

Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista

SUMARIO: PLANTEAMIENTO. I.—LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA SENTENCIA.—II. EL FALLO Y SU FUNDAMENTACIÓN.—III. EL RECURSO A LOS DERECHOS FORALES.—IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL.—V. DISCUSIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASA LA SENTENCIA PARA SOSTENER LA TESIS DUALISTA EN QUE SE FUNDAMENTA EL FALLO: A) SOBRE EL CRITERIO DELIMITADOR ENTRE LOS DOS PRETENDIDOS TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE: 1. *Finalidad*. 2. *Naturaleza de los sujetos que conciertan la relación*. B) SOBRE LA CONVENIENCIA DE APLICAR NORMAS IMPERATIVAS A LOS DERECHOS DE SUPERFICIE CONCERTADOS ENTRE PARTICULARES. C) SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE: 1. *Ausencia de regulación de orden privado del derecho de superficie*. 2. *Implicaciones de la ausencia de regulación privada del derecho de superficie*. D) CONCLUSIÓN FAVORABLE A LA TESIS UNITARIA E INCIDENCIA EN LA POLÉMICA DE ACONTECIMIENTOS RECIENTES.—VI. EL LITIGIO DESDE LA PERSPECTIVA ADECUADA: LA DE LA TESIS UNITARIA. VII.- LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SUPERFICIE A LA VISTA DE LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL: A) ANÁLISIS DE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR DE LA PROPIEDAD: 1. *El derecho de superficie sobre fincas ya construidas*. 2. *El derecho de superficie sobre finca independiente*. 3. *Posible significación de la ausencia de recurso contra la negativa del Registrador a inscribir*. B) LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA A EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

PLANTEAMIENTO

Venía pensando, desde hace algún tiempo, en la conveniencia de profundizar en el estudio de los requisitos formales de constitución del derecho de

superficie, cuando me brinda una ocasión única para ello la reciente sentencia del Tribunal Supremo —Sala de lo Civil— de 26 de noviembre de 2002 (Ponente: señor ROMERO LORENZO) que precisamente aborda un conflicto relacionado con el carácter de la inscripción registral del mismo.

La sentencia, para solventar el litigio, se pronuncia sobre la polémica entre la tesis unitaria y dualista, que intenta dar respuesta al primer y principal interrogante que surge cuando se enfrenta el estudio de cualquier asunto relacionado con el derecho de superficie: ¿existen en nuestro Ordenamiento una o dos clases del mismo? Este problema se encuentra íntimamente ligado al de la determinación de la normativa que le es aplicable y, en consecuencia, la postura defendida al respecto, condiciona el régimen aplicable en materia de requisitos formales de constitución del derecho de superficie.

La sentencia se pronuncia, clara y contundentemente, a favor de la tesis dualista, mientras que, personalmente, considero que en nuestro Ordenamiento jurídico sólo hay una clase de derecho de superficie. Por tanto, lo que pretendo, con este estudio, es demostrar la equivocación del Tribunal Supremo al fundamentar su fallo en la tesis dualista, evidenciando la debilidad de los argumentos que la sustentan. Además, analizo el litigio desde los postulados de la tesis contraria, la unitaria, que es la que yo considero adecuada, y que permitiría llegar al mismo fallo.

I. LOS PRESUPUESTOS FÁCTICOS DE LA SENTENCIA

Se exponen claramente en el Fundamento de Derecho Segundo en los siguientes términos:

A) El 10 de marzo de 1989, en documento privado, suscrito por los litigantes se pactó:

- a) La cesión al señor C. del derecho de superficie sobre el local número 1 de los nueve previstos para la ampliación de la zona comercial de la urbanización, por precio de 15.018.000 ptas.
- b) Su destino exclusivo sería el de oficina de farmacia, comprometiéndose el señor C. a la obtención de los permisos necesarios.
- c) El señor C. autorizaba a la Asociación a contratar las obras de construcción del local aludido.

B) Realizada la construcción de los locales comerciales, la Asociación otorgó escritura de obra nueva, que fue inscrita en el Registro de la Propiedad.

C) En escritura pública de 29 de mayo de 1990, la Asociación cedió al señor C. el derecho de superficie sobre el local, por el precio estipulado y plazo de 99 años.

D) Solicitada la inscripción registral correspondiente, fue la misma denegada porque los nueve locales construidos no constaban inscritos como fincas independientes y, además, porque conceptualmente no se consideraba posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprendía del artículo 16 del RH y del 289.3 de la Ley del Suelo. Este segundo defecto fue declarado insubsanable, sin que las partes hubieran formulado recurso gubernativo contra dicha calificación.

El titular del derecho de superficie interpone demanda solicitando que se:

«Declare la nulidad del contrato de cesión de derecho de superficie concertado entre la Asociación de Propietarios El Fresno, de Fuente del Fresno, y don Ricardo C. E. en escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián de los Reyes, don Emilio López Mélida el día 29 de mayo de 1990. B) Como consecuencia de la anterior declaración de nulidad, condene a la Asociación de Propietarios El Fresno, de Fuente del Fresno, a restituir a don Ricardo C. E. la cantidad de 15.752.823 ptas. con el interés legal que corresponda desde las respectivas fechas de pago de las cantidades que integran esta suma hasta su abono al demandante. C) Alternativamente, para el supuesto de que no se declarase la nulidad del contrato, se decrete su resolución por haber desaparecido la base del negocio que lo sustentaba, condenando a la demandada a restituir a don Ricardo C. E. la cantidad de 15.752.823 ptas. con sus intereses. D) Condene a la Asociación de Propietarios El Fresno, de Fuente del Fresno, a pagar las costas del presente procedimiento».

El Juzgado de Primera Instancia desestima la demanda, que, sin embargo y tras el correspondiente recurso de apelación, es estimada por la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (13.^a) en los siguientes términos:

«Fallamos. Que estimando el recurso de apelación formulado por el Procurador don Federico Pinilla Romeo, en nombre y representación de don Ricardo C. E., contra la sentencia dictada, en fecha 25 de abril de 1995, por la señora Juez de Primera Instancia número 1 de Alcobendas (Madrid), en juicio de menor cuantía número 46/94, promovido por la precitada persona contra la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas El Fresno, de Fuente del Fresno, sita en San Sebastián de los Reyes (Madrid), representada por el Procurador don Federico José Olivares de Santiago, debemos

revocar y revocamos la referida resolución, y en su consecuencia, estimando la demanda rectora del presente proceso, debemos declarar y declaramos la nulidad del contrato de cesión del derecho de superficie concertado sobre el local comercial número uno entre las partes litigantes, en escritura pública otorgada ante el Notario de San Sebastián de los Reyes, don Emiliano López Melida, el día 29 de mayo de 1990, condenando a la parte demandada, hoy apelada, a estar y pasar por esta declaración y, previa restitución por el actor-apelante del local objeto del contrato a la Asociación demandada, ésta deberá devolver a aquél la suma de 15.752.823 ptas., más el interés legal desde la fecha de sus respectivas entregas, con expresa imposición a la parte demandada del pago de las costas de la primera instancia, sin hacer expreso pronunciamiento sobre las devengadas en este recurso».

Esta sentencia es recurrida en casación ante el Tribunal Supremo por la Asociación de Propietarios de chalets y parcelas Fuente del Fresno. Entre los motivos del recurso que nos interesan desde la perspectiva del derecho de superficie, cabe destacar que se alega aplicación indebida de la Ley del Suelo de 1992, e interpretación errónea de la doctrina aplicable al objeto del debate, en relación a la adquisición derivativa del derecho de superficie. Se esgrime la inaplicación de los artículos 350, 1.611 y 1.655 del Código Civil y de la doctrina aplicable en materia de constitución y derecho de superficie entre particulares. Además, se alega inaplicación de los artículos 1.278, 1.279 del Código Civil sobre la libertad de forma, legalidad y eficacia de los contratos al margen del Registro. Además, se aduce interpretación errónea de la jurisprudencia del TS señalada en las sentencias de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979, 420) y 15 de junio de 1984 (RJ 1984, 3243).

II. EL FALLO Y SU FUNDAMENTACIÓN

El Tribunal Supremo, por su parte, estima el recurso de casación interpuesto y revoca la sentencia de la Audiencia, confirmando la de Primera Instancia que había desestimado la demanda y declarado válido el derecho de superficie.

De manera que, finalmente, no se estima la pretensión del actor de que se declarara la nulidad del derecho de superficie y, en consecuencia, le fuera devuelta la suma de unos quince millones de pesetas que había abonado en contraprestación por la constitución del derecho.

Para estimar el recurso, el Tribunal Supremo se basa fundamentalmente en que la inscripción registral del derecho de superficie concertado entre parti-

culares no tiene carácter constitutivo, de tal manera que, pese que se haya denegado la inscripción registral, el derecho real existe y deben cumplirse las obligaciones asumidas en el contrato de constitución del mismo.

Para llegar a sostener esta postura, el Tribunal Supremo se ve obligado a pronunciarse a favor de la tesis dualista que defiende la existencia de dos clases de derecho de superficie para construir en nuestro Ordenamiento jurídico común: el derecho de superficie propio del ámbito del Derecho Privado, que —según la sentencia— es el concertado entre particulares; y el que se incardina en el ámbito urbanístico, que —también según la sentencia— es aquel en que interviene alguna Administración Pública y al que se le aplican los preceptos que, sobre derecho de superficie, contiene el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante TRLS) de 1992.

Teniendo en cuenta que el derecho de superficie que origina el litigio es concertado entre particulares, el Tribunal Supremo considera que se trata de un derecho de superficie propio del ámbito del Derecho Privado, al que no se le aplica la normativa contenida en la legislación urbanística. Se consigue, de este modo, eludir la aplicación del artículo 288.2 del TRLS de 1992, que establece el carácter constitutivo de la inscripción registral del derecho de superficie.

Esto permite al Tribunal Supremo considerar que, pese a la negativa del Registrador a inscribir, se ha constituido válidamente un derecho real de superficie entre las partes. Consecuentemente, su titular no puede pretender la devolución de la suma que pagó por la constitución del mismo.

Pero, pese a que el apoyo fundamental de la sentencia sea la defensa de la tesis dualista, se alude a otros argumentos que no deben pasarse por alto. En este sentido, hay que destacar cómo la sentencia hace referencia a que en Derecho catalán y navarro la inscripción registral del derecho de superficie no tiene carácter constitutivo. Además, la sentencia se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, que —afirma la sentencia— nunca ha exigido la inscripción registral para la creación entre particulares de este derecho. Veamos, primeramente, estos argumentos, que podemos calificar de argumentos menores o a mayor abundamiento, para pasar después a analizar la defensa de la tesis dualista por parte de la sentencia.

III. EL RECURSO A LOS DERECHOS FORALES

Con respecto a los Derechos forales, la sentencia alude a la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra (1) y al artículo 3 de la Ley catalana 22/2001, los

(1) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, «Comentario a la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA, EDESA, Madrid, 2002, págs. 414 y sigs.

cuales, efectivamente, no exigen la inscripción registral como requisito constitutivo de la eficacia del derecho de superficie.

El argumento que aquí emplea el Tribunal es poco sólido en la medida en que la forma en que se regula esta materia en los Ordenamientos forales no determina, evidentemente, que la regulación tenga que ser la misma en Derecho común. Cada Ordenamiento tiene su propia y peculiar configuración en lo que se refiere al derecho de superficie y, por lo tanto, no es fácil trasladar de un Ordenamiento a otro las conclusiones a las que se llega en relación a los diferentes problemas que suscita este derecho.

Para evidenciar las diferencias de regulación y concepción del derecho de superficie en los diferentes Ordenamientos privados mencionados basta con poner de relieve dos ideas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que, si bien en Derecho común la única normativa referida al derecho de superficie es la de los artículos 287 y siguientes del TRLS de 1992, en los Derechos forales que menciona la sentencia existe duplicidad de regulación de la figura, ya que se contempla esta figura tanto en normas que podrían incardinarse en el ámbito del Derecho Privado, como por normas que pueden considerarse primordialmente de Derecho Público. En Derecho navarro, concretamente, el derecho de superficie se regula no sólo en las Leyes 427 y siguientes del Fuero Nuevo, sino también en los artículos 275 y 276 de la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo. En Derecho catalán, la regulación de orden privado del derecho de superficie se contiene en la Ley catalana 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, mientras los artículos 240 a 242 del Decreto legislativo catalán 17/1990, de 12 de julio, representarían el ámbito público de regulación del derecho. Y todavía cabe diferenciar la regulación urbanística catalana de la navarra: mientras en la Ley Foral 10/1994, de 4 de julio, se regulan los aspectos de Derecho administrativo de la figura para cuando lo conciertan personas públicas y se limita a establecer los fines para los que las Administraciones Públicas pueden concertar el derecho de superficie, el procedimiento de constitución y su carácter oneroso o gratuito, en el Decreto legislativo catalán se regula con bastante minuciosidad el derecho de superficie, de manera similar a como lo hace el TRLS de 1992 en el ámbito del Derecho común, lo cual introduce, en este segundo caso, un factor más de distorsión, en el que no es momento de entrar.

En segundo lugar, me gustaría poner de relieve también la diferente forma en que se concibe la figura en Derecho común y en Derecho navarro. El derecho de superficie implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria, de manera que la configuración de dicho principio puede marcar, en cierta forma, la caracterización de aquél derecho en cada uno de los Ordenamientos. Así, la Ley 427 del Fuero Nuevo de Navarra lo formula

dándole un carácter dispositivo (2), mientras, en Derecho común, a dicho principio —contenido en el art. 358 del Código Civil— debe otorgársele carácter imperativo (3).

Lo que quiero significar, con la exposición de estas ideas, es que cada Ordenamiento regula de muy diferente forma esta institución y las soluciones no se pueden extrapolar de un Ordenamiento a otro.

Por otra parte, quiero resaltar que la competencia de la Comunidad Foral de Navarra y la Comunidad Autónoma catalana para dictar las normas que cita la sentencia como apoyo de su decisión y referidas a la constitución del derecho de superficie, se deben entender dictadas —entiendo— en función de la competencia que tienen en materia de Derecho civil y no por su competencia en urbanismo, como parece decir la sentencia.

IV. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL

Los recurrentes alegan también, en su apoyo, la doctrina jurisprudencial contenida en algunas sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo, concretamente, se refieren a las sentencias de esta Sala de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984.

Con respecto al tratamiento jurisprudencial de los requisitos de constitución del derecho de superficie en Derecho común, considera esta sentencia del TS, de 26 de noviembre de 2002 que, *no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares del derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo*.

De las sentencias que los recurrentes alegan como infringidas, una se refiere a un supuesto de Derecho navarro, y otra, aunque el supuesto que contempla se califica expresamente como un caso de derecho de superficie, creo que puede plantearse una duda razonable sobre si, realmente, se trata de un supuesto de derecho de superficie.

La sentencia del Tribunal Supremo de 1 de febrero de 1979 (RJ 1979/420) se refiere a un caso de Derecho navarro. En dicha sentencia se pretende, por una de las partes, que se declare la existencia de un derecho de superficie; el Tribunal Supremo dice que no existe tal derecho porque no se consigue probar su existencia, afirmando la necesidad de categórica constitución del mis-

(2) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, «Comentario a la Ley 427 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA, EDESA, Madrid, 2002, págs. 373 y sigs.

(3) ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 44 y sigs.

mo; sin embargo, no menciona la necesidad de inscripción registral para su válida constitución. No obstante, hay que tener en cuenta que en Derecho navarro, conforme establece la Ley 428, el derecho de superficie es *inscribible* (4), pero su inscripción no tiene carácter constitutivo. De modo que es normal que esta sentencia no se refiera a dicho requisito formal de constitución, puesto que en Derecho navarro no se exige.

Por otro lado, es cierto que la sentencia de *15 de junio de 1984* (RJ 1984/3243), se pronuncia de manera favorable a la libertad formal en materia de derecho de superficie, pero también es cierto que creo que el supuesto que provoca el litigio no es un verdadero derecho de superficie. La sentencia en cuestión versa sobre la disolución de una comunidad que recaía sobre una granja de ganado porcino que se había instalado sobre el terreno privativo de uno de los comuneros. La sentencia, que califica el supuesto como un caso de derecho de superficie, viene a decir, en lo que se refiere a los requisitos formales de constitución, que rige el principio de libertad formal. Entiende la sentencia que la construcción de la granja se hizo en base a la constitución de un derecho de superficie sobre la finca de uno de los comuneros. Sin embargo, creo que cabe dudar de que realmente se trate de un derecho de superficie, ya que existía un elemento común —la granja— y un elemento privativo —el solar—, de modo que la disociación de la propiedad inmobiliaria no era absoluta como la que provoca el derecho de superficie. En mi opinión, se trata más bien de una comunidad, contemplada expresamente en el supuesto de hecho del artículo 398.4 del Código Civil, al que tan escasa atención se le ha dedicado (5): *Cuando parte de la cosa perteneciere privadamente a un partícipe o a algunos de ellos, y otra fuera común...* Evidentemente, en materia de comunidad, rige absoluta libertad de forma. Sin embargo, pese a mi valoración personal del supuesto que contempla esta sentencia, es cierto que, el Tribunal Supremo estima que se ha constituido un derecho de superficie sin que haya habido constitución registral del mismo.

La sentencia objeto de comentario también menciona la *sentencia de 27 de marzo de 2001* para apoyar el carácter no constitutivo de la inscripción registral. Sin embargo, quiero destacar que, en la misma, más bien parece decirse lo contrario. La demanda que origina el litigio que resuelve dicha sentencia pretendía que se declarase la existencia de un derecho de superficie que no había sido constituido formalmente. Dice la sentencia en relación al

(4) ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, «Comentario a la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales* dirigidos por ALBALADEJO, MANUEL y DÍAZ ALABART, SILVIA, EDESA, Madrid, 2002, págs. 424 y sigs.

(5) Sobre este artículo, vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 205 y sigs., 223 y sigs.

artículo 16 del Reglamento Hipotecario: *el citado precepto hipotecario, aparte de proclamar que para que sea eficaz el derecho de superficie a favor del superficiario ha de estar inscrito ... precepto éste que hace más difícil el éxito de la pretensión del demandado ya que evidentemente para la validez del derecho ... se necesita nada menos que esté inscrito, por considerar la inscripción constitutiva, es claro que es muy difícil la estimación de la pretensión de la parte actora, que carece, ya no sólo de escritura pública, sino de cualquier otro documento escrito que demuestre la constitución de este derecho real sobre bienes inmuebles...*

Pero no es esta la única sentencia en que se afirma claramente el carácter constitutivo de la inscripción registral, sino que también la de 23 de febrero de 1993 (RJ 1993/1223), pese a tratar un supuesto de derecho de sobreedificación, alude al carácter constitutivo de la inscripción registral del derecho de superficie.

Tras el análisis de estas sentencias, parece que la línea jurisprudencial en materia de requisitos formales de constitución del derecho de superficie no es tan claramente favorable al carácter no constitutivo de la inscripción registral, como parece deducirse de la sentencia de 26 de noviembre de 2002.

V. DISCUSIÓN DE LOS ARGUMENTOS EN QUE SE BASA LA SENTENCIA PARA SOSTENER LA TESIS DUALISTA

A la vista de la fundamentación de la sentencia, es evidente que se opta en ella de manera clara y contundente, por la tesis dualista que reconoce la existencia en nuestro Ordenamiento jurídico de dos clases de derecho de superficie para construir: la propia del ámbito del Derecho privado, y la urbanística, inserta en el Derecho público (6). Se vierten en la resolución

(6) Sostienen esta teoría: GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho de superficie*, editorial Aranzadi, Pamplona, 1966, págs. 162, 180 ó 173; FUENTES LOJO, JUAN V., «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación (Comentario a una importante decisión judicial)», en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1967, pág. 581; FONT BOIX, VICENTE, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *Revista de Derecho Notarial*, 1967, vol. 57-58, pág. 30; RUANO BORELLA, JUAN PABLO, «Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales», en *Ponencias y Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, T.I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 688 y 711; RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS JAVIER, «Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie», en *Actualidad Civil*, 1988-2, en las págs. 2935 y sigs., pág. 295; LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, *Elementos de Derecho Civil*, III, *Derechos reales*, volumen segundo, *Derechos rea-*

diferentes argumentos en apoyo de tal opinión, que, personalmente y como he expuesto en otros lugares, no comparto (7). He seguido la estela de ROCA SASTRE (8) y de otros autores (9) que, desde que se promulgó la primera Ley

les limitados Situaciones de cotitularidad, 2.^a edición, Editorial J. M. Bosch editor, Barcelona, 1991, el § 49, dedicado al derecho de superficie, se encuentra a cargo del profesor don AGUSTÍN LUNA SERRANO en las págs. 274 y 278; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, pág. 1288; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, *Derecho Civil Español, Común y Foral*. Tomo II, *Derecho de cosas*, Volumen segundo, *Los derechos reales restringidos*, 15.^a edición revisada por el profesor don JACINTO GIL RODRÍGUEZ, editorial Reus, Madrid, 1994, págs. 468 y sigs. Más recientemente, defiende esta tesis, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, editado por el Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Registrales. Madrid, 1996, págs. 117, 203, 273, 280, 287, etc. También admite esta doble tipología esta misma autora en «Algunas consideraciones en torno al lease-back en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, págs. 1396-1397.

(7) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena (Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación)*, edit. Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, págs. 65 y sigs.

(8) Entre los defensores de una concepción unitaria del derecho de superficie cabe incluir a ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1961. Este autor no se pronuncia expresamente sobre este problema, limitándose a poner de relieve en las páginas 13-14: *...hasta que una Ley Administrativa de Urbanismo, Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 reguló el derecho de superficie de cuño moderno en cinco de sus artículos...* (vid. sobre la postura de ROCA SASTRE en la polémica la nota número 36 al pie de la pág. 70 de mi libro *La construcción en finca ajena...*, cit).

(9) MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS, «El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956», en *Revista de Derecho Privado*, 1957, diferencia dos tipos de derecho de superficie, pero en la página 761 se cuestiona si la Ley del Suelo puede regir el derecho de superficie ordinaria ya que, dice el Código no desarrolla su régimen y, finalmente, entiende aplicables algunos artículos de dicho precepto a lo que él denomina superficie ordinaria o común. Más recientemente se ha pronunciado claramente a favor de la tesis unitaria en «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *Revista de Derecho Privado*, 2000, págs. 443 y sigs. También cabe citar a VENTURA-TRAVERSEY Y GONZÁLEZ, ANTONIO, *Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal (Estudio según la legislación vigente)*, editorial Bosch, Barcelona, 1963, pág. 12; CAMPOS PORRATA, ALBERTO, «El renacido derecho de superficie», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, Madrid, 1972, pág. 239. DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, editado por el Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 191; parece optar por una interpretación integradora de las dos regulaciones, refiriéndose a una continuidad entre ambas regulaciones; en la página 193 dice que *el ordenamiento establecido por aquella Ley —la Ley del Suelo— es aplicable en Derecho Privado en suplencia de la laguna legislativa de éste*. También puede incluirse dentro de esta corriente a AMENGUAL PONS, PEDRO J., «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1979, núm. 532, pág. 635, donde opta por una regulación unitaria del derecho de superficie. BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS, «El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1992, pese a que admite dos tipos de derecho de superficie

del Suelo en el año 1956, que ocasiona y da sentido a la polémica objeto de análisis, han venido afirmando, con mayor o menor rotundidad, la existencia de una sola clase de derecho de superficie regido por la normativa contenida en las Leyes del Suelo que han venido sucediéndose a lo largo del tiempo.

Conviene resaltar que el problema de diferenciación entre los dos tipos de derecho de superficie es también el de su regulación. Se trata, en definitiva, de determinar si el derecho de superficie siempre debe gobernarse por la normativa contenida en la Ley del Suelo —tesis unitaria—, o, si por el contrario, como sostiene la tesis dualista, algunas relaciones superficiares quedarían sometidas al Derecho privado, escapándose del rígido corsé que supone la legislación urbanística, cuyas normas son, en lo que se refiere al derecho de superficie —en gran medida— imperativas. Los autores que sostienen esta segunda posición, por tanto, deben encontrar el criterio que, en su opinión, caracteriza la superficie urbanística frente a la propia del ámbito privado, y, además, también deben determinar la regulación aplicable a esta segunda, ya que no hay normativa específica en Derecho común, habida cuenta de que es unánime la opinión que sostiene que no es aplicable al derecho de superficie el artículo 1.655 del Código Civil que, en otro tiempo, se le aplicó.

A) SOBRE EL CRITERIO DELIMITADOR ENTRE LOS DOS PRETENDIDOS TIPOS DE DERECHO DE SUPERFICIE

Me parece conveniente evidenciar, en este orden de cosas, que dentro del grupo de autores que participan de la tesis dualista reina el desacuerdo en cuanto al criterio de distinción existente entre los dos tipos de derecho de superficie, sin que ninguno de los que se han propuesto haya sido adoptado como elemento caracterizador que definitivamente delimite a uno y otro tipo. Esta circunstancia es, a mi modo de ver, bastante significativa, puesto que revela, cuando menos, que el Derecho positivo no establece tal criterio distintivo de una manera clara y terminante —si es que no revela, que es lo que

—págs. 1244 y 1245—, integra la normativa existente: así en la página 1245: *Estimamos equivocada la opinión doctrinal que sostiene que la regulación que establece la vigente Ley del Suelo es específica de la superficie urbanística y que, por tanto, no cabe extra-polar sus preceptos a aquellos supuestos en que el derecho de superficie se constituye con fines distintos a los urbanísticos.*

Entre los que más recientemente sostenemos de manera abierta la tesis unitaria cabe citar, además de mi libro *La construcción...*, cit., y el artículo de MEZQUITA DEL CACHO en la *Revista de Derecho Privado* de 2000 ya referido, a CÁMARA ÁGUILA, M.^a DEL PILAR, «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1998, pág. 1655.

yo creo, que el Derecho positivo no establece tal diversificación—. Dejando al margen esta reflexión personal, el hecho de que el Derecho positivo no establezca indubitadamente ese criterio, se va a traducir en la debilidad de todos y cada uno de los diferentes criterios propuestos doctrinalmente como puntos de apoyo para la distinción. Además, debe tenerse en cuenta que la pluralidad de criterios de diferenciación propuestos no puede ampararse en la cambiante legislación urbanística, porque, pese a ser cierto que se han sucedido en el tiempo importantes alteraciones normativas referidas a la ordenación del suelo, tales cambios apenas afectan a la regulación que dichas normas contienen sobre el derecho de superficie, la cual se ha mantenido prácticamente inalterada desde la primera Ley del Suelo de 1956 hasta nuestros días.

La sentencia que origina nuestro comentario alude expresamente a varios de los criterios de catalogación propuestos desde las tesis dualistas para diferenciar las dos clases de derecho de superficie que, en su opinión, existen. Se refiere literalmente 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*.

Acertadamente, la sentencia no alude al *tipo de suelo* sobre el que se constituye el derecho como criterio para distinguir entre uno y otro tipo de derecho de superficie. Digo acertadamente, porque entiendo que este criterio de distinción pierde relevancia al desaparecer de la Ley del Suelo de 1976 la mención que contenía la Ley de 1956 y que sirvió a algunos autores para considerar que sólo el derecho de superficie constituido sobre suelo sometido a planeamiento estaba sujeto a la legislación urbanística, y que, algunos autores mantuvieron después por inercia (10). Tal criterio ha perdido, por tanto, la virtualidad, que algunos autores —discutiblemente— le atribuyeron, como criterio en torno al cual operar la distinción referida.

(10) En este sentido, vid. MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS, en *El derecho real...*, cit., 1957, pág. 754, dice: «*Planes de ordenación*», concepto este último que significa que el campo de aplicación preciso de este derecho de superficie será el de terrenos urbanísticamente ya ordenados...»; GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, *El derecho...*, cit., 1966, pág. 178; FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración del derecho...*, cit., 1967, pág. 581; también FONT BOIX, VICENTE, *El derecho de suelo...*, cit., 1967, pág. 30; por su parte, CAMPOS PORRATA, ALBERTO, en *El renacido...*, cit., 1972, pág. 239, dice lo siguiente: *dada la índole de la Ley y lo reducido de su ámbito por la mención de edificaciones comprendidas en Planes de ordenación...*; PUIG BRUTAU, JOSÉ, en *Fundamentos...*, T. III, vol. 2.º, 1979, cit., pág. 154; DOMENGE AMER, BARTOLOMÉ, *El derecho...*, cit., 1983, págs. 100-101, considera que la Ley del Suelo sólo va referido a los derechos de superficie sometidos al marco de los planes de ordenación urbana; también RODRÍGUEZ GARCÍA, CARLOS-JAVIER, en *Retroprogresivismo...*, cit., 1988, pág. 2954, se manifiesta en este sentido: *La Ley del Suelo alcanza tan sólo a los derechos de superficie establecidos dentro del marco de los Planes de Ordenación Urbana...*; y, también, ALBALADEJO, MANUEL, *Derecho Civil*, Tomo III, *Derecho de*

Más relevancia revisten en la actualidad los otros dos criterios a los que sí alude la sentencia: el de la finalidad perseguida con la constitución del derecho (11), y el de la naturaleza de los sujetos que constituyen el derecho de superficie (12). Como ya he expuesto en otro lugar, ninguno de estos criterios resuelve satisfactoriamente, a mi entender, el problema de la distinción entre estas dos pretendidas clases de derecho de superficie (13).

1. *Finalidad*

La finalidad que se persigue con la constitución del derecho no puede erigirse en criterio delimitador.

Con respecto al constituido por los particulares, el artículo 287.2 del TRLS establece que no existe, en ese caso, ninguna limitación de destino, de modo que en tal supuesto es evidente que la finalidad no es el elemento que determina la aplicación de la Ley del Suelo, y que, por lo tanto, permita calificar la relación de urbanística.

En cuanto al que conceden las Entidades Públicas, hay que decir que el derogado artículo 287.1 del TRLS de 1992, que establecía una limitación de destino, en el sentido de que sólo podían constituirlo para fines de interés social o viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, no está vigente en la actualidad. En cualquier caso, tal limitación de destino no cabía entenderla como si fuera de esos casos la regulación aplicable fuera otra diferente a la contenida en la Ley del Suelo, sino que había que interpretarla en el sentido de que, sólo cuando se perseguía tal finalidad, podían las entidades públicas constituir derechos de superficie sobre terreno de su propiedad o del patrimonio municipal; en ningún caso, cabía entender que ese destino era criterio de delimitación del campo de aplicación de la Ley del Suelo al derecho de superficie constituido por las entidades públicas, sino una limitación para la constitución del derecho por las mismas.

Bienes, vol. 2.º, *Derechos reales en cosa ajena*, edit. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 220: *La regulación de la L. S. alcanza sólo a los derechos de superficie establecidos dentro del marco de los planes de ordenación urbana.*

(11) Vid. entre otros, FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración del derecho...*, cit., 1967, pág. 581; PUIG BRUTAU, JOSÉ, en *Fundamentos...*, T. III, vol. 2.º, 1979, cit., pág. 154; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, y GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, en *Derecho Civil...*, cit., 1994, pág. 470.

(12) DE LA IGLESIA MONJE, M.ª ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996, págs. 108, 273, 279. También en «Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1996, págs. 1396-1397, en que califica la modalidad urbanística como la dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración.

(13) Vid. para un análisis más profundo de estos argumentos, ALONSO PÉREZ, M.ª TERESA, *La construcción en finca ajena...*, págs. 103 y sigs.

En relación con la finalidad como elemento diferenciador entre las dos pretendidas clases de derecho de superficie, se ha dicho también que es urbanística la superficie cuando se usa para *intervenir en el mercado del suelo*; sin embargo, es preciso advertir que el derecho real de superficie, es, en sí mismo, un instrumento jurídico que incide siempre en dicho mercado.

2. *Naturaleza de los sujetos que conciertan la relación*

El criterio en el que, fundamentalmente, se basa la sentencia para defender la existencia de dos clases de derecho de superficie para construir es el de la naturaleza de los sujetos. Algunos partidarios de la tesis dualista consideran que el derecho de superficie urbanística es el concertado por las *entidades públicas*, siendo urbana la que vincula a particulares (14), de modo que la Ley del Suelo sólo sería aplicable al primero. La importancia de este elemento en el debate la ha calibrado convenientemente la sentencia que ha dado pie a nuestro estudio (STS de 26 de noviembre de 2002), pues el mayor esfuerzo argumentativo se centra en sostener la inaplicación de la Ley del Suelo a un supuesto de constitución de derecho de superficie entre particulares.

La sentencia empieza su argumentación, resaltando el dato de que, efectivamente, en la Ley del Suelo, *tanto en su primitivo texto, como en los sucesivos, se mencione la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie*.

Para empezar, me sorprende que se haya pretendido erigir —no por esta sentencia sino por una parte de la doctrina— el criterio de la naturaleza de los sujetos como delimitador entre las dos pretendidas clases de derecho de superficie, siendo que las sucesivas Leyes del Suelo se refieren expresamente, como manifiesta la sentencia, a la constitución del derecho de superficie por particulares.

Entiendo que los términos en que la Ley del Suelo alude a los particulares permiten afirmar, en contra del parecer de la sentencia, que las relaciones superficiarias que conciertan los particulares se contemplan en dicha Ley para someterlas a su ámbito de aplicación. Entenderlo de otro modo, nos llevaría a interrogarnos sobre el sentido de tal mención. Además, resultaría complicado desentrañar en qué casos las relaciones entre particulares se someten a los dictados de dicha Ley del Suelo y en qué casos no. Con respecto a este último interrogante, la sentencia parece inclinarse por considerar aplicable a

(14) DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996, págs. 108, 273, 279. Más claramente en: *Algunas consideraciones...*, cit., 1996, págs. 1396 y 1397, en que califica la modalidad urbanística como la dirigida a la creación del derecho de superficie por la Administración.

los particulares la normativa sobre el derecho de superficie contenida en la Ley del Suelo únicamente cuando los actos y negocios que lleven a cabo sean *para su propio y particular provecho y sin incidencia o interferencia alguna en finalidades u objetivos que por su trascendencia social han de ser tutelados o controlados por la acción de la Administración*. Es decir, la sentencia pretende usar el criterio de la finalidad, no ya para diferenciar entre superficie urbana y urbanística, sino para discernir entre relaciones entre particulares a las que se les aplica la Ley del Suelo y a las que no. Sin embargo, esta consideración contradice el propio artículo 287.2 del TRLS de 1992 que expresamente dice: *El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior*. Por ello, entiendo que el TRLS de 1992 está contemplando el derecho de superficie concertado entre particulares con independencia de la finalidad que se persiga. Y, además, considero que lo contempla para regularlo, ¿qué sentido tendría, de lo contrario, su mención?

B) SOBRE LA CONVENIENCIA DE APLICAR NORMAS IMPERATIVAS A LOS DERECHOS DE SUPERFICIE CONCERTADOS ENTRE PARTICULARES

La sentencia, pese a la mención que, a los particulares contiene el artículo 287.2 de la Ley del Suelo entiende que dicha Ley no regula el derecho de superficie concertado entre particulares. Pretende explicar que carece de sentido aplicar a dichas relaciones las normas imperativas contenidas en dicha Ley.

No puede negarse el carácter eminentemente imperativo de los artículos que el TRLS de 1992 dedica al derecho de superficie, a la vista de lo dispuesto en el segundo inciso del artículo 287.3, que establece que *se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente por las normas del Derecho privado*. Se deja escaso margen a la autonomía de la voluntad, ya que, conforme al tenor de la Ley, sólo podría pactarse libremente la forma de la contraprestación, la posibilidad de transmisión y si el derecho es susceptible de gravamen o no.

Como considero que la Ley del Suelo se aplica a las relaciones entre particulares, entiendo que les son aplicables las normas imperativas que establece la Ley del Suelo. Pero, es más, en contra del parecer de la sentencia, entiendo que, si se analiza la forma en que el Ordenamiento jurídico configura el derecho de superficie sí se encuentran razones que justifiquen el carácter principalmente imperativo de su regulación.

El derecho de superficie implica, según opinión unánime de la doctrina, la derogación del principio de accesión inmobiliaria plasmado en el artículo 358 del Código Civil y que no es sino una aplicación del artículo 350 del

mismo cuerpo legal referido a la extensión vertical del dominio. En lo que ahora nos interesa, estos preceptos tienen una finalidad muy concreta, que fue convenientemente destacada por Díez PICAZO (15): procuran una más clara atribución de las titularidades, de manera que su eficacia se traduce en que sobre cada solar recaiga exclusivamente una sola titularidad; lo contrario, supondría tener que admitir situaciones que, desde el punto de vista de los principios que informan nuestro Ordenamiento jurídico en materia de propiedad inmobiliaria, no cabe calificar sino de anormales y que serían generadoras de inseguridad jurídica.

Atendiendo a esta circunstancia, y tras un análisis pormenorizado de los artículos 350 y 358 he considerado que el principio que se deriva de los mismos se configura en nuestro Ordenamiento jurídico con carácter imperativo (16), nos guste o no, cuestión en la que no entro. Por lo que no es de extrañar que, si alguna norma con rango legal permite la derogación de dicho principio por los particulares —como ocurre con la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo—, la posibilidad de dicha derogación se someta a normas imperativas.

C) SOBRE LA REGULACIÓN JURÍDICA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Por último, la sentencia considera que la Ley del Suelo *con esta mención* —la que hace a los particulares— *no está pretendiendo derogar al Código Civil*. Al hilo de esta consideración, nos vamos a adentrar en el estudio del gran problema que afecta al derecho de superficie: el de su régimen jurídico.

1. Ausencia de regulación de orden privado del derecho de superficie

La polémica entre las tesis unitaria y dualista se traduce en un debate sobre el régimen jurídico aplicable al derecho de superficie.

La tesis unitaria considera que se aplica la normativa urbanística a cualquier derecho de superficie que se constituya. Las tesis dualistas, por el con-

(15) Díez PICAZO, LUIS, en su artículo «La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1966, págs. 847-848, cuando dice: *Pero seguramente lo que debe tenerse en cuenta en este punto no es tanto ese dogmático poder absorbente del dominio del suelo, que responde a ideologías en trance de superación, sino un criterio de utilidad social: el mantenimiento o la conservación de una obra que es socialmente útil y la búsqueda de una situación final clara y segura, eludiendo la coexistencia de complicados derechos concurrentes.*

(16) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena...*, págs. 44 y sigs.

trario, no es que no hayan resuelto el problema de la distinción entre unas clases y otras de derecho de superficie, sino que crean, a mi modo de ver, otro problema de mayor envergadura que el primero, cual es el de la determinación de la normativa aplicable al derecho de superficie propio del ámbito de Derecho privado.

El gran inconveniente de las tesis dualistas es que no existe un cuerpo normativo específico para el derecho de superficie en el ámbito del Derecho privado (17). En efecto, el artículo 1.611 ha perdido virtualidad normativa en lo atinente al derecho de superficie (18). Por otro lado, toda la doctrina conviene en que el artículo 1.655, que en su momento se entendió aplicable al derecho de superficie, hoy ya no se puede entender que en el supuesto de hecho de dicho precepto se encuentre el derecho de superficie (19). Y, en efecto, así es desde la primera Ley del Suelo, momento a partir del cual el derecho de superficie deja de concebirse como un censo —que articula la existencia de varios derechos de propiedad sobre un mismo objeto—, para pasar a ser considerado como una institución de disociación del dominio, es decir, un derecho cuyo ejercicio provoca que un mismo solar —que normalmente sería un único objeto de propiedad— sea susceptible de varios derechos de propiedad al disociarse en varios objetos, por ejemplo, el suelo y el edificio; motivo, por el cual ya no le es aplicable el artículo 1.655 del Código Civil.

Ahora bien, con respecto a esta cuestión y del mismo modo que no hay acuerdo en las tesis dualistas en lo atinente al criterio de distinción entre las dos pretendidas clases de derecho de superficie, tampoco hay consenso en lo atinente a la regulación aplicable.

(17) Ponen en evidencia la existencia de ese vacío normativo: GULLÓN BALLESTEROS, ANTONIO, en *La superficie urbana*, Universidad de Sevilla, Sevilla, 1960, págs. 9 a 11; FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración...*, cit., 1967, pág. 581; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, en *El derecho de superficie...*, cit., 1974, pág. 193; LASO MARTÍNEZ, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie*, cit., 1985, pág. 523; MENA-BERNAL ESCOBAR, M.^a JOSÉ, *¿Es constitutiva...?*, cit., 1994, pág. 11; DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996, pág. 118 y 203.

(18) Vid. ALONSO PÉREZ, M.^a TERESA, *La construcción en finca ajena...*, págs. 72 y sigs.

(19) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, lo había puesto de relieve en la página 12 de su *Ensayo...*, cit., 1961, donde viene a decir que, alterada la naturaleza del derecho, no cabe plantearse si al mismo le es de aplicación el artículo 1.655. LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos...*, T. III, vol. 2, cit., 1991, pág. 276; O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, en «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentario del Código Civil*, editado por el Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, Tomo II, pág. 1288; BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie...*, cit., 1992, pág. 1248; CASTÁN TOBEÑAS, JOSÉ, y GIL RODRÍGUEZ, JACINTO, *Derecho...*, cit., 1994, pág. 470; MENA-BERNAL ESCOBAR, M.^a JOSÉ, *¿Es constitutiva...?*, cit., 1994, pág. 11; DE LA IGLESIA MONJE, MARÍA ISABEL, *El derecho de superficie...*, cit., 1996, pág. 119.

Dentro de los defensores de la tesis dualista, los más coherentes entiendo que son aquéllos que consideran que la superficie urbana o común se rige por lo dispuesto en el título constitutivo, los principios generales del Derecho y la costumbre (20), o los que intentan una construcción en base a las normas generales de Derecho privado (21). Para estos autores hay un derecho de superficie propio del ámbito del Derecho privado y ajeno al contemplado en la normativa urbanística y, consecuentemente, entienden que le son aplicables las normas de dicho sector.

Más sorprendente resulta la postura de los que, tras afirmar la existencia de un derecho de superficie propio del Derecho privado, recurren, de una u otra forma, a la normativa urbanística: algunos la consideran un medio de interpretación de la regulación privada, otros la aplican por analogía, y, otros, con carácter subsidiario (22).

2. *Implicaciones de la ausencia de regulación privada del derecho de superficie*

Creo que para enjuiciar adecuadamente los postulados de la tesi dualista, hay que dar un paso más y plantear qué repercusión tiene la circunstancia de que ninguna norma del ámbito del Derecho privado contemple la posibilidad de constitución del derecho de superficie. No obstante, podría decirse que el artículo 1611.3 del Código Civil sí lo contempla expresamente. En efecto así

(20) Entre ellos, LACRUZ BERDEJO, JOSÉ LUIS, y LUNA SERRANO, AGUSTÍN, en *Elementos...*, cit., 1991, pág. 277, y O'CALLAGHAN MUÑOZ, XAVIER, *Comentario al artículo 1.655...*, cit., 1991, pág. 1288.

Por su parte, RUANO BORELLA, JUAN PABLO, *Esquema de la regulación...*, cit., 1985, págs. 710-711, parece optar por la aplicación del artículo 1.655.

(21) También parece entender que debe regirse por lo pactado y por las normas generales de Derecho privado, DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho...*, cit., 1996.

(22) GUILARTE ZAPATERO, VICENTE, en *El derecho...*, cit., 1966, pág. 196; FUENTES LOJO, JUAN V., *Duración...*, cit., 1967, pág. 582; FONT BOIX, VICENTE, *El derecho de vuelo...*, cit., 1967, pág. 30; CAMPOS PORRATA, ALBERTO, en *El renacido...*, cit., 1972, en la pág. 239; DE LOS MOZOS, JOSÉ LUIS, *El derecho de superficie...*, cit., 1974, pág. 193; AMENGUAL PONS, PEDRO J., *El derecho...*, cit., pág. 635, que apuesta por una regulación unitaria del derecho de superficie. También en este sentido, vid. CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, LUIS M.^a y FERNANDO, «Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico», en *Ponencias y Comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Registral*, T. I, editado por el Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, pág. 414, según el cual la Ley del Suelo puede servir para la interpretación de las superficies no amparadas por dicha norma con carácter subsidiario. También BENAVIDES DEL REY, JOSÉ LUIS, en *El derecho de superficie...*, cit., 1992, pág. 1244, siguiendo a LASO MARTÍNEZ, afirma que la Ley del Suelo es extrapolable al derecho de superficie que se constituye con fines distintos a los urbanísticos.

es, pero hay que recordar que este precepto está previendo la regulación de la extinción de los derechos de superficie constituidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Civil, y no hay ningún otro precepto que contemple la posibilidad de su constitución para después de dicha promulgación.

Por ello creo que la inexistencia de regulación del derecho de superficie en el orden privado tiene unas implicaciones mucho más hondas que las que hasta ahora se ha venido pensado que tenían. Se ha considerado, hasta el momento presente, que el problema que provoca la inexistencia de esta regulación es el de la dificultad de determinar la normativa aplicable al derecho de superficie propio del ámbito del Derecho privado. Pero el problema no es sólo éste, sino que es mucho más profundo: debemos plantearnos si realmente puede existir un derecho de superficie de Derecho privado al margen de la Ley del Suelo. Me explico.

La propia sentencia dice que *la institución que nos ocupa, aun cuando el Código Civil carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de numerus apertus en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados.*

Desde la perspectiva dualista, se admite la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie al margen de la Ley del Suelo, apoyándose en el principio de autonomía de la voluntad y en la admisión del sistema de *numerus apertus* en materia de creación de derechos reales.

Sin embargo, creo que se está olvidando que el derecho de superficie implica una derogación del principio de accesión inmobiliaria contemplado en el artículo 358 y que dicho principio aparece configurado en nuestro Ordenamiento con carácter imperativo. Consecuentemente, cabría pensar que los particulares no pueden libremente derogar dicho principio y, por tanto, no pueden constituir el derecho de superficie urbana, en terminología de la doctrina dualista. La única posibilidad que existe de derogar ese principio imperativo de accesión inmobiliaria es usar los cauces arbitrados por normas del mismo rango que el Código Civil, que vienen a ser modificaciones legales de dicho principio; por lo tanto, la única posibilidad de que los particulares lo deroguen es a través de lo establecido dentro de los límites fijados en la Ley del Suelo. De modo que sólo cabe una clase de derecho de superficie que, además, está regulada por lo dispuesto en la Ley del Suelo, única disposición que posibilita la constitución de derechos de superficie por los particulares. La Ley del Suelo no está pretendiendo derogar el Código Civil, sino que, en materia de derecho de superficie, lo complementa, estableciendo un cauce de derogación del artículo 358 que antes no existía.

D) CONCLUSIÓN FAVORABLE A LA TESIS UNITARIA E INCIDENCIA EN LA POLÉMICA DE ACONTECIMIENTOS RECIENTES

Hay para quien la polémica entre la tesis unitaria y la dualista se decidió definitivamente a favor de la primera tras la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, que afirma que la regulación de la Ley del Suelo —la del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992— sobre derecho de superficie es Derecho privado. Así, MEZQUITA DEL CACHO se pronunció en los siguientes términos: *A raíz de la repetida STC, resulta pues obligado dar por cerrado el eterno debate; por consagrada la tesis unitaria por el máximo intérprete del Ordenamiento jurídico español, y por desautorizada en cambio la dualista ... que negaba valor civil a las normas de la Ley del Suelo que configura el diseño o esquema del derecho de superficie con carácter general...* (23)

Evidentemente, esta sentencia supuso un apoyo importante a la tesis unitaria; sin embargo, posteriormente, se sucedieron una serie de acontecimientos que han venido a contrarrestarla en la medida en que representan, en cierta forma, un apoyo para los postulados de las tesis dualistas, o, mejor dicho, vienen a restar algún argumento en el que se había venido basando la tesis unitaria. Se trata de la anulación del artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario que regulaba el acceso al Registro del derecho de superficie, por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 1083).

En efecto, la tesis unitaria tenía un inestimable apoyo en la regulación que el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario disponía sobre el acceso al Registro del derecho que nos ocupa. Dicho precepto se introduce en el Reglamento Hipotecario por Decreto de 17 de marzo de 1959, poco tiempo después de la promulgación de la primera Ley del Suelo de 1956. Se regulaba en él la forma en que el derecho de superficie debía acceder al Registro de la Propiedad. Parece sensato pensar que si se hubiera concebido la existencia de dos tipos de derechos de superficie, el Reglamento debería haber previsto la inscripción de cada uno de ellos; sin embargo, el anulado artículo 16.1 no distinguió entre diferentes clases y su regulación coincidía sustancialmente con la que, de este derecho, establecía en ese momento la Ley del Suelo. De donde puede deducirse —teniendo en cuenta la cercanía entre la Ley del Suelo de 1956 y el Decreto de 1959— que la regulación de la Ley del Suelo se hizo con vocación de generalidad, es decir, para regular cualquier tipo de derecho de superficie.

(23) MEZQUITA DEL CACHO, JOSÉ LUIS, «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *Revista de Derecho Privado*, 2000, págs. 443 y sigs.

Pero, como he dicho más arriba, este argumento pierde relevancia a raíz de la anulación del artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario por la sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 1083) (24). Sin embargo, entiendo que la derogación de dicho precepto no debe llevarnos a cambiar de opinión, en la medida en que sólo significaba un apoyo más a la tesis unitaria, que donde verdaderamente se apoya es en los argumentos precedentemente expuestos, es decir, en la regulación por parte de la normativa urbanística (arts. 287 y sigs. del TRLS de 1992) de cualquier derecho de superficie, incluidas las relaciones superficiarias concertadas entre particulares. La mención expresa de las relaciones que podríamos calificar de estrictamente privadas es el argumento de Derecho positivo que definitivamente debe llevar a afirmar lo desacertado de la tesis dualista. Hay que tener en cuenta la inexistencia en Derecho privado de normas que permitan a los particulares derogar, mediante la constitución de un derecho de superficie, el principio de accesión inmobiliaria que el artículo 358 del Código Civil configura con carácter imperativo. Sin olvidar, por último, las bondades que dicha tesis demuestra a la hora de la determinación del régimen jurídico aplicable a la relación, y lo que ello supone en términos de seguridad jurídica.

VI. EL LITIGIO DESDE LA PERSPECTIVA ADECUADA: LA DE LA TESIS UNITARIA

La sentencia que analizamos, de 26 de noviembre de 2002, afirma que la inscripción registral del derecho de superficie que concedió la Asociación de Vecinos El Fresno a don Ricardo C. E no tiene carácter constitutivo.

La sentencia es coherente, en la medida en que, participando abiertamente de la tesis dualista y entendiendo que el derecho de superficie que conciertan los litigantes es propio del ámbito del Derecho privado, considera que la inscripción registral no tiene, en este caso, carácter constitutivo, puesto que no le es aplicable el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, previsto —conforme a los postulados de la tesis dualista— para la

(24) La sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001 (RJ 1083) considera que, al atribuir el Reglamento carácter constitutivo a la inscripción del derecho de superficie, está excediendo los límites de una norma reglamentaria, al no ser exigido este requisito para la válida constitución del derecho (art. 288 LS). Por otra parte, considera la sentencia que el desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados *a)*, *b)*, *c)*, *d)* y *e)* las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, siendo que no son necesarias para la inscripción. Además considera que el Reglamento también se excede cuando considera inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho a comiso, al entender que sólo la Ley puede fijar los pactos y contratos inscribibles.

superficie urbanística. En base a estas consideraciones, el derecho de superficie concertado es, en principio, válido como derecho real y no procede devolver al titular del mismo la cantidad abonada como contraprestación por la constitución a su favor del derecho.

Por el contrario, la tesis unitaria, que comparto, sostiene que, en Derecho común, sólo hay un derecho de superficie para construir, el cual se rige por la normativa urbanística. Desde esta perspectiva, el artículo 288.2 del TRLS de 1992 es aplicable al caso analizado por la sentencia, y, por lo tanto, la inscripción registral del derecho de superficie que los litigantes conciertan es constitutiva.

Ahora bien, esto no debe llevarnos a pensar que, desde la perspectiva de la tesis unitaria, lo correcto hubiera sido desestimar el recurso de casación y declarar nulo el derecho de superficie, como hizo la sentencia de la Audiencia. El resultado del litigio, como vamos a ver a continuación, debe ser el mismo al que llega la sentencia del Tribunal Supremo, aunque se analice desde la perspectiva de la tesis unitaria —en mi opinión, más adecuada.

Como digo, pienso que el recurso está bien estimado incluso desde la perspectiva de la tesis unitaria. Desde esta posición se entiende que la inscripción registral es constitutiva, de manera que, en el momento en que surge el conflicto, no existe entre las partes un derecho real de superficie, es decir, las partes no están vinculadas por una relación jurídico-real, sin embargo, esto no significa que entre ellas no exista ninguna relación. Entre el actor y la asociación demandada existe un contrato de constitución de un derecho de superficie documentado públicamente, que —para una mejor comprensión— podría equipararse, a los efectos que analizamos, al contrato de constitución de hipoteca previo a la inscripción registral de la misma.

Hemos de tener en cuenta que el problema que origina el litigio no surge frente a terceros extraños a ese contrato, sino que la cuestión litigiosa sólo afecta a las partes del contrato. El litigio no surge, por tanto, en el ámbito o dimensión de *derecho real* de la relación jurídica de superficie, sino que se origina en relación al *contrato* de superficie que habían documentado las partes en una escritura pública. De modo que, en la medida en que el conflicto surge entre las partes de dicho contrato, para solventarlo, no es necesario otorgar relevancia a la dimensión de *derecho real* de la relación.

Es cierto, para la tesis unitaria, que el actor no era titular de un derecho real de superficie, pues faltaba la inscripción registral, pero lo que no puede negarse, ni tan siquiera desde esta perspectiva, es la existencia de un contrato que vincula a las partes, y que, en consecuencia y en principio, debía cumplirse.

El actor, por tanto, no podía, en base a la inexistencia de un *derecho real* de superficie —que para la tesis unitaria en ese momento no existe— pretender la nulidad del *contrato* de superficie. Este contrato, en la medida en que

sea válido y eficaz tiene que cumplirse por ambas partes, de modo que el actor, en caso de que dicho contrato sea válido, no tendrá derecho a la devolución de la cantidad que ya había entregado en cumplimiento del mismo.

VII. LA CUESTIÓN DE LA VALIDEZ DE LA RELACIÓN JURÍDICA DE SUPERFICIE A LA VISTA DE LAS RAZONES QUE MOTIVARON LA DENEGACIÓN DE INSCRIPCIÓN REGISTRAL

Llegados a este punto y habida cuenta de los motivos que llevaron al Registrador de la Propiedad a denegar la inscripción del contrato de constitución del derecho de superficie, creo importante analizar la validez del mencionado contrato. La calificación registral puede suscitar algunas dudas al respecto que me parece interesante estudiar, ya que, si se considera correcta la calificación del Registrador afirmando la imposibilidad conceptual de un derecho de superficie como el que se había concertado, acaso debiera concluirse afirmando la nulidad del contrato de superficie que concertaron las partes.

Además, la calificación del Registrador, de ser correcta, debe proyectarse sobre el resultado del litigio en el sentido mencionado —es decir, conduciendo a la declaración de nulidad de la relación, y a la estimación de la demanda— y ello con independencia de la perspectiva adoptada para su solución. Si se opta, como yo, por la tesis unitaria, la imposibilidad conceptual de un derecho de superficie como el convenido, supondría la nulidad del *contrato* —relación obligacional— que vincula a las partes. Y, si se opta, como la sentencia, por la tesis dualista, la nulidad habría de predicarse del *derecho real* de superficie. En consecuencia, el actor tendría derecho a que se le devolviera la suma que solicita en la demanda.

Sin embargo, resulta curioso, que, pretendiéndose, como pretende el actor, la nulidad del derecho de superficie, no se haya aludido en el proceso a los motivos en los que el Registrador se basa para denegar la inscripción, habida cuenta que al menos uno de ellos —si no los dos—, entiendo que presupone la nulidad de la relación. Se obvian en el debate que supone el litigio los argumentos que proporciona la calificación del Registrador, centrándose la discusión, como hemos visto, en si podía existir una relación jurídico-real al margen de la inscripción. Probablemente, la razón de este proceder sea la debilidad e inconsistencia de los motivos, que paso a analizar, aunque, como parece indicar la sentencia, parece deberse a la insuficiencia del contenido de la escritura pública que se califica.

A) ANÁLISIS DE LA CALIFICACIÓN DEL REGISTRADOR

Sin duda, la atención de los estudiosos del derecho de superficie se habrá centrado en la calificación que, del contrato de constitución del derecho de superficie, realiza el Registrador. Para denegar la inscripción, se basa en que los nueve locales construidos no constaban inscritos como fincas independientes y, además, en que conceptualmente no se considera posible constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente tiene ya construido, según se desprende del artículo 16 del RH y del 289.3 del TRLS de 1992. Este segundo defecto fue declarado insubsanable, sin que las partes formularan recurso gubernativo contra dicha calificación.

Es decir, conforme a la calificación que realiza el Registrador, no cabe la constitución de un derecho de superficie como el que constituyen las partes. De ser esto cierto, sería nulo, o el contrato —si se defiende la tesis unitaria—, o el derecho real —en caso de adoptarse la tesis dualista—. En consecuencia, el actor tendría derecho a la devolución del precio pagado por su constitución.

1. *La constitución del derecho de superficie sobre finca ya edificada*

No estamos refiriéndonos aquí al supuesto de constitución de un derecho de superficie sobre una finca ya edificada con el objeto de construir encima o debajo de la construcción existente, sino que nos referimos a la constitución de un derecho de superficie que tiene por objeto una construcción ya realizada, es decir, que atribuye al superficiario la propiedad superficiaria de la construcción ya existente sobre la finca, mientras el concedente se reserva la propiedad del suelo.

Creo que el Registrador se equivoca al considerar como defecto insubsanable la imposibilidad conceptual de constituir un derecho de superficie sobre algo que el concedente ya ha construido o va a construir, como ocurre en el caso analizado por la sentencia.

Es cierto que la finalidad del derecho de superficie es la construcción; abundando en ello puede precisarse que la Ley del Suelo lo contempla como un instrumento de intervención en el mercado del suelo y de fomento de la construcción, por ello, lo más habitual es que lleve aparejada la facultad-obligación de construir una determinada edificación por parte del titular del derecho. Sin embargo, no debe haber ningún problema, desde el punto de vista conceptual, en admitir la constitución de un derecho de superficie sobre una finca ya edificada, es decir, sin derecho anejo de edificar. Una relación de estas características provoca la disociación entre, por un lado, la propiedad superficiaria del edificio ya existente —que se atribuiría al titular del derecho

de superficie—, y, por otro lado, la propiedad del resto de la finca, que se reservaría el concedente del derecho. Esta posibilidad fue afirmada por ROCA SASTRE (25) y así creo que ha venido entendiéndolo la doctrina (26).

Es cierto que, en el caso enjuiciado por la sentencia, la construcción que iba a destinarse a farmacia, no estaba ya hecha cuando celebraron el contrato, sino que se comprometió a efectuarla el concedente del derecho y dueño del suelo —la Asociación de Propietarios—, pero creo que es un detalle que no debe impedir asimilar el supuesto de la sentencia al de la constitución sobre finca ya edificada que disocia la propiedad de la construcción ya existente de la propiedad sobre el resto de la finca. Por ello, entiendo que tal circunstancia no debería haber impedido la inscripción del derecho real de superficie.

Por otro lado, el artículo 289.3 del TRLS de 1992 que parece invocar el Registrador —al decir de la sentencia—, no estorba para la admisión de esta posibilidad en la medida en que debe reconocérsele plena eficacia pese a que se haya constituido el derecho de superficie en relación a una finca ya edificada. Del *anulado* artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario (27) tampoco creo que pueda derivarse esa imposibilidad conceptual que alega el Registrador de la Propiedad, porque, pese a que refleja el supuesto normal de derecho de superficie con derecho-obligación anejo de edificar, creo que no habría problema en entender que comprende también la otra posibilidad de constitución sobre edificación ya realizada.

2. *Los locales no constaban inscritos como fincas independientes.*

¿Puede constituirse un derecho de superficie sobre un elemento común de la propiedad horizontal?

El primero de los motivos en los que el Registrador basa la denegación de la inscripción del derecho de superficie es que *los nueve locales construidos no constaban inscritos como finca independiente*. No nos informa la sentencia de si este defecto fue considerado subsanable o insubsanable, aunque siendo el segundo defecto insubsanable, era innecesario que el Registrador se pronunciara al respecto.

(25) ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a, en «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, págs. 25 y sigs.

(26) Por otro lado, el artículo 2 de la Ley catalana 22/2002, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, contempla expresamente esta posibilidad al pronunciarse en los siguientes términos: «*El derecho de superficie puede recaer sobre unas construcciones o plantaciones anteriores o posteriores a la constitución del derecho. En el segundo caso, el derecho atribuye la legitimación para su realización a quien sea su titular*».

(27) Declarado nulo el artículo 16.1 del RH por sentencia del Tribunal Supremo (Sala 3.^a) de 31 de enero de 2001 (RJ 1083).

Al hilo de esta cuestión, puede plantearse la posibilidad de constitución de un derecho de superficie sobre un elemento común. Hubiera resultado interesante, en este orden de cosas, que nos dijera la sentencia cuál era la configuración jurídica de la Asociación de Propietarios de chalets y parcelas Fuente del Fresno. Puede entenderse que se trata de un complejo inmobiliario de los contemplados en el artículo 24 de la Ley de Propiedad Horizontal, aunque en el momento en que suceden los hechos (el contrato de cesión del derecho de superficie es de 10 de marzo de 1989) no existía tal precepto, fruto de la Ley 8/1999, de 6 de abril, que reforma la Ley de Propiedad Horizontal. No obstante, parece tratarse de una urbanización privada, y parece que no es arriesgar demasiado presuponer que lo más probable es que la misma se rigiera por la normativa de la propiedad horizontal. Sin certeza de que esto sea realmente así, vamos a analizar el problema como si a la Asociación de Propietarios Fuente del Fresno le fuera aplicable la Ley de Propiedad Horizontal.

Considera el Registrador que los locales no constan como finca independiente; entiendo que se refiere, más bien, a los solares sobre los que se realizan los locales comerciales. Podríamos pensar, por tanto, que todo el suelo sobre el que se construyen los locales es elemento común en el seno de la copropiedad. La cuestión que nos interesa llegar a formular es si sobre un elemento común puede constituirse un derecho de superficie.

El artículo 396 del Código Civil dispone que las partes en copropiedad sólo pueden ser gravadas —en este caso con un derecho de superficie— junto con la parte privativa de la que son anejo inseparable. Este precepto se refiere a que un copropietario no puede gravar o enajenar la parte privativa que compone su lote de copropiedad separadamente de la parte privativa, pero no debe impedir el que se enajenen o graven elementos comunes de la copropiedad, siendo, por ejemplo, admisible la constitución de una servidumbre de paso a favor de una finca vecina por un patio que es elemento común de una finca constituida en régimen de propiedad horizontal.

En el caso que nos ocupa entiendo que tampoco debería haber supuesto un impedimento para la inscripción registral el que los solares no estuvieran constituidos como finca independiente. Probablemente se trataba de elementos comunes que pueden ser gravados con un derecho real limitado, y en este caso se gravaron con un derecho de superficie.

Lo que podría plantear verdaderos problemas en este caso es la circunstancia de que el derecho real de superficie otorga a su titular un derecho de propiedad superficiario sobre lo construido, de modo que podríamos preguntarnos acerca del régimen jurídico aplicable a las relaciones del titular de la propiedad superficiaria con el resto de propietarios. Podríamos preguntarnos si es titular de un elemento privativo, si tiene obligación de contribuir a los gastos comunes, si tiene derecho a voto en la Junta de Propietarios.

En mi opinión, el titular de la propiedad superficiaria es, a efectos de sus relaciones con el resto de copropietarios, el titular de un derecho real sobre cosa ajena que se ha constituido sobre un elemento común. Por ello, entiendo que no debe considerársele titular de un elemento privativo en el inmueble, de modo que tampoco debe tener participación en los elementos comunes, ni tiene derecho a voto en la Junta. Tampoco debe contribuir a los gastos comunes, salvo que en el título constitutivo del derecho de superficie se establezca su participación en los mismos.

Su relación no es con el resto de copropietarios sino que es una relación con el conjunto de la copropiedad, y son las normas sobre el derecho de superficie y el contenido del título constitutivo del mismo en cuanto no se oponga a aquéllas, los que deben regir sus relaciones con el conjunto de copropietarios del inmueble en régimen de propiedad horizontal.

Por ello, entiendo que el hecho de que los solares no estuvieran inscritos como finca independiente no obstaba la inscripción del derecho de superficie. Este derecho podía haber sido inscrito en el folio abierto para la inscripción de la constitución de la finca en régimen de propiedad horizontal de la finca, determinándose precisamente la ubicación geográfica de la superficie concreta en la que éstos se construían, en aras, dicha concreción, al principio de determinación y especialidad registral. Pero precisamente es esto lo que parece impedir al Registrador proceder a la calificación como defecto de este extremo. La sentencia destaca que en la escritura pública de 29 de mayo de 1990 se había omitido una información relevante que sí aparecía en el documento privado suscrito por las partes el 10 de marzo de 1989, concretamente que lo que era objeto de cesión era el derecho de superficie sobre el suelo de la parte de parcela sobre la que habría de edificarse cada uno de los nueve locales previstos por la recurrente (cláusula segunda). Es decir, que la escritura pública no determinaba suficientemente el objeto sobre el que recaía el derecho constituido, no pudiendo procederse por tanto, a su inscripción, en virtud del principio de especialidad o determinación.

3. Posible significación de la ausencia de recurso contra la negativa del Registrador a inscribir

Creo que el hecho de que no se recurriera la negativa del Registrador a inscribir es bastante significativo para comprender adecuadamente el componente fáctico de la sentencia.

Siendo, a todas luces, tan evidente y tan importante económicamente el interés que la inscripción registral revestía para el titular del derecho de superficie, parece sorprendente que éste no recurriera la calificación del Registrador; más aún si se piensa como yo, que ninguno de los dos defectos

eran tales. Dicho comportamiento acaso se deba —aunque estamos haciendo suposiciones— a que al actor ya no le interesa la operación. Y, ante esa tesitura, aprovecha la negativa del Registrador para plantear un litigio, demandando la nulidad del derecho de superficie, amparándose, para ello, en el carácter constitutivo que algunos autores otorgan a la inscripción registral de este derecho.

Sin embargo, con este proceder, el actor obvia la existencia de un contrato perfecto y válido, y por tanto, eficaz, que se había documentado públicamente, que le vincula con la Asociación de Propietarios de Chalets y Parcelas El Fresno.

B) LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA A EFECTOS DE LA INSCRIPCIÓN
REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Desde la perspectiva de la tesis unitaria, en el caso analizado por la sentencia, existe entre las partes del proceso una relación jurídico-obligacional de derecho de superficie. Hasta que dicho contrato no se inscriba en el Registro de la Propiedad, no existirá una relación jurídico-real. Seguramente, las partes concertaron la relación pretendiendo darle una dimensión jurídico-real de la que carece, de modo que, probablemente, las partes, tras haberse sancionado, por esta sentencia, la validez y eficacia de su relación, quieran proceder a la constancia registral del derecho.

En este orden de cosas, me permito destacar una obviedad, y es que la propia sentencia del Tribunal Supremo va a permitir la inscripción del contrato de superficie en el Registro de la Propiedad pese a la inicial negativa del Registrador. Inscripción que permitirá dar al contrato de superficie la dimensión jurídico-real que, seguramente, las partes quisieron otorgarle. Efecto, éste, que debe tenerse en cuenta para realizar un análisis completo de la sentencia.

M.^a TERESA ALONSO PÉREZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad de Zaragoza