.

b) Cómo afecta la posterior transmisión del suelo al derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales

Para finalizar este apartado, podemos plantearnos cómo afecta la transmisión del suelo a la titularidad del derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales. En primer lugar, habría que ver el contenido del acuerdo para saber si dicha titularidad se ve o no afectada. Debiendo tener presente, en caso de duda sobre si la transmisión del suelo engloba la del derecho de uso

sobre ciertas viviendas y/o locales, el artículo 1.289 del Código Civil, ya referido más arriba, que toma en consideración la mayor reciprocidad de intereses.

Si la transmisión del suelo engloba la del derecho de uso, no creo que, desde el punto de vista conceptual se genere ningún problema nuevo, ya que el adquirente pasa a ocupar la posición que con anterioridad tenía el propietario del suelo.

Ahora bien, si del contenido del acuerdo de transmisión del suelo, se deriva que el transmitente del suelo sigue siendo titular de esos derechos, la naturaleza de la relación no varía en cuanto que sigue siendo titular de un derecho de uso sobre la propiedad superficiaria de las viviendas y/o locales concretos que corresponde al superficiario. En cuanto que es un derecho de uso que grava una propiedad superficiaria, en principio, parece que el derecho de uso se tendrá que extinguir al hacerlo el derecho de superficie —si no se pactó expresamente una duración más reducida—. No cabe entender que pueda tener una duración más extensa que la del derecho de superficie en cuanto que, en principio, el propietario del suelo no consiente la constitución de ese derecho de uso, que, por otra parte, tampoco podría consentir, en cuanto que la propiedad del objeto gravado con él corresponde al superficiario.

C) *Adjudicación a un tercero de la propiedad o del uso de cierto volumen edificado*

En principio, el artículo 40.3 del TRLS de 2008 sólo contempla la adjudicación de viviendas y/o locales al propietario del suelo, sin embargo, entendiendo que caben otras posibilidades de contraprestación a las contempladas por dicha lista enumerativa, vamos a analizar el supuesto en el que la propiedad o el uso de cierto volumen edificado se adjudica a un sujeto que no es propietario del suelo. Supuesto que suscita una serie de interesantes interrogantes que pasamos a estudiar.

a) *Naturaleza del derecho del tercero cuando adquiere la contraprestación*

La primera cuestión a que nos enfrenta esta posibilidad es la de analizar la naturaleza del derecho que adquiere el tercero una vez que se le ha entregado la contraprestación.

En el caso de que lo que se le haya adjudicado sea *la propiedad* de cierto volumen edificado, ha de convenirse en que ese tercero es titular de un derecho de superficie y que, por lo tanto, es propietario superficiario de dichas viviendas y/o locales. El derecho se extinguirá cuando lo haga el derecho de

superficie que lo originó, incorporándose la propiedad de ese volumen edificado a la propiedad del suelo.

Por otro lado, hay que precisar que la constitución de este *secundario*, podríamos decir, derecho de superficie cumpliría con las preceptivas formalidades legales que el artículo 40.2 exige para su constitución —escritura pública e inscripción registral— en cuanto que el primer derecho de superficie también cumpliera dichas especificaciones.

Si lo que se le adjudica es el *derecho de uso*, sería titular de un derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales cuya propiedad corresponde al superficiario. La duda que suscita este precepto es si ese derecho de uso se extingue cuando lo haga el derecho de superficie y ello porque el tercer párrafo del artículo 41.5 del TRLS de 2008 dispone que:

«La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario».

La cuestión es que el derecho de uso atribuido al tercero no ha sido impuesto por el superficiario únicamente sino que su constitución ha sido consentida también por el propietario del suelo en el título constitutivo del derecho de superficie. De modo que podría contemplarse la posibilidad de que este derecho de uso atribuido a tercero tuviera una duración superior a la pactada para el derecho de superficie; desde luego que podría ser si se pactara expresamente, pero, si no se dice nada, ¿cuál sería la duración de este derecho? Las soluciones posibles son que se entienda extinguido al hacerlo el derecho de superficie o que se entienda extinguido cuando concurra alguna causa de extinción del derecho de usufructo de las establecidas en el Código Civil. Creo que el hecho de que la constitución de ese derecho haya sido consentida por el propietario del suelo debe llevar a la segunda solución propuesta.

Esta posibilidad de pervivencia del derecho atribuido al tercero con posterioridad a la extinción del derecho de superficie no cabe plantearla cuando lo que se adjudica al tercero es la propiedad de cierto volumen edificado, porque la disociación de la propiedad inmobiliaria sólo cabe por el tiempo máximo fijado en la Ley del Suelo, concretamente en el artículo 40.2 que señala un plazo máximo de noventa y nueve años. De modo que la única posibilidad de pervivencia sería que el derecho de superficie principal tuviera una duración inferior al de noventa y nueve años y para este segundo derecho de superficie se pactara un plazo superior —aunque siempre debería ser inferior al de noventa y nueve años—, o no se pactara nada, en cuyo caso el plazo sería de noventa y nueve años.

b) Modo de adquisición del derecho de propiedad o de uso por el tercero

Evidentemente, debe excluirse la posibilidad de que la adquisición se opere en virtud del principio de accesión —o, en su caso, por consolidación— y debe tenerse en cuenta que necesariamente ha de operarse en virtud de la concurrencia de título y modo. Siendo pertinente destacar que si la escritura pública de constitución del derecho de superficie es firmada por este tercero e inscrita en el Registro puede considerarse la posibilidad de que la misma suponga una *traditio* instrumental, pero no creo que pueda configurarse como tal si dicha escritura no va firmada por el tercero adjudicatario. Si se entiende que concurre la *traditio* con la escritura de constitución del derecho de superficie firmada por el adjudicatario del derecho de uso, éste, una vez construido el edificio, será titular de un derecho real de propiedad o de uso que podrá hacer efectivo directamente sobre su objeto: las viviendas y/ o locales concretos.

### 3. LA ADJUDICACIÓN DE DERECHOS DE ARRENDAMIENTO

El artículo 40.3 del TRLS de 2008 contempla, como posible contraprestación, la adjudicación de derechos de arrendamiento de viviendas o locales a favor del propietario del suelo. Al igual que hemos hecho en relación a la contraprestación consistente en la adjudicación de viviendas y/o locales hemos de analizar todas las posibilidades que encierra la expresión que ahora nos ocupa, la cual puede ser susceptible de varias interpretaciones. Además, por otro lado, puede plantearse también la posibilidad de que esos derechos de arrendamiento se adjudiquen a un tercero que no sea propietario del suelo.

Como digo podemos hacer diferentes lecturas: puede entenderse que se refiere a la cesión del derecho a arrendar determinadas viviendas y/o locales; puede aludir también a que se concede al propietario del suelo el uso de cierto volumen edificado en régimen de alquiler, es decir, como arrendatario; por último, puede significar que el propietario del suelo tiene derecho a cobrar las rentas que el superficiario obtiene como consecuencia de haber alquilado ciertas viviendas o locales, o sea que el propietario del suelo adquiere el derecho de crédito derivado de los contratos de arrendamiento que, como arrendador, celebre el superficiario.

Analicemos cada una de estas posibilidades.

A) CESIÓN DEL DERECHO A ARRENDAR DETERMINADAS VIVIENDAS Y/O LOCALES

a) *Naturaleza del derecho adquirido por el propietario del suelo una vez cumplida la contraprestación: derecho real a arrendar*

Se puede ceder, en concepto de contraprestación, al concedente-propietario del suelo la posibilidad de arrendar viviendas o locales. Partiendo de esta consideración podemos preguntarnos acerca de la cualidad jurídica de ese derecho a arrendar adjudicado —como contraprestación— al propietario del suelo. Acaso deba descartarse su consideración como derecho de crédito (en cuyo caso podría plantearse que se tratara de cesión del derecho a arrendar con facultad de subarrendar), y deba otorgársele una naturaleza jurídico-real, es decir, el derecho del propietario del suelo se ejercería directamente sobre la vivienda o local. Y ello porque creo que parece sensato pensar que lo que se pretende es que ese derecho a arrendar sea oponible frente a otros posibles adquirentes del edificio objeto del derecho de superficie, con lo cual parece más adecuado otorgarle tal eficacia —salvo que las partes expresamente hayan dicho lo contrario—. De modo que el constituyente del derecho-propietario del suelo adquiere un derecho real sobre las viviendas o locales de que se trate que le permite arrendarlas. En esta línea de pensamiento, conviene tener en cuenta que el derecho de usufructo permite arrendar una cosa ajena. Quizás sea conveniente, en orden a solucionar los posibles conflictos que pueden generarse entre el propietario superficiario de las viviendas y locales en cuestión y el concedente del derecho-propietario del suelo con derecho a arrendarlas, aproximar este tipo de contraprestación a la constitución de un derecho real de usufructo a favor del propietario del suelo-constituyente del derecho, aunque no sé si propiamente cabría hablar de usufructo, en cuanto que parece excluirse la posibilidad de que el adjudicatario use personalmente las viviendas y/o locales. No podría decirse, para negar esta posibilidad de aproximar el derecho al usufructo, que nos encontraríamos ante un derecho real en cosa propia, puesto que la propiedad superficiaria de las viviendas y locales en cuestión corresponde al superficiario y no al propietario del suelo con derecho a arrendarlas.

Si entendemos esta expresión según lo que acabamos de exponer, habría que establecer una distinción entre este supuesto y el que podría albergarse en la expresión del artículo 40.3 ya estudiada, *adjudicación de viviendas y locales*. En relación a ese supuesto hemos dicho que podría considerarse la posibilidad de que el precio consistiera en la adjudicación de la propiedad o de un derecho de uso. No hemos prejuzgado la configuración del contenido de ese derecho de uso, pero podría plantearse si se trataba de un usufructo o de un derecho de uso propiamente dicho. Si admitimos que, en aquella expresión, cabe la concesión de un derecho de usufructo como contrapresta-

ción —lo que permitiría disfrutar del objeto arrendándolo—, convendremos en que es prácticamente la misma situación que la contemplada en la expresión *adjudicación de derechos de arrendamiento*, si entendemos que la misma significa la cesión del derecho a arrendar determinadas viviendas y/o locales. Lo que ocurre es que, en este segundo caso que ahora analizamos, no parece tener cabida la posibilidad de que el adjudicatario use personalmente esas viviendas y/o locales y en aquella sí tendría cabida.

Entendiendo de este modo la expresión, es evidente que el adjudicatario cuando recibe la contraprestación será titular de un derecho real que le permite arrendar ciertas viviendas y/o locales.

b) *Modo de adquisición de la contraprestación y naturaleza del derecho antes de cumplirse la contraprestación (Remisión)*

Estas dos cuestiones merecen el mismo tratamiento que en el caso en el que la contraprestación consiste en la adjudicación de un derecho de uso sobre ciertas viviendas y/o locales, en cuanto que, en ambos casos, estamos ante la adjudicación de un derecho real limitado. Por otro lado, también en relación a la cuestión del modo de adquisición habrá de distinguirse aquí —como allí— entre los casos en que se adjudica al propietario del suelo, y los casos en que se adjudica a un tercero.

c) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho adquirido*

Se trata de estudiar ahora qué ocurre cuando, una vez cumplida la contraprestación consistente en adjudicar al propietario del suelo el derecho de arrendar determinadas viviendas o locales, el superficiario enajena su derecho de superficie o el propietario del suelo hace lo propio con el suelo.

*La transmisión del derecho de superficie* no afecta el derecho real del propietario del suelo que le permite arrendar viviendas y/o locales en cuanto que se trata de una titularidad jurídico-real consolidada oponible al posterior adquirente del derecho de superficie que la debe respetar. En realidad, el nuevo superficiario adquiriría la propiedad superficiaria del edificio mermada por la circunstancia de que ciertas viviendas y/o locales de su propiedad están gravados con un derecho real que permite a su titular —el propietario del suelo— arrendarlas.

Más problemas puede plantear la circunstancia de que *el propietario del suelo decida enajenar el suelo*. Ante esta situación las partes del negocio de transmisión del suelo pueden pactar lo que estimen oportuno acerca de la transmisión o no al propietario del suelo del derecho a arrendar esas viviendas.

Pueden pactar la transmisión de ese derecho real que permite arrendar cierto volumen edificado al nuevo adquirente del suelo, lo cual no plantea ningún problema.

Si la transmisión del suelo no implica la del derecho a arrendar las viviendas y/o locales, ese derecho real en cosa ajena se extinguirá cuando lo haga el derecho de superficie que sirve de sustento a la propiedad superficiaria gravada con él

En caso que del pacto no resulte clara la situación en que queda el derecho real a arrendar, puede invocarse lo dispuesto en el artículo 1.289 del Código Civil que aboga por la mayor reciprocidad de intereses. No obstante, podría considerarse un argumento a favor de la transmisión del derecho a arrendar —que hemos considerado que tenía naturaleza real— al adquirente del derecho de propiedad sobre el suelo: el derecho real que otorga la facultad de explotar —usar y disfrutar— económicamente unas viviendas o locales mediante su arrendamiento a terceros, es, en definitiva, una facultad desmembrada del dominio del edificio, y puede entenderse que forma parte del contenido del derecho de propiedad sobre el suelo en cuanto que accede al mismo o se consolida con él cuando el propietario del suelo lo adquiere. Tal cuestión la hemos analizado en relación a la adjudicación del uso de viviendas y a lo dicho allí nos remitimos. Si aceptamos que tal incorporación es posible, podríamos concluir que, en cuanto que entendamos que se ha producido esa incorporación, la transmisión del suelo implicaría la de dicha facultad si las partes no dicen lo contrario, o del contenido del pacto no cabe deducir lo contrario.

#### B) CESIÓN DEL USO DE LAS VIVIENDAS EN RÉGIMEN DE ALQUILER

Como hemos dicho, la mención literal del precepto «adjudicación de derechos de arrendamiento» puede tener otras lecturas. Habida cuenta de que la expresión «derechos de arrendamiento» puede referirse a los derechos que pueden derivarse del contrato de arrendamiento tanto a favor del arrendador como del arrendatario, podría —forzadamente entiendo— entenderse en el sentido de que se ceden al concedente-propietario del suelo los derechos que el arrendamiento otorga al arrendatario. En este caso se estaría cediendo al propietario del suelo el uso de algunas viviendas o locales pero en concepto de arrendatario. Evidentemente, sólo cabría hablar de contraprestación en la medida en que el derecho a usar la vivienda o local como arrendatario fuera gratuito, pues si fuera oneroso estaríamos ante la explotación legítima de la propiedad superficiaria del edificio por su titular —el superficiario—.

a) *Naturaleza del derecho una vez cumplida la contraprestación y antes de cumplirse la misma*

Obsérvese que, mientras en el caso analizado en el epígrafe precedente, al derecho a arrendar adjudicado como contraprestación le hemos otorgado naturaleza jurídico-real, el derecho a usar las viviendas como arrendatario no podría tener tal configuración, sino que necesariamente se trataría de una relación jurídico-obligacional entre el propietario del suelo-concedente del derecho de superficie (que sería arrendatario) y el superficiario (que sería el arrendador).

Ahora bien, creo que ha de diferenciarse aquí el derecho del propietario del suelo una vez cumplida la prestación, y el derecho a que se constituya a su favor esa relación jurídico-obligacional de arrendamiento en la que él aparecerá como arrendatario. El hecho de que, tras cumplirse la prestación, el derecho del acreedor sea jurídico-obligacional, no significa que, antes de cumplirse, el derecho que tiene el acreedor sea meramente obligacional, es decir, vincule personalmente a los sujetos que constituyeron el derecho de superficie. Entiendo que, en relación al derecho del acreedor a que se constituya a su favor la relación arrendaticia, debe tenerse en cuenta lo que se ha dicho en la Primera parte de este trabajo.

b) *Cómo afectan posteriores transmisiones al derecho constituido en cumplimiento de la contraprestación*

Si se asiste a una *enajenación del derecho de superficie*, la solución viene dada por las normas que regulan qué ocurre con el arrendamiento cuando la cosa arrendada se enajena:

- a) Si se trata de arrendamiento para uso distinto del de vivienda, el nuevo adquirente de la propiedad superficiaria debe respetar el alquiler en virtud de lo establecido en el artículo 29 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, conforme al cual: *El adquirente de la finca arrendada quedará subrogado en los derechos y obligaciones del arrendador salvo que concurran en el adquirente los requisitos del artículo 34 de la Ley Hipotecaria*. Conviene destacar que no puede ser el adquirente de la propiedad superficiaria tercero hipotecario conforme al artículo 34 de la Ley Hipotecaria, en cuanto que el derecho de superficie necesariamente está inscrito en el Registro de la Propiedad.
- b) Si el arrendamiento es de vivienda, el nuevo adquirente de la propiedad superficiaria deberá respetarlo durante el tiempo de duración que se fijara en el título constitutivo del derecho de superficie y, si no



hay pactada duración alguna, al menos durante cinco años, a tenor de lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, y habida cuenta de que, como en el caso anterior, no puede revestir los requisitos para ser tercero hipotecario.

Si lo que se *enajena es el suelo*, no tiene que verse afectada la relación de arrendamiento que pueda tener el transmitente del suelo con el superficiario. Además, no cabe entrar a valorar la posibilidad de que el derecho a ocupar la vivienda como arrendatario se transmitiera con la propiedad del suelo, puesto que la relación del arrendatario con el superficiario es de naturaleza personal y, en consecuencia, no puede valorarse aquí la posibilidad de que la facultad de usar la vivienda como arrendatario se consolidara con el dominio, puesto que no hay facultad dominical desmembrada susceptible de incorporarse a la propiedad del suelo.

C) CESIÓN DEL DERECHO A COBRAR LA RENTA DEL ARRENDAMIENTO QUE REALIZA EL PROPIETARIO DEL EDIFICIO EN PROPIEDAD SUPERFICIARIA

Por último, todavía cabe otra posible interpretación: que cuando el artículo 40.3 del TRLS de 2008 se refiere a la adjudicación de derechos de arrendamiento se esté refiriendo al derecho a cobrar la renta por el alquiler que, de las viviendas y locales, pueda hacer el propietario superficiario del edificio (29).

En este caso, habría que ver si el derecho a cobrar la renta es de naturaleza personal o debe dársele trascendencia jurídico-real. Se trata del problema analizado en la primera parte del trabajo a la que nos remitimos, pudiéndose —entendiendo— establecer un paralelismo entre este supuesto y la contraprestación consistente en el pago de una renta periódica.

*RESUMEN*

*ABSTRACT*

*DERECHO DE SUPERFICIE*

*SURFACE RIGHTS*

*Se realiza, en este trabajo, un análisis de la contraprestación que, a cargo del superficiario, puede establecerse como consecuencia de la constitución de un*

*This paper conducts an analysis of the consideration that can be established for the lessee to pay as a consequence of the creation of a real right in the surface of*

---

(29) En este sentido parecen entenderla, en relación al artículo 288.3 del TRLS de 1992: AMENGUAL PONS, Pedro J., «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, pág. 643; también BLANQUER ÜBEROS, Roberto, *Acerca del derecho de superficie*, edit. Colegios Notariales de España, Madrid, 2007, pág. 108.

*derecho real de superficie. En la primera parte, se analiza la naturaleza jurídica de la obligación de pagar la contraprestación. Se aportan argumentos que permiten al menos no tener claro o dudar de la intuición inicial que nos aboca a pensar que nos encontramos ante una obligación meramente personal, sugiriéndose —en base a los argumentos referidos— la posibilidad de valorar si acaso no nos encontramos ante una obligación propter rem. En la segunda parte del trabajo se analizan pormenorizadamente los diferentes tipos de contraprestación enumerados en el artículo 40.3 del TRLS de 2008. Concretamente se estudia la naturaleza jurídica de los derechos que adquiere el acreedor de la contraprestación, así como el modo en que se opera su adquisición.*

*land. In its first part, the paper analyses the legal nature of the obligation to pay a consideration. Arguments are furnished for at least wondering about or doubting the initial intuition that makes us think the obligation is a merely personal one, and it is suggested —on the basis of the arguments given— that the possibility of the obligation's being a propter rem obligation might be entertained. The second part of the paper analyses in detail the different types of consideration listed in article 40.3 of Act 8/2008. More specifically, the paper focuses on the legal nature of the rights acquired by the person to whom the consideration is owed and the way the rights are acquired.*

*(Trabajo recibido el 16-06-08 y aceptado  
Para su publicación el 26-01-09)*