

El nuevo derecho de superficie del futuro e inminente Código Patrimonial catalán (1)

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. CONCEPTO.—III. CLASES.—IV. CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN LEGAL: A) REQUISITOS DE FORMA. B) CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO. C) EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—V. RÉGIMEN VOLUNTARIO: A) ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL DERECHO. B) PACTOS GENERALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE: a) *Disponibilidad del superficiario sobre su derecho, y limitaciones al mismo*; b) *Pensión periódica a favor del propietario del suelo*; c) *Liquidación de la posesión*. C) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE CUANDO TIENE COMO CONTENIDO UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN O PLANTACIÓN: a) *Plazo de construcción*; b) *Derecho de uso sobre viviendas o locales superficiarios*. D) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE. E) PACTOS ENTRE EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD DE LA FINCA: a) *Modo de USO de los inmuebles*; b) *Derechos de adquisición recíprocos*.—VI. Oponibilidad FRENTE A TERCEROS.—VII. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCIÓN

La nueva normativa del derecho de superficie en Cataluña (Ley 22/2001, de 31 de diciembre, de regulación de los derechos de superficie y adquisición voluntaria o preferente) (2) exige la necesidad de proyectar nuestra atención, otra vez (3), a la institución superficiaria, sobre todo teniendo en cuenta que

(1) Debo mostrar mi agradecimiento a doña M.º JOSÉ URZÁIZ EZCURDIA, Secretaria del Observatorio de Derecho Privado de Cataluña, por su inestimable ayuda y por la documentación e información que me ha facilitado.

(2) DOGC de 18 de enero de 2002.

(3) Vid., mis trabajos anteriores en relación con el tema «Duración del derecho de superficie urbano», en AC, núm. 21, 1996, págs. 445 a 480; «Algunas consideraciones acerca del *lease-back* y su conexión con el derecho de superficie urbano», en RCDI, núm. 635, 1996, págs. 1393 a 1432; «El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y valoraciones y la reforma del Reglamento

no sólo estamos ante una regulación de la Institución del siglo xxi (4), sino que como hemos expresado en el título del artículo, va a ser la regulación futura que formará parte del próximo *Código Civil Patrimonial catalán* (5) (que seguirá en orden cronológico al Código de Sucesiones de 1991 y al Código de Familia de 1998).

Pero es que, además, es otra de las CC.AA. (6), frente al ordenamiento común, que reconoce la importancia práctica de la Institución, y detenidamente va a regularla dentro del ámbito del Derecho Privado, como veremos en las siguientes líneas que conforman nuestra investigación.

La *mens legis* pretende con esta ley dar un nuevo impulso a la Institución por ser una figura importante dentro del mercado inmobiliario, además de suponer una multiplicación de los aprovechamientos agrarios y forestales, como apunta el propio Preámbulo de la Ley. Pero además, se ofrece la posibilidad de utilizar una figura de derecho real, de cara a obtener una alta rentabilidad económica de los bienes inmuebles, superando una óptica me-

Hipotecario», en *RCDI*, 1999, núm. 649, enero-febrero, pág. 27 a 60; «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación y a las modificaciones introducidas por el Reglamento Hipotecario de 1998. Análisis de la sentencia del Tribunal Supremo de 24 de febrero de 2000 (Estudio jurisprudencial del Derecho de elevación)», en *RCDI*, 2000, núm. 659, mayo-junio, págs. 2003 a 2029; y «A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo», en *RCDI*, 2001, núm. 667, septiembre-octubre, págs. 1835 a 1902.

(4) En palabras del propio Consejero de Justicia, Josep Delff Guàrdia, «este Proyecto de Ley es un paso más en el camino de construcción de un ordenamiento jurídico civil catalán, moderno y adaptado a la realidad de Cataluña, hoy». Diario de sesiones del Parlamento de Cataluña. Serie P, núm. 73, pág. 13.

(5) Tal y como afirma el propio Preámbulo de la Ley al señalar que «esta regulación, junto con la que contienen la Ley 13/2000, de 20 de noviembre, de regulación de los derechos de usufructo, uso y habitación, y con la revisión de la Ley 6/1990, de los censos, y de la Ley 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, puede constituir la parte correspondiente a los derechos reales limitados del futuro Código Civil de Cataluña, aunque los derechos de adquisición puedan constituirse también con carácter personal».

Por otro lado, señalar que el Consejero de Justicia, tras mencionar la actualización del Derecho Civil catalán, afirma que «este proceso continuará en el ámbito del derecho patrimonial a través de diferentes leyes especiales que permitan llegar a la sistematización de este ámbito. Con esta tarea se culminará el proceso de actualización de nuestro Derecho Civil, sustituyendo a la parte vigente de la Compilación, y se procederá a la refundición final de todos los Códigos, para culminar en el futuro Código Civil de Cataluña, verdadero signo de normalidad jurídica para nuestro pueblo».

(6) No olvidemos que esta institución ha sido objeto de regulación en la Compilación de Derecho Civil de Navarra (concretamente en las Leyes 430 a 434, del Título V referente «al derecho de superficie y otros derechos similares del Libro III dedicado a los Bienes»). Y también, en otras normativas singulares, como la Ley de Galicia 13/89, de 10 de octubre, de montes vecinales en mano común, que se refiere al derecho de superficie en su artículo 7.

ramente propietario y a favor de las construcciones y plantaciones preexistentes o futuras (7).

En cuanto a la regulación que vamos a examinar, resulta interesante prestar atención al contenido del derecho y, sobre todo, a la protección otorgada a los titulares propietarios de la finca y a los titulares de los derechos reales limitados constituidos sobre el derecho de superficie (que se resuelven con la técnica de la inoponibilidad) (8).

Nuestra misión en el presente estudio se centra en analizar el contenido del capítulo primero de la citada ley, dedicado al derecho de superficie que en trabajos anteriores hemos denominado urbano, esto es, al derecho de superficie de ámbito privado (9). Para una mayor facilidad en la labor interpretativa vamos a acometer el estudio y análisis de la figura siguiendo el esquema del legislador catalán (10).

(7) Opinión que en su día ya propusimos. Vid. DE LA IGLESIA MONJE, M.^a ISABEL, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.^a ed., revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2000, en concreto págs. 126 y sigs.

(8) Importante cuestión sobre la que nos detendremos al final del estudio.

(9) La propia ley mantiene la existencia de mi teoría de la doble modalidad de derecho de superficie, pues el mismo preámbulo de la nueva regulación señala que «hasta el momento, la única regulación de este derecho es la dada, para el ámbito de la actuación urbanística, por el Decreto Legislativo 1/1990, de 12 de julio, por el que se aprobó la refundición de los textos legales vigentes en Cataluña en materia urbanística». Para un estudio del derecho de superficie urbanístico en la Comunidad Autónoma de Cataluña, dirigirse al citado Decreto Legislativo de 12 de julio de 1990, artículos 240 a 242.

(10) Conviene tener en cuenta también que tras la sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, se ha declarado la nulidad de la reforma del RH de 1998, volviendo a tener vigencia el texto del artículo 16.1 RH de 1959, en los siguientes términos: «Para poder ser inscrito el título público en que se establezca dicho derecho deberá reunir:

a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.

b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyera a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.

c) Plazo pactado para realizar la edificación, sus características generales, destino y costo del presupuesto.

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

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

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

II. CONCEPTO

El artículo primero de la Ley afirma que:

«el derecho de superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones o plantaciones que estén incluidas en la misma. En virtud del derecho de superficie se mantiene la separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y la del suelo en el que se efectúa la construcción o plantación» (11).

Estamos en presencia de un concepto claro y sencillo en donde el énfasis se establece en los *caracteres* del propio derecho, y se puntualizan los siguientes aspectos de la Institución:

- *Derecho real* inmobiliario, cuyo objeto es la superficie (edificada o plantada ya, o futura) existente sobre el suelo, propiedad del concédeme del derecho. En base a la constitución de este derecho desaparecen temporalmente las reglas de accesión inmobiliaria (*superficie solo cedit*).
- *Derecho limitado*: En base al cual se otorga a una persona el dominio sobre la superficie de un predio ajeno (cuyo dueño tiene el dominio del suelo), con la finalidad de edificar o plantar. La propiedad superficiaria nace como un gravamen, como una limitación de la propiedad del fundo a favor del superficiario. Aquél no podrá perjudicar ni a la propiedad superficiaria, ni inmiscuirse ni directa ni indirectamente en la propiedad superficiaria (ni siquiera utilizando la parte de la finca que esté ocupada por la construcción superficiaria pero que le perjudique).
- *Derecho temporal*: Pues se otorga un plazo fijo de duración del derecho, tras el cual, la propiedad de la superficie revertirá a la propiedad del suelo.
- *Derecho de propiedad*: En base a ello el superficiario tiene el poder de disposición sobre la superficie pudiendo enajenarla, hipotecarla (art. 107-5." LH) o gravarla. Cuenta con las acciones que nacen del derecho de propiedad. Derecho de propiedad que podrá calificarse de originario si el contenido del derecho es el *ius aedificandi*, o derivativo si recae sobre construcción o plantación preexistente.

(11) El proyecto de Ley presentó como texto de este artículo primero la concepción del derecho de superficie únicamente como que *el derecho de superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad de las construcciones o plantaciones que estén incluidas en la misma*.

La segunda parte del párrafo fue añadida en virtud de una enmienda presentada por el G. P. Popular, que íntegramente ha pasado a formar parte del texto de la ley.

- *Derecho de propiedad separada*: Existencia de dos dominios distintos con contenidos diferentes. Desde que se pacta el derecho, aún sin haberse materializado el objeto del derecho, existe una propiedad superficial separada que se materializará según se vaya procediendo a la edificación. La constitución del derecho de superficie impide que la regla de la accesión pueda operar en favor del propietario del fundo. Propiedad separada que concurre en pie de igualdad con la propiedad del suelo. Es objeto de tráfico jurídico independiente y su contenido es una cosa en sí misma considerada que, a su vez, es susceptible de constituir objeto de derechos separados.
- *Derecho de carácter urbano*, esto es, sobre construcciones o plantaciones. Se aporta una definición o un concepto unitario de la institución en el ámbito privado a diferencia de los ámbitos urbanístico e hipotecario (arts. 16-2.º y 30-3.º RH).

Nos parece una definición técnica (pues se realiza desde la perspectiva de los caracteres del propio derecho), y precisa que evita todo planteamiento problemático. Conclusión a la que llegamos tras realizar la oportuna y necesaria comparación con otras definiciones de la Institución (12).

El legislador ha evitado la introducción dentro de la definición de los posibles derechos de sobreedificación superficial y subedificación superficial (13), tal y como proponía el G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio en el trámite de enmiendas al Proyecto de Ley, y como se contienen en otras regulaciones (por ejemplo, el caso navarro). De este modo no introduce, a propósito, los conceptos de sobreedificación o vuelo, y subedificación o subsuelo por entender, acertadamente, que no tienen trascendencia jurídica sino material como modalidades de objetos posibles de ser incorporados a la finca que sirven de soporte (14).

(12) Recordemos que en el Derecho navarro, la Ley 430 señala que «el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido. Este derecho puede referirse también a la edificación subterránea».

El Código Civil de 1942, en su artículo 952, afirma que «el propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de otro, que adquiere la propiedad de ella. Igualmente o puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente separadamente de la propiedad del suelo».

El Código Civil portugués de 1966, en el artículo 1.524 dispone que «el derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno, o hacer o mantener plantaciones».

(13) Para realizar un mayor estudio sobre dichas figuras, vid. mi trabajo: *El derecho de superficie...*, cit., en concreto págs. 163 y sigs.

(14) En este sentido no se aceptó su concepto, que afirmaba: «El derecho de superficie es el derecho real limitado que atribuye temporalmente al titular de la propiedad de

Igualmente elude el legislador, en este caso también con buen criterio a mi juicio, toda referencia, dentro del concepto, a la extensión de la construcción superficiaria, pues también se proponía por el G. P. Socialista en la Enmienda número 1, que constase como párrafo segundo dentro del concepto que, «el derecho de superficie abarca aquella parte del subsuelo que sea necesaria para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de la cimentación, canalización y otras necesidades propias del edificio, según sea su naturaleza» (15). Aunque no olvidemos que la Compilación Foral Navarra lo incluye como párrafo segundo dentro del concepto, con idénticos términos a los propuestos por el grupo parlamentario (16). En este punto es acertada la postura del legislador catalán, que se muestra reacio a profundizar en todos los aspectos de la realidad del derecho de superficie a fin de proceder a una regulación muy generalista propiciadora de la autonomía de la voluntad de las partes. En el caso que analizamos es bastante improbable que la construcción superficiaria se alce únicamente sobre su superficie, de ahí que sea obvio la necesidad de utilización del subsuelo para su sostenimiento.

III. CLASES

Pese a su mera alusión en el concepto, la Ley también se refiere y fija el contenido de las diferentes clases de derecho de superficie. Así, el artículo segundo dispone que:

«el derecho de superficie puede recaer sobre unas construcciones o plantaciones anteriores o posteriores a la constitución del derecho. En el segundo caso, el derecho atribuye la legitimación para su realización a quien sea su titular» (17).

una construcción o plantación sobre el suelo de una finca ajena, o sobre el vuelo de un inmueble ajeno o bajo el suelo de una finca ajena».

De ahí que no sea posible la aprobación de la enmienda socialista (núm. 4) referente a que «cuando el derecho de superficie se haya constituido sobre el volumen de un inmueble ajeno o sobre el suelo de una finca ajena, su contenido abarca la posibilidad de construir una o más plantas sobre el edificio preexistente o que se ha de construir con posterioridad o bajo él, respectivamente».

(15) Cuestión que ha sido tratada en mi trabajo: *El derecho de superficie...*, cit., págs. 211 y sigs.

(16) El artículo 430 está redactado en los siguientes términos: «la extensión del derecho de superficiario alcanza a aquella parte del subsuelo que normalmente se precisa para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de cimientos, desagües, ventilación y demás necesidades propias del edificio según su naturaleza».

(17) Frente a la existencia de dos enmiendas del G. P. Socialista sobre adición de nuevos apartados, el texto legal recoge íntegramente el contenido del Proyecto de Ley.

Dentro de lo que el legislador catalán califica de clasificación, se incluye la posibilidad de que el derecho tenga como contenido no sólo el *ius aedificandi*, sino que también se pueda pactar sobre construcción preexistente, independientemente de su constitución sobre plantaciones (las cuales también pueden ser anteriores o posteriores a la constitución del derecho).

No me parece muy acertada la inclusión del segundo párrafo del precepto, pues es obvio que en el caso en el que el contenido del derecho de superficie sea el *ius aedificandi*, el superficiario será el sujeto legitimado para proceder a la construcción o a la plantación de la propiedad superficiaria separada.

IV. CONSTITUCIÓN Y RÉGIMEN LEGAL

Con buen criterio el legislador catalán ha partido de la especial consideración del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria, que no es ya el estatuto del derecho de propiedad (porque su contenido difiere del régimen legal del derecho de propiedad), y ello porque no es posible entender este tipo de propiedad de forma análoga a como está contemplado el dominio en el Código Civil. Y ello porque la propiedad superficiaria se encuentra regulada principalmente por su título constitutivo. De ahí que el legislador aluda, tal vez con excesiva brevedad, a ciertas cuestiones que deben constar en el mismo.

Así, el artículo tercero de la Ley recoge en cuatro apartados algunas cuestiones importantes, pero que el legislador ha querido otorgar el grado de *derecho cogente* por considerarlas indispensables, como son: el requisito de forma escrita para la constitución del derecho, el requisito de la duración del derecho como limitado en el título constitutivo, y la perdurabilidad de los derechos de terceros constituidos sobre el de superficie cuando se extinga éste, y, a su vez, se refiere como obviedad innecesaria a la posibilidad de reconstrucción del contenido del derecho de superficie cuando éste esté todavía en vigor (18).

(18) Y lo califico de obviedad porque la esencia del derecho de superficie no sólo es el otorgamiento del *ius aedificandi* sino también el derecho de mantener la edificación misma sobre el suelo del *dominus soli*; de manera que, tras la destrucción del edificio superficiario, y en base a su derecho de superficie, el superficiario puede reconstruirlo, dejando de existir el contenido material del derecho durante un lapso de tiempo, sin que por ello deje de existir la propiedad superficiaria separada.

En relación con esta cuestión, cabe apuntar que el G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, presentó una enmienda al artículo segundo consistente en dos párrafos, el segundo de los cuales es el que se transcribe en el texto porque ha pasado a formar parte del artículo tercero como apartado cuarto.

Por el contrario, el párrafo primero de la citada enmienda no fue aceptada, a mi juicio, con buen criterio, por ser incorrecta jurídicamente. Y ello porque su tenor literal era el siguiente: «en el caso de construcciones o plantaciones preexistentes, su pérdida total extingue el derecho de superficie». A mi entender, el elemento esencial del derecho de superficie es el derecho de propiedad sobre la superficie del suelo o construcción ajena.

Vamos a profundizar en el estudio de estos cuatro puntos (aunque al cuarto me referiré dentro del tercero por ser una causa de extinción del derecho).

A) REQUISITOS DE FORMA

El primer párrafo del artículo 3, señala que:

«todo derecho de superficie debe formalizarse por escrito. El derecho que atribuye la legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras debe realizarse en escritura pública» (19).

Nos encontramos ante uno de los puntos controvertidos del derecho de superficie: el requisito de forma. Los dos puntos esenciales de interpretación del precepto se centran en ¿qué quiere decir el legislador con *todo derecho de superficie*? Y, ¿qué quiere decir el legislador con *por escrito*?

En cuanto a la primera cuestión suscitada resulta interesante proceder a la interpretación del precepto porque, a mi juicio, no ha sido muy correcto. El primer párrafo se inicia con un mandato imperativo consistente en que *todo derecho de superficie* (sobre construcciones, sobre plantaciones, cuyo objeto se centra en el *ius aedificandi*, cuyo objeto es una edificación o plantación preexistente, sobreedificación, subedificación...) *debe* imperativamente ser constituido por escrito.

En cuanto a la segunda cuestión, la labor interpretativa se complica bastante. En principio podría pensarse en que es necesario la forma escrita en general, no cabe la contratación oral. Pero, evidentemente, el legislador catalán, teniendo en cuenta la legislación urbanística y la existencia del Reglamento Hipotecario y todos los problemas existentes en cuanto a la forma, y según el precepto citado, se propone como requisito *ad solemnitatem*, la ne-

Esto significa que el superficiario, en base a su derecho, o como contenido del mismo, puede tener un *ius aedificandi* o un derecho de propiedad separada sobre la construcción o plantación. Lo cual supone, a su vez, que si se pierde la construcción o la plantación, tanto si era preexistente como si no lo era, el superficiario como dueño de una propiedad separada temporal puede reconstruir o replantar. Cuestión distinta es que si ante tal eventualidad se pone de acuerdo con el dueño del suelo y se pacta lo contrario porque no le interese la reconstrucción o replantación, o porque el cedente del suelo quiere que se haga de determinada manera (no olvidemos que tras el transcurso del plazo, la propiedad de la superficie revertirá a la propiedad del suelo).

(19) La Ley recoge íntegra y exactamente el contenido del Proyecto de Ley presentado en su día al Parlamento. No obstante, quiero señalar que se presentó una enmienda de modificación por el G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, bastante interesante, y sobre la que posteriormente volveremos, en los siguientes términos: «Para su validez y eficacia, el derecho de superficie se ha de constituir en escritura pública y se ha de inscribir en el Registro de la Propiedad».

cesidad de constitución escrita a través de escritura pública. Lo que significa que para otorgar *validez y eficacia* al derecho es necesario su constatación a través de forma escrita y ante Notario como fedatario público.

De esta manera nos encontramos con que el legislador propone, sin lugar a dudas, la inscripción declarativa del derecho, y ello porque exige como requisito de validez y eficacia la forma escrita, pero no su necesidad de acceso al Registro.

El legislador catalán, tan dado a las innovaciones, ha perdido una oportunidad única de solucionar de una vez el tema de la inscripción constitutiva del derecho de superficie, que ha hecho correr ríos de tinta. Pero ¿por qué el legislador se muestra reacio a afirmar el carácter constitutivo del derecho, a mantener la necesidad de inscripción registral del mismo para otorgar validez y eficacia al pacto? No olvidemos que el profesor BADOSA I COLL (20) y el G. P. Socialista (21) eran partidarios de la inscripción constitutiva del derecho, y así lo expresaron en sus textos con total claridad. Ciertamente, el legislador ha seguido el criterio de inscripción declarativa existente en el Derecho común, sin querer desviarse del mismo.

Seguidamente, el párrafo segundo del precepto complica las cosas, pues parece acotar la generalidad de la forma escrita sólo para los supuestos en que el derecho de superficie tiene como contenido la construcción o plantación futura del objeto del derecho. Lo cual no tiene, a mi juicio, ningún sentido. El propio profesor BADOSA mantiene que la inscripción ha de ser constitutiva en el caso de construcción futura, pero no de construcción preexistente, y fundamenta su argumento en «la falta de visibilidad posesoria (del derecho) idéntica a la hipoteca. Visibilidad que aparecerá posteriormente en función de la realización y existencia de la obra» (22). Y entiende que este argumento no es aplicable a la obra preexistente, y por ello el derecho de superficie sobre ella ha de seguir la regla general de la inscripción no constitutiva. No estoy de acuerdo con tal planteamiento, porque si bien es cierto que cuando el derecho de superficie recaiga sobre construcción preexistente si aparecerá visible, su titularidad jurídica no lo será porque los terceros pueden pensar que pertenece al dueño del suelo y que no es una propiedad superficiaria

(20) BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie*. Archivo del Parlamento Catalán, 23 de octubre de 2000, pág. 10, propuso el texto siguiente: «*Todo derecho de superficie ha de formalizarse en escritura pública. El derecho que atribuye la legitimación para la realización de las construcciones o plantaciones futuras y sus modificaciones han de inscribirse, con carácter constitutivo, en el Registro de la Propiedad*».

(21) La Enmienda número 5 era del siguiente tenor literal: «*Para su validez y eficacia, el derecho de superficie ha de constituirse en escritura pública y ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

(22) BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie...*, cit., pág. 10.

separada del mismo, esto es, un derecho real limitado temporalmente, de ahí que fuera preciso y conveniente su inscripción constitutiva.

El profesor BADOSA I COLL (23), impulsor del proyecto, proponía este párrafo pero lo hacía, y en tal caso sí tenía sentido, manteniendo el carácter constitutivo del derecho e indicando la necesidad de su acceso al Registro de la Propiedad, y además, recogía que no sólo el título constitutivo debía acceder al mismo, sino cualquier modificación referida al régimen jurídico del derecho. De esta manera, la eficacia y validez del título constitutivo y de sus modificaciones eran oponibles a terceros por el carácter mismo de la inscripción constitutiva.

Como ya nos hemos referido a ello en anteriores trabajos (24), somos partidarios de la inscripción constitutiva tanto en la modalidad urbanística, como en la modalidad urbana común sometida al derecho privado, a fin de dotarle de la necesaria exteriorización (25).

B) CONTENIDO DEL TÍTULO CONSTITUTIVO

El párrafo segundo afirma que:

«el título constitutivo debe determinar la duración del derecho a construir o plantar que no puede exceder de noventa y nueve años, como requisito de validez, con las garantías que, en su caso, se hayan pactado» (26).

Debe destacarse de este precepto dos temas fundamentales: la duración imperativa del derecho y el aspecto relativo a las garantías del derecho que se hayan pactado.

(23) BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie...*, cit., pág. 4.

(24) Principalmente, vid., *El derecho de superficie...*, cit., págs. 277 y sigs., concretamente 284 y 285.

(25) Partíamos en dicho trabajo que de *lege ferenda* sería deseable que el legislador impusiera la inscripción constitutiva para la modalidad urbana común. Y ello porque, «si bien es cierto que para la perfecta constitución del derecho real se requiere la tradición o el traspaso posesorio, así como para la producción de efectos jurídicos reales, también es cierto que en el derecho de superficie se produce esta posesión, pero su apariencia no es muy nítida sobre todo a efectos de terceros. No obstante, al ser un derecho real cuya posesión no aparece muy claramente diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae, y al ser por ello necesario el requisito de inmediatez implícito, generalmente en la tradición posesoria, sería conveniente obtener la publicidad derivada de la inscripción registral».

(26) Los términos del Proyecto de Ley eran aún más sencillos e imperativos: *«el título constitutivo ha de fijar la duración, que no ha de exceder de noventa y nueve años»*. Texto en relación con el cual se produjeron bastantes enmiendas de todos los grupos parlamentarios.

Así pues, el legislador establece, con carácter imperativo, la duración temporal del derecho de superficie, y lo hace proponiendo el conocido plazo de noventa y nueve años, que la propia legislación urbanística ya recogía y, además, se mantenía posteriormente en la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 (art. 16-1.º a). Plazo que debe entenderse como límite máximo. Afirmación que supone que la duración del derecho de superficie se deja al arbitrio de los contratantes, pero que imperativamente no pueden exceder de noventa y nueve años. Pasado dicho plazo se revitalizan las reglas de la accesión y la edificación o plantación superficiaria revierten al *dominus soli*. Plazo amplio el de noventa y nueve años (27), que persigue el dotar de estabilidad a la relación que se crea no sólo entre las partes sino también en relación con los terceros.

El legislador catalán ha pretendido con esta medida, y tal y como se deduce de su preámbulo, conceder facilidades para que el suelo privado se ponga a disposición de los promotores con la finalidad de promover tanto la industria como el fomento de las viviendas de alquiler (recordemos que con el derecho de superficie se consigue un menor coste de las construcciones, con la ventaja de que al producirse la disociación entre el suelo y el vuelo, no se transfiere la propiedad del suelo).

Por otro lado, la imperatividad del plazo ha sido fijado por el legislador en beneficio de los intereses generales y de la comunidad. El legislador pretende con el plazo máximo centrar su atención en la reversión de la propiedad superficiaria, esto es, determinar el momento concreto de extinción del derecho real constituido.

Casi de pasada, y sin querer poner excesivo interés, el legislador afirma que «*el título constitutivo debe determinar... (el plazo) como requisito de validez*». De esta manera, el legislador quiere indicar que si se pactase cualquier derecho de superficie sin referencia al plazo, será nulo el negocio jurídico realizado. Plazo que deberá hacerse constar en la propia escritura a los fines de publicidad, puesto que es uno de los elementos esenciales del derecho, ya que en la medida que transcurra el tiempo su valoración económica disminuirá. El legislador acentúa la necesidad de la constatación temporal del derecho como requisito de validez, a fin de impedir la admisibilidad de la aceptación tácita del límite legal que conllevaría la necesidad de interpretar el título constitutivo (28).

(27) Frente a la oposición del G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, que mantenían en su enmienda que el plazo de duración «no podrá exceder de setenta y cinco años» (enmienda núm. 7).

(28) Precisamente el G. P. de Iniciativa por Cataluña-Los Verdes, en su enmienda número 9, afirma con buen criterio que «si no se fija término se entenderá la nulidad del título y por tanto, la ineficacia del derecho de superficie».

En cuanto al segundo punto interesante de comentar se refiere a las *garantías*. Se trata de una innovación del propio legislador, pues no se hacía referencia alguna al tema de las garantías en el Proyecto de Ley presentado, ni nos consta su mera alusión en ninguna de las enmiendas presentadas. La única referencia existente en relación con las garantías se encuentra en el artículo 16.1.ej del RH, que señala la inscripción de garantías de trascendencia real para asegurar la edificación. En el texto objeto de análisis, se dice todavía menos, pues no nos aclaran a qué tipo de garantías se refieren, simplemente se insiste en la necesidad de hacerlas constar en el título constitutivo del derecho en el caso de que se hubieran pactado por las partes. Garantías que pueden centrarse en el estímulo en la construcción o, por el contrario, la sanción ante el incumplimiento de los pactos, con la consiguiente repercusión en posteriores adquirentes en el supuesto de quebrantamiento de tales obligaciones.

C) EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El tercer párrafo dispone que:

«la extinción del derecho de superficie no perjudica los derechos que sobre el mismo se hayan constituido, salvo que la causa extintiva sea el cumplimiento del plazo de su duración o, en el caso de construcciones o plantaciones preexistentes, su pérdida total» (29).

Insistiendo en el carácter de derecho real limitado y limitativo del dominio del concedente, el legislador hace hincapié en la extinción del derecho, y para señalar la importancia que otorga a los derechos de terceros, incluye su mención en el régimen legal del derecho, dentro de este precepto. Pero es mejor ir analizándolo paso a paso.

Tras recordarnos la existencia indudable de la extinción del derecho de superficie, se enfatiza en uno de los efectos de dicha extinción: en la continuidad de los derechos de los terceros. El legislador no es muy explícito, pero como es obvio, los derechos de los terceros deben ser los que el mismo superficiario como dueño de la superficie ha contratado, y pueden ser tanto de *carácter real* como de *carácter personal* (30).

(29) Recoge íntegramente el contenido del Proyecto de Ley. Sólo hay una única enmienda de supresión del apartado que, evidentemente, no prosperó, presentada por el G. P. Socialista.

(30) Podemos distinguir, dentro de los DERECHOS REALES pactados por el superficiario con terceros, entre:

Evidentemente debemos detenernos sobre qué *causas* de extinción se refiere el legislador porque, como señala seguidamente la extinción por transcurso del plazo por el que fue constituido el derecho, sí les perjudicará, ya que el superficiario no puede pactar con terceros derechos que extralimiten la propia duración de su derecho de dominio sobre la superficie (porque recordemos que nadie puede dar más de lo que tiene).

También establece como excepción al perjuicio de los terceros, la pérdida total de la construcción o de la plantación. El fundamento de la misma es obvio, pues si el objeto del derecho real desaparece, evidente la relación jurídica formalizada con los terceros que recae sobre dicho contenido también desaparecerá. Pérdida que puede referirse a su desaparición (el edificio se ve reducido a escombros, o la finca sobre la que se asientan las plantaciones se convierte en el cauce de un río o un lago), o a la imposibilidad de realización de su función, o afecta al destino propio de la cosa (por ejemplo, el edificio superficiario se declara en ruina).

Evidentemente el legislador se refiere a la pérdida total, porque la pérdida parcial puede suponer únicamente la modificación de la relación jurídica que puede continuar existiendo sobre la parte subsistente de la cosa.

Así pues, aunque el legislador omite toda referencia, las *causas* en las que está pensando y que no perjudicarán el derecho de los terceros (de los efectos de la extinción anticipada) son:

- La *resolución del título constitutivo*. Se trata de un verdadero quebrantamiento del deber legal del superficiario por el incumplimiento de alguna obligación fundamental del superficiario pactada con el cedente, o *dominus soli*, por ejemplo, si se ha pactado un plazo determinado de construcción.
- La *pérdida parcial de la cosa*.
- La *consolidación o confusión de derechos* que puede producirse tanto por actos *inter vivos* (adquisición de la propiedad del suelo por el superficiario o viceversa) como *mortis causa*.

• Aquellos derechos transferidos por el superficiario antes de realizar la construcción como, por ejemplo, el derecho de construir otorgado a otro sujeto distinto del primer superficiario; el derecho de sobreedificar la construcción que llevará a cabo el superficiario, y la hipoteca constituida sobre el derecho de construir.

• De aquéllos que recaen sobre la construcción ya existente como, por ejemplo, el derecho de propiedad sobre la construcción con el correlativo derecho de mantenerla sobre el suelo ajeno; el derecho de sobreedificar sobre la construcción ya completa y preexistente; la propiedad de las nuevas plantas construidas sobre la construcción preexistente que pertenecía al superficiario y el derecho de mantenerlas sobre ésta e indirectamente sobre el suelo; la hipoteca sobre la construcción; el usufructo; el uso; la habitación que graven parte de la construcción y la servidumbre a cargo de la construcción.

En cuanto a los DERECHOS PERSONALES, el primordial será el de arrendamiento sobre viviendas o locales que forman parte integrante del edificio superficiario.

- La *renuncia* del derecho de superficie por el propio superficiario.
- La *condición resolutoria* pactada entre los contratantes (*dominus soli* y superficiario), por ejemplo, por el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario.
- La *expropiación forzosa* ya sea total o parcial.

Hemos dejado para último término el problema que se plantea entre este precepto y el artículo 13-2.º de la LAU de 1994. El citado precepto, de ámbito nacional, afirma que «los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un derecho análogo de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley». Evidentemente, este precepto sigue el régimen general de constitución y duración de los derechos limitados sobre la superficie en consonancia con la misma propiedad superficiaria. Sin embargo, la Ley catalana significa una excepción en los casos excepcionales en que se proceda a la extinción anticipada del derecho de superficie por motivos distintos de la llegada del término final pactado inicialmente y de acuerdo con el cual se proyectó el derecho del tercero. Evidentemente en un caso excepcional que sólo tendrá validez para el supuesto catalán (31).

También debemos examinar el párrafo cuarto del artículo tercero que se refiere a una causa específica de pérdida del objeto del derecho que no de extinción del mismo.

Dicho apartado señala que: «*si la construcción o plantación se pierde y la hubiera realizado el titular del derecho de superficie, no se extingue su derecho, y su titular puede reconstruirla o rehacerla*».

Con buen juicio, este apartado anteriormente no formaba parte del Proyecto de Ley, sino que fue añadido con posterioridad. Como ya he señalado en el texto, es obvia la existencia del derecho de reconstrucción del superficiario, una vez que hemos partido de la existencia de dos propiedades separadas y de la perdurabilidad del derecho de superficie. En caso de perecimiento de la edificación, antes del transcurso del plazo pactado, es evidente que el superficiario conserva su derecho de superficie, y por consiguiente, el derecho de edificar, lo que posibilita, sin duda alguna, la facultad de volver

(31) Y por ello, precisamente, no se aceptó la siguiente enmienda porque anteponía la LAU al precepto objeto de comentario. La enmienda a la que nos referimos es la número 28 del Grupo Parlamentario Popular, que proponía los siguientes términos: «*sin perjuicio de lo que se prevé por la legislación sobre arrendamientos urbanos y la legislación sobre arrendamientos rústicos, la extinción del derecho de superficie no perjudica los derechos a favor de terceros de buena fe que sobre aquél se hayan constituido a título oneroso y se hayan inscrito en el Registro de la Propiedad de conformidad con las previsiones de la legislación hipotecaria*».

a efectuarla. La única cuestión sobre la que merece la pena detenerse es si el legislador ha propuesto este apartado con carácter imperativo, y si debe tenerse en cuenta por formar parte del régimen legal impuesto por él o, simplemente, lo ha enunciado pudiendo considerarse un precepto declarativo frente al cual las partes podrían pactar la no reconstrucción o replantación por parte del superficiario.

En este punto, el legislador catalán ha seguido los pasos del legislador navarro, pues no olvidemos que la Compilación de Navarra en su Ley 433, recoge expresamente que «si la edificación pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario podrá proceder a la reconstrucción». A mi juicio, el precepto tiene un carácter imperativo, y la razón de su inclusión, a última hora, como parte del régimen legal del derecho se debe a razones de política económica-inmobiliaria. Pues con él se persigue que el superficiario cuide y mantenga en buen estado en todo momento la edificación y no la deje deteriorarse con el perjuicio consiguiente para los terceros (que pueden tener un derecho real o de goce en el edificio superficiario) y para el dueño del suelo que espera encontrar un edificio tras la extinción del derecho y su reversión que suponga un aumento económico en su patrimonio y no un perjuicio o un deterioro.

El G. P. de Iniciativa por Cataluña-Los Verdes proponían una enmienda al Proyecto de Ley que no tuvo acceso al texto definitivo, por razones obvias, pues resulta totalmente contrario a la configuración y naturaleza del derecho de superficie como derecho de propiedad separada de la del suelo. El texto propuesto era el siguiente: «el titular del derecho de superficie no podrá enajenar ni gravar las construcciones o plantaciones sin el consentimiento del propietario de la finca». Evidentemente no cabe comentario alguno después de lo señalado en estas líneas, pero sí debemos enfatizar el hecho de que una vez pactado el derecho, el concedente sólo tiene poder sobre su derecho de dominio del suelo, salvo que en el título constitutivo del derecho las partes hayan pactado otra cosa expresamente (32).

(32) El superficiario tiene:

- El derecho de goce sobre la finca ajena.
- Derecho de propiedad sobre la construcción superficiaria, y dentro de él:
 - la facultad de realización directa (utilización, goce y disfrute: construcción, conservación, reconstrucción...);
 - la facultad dispositiva a la que nos referiremos seguidamente,
 - y las facultades de preferencia, de exclusión y de persecución.

V. RÉGIMEN VOLUNTARIO

Bajo el artículo cuarto, cuya rúbrica se refiere al régimen voluntario del derecho de superficie, se incluye el contenido del derecho sobre el que las partes pueden libremente pactar, esto es, los derechos y obligaciones del superficiario y del concedente del derecho. Pero no se configura el título constitutivo como fuente única ni inmodificable que perfila el conjunto de derechos y obligaciones de las partes, sino que teniendo en cuenta la posible duración extensa del derecho (noventa y nueve años) y los sucesivos cambios de los elementos personales y circunstanciales del derecho, cabe la modificación del señalado título, siempre que no se perjudiquen los derechos de terceros. De manera que el régimen es abierto y" no cerrado desde el momento inicial, y por ello para conocer el régimen del derecho habrá que analizar la relación en cada momento determinado. Para llevar a cabo la modificación aludida en unos casos deberá hacerse de manera conjunta por las partes, por ejemplo, para el cambio (modificación o supresión) de la pensión, o la liquidación final tras la reversión, o para alterar suprimiendo la duración del derecho. Legitimación conjunta que es necesaria, puesto que su acuerdo tiene una repercusión negativa en el derecho del otro. Aunque también es posible la legitimación unilateral para llevar a cabo la modificación del régimen pactado, por ejemplo, en el caso de que el superficiario renuncie a su derecho (siempre que no perjudique a terceros, art. 6 del Código Civil). En este caso no se requiere la intervención del propietario de la finca porque no le perjudica (33). Como veremos, el régimen de la modificabilidad encuentra su límite no sólo en los derechos limitados de los terceros sobre la superficie (por ejemplo, no perjudicándoles la extinción anticipada del derecho de superficie por causas distintas a la llegada del término final impuesto), sino también en la protección que el propietario del suelo realiza (por ejemplo, fijando las limitaciones a la facultad de disponer del superficiario).

El legislador, en el precepto objeto de interpretación, ha separado en tres grupos las posibles relaciones y los pactos que pueden componer el contenido del derecho. A modo de introducción, inicia el precepto refiriéndose a la posibilidad de que en cualquier momento se establezca el régimen del derecho de las partes y, posteriormente, alude en primer lugar a los pactos generales que se pueden acordar en torno al derecho de superficie; a los pactos del derecho de superficie sobre nueva construcción, a los pactos del derecho de superficie sobre construcción preexistente y, por último, de modo genérico, menciona los pactos que se pueden convenir entre los derechos de superficie y propiedad de la finca.

(33) Vid. BADOSA I COLL, F., *Informe sobre el Proyecto de Ley del derecho de superficie...*, cit., págs. 13 y 14.

A) ESTABLECIMIENTO DEL RÉGIMEN DEL DERECHO

El apartado primero del artículo cuarto señala que:

«el superficiario y el propietario de la finca pueden establecer, en cualquier momento, el régimen de sus respectivos derechos» (34).

El título constitutivo del derecho contiene el régimen voluntario pactado por las partes. Régimen que, evidentemente, es supletorio del régimen legal que taxativamente ha querido fijar el legislador en el artículo anteriormente comentado. Título en el que se perfilará el contenido de los derechos de las dos partes.

Como ya hemos estudiado anteriormente, el título deberá ser formalizado en escritura pública para su acceso voluntario al Registro de la Propiedad. Régimen que podrá ser modificado en *cualquier momento* por las dos partes, evidentemente, de común acuerdo. Partes que incluso pueden estar integradas por diferentes sujetos a lo largo de la extensa existencia máxima del derecho (noventa y nueve años). Modificación que, en todo caso, deberá también formalizarse en escritura pública, y nosotros propondríamos, además, que debería tener constancia registral por la evidente importancia que la modificación puede tener para los terceros.

B) PACTOS GENERALES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El apartado segundo del artículo cuarto regula los pactos generales que se admiten en torno al derecho de superficie en los siguientes términos:

«Respecto al derecho de superficie se admiten, en general, entre otros, los siguientes pactos:

a) *La limitación de la disponibilidad del superficiario sobre su derecho, en concreto, sometiéndola al consentimiento del propietario de la finca (35).*

(34) Texto adaptado íntegramente al Proyecto de Ley y para el cual no se presentaron enmiendas.

(35) El texto es idéntico al del Proyecto de Ley, y no se formularon enmiendas al respecto en ninguno de los apartados, salvo la enmienda del G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio, que mantuvieron la adición de dos nuevas letras en los siguientes términos:

d) *«la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del propietario de la finca o del inmueble al vencimiento del término convenido».*

- b) *El establecimiento de una pensión periódica a favor del propietario, pero sin poder garantizarla con el mismo derecho de superficie en el caso de nueva construcción.*
- c) *El régimen liquidatorio de la posesión».*

Entrando ya dentro del estudio específico del régimen voluntario que el legislador propone, se entiende que los pactos a los que se va a hacer referencia no son ni exclusivos ni excluyentes, pues, evidentemente, las partes, de acuerdo con su autonomía privada, puedan acordar lo que mejor convenga a sus derechos, de ahí que el precepto declare que «*se admiten, en general, entre otros...*»

- a) *Disponibilidad del superficiario sobre su derecho, y limitaciones al mismo*

No debemos olvidar que el superficiario ostenta un derecho de propiedad sobre la superficie. Derecho de propiedad, aunque limitado temporalmente, en principio posee la *facultad dispositiva*, es decir, la posibilidad de realizar actos que afecten a la sustancia y a la subsistencia del mismo. De manera que puede enajenar o transmitir el derecho de superficie o la propiedad superficiaria a otra persona (pasando entero el derecho a otro titular), o puede desglosar del contenido de su derecho un conjunto de facultades, quedando el titular privado de ellas (por ejemplo, contratar un derecho de arrendamiento a favor de otra persona), o extinguir libremente su derecho sin atribuírselo a nadie (renuncia del derecho).

En relación con el objeto de la facultad dispositiva, el superficiario puede enajenar su derecho y constituir sobre el mismo cualquier relación jurídica real o personal, pudiendo incluso constituir sobre su derecho otro de tipo real (36).

El legislador catalán ha previsto la posibilidad de *limitación de la disponibilidad... sometiéndola al consentimiento del propietario de la finca*.

Evidentemente la intención del legislador es la constatación de las limitaciones que restringen el poder de disposición del superficiario pactándose tanto la invalidez del acto transmisivo (porque se ha enajenado cuando estaba prohibido), como limitándose la enajenación (porque se le ha impuesto

e) «las garantías personales o reales que hayan de asegurar el cumplimiento del contrato».

Enmiendas que no han sido introducidas directamente en este artículo pero que se deducen del contenido del artículo 3 anteriormente estudiado.

(36) El superficiario puede constituir *derechos reales de goce*: usufructo, servidumbres, derechos de superficie. O *derechos reales de garantía*: hipoteca o anticresis.

la obligación de enajenar pero con limitaciones). Limitación que es un pacto obligacional realizado entre las partes que configuran la existencia del derecho de superficie, pero que afecta a ambas partes de la transmisión prohibida (el superficiario que no puede transferir nunca o en determinados supuestos, y al tercero que no puede suceder en el derecho transmitido).

Si el superficiario infringe la limitación y enajena o grava incumpliendo el pacto realizado con el concedente del derecho, se producirá la ineficacia del negocio realizado, dando lugar a la nulidad del mismo por inexistencia del poder de disposición del superficiario para llevarlo a cabo.

Generalmente, las limitaciones se suelen contener en el título constitutivo del derecho con carácter predeterminado, de manera que su transgresión se puede configurar como un incumplimiento que funciona como condición resolutoria expresa, dando lugar a la extinción del derecho de superficie y produciéndose la reversión de la propiedad superficiaria. No obstante, si realizamos una interpretación literal del precepto, se puede observar que el legislador catalán se refiere a una limitación condicionada al consentimiento posterior del cedente de la superficie, esto es, no una prohibición genérica ni una limitación predeterminada de antemano. Lo cual ñexibiliza el carácter de la limitación, dejando la facultad de disposición del superficiario a un momento posterior en el cual serán determinantes circunstancias tales como la situación económica de las partes, la circunstancia temporal en que se vaya a producir el pacto... Cuestiones que flexibilizan y dotan de movilidad a la institución superficiaria favoreciéndola.

b) *Pensión periódica a favor del propietario del suelo*

El apartado objeto de interpretación señala textualmente que otro pacto que se puede admitir es *el establecimiento de una pensión periódica a favor del propietario, pero sin poder garantizarla con el mismo derecho de superficie en el caso de nueva construcción* (37).

Se trata de la constitución onerosa del derecho de superficie que se encontraba prevista en la legislación urbanística para la modalidad que regula. En este caso, el legislador catalán hace referencia a una única forma de materializar el carácter oneroso del derecho de superficie, y es a través de un canon o pensión periódica (frente a la suma alzada o la adjudicación de viviendas o locales del edificio superficiario, o la adjudicación de derechos

(37) El texto del Proyecto de Ley únicamente señalaba: «b) *el establecimiento de una pensión periódica, pero sin poderla garantizar con el propio derecho de superficie*». La última parte del texto legal «...en el caso de nueva construcción», fue introducido por la aceptación de una enmienda (núm. 13) presentada por el G. P. Popular.

de arrendamientos sobre locales o viviendas de dicho edificio). En el caso de las plantaciones, la retribución puede concretarse en una participación en los rendimientos.

Resulta interesante comentar la naturaleza de la obligación de pagar esta pensión o canon periódico. Evidentemente se trata de una obligación no de carácter personal o de crédito que mediante el pacto se atribuye al superficiario constituyente, sino que es una carga real (integrado dentro del contenido del derecho) que va a perdurar y subsistir muchos años después de su celebración (noventa y nueve años) salvo modificación posterior de común acuerdo.

Derecho a la contraprestación que por expreso deseo del legislador catalán no podrá ser garantizado con el mismo derecho de superficie, en el caso de que el contenido del derecho sea el *ius aedificandi*, pero no en el caso en el que se constituya sobre edificación o plantación preexistente. Entiendo que el fundamento de esta prohibición reside en la protección del derecho del dueño del suelo a recibir la pensión independientemente de que el superficiario cumpla con su obligación de construir o lo haga no en la forma determinada, o simplemente quede insolvente y no pueda hacer frente a su obligación de pago independientemente de que haya o no construido. De manera que el derecho de crédito del dueño de la finca pueda realizarse indiferentemente de que el superficiario haya construido o no. Por eso, precisamente, sí se permite la hipoteca de la construcción superficiaria ya realizada, pues en este caso podrá obtenerse el cobro del canon, siendo indistinto quien sea el titular del derecho de superficie.

c) *Liquidación de la posesión*

A mi juicio, y partiendo de la configuración jurídica del derecho de superficie, plantear un pacto como «*liquidación de la posesión*» no tiene mucho sentido. No obstante, creo que el legislador está pensando en la antigua obligación del concedente del derecho de indemnizar al superficiario tras la extinción del derecho, la reversión de la propiedad superficiaria al *dominus soli* y la revitalización consiguiente de las reglas de accesión. Pacto existente en la antigua LS de 1956, pero que fue suprimida por el TRLS de 1992 y tampoco consta en la reforma de 1998.

El fundamento de tal obligación se debía a que el superficiario había realizado una mejora con la construcción superficiaria en el suelo del concedente, y en tal sentido era necesaria su indemnización. Tal era el peso que tenía la obligación que el superficiario debía ser indemnizado aún en el supuesto en el que no hubiese finalizado la edificación. Como ya hemos señalado, tal pacto fue suprimido, mas se alzaron voces en contra de tal obligación porque su inexistencia daba lugar a lo que se calificaba como un derecho

hiperoneroso, pues el superficiario era obligado a pagar mensualmente un canon periódico y, además, al finalizar el derecho, no se le indemnizaba por la construcción que había realizado.

A mi juicio, la desaparición de esta obligación tiene sentido por la propia configuración del derecho de superficie como propiedad superficiaria separada. El superficiario es dueño temporal y puede sacar provecho económico a su actuación sin necesidad de esperar la indemnización citada.

Otra cosa es que las partes pacten la indemnización tras la reversión, o como el legislador catalán apunta, la liquidación de su posesión (aunque habría debido decir propiedad). Pacto que pasa a formar parte del título constitutivo del negocio jurídico. No obstante en este caso, cabe señalar que tras la llegada del término final pactado, se produce sin más la reversión, se revitalizan las reglas de la accesión independientemente de que el dueño del suelo haya indemnizado o no.

En cuanto a la importancia del pacto cabe señalar que tiene como ventaja que el superficiario, a fin de conseguir la indemnización, no descuidará ni el mantenimiento ni el valor de la construcción superficiaria, evitando el progresivo deterioro de la misma conforme se vaya acercando el plazo del término del derecho y la inevitable reversión.

C) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE CUANDO TIENE COMO CONTENIDO UNA NUEVA CONSTRUCCIÓN O PLANTACIÓN

El apartado tercero afirma que:

«respecto al derecho de superficie sobre una nueva construcción o plantación, pueden pactarse, entre otros:

a) La determinación del plazo de realización de la construcción o plantación, atribuyendo eficacia extintiva y, si procede, resolutoria al incumplimiento de dicho plazo. En todo caso, lo que se haya construido o plantado revierte en el propietario de la finca, salvo pacto en contra (38).

b) En caso de nueva construcción, la atribución al propietario de la finca de un derecho de uso, por cualquier concepto, sobre viviendas o locales».

Además de los posibles pactos que las partes puedan otorgar con carácter general, ya analizados en el punto anterior, el legislador, con carácter parti-

(38) Este último párrafo fue introducido como consecuencia de la enmienda (núm. 18) del G. P. Socialista-Ciudadanos por el Cambio.

cular, dispone la posible existencia de otros para el supuesto en que el derecho de superficie tenga como objeto el *ius aedificandi* o el derecho de plantar.

a) *Plazo de construcción*

Comienza, como no podía ser de otra forma, haciendo referencia a la determinación del plazo para realizar la construcción o la plantación. Derecho de indudable importancia porque en él reside el cumplimiento de la obligación del superficiario y la dotación del contenido material y jurídico de su derecho, con la importancia económica que ello conlleva.

Plazo que no es novedoso, pues tanto la legislación urbanística (art. 2.89-1 LS de 1992, no derogado) como la reglamentaria —art. 16-l.c) RH no derogado— se habían hecho eco de él en todas las ocasiones y reformas existentes. Plazo que, no olvidemos, debe ponerse en conexión con el plazo de la licencia urbanística otorgado para llevar a cabo la edificación. A diferencia de las normativas señaladas, el legislador catalán no hace referencia a plazo alguno, lo deja a la libre autonomía de las partes (recordemos los cinco años que propone el RH).

También propone el legislador que se puede pactar la resolución del derecho para el supuesto en que el superficiario no haga frente a su obligación en base a su incumplimiento contractual.

Lo más novedoso e interesante resulta ser el segundo párrafo, que textualmente afirma que «*en todo caso, lo que se haya construido o plantado revierte en el propietario de la finca, salvo pacto en contra*». El cumplimiento de la obligación de construir o plantar debe ser total, pues de no ser así la resolución no significará solamente la extinción del derecho sino también el efecto lógico de la misma: la reversión al dueño del suelo. De esta forma se incentiva también el cumplimiento de la obligación del derecho del superficiario para no ver cómo va a perder su propiedad superficiaria cuando le queda poco para la finalización de la misma. No obstante, como estamos en terreno dispositivo, habrá que estar a los propios términos contractuales y hasta donde hayan querido obligarse las partes (en este caso el superficiario, proponiendo un plazo más o menos amplio).

b) *Derecho de uso sobre viviendas o locales superficiarios*

Como ya hemos señalado anteriormente, el carácter oneroso del derecho de superficie puede hacer que la contraprestación consista en el derecho de uso del propietario del suelo de viviendas o locales superficiarios. Pacto que deberá concretarse expresamente.

No obstante, al señalar el legislador, «*por cualquier concepto*», demuestra que este derecho de uso puede no excluir ni siquiera reducir el canon o pensión periódica a que está obligado el superficiario. Su finalidad puede ser la de motivar al dueño de la finca a que pacte el derecho de superficie, obteniendo un beneficio práctico del mismo, además del económico que supone la pensión señalada.

D) PACTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE CONSTRUCCIÓN PREEXISTENTE

El apartado cuarto dispone que:

«respecto al derecho de superficie sobre una construcción o plantación preexistente, puede pactarse su extinción o, si procede, la resolución en caso de impago de la pensión, de un mal uso o de un destino distinto al pactado que ponga en peligro la propia existencia de la construcción o plantación» (39).

Desacertadamente, a mi juicio, el legislador se refiere únicamente a las posibles causas de extinción del derecho que son válidas para todo derecho de superficie, refiriéndolas sólo a una forma específica de superficie, la que se constituye sobre edificación ya realizada.

El legislador se refiere a:

- La resolución en caso de impago de la pensión.
- La resolución por el mal uso de la edificación o plantación superficiaria.
- La resolución por el uso distinto del pactado.
- La resolución por un uso de la edificación que ponga en peligro la construcción o la plantación (40).

Todas estas causas extintivas constituyen un auténtico quebrantamiento del deber legal del superficiario por formar parte del contenido mismo del derecho, y son obligaciones fundamentales del superficiario.

(39) En cuanto a este apartado, únicamente señalar que el texto del Proyecto de Ley se vio modificado por la adición de esta última causa de extinción del derecho de superficie «en caso de un uso diferente al destino pactado que ponga en peligro la propia existencia de la construcción o plantación», que constituía la enmienda número 22 del G. P. Popular.

(40) Sin olvidar que el mal uso que afecte a la propia construcción superficiaria puede dar lugar, en caso extremo, a la pérdida total del edificio y, consiguientemente, a la extinción inmediata del mismo.

En este apartado resulta interesante detenerse en la importancia del uso de la edificación y plantación. No nos cabe ninguna duda de que el legislador catalán, a fin de fomentar el interés práctico de la figura, haga referencia al uso de la edificación, pues ha podido ser decisivo para la constitución de la Institución que las partes hayan pactado que la edificación superficiaria deberá tener una estructura y características determinadas encaminadas a un uso correcto, que, además, tras su reversión, el concedente del derecho seguirá utilizándola con el mismo fin, de manera que no sólo le interese que la construcción de la edificación reúna las características pactadas en el título de concesión, sino que su uso sea el habitual para dicho tipo de instalación, y que su destino, desde luego, sea el previsto por ellos inicialmente. De manera que toda actividad contraria suponga el incumplimiento del superficiario y posibilite la resolución.

Dentro de este apartado, el G. P. Socialista propuso la introducción de una enmienda que no fue aceptada, en los siguientes términos: *«salvo pacto en contrario, el titular del derecho de superficie está obligado a pagar, desde el inicio de la construcción, todos los impuestos, contribuciones y cargas establecidas por razón del inmueble»*.

A mi juicio, se trata de una cuestión obvia sobre la que no es necesario insistir y que nace como consecuencia de la propiedad superficiaria separada desde el mismo momento de su constitución, y en estas líneas de pensamiento se encuentra el legislador catalán al no aceptar ni incluir en el texto esta enmienda. No obstante, la Compilación navarra, en su Ley 431, establece que: *«salvo pacto en contrario, el superficiario desde que inicie la construcción, pagará todos los impuestos, contribuciones y cargas por razón del inmueble...»*

E) PACTOS ENTRE EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD DE LA FINCA

Por último, finaliza el precepto haciendo referencia a que:

«respecto a los derechos de superficie y propiedad de la finca, pueden pactarse, entre otros:

- a) *El modo de uso de los respectivos inmuebles.*
- b) *Los derechos de adquisición recíprocos» (41).*

(41) En relación con este apartado, no cabe destacar nada, puesto que recoge el texto del Proyecto de Ley y además no se presentaron enmiendas al mismo.

a) *Modo de uso de los inmuebles*

Se trata de una cuestión importante que hasta ahora no había sido mencionada por ninguna normativa. No debemos olvidar que el superficiario tiene el derecho de goce sobre el que se sustenta jurídica y físicamente su propiedad superficiaria. Y el propietario de la finca debe respetar la invasión de los cimientos y canalizaciones de la propiedad superficiaria, pero ningún otro tipo de intromisión, siendo el subsuelo, si no se ha pactado lo contrario, de su entera propiedad.

Con esta norma se protege la propiedad del suelo o de la finca, pues siempre el legislador está pensando en el superficiario, y en este caso no se descuida la existencia de una propiedad separada como es la de la finca.

b) *Derechos de adquisición recíprocos*

Bajo este apartado entiendo que el legislador ha querido referirse a la posibilidad de realización de dos pactos diferentes que pueden acordarse tanto en el título constitutivo (pensando para el momento de llegada de la extinción del derecho de superficie) como con posterioridad:

- El de adquisición del suelo por el superficiario,
- y el de reversión parcial de la edificación tras el transcurso del plazo.

En cuanto al primero de los pactos es evidente que cabe al amparo de la autonomía de la voluntad de las partes. Pero además no se trata de una innovación, pues el Reglamento Hipotecario de 1959 ya lo mencionaba en su artículo 16-1.º *a)* cuando disponía que «transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario», alusión esta última que desapareció tras la entrada en vigor del nuevo RH de 1998, pero que tras su nulidad, decretada por el Tribunal Supremo, vuelve a tener vigencia actual.

En cuanto al segundo de los pactos, que hemos denominado reversión parcial, también el RH de 1959, en su artículo 16-1.º *b)* aludía a la posibilidad de que se acordara la constitución del derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado a menos del concedente del derecho, quedando el resto en poder del superficiario. Tras la modificación del RH de 1998, se incluye la necesidad de constatar todos los pactos relativos a la propiedad horizontal, consecuencia de la reversión parcial: como la cuota y las normas de la comunidad de propietarios por las que se rige el inmueble. Hoy, tras la STS de 31 de enero de 2001, vuelve a tener vigencia reglamentaria el citado apartado *b)* del artículo 16-1.º de 1959.

Pactos que, evidentemente, resultan interesantes desde el punto de vista económico tanto para el constructor superficiario, pues le evita el desembolso inicial por la compra del solar y le permite concentrar todos sus esfuerzos financieros únicamente en la construcción, como para el dueño del suelo, que además de mantener su propiedad sobre el suelo (y la obtención de la pensión periódica del derecho de superficie) le posibilita la adquisición de determinados pisos, locales o plazas de garaje, sin la molestia que supone todos los problemas de construcción de un inmueble.

Por otro lado, el legislador puede estar pensando también en el *posible pacto sobre derecho de adquisición preferente* del superficiario sobre el suelo, y viceversa, del dueño del suelo sobre la superficie, en caso de enajenación frente a terceros, dando lugar, en tal caso, a la revitalización anticipada de las reglas de la accesión inmobiliaria.

VI. Oponibilidad frente a terceros

El artículo quinto, bajo la rúbrica *oponibilidad ante terceros*, recoge el siguiente texto: «*la regulación voluntaria del derecho de superficie y del derecho de propiedad de la finca en relación con aquel derecho es oponible ante terceros desde el momento en que se realiza su inscripción registral*» (42).

El precepto citado no hace más que recoger la existencia y constatación de uno de los principios hipotecarios más importantes: el *principio de inoponibilidad de los derechos no inscritos*. Es aquel principio según el cual el título no inscrito no puede ser opuesto ni perjudicar al título inscrito. Su formulación fundamental, como es sabido, se encuentra en el artículo 32 LH, coincidente con el artículo 606 del Código Civil, que establece que «los títulos de dominio o de otros derechos reales sobre bienes inmuebles que no estén debidamente inscritos o anotados en el Registro de la Propiedad, no perjudican a tercero».

Se trata de un principio cuyo fundamento se encuentra en la existencia de un sistema como el nuestro donde la inscripción como regla general no es constitutiva sino declarativa, de manera que se necesita este principio de inoponibilidad para explicar la eficacia de la inscripción en el caso de colisión entre un título inscrito frente a otro no inscrito. Y más en relación con este derecho donde debido a sus especiales circunstancias y la existencia del

(42) El texto del Proyecto de Ley recogía los mismos términos citados arriba en el texto y además añadía un párrafo que decía lo siguiente: «*Las modificaciones no afectan los derechos inscritos constituidos anteriormente*». Párrafo que fue suprimido tras la aprobación de la enmienda presentada por el G. P. Popular que solicitaba su supresión. Modificación correcta, a mi juicio, por obvia.

Reglamento Hipotecario, se podía haber acordado la inscripción constitutiva, y donde el legislador no fue lo suficientemente innovador para afrontar dicho problema.

En última instancia, el precepto examinado puede hacer que los interesados procedan a la inscripción de sus derechos.

VII. CONCLUSIONES

El legislador ha querido perfilar un derecho de superficie de carácter privado donde no había normativa alguna (salvo el caso gallego y el navarro) dentro de nuestro sistema (a diferencia de los países de nuestro entorno, como es el caso italiano, portugués, francés...) pues, como es sabido, su regulación estaba incluida predominantemente en el ámbito urbanístico (actualmente LS de 1998, arts. 288 y sigs. vigentes del texto de 1992, y en el ámbito catalán, por el Decreto-ley 1/1990, de 12 de julio), y en el ámbito hipotecario a través de las sucesivas reformas del Reglamento Hipotecario (art. 16-1.º).

De ahí precisamente que el legislador haya querido regularlo de manera general, sencilla y clara, evitando cualquier inclusión de aspectos que puedan inducir a polémica. Por ello la mayoría de las enmiendas presentadas al Proyecto de Ley por el Grupo Parlamentario Socialista - Ciudadanos por el Cambio, que complicaban la figura y se alejaban del sentir del texto del Proyecto de Ley, no fueron incluidas en el texto articulado de la Ley.

Como figura de derecho privado, su concreción se fundamenta en el carácter eminentemente dispositivo de su régimen normativo, aunque, evidentemente, se han marcado unas líneas básicas indispensables para su viabilidad, proponiendo imperativamente cuestiones esenciales a la naturaleza jurídica de la institución. Nos referimos a la obligatoria determinación del plazo del derecho que, como límite máximo, deberá ser de noventa y nueve años, o la exigencia de formalización escrita del derecho (aunque no su carácter constitutivo), o la protección de los derechos de los terceros constituidos sobre la construcción o plantación superficiaria (declarándose que verán perjudicados sus derechos en el supuesto de extinción anticipada del derecho de superficie).

De los posibles pactos que pueden integrar el contenido del régimen voluntario del derecho, se observa la finalidad que persigue el legislador con esta ley que se concreta en la viabilidad e importancia económica de la institución dentro del sector inmobiliario y que se articula jurídicamente en:

- La modificabilidad del régimen constitutivo inicial del derecho, debido a la larga duración del mismo.
- La igualdad de las dos propiedades existentes: la propiedad del suelo y la propiedad separada de la superficie.

- La protección de los titulares de la finca.
- La protección de los terceros titulares de derechos limitados sobre el derecho de superficie. De manera que si se extingue el derecho de superficie anticipadamente y hay derechos constituidos sobre ella, éstos subsistirán aunque la reversión se haya producido; o, por ejemplo, no cabe que las partes pacten la modificación de la duración del derecho de superficie si ello perjudica a los terceros.

En definitiva, considero que la nueva regulación suple el vacío normativo en relación con la modalidad urbana común del derecho de superficie, aunque no ha resuelto ninguno de los problemas fundamentales de carácter sustantivo que se originan en la práctica en la Institución, sino que el legislador se ha limitado a apuntar cuestiones conocidas y reguladas para otros ámbitos como el urbanístico, o a señalar ciertos aspectos de la figura que ya existen en el Reglamento Hipotecario, pero que no está de más que una norma con rango de Ley los recoja.

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE