

El vuelo o subsuelo urbano como objeto de relaciones y negocios jurídicos en la dinámica legislación catalana

SUMARIO: A) DE LA «PROPIEDAD CUBICA».—B) PARÁMETROS CLASICOS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA Y RADICALISMO EN LA ACCESIÓN: a) EL INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA; b) EL RADICALISMO EN EL PRINCIPIO DE ACCESIÓN; C) EL EFECTO REDUCTOR DE LA INTERRELACIÓN DE AMBOS CRITERIOS SOBRE LA NEGOCIABILIDAD DEL VUELO O DEL SUBSUELO INMOBILIARIOS.—C) **EL GIRO INSTITUCIONAL. DOBLE INCIDENCIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y DEL DERECHO URBANÍSTICO:** a) LA PROPIEDAD HORIZONTAL; b) EL DERECHO URBANÍSTICO; C) EL EFECTO SUPERADOR DE AMBOS EVENTOS; d) EL RESULTADO: LA EDIFICABILIDAD COMO OBJETO DE TRÁFICO JURÍDICO; e) CUESTIONES PENDIENTES: CRÍTICA.—D) PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE Y DE SOBRE- O SUB- EDIFICACIÓN: a) EL DERECHO DE SUPERFICIE: a') *Origen y naturaleza, evolución y régimen*, b') *Normativa autonómica. Análisis de la llei catalana*. 1. Contenido. 2. Objeto. 3. Contraprestación y garantías. 4. El mantenimiento como derecho y como obligación. 5. Forma de constitución. 6. Duración. 7. Plazo de ejercicio del derecho instrumental de construcción. 8. Los contenidos obligatorios del título constitutivo. 9. Transmisibilidad y gravabilidad real. 10. La recíproca preferencia adquisitiva. 11. La indemnización por la reversión, c') *Aplicaciones prácticas normales de la superficie: versatilidad*, d') *Aplicaciones indirectas, instrumentales y sincopadas*, b) EL DERECHO DE SOBRE- O SUB- EDIFICACIÓN, C) NUEVOS LOGROS DEL «CUBISMO INMOBILIARIO».

A) DE LA «PROPIEDAD CUBICA»

Lo que se ha dado en llamar «*propiedad cúbica*» o «*cubismo inmobiliario*» se refiere a un objetivo que ha venido proponiendo un sector de la doctrina civilista: rebajar el presupuesto *material* que se ha exigido tradicionalmente en el área inmobiliaria, para que a ciertos derechos subjetivos se les

reconozca, a diferencia de los clasificados como derechos *personales o de crédito u obligación*, la calidad de *reales y publicables, para su oponibilidad a terceros*; y a dicho efecto, liberar a su referente objetivo: el *predio o finca*, de su limitada concepción planimétrica y bidimensional, para hacer posible su fraccionabilidad volumétrica en sentido vertical positivo o negativo (vuelo y subsuelo), a efectos de negocios y relaciones jurídicas, con independencia de los que se entablen sobre el plano facial de su suelo.

Este objetivo, preconizado (y premonizado, en la medida nada desdeñable en que ha venido abriéndose paso en la experiencia jurídica y en las leyes) es mérito original de algunos juristas, pero fue calando aplicativamente en la práctica de las profesiones liberales y de las funciones públicas. En la doctrina jurídica europea, hay que rendir ese tributo, en primer término, a COVIELLO (1), autor italiano que desarrolló sus tareas profesoras y de publicista en la segunda mitad del siglo xix y sólo en los inicios del xx y tras él, a SAVATIER (2), civilista francés que desde la segunda mitad del pasado siglo xx intuyó como disciplina jurídica complementaria la del Derecho urbanístico. Ambos se apercebieron desde su tiempo de la conveniencia de que el Derecho se abriera al tratamiento volumétrico de la propiedad y los derechos sobre inmuebles, rompiendo con la exagerada sumisión a una especie de «ley de la gravedad jurídica» que literalmente tenía las fincas «pegadas al suelo», y reivindicaron la potencialidad del vuelo y del subsuelo inmobiliarios como objetos separables de derechos subjetivos y en consecuencia, de relaciones y negocios jurídicos, no necesariamente reducidos a la condición de derechos limitados, sino incluso dominicales. Y en esa línea se fue avanzando.

Fácil es comprender que la idea era favorable a la promoción de plantaciones en las áreas rurales y de edificaciones en los núcleos de población; siendo sólo este segundo aspecto el que se va a tratar en el concreto marco de este ensayo. Al margen de la modestia de algunas de sus aplicaciones, el caso es que dinamiza la propiedad inmobiliaria y en su caso divide, repartido, el costo del desarrollo de la construcción. Así pues, jugando con las palabras

(1) COVIELLO, L. (sen.): *Della superficie*, Archivio Giuridico Italiano, 1892 (vol. XLIX). Este autor fue pionero en la sugerencia de configurar la institución como un derecho sobre el espacio aéreo o proyección vertical de la propiedad ajena que comprenda tanto la facultad de construir en él como la de mantener y rehacer en su caso lo construido, aunque la legislación vigente en su tiempo no suministraba base alguna para trasladar a la realidad una tal configuración.

(2) SAVATIER, R., «Vers des nouveaux aspects de la conception et de la classification juridique des biens corporels», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1958 (t. LVI), págs. 1-23. Un resumen de sus ideas, traducido al español, constituye el trabajo titulado «La propiedad del espacio», en *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 1, pág. 17 y sigs.), en el que afirma que «llegará un día en que el espacio cúbico acotado será objeto de tráfico, con independencia del suelo sobre el que reposa», aunque apostilla que «ese día aún no ha llegado».

y el humor, cabe decir que a diferencia del *cupismo pictórico*, que se definió usando la técnica de la «deconstrucción», lo que el *cupismo jurídico* favorece es, bien al contrario, la construcción.

En la doctrina española de formación universitaria mostraron su adhesión a esa línea de progreso Díez Picazo (3), Torres Lana (4), Domenge Amer (5) y Carrasco Perera (6).

En el área de formación práctica notarial hay que recordar a GARRIDO DE PALMA (7), autor de una verdadera arenga para remover el lastre del principio *superficie solo cedit*, contra el que no sólo preconizó su dispositividad y no imperatividad, sino que llegó a postular, para quebrantar su tiranía, un apasionado «[*contraj-principio de superficie*»]. Hace años, otro notario (a la sazón Director General de los Registros y del Notariado) MATA PALLARES, elaboró un magnífico estudio sobre los negocios jurídicos sobre el vuelo inmobiliario, que tuve el privilegio de conocer; pero su autoexigencia, tan exagerada como

(3) DÍEZ PICAZO (*Lecciones de D° civil*, III, *D° de Cosas*, Fac.de Derecho de la Universidad de Valencia, 1967, pp. 382 sigs.; y *La modificación de las relaciones jurídico-reales y la teoría de la accesión*; R° Cr° D° Inmob°, jul/ag 1966) opina que el principio *superficies solo cedit* nacido como derivación de la regla *accessorium sequitur principale* es hoy un anacronismo a desterrar *de lege ferenda* y a reducir interpretativamente *de lege data* de modo que los factores a ponderar en estas relaciones o situaciones jurídicas sean la buena o mala fe y la valoración objetiva de lo que es accesorio o principal, abandonando el criterio de que tenga que serlo necesariamente la tierra (muchas veces simple soporte improductivo) y no la obra, con la aportación de riqueza que ésta genera y la utilidad social que reporta. Este autor invoca la convergencia con este criterio de SAVATIER y MARTY-REYNAUD en la doctrina francesa y de DE MARTINO en la italiana.

(4) TORRES LANA, J. A., *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*, Pamplona, EUNSA, 1975.

(5) DOMENGE AMER, B., *El derecho de sobreedificación y subedificación*, Palma de Mallorca, Gráficas Adalid/C. Notarial Baleares, 1983.

(6) CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión*, Madrid, ed. Montecorvo, 1986. En esta excelente obra, el autor destacó especialmente el ensamblaje de las perspectivas civil y urbanística de los supuestos de construcción en suelo ajeno. El análisis del valor de la legislación urbanística como Derecho Común está expuesta en términos de Teoría General del Derecho con tanta sencillez como acierto en las págs. 414 y sigs.

(7) GARRIDO DE PALMA, V. M., «¿Superficies solo cedit? El principio de accesión y el principio de superficie», en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo de 1969, pág. 89 y sigs. Tras señalar (pág. 95) que el Derecho germánico no siguió la regla romana *superficies solo cedit*, sino el principio de prevalencia del trabajo, que daba primacía a la riqueza creada con él sobre la estática del inmueble no edificado, y citar en el mismo sentido el trabajo de VILLENA GARCÍA sobre el derecho de superficie en la revista *Propiedad y Construcción*, núms. 29 y 30, añade (págs. 99-100), los de DÍEZ PICAZO, a que nos referimos en la nota 3 *ut supra*; y añade (p. 98) que la rigidez del principio romano se opone a la realidad de la vida contractual y de la economía jurídica, que demuestra constantemente que el valor de la construcción supera al del suelo, elevando el del inmueble edificado respecto al que tenía antes de la edificación en muchas más unidades que las que pudiera representar el terreno sobre el que ésta se levantó; lo cual permite dar prevalencia a los principios de la función económico-social de la propiedad y de la edificación.

incurable, le llevó a dejarlo inédito. El recuerdo de sus ideas ha influido no poco en mi decisión de realizar este pequeño trabajo.

Y entre los estudios debidos a registradores, merece mención especial el de los hermanos Luis M^a y Fernando CABELLO DE LOS COBOS MANCHA (8), quienes tras aludir a la fundamental incidencia que el Derecho urbanístico tuvo sobre el civil al aportar una nueva visión tridimensional o cúbica de los bienes inmuebles, que rompió el antiguo dogma de la unidad indiversificable del suelo y el vuelo, asumen la idea de que el objeto físico de la propiedad ha cambiado, admitiendo esa diversificación que antes no se admitía, a consecuencia del dinamismo del mercado inmobiliario y el incremento a veces prohibitivo del valor de la propiedad sobre inmuebles; de modo que hoy, se admita ya junto a la negociabilidad del suelo, la del subsuelo y la del vuelo separadamente, como espacios cúbicos cuya delimitación fraccionaria es factible; y se haya recuperado la práctica del derecho de superficie como otra manifestación de la nueva virtualidad vertical de la contratación urbana.

Aunque el objetivo expuesto ha logrado ya hoy un interesante desarrollo, de modo especial en la legislación catalana que dinámicamente está llevando a cabo un proceso codificador importante (y el cual ha sido el segundo impulso motivador de este estudio), es conveniente analizar previamente por qué tardó tanto en plasmar dicho objetivo en esta realidad actual, y qué pasos fueron necesarios para ello.

B) PARÁMETROS CLASICOS DE LA PROPIEDAD INMOBILIARIA: INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA Y RADICALISMO EN LA ACCESIÓN

a) EL INDIVIDUALISMO EXCLUSIVISTA

La concepción que dentro del Derecho civil se ha formulado tradicionalmente del Derecho inmobiliario se ha sustentado desde su tratamiento en el Derecho romano hasta la moderna formación de los ordenamientos europeos (tanto los latinogermánicos codificados como los anglosajones formados a través de decisiones jurisprudenciales), desde una perspectiva individualista que percibía el dominio privado, en lo subjetivo, como exclusivo y excluyente, reacio a la compartición pluripersonal, por considerar ésta como fuente de conflictos e inepta para la obtención, en su ejercicio, de resultados óptimos.

(8) CABELLO DE LOS COBOS MANCHA, L. M.^a y F., «Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico». Ponencia al VI Congreso Internacional de Derecho Registral (libro-colección de ponencias y comunicaciones de dicho Congreso, editado por el Il. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1978, T. I, págs. 147 y sigs., esp. 157 y sigs.

Así, el condominio se tolera en el Código Civil sólo como situación provisional de indivisión, pesando sobre la misma la imprescriptible *actio communi dividundo* (arts. 400, pfo.1 y 1.052, pfo.1) y limitada su dilación con tractual o establecida en transmisión sucesoria (arts. 400, pfo. 2, y 1.051); mientras por otro lado, el retracto legal de comuneros busca también evitar su prolongación en las enajenaciones onerosas de cuotas de copropiedad (art. 1.522).

b) EL RADICALISMO EN EL PRINCIPIO DE ACCESIÓN

Esta perspectiva, reacia en lo subjetivo al comunitarismo en la propiedad inmobiliaria, se reflejó también, en lo objetivo, en la más radical formulación del principio de la accesión. A esa concepción responde el criterio del artículo 353 del Código Civil español, derivado del francés (y éste, del Derecho romano) al establecer que «*La propiedad de los bienes da derecho por accesión a **todo** lo quese les une o incorpora... artificialmente*».

Lo cuestionable en ello es la generalidad de ese «todo». El principio de accesión es de una indiscutible racionalidad en cuanto proclama que en caso de unión física de dos objetos de propietarios distintos, el objeto accesorio deba quedar absorbido por el principal; pero a diferencia de la accesión entre bienes muebles (donde la decisión según tal criterio es más fácil), en el plano de lo inmobiliario, en cambio, y en especial, entre el suelo y la edificación, es de mucha mayor relatividad determinar, en términos estimatorios, qué es lo principal y qué lo accesorio.

En esta tesitura, el Derecho romano optó radicalmente por la principalidad del suelo; pero ello fue decidido más que nada por un móvil de seguridad jurídica, fundado en el temor a la extensión de los conflictos por invasiones de fundos. De ahí que se estableciera que la expansión vertical del derecho dominical sobre los predios comprendiera usque ad coelum et infera (hasta el cielo y los infiernos); y del modo más rígido y simplista, la adquisición por el propietario del suelo de toda edificación construida por otro sobre o bajo él; ya fuera su autor un extraño absoluto al lugar del fundo utilizado como soporte, o un propietario de suelo colindante que se extralimitase en su edificación invadiendo suelo contiguo, que es lo que resulta de la dicción del art. 358: ***Lo edificado... en predios ajenos... pertenece al dueño de los mismos***; sin perjuicio de que en consideración a la buena fe del edificante no dueño del suelo, y con el consentimiento de éste, pudiera llegarse a otra solución como la adquisición del terreno, por su valor, por el nodueño que construyó sobre él, o el resarcimiento del valor de lo edificado por el dominus soli que ejerciese su derecho de accesión; alternativas que prevé genéricamente el mismo art. 358 in fine y que recoge el art. 361 del Código Civil español.

La legalidad catalana superó ese radicalismo en aspectos importantes. Uno, la histórica garantía, que conserva la reciente Llei 25/2001 de 31 de diciembre que regula la accesión, que es, para el edificante cuya actuación le haga merecedor de un precio o indemnización que evite el injusto enriquecimiento del *dominus soli*, el **derecho de retención** (una especie de «prenda inmobiliaria») hasta que se le hagan efectivos, rebajando así el riesgo que comporta atribuir a dicho propietario del suelo, automáticamente, el dominio de lo edificado. Y otro, la **accesión invertida** en construcciones extralimitadas de valor superior al suelo invadido que prevé su art. 9, que con plena justicia y siguiendo precedentes jurisprudenciales se produce no sólo mediante pago del valor del terreno invadido, sino indemnizando además cualesquiera otros daños causados. Pero pese a ambos avances, el intenso romanismo que fluye por las venas del Derecho catalán ha mantenido en esta llei formulaciones en las que subsiste el antiguo tono radicalista del principio de accesión, como la de sus arts. 1 {*La propiedad de un bien comporta la adquisición, por accesión, de aquello que se le una de una manera natural o artificial...*} y 3 {*Por derecho de accesión inmobiliaria pertenecen a la persona propietaria de la finca...las construcciones que se le adhieran*}. Ciertamente, el art. 2 salva la posibilidad de otras regulaciones legales, que tal vez aumenten algún día el cupo de las accesiones invertidas, v.gr., en materia patrimonial familiar en sentido amplio, en el tratamiento de las compensaciones por separación; pero se echa en falta una salvedad más general en favor de la autonomía de la voluntad, que diluya más y mejor el aparente imperativismo del principio de accesión en su modalidad edificatoria.

c) EL EFECTO REDUCTOR DE LA INTERRELACIÓN DE AMBOS CRITERIOS
SOBRE LA NEGOCIABILIDAD DEL VUELO O DEL SUBSUELO INMOBILIARIOS

Lógicamente, esa concepción redujo a mínimos (y configurables por supuesto no como propiedades separadas ni compartidas, sino como meros derechos limitativos y limitados) los negocios jurídicos sobre el vuelo o el subsuelo de los inmuebles.

En fin: los negocios jurídicos sobre el vuelo o el subsuelo de edificios fueron excepcionales en el Derecho antiguo, limitándose a dos tipos:

Uno, el de ciertas servidumbres tales como (en la proyección vertical positiva) la de *altius non tollendi* (no construir a superior altura); servidumbre negativa y secundaria derivada por lo general de otra servidumbre de luces, o de luces y vistas, o de mancomunidad de patios; y la de *apoyo*, que permite la inmisión de parte de un edificio sobre otro contiguo sin que ello suponga necesariamente que el edificio sirviente de tal sustentación se vea privado de la posibilidad de elevarse sobre lo inmitido; así como (en la

proyección vertical negativa), de algunas mancomunidades subterráneas de algibes o desagües u otras conducciones.

La otra excepción tipificada fue la del derecho de superficie; concebido como limitativo y limitado, incluso necesariamente en su duración, lo que venía impuesto por el rigor del principio de accesión industrial edificatoria, susceptible de limitación pero no de exclusión en el dominio inmobiliario del terreno solar. De esta modalidad jurídica nos ocuparemos especialmente en la segunda parte de este estudio.

La cortedad de esas excepciones contribuyó a que la expresión del objeto de la propiedad inmobiliaria se redujera a una noción, la de «finca» o «predio», cuyo único referente material delimitativo era el «suelo» geográfico; configurándose como porción poligonalmente determinada en la superficie sólida de la tierra; lo cual excluía tanto la superficie líquida (mares, lagos y ríos, por lo general destinados al dominio o uso público) como la masa gaseosa del aire que las recubre.

En lo físico, ello reducía su mensurabilidad material descriptiva a sólo dos dimensiones: longitud y anchura; y aunque potencialmente existía una tercera dimensión vertical, ésta no era mensurable en tanto no se edificase; de un lado, por su misma proclamada ilimitación legal de su aprovechamiento potencial; y de otro por la infinitud de su proyección superior y la incongnitud de la densidad de la inferior.

Todo ello, pues, convergía a que la expansión cúbica del dominio sobre inmuebles mediante edificación hacia arriba o hacia abajo, siguiera formulándose desde la perspectiva individualista clásica durante muchas centurias, a lo largo de las cuales siguieron prevaleciendo los criterios romanos, combinados entre sí, de la animadversión hacia la compartición de la propiedad inmobiliaria, y de la accesión legal de lo edificado al suelo.

C) EL GIRO INSTITUCIONAL. DOBLE INCIDENCIA DE LA PROPIEDAD HORIZONTAL Y DEL DERECHO URBANÍSTICO

a) LA PROPIEDAD HORIZONTAL

El cambio se inicia a principios del s.XX, cuando los ordenamientos se abren a admitir un régimen de compartición inmobiliaria que al combinar ingeniosamente la separación de los dominios con el mantenimiento de una comunidad parcial de elementos accesorios, aparece como una transacción entre el individualismo y el comunitarismo; solución que se ha institucionalizado universalmente desde entonces en la figura de la llamada «**propiedad horizontal**», aunque esa denominación haya ofendido algo a la semántica, ya

que la horizontalidad es sólo fraccionaria de lo que las propiedades privadas se hayan yuxtapuesto en la dimensión vertical de los edificios. Por lo demás, supuso ciertamente una ruptura revolucionaria de los viejos prejuicios de que el edificio sea accesorio del suelo (relación que, en esta nueva realidad, se invierte) y de que en la proyección vertical del suelo no cupieran dominios separados, sino sólo, a lo sumo, derechos reales limitados.

La primera superación de aquellas rigideces se produjo pues en el plano de la compatibilidad de la propiedad inmobiliaria; y ello pese a que persistan problemas residuales por lo difícil de la convivencia humana y del ejercicio de derechos y deberes sobre elementos comunes. A partir de esta fórmula, el principio de accesión industrial edificatoria se mostró susceptible de flexibilización, y ello abrió nuevas posibilidades para la negociabilidad jurídica del vuelo inmobiliario, sobre todo del urbano.

En parte, ello se debe sin duda a que en este sistema, los edificios, ora realizados sin agotar su edificabilidad, ora en trance de construcción, o incluso no iniciada materialmente ésta, están ligados al suelo que constituirá su elemento común aglutinante por el discutido principio de accesión; lo que vendría a demostrar que éste sigue siendo necesario como punto de partida; pero en su mayor medida, el logro esencial de la fórmula se ha debido a su virtualidad para agrupar físicamente, y la vez separar jurídicamente, como propiedades privativas, los distintos departamentos del edificio, liberándolos (incluso en lo que respecta al elementobase del suelo sobre el que la construcción se sustenta), de la tradicional dependencia de las comunidades a la acción de división y a los retractos; aportación nueva y propia que hizo posible la plural compartición con una mínima dependencia mutua en el uso, y ninguna en la disposición.

La *propiedad horizontal* ha sido pues la locomotora del avance en la dirección de la negociabilidad jurídica del vuelo urbano incluso en estado de inmaterialización física del mismo. Ya desde su reforma de 1944-46, la Ley Hipotecaria, en su art. 8.º, apartado 4, aceptó la inscribibilidad, como una sola finca y bajo un mismo número, de *los edificios en régimen de propiedad por pisos*; añadiendo como requisito de tal inscribibilidad que su construcción estuviera «concluida... o al menos comenzada»; pero pese a que esta segunda condición se refiera al edificio, y que el *comienzo* de la construcción de éste siempre anteceda por definición al de los pisos o locales que deba integrar, éstos debían «*hacerse constar*» aunque estuvieran *meramente proyectados*, y determinarse cada uno por unos números correlativos, unas cuotas participativas, e indicando en su caso sus respectivos titulares, lo cual supuso la publicidad registral de unas titularidades sobre objetos cuya situación jurídica carecía de toda corporeidad material, viniendo referidos a espacios definidos en el vacío cúbico del vuelo sobre el terreno. Y ese estado mostró su culminación en el apartado 5 del mismo precepto; pues en éste se superó la mera

relación o mención de los pisos, aun meramente proyectados, en el folio abierto al edificio en su conjunto; y se admitió que se inscribieran abriendo cada uno folio registral propio.

Partiendo de esta concepción aperturista, el proceso de desmaterialización prosiguió imparablemente, y la jurisprudencia y las resoluciones de la Dirección General del Notariado consolidaron la tendencia admitiendo que se entendiera «comenzado» el edificio desde que se obtuviera la licencia municipal de construcción, y aceptando consiguientemente las «declaraciones de obra nueva en construcción» y la constitución de la propiedad horizontal en ese estado, así como su hipotecabilidad (una de las máximas expresiones de la naturaleza real de un derecho) de las que incluso podía dividirse la responsabilidad, atribuida a unos pisos que no ocupaban materialmente los huecos del espacio, que sólo su construcción llenaría en el futuro.

Creo necesario añadir aquí que, en esta materia, el proceso en marcha de la codificación del Derecho Civil catalán tiene elaborado el anteproyecto de llei de regulació de les situacions de comunitat, que ha sido ya expuesto a información pública, y en el que con una intención exhaustiva, pero pleno respeto a la reserva constitucional de ley para lo relativo a la propiedad privada en contraste con los abusos de reglamentismo cometidos en el Derecho común español, se contiene una normativa de la propiedad horizontal que supera netamente el texto de la ley estatal tanto en su versión originaria de 21 de julio de 1960 como en la de la ley 8/1999 de 6 de abril de reforma de ésta; porque en ella se ha optado por las soluciones más útiles suministradas por la práctica.

b) EL DERECHO URBANÍSTICO

Éste constituyó el siguiente paso adelante, sobrevenido en tiempo algo más reciente; cuando el Derecho Público decidió intervenir progresivamente, haciendo predominar el interés general o social en el sacrosanto marco de la propiedad privada inmobiliaria, recabando al efecto la competencia ordenadora de los territorios, y especialmente, de los urbanos. Ello supuso la adscripción al Derecho Administrativo de la determinación de los usos del suelo, tanto en lo concerniente a lo agrario o a los espacios naturales, como a lo industrial y a lo habitacional. Al estudio que aquí y ahora se desarrolla importan sólo estas dos últimas áreas, que por su trascendencia social se han integrado en una rama especial de esa nueva disciplina jurídica: la del Derecho Urbanístico; y es obligado destacar que esta inyección de Derecho *Público* en el Derecho privado relativo a inmuebles constituye un hito histórico y trascendental por su concepción social de la propiedad, que se ha reflejado incluso en el texto del art. 33 de la Constitución española. Y es que sólo de la carga imperativa de una normativa jurídico pública cabe esperar que el interés

social condicione el individual en el ejercicio de la propiedad inmobiliaria. El Derecho inmobiliario, pues, tiene desde entonces una doble vertiente privada y pública, cuya síntesis han sabido hacer juristas como Carrasco Perera (V. nota 6 ut supra) para evitar que ambas entren en conflicto colisivo.

A este respecto creo de nuevo necesario hacer aquí otra referencia al anteproyecto de ley catalana sobre situaciones de comunidad, ya que en el mismo, con acierto, se incluye como tal situación comunitaria la de las urbanizaciones como conjuntos inmobiliarios, y se contiene una normativa que proporciona soluciones para los problemas de interrelación entre sus edificios y de éstos con los elementos de servicio común de aquéllas. En este anteproyecto no se distingue entre las urbanizaciones privadas y las de iniciativa pública, ni se entra por tanto en la normativa urbanística, a la que se remite sin la menor interferencia; contemplándose sólo la perspectiva comunitaria civil; pero ello no compromete en absoluto su pleno engranaje con la ley urbanística catalana 2/2002 de 14 de marzo, que se le ha anticipado en la promulgación.

c) EL EFECTO SUPERADOR DE AMBOS EVENTOS

Ambos pasos sucesivos han determinado, ya la aparición *ex novo*, o ya la recuperación, de negocios y relaciones jurídicas sobre el vuelo urbano. Así, la *propiedad horizontal* ha hecho posible la contratación y adquisición de derechos de sobre y subedificación en construcciones ya realizadas, o de nueva edificación integral en complejos inmobiliarios incompletos; y ha abierto un camino para dotar de soporte jurídico real a contratos cuyo objeto sea la transmisión o la contraprestación reservada, también en propiedad, de edificaciones futuras. Y tanto aquel régimen mixto como la normativa urbanística han permitido recuperar, con unos contenidos de mayor amplitud y seguridad en su nueva percepción como «propiedad temporal» y por tanto con unas funciones más versátiles, la vieja figura romana del *derecho de superficie*, prácticamente muerta desde la promulgación del Código Civil español en 1889, en pleno apogeo del individualismo y exclusivismo de la propiedad inmobiliaria. De unos y otros progresos trataré en otras partes de este trabajo.

En el plano del Derecho urbanístico puro —aunque con natural reflejo en la práctica del civil— ha constituido una aportación institucional esencial la noción de *aprovechamiento urbanístico* y la previsión y regulación de su transferibilidad, a la que ya se refirió el Reglamento de Gestión Urbanística y más tarde el art. 203 del TR de 26.VI.1992 de la Ley estatal del Suelo; y cuyo reflejo registral se desarrolla en los arts. 33 a 44 del nuevo Reglamento Anexo al Hipotecario, para la inscripción de actuaciones de naturaleza urbanística, de 4 de julio de 1977, donde se contempla tanto la inscripción en sí misma, en folio propio, de los aprovechamientos establecidos, como la de las cesiones obliga-

torias a la Administración; las que deban producirse entre las fincas incluidas en un sistema de ejecución de un plan que comporte equidistribución, y también la de las transferencias negociales entre particulares propietarios de fincas distintas, supuesto este último que es el más puramente civil. En este área de negociabilidad jurídica es donde se alcanza el máximo grado de pura *cubicidad* o *volumetricidad* en el objeto, por cuanto éste no es el suelo al que se haya hecho la asignación; sino *la edificabilidad misma* asignada por la Administración Pública al inmueble; un derecho referido al puro vuelo en vacío.

De todos modos, hay que precisar que fuera de las cesiones obligatorias a las Entidades Públicas locales de los porcentajes legales de aprovechamiento urbanístico, los márgenes de negociabilidad de éste son estrechos. Las más frecuentes son adquisiciones hechas a tales Entidades por parte de empresas promotoras, o de propietarios de fincas, de una actuación urbanística, de esos mismos aprovechamientos cedidos; siendo más raras, y requiriendo autorización administrativa, las otorgadas entre particulares, convenidas las más de las veces para ajustes poco importantes. Por añadidura, en la recientísima ley catalana de urbanismo, a diferencia de la normativa anterior y de las de otras Comunidades, parece excluida la negociabilidad intersectorial; pues el principio recogido en su art. 7 es el de que las equidistribuciones se ciñan a cada ámbito concreto de actuación urbanística; lo cual, por otra parte, es lo más coherente con los criterios que presiden los planteamientos y los programas que siguen a éstos.

d) EL RESULTADO: LA EDIFICABILIDAD COMO OBJETO DE TRÁFICO JURÍDICO

La confluencia de ambos eventos (regulación de la propiedad horizontal y conjuntos inmobiliarios por un lado, y normativa urbanística por el otro) ha hecho que en el contexto de la actual realidad, la contratación inmobiliaria urbana, ante la incidencia de la normativa urbanística, se concierte en función *de la edificabilidad* o «aprovechamiento edificatorio» resultante de la planificación urbanística, en términos de «*techo edificable*», que es lo que se evalúa como objeto y causa del contrato, y no la mera cabida superficial del suelo, pues por más que ésta incida en la determinación de tal edificabilidad, la proporción es distinta en los diversos supuestos, según lo que en cada sector planificado se permita en altura en función de que la edificación admitida sea sólo unifamiliar, o bifamiliar o plurifamiliar susceptible de copropiedad horizontal. Y esta circunstancia se refleja normalmente como condición contractual en los instrumentos formales de garantía del tráfico jurídico que son el documento notarial y el Registro de la Propiedad, en virtud del reglamento anexo al hipotecario aprobado por RD 1093/ 1997 de 4 de julio, para la inscripción de actuaciones de naturaleza urbanística.

Por lo demás, el que la contratación sobre *vuelos* urbanos haya tomado hoy grandes *vuelos* (valga la intencionada redundancia) se debe, además de a esos progresos normativos, al contexto de incesante aumento de la necesidad tanto de vivienda como de edificación industrial; al no agotado aprovechamiento de muchos edificios antiguos, a los altos precios del suelo y a los nuevos medios tecnológicos empleados en la construcción.

e) CUESTIONES PENDIENTES: CRÍTICA

Es de criticar sin embargo que todavía queden pendientes soluciones que reclama la lógica de la propiedad y su divisibilidad, y que la ley podría proporcionar modificando el *status* legal actual, que aún arrastra mucho lastre de ideas tradicionales ya obsoletas, sobre todo las que consisten en negar al derecho la condición de *real*, y reducirlo a la calidad de *obligacional* o crediticio, mientras no recaiga sobre una materialidad **física**, integrada en la superficie del suelo o en una construcción, aun parcial, realizada o en realización, en su vuelo o subsuelo. Acto seguido se exponen tres ejemplos que muestran que en materia de propiedad y derechos reales sobre bienes de materialización futura en el vuelo urbano, y en su normativa documental y registral, se precisan aún reformas liberadas de concepciones trasnochadas, para consolidar la seguridad de estos negocios jurídicos ante el riesgo de fraude inmobiliario, o de otros conflictos.

Primer ejemplo: el Registro no admite como derecho real o ¡Mí *ad rem* la venta firme de un espacio comprensivo de un determinado aprovechamiento urbanístico de edificabilidad del que resulte la posibilidad de construcción de equis pisos o locales futuros, si los mismos no forman parte de una propiedad horizontal ya constituida; pues aunque el art. 1.271 del Código Civil admite plenamente los contratos traslativos sobre cosas futuras, tal compromiso traslativo se entiende reducido a una obligación personal y no a un efecto *real* o *ad rem*; sin que ni la virtualidad traditoria de la escritura pública prevista en el art. 1.462 del propio Código (ni en su caso la fórmula catalana de consentimiento traditorio) sean operativas a tal efecto; pues tropiezan con el obstáculo de la no inscribibilidad de los derechos no *reales* y la no calificabilidad de tales a los que no recaigan sobre cosas materialmente corporeizadas.

Pero ese criterio tiene llamativas excepciones que hacen pensar has ta qué punto tiene razón de ser la regla general —dogmatismos aparte— en un momento en que el Derecho civil está en serio proceso de «análisis económico». Si el Derecho urbanístico admite la negociabilidad jurídica de la edificabilidad en sí misma considerada, y el Registro de la Propiedad se ha desdoblado en dos áreas de contenidos, civiles unos y urbanísticos otros, ¿qué obstáculo puede haber para que la venta de un espacio edificable destinado

a ser edificado en el futuro, y determinado en orden de altura en el vuelo sobre un terreno, pueda reflejarse y publicarse para su oponibilidad a terceros, sea como propiedad, como derecho de acceso a la misma o como servidumbre personal de destino, de constitución voluntaria? Pero conforme al art. 16 del Reglamento Hipotecario, hoy no cabría configurarlo como cesión de un derecho de edificación, mientras no exista, por primario que sea, el soporte de una propiedad horizontal.

Segundo ejemplo: ilógicamente a mi juicio, no sería inscribible en el Registro de la Propiedad un convenio de división vertical del condominio sobre un terreno bidimensionalmente no divisible por no alcanzar las parcelas resultantes las cabidas mínimas exigidas por la ordenación legal del territorio, aunque urbanísticamente sea susceptible de edificabilidad en varias alturas; pues lo impediría el que los espacios de vuelo superior no sean aptos para abrir folio registral como fincas, al carecer de corporeidad material definida; salvo que se estableciera una propiedad horizontal. Pero ésta requiere siempre un proyecto técnico de edificación aprobado por el Ayuntamiento y una licencia de construcción expedida; lo cual impide resolver de inmediato las adjudicaciones entre los comuneros y sus posibles transmisiones a terceros y evitar que en éstas pueda darse un fraude derivado de doble disposición.

Finalmente, el tercer ejemplo, ya anunciado, es, en los territorios de Derecho común, o de Derecho autonómico que no hayan desarrollado una regulación de la figura, el caso de la cesión total o parcial de propiedad actual o de edificabilidad de la misma a cambio de partes de una construcción futura; relación y negocio que en la práctica jurídica se han venido [mal]calificando de «*permuta*» de solar por partes de obra a realizar.

En los territorios sin legislación específica sobre este negocio jurídico, el mismo queda expuesto a los más altos riesgos —y corregir tal situación es una de las grandes asignaturas pendientes del sistema inmobiliario español—; debido al desequilibrio brutal entre la prestación inmediata, *real*, y la contraprestación —diferida por la naturaleza de las cosas— cuya naturaleza se reduce «ex dogma» a *obligacional*; pues el transmitente enajena desde luego en todo o en parte su derecho, mientras la contraprestación queda dejada a un futuro incierto por considerar que el objeto sobre el que ha de recaer es jurídicamente inexistente hasta que la construcción lo materialice; composición que linda con lo absurdo existiendo en el acervo jurídico recursos como los *iura ad rem*, las condiciones *iuris*, e incluso, por obra y gracia de *l&fictio* publicadora registral, espléndido acierto de seguridad del Derecho moderno, efectos *erga omnes* incluso de derechos que no tienen naturaleza real, como el arrendamiento, o que no siempre la tienen, como la opción de compra; y aun otras situaciones que producen tal efecto por disposiciones directas de la ley o de actos administrativos de su ejecución, como sucede en el caso de las «afecciones reales» inscritas en el Registro, a tenor del Reglamento anexo al

hipotecario de 1997 por condiciones impuestas en licencias de las Administraciones locales, y otras «reservas autenticadas».

A través del D. de 4 de septiembre de 1988, de reforma del Reglamento Hipotecario, se intentó poner un parche a la situación dando a su art. 13 un contenido totalmente nuevo, regulador de este negocio jurídico; diseñándolo en una de sus posibles alternativas (enganchada nuevamente a la *propiedad horizontal sobre edificio futuro*), como derecho de trascendencia real; pero el intento —como era de prever— (9) quedó desautorizado por la STS de 31.1.2001 por aplicación del principio de jerarquía normativa (art. 9.º, 3 CE.), puesto que esta reforma fue intentada en una fecha posterior a la promulgación de la Constitución y por ende plenamente afectado por sus principios, siendo inconstitucional regular por vía reglamentaria una materia para la que la Ley Fundamental establece reserva de Ley (arts. 33 y 53.1 CE.).

La reciente llei 23/2001 de 31 de diciembre del Parlament de Catalunya dedicada a esta figura (y única en el mapa autonómico-jurídico que lo está) también regula este contrato de cesión de soporte inmobiliario a cambio de parte de edificación futura sobre la base de la misma exigencia del establecimiento de un régimen de propiedad horizontal, con el que revestir la situación de inscribibilidad y consiguiente oponibilidad a terceros del derecho del cedente; pero ello se hace ahora con el adecuado rango de ley. Su art. 9 establece esta oponibilidad a terceros desde la inscripción, lo cual, para el derecho de quien cede un soporte inmobiliario al promotor para edificar sobre él o rehabilitarlo, supone un avance garantista ante el propio cesionario y ante terceros; efecto este último que en términos de prioridad, ante los diversos derechos que los terceros puedan ostentar; variará según el tipo de cesión realizada; tipos que conforme a los arts. 1 y 2, son los que siguen:

1. *Por razón del alcance jurídico de la cesión*, dos: la cesión *total* y la cesión *parcial*, comportando la segunda una situación de *comunidad*; pero no en la empresa constructora y sus responsabilidades (exclusión de riesgos ésta que debería haberse hecho de manera terminante si el cedente parcial no es partícipe con el cesionario de los resultados de la empresa); sino simplemente en la finca o en su edificabilidad, sólo parcialmente cedida; de modo que la función y alcance de la comunidad por retención parcial de titularidad es de mera garantía transitoria, pues desaparecerá para confundirse en la cuota de propiedad horizontal coincidente con la proporción reservada cuando la obra contratada alcance su completo cumplimiento.

(9) MEZQUITA DEL CACHO, J. L., «El régimen jurídico del derecho de superficie urbano y su actual diversidad aplicativa». Conferencia de la Academia Matritense del Notariado, 27-V-1999. Publicada en *Revista de Derecho Privado*, julio de 2000, pág. 443 y sigs. Cfr. esp. págs. 484-485 y en los Anales de la citada Academia, Madrid, 2000, tomo XXXIX, págs. 297 y sigs.

2. *Por razón de la contraprestación* hay otros dos tipos, según que la contraprestación objetiva de obra edificatoria deba hacerse efectiva ya *sobre parte de lo construido sobre el mismo suelo objeto de la cesión*, o ya *de otro edificio construido sobre distinto soporte inmobiliario*, modalidades que se diferencian entre sí claramente; pues mientras la primera responde a la configuración de contrato mixto de venta y arrendamiento de obra con compensación de los precios de una y otro, la segunda es integrable en la figura de la permuta. Y

3. *Por razón del derecho cedido como objeto*, hay dos tipos más, que combinativamente serían cuatro: cesión total o parcial, ya *de una finca físi ca*, o ya *de una edificabilidad urbanística* asignada a ella; *la segunda de cuyas modalidades binarias supone en el tiempo un nuevo reconocimiento legal más de la negociabilidad jurídica de vuelo inmobiliario urbano en sí mismo considerado*, aunque no quepa ignorar que éste arrastrará consigo el suelo siempre que el edificio contratado sea destinado a una pluralidad de viviendas o locales; pues el art. 1, *infine*, exige como requisito de identificación necesaria la constitución del régimen de propiedad horizontal, del cual el solar es elemento común indispensable.

La adquisición de la contraprestación difiere según la modalidad de contrato elegida; pues si la cesión inicial ha sido total, se produce en tracto único dilatado a la conclusión total de la obra; y en cambio, si se hizo sólo parcial con la consiguiente comunidad, tiene una efectividad de tracto sucesivo a lo largo de la obra; lo cual, al *materializar* antes la contraprestación, inclinará mayormente a los cedentes hacia esta variante. En cuanto a la panoplia de garantías, las hay de trascendencia real (como la condición resolutoria automática) o meramente personal pero de gran fiabilidad, como el aval bancario. No me extendiendo en su análisis, ni en el de los requisitos del contrato, pues fuera de la indirecta negociación sobre vuelo urbano que en él existe —lo que ha justificado aquí su referencia— el estudio detenido de esta figura no entra en los propósitos de este trabajo.

D) PROBLEMÁTICA DE LOS DERECHOS DE SUPERFICIE Y DE SOBRE- O SUB- EDIFICACIÓN

a) EL DERECHO DE SUPERFICIE

a') *Origen y naturaleza, evolución y régimen*

Ya dijimos que esta figura tuvo un protagonismo nada desdeñable en el Derecho romano, en el que probablemente adquirió entidad propia por derivación de una relación jurídica practicada desde mayor antigüedad: la del

arrendamiento ad meliorandum o con obligación del arrendatario de mejorar la finca arrendada en arbolado, instalaciones y construcciones, con la facultad, que traía causa de dichas mejoras, de prolongar en compensación el tiempo del arrendamiento; lo que es tanto como la detentación temporal irrevocable de esas mejoras de plantación o de construcciones. Esta figura tuvo en aquel tiempo dos manifestaciones: una, como estricta relación entre particulares; y otra, en arrendamientos concedidos sobre terrenos públicos, como la locatio agri vectigalis, de la que también derivó la enfiteusis, y en la que no es exagerado percibir un remoto antecedente, no del Derecho Urbanístico propiamente dicho; pero sí de la actual Ordenación Pública General del Suelo, en la que esta rama específica se inserta como parte.

La bifurcación de derivaciones jurídico-reales que se dieron en estos arrendamientos con deber de mejoras a cargo del arrendatario de la finca afectada —una, el censo enfiteútico; y otra, el derecho de superficie— hizo que en el medioevo la superficie soliera configurarse como enfiteusis temporal de edificios (y bajo esta configuración tuvo gran protagonismo, junto con la enfiteusis ordinaria, en el crecimiento urbano de la Barcelona de aquel tiempo). Esta concepción mixta dejó huella en el Libro IV, Título VII del Código Civil español (que trata de los censos) pues en dicho Título se hace —en su art. 1.611— la única mención literal de este cuerpo legal al derecho de superficie; mientras que en el 1655, ya no nominalmente, sino sólo de modo supuesto e indirecto, parece volver a referirse a ella como gravamen análogo al foro, de duración temporal limitada, asignando a las que se constituyeran de este modo a partir de su promulgación, el régimen del arrendamiento.

Este confuso tratamiento hizo que algún autor, como D. Jerónimo GONZÁLEZ, expresara que el Código Civil español no sólo no reguló esta figura, sino que la enterró (10). Sin embargo la Ley Hipotecaria de 1861, en su art. 107.5, incluyó el derecho de superficie entre los reales susceptibles de hipoteca; y sobre este mínimo soporte, en su afán de proporcionar medios de reflejar registralmente esta figura y su afección hipotecaria, el Reglamento de la Ley, en su art. 16, introducido en su reforma de 1947 (tiempo en el que no existía como freno normativo de superior nivel una disposición como la que la actual Constitución española proclama en su art. 9.º,3 el principio de jerarquía normativa y en el 33 reserva a las leyes la regulación de cuanto afecte a la propiedad privada o su función), el citado precepto reglamentario se ocupó del derecho de superficie señalando las condiciones para su reflejo registral, lo cual hoy excede de su competencia normativa; pero su texto, aun en su posterior versión de 1959, no se considera propiamente derogado por la

(10) GONZÁLEZ MARTÍNEZ, J., «El derecho real de superficie», en *Estudios de Derecho Hipotecario y de Derecho Civil*, Madrid, Secretaría de Publicaciones del Ministerio de Justicia, 1948, tomo II, págs. 221 y sigs.

Constitución por ser anterior a ésta; y por congruencia con la disposición de la misma, también en el art. 9.º,3, sobre la irretroactividad de las normas más restrictivas; y el legislador central no ha sabido en este punto cumplir su misión derogando esa norma reglamentaria y adecuando la que la sustituya a la regulación parcial hecha con rango de ley por la estatal del Suelo de 1990, derivada con algunas modificaciones de las que contenían las precedentes de 1956 y 1975.

Tal vez su abstención obedeció durante algún tiempo a haber asumido la tesis «dualista» de cierta doctrina que predicó que la regulación del derecho de superficie (relación jurídica civil) en una ley administrativa como la del Suelo, era improcedente para las relaciones superficiarias constituidas entre particulares, y apta sólo para las establecidas en urbanizaciones promovidas por la Administración pública. Pero aquella concepción cayó estrepitosamente desde que el Tribunal Constitucional, en su conocidísima sentencia 61/1997 de 20 de mayo, proclamó de modo terminante en su FºJº 38 la plena constitucionalidad del «*contenido civil*» del derecho de superficie establecido por la Legislación del Suelo, para regular la cual, conforme al art. 149,1,8ª de la Constitución, es competente toda ley estatal, sin distinción alguna por su área de originación ni por sus contenidos, al margen de que algún ordenamiento civil autonómico pueda presentar singularidades sobre ella.

b') *Normativa autonómica. Análisis de la llei catalana*

Por otra parte, la pasividad del Estado en ampliar y corregir aquella situación ha sido fruto más de la mandra institucional que de una conveniente prudencia, y dos legislaciones autonómicas han llevado a cabo regulaciones: la navarra (en el texto del Fuero Nuevo de 1978), y la catalana, ninguna de las dos plenamente acertada, al admitir de un modo u otro la superficie perpetua, que en nada permite diferenciar tal institución de la propiedad ordinaria, o si se quiere, del dominio útil enfitéutico, aunque lo que no hay en la enfiteusis es desmembración física de los dos sedicentes dominios.

La normativa catalana se ha hecho en la reciente llei 22/2001 de 31 de diciembre, que se ocupa de la superficie junto a las servidumbres, aunque sin equipararla a éstas como hizo el Derecho suizo. Esta regulación amplía la normativa autonómica catalana sobre derechos reales, muy pobre en la Compilación de 1960 y cuya expansión se inició en otras leyes anteriores como la reguladora de la prenda y, más recientemente, la que trata del usufructo, uso y habitación, todo ello dentro de la dinámica elaboradora del futuro Codi civil de Catalunya, tal vez con un previo e intermedio Codi Patrimonial que reúna esta materia de derechos reales y la de contratos. Pasamos a analizarla críticamente.

1. Contenido

Es acertada la configuración del derecho de superficie sobre lo construido como equivalente, en tanto dure, a la propiedad; y en cuanto al suelo cuando inicialmente no existe edificación básica, o si existiere, en cuanto a ésta, como derecho real de acceso a aquella propiedad temporal sobre el resultado de su actividad constructora y en todo caso como soporte de lo edificado por el superficiario; y también lo es la noción de superposición como independientes de dicha propiedad temporal y la que le sirve de soporte físico; de modo que pese a su material contacto, en nada dependen ambas propiedades entre sí.

De ahí que, en teorización doctrinada los hermanos CABELLO DE LOS COBOS MANCHA (ob.cit.ut supra en nota 8) hayan comparado esta relación con la de vecindad o colindancia, a la que se asemeja, y que se caracteriza por la mutua limitación de dos propiedades cuyos objetos son contiguos; situación que al definir separadamente sus objetos respectivos: el plano facial del suelo y el volumen cúbico del vuelo, se distingue tanto de la llamada «desmembración» del dominio propia de la relación usufructo/nuda propiedad, como de la llamada «división jurídica» de la propiedad en dos dominios —equivocamente calificados de «directo» y «útil»— que caracteriza el censo enfiteútico; institución de origen feudal en su mayor parte ya momificada, que vive sus postreros residuos en Cataluña en los términos plasmados en la última ley de censos (6/1990, de 16 de marzo).

2. Objeto

Aparte de sus aplicaciones agrícolas sobre plantaciones, que no interesan a los contenidos de este tema, se admite que la superficie recaiga directamente sobre el suelo, para realizar construcciones sobre él; o sobre o bajo edificios ya construidos, al margen de que esta segunda modalidad sea de pocas probabilidades de éxito contractual en la práctica, al resultar de mayor interés para el concesionario, por el carácter perpetuo de la propiedad sobre lo construido, la figura de los derechos de sobre o subedificación de que trataremos en el último epígrafe.

3. Contraprestación y garantías

La constitución del derecho de superficie puede hacerse por cualquier tipo de título, oneroso o lucrativo, entre vivos o *mortis causa*. Si se establece entre vivos por título oneroso, la contraprestación puede ser de un precio alzado, o de un canon o pensión periódica al concedente. Y también se prevé expresa-

mente (lo cual «tipifica» el contrato aunque no lo regule específicamente) que la contraprestación al *dominus soli* consista en el uso de una parte de la propiedad superficiaria construida; lo cual supondría una «permuta de derechos».

De haber contraprestación periódica rentaría, el art. 16 Reglamento Hipotecario, influido por la opinión doctrinal que admitía —sin base real alguna, como lúcidamente entendió siempre LUNA SERRANO (11)— que fuese de aplicación supletoria a la superficie la regulación del censo enfitéutico en el Código Civil, prohíbe establecer contractualmente el comiso como garantía del pago. En Cataluña huelga la cuestión; pues ni la ley de Censos admite el comiso en la enfitéusis, ni en la recién nacida llei reguladora de la superficie hay indicio alguno de supletoriedad de la normativa enfitéutica; pero desde un ángulo distinto: el del enriquecimiento injusto, excluye en su art. 4.º, 1, b) que en caso de que el superficiario haya realizado una construcción nueva, pueda garantizarse el cumplimiento de la pensión o canon con la anticipada reversión de la propiedad superficiaria (y por analogía debería excluirse también la condición resolutoria automática); solución lógica ya que, en realidad, la mejora que la construcción supone es ya una contraprestación onerosa en sí misma, a percibir al extinguirse la duración de la superficie.

En cambio, si el derecho de superficie se constituye sobre una construcción preexistente (o sea, no realizada por el superficiario), es pactable la extinción o la resolución de aquél por impago de la pensión (art. 4.º, 4).

Las demás garantías que puedan establecerse tanto para la contraprestación en su caso como para el buen uso genérico o para el destino específico contratados de la construcción superficiaria concedida, deben constar en el título constitutivo según el art. 3 dedicado al «régimen legal» de la superficie; lo cual debe entenderse que incluye la condición extintiva para caso de incumplimiento de ese buen uso o de ese destino concreto, pese a que dicha condición extintiva se mencione en la llei en su art. 4º, apartado 4, dedicado al «régimen voluntario» atendido que son aspectos no institucionales sino cuya previsión depende de la autonomía de la voluntad.

4. El mantenimiento, como derecho y como obligación

Sorprende la omisión en la llei catalana de toda referencia al *mantenimiento* del objeto de la propiedad superficiaria, tanto en su vertiente de derecho como en la que eventualmente pueda haberse establecido con el carác-

(11) LUNA SERRANO, A. (*Elementos de Derecho Civil*, de LACRUZ y otros, 1991, III, 2.º, págs. 272 y sigs., esp. 275/276) rechaza la aplicación a la superficie del artículo 1.655 del Código Civil por no existir analogía entre la superficie y el foro ni ninguna otra figura censal, pues la superficie es una relación distinta en cuyo ejercicio no hay división de facultades jurídicas, sino de objeto físico.

ter de deber. Este aspecto es más importante de lo que parece, y por tanto, la laguna legal es criticable en sí, objetivamente hablando; siéndolo en menor medida en perspectiva subjetivista, ya que la cuestión ha suscitado escasa atención en la doctrina (12), y ello puede explicar la carencia de su planteamiento en la comisión que se ha designado para la elaboración de los proyectos de las leyes sectoriales sobre cuya base se está desarrollando el propósito codificador del Derecho civil catalán.

Algo más adelante, al tratar de las modalidades aplicativas de la superficie sobre edificios, podrá verse cómo es perfectamente posible que el contenido de la superficie carezca de facultad edificatoria; sencillamente, porque se convenga sobre un edificio ya construido, no ya siendo éste ajeno en el momento de establecer el derecho de superficie; sino aun siendo propio, si bien enajenándose el terreno y reteniéndose temporalmente por *deductio* el edificio en calidad de superficie, que necesariamente habrá de acceder, a su término, al suelo enajenado. En esta situación, el derecho del superficiario no es de edificar (pues el edificio ya existe); sino sólo de mantener lo edificado; y no es preciso mucho esfuerzo para comprender que el alcance y condiciones de ese «mantenimiento» es importante para ambas partes: el superficiario y el *dominus soli*; aquél, interesado en poder usar el edificio en unas condiciones de calidad; y éste, como mínimo, en no tener que soportar unos costos derivados de dicho mantenimiento al producirse el término de la superficie, ya sea porque deba indemnizar los producidos al superficiario en concepto de enriquecimiento sin causa, o ya porque reciba la edificación en un estado de ruina que implique la necesidad de una onerosa rehabilitación.

Y si consideramos que la llei no se limita a tratar de la superficie edificatoria; sino que también abarca el tratamiento de la agrícola y forestal, resulta evidente que al dueño del suelo no puede resultarle indiferente que los siembras y plantaciones realizadas, muy especialmente las arbóreas, no vengán acompañadas de unas tareas de mantenimiento y preservación que aleje el riesgo de que al término de la superficie se reciba una plantación enferma que incluso haya contaminado el terreno y provoque un sinfín de gastos de arrancamiento, de saneamiento del terreno, etc.

Pudiendo todo ello ser materia de conflicto, no es bueno que la ley ignore su posible problemática. Esto no significa que deba regularla directamente, porque ni en las relaciones jurídicas hay dos circunstancias idénticas, ni la autonomía de la voluntad debe recortarse por sistema; pero lo que sí conviene, para prever el riesgo y evitarlo, es que la ley incluya expresamente la

(12) GIMÉNEZ COSTA, A., «La obligación de mantener en el derecho de superficie». Comunicación al Congr s de Dret Civil catal  organizado por la Universitat Rovira i Virgili de Tarragona en noviembre de 2001, publicada en la Revista *La Notaria*, núm. 9/10, noviembre-diciembre de 2001, pág. 181 y sigs.

cuestión entre las a tratar en el «contenido voluntario» del título constitutivo de la superficie, con la indicación añadida (que estimulará esa previsión por los propios interesados) de que de no haberse previsto nada al respecto, el mantenimiento de los bienes detentados en superficie se considerará mero derecho y no obligación. Cuando a esta ley sectorial le llegue el momento de vertir sus contenidos en un código, el legislador catalán tendrá la fácil ocasión de colmar esta laguna.

5. Forma de constitución

El art. 3.º,1 establece que ha de formalizarse por escrito todo derecho de superficie (expresión que incluye sus aplicaciones rústicas, la constitución *per deductio*, etc); y puntualiza que esta forma escrita ha de ser precisamente la escritura pública para la realización futura de construcciones nuevas.

En cambio, prescinde de lo establecido en el art. 16 del Reglamento hipotecario (norma de rango inferior, que en nada podría oponérsele) en cuanto al carácter constitutivo de su inscripción registral; señalando que el efecto de ésta es simplemente el de su oponibilidad a terceros. No deja de provocar, al menos, dudas, la competencia al efecto de una ley catalana, dada la reserva que a la competencia legislativa estatal hace el art. 149,1, 8ª de la Constitución en materia de instrumentos y registros públicos. Ciertamente que la ley autonómica aborda esta cuestión formal sin diferir realmente de la legislación estatal (art. 288, apartado 2, del TR de la Ley del Suelo de 1992), que establece la misma forma documental y el requisito de la inscripción registral sin precisar que ésta tenga carácter constitutivo de existencia. Por tanto, puede sostenerse que nada infringe la llei catalana con esta regulación formal, ya que en la Ley Hipotecaria se contiene el efecto de inoponibilidad en su art. 32; sin que constitucionalmente pueda darse valor de exigencia constitutiva a una norma reglamentaria como la del citado art. 16 del Reglamento Hipotecario cuando regula cuestiones no previstas en la Ley que debe limitarse a desarrollar y no a suplir. El condicionamiento de la inscripción para la oponibilidad a terceros basta para proteger a éstos mientras el derecho de superficie no se materialice por el ejercicio de su facultad constructora, fase durante la cual el gravamen que para la propiedad del suelo comporta es —por su «invisibilidad»— comparable al de la hipoteca.

6. Duración

La llei incurre en este punto en una deficientísima, por equívoca, normación. Mientras en su art. 1º parece asumir que la temporalidad sea un carácter

institucional del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria subsiguiente a su ejercicio, y también parece confirmarlo la exigencia del art. 3.º, 2, como requisito de validez, de que se fije en el título constitutivo, así como la declaración del mismo artículo, apartado 3, de que los derechos que se hayan constituido gravando el de superficie se extinguen con el cumplimiento del término pactado de duración, esa apariencia deviene desconcertante incongruencia cuando en su art. 4.º, 3, a), *in fine*, opta por que, a su término, la reversión al *dominus solí* sea sólo presuntiva; admitiéndose el *pacto en contrario* a la misma; añadido que no existía en el texto del proyecto de ley y se deslizó a última hora incomprensiblemente.

No cabe alegar que esa posibilidad se limite al caso de superficies sujetas a un plazo contractual de construcción (pacto que este subapartado prevé con un margen total de efectos posibles, incluso la extinción o resolución por incumplimiento); pues aparte de que sería tan incongruente con tal limitación (a la que viene a enervar) como sin ella, el inciso final donde consta la posibilidad del *pacto en contrario*, y el subapartado a) que la contiene, forman parte del enunciado del apartado 3 del art. 4.º: el «régimen voluntario» de la figura; o sea, *todo cuanto se puede pactar*.

Así, la llei se alinea con dos normas justamente reprochadas a este respecto: de un lado el Fuero Nuevo de Navarra, y de otro el art. 16 del Reglamento hipotecario que, también, pese a recoger el presupuesto de la temporalidad, admitió en su primera versión el pacto en contrario con toda generalidad, y en su primera reforma de 1959 sólo redujo a parcial esta pactada exclusión de la reversión; alejándose en cambio de la regulación civil de la superficie hecha en la Ley estatal del Suelo, en la cual esa reversión es institucional y no excluible por pacto.

Se dirá que con ello, la llei catalana toma claro partido por la autonomía de la voluntad y por ensanchar las posibilidades de la negociabilidad sobre el vuelo inmobiliario; pero en términos de ortodoxia institucional incurre en herejía, ya que una superficie sin reversión en todo o en parte será una «superficie perpetua», en todo, o en la parte que no deba revertir; y una superficie perpetua ¿qué invento es? En nada se distingue de la propiedad ordinaria; de modo que la llei habría reinventado la propiedad; y ello sería como volver a inventar la rueda. Ni siquiera como «derecho de acceso» se diferenciará de la figura de la que trataremos en el último epígrafe de este tema: la de los derechos de sobre o subedificación. O tal vez lo que se ha impulsado con ello, sin pensarlo, sea la resurrección del dominio útil enfitéutico; lo cual sería igualmente lastimoso; no sólo como regreso al Medioevo desde el pretendido liderazgo de la modernidad jurídica, sino también como ceremonia de la confusión al enredar la madeja de la división de los dominios jurídicos con la de los objetos de las propiedades separadas.

Es de todo punto retrógrado, para tal resultado, utilizar una ley especial. El invento es comparable al arrendamiento indefinido, que se impuso por razones de emergencia y del que acabamos de librarnos, o al censo irredimible, que desapareció hace bastante más tiempo; y por eso, por su tremendo desfase, es más absurdo que uno y otro. La ocurrencia del Reglamento hipotecario ya sembró, por su contrasentido, perplejidad y rechazo en la mejor doctrina. Así, DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT (13), alegando impecablemente que el diseño legal de las instituciones jurídicas obedece a ciertos rasgos esenciales tipificadores, de carácter no arbitrario, sino finalista, sostuvieron que no son susceptibles de tal versatilidad; y en la superficie, la temporalidad y su secuela de la reversibilidad, son rasgos de este tipo, que no pueden alterarse para adoptar otro radicalmente opuesto como es el de la duración indefinida. Aunque en la Ley del Suelo de 1956 no se establecía en la reversión la exigencia de que ésta fuera «total» —y ello dio lugar a la interpretación favorable a los pactos de exclusión parcial de la accesión que en 1959 se reflejó en el art. 16 del Reglamento Hipotecario— la exigencia apareció correctoramente en la siguiente ley del Suelo de 1975 (TR de 1976) y se mantuvo hasta la hoy vigente (art. 289, apartados 2 y 3, *ab initio*, del TR de 1992 de la Ley del Suelo).

El único remedio posible a este resbalón técnico-jurídico sería la prótesis jurisprudencial interpretativa de que tal «pacto en contrario» sólo pueda hacerse, o novatoriamente para establecer una prórroga al llegar a su término el derecho superficiario anteriormente existente (prórroga que del mismo modo quedaría afectada de reversión al cumplirse su plazo contractual o el legal máximo); o para concertar por cualquier título sobre lo edificado por su titular otra relación distinta, o incluso un negocio traslativo de goce o de dominio; pues en ese tiempo nada impide ya institucionalmente que la extinción del derecho del superficiario pueda engarzarse con una cesión definitiva en propiedad de la construcción realizada por el mismo. Con ocasión del *Congrés de Dret civil català* que se desarrolló en la Universitat «Rovira i Virgili» de Tarragona en los días 6, 7 y 8 de noviembre de 2001, ya expuse mi criterio al respecto y sus razones: que en el momento en que vaya a producirse la reversión, cabe pactar en contra de ésta; pero siempre expresan-

(13) DE LA CÁMARA ALVAREZ, M.; GARRIDO CERDA, E., y SOTO BISQUERT, A., «Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la propiedad urbana». Ponencia presentada por el Notariado Español al X Congreso Internacional del Notariado Latino (Montevideo, 1969). Publicada en el libro «Ponencias presentadas por el Notariado Español a los Congresos Internacionales del Notariado Latino», Madrid, Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Gráficas Cidor, 1975, págs. 876 y sigs., esp. 934 y sigs. Estos autores fueron de los primeros en admitir que la regulación del derecho de superficie por los artículos 157 y sigs. de la LS de 12-V-1956 incidiera en la configuración civil de la superficie, tratada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

do una causa jurídica, ya sea a título lucrativo u oneroso, sujeto en todo caso a liquidación fiscal, de este efecto excluyente de la accesión; e incluso generador de una accesión invertida si la construcción superficiaria se hizo sobre el suelo y no sobre una edificación preexistente.

Otra cosa sería *un efecto sin causa*, jurídicamente inadmisibles; pues si el superficiario compensó el costo de lo construido con su goce o explotación, la causa para que luego pase a su patrimonio y se justifique la conversión de la relación superficiaria en una transmisión dominical, ha de estribar o en una liberalidad expresa del dueño del suelo, o en una contraprestación onerosa específica, que puede ser moderada si el percibo anterior de un canon rentario ha supuesto una alta utilidad económica para el *dominus soli* (situación que evocaría un *leasing* civil cuya cuota residual final es precio de una opción de compra de igual importe al de cada mensualidad rentaría). Fuera de ello, la admisión que literalmente resulta de la llei de una transmisión final sin especificación de causa, sería una puerta abierta al fraude fiscal aprovechando que después de 99 años no habría liquidador de Hacienda consciente de este devengo fiscal en suspenso; y la expresión «*pacto en contrario*» dejaría de parecer un fallo de gramática deficiente, para pasar a oler a *gramática parda*.

También sería admisible que esa exclusión de la accesión viniera predispuesta desde el principio mediante un *pactum adjectum* de promesa de venta o de opción de compra; pues ello ya no supondría un pacto interno de la superficie, desnaturalizador del carácter natural de la figura; sino un pacto externo añadido a ella que con los pactos superficiarios formaría un contrato atípico, complejo o de causa mixta, cuya problemática se centraría en el cálculo del precio justo a tan dilatado tiempo. ¿Cabría cuestionar si una opción de compra de esta índole podría en lo registral sobrepasar el plazo de cuatro años que resulta del art. 14 del Reglamento Hipotecario? A mi juicio debería imponerse la analogía («*eadem ratio, eadem lex*») con el tratamiento dado en ese precepto al arrendamiento con opción de compra, como de hecho se está admitiendo en el caso del llamado «arrendamiento financiero» o *leasing* al que acabamos de referirnos analógicamente; sin que haya en ello incompatibilidad alguna derivada ni de expresa prohibición, ni de perjuicio de la moral, del orden público o de derechos de tercero.

La denunciada anomalía afectaría hoy ya a la recientísima llei catalana 2/2002 de 14 de marzo, de urbanismo; pues ésta, al tratar de la superficie, ha asumido referencialmente para la establecida entre particulares (art. 162,2), el *límite máximo* de noventa y nueve años fijado en la llei 22/2001 que regula en lo civil esta figura; plazo que evidentemente incluye el derecho instrumental de construir y la propiedad temporal sobre lo edificado.

El legislador catalán tendrá la oportunidad de corregir este fallo conceptual cuando todo esté preparado para botar la nave del Codi que estas leyes

sectoriales están pertrechando a toda velocidad, tal vez excesiva, porque la precipitación propicia deslices como éste.

Por cierto, la llei urbanística no reproduce en cambio el límite de setenta y cinco años que la ley estatal vigente fijó para la superficie concedida por entidades públicas; y aunque ello haga pensar a primera vista en la aplicación supletoria de la ley del suelo del Estado, tal conclusión no está clara; pues la mención del art. 162 al plazo máximo de la establecida entre particulares se debe a que así está fijado en la ley civil, en la que la administrativa no quiere interferir; pero ello no excluye expresamente que en la superficie concedida por entidades públicas catalanas pueda señalarse otro más largo que el establecido en la ley estatal, hasta incluso superando el límite de la superficie concedida en contrato estrictamente privado. Hay que pensar que eso dependerá del grado de autonomía real, política, que la entidad pública catalana concedente tenga con respecto a las homologas estatales.

7. Plazo de ejercicio del derecho instrumental de construcción

Tema aparte es el del *plazo-límite para la construcción a realizar por el superficiario*, cuyo incumplimiento pudiera abortar la temporal propiedad superficiaria ulterior. Este plazo puede ser legal o contractual. Legal, lo hay en la ley estatal del suelo y *seudolegal* (por el rango normativo constitucionalmente insuficiente para ello) en el art. 16 del Reglamento Hipotecario. Tales plazos normativos hay que entender que rigen para los derechos de superficie de territorios sujetos al Derecho común, ya sea como propio, o como supletorio en aquellas comunidades autonómicas que pese a tener un Derecho civil especial, no regulen en él esta figura de la superficie. En cualquier caso, para la llei civil catalana, esta condición legal sólo puede emanar de la legislación urbanística también catalana; pues lo que la STC 61/1997 de 20 de marzo declaró inconstitucional en el art. 289, apartado 1, del TR de la Ley del Suelo de 1992, fue precisamente la **fijación del plazo** de construcción que en él figuraba por referencia a otro precepto del mismo texto legal, por no ser ello competencia estatal, sino autonómica.

A este respecto, la posición de la llei 2/2002 de 14 de marzo, de urbanismo, responde desde luego a la corrección que exigían desde luego las disposiciones del precedente DL de 1990, muy paralelas a las de la ley estatal del mismo año, aunque con distintos criterios propios de cuantificación de los plazos; pues tanto la reacción doctrinal (encabezada por GARCÍA DE ENTERRÍA) como la social, contra la inexcusabilidad institucional de los términos del deber de construir, y contra el modo de plazos devaluadores del aprovechamiento con que se sancionaba su imperatividad, habían sido muy descalificatorias; sobre todo, tratándose de promociones particulares. La nueva ley ca-

talana ha modificado a fondo aquel régimen. Puesto que las transformaciones urbanísticas no se promueven ni se intervienen públicamente para potenciar la especulación, sino para resolver problemas de habitación y de racionalización de instalaciones productivas, establecer la construcción como un deber y regular su cumplimiento con sanciones adecuadas, es necesario; pero modulando aquél y moderando éstas (el apremio y la expropiación) a tenor de las circunstancias.

Así, los términos más exigentes son los relativos a sectores de urbanización prioritaria (a fijar al otorgarse la licencia; pero con un máximo de tres años desde la aprobación definitiva de la reparcelación: art. 143). Los arts. 167 a 178 regulan la materia para las urbanizaciones a realizar que estén previstas en el planeamiento urbanístico o incluidas en programas de actuación urbanística municipal; circunstancias en las que el término de edificación no está prefijado por la ley; siendo potestativo fijarlo en aquél y en éstos, pero obligatorio hacerlo en la licencia municipal, tanto para el inicio de la construcción como para su conclusión; plazo que no se interrumpe por las transmisiones de dominio, pero que es prorrogable por acuerdo municipal motivado, por razones de política de suelo o de vivienda. La sanción de su incumplimiento es la inclusión del suelo en el Registro municipal de solares sin edificar (que se reflejará en el Registro de la Propiedad), y que comportará la iniciación, de un expediente bien de subasta forzosa a terceros, o bien de expropiación por la Administración actuante, en ambos casos por un precio a fijar por procedimiento individualizado o de tasación conjunta; regulándose para una y otra respectiva situación un régimen, eventual y transitorio, de suspensiones, nuevos plazos, recuperaciones o nuevas subastas.

Para los derechos de superficie constituidos sobre suelo público de la Generalitat, o de entes locales, entidades urbanísticas especiales u otras personas jurídicas de Derecho público, en cambio, no hay previsión explícita alguna de plazo legal señalado para la construcción; lo cual, unido al hecho de que esta materia se regule conjuntamente con las cesiones gratuitas, y con las onerosas por concurso público con fines predominantemente sociales, induce a pensar que el plazo, si se establece, lo será en el correspondiente contrato de cesión; y que sólo cuando el adjudicatario haya asumido ese deber y lo haya incumplido, dispondrá la Administración pública de un derecho resolutorio. El art. 162 se limita en su apartado 1 a prever la constitución de derechos de superficie sobre terrenos de patrimonio público que, cuando el uso de tales terrenos sea el residencial, han de destinarse a construcción de viviendas, que a tenor de su apartado 3 necesariamente han de ser de protección pública; y en los demás casos, a la de servicios complementarios, instalaciones industriales, logísticas o comerciales u otras edificaciones determinadas en los planos de ordenación. Por otro lado, en su apartado 2 se refiere a plazos no *de construcción*, sino *de duración del derecho*, señalando que por

lo que respecta a beneficiarios particulares, no podrá exceder del tiempo señalado en la legislación civil catalana sobre superficie, que según sabemos es el de 99 años; lo cual supone una clara ampliación del límite de 75 años establecido en la legislación estatal del suelo para las superficies de constitución pública.

Así pues, como se indicó, la legislación civil catalana sobre superficie, referida exclusivamente a la establecida entre particulares, no señala plazo legal alguno para la construcción, sin perjuicio de que éste pueda fijarse por pacto entre las partes con las consecuencias previstas por el mismo contrato y en su caso las civiles ordinarias para el supuesto de incumplimiento. La llei 22/2001 admite aquellos pactos como parte del «régimen voluntario» de la figura en su art. 4, apartado 3, a), incluso estableciendo la extinción del derecho como efecto del incumplimiento de aquéllos; sin que en nada le afecte al respecto la legislación urbanística catalana, que además de venir referida sólo a las superficies establecidas sobre terrenos de patrimonio público, tampoco señala plazos legales a la construcción superficiaria.

Obviamente, por razones de Derecho autonómico y de jerarquía normativa, menos aún afecta a la regulación de la superficie en Cataluña el plazo máximo de cinco años señalado en el artículo 16 del Reglamento hipotecario. Para la profesora CÁMARA ÁGUILA (14), también en las comunidades no autónomas puede prescindirse olímpicamente de dar relevancia a esa y otras exigencias reglamentarias, que estima, o derogadas por ley o ineptas de por sí, conforme a la Constitución, para alterar lo establecido en un texto legal.

8. Los contenidos obligatorios del título constitutivo

Aparte de la forma de constitución, incluida en el «régimen legal» del derecho de superficie al que se dedica el art. 3 de la llei (que ya fue tratada en el apartado 5 precedente); de lo que concierne a las garantías de cumplimiento de lo pactado (materia de la que también nos ocupamos ya en el 3); y de lo relativo a la duración contratada (también expuesto ya en el 6), este «régimen legal» se refiere a la extinción por pérdida de la edificación, para puntualizar que si no se trata de una construcción preexistente a la constitución de la superficie, sino realizada por el superficiario, su derecho no se extingue mientras la duración contratada no se haya agotado, sino que estará legalmente facultado a lo largo de ella para reconstruir la edificación destruida; lo cual se llevará a cabo, como es lógico, dependiendo de la rentabilidad

(14) CÁMARA ÁGUILA, «El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 1998, págs. 1623 y sigs.

calculable de la reedificación, según la mayor o menor distancia temporal entre la destrucción imprevista y el término previsto de la superficie.

Ello supone un reconocimiento implícito del *derecho* a conservar lo realizado por el superficiario como tal; pero en cambio, el precepto no entra a considerar en absoluto la posibilidad de que el mantenimiento conservador se establezca en el título constitutivo como obligación del superficiario en interés del *dominus soli*, tema que nos planteamos en el precedente apartado 4, y al que hacemos aquí remisión, ratificándonos en que el precepto legal adecuado para abordarla es el que trate no del régimen legal u obligatorio sino del régimen voluntario de la superficie; aunque indicando que el silencio sobre la cuestión debe interpretarse como inexistencia del *deber* de conservación.

Este precepto hubiera podido usarse para aclarar que el «pacto en contrario» de exclusión de la reversión al final del término sólo pueda otorgarse cuando éste se cumpla, y no con anterioridad. Aún tendrá el legislador la ocasión de hacerlo cuando esta llei vuelque sus contenidos en el Codi que se está gestando.

9. Transmisibilidad y gravabilidad real

No hay a este respecto norma imperativa alguna. Al igual que el art. 287,3 del TR de la Ley estatal del Suelo de 1992, sobreviviente a la STC 61/1997, la llei catalana supedita a la autonomía de la voluntad estas cuestiones al incluirlas, bajo el calificativo común disponibilidad, en el «régimen voluntario» de la figura (art. A.º,2.a)) admitiendo que se supedite por pacto al consentimiento del dueño de la finca-base.

Este pacto es de menor rigor que el de constituir la superficie como personalísima; mas sería difícil sostener que esa forma más rigurosa esté tácitamente excluida por la llei, no habiendo como no hay impedimento legl expreso ni inmoralidad, ni daño al orden público; y estando admitidos en el Ordenamiento, en relación con la vida del titular, los contratos aleatorios; aparte de que de no excluirse expresamente, el pacto de personalización no tiene por qué, mientras no haya concluido el término de duración contratada del derecho, eliminar la sucesión hereditaria en su titularidad; sino sólo su transmisibilidad entre vivos.

Aparte de ello, el art. 3.º,3 de la llei confirma la susceptibilidad legal del derecho de superficie de quedar afectado por otros derechos limitativos o de garantía, indicando en cuanto a la extinción de éstos que sólo se producirá o por el transcurso del plazo de duración establecido de la propiedad superficial que gravan, o —en caso de derechos de superficie constituidos sobre edificios preexistentes— la pérdida total de éstos.

10. La recíproca preferencia adquisitiva

Aunque el tanteo y retracto recíprocos han sido históricamente lo habitual en la relación jurídica superficiaria, y este hábito responde al objetivo natural de la concentración y purificación del dominio, la llei ha optado en el art. 4.º,5,b) por su voluntariedad diversificativa. Ello hubiera sido un pleno acierto si la superficie se hubiera configurado, como la lógica institucional demandada, como exclusivamente temporal; pues el límite de su duración hace estos derechos de preferente adquisición menos necesarios; pero el desliz del apartado 3,a/*in fine* admitiendo el pacto en contrario a ese límite, no en términos de estricta novación causal y tipológica, sino de modo genérico, resalta aún más su propio absurdo; pues entonces lo normal hubiera sido establecer como institucional la recíproca preferencia adquisitiva para los supuestos de falta concertada de límite temporal y dejarla como discrecional para el caso de que tal límite se excluya.

11. La indemnización por la reversión

Esta cuestión, que en teoría puede ser problemática en los territorios a los que como propio o como supletorio sea aplicable el Derecho estatal, dada la posición radical negativa adoptada por la vigente Ley estatal del Suelo (TR de 1992, art. 289, apartado 3, inciso final, que dice que cualquiera que sea el título en virtud del cual se haya constituido el derecho de superficie, el dueño del suelo **no debe satisfacer indemnización alguna** por la reversión que a la propiedad del suelo afectado se produzca al término del plazo señalado para aquélla), no tiene por qué regir para nada en Cataluña, donde hay tanto una ley autonómica civil como una urbanística, ambas con contenidos relativos al derecho de superficie.

Ya que este estudio abarca tanto supuestos a regir por la legalidad catalana, como de territorios en los cuales, por falta de régimen legal de la superficie, deba aplicarse la normativa de la ley estatal del suelo, debo expresar mi opinión —sumándome a la de NAVARRO VIÑUALES (15)— de que el criterio de ésta Ley en este punto no puede aplicarse a las superficies establecidas entre parti-

(15) NAVARRO VIÑUALES, J. M.^a, «El derecho de vuelo y el derecho de superficie urbana», en *Cuadernos Notariales*, núm. 16. Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997. Tras optar por la tesis unitarista admitiendo el valor civil de la regulación de la superficie hecha en la Ley del Suelo (pág. 48), se plantea su alcance material (págs. 49 y 50) y opina que los preceptos de la LS, destinados a reforzar la posición de la parte concedente, sólo deben entenderse imperativos si ésta es la Administración, por el interés público que la misma persigue, pero meramente dispositivos en las relaciones entre particulares.

culares. Sí hay razón para que lo sea en los derechos de superficie concedidos por entidades públicas dentro de planificaciones urbanísticas con objetivos sociales de promoción de viviendas; área en la que la prohibición debe verse como dirigida por el Estado a sus órganos administrativos. Pero por el contrario, rechazo su extensibilidad a las constituidas entre particulares; pues a diferencia del supuesto de concesión pública, en éstas no juega factor alguno de interés público o general; sino que nos hallamos en un plano de puros intereses económicos privados en los que ninguna ley debe ni puede interferir la libertad contractual. Incluso, como prohibición general sería inconstitucional, pues vulneraría uno de los «valores superiores del Ordenamiento jurídico»: el de libertad, que la Constitución enuncia en su art. 1.º, 1, y que por añadidura tiene en el área económica un segundo pronunciamiento (en el art. 38) como «libertad de empresa en el marco de la economía de mercado»; mercado libre que como primer postulado exige la libertad de precios.

La llei catalana ha acertado en este punto a dejar la cuestión al juego de la autonomía de la voluntad, al señalar el art. 4 que «el régimen liquidatorio de la posesión» pertenece al área del régimen voluntario de la superficie.

c') *Aplicaciones prácticas normales de la superficie: versatilidad*

¿Qué aplicaciones reales tiene en la práctica la figura de la superficie? En general, menos de las posibles —y ésta es cuestión que preocupa a los exégetas legales (16)—; y aun así, más de las esperables dado el corto vuelo de la normativa que rigió desde la primera Ley del Suelo de 1956 hasta la siguiente de 1975, así como la *intrusa* del Reglamento Hipotecario.

Y ello, al margen de que los designios legales, e incluso los doctrinales, no siempre coinciden con los sociales, resultando de ello que más de una vez marchan por sendas alejadas. Así, los iniciales propósitos del legislador del suelo de obtener de la figura de la superficie resultados similares a los alcanzados en otros países como Alemania e Inglaterra, de incremento de la construcción de viviendas de tipo social, no han tenido éxito. Y en promociones inmo-

(16) El problema del desdén que la fórmula superficiaria ha hallado en general en la población española ha sido tratado por varios autores. Así, J. M.^a CADENABA COYA y E. GARCÍA-PUMARIÑO RAMOS (Ponencia al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, pág. 428) lo imputan a la corta temporalidad máxima fijada por las leyes a la superficie, lo cual habría que superar atribuyendo a esta fijación carácter dispositivo y permitiendo a la autonomía de la voluntad fijar con mayor generosidad esos plazos de duración, al menos en términos de pactos de compromiso de prórroga, aunque sin excesos que hagan el pacto disuasorio para los propietarios de suelo. Otro estudio específico sobre el tema es el de PRESA DE LA CUESTA, A., *Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria* (Comunicación al mismo VI Congreso Internacional de Derecho Registral citada en la nota 7, págs. 633 y sigs.).

biliarias privadas su aceptación ha sido escasa, tanto en la oferta de los constructores como en la demanda de los destinatarios; lo que en buena parte se debió a que unos y otros se han acostumbrado al altísimo porcentaje de vivienda en propiedad ordinaria que, en comparación con otros países, ha existido y sigue existiendo en España, lo que para los primeros supone mejores expectativas de lucro, y para los segundos —inducidos por la publicidad al consumismo por mucho sacrificio que represente— una mayor satisfacción personal.

Si la superficie no ha convencido en materia de vivienda es seguramente porque hasta las últimas reformas, el plazo de duración se estableció con poca generosidad para que compensara la reversión sin indemnización; y tiempo después, porque la insistencia legal en esta gratuidad de la accesión final, no excluida por los promotores en sus clausulados, no permitió tampoco que los plazos —ya ajustados a los del Derecho comparado desde el TR de la Ley del Suelo de 1976— compensasen tampoco la renuncia a la aspiración natural de quien adquiere una vivienda, que no es sólo disfrutarla hasta una vejez prolongada, sino también poder dejar en herencia a sus deudos, ya la vivienda misma o una suma importante por su realización, cosa imposible habida cuenta de que una propiedad temporal, por serlo, poco puede beneficiarse de las plusvalías que suele experimentar la propiedad ordinaria, y por el contrario, más o menos pronto se enfrenta a una desvalorización en su enajenación.

En las promociones inmobiliarias públicas, estos inconvenientes podrían haberse reducido mucho sobre la base de unos precios más bajos que fueran estímulo suficiente; pero la política de promoción pública de vivienda, aparte de porcentualmente muy pobre, se ha sentido muy obligada a «no distorsionar con su competencia el mercado libre privado», con lo cual el estímulo de un más bajo precio por la propiedad temporal tampoco fue una realidad.

En cambio, las entidades públicas sí han empleado con éxito la figura de la superficie (no con carácter exclusivo, sino en alternancia con otras fórmulas) y pese a que la duración del derecho fuera moderada, para la promoción de aparcamientos de vehículos, especialmente subterráneos, en las ciudades de muy densa población y muy alto parque de vehículos privados, a fin de descongestionar sus espacios viarios.

Asimismo, y con frecuencia incluso sin precio constitutivo ni canon (que se compensa con la percepción de tasas y del I.A.E.) se ha utilizado para la promoción pública de espacios polideportivos al aire libre, el costo de cuyas instalaciones es bajo para el superficiario y perfectamente compensable con su explotación por el tiempo de 75 años o incluso el de 50, pues algunas construcciones se realizan en parte con materiales ligeros o desmontables, y a su reversión futura suele aparejarse un arrendamiento ulterior, más módico en renta que en duración.

Pasando ahora a las promociones de iniciativa privada, la de construcción de aparcamientos de vehículos se ha hecho alguna vez recurriendo a la fór-

muía superficiaria en espacios privados, más frecuentemente comunitarios no ocupados, ya sean subterráneos o ya situados en terrazas creadas en patios interiores de manzanas, buscando compensar con los precios de las plazas adquiridas por extraños a la comunidad el coste de las restantes reservadas en propiedad ordinaria a la propia comunidad o a sus miembros, con la perspectiva añadida de la futura reversión de las concedidas a superficiarios extraños a dicha comunidad.

Sobre solares existentes en polígonos industriales, la fórmula del derecho de superficie ha tenido una buena acogida continuada para la adquisición en propiedad temporal de locales destinados a almacén, y los propietarios del suelo obtienen por esta modalidad cánones muy rentables con duraciones muy moderadas de alrededor de los 25 años; criterio modular que es especialmente frecuente en contratos superficiarios con empresas distribuidoras del ramo de alimentación, cuyos edificios son de discreto coste.

En el mercado privado de la vivienda, en el que ya dijimos que no resultó atractiva la fórmula superficiaria *strictu sensu* para el sector vivienda social, sí fue utilizada alguna vez en promociones coparticipadas de urbanizaciones particulares; lo que se hizo a través de la posibilidad del «pacto en contrario» que respecto a la reversión admitió el art. 16 del Reglamento hipotecario (al menos reduciéndola a parcial y dejando el resto cedido a perpetuidad); lo cual fue establecido antes de que la Ley del Suelo estableciera la reversión como total e ineludible, y alguna vez después de promulgada esta ley y en contra de lo dispuesto en ella; por lo cual, aunque hayan podido tener acceso al Registro, arrastran la incógnita de qué ocurrirá, civil y fiscalmente, al llegar a su término.

La evolución legislativa sobre otras relaciones jurídicas también ha operado impulsando o retrayendo el uso de la figura. Así, bajo la anterior Ley de Arrendamientos Urbanos se usó a veces por dueños de edificios de privilegiada situación urbana, que la contrataron con fuertes empresas interesadas en instalarse en ellos, para evitar una relación arrendaticia urbana de régimen especial, con bloqueos de renta y prórrogas legales indefinidas, que arruinaría su plusvalor teórico de mercado al hacer imposible su venta, y acabaría dejándole a merced de la oferta que el arrendatario se dignara hacerle; y por lo genera (salvo que unas cláusulas en exceso condicionantes indicasen un fraude de ley), la jurisprudencia estimó que la superficie era una alternativa al arrendamiento, de la cual el propietario que no quisiera vender ni alquilar disponía legítimamente.

Lo paradójico es que hoy, cuando en la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 1994 el alquiler de locales de negocio ya no presenta aquellos graves riesgos para el propietario, son bastantes los potenciales usuarios que prefieren y ofrecen, en vez de un alquiler, cuya renta ya no está bloqueada y que carece de prórrogas forzosas, una superficie por sesenta o setenta años

con sacrificio final de la edificación, que a su reversión estaría sobradamente amortizada por el ocupante, y que para el propietario representaría la recuperación de un local apto para una nueva explotación, o una venta, seguramente de mayor rentabilidad en ambos casos, habida cuenta de la constante elevación de los precios inmobiliarios.

d') *Aplicaciones indirectas, instrumentales y sincopadas*

Queda por decir que la virtualidad creativa de la autonomía de la voluntad ante relaciones jurídicas en las que existe una tensión entre la imaginación práctica y la dogmática doctrinal ha operado con cierta frecuencia sobre la figura de la superficie a través de un uso indirecto, meramente instrumental, o sincopado, de la misma. Aunque hay más hipótesis de las que voy a citar, me ceñiré sólo a unos cuantos ejemplos dado lo recargado de contenido de este tema.

1. *La superficie con reversión a suelo no estrictamente ajeno o sólo formalmente ajeno.* Esta modalidad meramente formal o instrumental se utilizó en las llamadas «comunidades autopromotoras»; forma de autopromoción inmobiliaria de viviendas en comunidad que tuvo mucho predicamento en el Levante español en los años cincuenta y parte de los sesenta, sobre todo en la región valenciana, de donde por algún tiempo se extendió a Cataluña; y si bien después su uso se redujo mucho, siempre se han podido detectar residuos y repuntes, dado que el objetivo inicial de limitar los costos a la edificación propiamente dicha ahorrando los de promoción y reduciendo los formales y fiscales, era y sigue siendo acertado.

El recurso a esta fórmula superficiaria provocó en la doctrina una fuerte polémica dogmática, con un sector opuesto a la posibilidad (MONET ANTÓN, GULLÓN, Y L. M.^a y Fdo. CABELLO DE LOS COBOS MANCHA), que estimaban inviable el engarce de la figura de la superficie con el sistema de Derecho necesario que es el de propiedad horizontal para los edificios integrados por pisos y locales destinados a pertenecer a una pluralidad de personas; mientras otro sector (DE LA CÁMARA, GARRIDO CERDA y SOTO BISQUERT; VENTURA TRAVESET, GARRIDO DE PALMA y otros) sostenía su posibilidad y viabilidad.

El meollo del debate estaba en que en la propiedad horizontal, el suelo ha de ser un elemento *común*; mientras en el derecho de superficie ha de ser de propiedad *ajena*; lo cual exige la existencia de un *dominus soli* distinto de los propietarios superficiarios de los pisos o locales; pero a ello se contestó que nada se opone a que transitoriamente el «elemento común-soporte» del solar no revista el carácter de propiedad, sino el de derecho real superficiario» que gravase la propiedad del dueño del suelo; ni a que la relación superficiaria operase como pura transición a la propiedad horizontal, en la que desembo-

caria a través de una conversión convencional predeterminada, perfectamente admisible a tenor del principio de autonomía de la voluntad precisamente exaltado en materia de comunidades (art. 392, párrafo 2, del Código Civil, que no sufrió variación alguna cuando se recibió en el mismo capítulo la figura de la propiedad horizontal); pues los presupuestos ordinarios de la propiedad horizontal son, más que imposiciones dogmáticas de la ley, normas dirigidas a un objetivo (en este caso, un determinado sistema de organización convivencial de derechos); y si se previó para un presupuesto concreto de yuxtaposición de copropiedad y propiedades privativas, ello no significa que no pueda darse más que sobre él y no sobre otros presupuestos, distintos pero susceptibles de una organización convivencial semejante.

El hecho es que en la realidad se organizaron de este modo bastantes comunidades autopromotoras con notable economía de costos; y que las rigideces dogmáticas negativas se resolvieron por vías formales instrumentales. Unas veces, la vía fue la de un contrato mixto de constitución de superficie y venta a término suspensivo, que permitía primero adquirir del dueño del solar un derecho ya predividido de superficie, por un precio alzado o combinando éste y un canon a satisfacer durante la construcción del edificio; y una vez ésta se realizase, efectuar la tradición del solar y el pago de su precio, consumando su compraventa ya cerrada aunque aplazada en su efectividad. Y en otras ocasiones, fue recurriendo sucesivamente (según la regulación sustantiva y fiscal de cada momento) a asignar el papel de *dominus solí* a una sociedad integrada en exclusiva por los autopromotores superficiarios, ya Cooperativa, ya civil particular, o ya, cuando la autopromoción no era de viviendas sino de un edificio de locales destinados al ejercicio de especialidades profesionales interrelacionadas o complementarias, a una agrupación de interés económico.

En la actualidad, el uso de las comunidades autopromotoras se ha reducido mucho, sobre todo en materia de vivienda, sobre todo por los frecuentes problemas surgidos entre los partícipes o entre éstos y el gerente designado para dirigir la construcción, debidos a la difícil conciliación de los diversos proyectos de cada miembro sobre la distribución de su vivienda. Pero el tratamiento fiscal de la superficie continúa siendo ventajoso, y ello hace que siga siendo una opción a tener eventualmente en cuenta.

2. Otra «aplicación indirecta» de la superficie se produjo dando a ésta una función sustitutiva de los peligrosos contratos de cesión de solar a cambio de parte de la obra edificatoria a realizar sobre aquél, a fin de resolver, sobre la base de la naturaleza **real** del derecho de superficie, reservado por el cedente para salvar el riesgo del carácter meramente obligacional de la contraprestación futura del promotor-constructor cesionario del suelo; lo cual venía a suponer un uso instrumental de la superficie como garantía. Tal fórmula se utilizó con frecuencia a la sombra de la permisión del art. 16 del

Reglamento Hipotecario para pactar una excepción parcial de la reversión final de la superficie (de corto plazo máximo de duración por entonces); pero al promulgarse la ley estatal del suelo de 1975 (TR de 1976), estableciendo como preceptiva y total esa reversión —lo que suponía su innegociabilidad— hizo que en los territorios en que se aplicase dicha ley como propia o como supletoria, este remedio fuese en lo económico peor que la enfermedad, paralizando su uso en lo sucesivo. Está por ver si la alineación de la llei catalana que regula la superficie con mayor permisividad aún en este punto que el Rgto. hipotecario, resucitará esta fórmula instrumental si alguien le encuentra mayores ventajas fiscales e incluso civiles que a la regulación del contrato de cesión por obra tal como queda en la llei coetánea a la de la superficie.

3. *Otra aplicación más, indirecta «en garantía» se ha utilizado también en el leasing*, para obtener de las entidades financieras una ampliación de la financiación en curso de edificios industrio-comerciales, a empresas que antes de concluir el contrato y ejercerse la opción de compra sobre un edificio, necesitan por su rápido crecimiento de negocio construir otro ampliatorio contiguo, pero desean que éste se financie por separado para evitar que la agrupación de ambos contratos financieros frustre por novación los beneficios fiscales ya meritados en el primero. En tal tesitura, la constitución a término, a favor de la entidad financiera, de un derecho de superficie sobre el primer edificio, con una duración que cubra sobradamente el tiempo de desarrollo del nuevo contrato sobre el segundo edificio, implica para dicha entidad una garantía aunque la opción de compra final sobre el primero se ejerza por la empresa financiada, ya que el valor de una superficie de 99 años es una seguridad total para la entidad de *leasing*.

4. *Finalmente, es ejemplo de «aplicación sincopada» o minimalista, por drástica reducción de los presupuestos y efectos ordinarios de la superficie, desprovista de las facultades y en su caso deberes de edificar, mantener y reconstruir sobre suelo ajeno, así como carente de precio ni de canon*, el que tuve ocasión de vivir en la práctica en mis tiempos de notario en activo, sugerido por mí mismo con plena aceptación de las partes, y admitido sin problema alguno en el Registro de la Propiedad.

Se trataba de edificios ya construidos, destinados a vivienda unifamiliar, por lo general secundaria, pero con cierta frecuencia residencia única, sitios en urbanizaciones clandestinas y descalificadas en zonas de Naturaleza, cuyos compradores de parcelas y casas habían sido engañados por los promotores. Una entidad pública catalana desarrolló un plan de recuperación de esos espacios, sitios en áreas actualmente ordenadas como Parques Naturales, y buscó la forma de conseguir su objetivo causando el mínimo daño posible.

En su inmensa mayoría, los referidos parcelistas habitantes tenían sus propiedades escrituradas e inscritas, así como sus declaraciones de obra; muchos de ellos habían regularizado su situación fiscal en el impuesto sobre inmue-

bles, con alta en el catastro urbano; y la descalificación y apertura de expedientes de expropiación u oferta pública de adquisición les sorprendió con posterioridad.

La entidad pública en cuestión se planteó el tema desde una ejemplar perspectiva ética y manifestó inicialmente su disposición a tolerar el mantenimiento del uso de las viviendas por sus propietarios durante un largo período de tiempo que prácticamente agotase su esperanza normal de vida residual atendiendo a su promedio de edad. El precario se descartó por el desigual e injusto azar de las sobrevivencias y consiguientes expectativas sucesorias y por la imposibilidad de transmisión o arriendo del derecho; y ambas partes aceptaron como solución una compraventa por la Entidad pública limitada a la propiedad del suelo, con reserva o deducción, por el vendedor, de la propiedad superficiaria de lo edificado, por un tiempo de cuarenta años, sostenida por un derecho de superficie que gravaría el suelo al solo fin de poder mantener y reparar lo imprescindible los edificios; pero no a realizar construcción suplementaria alguna, ni una reconstrucción total en caso de ruina sobrevenida.

Así, el titular residual de la superficie no tomaba una decisión irreversible que le dejara en situación de práctica imposibilidad de hallar com prador y precio decoroso para su derecho, afectado de tan fatal claudica ción sobre una casa de estado también fatalmente declinante; quedando forzado a negociar de nuevo con la entidad adquirente del suelo, desde una desfavorable posición, para obtener de la misma la posterior adquisición del edificio. Este riesgo quedó despejado; pues el edificio y el derecho superficiario que lo sustentaba fueron objeto de valoración, según acuerdo mutuo, con separación del suelo que se rescataba por compra en el propio acto; estableciéndose un porcentaje anual constante de reducción de precio, hasta llegar a cero al agotarse definitivamente el término reversional de la superficie; y quedando la entidad no en calidad de mera *optante*, sino *obligada* a adquirir la casa y extinguir por confusión el derecho de superficie sobre la finca, pagando el precio marcado en la escala de reducción anual establecida, si en el futuro el superficiario modificaba su decisión y prefería anticipar la reversión; un acuerdo que tampoco le privaba de aprovechar ofertas alternativas más favorables, en cuyo caso transmitiría sus derechos al eventual tercer interesado.

Esta forma de establecer la situación por vía de reserva implicaba una «constitución al revés» de la superficie (al modo del «*revessejat*» en los censos catalanes, pero sin similitud alguna ni con la enfiteusis ni con el arrendamiento, *al no existir canon ni otra forma de contraprestación*); y ofrecía por añadidura desde el punto de vista fiscal —y así lo confirmó la práctica después de vencer al principio algunas reticencias de las oficinas liquidadoras— la ventaja de no estar tal superficie «deducida» ni siquiera prevista como acto liquidable en el Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales, ya que en rigor no había transmisión alguna, sino —por el contrario— una *no-transmisión*; siendo un

supuesto paralelo (incluso en el resultado estructural de la desmembración temporal del dominio) a la venta de nuda propiedad con reserva de usufructo, que no tributa por este segundo concepto.

En fin, la relación de propiedad superficiaria temporal quedaba definida claramente; pero *sin que hubiera «derecho a construir ni a reconstruir»; sin que la propiedad temporal superficiaria derivase de una construcción sobre suelo ajeno, sino como residuo de una anterior propiedad ordinaria del propio titular superficiario, y sobre un edificio ya construido por él o por otro*; quedando en el futuro la función del derecho de superficie sustentador más bien como propia de una servidumbre de soporte, configuración que por cierto tuvo bastante predicamento en la doctrina histórica e incluso moderna sobre la figura y que responde a la versión de alguna legislación actual, como la suiza. O sea, la situación era adecuada a las circunstancias, y respondía a una causa natural y lícita; pero tan diferenciada del «supuesto-tipo», que cuando menos invita a reconsiderar el pretendido enunciado definitorio de los contenidos del derecho de superficie en la dogmática tradicional.

En efecto, ante ejemplos de este tipo (que no excluye la posible extensión a otras circunstancias) parece obligado revisar la definición misma de la superficie, y tomar como único componente esencial de la misma la facultad de **mantener** sobre suelo ajeno una edificación, ya que las demás facultades de construir y reedificar se han revelado como institucionalmente prescindibles.

b) EL DERECHO DE SOBREELEVACIÓN O SUBEDIFICACIÓN

Este derecho instrumental de adquirir mediante construcción sobre o bajo una edificación preexistente la propiedad perpetua de lo construido, es el más redondo ejemplo de negocio jurídico sobre vuelo o subsuelo previsto en las legislaciones españolas; tanto por la entidad de tal resultado, como por el hecho de que la obra se realice precisamente en la proyección vertical positiva o negativa del edificio así suplementado; y desde la adquisición del derecho hasta su ejecución, la más clara muestra de un derecho recayente sobre un espacio inedificado que forma parte del marco cúbico de la propiedad inmobiliaria ordenada por la ley y la planificación urbanísticas. Sólo iguala esa virtualidad la negociabilidad de cuotas de aprovechamiento (o sea, de edificabilidad) prevista por la legislación urbanística, que puede ser paso precedente a este derecho instrumental de sobre- o sub- edificación cuando esas cuotas se adquieran de quien fuera su titular previo (el Ayuntamiento, o el propietario de otro inmueble), para incrementar la edificabilidad del propio.

Por supuesto, en la figura de que ahora nos ocupamos no hay razón para desdoblar la figura en dos derechos distintos por el hecho de que se construya

sobre o bajo el soporte inmobiliario que le sirve de base y con el que tal construcción engarza. En realidad, salvo pruritos cacofónicos, tampoco la hay para distinguir sus denominaciones llamando a una sobre- *elevación* y a otra sub-*edificación*. Para la distinción —material, que no jurídica— bastaría el prefijo, apodando alternativamente a este derecho que en sustancia es único, como «sobre- o sub- edificación». Y aunque las propuestas neologistas de cambios denominativos en el Derecho son consideradas de poca alcurnia, yo me atrevería a designar este género de expansión inmobiliaria con el nombre común de *supledificación vertical*, dado el carácter suplementario de sus dos modalidades.

Hay que precisar que por encima de la inferior dimensión material que estas obras suplementarias comportan si se las compara con las promociones de urbanizaciones o de construcción de grandes edificios, su contratación es frecuente y su fundamento social, elevado; pues supone la posibilidad de reparar insuficiencias de aprovechamiento que en su momento se debieron a falta de recursos y que dejaron vacíos estériles en poblaciones deficitarias de vivienda, y en especial en zonas o barriadas donde ese déficit es más crítico, ayudando así a resolver los problemas que crea el crecimiento constante de población en muchas ciudades, al aumentar con el mínimo posible de costo el número de plantas edificadas, por encima o por debajo de las existentes, siempre que las Ordenanzas lo permitan y otros derechos reales de terceros no lo impidan; y al propio tiempo, constituye una oportunidad de actividad de pequeñas empresas de construcción que no disponen de capital ni crédito suficientes para acometer promociones de gran envergadura, pero crean puestos de trabajo y mueven otras pequeñas empresas de materiales de construcción.

En las legislaciones autonómicas sólo existe hasta ahora la normativa del Fuero Nuevo de Navarra, acertada en la mayor parte de su contenido (17).

En cuanto al Poder legislativo del Estado, hasta ahora no ha abordado la regulación específica de estos derechos instrumentales de corte potestativo, que se dirigen, no a lograr una situación temporal como la de la superficie, sino a adquirir una propiedad ordinaria y perpetua sobre lo construido. En el ámbito estatal no ha habido otra norma que el de la segunda parte del texto del art. 16 del Reglamento hipotecario, cuyo número 2 indica que «*el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio, o el de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, que sin constituir derecho de superficie se reserve el propietario en caso de enajenación de todo o parte de la finca, o que transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del apartado 3 del art. 8.º de la ley y sus concordantes*»,

(17) Esta materia había sido ya elaborada en la *Compilación Privada* que precedió al Fuero Nuevo por J. GARCÍA-GRANERO FERNÁNDEZ (pionero en el estudio doctrinal de este derecho de edificación adicional, a raíz de su primera recepción en el Regto. Hipotecario), en una conferencia pronunciada en 1954 en el Ilustre Colegio de Abogados de Valencia.

relativos como es sabido a la propiedad horizontal; y a continuación establece, como requisitos para su inscribibilidad, que se hagan constar, a saber: 2 a/: *las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes, o las reglas para su establecimiento*; y 2 b/: *las normas [estatutos] de régimen de la comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción*.

Este precepto quedó afectado por la reforma que por RD1867/1998 de 4 de septiembre se hizo del Reglamento Hipotecario; pero (en cuanto a estos derechos y en otras muchas cuestiones, entre ellas la regulación del derecho de superficie, que volvió a quedar en los términos de la redacción de 1959) tal reforma fue declarada nula sucesiva y fragmentariamente por dos STS, debido a no guardar los principios de jerarquía normativa y reserva de Ley establecidos por la Constitución, pese a haberse dictado el Decreto revisor en plena vigencia de la Ley Fundamental de nuestro Ordenamiento. La primera, de 24 de febrero de 2000, anuló el apartado 2c/en el que la reforma introdujo un plazo máximo de diez años para ejercer el «derecho de vuelo»; y la segunda, de 31 de enero de 2001, anuló igualmente el apartado 2b/en el que la reforma exigió la determinación concreta del número máximo de plantas a construir en virtud de estos derechos de edificación adicional.

El texto antes consignado en cursiva es el que ha quedado restablecido, reeditándose la versión de la reforma reglamentaria de 1959, que, pese a tener el mismo bajo rango normativo, es preconstitucional en su fecha y por tanto no se le aplica la Constitución retroactivamente, dado el principio que la misma sienta en su art. 9.º,3.

Estos avatares no afectan hoy a Cataluña en materia de superficie, puesto que ya dispone de regulación propia con rango de ley. En cuanto a los derechos de sobre o subedificación, también está próxima a quedar igualmente desafectada; pues el anteproyecto de llei de situaciones de comunidad —al que al principio de este trabajo hicimos ya una referencia de pasada a propósito de la propiedad horizontal, y que contiene un principio de regulación de aquellos derechos— ha sido ya objeto de exposición pública y no tardará en atravesar la peripecia parlamentaria conducente a su promulgación.

Hasta entonces, la normativa reglamentaria resultante de la anulación de la reforma de 1998 y la reposición del texto de 1959, será transitoriamente aplicable a Cataluña, sin perjuicio de que sea suplementada por la jurisprudencia del TS.

El tono de la normativa reglamentaria (como habrá podido observarse) se corresponde con lo que en realidad es la constitución de estos derechos instrumentales o de acceso adquisitivo a otro de propiedad: una *reserva* de esa propiedad futura a resultar de otra construcción adicional; pero que produce desde luego efectos de trascendencia real en el Registro, y que es transmisible como tal, por cualquier título, lucrativo u oneroso.

Antes del anteproyecto al que nos hemos referido —y en el que de inmediato nos centraremos— el Derecho especial catalán —como ya quedó dicho— no se había ocupado de esta figura, pese a que la reciente llei reguladora de la superficie, de la que hemos tratado en el epígrafe anterior, podía haber dado al legislador la ocasión de hacerlo, habida cuenta de que el art. 16 del Reglamento hipotecario que dicha ley sustituyó como referente normativo, incluyó en su texto —dividido en dos partes— tanto una figura como la otra; y de que el ejercicio del derecho potestativo o instrumental que desemboca en uno u otro resultado jurídico, es, en sí, el mismo: una actividad constructora que prolonga en un sentido u otro un soporte inmobiliario preexistente del que el titular del derecho instrumental no es propietario exclusivo, y que le sirve de acceso a su respectivo derecho final.

Pero el legislador catalán decidió con buena lógica separar su regulación; pues ya que en el caso que ahora nos ocupa (el de los derechos de sobre- o sub- edificación), el acceso a la propiedad privativa ordinaria de lo que construya su titular viene condicionado al régimen comunitario de propiedad horizontal (o como más adelante veremos, al de los «conjuntos inmobiliarios» hoy incluidos, aunque con escasa regulación, en la nueva redacción de 1999 de la Ley de Propiedad Horizontal), consideró preferible hacer su esquema regulador al tratar de esta forma especial de comunidad, en una ley pensada sobre situaciones comunitarias.

Por otra parte, esta separación se funda en que sus efectos respectivos son bien diferentes. El derecho de superficie puede ejercerse tanto directamente sobre o bajo el suelo, como sobre o bajo una edificación que ya exista; pero sólo puede dar lugar a una propiedad temporal reversible; en tanto que el de sobre o subedificación, que mediante la construcción plasma en un dominio ordinario y perpetuo, sólo puede realizarse en su proyección positiva o negativa con el soporte interpuesto de un edificio, o de una plataforma ligada a un complejo de edificios; y requerirá, o que ese soporte estuviera ya sujeto al régimen de propiedad horizontal o al de conjuntos de edificios; o que esos regímenes se establezcan a la vez que se haga la declaración de obra (incluso en construcción), o incluso a la vez que se contrate el derecho, si la autorización municipal se hubiera concedido previamente a instancia de ambas partes, o de la propiedad o copropiedad del edificio o complejo-soporte, y la licencia se cediera a la otra parte. En otro tiempo, ROCA SASTRE añadió como otra diferencia el que así como la ejecución constructiva del derecho de superficie tenía un tiempo tasado por la legislación urbanística, esa limitación no está prevista para el derecho de sobre o subedificación. Hoy, para Cataluña, esa circunstancia diferencial institucional ha dejado de existir, según vimos, al no imponerla la nueva llei catalana de urbanismo.

Volvamos al hecho de que el tratamiento de la sobre y subedificación se ha abordado finalmente por el Derecho catalán en el anteproyecto de una ley re-

guiadora de situaciones de comunidad, que se destina a integrarse en el futuro Codi Civil que Cataluña aspira y espera tener, por lo que a tal efecto se ha preparado mediante un sistema numeral/subnumeral *ad hoc*. Ese tratamiento se contiene básicamente en un artículo: el 553-34, que se intitula precisamente «*reserva del derecho de sobreelevación y sobreedificación*», sin más compañía que la del subapartado a/del apartado 1 del precedente artículo 553-33.

El texto básico indicado es el siguiente: «1. *Es válida la reserva establecida en el título constitutivo por el propietario del edificio, para sí mismo o a favor de un tercero, ajeno o no ala comunidad, del derecho de sobreelevar o subedificar, o del de edificar dentro del mismo solar.*—2. *El titular del derecho reservado está facultado para otorgar las sucesivas declaraciones de obra nueva de las edificaciones que realice. El ejercicio sucesivo del derecho creando nuevas plantas, comporta la redistribución de todas las cuotas de participación. La nueva designación de cuotas se realizará por el mencionado titular, sin el consentimiento de la Junta.*—3. *Son condiciones esenciales para la validez de la reserva: a/La especificación del número de plantas y elementos privativos a construir, que no podrán sobrepasar lo permitido por las normas urbanísticas vigentes al constituirse la reserva; b/La expresión de los criterios concretos a aplicar en la determinación de las nuevas cuotas de participación, de modo que se garantice la debida proporcionalidad entre las cuotas de los elementos privativos incorporados y las redistribuidas de los restantes.*—4. *En todo caso, la reserva se extingue a los treinta años respecto a la construcción que no esté finalizada en este término.*» Y el de la parte que el precedente artículo 553-33 dedica a esta materia dice así: «*Modificación del título constitutivo: 1. En cualquier modificación del título se han de observar los mismos requisitos que para su constitución. Por excepción, la modificación del título constitutivo no requerirá el consentimiento de la Junta de Propietarios en los siguientes supuestos: a/Cuando venga motivada por la sobreelevación o subedificación y así se haya pactado en la constitución del régimen.*».

Las propuestas normas requerirían a mi parecer algún que otro reto que sintáctico o sistemático para no dejar la sensación de contradicción, por un lado, y de incomplicidad, por otro.

La sensación de contradicción la produce, en el art. 553-34, su inciso primero; pues empieza presuponiendo que quien puede reservarse el derecho para sí o para un tercero es «el propietario del edificio», en singular; o sea, el propietario único (que generalmente será el promotor-constructor) pero al añadir a continuación que el tercero *puede ser ajeno o no ala «comunidad*», crea desconcierto; pues si hay comunidad es que no hay propietario único.

En parte, hay fallo gramatical, que sería reparable; pero bajo él hay también una imprecisión jurídica nada excusable, sobre todo si se trata de un edificio de viviendas, cuyos adquirentes tienen la condición de consumidores,

a quienes las leyes, a tenor del art. 51 de la Constitución, han de dispensar especial protección. Para cumplir este deber constitucional, lo que la ley habría de dejar bien en claro es que sólo el propietario único (ya sea promotor-constructor, o ya haya adquirido de éste el edificio) puede hacer en el título constitutivo estas reservas; y que tal facultad deja de existir como unilateral si ha enajenado a tercero, aunque haya sido en documento privado, algún elemento privativo; pues el adquirente podrá, sobre la base de aquél, ejercer la acción de cumplimiento de forma del art. 1279 del Código Civil. Aún más: debiera ser inexcusable que el título constitutivo que contenga la reserva unilateral figure inscrita un tiempo razonable anterior a toda enajenación de pisos a terceros.

Otra contradicción al menos aparente es la que resulta de la redacción del apartado del complementario art. 553-33; pues parece que para que sea posible prescindir de la intervención de la Junta de Propietarios en la modificación del título constitutivo a realizar con ocasión de la efectiva construcción de esas sobre- o sub- edificaciones, se exija que esos derechos hayan sido *pactados*; expresión que presupone una pluralidad de partes en la constitución del régimen y no una actuación de un solo propietario; y que esos copropietarios plurales hubieran dado su consentimiento al establecerse el derecho en el título constitutivo; pues no sería presentable que se diera a entender que el pacto se cierra por adhesión al adquirir los diversos locales y pisos del edificio. Pero dada la confusión que resultaría de esa primera interpretación del precepto complementario ante lo establecido en el apartado 2 inciso final del precepto principal que es el art. 553-34, y las sólo relativas precisiones que se exigen en el subapartado b/del apartado 3 de este último, no cabe sostener radicalmente que tal apariencia denunciada sea la intención real de los artículos propuestos; aunque con la redacción actual, lo parece; y si la intención es otra, mejor sería cambiar por otra esa redacción.

En cuanto a la sensación de incompletion, parece que en los preceptos anteproyectados faltan hipótesis de partida. ¿Es que acaso no cabe, existiendo margen de volumen urbanístico para ello, el que por unanimidad de unos plurales copropietarios-promotores, o copropietarios por adquisición, se concedan estos derechos a uno de ellos o a un extraño? Y si es así, ¿por qué darlo por sobreentendido, si la experiencia jurídica demuestra que los sobreentendidos generan dudas y las dudas, conflictos? No valdría la evasiva de que la expresión «*peí propietari de l'edifici*» ya comprende estas hipótesis porque «el propietario» no es un término de subjetividad individual, sino sinónimo de la expresión «la propiedad», objetiva o plural-subjetiva. Las expresiones legales deben huir tanto del equívoco como de la laguna; y con esta crítica sólo pretendo intentar evitar que se produzcan uno u otra.

Aparte de las anteriores críticas de expresión, en el art. 553-34 del anteproyecto convendría hacer otros retoques. Así:

a') Invertir los números de orden de colocación de los apartados 2 y 3, a fin de resaltar en primer término las condiciones esenciales para la validez de la reserva de estos derechos, por delante de las facultades atribuidas a su titular. De este modo, aparecerá en primer plano que el número de plantas y elementos privativos a construir en virtud de la reserva *no pueden sobrepasar los permitidos por las normas urbanísticas vigentes al constituirse aquélla* (tiempo que en la hipótesis de este artículo, atendido su apartado 1, es sólo el del otorgamiento del título constitutivo), despejando enteramente, de entrada, el recelo de que el titular de estos derechos por deducción unilateral pudiese sobre o subedificar sin dar explicaciones durante los treinta años siguientes, incluso cuando la posibilidad de hacerlo sobreviniera por un cambio en la calificación urbanística, de los no muy raros que en la realidad se producen.

b') Exigir, entre las condiciones para que pueda ejercerse el derecho reservado, un informe técnico municipal sobre la viabilidad de la sobre- o sub- edificación sin riesgos físicos del inmueble-base.

c') Completar el actual apartado 2 (convertido en 3) de este artículo, contrapesando la *carta blanca* que se da al titular del derecho reservado para otorgar por sí, sin necesidad de consentimiento de la junta de propietarios, las obras nuevas, y redistribuir todas las cuotas de participación, *con la atribución a su cargo de todos los costos que ello comporte, más la indemnización de los derechos de uso exclusivo que los titulares de los pisos puedan perder como consecuencia del ejercicio de los derechos reservados*. La omisión de esta aclaración no traería sino conflictos; y no debe olvidarse que los adquirentes de viviendas tienen, como quedó advertido, la condición de consumidores finales; de cuya protección no puede desviarse la legislación catalana, y menos atribuyendo el Estatut d'Autonomia de Catalunya a su Parlament la competencia legislativa al respecto. Pretender que la facultad exclusiva de dichos otorgamientos y redistribuciones de cuotas comporte además, que los comuneros del edificio que carecieron de toda opinión en la reserva de los derechos de sobreelevación o subedificación deban compartir los costos que comporte su ejercicio podría estimarse como antisocialidad en dicho ejercicio; y como pronto veremos, el Tribunal Supremo ha mostrado ya especial sensibilidad en lo relativo al abuso de este derecho concreto.

d') Reconsiderar la tercera alternativa de estos derechos que contiene el inciso final del apartado 1: la de *edificar dentro del mismo solar*; o al menos someterla a requisitos adicionales especiales con respecto a las de construir sobre o bajo lo ya edificado. Pues reservarse sobre la parte no edificada del mismo solar ya utilizado para los bloques anteriores, construcciones complementarias, supone no sólo reducción del espacio de esparcimiento comunitario y mayor concentración de habitación humana, sino imposibilidad en el futuro, sin opción alternativa para los adquirentes de los pisos del (los) primer(os) edificio(s), de evitar la compartición del uso del espacio solar

remanente con el(los) edificio(s) nuevo(s). Hay pues aquí un transtorno añadido que parece debiera paliarse con una doble exigencia: que en el proyecto técnico sometido a la aprobación municipal y en la inscripción del título constitutivo constase tanto la posibilidad de la edificación adicional, como la de la segregación de la parte del solar que ella requiera, y de lo que en la misma se construya, si la voluntad mayoritaria de la comunidad anteriormente formada fuera la de aislar la antigua de la nueva, con imputación al promotor o constructor de los gastos formales y fiscales que tal modificación configurativa comporte.

Por lo demás, la posibilidad de la auto-reserva no es rechazable en sí misma. Es aceptable por ejemplo que si para la construcción de un edificio en cuyo proyecto estén autorizadas siete plantas, el promotor-constructor carece de recursos suficientes, y la financiación ajena le supone una merma excesiva en su expectativa de beneficio, construya cuatro y se reserve en el título constitutivo de la propiedad horizontal, antes de vender piso alguno, el derecho (transmisible a terceros) de sobreelevar las tres restantes; quedando legalmente legitimado, como hace el art. 553-34 del anteproyecto de ley, para determinar sólo dentro de ciertos límites las características de la nueva construcción y para refijar las cuotas de todos los elementos del edificio sin necesidad de intervención de la futura comunidad. Con ello ya no podrán «llamarse a engaño» los futuros adquirentes. A partir de esta reserva formalizada e inscrita, las ventas de los pisos de la parte ya edificada le proporcionarán recursos propios para sobreedificar el resto. Lo abusivo sería que la reserva de estos derechos se admitiera incluso para la hipótesis de cambios de ordenación en el futuro; pero ya vimos que en el anteproyecto art. 553-34 está excluida esta posibilidad al exigirse entre las condiciones de validez de la reserva que el derecho reservado no sobrepase los límites de la ordenación vigente en el momento de formalizarse el título constitutivo.

Al margen de ello, creo conveniente añadir algo más, a propósito de la función de complemento que la jurisprudencia de los Tribunales, según indica el art. 1.º,6 del Título Preliminar del Código Civil, tiene con respecto al Ordenamiento jurídico español; y más concretamente, con relación al abuso o antisocialidad en el ejercicio del derecho de sobre o subedificación acerca de cuya cuestión ha quedado advertida pocas líneas antes un sensible pronunciamiento del TS.

Pues la aludida sentencia, recaída el 10 de mayo de 1999 (en pleno intervalo entre la entrada en vigor de la reforma del art. 16 del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998 y las anulaciones de esta reforma que las otras dos de 2000 y 2001 declararon por inconstitucionalidad), afectó a una sobreelevación reservada, por abuso y antisocialidad del ejercicio de tal derecho, conforme a lo previsto en el art. 7.º,2 del Título Preliminar del Código Civil; fallando que la comunidad podría exigir que la materialización

del derecho reservado se demoliciese o que, por accesión, pasase a ser elemento común.

Ciertamente que este fallo se fundó en buena parte en que esta reserva por autodeducción venía permitida por un precepto (el art. 16 del Reglamento Hipotecario) falto de jerarquía normativa para establecer efectos no previstos ni por el Código Civil ni por la Ley de reforma de 1999 de la Propiedad Horizontal, de mayor grado de *imperium*; contexto éste era muy distinto del que resultará del rango de ley que la regulación anteproyectada en Cataluña tendrá una vez promulgada y en vigor. Sin embargo, es más que probable que los Tribunales no se sientan paralizados por ello para decidir en cuestiones planteadas como abuso de derecho; pues hay que tener en cuenta que el art. 7.º.2 del Código Civil, que *in fine* insta a los Tribunales a corregir el abuso o la antisocialidad en el ejercicio de los derechos, parte del presupuesto de que éstos estén establecidos *incluso por una Ley*. «La Ley —dice el precepto— no ampara el abuso del derecho o el ejercicio antisocial del mismo...»

Los jueces analizarán en estos casos las circunstancias, y entre ellas pesarán las que pongan de relieve que la posición del promotor-constructor como único propietario (y aun la posterior de copropietario) haya sido de breve transitoriedad sin verdadera vocación comunitaria y sin más objetivo que un aumento de expectativas de negocio, no compensadas por verdaderas cargas en la comunidad, produciendo en cambio la ejecución del derecho reservado múltiples y desproporcionados trastornos y perjuicios a los que verdaderamente habiten el edificio, especialmente si en ese ejercicio no se adoptaron garantías suficientes para evitar riesgos de daños o para resarcirlos cumplidamente; materia ésta que (dada la inexistencia de acuerdo previo) está más en el área de la responsabilidad extracontractual que en la de la contractual, y acerca de la cual el anteproyecto de llei se abstiene de hacer la menor referencia. Quede ello advertido, con la intención constructiva de que la redacción del precepto se adopte de manera que no suscite la adversa estimación del Poder judicial.

Por último, el apartado 4 del reiterado art. 553-34 me provoca dos comentarios críticos.

El primero, es que no sobraría modificar la expresión «*respecte a la construcció que no estigui finalitzada...*» por la de «*respecte a la part de la construcció... etc.*». Ello evitaría que si el derecho comprende cuatro plantas y el titular del mismo acaba tres y por insolvencia o imposibilidad física sobrevenida no puede acabar la cuarta, la parte construida acceda sin más a la propiedad del resto del edificio por «incumplimiento» y no se conserve por el ejerciente del derecho o sus causahabientes, o vaya a engrosar en su caso la masa de su situación concursal; pues ni es claro que la concesión del derecho edificatorio (sobre todo si fue hecha a título oneroso y el pago se produjo) tenga naturaleza sinalagmática; ni que el lucro de semejante accesión no implicase un enriquecimiento injusto.

En cuanto al segundo (aunque seguramente será incomprendido y denostado), es que cuesta trabajo entender que la prescripción preclusiva siga, en el s. XXI del frenético ritmo del mercado de bienes y servicios, requiriendo el mismo plazo que en los estáticos tiempos del Usatge *Omnes causae*. ¿Quosquetandum? ¿Es ya seguro que el futuro Codi civil de Catalunya lo mantendrá como en pleno orto del tradicionalismo jurídico hizo la Compilación en 1960? ¿Cumple un plazo así con el principio de seguridad jurídica que justifica la prescripción, hoy que la seguridad jurídica dinámica importa tanto o más que la estática?

c) NUEVOS LOGROS DEL «CUBISMO INMOBILIARIO»

A todas estas, aunque la legislación común sigue en estéril silencio respecto a esta materia, la jurisprudencia civil y la doctrina registral elaborada por la Dirección General de los Registros y del Notariado van ampliando el ámbito de la concepción cúbica en el aprovechamiento de los bienes inmuebles poniendo diques al mar del dogmatismo y ganando terreno al mismo para sembrar imaginativamente nuevas posibilidades potenciadoras de la utilidad social de dichos bienes, proporcionando al contorno de las instituciones jurídicas una flexibilidad inspirada en planteamientos teleológicos del Derecho y en una *jurisprudencia de intereses*.

En esta línea es de resaltar una plausible tendencia, desenvuelta en la presente década y en la anterior, plasmada precisamente en torno a la variante subterránea de la figura genérica que llamé *supledificación vertical*, o edificación suplementaria en las proyecciones verticales del suelo

Dicha tendencia viene representada por las sentencias del Tribunal Supremo (sala 3ª) de 1 de diciembre de 1987 y 23 de diciembre de 1991 y por las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1994 y de 5 de abril de 2.002, conectadas estas dos últimas con la filosofía expuesta en otras de 20 de septiembre de 1966, 13 de mayo de 1987 y 23 de octubre de 1998 en relación al principio de *numerus apertus* adoptado en los arts. 2 de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento y al de autonomía de la voluntad ante la ausencia de prohibiciones específicas del Ordenamiento jurídico.

Este criterio, propulsor de la imaginación creativa en la interpretación aplicativa de las normas —que personalmente veo muy acorde con el espíritu del art. 3.º del Título Preliminar del Código Civil— ha abierto el paso a la posibilidad de compaginar un uso privativo del subsuelo sin alterar el carácter demanial del suelo; compatibilidad de este doble uso que, por de pronto, comporta, en caso de que el suelo demanial provenga de expropiación forzosa, el rechazo de la reversibilidad del subsuelo desafectado del carácter de-

manial para convertirlo en patrimonial de la entidad pública expropiante (v. STS citadas); criterio que a efectos de registrabilidad de la parte *patrimonial* inmueble ha asumido la DGRN sin necesidad de constitución simultánea de propiedad horizontal aunque con posibilidad de que ésta llegue a establecerse si de este bien patrimonial llegasen a derivar derechos de particulares (resol. de 16.12.1994) culminando finalmente en la reciente de 5.4.2002 que admite que, recurriendo a la figura del *complejo inmobiliario* en una versión flexibilizada al máximo grado, pueda inscribirse, previamente desafectado del carácter demanial del suelo, un aparcamiento de vehículos construido en el subsuelo, aunque el suelo, que continúa siendo demanial, ni siquiera sustente una edificación con la cual engazar una propiedad horizontal *strictu sensu*; sino que esté dedicado a parque de público esparcimiento.

Ello supone una modernísima apertura del concepto de *complejo inmobiliario* que no exige la pluralidad de edificaciones, bastando con una sola, y una relación de la misma con la otra parte no edificada pero sí urbanizada; pues no por el hecho de que un jardín no esté edificado sino plantado deja de ser un inmueble con un uso específico distinto (y en este caso, de interés social) del que se asigne a una construcción realizada bajo el mismo. Y ello, al margen de que como alternativa a la explotación pública en régimen de contrato de garage esté o no prevista la potencial alienación subdividida de plazas de estacionamiento a particulares, en propiedad o con el carácter de derecho real limitado sobre la propiedad patrimonial de la Entidad pública.

En cuanto a la mezcla de dominio público y dominio privado, para dicha resolución ni entraña restricción ni sometimiento de aquél a éste que afecte negativamente al art. 80 de la Ley de Bases del Régimen Local ni al 132,1 de la Constitución; sino simple delimitación del ámbito respectivo. Y el que en la nueva redacción de 1999 de la normativa de la propiedad horizontal no se contemple esta modalidad, no significa en modo alguno que la excluya; criterio que comparto, pues el silencio legal es neutro y no ha impedido jamás la proliferación de relaciones jurídicas innominadas, muchas de ellas de nuevo cuño, porque nuevos intereses sociales o particulares las demanden. Ello aparte de que podrían suscitarse otras posibilidades en el marco de otras circunstancias, como por ejemplo sería el caso de que una Entidad pública construya un edificio sobre suelo patrimonial, o lo adquiera de una persona privada, física o jurídica, y afecte sólo una parte concreta del mismo a la utilidad pública como bien demanial, dejando el resto con carácter patrimonial; afectación o desafectación parcial que la resolución aquí comentada considera en sí misma perfectamente posible. Esta perspectiva se corresponde plenamente con la actual tendencia de atenuación del dualismo «Derecho Público»-«Derecho Privado», y de progresiva interrelación de estas áreas, de utilidad residual más docente que otra cosa; pues como ha demostrado la convergencia del Derecho civil inmobiliario con el urbanístico, el ideal es lograr a la vez que el Derecho Público se

enriquezca con los matices del Privado, y éste refuerce su *imperium* con la cooperación implicada del Público.

Por otra parte, el rechazo no podría fundarse en que en esta situación, el suelo no sea elemento común; pues como razona la citada resolución, en los *complejos inmobiliarios* que la nueva versión de 1999 de la Ley de la Propiedad Horizontal añade a su regulación (aunque muy parcamente, en su art. 24), no es indispensable la existencia de «elementos comunes» en el conjunto en sí; sino que basta la existencia de servicios generales.

Esta concepción abierta sólo debe ceder, para la DGRN, según esta resolución, por que alguna Ley la excluyera, como sería el caso de que la construcción subterránea vulnerase la legislación o la planificación urbanísticas del territorio autonómico correspondiente; o la legalidad administrativa sobre los requisitos de la desafectación demanial. Y en modo alguno le es oponible ni el art. 350 del Código Civil (cuya concepción de la proyección vertical del dominio *usque ad sidera atque inferos* ha quedado definitivamente desautorizada por el planteamiento de la función social de la propiedad hecho por el art. 33 de la Constitución Española), ni tampoco el 353, pues el principio de accesión no sólo tiene excepciones establecidas por leyes especiales, sino también por la autonomía de la voluntad mientras no tope con prohibiciones legales explícitas, ni con la moral o el orden público.

Añade esta progresista resolución que en el caso contemplado, tampoco se trataba de segregar un volumen edificable desconectándolo por completo de la aplicación dada al suelo o incluso de los eventuales vuelos que la Entidad pública pudiera realizar. La conexión física y de utilidad común siempre existiría a través de los forjados (techos, muros, asentamientos, rampas y cimientos de la edificación subterránea); a lo que habría que añadir una mención relativa al restante subsuelo no edificado y profundizable. El rechazo sólo sería justificable (como en el caso de una resolución de 26 de junio de 1987) si lo pretendido fuese segregar de un edificio una parte de su planta baja para agruparla a otro colindante como propia del mismo; pues ello sí rompería los esquemas registrales básicos de los inmuebles edificados y su inescindibilidad horizontal [lo cual —apostillo— no impediría que la finalidad perseguida fuera viable a través de una constitución de servidumbre debidamente regulada]. Otra resolución de 13 de mayo del mismo año admitió en cambio la apertura de folio propio autónomo a un sótano destinado a aparcamientos y formado por agrupación de diversas porciones de subsuelo de este destino, por existir en dicho conjunto una *unidad de derechos*.

La jurisprudencia primeramente indicada del TS se refiere por supuesto al Derecho Público en un marco conceptual en el que no caben variantes autonómicas; y en cuanto a la doctrina de la DGRN, si bien en lo que respecta a la interpretación de la legislación civil de propiedad horizontal, se ciñe a la Ley estatal, y no afectaría en su caso a las diferencias que esta modalidad de situa-

ción de comunidad inmobiliaria presente en la proyectada normativa catalana a la que ya he dedicado aquí un comentario, sí será en cambio de plena aplicación al territorio catalán en todo cuanto se refiera a la técnica registral; ya que en materia de registros públicos, la Constitución establece a favor del Estado (art. 149,1,8ª) una reserva competencial legislativa exclusiva.

No obstante, yo sugeriría al legislador catalán (o por el momento, al *Observatori* de la Generalitat y a la Comisión de Codificación) que consideren la posibilidad de completar el proyecto de ley sobre situaciones de comunidad insertando las ideas más útiles de la resolución que ha ocupado gran parte de mi atención al final de este trabajo ya a punto de cierre.

Sobre todo, he valorado en ella la disposición imaginativa y abierta, superadora de dogmatismos y adecuada al contexto actual de posibilidades de aprovechamiento de los bienes inmuebles. Conviene advertir que lo que acepta para el caso límite de convivencia dominical pública y privada puede ser de aplicación también a terrenos de exclusiva propiedad privada. La doctrina expuesta en ella abre en general nuevas posibilidades de impulsar las relaciones y negocios jurídicos sobre las proyecciones verticales del suelo como espacios cúbicos susceptibles de consideración autónoma respecto al suelo que es su referencia.

Esa concepción abierta me ha traído a la memoria el interés que en el siempre inquieto ingenio de María Purificación GARCÍA HERGUEDAS (registradora de la propiedad y amiga, a quien transmito con esta ocasión mi recurrente recuerdo) despertó durante su permanencia en Cataluña la posibilidad de conjugar derechos públicos y privados en mixta relación para que en Barcelona —ciudad en la que la planificación urbanística hecha para su ensanche por el precursor Cerda creó un océano de manzanas de edificios con amplísimos patios centrales que él pensó originariamente como espacios abiertos para jardines públicos, pero cuyo costo disuadió a la Administración local de su época— cupiera desarrollar, en estos nuevos tiempos de crecimiento económico y de asfixia de circulación rodada, un gran programa de recuperación combinativa de parques y aparcamientos que aliviase casi hasta la absorción la insufrible densidad del tránsito de vehículos. Desde los renovados conceptos expuestos por la resolución de la DGRN de 5 de abril de 2.002, esa posibilidad resultaría muy potenciada.

JOSÉ LUIS MEZQUITA DEL CACHO

Doctor en Derecho. Abogado, socio-presidente de «Auren Abogados»

Notario jubilado y honorario, ex-Decano

del limo. Colegio Notarial de Cataluña

Académico de Número de la Academia de Jurisprudencia

y Legislación de Cataluña

Profesor invitado de la Universidad Pompeu Fabra de Barcelona