

Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana

por

JOSÉ ANTONIO COBACHO GÓMEZ
Catedrático de Derecho Civil

SUMARIO

1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA.
 2. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA.
 3. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE 28 DE MAYO DE 2007:
 - A) LAS FUENTES.
 - B) CONCEPTO.
 - C) FORMA Y DURACIÓN.
 - D) PRESTACIONES.
 - E) TRANSMISIÓN.
 - F) CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL.
 - G) LOS DERECHOS DE TANTEO, RETRACTO Y RETRACTO A FAVOR DEL PROPIETARIO.
 - H) FACULTADES DEL PROPIETARIO DEL SUELO.
 - I) EXTINCIÓN.
-
1. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

Dice ALBALADEJO (*Derecho Civil*, III, 9.^a edición, puesta al día con la colaboración de GONZÁLEZ PORRAS, 2002, pág. 683) que la utilidad práctica básica del derecho de superficie urbana, tanto de la urbana general como de la urbanística, es la de facilitar la edificación. Piénsese, por ejemplo, en que el dueño del suelo no quiere o no tiene medios para emprenderla, o que al constructor le sea muy gravoso el precio del solar. En teoría todo se arregla con el derecho de superficie, por el que ni uno paga la edificación ni el otro

el suelo. Pero en la práctica, concluye ALBALADEJO, me parece que hay otros muchos caminos para llegar a resultados equivalentes o aún preferibles, razón por la que mucho es de temer que la figura prospere poco en la realidad.

Esta opinión no parece compartirla el legislador porque, según la Exposición de Motivos de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo (LSU), la regulación del derecho de superficie está 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. Como es sabido, los artículos 35 y 36 de la Ley regulan con detalle el contenido, la constitución, el régimen, la transmisión, el gravamen y la extinción del derecho de superficie. PAREJO GÁMIR (*El Notario del Siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2006, núm. 9, pág. 40) cree correcta la regulación del derecho de superficie que no contiene novedades destacadas, pero resume las conclusiones alcanzadas por la doctrina y la jurisprudencia, aclara dudas, sistematiza acertadamente y, en suma, da una buena herramienta legal a la institución.

Muy recientemente, Miguel SEBASTIÁN, Ministro de Industria, Comercio y Turismo mantenía (*El Mundo*, Año XX, núm. 22, domingo 13 de abril de 2008, «Mercados», pág. 15) que el derecho de superficie es una fórmula en virtud de la cual el Estado, sin renunciar a la propiedad, cede el suelo a las constructoras para que edifiquen viviendas y las saquen al mercado de alquiler, gestionado por ellas mismas, durante un plazo de unos 20-30 años, tras el cual, tanto el suelo como las viviendas construidas, volverán a manos del Estado.

No es la primera vez que el legislador deposita grandes esperanzas en el derecho de superficie urbana. La Exposición de Motivos de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, declara «que el fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades públicas y por particulares». Los artículos 157 a 161 de dicha Ley se ocupan del derecho de superficie. El artículo 157 prescribe que el Estado, las Entidades Locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación, el dominio de los cuales corresponderá al superficiario.

De acuerdo con la Exposición de Motivos de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 2 de mayo de 1975, el derecho de superficie

como fórmula de disociación de la propiedad y uso del suelo es una 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 éstos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario. Representa también un estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados que pueden así poner en el mercado estos bienes sin renunciar a su recuperación futura con su revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés. Desde la perspectiva de los patrimonios públicos del suelo, el derecho de superficie puede y debe ser un instrumento mediante el que cada vez más se procure que el derecho de propiedad sobre suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración no salga de la titularidad pública; el incremento no sólo en el espacio sino en el tiempo de los patrimonios públicos de suelo debe seguir siendo pieza clave de la política urbanística.

Los artículos 171 a 174 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, regulan la cesión de derechos de superficie de forma muy parecida a como lo hace la Ley del Suelo de 1956.

El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, regula el derecho de superficie en los artículos 287 a 290. El artículo 287 dispone que 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. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior. También el artículo 136 del mismo texto legal se ocupa del derecho de superficie de terrenos o de construcciones provisionales.

La sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, declara inconstitucionales, entre otros, los artículos 281.1, 288.1 y 290 del Texto Refundido de 1992. La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, dictada tras la sentencia que acaba de citarse, en su Disposición Derogatoria única ordena la vigencia, entre otros, de los artículos 287.2, 287.3, 288.3 y 289 del Texto Refundido de 1992 referentes al derecho de superficie.

Las leyes autonómicas incluyen referencias al derecho de superficie. A continuación se va a hacer referencia a algunas de esas leyes autonómicas. Los artículos 179 a 191 de la Ley 9/2001, de 17 de julio, de Suelo de la Comunidad de Madrid, regulan el derecho de superficie constituido sobre

suelo público propiedad de la Comunidad Autónoma o de los municipios. Por otra parte, hay que tener en cuenta que las Leyes 430 a 434 del Fuero Nuevo de Navarra regulan el derecho de superficie y las Leyes 435 a 442 los derechos de sobreedificación y subedificación. Igualmente, dentro del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, aprobado por Ley 5/2006, de 10 de mayo, el artículo 564 regula ampliamente el derecho de superficie. La Ley 2/2004, de 29 de octubre, del Principado de Asturias sobre medidas urgentes en materia de suelo y vivienda que da nueva redacción al apartado 2 del artículo 226 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de ordenación del territorio y urbanismo, aprobado por Decreto Legislativo del Principado de Asturias 1/2004, de 22 de abril, establece un régimen jurídico complementario al existente en la legislación del Estado sobre el derecho de superficie. El artículo 162 del Texto Refundido de la Ley de Urbanismo de la Comunidad Autónoma de Cataluña, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, establece el régimen jurídico del derecho de superficie constituido por la Generalidad, los Ayuntamientos, las personas jurídicas de derecho público y los particulares. El artículo 201 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de la Región de Murcia, aprobado por Decreto Legislativo 1/2005, de 10 de junio, regula la constitución del derecho de superficie por parte de las administraciones públicas, las entidades de derecho público de ellas dependientes y las sociedades urbanísticas con arreglo a lo establecido en la legislación del Estado. Los artículos 128, 129 y 130 de la Ley 2/2006 del Suelo y Urbanismo del País Vasco, de 30 de junio, fijan el régimen jurídico de la constitución, concesión y extinción del derecho de superficie por parte de la administración pública o entidad dependiente de la misma.

2. EL DERECHO DE SUPERFICIE URBANA EN LA LEGISLACIÓN CIVIL ESTATAL Y EN LA LEGISLACIÓN HIPOTECARIA

El derecho de superficie tiene escasa tradición en nuestro Derecho (al respecto puede verse BLANQUER UBEROS, *Acerca del Derecho de Superficie*, 2007, pág. 30 y sigs.) por lo que no es de extrañar que el artículo 1.611 del Código Civil haga una simple referencia a él estableciendo que 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. No hay duda de que el artículo 1.611 trae causa de la Base 26 que ordena la publicación de esa ley especial que nunca se promulgó. Existe controversia doctrinal respecto a la aplicación al derecho de superficie de lo previsto en el artículo 1.655 del Código Civil (al respecto puede verse O'CALLAGHAN, *Comentario del Código Civil*, II, Ministerio de Justicia, 1991, pág. 1288. PRATS ALBENTO-

SA, *Derecho Civil, Derechos Reales y Derecho Inmobiliario Registral* dirigido por LÓPEZ, MONTÉS Y ROCA, 2001, pág. 395). Según dicho artículo, los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteútico en la sección que procede. Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato.

En la legislación hipotecaria las referencias al derecho de superficie datan del artículo 107 de la Ley Hipotecaria de 1861 y del mismo artículo de la Ley Hipotecaria de 1909, pero es la reforma del Reglamento Hipotecario aprobada por Decreto de 17 de marzo de 1959 la que introduce de forma explícita el derecho de superficie porque antes se describía sin mencionarlo. La Exposición de Motivos del citado Decreto declara que la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 exige modificar el Reglamento Hipotecario. Por lo que respecta al derecho de superficie dice que es necesario su desarrollo reglamentario que permita suplir el vacío legal. El artículo 16 del Reglamento Hipotecario regula la constitución, el plazo, el canon o precio a cargo del superficiario, transmisibilidad, garantías, etc. El apartado 2 del artículo 16 se ocupa de los derechos de sobreelevación y de construcción subterránea.

El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario fue declarado nulo por la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, en la modificación llevada a cabo de los apartados 1.º y 2.º, letra b) del artículo 16. Además, la sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, ha declarado nulo el apartado 2.º, letra c) del artículo 16. Así pues, hasta la promulgación de la vigente Ley del Suelo, el régimen jurídico del derecho de superficie urbana estaba integrado por los artículos 287.2 y 3, 288.2 y 3, y 289 del Texto Refundido de 1992 y 16 del Reglamento Hipotecario. Además de estos textos legales, en cada Comunidad Autónoma debe tenerse en cuenta la correspondiente Ley del Suelo autonómica.

Como es sabido, el artículo 30.3 del Reglamento Hipotecario regula la inscripción registral del derecho de vuelo o superficie rústica sobre fincas ajenas. Del derecho de superficie por plantaciones se ocupa la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común (puede verse VILTA NICUESA, *El derecho de superficie: la superficie rústica*, 2008).

3. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE 28 DE MAYO DE 2007

A) LAS FUENTES

Como ya se ha apuntado, la Disposición Derogatoria Única LSU deroga los artículos 287, 288 y 289 del Texto Refundido de 1992.

Según la Disposición Final LSU primera, apartado 3, los artículos 35 y 36, entre otros, tienen el carácter de disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.8.^a sobre legislación civil. Según CHINCHILLA PEINADO (*Comentario sistemático de la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo*, dirigidos por SÁNCHEZ GOYANES, 2007, pág. 867), la legislación urbanística autonómica podrá complementar, dentro del respeto a la legislación estatal, el régimen del derecho de superficie constituido por las Administraciones autonómicas y locales, en orden a precisar la actividad edificatoria que podrá ejecutarse sobre el bien público, así como los mecanismos de atribución de dicho derecho, sin que pueda afectar al derecho de superficie constituido por los particulares, donde la competencia estatal es exclusiva para establecer los fines del mismo. Igualmente será exclusiva la competencia estatal en materia de forma de constitución, carácter, normativa, transmisión, gravamen y extinción de tal derecho, sea constituido por una Administración o por un sujeto jurídico-privado.

El derecho de superficie está incluido dentro del Título V, intitulado función social de la propiedad y gestión del suelo, que está estructurado en tres capítulos, el primero versa sobre venta y sustitución forzosa, el segundo está dedicado a patrimonios públicos de suelo y el tercero al derecho de superficie.

Al contrario que las Leyes del Suelo autonómicas que fundamentalmente se ocupan del derecho de superficie constituido por personas jurídico públicas, el artículo 35.2 LSU prescribe que el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

Con la entrada en vigor de la LSU parece que ha perdido sentido lo que, ante la duplicidad normativa de este derecho existente con anterioridad, un importante sector doctrinal mantenía que el derecho de superficie podía revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil; y la urbanística concedida para la ejecución de planes urbanísticos, que ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo (NOGALES DE LA FUENTE, *Comentarios a la Ley de Suelo Estatal*, Ley 8/2007, de 28 de mayo, coordinados por MARTÍNEZ CALVO, 2007, pág. 354).

GUILARTE (*El derecho de superficie*, 1966, pág. 178) opina que el derecho de superficie, en su modalidad urbanística, era aplicable exclusivamente

a aquellos derechos establecidos dentro de los planes de ordenación urbana y que debe distinguirse entre derecho de superficie civil (urbana y rústica), y derecho de superficie urbanístico, sin perjuicio de que las normas de uno y otro ámbito puedan resultar de recíproco complemento. No son aplicables al derecho de superficie en su modalidad común las normas urbanísticas porque el Código Civil ya contiene normas para ello.

En la misma línea que la doctrina, la sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo, de 26 de noviembre de 2002, declara la existencia de una dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su régimen jurídico. Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa.

Por el contrario, y como ya se ha puesto de manifiesto, las normas de la LSU se aplican sea cual sea el propietario y cualquiera que sea el fin perseguido porque la Ley no distingue. Según el artículo 35-4 LSU, el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho. Hay que recordar que, según el artículo del Texto Refundido de 1992, el derecho de superficie se registrará por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas de Derecho Privado.

A la vista de los textos legales, el artículo 35-4 LSU contiene un cambio respecto al artículo 287-3 del Texto Refundido de 1992, porque tras las normas contenidas en el capítulo sobre derecho de superficie se sitúa la legislación civil y en tercer lugar el título constitutivo. Por lo que respecta a la legislación civil no hay que olvidar que con la salvedad del Derecho navarro y catalán, a los que ya se ha hecho referencia, apenas existe legislación civil porque las normas del Código Civil son muy escasas como se ha visto. El Reglamento Hipotecario sí las contiene, como ya se ha evidenciado, por lo que habrá que entender que cuando se habla de legislación civil se está haciendo referencia a lo que en puridad es Derecho Hipotecario. El Texto Refundido de 1992 emplea la expresión Derecho Privado.

El que el título constitutivo esté situado en tercer lugar, tras las previsiones de la Ley del Suelo sobre derecho de superficie y tras la legislación civil, tendrá sentido en tanto en cuanto estas normas sean de derecho imperativo (puede verse CHINCHILLA PEINADO, *op. cit.*, pág. 873) porque serán bastantes las ocasiones en que prime el principio de autonomía de la voluntad y haya que estar a lo acordado por las partes.

B) CONCEPTO

Según el artículo 35.1 LSU, el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

El apartado 1 del artículo 35 LSU regula tanto el derecho de superficie, consistente en la realización de construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena como del derecho de superficie que tiene por objeto las construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones. Así pues, si tradicionalmente el derecho de superficie se constituía para construcciones o edificaciones pendientes de llevar a cabo, la LSU incluye también a construcciones o edificaciones ya realizadas.

Como dice RAZQUIN LIZÁRRAGA (*Comentarios a la Ley del Suelo* dirigidos por ENÉRIZ y BELTRÁN, 2008, págs. 537 y 538), el objeto del derecho de superficie son los bienes privados, es decir, aquellos que pertenecen a los particulares y a las Administraciones Públicas. Dentro de éstas, no cabe olvidar la gran diferencia histórica entre el dominio público y el dominio privado, que aún se mantiene en nuestro ordenamiento jurídico (así el artículo 4 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, o el artículo 79 de la Ley de Bases de Régimen Local). Pues bien, el derecho de superficie alcanza sólo a los bienes de dominio privado o patrimoniales y no a los de dominio público. Para estos segundos deberá acudir a otras fórmulas, según se trate de bienes de uso público (licencia o concesión demanial) o de servicio público (los contratos de gestión de los servicios públicos). Sólo respecto de los bienes patrimoniales cabe la cesión de la propiedad temporal, es decir, la constitución del derecho de superficie (así la sentencia del Tribunal Supremo, de 1 de octubre de 2003, anula la constitución de derecho de superficie por el Ayuntamiento de Zaragoza a favor de la Casa de Andalucía en Zaragoza por recaer sobre bienes de dominio público que no han sido desafectados). En otro caso, respecto de los bienes de dominio público, será precisa la previa desafectación para que los mismos pasen al dominio privado de la Administración. De ahí, asimismo, la importancia que tiene la calificación jurídica de los bienes de los patrimonios públicos de suelo como bienes patrimoniales, puesto que serán objeto del derecho de superficie.

El derecho real de superficie atribuye al superficiario una propiedad temporal sobre una finca ajena. El artículo 17-1 LSU dispone que constituye

finca la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral.

BLANQUER UBEROS («El derecho de superficie», en *Revista Aranzadi de Urbanismo y Edificación*, año 2007, núm. 16, pág. 176) cree que no es clara la referencia a las construcciones o edificaciones en la rasante porque podría referirse a las que permanezcan a ras de suelo sin extenderse en el vuelo, en el volumen sobre el suelo, ni en el subsuelo, en el volumen bajo el subsuelo. Se comprende que las construcciones en vuelo o en subsuelo ocupen la faz del suelo, en cuanto lo exijan las normas arquitectónicas y la necesidad de las cosas, para extenderse en el subsuelo o en el vuelo. Así, los accesos de suministros y las salidas de aguas negras en caso de construcciones en vuelo; o los accesos y las instalaciones de ventilación en las subterráneas.

C) FORMA Y DURACIÓN

De acuerdo con el artículo 35-2 LSU 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.

Por lo que respecta a la forma, la regulación actual no es novedosa por cuanto el artículo 288-2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 establece que 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. PRATS ALBENTOSA (*ob. cit.*, pág. 401) mantiene que dicho artículo 288-2 no es aplicable a la constitución del derecho de superficie por los particulares. En la actualidad no hay duda de que el artículo 35-2 LSU se aplica a la constitución del derecho de superficie, sea cuales fueren los sujetos intervinientes. Quedan atrás los tiempos en los que el Tribunal Supremo, sentencia de la Sala Primera, de 26 de noviembre de 2002, pudo mantener que no se ha llegado a exigirse para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1.278 del Código Civil, lo que junto con la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.

La legislación estatal al exigir la constitución en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad adopta el mismo criterio que el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña de 2006 que en el artículo 564-3 exige la constitución en escritura pública e igualmente que la constitución y las modificaciones del derecho de superficie podrán oponerse a terceros de buena fe desde que se inscriban en el Registro de la Propiedad. La Ley Foral 35/2002 de Navarra, en su artículo 236.3, ordena también que el derecho de superficie se constituya en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro.

Como ya se ha dicho, en la escritura de constitución del derecho de superficie deberá fijarse la duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años. El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 dispone en su artículo 289-2 que 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 noventa y nueve en el convenio entre particulares. La Ley Foral 35/2002 de Navarra, en su artículo 237-2 prescribe un plazo máximo de setenta y cinco años. El artículo 564-2-a) del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña de 2006 establece que la constitución del derecho de superficie debe constar necesariamente en escritura pública que debe contener la duración del derecho a construir o plantar, que no puede superar en ningún caso los noventa y nueve años.

Dice DE LA IGLESIA (*El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, 2000, pág. 356) que el establecimiento de un plazo amplio tiene como fin el procurar la estabilidad de la relación que se crea, no sólo entre las partes sino también en cuanto a terceros, por cuanto el superficiario puede imponer gravámenes sobre su propio derecho real.

Aparte del plazo previsto para la vigencia del derecho de superficie, hay que tener en cuenta que existe un plazo para que el superficiario realice las construcciones o edificaciones a las que quede obligado. Al respecto el artículo 36-5 LSU prescribe que el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

Según GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley del Suelo*, II, 2007, pág. 1372), la ordenación territorial y urbanística impone al propietario del suelo unas cargas y obligaciones que al constituirse el derecho de superficie debe cumplir el superficiario, no sólo por el régimen a que esté sometida la propiedad urbanística, sino por las relaciones derivadas del título constitutivo de la superficie.

No hay duda de que el superficiario debe cumplir las citadas cargas y obligaciones dentro del plazo que se señale en el título de constitución del derecho de superficie.

D) PRESTACIONES

Según el artículo 35-2 *in fine* LSU, el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado. El artículo 35-3 LSU dispone que el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de canon periódico, en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

Como es sabido, es consustancial al derecho de superficie la reversión total al propietario de lo edificado al finalizar el plazo establecido al constituir el derecho.

La redacción del artículo 35-3 es casi coincidente con la del artículo 288-3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

E) TRANSMISIÓN

De acuerdo con el artículo 36-1 LSU, el derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

El artículo 287-3 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 también permite la transmisión y gravamen del derecho de superficie.

De acuerdo con lo que se prevea en el título constitutivo, el superficiario tiene la facultad de disponer de su derecho, al igual que el titular de cualquier otro derecho real. O sea que, como dice PRATS ALBENTOSA (*op. cit.*, pág. 402), puede transmitirlo a un tercero, concederlo en arriendo o bien constituir todo tipo de derecho real sobre el propio derecho de superficie (hipotecarlo, darlo en usufructo, gravarlo con servidumbre); tiene también las facultades de gozar y de disponer de cada una de las viviendas y locales resultantes del ejercicio de la facultad de construir o que constituyan el bien ya construido objeto del derecho.

El artículo 569-34 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña de 2006 regula la hipoteca del derecho de superficie disponiendo que el derecho de superficie puede hipotecarse tanto si lo han concedido entes públicos como si lo han concedido personas privadas. La extinción del derecho de superficie por vencimiento del plazo produce la extinción automática de la hipoteca constituida sobre este derecho, salvo que exista un pacto en contrario en el título de constitución. La hipoteca que recae sobre el derecho de propiedad del suelo y el derecho de superficie, si concurren en la misma persona, los continúa gravando separadamente, si bien la hipoteca que se ha constituido

sobre el derecho de superficie se extingue cuando vence el plazo para el que se pactó.

F) CONSTITUCIÓN DEL RÉGIMEN DE PROPIEDAD HORIZONTAL

El artículo 36-2 LSU dice que 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.

Dice GONZÁLEZ PÉREZ (*op. cit.*, pág. 1367) que si el superficiario adquiere la propiedad sobre lo edificado, no existe razón alguna que impida establecer un régimen de propiedad horizontal, aunque no existiera norma expresa. El superficiario puede, sin consentimiento del titular del suelo, transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y las plazas de garaje, con la limitación temporal del derecho de superficie y con las obligaciones de cada uno de los adquirentes de cumplir las condiciones con las que se ha constituido este derecho, cuyo incumplimiento podrá determinar la resolución y extinción del derecho de superficie respecto de la finca independiente de la que fuera propietario el incumplidor, que revertiría al propietario del suelo.

BENAVIDES («El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 610, 1992, pág. 1252) cree posible la constitución del derecho de superficie en un edificio construido en régimen de propiedad horizontal.

No hay duda de que ello es posible, siempre que haya acuerdo de todos los propietarios en vender la propiedad de suelo, manteniendo ellos la de sus pisos. El vigente artículo 35-1 LSU permite la constitución del derecho de superficie sobre todo tipo de construcciones o edificaciones ya realizadas e incluso sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones.

G) LOS DERECHOS DE TANTEO, RETRACTO Y RETRACTO A FAVOR DEL PROPIETARIO

El artículo 36-3 LSU establece que 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 o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

El artículo 160 de la Ley del Suelo de 1956 reguló los tanteos y retractos legales a favor del propietario del suelo y del superficiario. Como se ha dicho, el artículo 36.3 LSU dispone que en la constitución del derecho de superficie se pueden establecer los derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo; es decir, que estamos ante derechos que tienen carácter voluntario y que pueden tener por objeto un derecho de superficie sobre lo construido o edificado, incluso cuando se haya constituido un régimen de propiedad horizontal.

Hay que tener en cuenta que el artículo 36-5 *in fine* prescribe que si por cualquier otra causa (distinta del transcurso del plazo) 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 de superficie.

H) FACULTADES DEL PROPIETARIO DEL SUELO

Según el artículo 36-4 LSU, el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad del 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.

En este apartado hay dos reglas atinentes a facultades del propietario del suelo. La primera regla se refiere a su facultad de disposición que se traduce en la posibilidad de transmitir y gravar su derecho al margen del derecho de superficiario y sin necesidad de su consentimiento. Es coherente que si el superficiario puede transmitir y gravar su derecho (con las limitaciones que fije el título constitutivo) de acuerdo con lo previsto en el artículo 36.1 LSU, porque también el propietario del suelo pueda hacer lo mismo. La segunda regla contenida en el artículo 36.4 LSU es que el subsuelo corresponde al propietario del suelo y podrá ser objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que pertenezca al superficiario. El legislador parte de la idea de que lo único que se entrega al superficiario es el derecho a la edificación o construcción sobre un terreno, salvo pacto en contrario (RAZQUIN, *op. cit.*, pág. 542).

I) EXTINCIÓN

La extinción del derecho de superficie es tratada ampliamente por el legislador. El artículo 289 del Texto Refundido de 1992 también se ocupa con detalle de la extinción.

Según el artículo 36-5, párrafo primero LSU, el derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A esta cuestión ya se hizo referencia al hablar de la duración del derecho de superficie, sin embargo cabe referirse a los problemas que se puedan derivar del hecho de que lo edificado sea contrario a la ordenación territorial o urbanística o a que iniciada la edificación no se culmine o se suspenda (RAZQUIN, *op. cit.*, pág. 543).

No cabe duda de que el incumplimiento de las obligaciones fundamentales pactadas en el título constitutivo puede permitir al propietario instar la extinción del derecho de superficie.

De acuerdo con el artículo 36-5, párrafo segundo LSU, 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.

Así pues, el legislador ha previsto los efectos de la extinción para el caso de que se extinga el derecho de superficie por el transcurso del plazo, sin embargo no se dispone nada para el caso de extinción por causa de incumplimiento por parte del superficiario, por lo que hay que entender que se aplicarán las reglas generales concernientes al incumplimiento de las obligaciones.

RESUMEN

DERECHO DE SUPERFICIE

La Ley 8/2007, de 28 de mayo, del Suelo, ha regulado el derecho de superficie en sus artículos 35 y 36 que se ocupan de su contenido, constitución, régimen, transmisión, gravamen y extinción.

Antes de analizar la situación actual, conviene referirse a la evolución legislativa del citado derecho. El Código Civil apenas se ocupa del derecho de superficie; si lo hacen la Ley del Suelo de 1956 y el Reglamento Hipotecario a partir de la reforma de 1959. A partir de ahí, los Textos Refundidos de las Leyes sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 y 1992 incluyen el derecho de

ABSTRACT

SURFACE RIGHTS

Act 8/2007 of 28 May on land regulates surface rights in articles 35 and 36, which address the contents, creation, systems, conveyance, encumbrance and termination of surface rights.

Before analysing the current situation, it is a good idea to take a look back at the evolution of surface right legislation. The Civil Code hardly concerns itself with surface rights, while the Land Act of 1956 and the Mortgage Regulation after the 1959 reform did discuss them. After that, the Revised Acts on the Legal System Pertaining to Land and Urban Zoning of 1976 and 1992 inclu-

superficie. La sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de marzo de 1997, declara inconstitucionales varios artículos del Texto Refundido de 1992, atinentes al derecho de superficie, y la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones ordena la vigencia de los artículos restantes del Texto Refundido de 1992.

La legislación civil de algunas Comunidades Autónomas también regulan el derecho de superficie. El Fuero Nuevo de Navarra lo hace en las Leyes 430 a 442. Igualmente el artículo 564 del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña. Todas las leyes del suelo autonómicas incluyen en su articulado al derecho de superficie.

La parte central del trabajo está dedicado al análisis de los cambios que introduce la Ley del Suelo de 2007 en la legislación, teniendo en cuenta la influencia ejercida por la doctrina y la jurisprudencia.

ded surface rights. The Constitutional Court's ruling 61/1997 of March 1997 declared several articles of the Revised Act of 1992 concerning surface rights unconstitutional, and Act 6/1998 of 13 April on the Legal System for Land and Assessments ordered that the remaining articles of the Revised 1992 Act remained in force.

Some autonomous communities' civil legislation regulates surface rights as well. The New Code of Laws of Navarra does so in Laws 430 to 442. Article 564 of Book Five of the Civil Code of Catalonia does the same. All regional land laws include surface rights somewhere in their texts.

The central portion of this paper is aimed at analysing the changes the Land Act of 2007 introduced in legislation, taking into account the influence of doctrine and jurisprudence.

(Artículo recibido el 14-05-08 y aceptado para su publicación el 10-10-08)