

El nuevo derecho de superficie

por

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Profesora Contratada Doctora.

Departamento de Derecho Civil

Facultad de Derecho UCM

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE.
- III. NOTAS ESENCIALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE (ARTS. 35 Y 36 LS):
 - A) CONTENIDO.
 - B) INSCRIPCIÓN.
 - C) CONSTITUCIÓN.
 - D) RÉGIMEN.
 - E) TRANSMISIÓN, GRAVAMEN.
 - F) EXTINCIÓN. CAUSAS. EFECTOS.
- IV. ANÁLISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE:
 1. DERECHO DE SUPERFICIE, PROPIEDAD SUPERFICIARIA Y PROPIEDAD SEPARADA.
 2. DERECHO DE SUPERFICIE: CONCESIÓN DEL *IUS AEDIFICANDI* Y DERECHO DE MANTENER LA PROPIEDAD DE LA CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE.
 3. CONSTRUCCIÓN UNITARIA O CONSTRUCCIÓN DUALISTA DEL DERECHO DE SUPERFICIE: MODALIDAD URBANA COMÚN Y MODALIDAD URBANÍSTICA.
- V. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN, LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA.

I. INTRODUCCIÓN (1)

El derecho de superficie en su variedad urbana (no rústica) es el derecho real que se constituye sobre suelo o construcción ajena tanto a título oneroso o gratuito de carácter temporal. El derecho real origina dos propiedades separadas diferentes, la propiedad del *dominus soli* (dueño del suelo que es el constituyente del derecho real) y la propiedad del superficiario, la cual, tras la extinción del derecho real que la origina, revierte a manos del dueño del suelo.

Se trata de una institución que no aparece expresamente regulada en el Código Civil, aunque se cita en él, artículo 1611-2.º (2) y en la LH, artículo 107-5.º (3).

Nace por la derogación del principio de accesión. Históricamente se condujo la superficie a la enfiteusis, aunque el propio Código y la doctrina señalan las diferencias.

La evolución y desarrollo del derecho de superficie tuvo lugar en la segunda mitad del siglo xx con la necesidad de expansión de las ciudades y el desarrollo urbanístico que produjo la Ley del Suelo de 1956, y toda la normativa urbanística posterior.

La Ley del Suelo de 1956 instauró el derecho de superficie y le otorgó una utilidad práctica: el fomento de las construcciones, en concreto *viviendas u otras edificaciones* (4). Poco después, apenas tres años más tarde, el Reglamento Hipotecario, en su conocido artículo 16-1.º, desarrolló la inscripción de dicho derecho y su carácter constitutivo, señalando detalladamente cuáles eran los requisitos necesarios para su eficaz constitución (5).

(1) Este trabajo fue objeto de una ponencia en el Seminario de Derecho Registral (Sección Científica 16.ª) de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación el día 14 de febrero de 2008 (Curso Académico 2007-2008).

(2) Artículo 1.611 del Código Civil: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial».

(3) Artículo 107 RH. «Podrán también hipotecarse: ...5.º *Los derechos de superficie*, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real».

(4) La Ley de 12 de mayo de 1956, del Suelo y Ordenación Urbana, dedicó cinco artículos (157 a 161) a la cesión del derecho de superficie en cumplimiento de lo ya anticipado por su Exposición de Motivos, cuyo fin era «construir viviendas y otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación».

Así pues, el apartado 1.º del artículo 157 señalaba que: «*El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación*».

(5) El apartado 1.º del artículo 16 RH de 1959 señala que: «*Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie...*

Más tarde, con la necesaria reforma de la legislación urbanística, el TRLS de 1976 (6) volvió a hacerse eco de la institución, recogiéndola en los artículos 287 a 290, y, sin apenas variaciones (7), pero ampliando el destino que se le podía dar a la institución, haciendo referencia expresamente a construcción de *viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones* determinadas en los planes de Ordenación. Y en su *Exposición de Motivos* se aludió al interés creciente que despertaba la figura en los países de nuestro entorno (8).

Pero poco se utilizó la institución en esos años. ¿Porqué? Tal vez porque las leyes del suelo de 1956 y 1975 fueron pensadas para establecer una acción dirigida a la *creación del suelo*, cuyo principal efecto se dirigió a desarrollar las técnicas de ejecución del planeamiento —conversión del suelo rústico en urbano— y no precisamente para gestionar *operaciones sobre suelo urbano*.

El cambio en el urbanismo se produjo con la Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (9), que motivó la formulación del TRLS de 1992 (10). Y sin embargo en esta ley la

b) Determinación del canon o precio... c) Plazo señalado para realizar la edificación... d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario... e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato... No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso».

(6) Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. *BOE* de 16 de junio.

(7) Los artículos 171 a 174 recogen la institución. Nos interesa el apartado 1.º del artículo 171 que determinó como: «El Estado, las Entidades Locales y Urbanísticas especiales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, cuyo derecho corresponderá al superficiario...».

(8) La Ley 19/1975, de 2 de mayo, de reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en su Exposición (apartado VII) específicamente analizó el derecho de superficie «como fórmula de disociación de la propiedad y del uso del suelo... como figura que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos, se obtienen a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda».

(9) Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo (LA LEY-LEG. 2005/1990).

(10) Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (*BOE* de 30 de junio) en cuyo Capítulo II se regula la figura del derecho de superficie.

Artículo 287. Derecho de Superficie.

1. Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario (*la sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declaró su inconstitucionalidad y nulidad*).

finalidad del derecho de superficie se generalizó, pues el destino al que se hace referencia es a la *construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social*.

2. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

3. El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho Privado (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

Artículo 288. Procedimiento.

1. El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos (*la Sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declara su inconstitucionalidad y nulidad*).

2. La constitución del derecho de superficie deberá ser, en todo caso, formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

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 (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

Artículo 289. Extinción.

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

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

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

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

5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente (*declarado expresamente vigente por la Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones*).

Artículo 290. Beneficios.

La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos (*la sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo, declara su inconstitucionalidad y nulidad*).

La sentencia del TC 61/1997, de 20 de marzo (*BOE* de 25 de abril; corrección de errores de 30 de octubre) declaró la inconstitucionalidad y nulidad del número 3 de la Disposición Final única y, consiguientemente, del artículo 287.1, 288.1 y 290, aprobado por el Estado con eficacia supletoria (11).

Y, ¿qué motivó esta sentencia del Tribunal Constitucional? La Ley 8/1990, de 25 de julio, de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo introdujo importantes novedades en el marco jurídico del urbanismo. Pues aunque afirmaba su intención de atenerse al orden constitucional de competencias, en la práctica establecía un nuevo sistema, por cierto singular en el Derecho comparado, que fue entendido como vulneración del citado orden competencial. Aprobado en 1992 el texto que refundió dicha Ley con el ordenamiento anterior, fue éste el objeto final de la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que anuló la mayor parte de sus preceptos.

Y, ¿cómo afectó esta sentencia a la normativa del derecho de superficie? Pues el Fundamento de Derecho número 38 trató extensamente el derecho de

(11) Tribunal Constitucional, Pleno. Sentencia 61/1997, de 20 de marzo de 1997, rec. 2477/1990. Ponente: RUIZ VADILLO, Enrique. LA LEY JURIS: 9921/1997.

Sentencia que declara la inconstitucionalidad y nulidad de ciertos preceptos del TRLS de 1992 en base a que la Ley 8/1990 pretende agotar las posibilidades que ofrece el artículo 149.1 CE. Según el artículo 149.1.1: las «técnicas» jurídicas del urbanismo pertenecen a la competencia legislativa autonómica y el Estado carece de competencia para regular el urbanismo, la competencia estatal sobre la base del artículo 149.1.1 habrá de limitarse a fijar las condiciones básicas que las Comunidades Autónomas han de respetar a la hora de incidir con su legislación urbanística en el derecho de propiedad y/o en la libertad de empresa o, en su caso, en otros derechos o deberes constitucionales. Pero ello no legitima al Estado para irrumpir en el ámbito específico, secundario, reservado a la competencia autonómica. Pues bien, la Ley 8/1990 ha venido a establecer una nueva regulación básica del derecho a la propiedad sobre el suelo que modifica sustancialmente la hasta ahora vigente. La Ley, en efecto, lleva a cabo una redefinición de los límites y, por lo mismo, del contenido del derecho a la propiedad sobre el suelo, declarando que no forman parte de éste las facultades urbanísticas, y que éstas pueden adquirirse, en las condiciones legales, de la Administración Pública cuando se ostenta la propiedad sobre terrenos afectados al nuevo servicio público —o función pública— del urbanismo, y que la Administración, también en las condiciones legales, podrá privar de su contenido útil propio a la propiedad sobre el suelo, mediante la decisión de afectarlo al servicio público urbanístico. Con esto y alguna determinación más, también contenida en la Ley, el poder legislativo estatal no se ha excedido de lo que es su competencia para determinar las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la propiedad e, implícitamente, de la libertad de empresa. Aunque mediante esta nueva regulación básica del derecho a la propiedad sobre el suelo obligue a modificar algunas Leyes urbanísticas autonómicas.

La cuestión es, sin embargo, que el legislador estatal debería haberse detenido ahí, en orden a establecer una legislación básica sobre los derechos o deberes constitucionales implicados, dejando a las Comunidades Autónomas el modo de regular cómo se articula técnicamente, jurídicamente, la adquisición de las facultades urbanísticas y la incorporación de los particulares al nuevo servicio público urbanístico (municipal, en principio), etc.

superficie (12), y consideró que dicha institución se había convertido en una figura típicamente urbanística, de manera que sobre dicho contenido le correspondería legislar a las Comunidades Autónomas pero, por otro lado, su regulación se conecta con la legislación civil y por lo tanto el *contenido más sustantivo le corresponde establecerlo al Estado*.

El resultado fue la declaración en su fallo que *...son inconstitucionales y nulos el apartado 3 de la Disposición Final única y, consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria: artículo 287, apartado 1; artículo 288, apartado 1; artículo 290...*

La Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 (en adelante, LRSV) incide fundamentalmente en lo recogido en el TRLS de 1992, que es la regulación de las condiciones básicas del derecho de propiedad, en base al artículo 149.1.8.ª CE.

Con carácter genérico cabe poner de manifiesto la dificultad que entrañó la técnica utilizada por el legislador estatal para conocer los preceptos dero-

(12) Fundamento que expresamente señala: «La Generalidad de Cataluña impugna los artículos 136.2, 287.2 y 3, 288.3 y 289 TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística. A ello añade que el artículo 136.2 TRLS tiene un contenido manifiestamente urbanístico al referirse a la demolición o desalojo de las obras o usos autorizados con carácter provisional».

La primera cuestión consiste en determinar si los preceptos impugnados encuentran cobijo en el artículo 149.1.8. CE. Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el Letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el «contenido tradicional» —de los últimos decenios— del Derecho Urbanístico constituiría una suerte de «título atributivo de competencias», de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando.

Una tal concepción, además de «petrificar» o «congelar» el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar, del Derecho Urbanístico, desconocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del artículo 148.1.3. CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema.

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

FALLO: En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional ha decidido estimar parcialmente los recursos contra el texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, y en su virtud: ...Declarar que son inconstitucionales y nulos el apartado 3 de la Disposición Final única y, consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria: artículo 287, apartado 1; artículo 288, apartado 1; artículo 290...

gados y los que se hallaban en vigor, teniendo que acudir continuamente al TRLS de 1992, o, en determinados casos, al TRLS de 1976, y a la legislación autonómica que se encontraban en una fase de desarrollo incipiente, sin olvidar su dispersión.

Pero aunque nos hemos referido sólo al ámbito urbanístico donde se reguló la figura gracias a la LS de 1956, el ámbito urbano no se quedó atrás pues, aprovechándose la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, el artículo 16 pasó a regular la necesidad de detallar los requisitos de la inscripción (13).

Debemos poner de manifiesto como premisa inicial de nuestro estudio, la competencia exclusiva del Estado, artículo 149-1.º-8 CE («*El Estado tiene competencia exclusiva sobre... la ordenación de los registros e instrumentos públicos...*») de coordinar la publicidad registral inmobiliaria. Las soluciones registrales han de ser uniformes en todo el Estado por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y ser de orden público.

En este estado de cosas, y como consecuencia de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de nuevas leyes referentes a otras cuestiones, se modifican también determinados artículos del Reglamento Hipotecario de 1959, a través del *Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre*, entre los que se encontraba el artículo 16-1.º relativo a la inscripción del derecho de superficie, pero la sentencia de la Sala contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, declaró su nulidad radical por entender que tales preceptos eran contrarios a la Ley (entre ellos se encontraba el art. 16 RH).

Pero es que, además, en el citado FJ 13.º se mantiene que «*al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)*». Sobre esta última afirmación profundizaremos más adelante.

II. REGULACIÓN ACTUAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El 1 de julio de 2007 entró en vigor la nueva Ley de Suelo 8/2007, de 28 de mayo, cuya intención es resolver los problemas del mercado inmobiliario español. Para ello, se limitan la actividad y la propiedad privadas, y aumenta la intervención pública. Es una ley bastante conceptual, cuya concreción queda en manos de las Comunidades Autónomas, que son las que tienen la mayor parte de las competencias.

(13) Vid. nota a pie de pág. núm. 5.

La nueva Ley de Suelo introduce una nueva regulación del derecho de superficie en los artículos 35 y 36, para aumentar su operatividad en la construcción de viviendas, y lo configura de dos formas:

- Como facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y vuelo o en el subsuelo de una finca ajena manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones.
- Como derecho sobre construcciones o edificaciones ya existentes, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas.

En ambos casos, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

Baste en este momento destacar únicamente que la propia *Exposición de Motivos* señala con respecto a la figura que «*el contenido del Título se cierra con una regulación del régimen del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario*».

III. NOTAS ESENCIALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE (ARTS. 35 Y 36 LS)

A) CONTENIDO

Derecho real sobre suelo ajeno que posibilita la separación de dos propiedades distintas separadas:

- *El derecho real de superficie atribuye al superficiario* la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena.
- *También puede constituirse dicho derecho* sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

La propiedad del superficiario es temporal como derecho real que es, aunque origine una propiedad especial: propiedad superficiaria separada. Consecuencia de la temporalidad de la institución se halla la reversión total de lo edificado *al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie*.

B) INSCRIPCIÓN

Se determina de forma tajante que: *Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido, se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.*

C) CONSTITUCIÓN

El derecho de superficie puede constituirse a *título oneroso o gratuito*. Y en el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en:

- el pago de una suma alzada,
- de un canon periódico,
- en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo,
- en varias de estas modalidades a la vez.

D) RÉGIMEN

El derecho de superficie se rige por:

- las disposiciones de este capítulo,
- la legislación civil en lo no previsto por él y
- el título constitutivo del derecho.

E) TRANSMISIÓN, GRAVAMEN

El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho.

El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste.

El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

E) EXTINCIÓN

Causas

Se extingue:

- si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución,
- y por el transcurso del plazo de duración del derecho.

Efectos

Propios del transcurso del plazo (causa segunda):

- 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;
- determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

IV. ANÁLISIS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. DERECHO DE SUPERFICIE, PROPIEDAD SUPERFICIARIA Y PROPIEDAD SEPARADA

Hemos partido del carácter de derecho real a través del cual se origina la propiedad superficiaria que se alza sobre la del concedente. Pero, ¿qué significado tiene esa afirmación?

El objeto básico del derecho de superficie es el derecho real de tener y mantener, temporal o indefinidamente en terreno o inmueble ajeno, una edi-

ficación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar. Hasta ahora siempre se había partido de esa idea, pero ahora es la propia ley la que posibilita que el derecho de superficie recaiga sobre una construcción preexistente.

En un sentido amplio podemos señalar que hay dos fases del derecho de superficie. En la primera, con la concesión del derecho de superficie se otorga el derecho real de edificar al superficiario, o simplemente se constituye sobre edificación preexistente, y en la segunda, el superficiario realiza la construcción (o no si ya está hecha, simplemente rehabilitará) y surge la propiedad superficiaria separada, que es el objeto mismo del derecho de superficie.

En el caso de constitución sobre edificación preexistente, en el acto de concesión del derecho se otorga además de la posesión del suelo del *dominus soli*, la propiedad de la edificación superficiaria preexistente con la finalidad de su mantenimiento el cual lleva implícito no sólo la realización de mejoras sino también la posibilidad de reedificar en caso de destrucción.

Por otro lado, no hay que contraponer derecho de superficie y propiedad superficiaria, pues ésta constituye el objeto del derecho, y lo que es más, sin la existencia del derecho, no estaría el superficiario legitimado para realizar las construcciones convenidas sobre el suelo ajeno.

El concedente dispone de la utilidad del suelo como área edificable desde el momento mismo del acto de otorgamiento, y en el instante de la constitución del derecho transmite el goce sobre el suelo, y, a su vez, el derecho y deber de realizar la propiedad superficiaria que además tendrá el carácter de separada; de ahí que ejecutada la construcción, ésta se apoye sobre el objeto propiedad de otro (suelo del concedente).

En el momento de la concesión del derecho de superficie se sientan las bases para lo que en realidad podemos decir que será una futura separación de dos dominios distintos con contenidos diferentes. Todo ello independientemente de que —por ejemplo— aún no se haya materializado el objeto del derecho de superficie, pues no olvidemos que la propiedad superficiaria separada nacerá a medida que se vaya realizando la edificación.

En el supuesto de que el derecho se constituya sobre una edificación preexistente, el dueño del suelo en el acto de concesión otorga el derecho de superficie pero sobre la propiedad superficiaria, en términos de actualidad no de potencialidad.

En ambos casos, una vez realizada la construcción no nace un nuevo derecho de propiedad sobre la edificación, puesto que es su materialización, es el contenido y el efecto típico del acto dispositivo del derecho de superficie, que impide que la regla de la accesión pueda operar en favor del propietario del fundo.

Dos derechos de propiedad que se hallan en un plano de igualdad, frente a aquellos que mantienen el escaso valor de la propiedad del *dominus soli*. Y

ello porque el propietario del suelo mantiene su derecho sobre el mismo, desde que se concede el derecho de superficie, tanto si éste ha iniciado la construcción superficiaria, como si no lo ha hecho aún. En el primer caso, el concedente podrá seguir usando y disfrutando del suelo. El problema se complica en el segundo supuesto pues parece que la propiedad del concedente resulta un poco borrosa. Sin embargo, la solución la hallamos en los diversos derechos de disfrute de la propiedad: el superficiario únicamente tiene derecho a gozar y a disfrutar del suelo en cuanto que mantiene incorporada su construcción sobre el mismo.

Pero centrarnos en el estudio del nacimiento de la propiedad superficiaria nos lleva a plantearnos dos cuestiones: en primer lugar, si la propiedad superficiaria es siempre un supuesto de propiedad separada, y en segundo lugar, si es posible la propiedad separada de las edificaciones o de las nuevas plantas, sin que ello exija la constitución de un derecho de superficie en el primer caso, o un derecho de sobreedificación o subedificación superficiaria en el segundo. Ambas cuestiones están intimamente relacionadas.

En cuanto a la primera cuestión, debemos señalar que no es lo mismo propiedad separada que propiedad superficiaria, aunque pueden coincidir. Desde el punto de vista de su nacimiento, la propiedad separada nace como una verdadera propiedad que concurre, por su necesaria vinculación al suelo, con la propiedad que otro sujeto tiene sobre él, pero que ni lo limita ni lo presupone, sino que concurre en pie de igualdad. Puede ser objeto de tráfico jurídico independiente y su contenido es una cosa en sí misma considerada, que a su vez es susceptible de constituir objeto de derechos separados.

La propiedad superficiaria nace como un gravamen, como una limitación de la propiedad del fundo en favor del superficiario. Estamos ante un derecho real que originará una propiedad separada de carácter temporal (generalmente sometida a plazo o pactada indefinidamente).

La distinción más llamativa reside en la duración de ambas figuras, ya que la propiedad separada se pacta generalmente por el plazo de vida del objeto. Mientras que la propiedad superficiaria es de carácter temporal (sometida a plazo) o teóricamente indefinida o perpetua (14).

El objeto de la propiedad separada, al igual que el de la propiedad superficiaria, es una edificación jurídicamente independiente del suelo en cuanto propiedad plena y en pie de igualdad a la propiedad que corresponde al *dominus soli*. Ambas coinciden en que cada propietario tiene sobre su propiedad todas las facultades del dominio, siempre respetando la propiedad ajena sobre la que se alza su objeto. El propietario superficiario tiene la titularidad

(14) Como así lo establece en nuestro ordenamiento la Compilación de Navarra; y, fuera del mismo, el ordenamiento italiano, el francés y portugués (en estos sistemas por su especial configuración del derecho de superficie que enfatiza la propiedad separada de la construcción).

del edificio superficiario (o si el edificio superficiario está dividido horizontalmente, cada superficiario tendrá la propiedad separada de su piso superficiario), mientras que el *dominus soli* es únicamente propietario del suelo. Esto significa que hay una atribución de dominio en exclusiva y frente a todos, de lo que resulta que cada superficiario tiene un derecho de dominio pleno (con facultad de goce, de disposición, con obligaciones y limitaciones o prohibiciones), y, a su vez, de exclusión frente a los demás.

Para el nacimiento de la propiedad separada es necesario la existencia de un título jurídico —que puede ser el derecho de superficie, entre otros— en virtud del cual se posibilite y nazca la edificación, mientras que para el nacimiento de la propiedad superficiaria es necesario únicamente crear el derecho real de superficie.

La esencia del derecho de superficie es el otorgamiento del *ius aedificandi*, así como el derecho de mantener la edificación misma sobre el suelo del *dominus soli*. De manera que, incluso tras la destrucción del edificio superficiario y, en base a su derecho de superficie, puede reconstruirlo, dejando de existir durante un lapso de tiempo la propiedad separada superficiaria.

El régimen jurídico de la propiedad superficiaria no es ya el estatuto del derecho de propiedad (porque su contenido difiere del régimen legal del derecho de propiedad) es decir, parece que no es posible entender este tipo de propiedad de forma análoga a cómo está contemplado el dominio en el Código Civil. Y ello porque la propiedad superficiaria (al igual que otro tipo de propiedades que surgen en la actualidad, como la multipropiedad) se encuentra regulada por su título constitutivo, de ahí que, por ejemplo, el concedente pueda haber pactado con el superficiario limitaciones a la capacidad de disponer de la propiedad, y no por ello estaríamos obligados a negar la existencia de una propiedad plena del superficiario sobre su construcción.

En conclusión, creo que podemos hablar de una *propiedad superficiaria separada generalmente de carácter temporal*.

La segunda pregunta que nos planteábamos consistía en determinar la posibilidad de la propiedad separada de las edificaciones sin que se exija la constitución de un derecho de superficie. Parte de la doctrina no admitía la existencia de la propiedad separada si no era en base a un derecho de superficie. Por mi parte, entiendo que puede contestarse afirmativamente, siempre que la propiedad de las mismas formen parte de una propiedad horizontal, de un complejo urbano, se encuentren en régimen de multipropiedad, o formen parte de una comunidad de aprovechamiento por turno.

Por lo que respecta a la propiedad separada de las nuevas plantas, sí es posible en base a los derechos de sobreedificación y subedificación no superficiarios.

2. DERECHO DE SUPERFICIE: CONCESIÓN DEL *IUS AEDIFICANDI* Y DERECHO DE MANTENER LA PROPIEDAD DE LA CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE

Históricamente se vino entendiendo el derecho de superficie únicamente como una concesión *ad aedificandum*. En la actualidad es posible la transmisión de la propiedad superficiaria separada con el derecho real de superficie que la origina. Lo que significa que la propiedad superficiaria, puede ser objeto de tráfico jurídico independiente, por su disociación del suelo —ya que la construcción se considera como una cosa autónoma en sentido jurídico, susceptible de constituir en su independencia una unidad útil— pero siempre unido a su derecho de superficie.

La Ley del Suelo de 1956 introdujo la figura como fomento de la construcción, es decir, con la finalidad de promover y proteger la edificación realizada sobre Suelo Patrimonio de la Administración, el legislador urbanista de 1992 continuaba pensando en la utilización del Suelo Patrimonial Público destinado a la edificación de viviendas o a otros usos de interés social. Hoy, el legislador de 2007, incorpora esta posibilidad como novedad legislativa.

En trabajos anteriores a la actual Ley de 2007 manteníamos que esta cuestión no era dudosa en el supuesto del derecho de superficie pactado entre particulares pues naciendo al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes, y al *numerus apertus* de derechos reales, no había duda de que sí se podía constituir sobre una construcción preexistente. Además en base a la derogación del principio de accesión cabían ambos supuestos: el derecho a tener y a mantener la edificación preexistente sobre suelo ajeno. No debemos olvidar que el derecho a construir es meramente instrumental, y en ambos casos, al recaer la máxima importancia del derecho real de superficie, en la facultad de tener y mantener una propiedad separada sobre fundo ajeno, cabe la reconstrucción del mismo en caso de destrucción.

3. CONSTRUCCIÓN UNITARIA O CONSTRUCCIÓN DUALISTA DEL DERECHO DE SUPERFICIE: MODALIDAD URBANA COMÚN Y MODALIDAD URBANÍSTICA

El siguiente problema, al que ya hemos hecho referencia pero que consideramos conveniente detenernos, surge tras la mención de la figura en el Código Civil y su posterior regulación por las leyes urbanísticas. En base a esta posible dualidad, establecida por el Derecho Positivo, la doctrina se ha cuestionado si existe una o dos modalidades de derecho de superficie.

Tras la normativa urbanística se pensaba en la existencia de un derecho de superficie urbanístico cuando se constituía sobre un suelo propiedad de las entidades públicas o integrante del patrimonio municipal del suelo cuyo des-

tino era la construcción de viviendas (1956) o a otros usos de interés social (1992), omitiéndose toda referencia al planeamiento, o un instrumento de intervención en el mercado del suelo en poder de la Administración y no solamente el de fomento de la construcción como se precisaba en la Exposición de Motivos de la reforma de 1976.

Tanto la primitiva Ley del Suelo como las reformas posteriores, siempre mencionaron la posibilidad de que los particulares constituyeran también este derecho.

El problema nacía en relación a si los particulares debían regirse para la constitución del derecho de superficie obligatoriamente por las normas imperativas contenidas en la citada ley urbanística, o no, en base a la inexistencia de regulación expresa en el Código Civil.

Es posible mantener la existencia de una modalidad urbana con una concepción moderna en el Código Civil por su mención en el artículo 1.611 y su constitución como un derecho real, autónomo y típico como consecuencia de la posible derogación del principio de accesión, del *numerus apertus* de derechos reales, y al amparo del principio de libertad civil (art. 1.255 CC).

La doctrina se encontraba escindida en dos grupos: un sector doctrinal que mantiene la existencia de dos formas de derecho de superficie, distinguiendo entre la modalidad urbana común, con base en el Código Civil, y la modalidad urbanística, con base en la Ley del Suelo; frente a otro sector que asume el criterio de una construcción unitaria de la institución.

Nosotros hemos sido siempre partidarios de las dos modalidades del derecho de superficie, en primer lugar por la existencia de unos principios sustantivos contenidos en el Código Civil, y por otro lado, la intención del legislador urbanista fue la de regular la institución dentro de su ámbito de actuación como un derecho de superficie de tipo moderno, semejante al existente en el Derecho Comparado. No obstante, podría pensarse que al mencionar a los particulares se introdujo un punto de confusión. A raíz precisamente de esta referencia en el artículo 157-1 de la Ley del Suelo de 1956, fue cuando la doctrina comenzó a cuestionarse la construcción unitaria o la doble modalidad del derecho de superficie.

No hay duda de que el legislador era consciente de su concesión por los particulares al amparo de las normas del Código Civil, y tal vez por ello simplemente aludía a su posible constitución por los particulares entre sus normas sin detenerse. Además, consideramos que con anterioridad a la ley urbanística, los particulares podían constituir ese derecho de tipo moderno (no equiparable al censo enfiteúutico), en lo que hemos denominado modalidad urbana, y, por tanto, al margen de la citada regulación, en base a la mención de la institución en el artículo 1.611 del Código Civil, a la derogación del principio de accesión y al *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento.

Dentro del espíritu de las leyes urbanísticas —desde la inicial de 1956, hasta la actual 2007— subyace el pensamiento de que el derecho de superficie existe ya en la realidad jurídica, por eso ha de advertirse que la regulación que la normativa urbanística realiza de la figura no tiene un carácter institucional, sino que se realiza de pasada pero con una finalidad concreta (en principio fue la construcción de viviendas y otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación; posteriormente fue el fomento de la construcción, y la utilización de la institución como medio de intervención en el mercado del suelo); de ahí que siempre se haya mantenido el sistema de fuentes de Derecho Civil.

Por último es necesario señalar que la finalidad de las leyes urbanísticas no es instaurar la figura por primera vez, prueba de ello es que se parte de su existencia al admitir la aplicación *subsidiaria de las normas de Derecho Privado*. El régimen señalado en el actual artículo 35 LS sigue manteniendo, como toda la legislación urbanística anterior, que el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, la *legislación civil* en lo no previsto por él, y el título constitutivo del derecho. La cuestión a dilucidar se centra en si realmente el legislador de 2007 ha dejado algo sin regular. Incluso se puede alegar que no.

Además el legislador ha actuado como un legislador civil siguiendo al propio TC en su sentencia de 1997, que recordó como el poder legislativo tenía competencia para determinar las condiciones básicas que garantizaran la igualdad de todos los españoles en el ejercicio del derecho a la propiedad. Y siguiendo a la sentencia del TS, de 31 de enero de 2001, en su FJ 13.º que nos recordó también la *reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución (art. 33 CE)* y como se incluyen *entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)*.

En definitiva, el legislador estatal utiliza una ley de ámbito urbanístico, como es la Ley de Suelo, para ejercitar en materia de derecho de superficie su potestad civil.

Pero estas afirmaciones no nos pueden desviar la atención de que seguirán existiendo dos modalidades del derecho, pues las Comunidades Autónomas continúan teniendo capacidad legislativa en el ámbito urbanístico para continuar regulando esta institución. Independientemente de que allí donde exista Derecho Foral, se regule también la modalidad civil de la institución como ocurre en Navarra y en Cataluña.

Otra cuestión objeto de reflexión es si es viable que los particulares pacten la modalidad urbana común sobre suelo urbano. Tanto si es el Estado o las Corporaciones Locales, como si son los particulares los que constituyen el derecho de superficie, lo harán generalmente sobre suelo urbano, el cual está sometido al planeamiento. De este modo es posible la constitución del

derecho por los particulares, aunque se realice sobre suelo urbano sometido a planeamiento.

El legislador estatal de 2007 ha cambiado su actitud en la regulación de la institución. Ya no estamos en presencia de normas imperativas contenidas en Leyes del Suelo anteriores, cuya finalidad era utilizar la figura por la Administración como instrumento de intervención en el mercado del suelo. Aunque no ponemos en duda que sí deben someterse a las reglas imperativas del uso del suelo establecido por el planeamiento. Pero tampoco puede pensarse que el legislador estatal pretenda derogar los principios generales sobre los que hasta ahora hemos asentado y construido la modalidad urbana del derecho de superficie. Ni siquiera utilizando el argumento de que la Ley de Suelo es una ley especial posterior que deroga a una Ley anterior como es el Código Civil. Es cierto que la Ley del Suelo, del mismo rango formal que el Código Civil, dota de contenido a la institución donde antes no existía, y aunque se pretende que sea al margen de la finalidad urbanística, entendemos que para éstos no rige imperativamente. Los particulares pueden constituir el derecho de superficie sin seguir las normas urbanísticas en base a su libertad civil (art. 1.255 CC), pudiendo establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente siempre que no sean contrarios a las Leyes, a la moral, ni al orden público.

De todo lo hasta aquí expuesto consideramos conveniente concluir que actualmente en nuestro sistema jurídico hay un derecho de superficie de tipo moderno considerado como derecho real, autónomo, típico y originador de una propiedad superficiaria separada. Y que dentro de esta figura jurídica hay dos modalidades de derecho de superficie. Una de ellas surge de la mención del artículo 1.611 del Código Civil, de la derogación del principio de accesión y al amparo del *numerus apertus* de derechos reales existente en nuestro ordenamiento —y que hemos denominado modalidad urbana común—. La Compilación Foral de Navarra apoya la existencia de esta modalidad. Su regulación sustantiva trata con precisión la institución y detalla determinados aspectos de la figura con una visión de la misma de tipo moderno, y, en conexión con las últimas tendencias de su época, configurándole como un derecho real que origina una propiedad separada.

Por otro lado, la modalidad urbanística dirigida a la creación del derecho de superficie por las Administraciones de las Comunidades Autónomas, cuyas normas tienen el carácter de imperativas, aplicables no sólo a los supuestos de constitución sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal (a los que se refiere la LS específicamente), sino a todos aquellos en que dicha constitución tenga como objeto bienes de pertenencia pública.

V. EL PROBLEMA DE LA CONSTITUCIÓN. LA EXIGENCIA DE ESCRITURA PÚBLICA. LA INSCRIPCIÓN CONSTITUTIVA

El nuevo artículo 35-2.º LS determina de forma tajante:

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

- *Válida constitución*, en términos prácticamente idénticos a los del artículo 145 LH (15), hace que podamos afirmar que el legislador opta por la inscripción constitutiva.
- Hasta ahora, tanto en la legislación del suelo como en la hipotecaria (RH) se empleaba otra categoría: la *eficaz constitución*.
- La constitución del derecho de superficie *debe constar necesariamente en escritura pública* (art. 564-3.2.º del Código Civil catalán) (16). La constitución y modificaciones del derecho de superficie *pueden oponerse a terceras personas de buena fe desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad* en la forma y con los efectos establecidos por la legislación hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas.

Veamos la situación antecedente. Hasta la promulgación de la primera Ley del Suelo en 1956, al nacimiento del derecho de superficie —como derecho real que es— se aplicaba el sistema general del título y el modo, *ex* artículos 609 y 1.095 del Código Civil. Ha de decirse que las escasas referencias legislativas al mismo y su escasa utilización, hicieron que el tema no fuera objeto de especial atención.

Con la Ley del Suelo de 1956 surge el problema interpretativo en la medida en que su artículo 158.2.º establecía que: «*La constitución del derecho de superficie deberá, en todo caso, formalizarse en escritura pública y como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

Tres años más tarde, en 1959, se reforma el Reglamento Hipotecario, que sobre este punto disponía en su artículo 16.1 RH que: «*Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno...*», detallando a continuación las menciones de la inscripción.

(15) Artículo 145 LH: «*Para que las hipotecas voluntarias queden válidamente establecidas, se requiere:*

Que se hayan constituido en escritura pública.

Que la escritura se haya inscrito en el Registro de la Propiedad».

(16) Artículo 564-3 del Código Civil catalán: «*Constitución. 2.º La constitución del derecho de superficie debe constar necesariamente en escritura pública...*».

Textos, de rango legal y reglamentario, respectivamente, en los cuales se emplea el término y la categoría de la *eficacia constitutiva de la inscripción*.

Vamos a ver la doble vía tomada por el legislador urbanista y por el legislador hipotecario:

En el caso de la Ley del Suelo, el texto citado *se mantiene* en las reformas posteriores (1976 y 1992) e incluso resiste el envite de la STC 61/1997, de 20 de marzo, que declaró inconstitucionales y nulos varios de los artículos del TRLS 1992 y de hecho, el artículo 288.2 —cuyo tenor coincide con el transcrito— es declarado expresamente vigente por la LRSV de 1998 (17).

Incluso el Reglamento Hipotecario reformado por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y declarado nulo (por STS de 31 de enero de 2001) tuvo como uno de los propósitos de sus redactores el de configurar la inscripción como constitutiva, de hecho, se hacía depender de la inscripción la válida constitución del derecho.

Sin embargo, siguiendo las indicaciones del *Dictamen del Consejo de Estado*, el Decreto finalmente prescindió de la proyectada referencia a la válida constitución y redactó el texto en los siguientes términos: «Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario...», que eran, ni más ni menos, los del texto de 1959 (18).

(17) Artículo 288.2.º LRSV: «La constitución del derecho de superficie deberá ser, en todo caso, formalizada en escritura pública y, como *requisito constitutivo de su eficacia*, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

(18) «Artículo 16.1. Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, las siguientes:

a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.

No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal.

b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso.

c) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.

d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.

e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso».

Uno de los puntos en los que el Tribunal Supremo consideró que el Reglamento (en su versión reformada de 1998) excedía las competencias meramente reglamentarias, era el de la introducción de lo que el Tribunal Supremo consideraba como inscripción constitutiva, no prevista en la legislación del suelo vigente. Y ello, pese a haber dejado el texto inicial que condicionaba la eficacia (y no la validez) del derecho a su inscripción.

En el FJ 13.º de la citada sentencia se decía que la previsión del artículo 16.1 en la redacción dada por el Decreto de 1998, era ilegal porque «establece, en contra del principio de libertad contractual, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie al mismo tiempo que invade su regulación sustantiva reservada a la ley». El Tribunal fue claro, el texto reglamentario «invadía su regulación sustantiva reservada a la ley», y además, dicha invasión suponía una vulneración del principio de libertad contractual. Es decir, no sólo habría una extralimitación respecto al texto legal, sino que al margen del rango jerárquico, la inscripción constitutiva supondría la vulneración de uno de los principios inspiradores de nuestro sistema: el de la libertad contractual.

La nueva Ley de 2007 ha introducido una novedad al respecto. Recordemos lo dicho al inicio de este epígrafe: *Para que el derecho quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad.*

Podemos ver que el legislador, por un lado, ha rehuido dar un paso significativo y tajante, como sería el de considerar a la inscripción como constitutiva, y, por otro lado, marca intencionadamente dos fases diferentes: la fase previa notarial, donde textualmente el legislador indica que para que quede válidamente constituido el derecho de superficie se requiere su formalización en escritura pública. *Parece que la escritura pública es constitutiva.* Y, además, la fase posterior registral, donde se requiere la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, como si fuera *obligatoria*. La idea existente en legislaciones urbanísticas anteriores *donde se condicionaba la eficacia del derecho a su inscripción, aunque no su validez*, parece desvanecerse por el tenor literal del artículo.

Evidentemente esta novedad elude el problema de otorgar eficacia constitutiva a la inscripción del derecho de superficie. Y de paso supone utilizar una fórmula usada en otras leyes como ocurre en la Ley 42/1998, de 15 de diciembre, sobre derechos de aprovechamiento por turno de bienes inmuebles de uso turístico y normas tributarias (19).

(19) Artículo 4. Constitución del régimen... 3. El régimen de aprovechamiento por turno de un inmueble se constituirá mediante su formalización en escritura pública, y se inscribirá en el Registro de la Propiedad.

¿De qué sirve que el derecho nazca cuando se hace la escritura y no cuando se inscribe en el Registro? O ¿qué efectos se derivan del título constitutivo y cuales de la inscripción registral?

Los efectos del título o contrato constitutivo del derecho de superficie, aunque no se haya inscrito son los siguientes:

- Desde el momento de su celebración, atribuye al superficiario el derecho a poseer el terreno gravado, para poder proceder a la obra de construcción y el derecho a defender dicha posesión no sólo frente a cualquier perturbador, sino especialmente frente al propietario del terreno.
- El superficiario posee el suelo en concepto de tenedor para disfrutarlo perteneciendo el dominio a su propietario (cfr. art. 432 CC) y a la vez posee el vuelo, o el subsuelo, con la intención de hacerlo como suyo, así como lo construido en su volumen, por el tiempo de vigencia de su derecho de superficie (cfr. art. 430 CC).
- Una vez se haya construido, goza de una protección posesoria de lo construido (y del propio derecho de superficie), como la que tiene el propietario o el usufructuario.

De esta manera otorgar eficacia constitutiva al título supone: la plena eficacia del derecho de superficie (a poseer para construir, y poseer lo construido) frente al constituyente o su sucesor o adquirente. Y como derecho real, con eficacia *erga omnes* también frente al sucesor del constituyente porque de lo contrario sería un derecho meramente obligatorio.

Y, además, otorgar eficacia obligatoria a la inscripción:

- Evita la aparición de un tercero de buena fe que inscriba su derecho y pueda desconocer la existencia de la superficie, conforme a las normas generales de la legislación hipotecaria.

El grado óptimo sería, a mi juicio, el de otorgar el carácter de constitutivo a la inscripción del derecho:

- De manera que los superficiarios se ven abocados a inscribir, y al mismo tiempo están protegidos porque su derecho será oponible *erga omnes* con independencia del conocimiento (prácticamente imposible en el caso de falta de apariencia posesoria) de los terceros.

Tanto la legislación navarra (Ley 428.3 de la Compilación) como la catalana, optan por el carácter declarativo de la inscripción. El texto del Código Civil catalán, como ya hemos señalado, se inclina por la línea general de la oponibilidad a terceros de buena fe, bien desde la inscripción, bien desde el conocimiento de la situación por parte de terceros (art. 564-3-3).

A la vista de todo esto hemos de preguntarnos, si el legislador hubiera querido optar por la inscripción constitutiva, ¿se hubiera producido esa violación de la libertad contractual?

En su día, el Consejo de Estado (cuando informó sobre el Real Decreto de 1998 de reforma del RH de 1959) mantuvo que: «Es, sin embargo, notorio que, fuera del Derecho urbanístico, la libertad contractual (art. 1.255 del Código Civil) permite pactar la constitución del derecho de superficie sin necesidad de previa inscripción. De hecho, el proyecto pretende declaradamente extender a las superficies no urbanísticas la mayor duración del derecho prevista en la legislación urbanística, de suerte que reconoce la doble fuente. Por eso debe eliminarse del proyecto el término “validez” que sugiere el requisito de inscripción constitutiva en todos los derechos de superficie, urbanísticos o no».

El Consejo de Estado entendía que, dado que el Reglamento Hipotecario debía tener alcance general y aplicación a todos los supuestos del derecho, no podía optar por la opción más fuerte, que es la de la eficacia constitutiva. De ahí que en el ámbito no urbanístico —de acuerdo con el sistema general— se pueda optar por la no inscripción. Lo dicho suponía dar por supuesto, por una parte, que había dos modalidades de derecho de superficie, común y urbanística; y además, que los términos de la legislación urbanística debían interpretarse, como de inscripción constitutiva. Sin embargo, no era en absoluto unánime este modo de concebir el derecho.

En cuanto a la *exigencia de escritura*, parece claro que el TRLS la consideraba como un supuesto de forma *ad solemnitatem*, al menos para la modalidad urbanística. Por tanto, tratándose de la superficie constituida con arreglo a la Ley del Suelo, la constitución del derecho real de superficie como tal requería la escritura pública.

En relación con la modalidad civil de derecho de superficie, obviamente no se mantenía tal exigencia, y así lo declaraba la STS de 15 de junio de 1984 (Sala de lo Civil) [RJ 1984/3243] que consideraba la escritura pública como forma *ad solemnitatem* para la modalidad urbanística, pero no para la ordinaria o común.

Consideramos discutible que la modalidad civil requiriera, mediando contrato y por aplicación analógica del artículo 1.628 del Código Civil, la escritura pública. Si se trata de una forma *ad solemnitatem*, su ausencia parece que debería determinar la sanción de nulidad radical, pues la falta de forma en los casos excepcionales en los que viene exigida para la validez del contrato determinaría esta sanción.

Pero también hemos señalado que el supuesto de hecho constitutivo del derecho real de superficie —al igual que sucede con la hipoteca— es complejo, integrado por dos actos jurídicos relacionados entre sí (contrato-título y modo) pero diferenciables.

En torno al valor de la inscripción del derecho de superficie han existido dos posturas:

- La dicción de las sucesivas leyes han sido poco claras, pese a lo cual por la propia naturaleza y esencia del derecho era partidario de la inscripción constitutiva del derecho, aunque sólo se hiciera referencia a la eficacia.
- Los partidarios de la aplicación del sistema general de nacimiento de los derechos reales a consecuencia del cual, la inscripción serviría para dar publicidad de un derecho ya constituido extrarregistralmente.

Teniendo en cuenta que además los partidarios de la tesis dualista del derecho distinguían entre la inscripción constitutiva en el caso de superficie urbanística constituida conforme a la Ley del Suelo, y declarativa, en el caso de la constituida por particulares entre los que me encuentro.

El porqué de sostener el carácter constitutivo de la inscripción se debe a la «no materialidad» o «imperceptibilidad extrarregistral» de la superficie, que hacen que al igual que en la hipoteca, el único modo de hacer efectivo y viable el derecho sea la inscripción registral; esta necesidad de reflejo registral alcanza tal entidad que condiciona la existencia misma del derecho.

Recordemos que en el caso de este derecho hasta la inscripción, la formalización tiene suspendidos todos sus efectos (y no sólo los efectos frente a terceros) sin perjuicio de que las vicisitudes de capacidad, existencia de los otorgantes, vicios del consentimiento, queden ya cristalizados en el momento de la forma.

Por otro lado recordemos cómo el TRLS conectaba la *inscripción* con la *eficaz constitución*, sin hacer mención en ningún caso de «eficacia frente a terceros»; la ausencia de inscripción determinaría, en consecuencia, la ineficacia del negocio no sólo frente a terceros sino *inter partes*. Lo cual, siguiendo la propia letra de la Ley es un supuesto de ineficacia, no de invalidez. De modo que el título de constitución no inscrito, como es válido aunque ineficaz a los efectos de constitución del derecho real, serviría, al menos, como título para la usucapión, y como base para la mutua exigencia de elevación a público del título y su posterior inscripción.

Los partidarios de la inscripción declarativa argumentaban que este derecho seguía el sistema general de constitución y transmisión de los derechos reales del artículo 609 del Código Civil y las excepciones debían de ser justificadas o claras, como la de la hipoteca.

Partamos del supuesto común de un tercero interesado en la adquisición de una finca que acude al Registro a conocer la situación jurídica de la misma. Supongamos que se ha pactado sobre una finca un derecho de superficie que no se ha inscrito y un tercero ha ido al Registro y ha visto que

aparece la finca inscrita a nombre de un propietario, visitando la finca descubre a unos terceros construyendo, u observa que otras personas distintas de quien le consta que es el propietario están ocupando el edificio construido: allí ya existe una situación posesoria, apreciable por el tercero que puede enervar su buena fe, pues con una diligencia media, habría de preguntar por el motivo o título que justifique la situación posesoria de esos poseedores no propietarios según el Registro.

En este caso si el título constitutivo de la superficie es válido, el superficiario le podría oponer su derecho, a él y a todas las terceras personas que hayan tenido conocimiento de la situación de superficie desde ese momento. Dicho de otro modo, aquí sí que habría cierta apariencia posesoria cuyo conocimiento por el tercero determina la oponibilidad del derecho.

El problema se plantea cuando todavía no se ha empezado a construir, en los que no hay apariencia posesoria alguna. En estos supuestos es altamente improbable el conocimiento de la situación con los medios ordinarios y por ende, la oponibilidad derivada de dicho conocimiento. Es ésta una situación transitoria, en la medida en que normalmente se habrá fijado un plazo para construir, pasado el cual, se extingue el derecho de superficie. Pero si la inscripción se concibiera como constitutiva, este problema no surgiría. Recordemos que la publicidad de los derechos reales se obtiene, bien de la apariencia de titularidad que conlleva la posesión de las cosas, bien, en los casos en los que ésta falta, creándola a través del Registro. La inscripción constitutiva se presenta como adecuada para este tipo de casos. La imposición de la inscripción supone la sobreprotección del superficiario a quien le impone una actuación en su propio interés.

Por otro lado, la concesión de cierto margen de libertad, que supone la consideración de la escritura pública como constitutiva y que a su vez implica el ahorrarse la inscripción en aquellos supuestos en los que el interesado (superficiario) considere que puede proteger su posición mediante la prueba del conocimiento por parte de los terceros, que determinaría la oponibilidad del derecho es la solución que adopta la legislación catalana en el artículo 546-3.3 del Código Civil catalán, y ahora también el legislador estatal de la Ley de Suelo. Partiendo de que la constitución del derecho necesariamente ha de constar en escritura pública, presupone que el derecho real existe como tal desde el momento en que se formaliza el título constitutivo y que tal constitución y sus modificaciones «...pueden oponerse a terceros de buena fe desde que se inscriben en el Registro de la Propiedad en la forma y con los efectos establecidos en la Ley hipotecaria o desde que las terceras personas han tenido conocimiento de las mismas».

Nosotros somos partidarios de proceder a la inscripción, pues el sistema registral protege todos los supuestos. Además instaurar la inscripción constitutiva en este derecho y en un sistema socio-económico como el nuestro en

el que incluso la adquisición de la propiedad ordinaria, conlleva en su totalidad la práctica de inscripción registral, no sería muy problemático.

Además la utilización de esta institución por parte de las Administraciones públicas (Ayuntamientos) supone que la inscripción constitutiva aportaría un decisivo elemento de seguridad, control y protección de los intereses comunes.

RESUMEN

DERECHO DE SUPERFICIE

La nueva Ley de Suelo introduce una nueva regulación del derecho de superficie en los artículos 35 y 36, para aumentar su operatividad en la construcción de viviendas, y lo configura de dos formas, como facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y vuelo o en el subsuelo de una finca ajena manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones; y como derecho sobre construcciones o edificaciones ya existentes atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas. Además ha rehuido dar un paso significativo y tajante como sería el de considerar la inscripción del derecho de superficie como constitutiva, al marcar intencionadamente dos fases diferentes: la previa notarial, donde textualmente el legislador indica que para que quede válidamente constituido el derecho de superficie se requiere su formalización en escritura pública. Y, la fase posterior registral, donde se requiere la inscripción de la escritura en el Registro de la Propiedad, como si fuera obligatoria. Así se desvanece la idea existente en legislaciones urbanísticas anteriores donde se condicionaba la eficacia del derecho a su inscripción, aunque no su validez.

ABSTRACT

SURFACE RIGHTS

The new Land Act introduces new terms on surface rights in articles 35 and 36, to increase the operativeness of surface rights in the construction of housing. Surface rights are configured in two ways: as the power to make constructions or buildings at ground level and above or in the subsoil of another person's property while keeping temporary ownership of the constructions or buildings, and as a right in already-existing constructions or buildings while giving the ground-renter temporary ownership of the constructions or buildings. In addition the new law has refused to take the significant, unreserved step of considering registration of surface rights constitutive. It intentionally establishes two different phases: first the notarial phase, where the law literally says that in order for surface rights to be validly constituted they have got to be formalised in a notarial deed, and then the registration phase, where entry of the deed in the property registry is required, as if that were mandatory. Thus the idea in previous legislation concerning development, which made the efficacy, although not the validity, of the right hinge on registration, is swept away.

(Trabajo recibido el 13-03-08 y aceptado para su publicación el 26-01-09)