

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

SUMARIO: I. INTRODUCCION. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001, DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARTICULO 16.1.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: A) POSICIONES DE LAS PARTES. ASOCIACIONES RECURRENTES. ABOGADO DEL ESTADO. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD. B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. FUNDAMENTO JURÍDICO. FALLO. C) DIFERENTES PERSPECTIVAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE (1) Y EFECTOS DE LAS MISMAS.—II. EL DERECHO DE SUPERFICIE (ART. 16.1 RH): 1.º LA STC 61/97, DE 20 DE MARZO DE 1997, Y LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DE LOS PRECEPTOS URBANÍSTICOS RELATIVOS AL DERECHO DE SUPERFICIE. IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CONCEPCIÓN DUALISTA O UNITARIA DE LA INSTITUCIÓN SUPERFICIARIA. 2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO PRIMERO DEL PRECEPTO REGLAMENTARIO.

(1) El problema que se dibuja en las siguientes líneas en torno a la discusión de las diferentes perspectivas sobre la consecuencia de la nulidad de la reforma reglamentaria de 1998 y sus efectos, sólo afecta al derecho de superficie por cuanto en relación con el derecho de vuelo (o sobreedificación y subedificación), concretado en el artículo 16.2.º RH, la nulidad de la reforma de 1998 y la desaparición del requisito de la inscripción de la determinación concreta del número de plantas a construir, vuelve a dejar el artículo como se hallaba anteriormente, habiéndose pronunciado el TS únicamente en relación con dicho requisito y no con otras cuestiones esenciales de la institución, como veremos que va a ocurrir con el derecho de superficie.

Sus VICISITUDES Y su ACTUALIDAD: A) *Apuntes y cuestiones en relación con el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*. B) *Argumentos relativos a la necesidad de establecer legalmente el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*. C) *Examen detallado de cada uno de los requisitos anteriormente exigidos por el artículo 16.1.º del RH. La ilegalidad y nulidad del precepto reglamentario y su situación actual*: a) Plazo de duración del derecho; b) Prórroga del plazo de duración del derecho; c) Reversión de la propiedad superficiaria a manos del *dominus soli*; d) Determinación del canon o precio a abonar por el superficiario al *dominus soli*; e) Plazo para la realización de la edificación. Cuestiones relativas a las características generales, al destino y al costo de la construcción superficiaria; f) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario; g) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato; h) Ausencia de inscripción de las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.—III. EL DERECHO DE ELEVACION (ART. 16.2 RH): 1.º INTRODUCCIÓN. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001, DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO: A) *Planteamiento de la cuestión*. B) *Posiciones de las partes*. Asociaciones notariales. Abogado del Estado. Colegio de Registradores de la Propiedad. C) *El Tribunal Supremo. Fundamento Jurídico. Fallo*. 2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO SEGUNDO DEL PRECEPTO REGLAMENTARIO. SUS VICISITUDES Y su ACTUALIDAD: A) *Regulación, reformas y nulidad de los requisitos de la inscripción del derecho de elevación*. B) *Requisito de la inscripción de la determinación de plantas a construir*.—IV. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001, DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO Y EL ARTICULO 16.1.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

La sentencia de la Sala Contencioso-Administrativa (sección sexta) del Tribunal Supremo, objeto de análisis, de 31 de enero de 2001, declara la nulidad radical del artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y da nueva redacción, entre otros, al artículo 16.1.º y 2.º-b) del Reglamento Hipotecario de 1959. Como veremos a lo largo de estas breves páginas, la sentencia entiende, como hemos anticipado anteriormente en todos nuestros trabajos (2), que tales preceptos son contrarios a la Ley.

(2) *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*. Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, abril de 1996. *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.ª edición, revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2001. «Duración del

Nuestro estudio se va a centrar en el análisis pormenorizado del Fundamento de Derecho decimotercero de la sentencia en cuanto que es el que se dedica básicamente a exponer las cuestiones que afectan a nuestro estudio. Para ello, a continuación, voy a transcribir íntegramente su contenido a fin de desarrollar y proceder a un riguroso examen de los efectos que la sentencia produce en nuestro ordenamiento vigente. Aunque previamente vamos a hacer constancia de los planteamientos de las dos partes siguiendo el tenor literal de la sentencia objeto de estudio.

A) POSICIONES DE LAS PARTES. ASOCIACIONES RECURRENTES.

ABOGADO DEL ESTADO. COLEGIO DE REGISTRADORES DE LA PROPIEDAD

Como es sabido, la demanda que ha dado origen a esta sentencia, fue en su día planteada por dos asociaciones, la Asociación Foro Notarial y la Libre Asociación de Notarios «Joaquín Costa». En general se solicitaba en el escrito de demanda la nulidad de la disposición general impugnada (esto es, el artículo primero del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre) aunque, como ya hemos señalado, nosotros únicamente vamos a centrarnos en el precepto 16 del RH, en sus apartados 1.º y 2.º, del cual se considera su ilegalidad y se solicita igualmente su nulidad.

Tal y como se recoge en el Séptimo Antecedente de Hecho, se alega en la demanda que debe ser considerado *«ilegal el artículo 16 reformado del Reglamento Hipotecario por cuanto por exigir para la eficaz constitución del derecho de superficie su inscripción en el Registro de la Propiedad, con lo que contradice el sistema de adquisición de tal derecho real establecido en el Código Civil, pues, según el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito para la eficacia del derecho de superficie pero no para su validez, imponiendo, además, que los títulos públicos en que se establezca dicho derecho contengan una serie de circunstancias, lo que excede de las posibilidades de un Reglamento, exigiendo también este precepto reglamentario, con evidente exceso, que se precise el número de plantas, al mismo tiempo que establece un plazo máximo y la prohibición de comiso, lo que excede de las posibilidades de una norma reglamentaria adjetiva y debería establecerse en norma sustantiva con rango de ley formal, pues afecta a la esencia misma del derecho»*.

derecho de superficie urbano», en AC, núm. 21, 1996, págs. 445 a 4801. «El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario», en RCDI, 1999, núm. 649, enero-febrero, págs. 27 a 601. «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.

El Abogado del Estado contestó a la demanda concretando, en relación con el artículo 16, que no puede ser considerado ilegal «...porque la inscripción del derecho de superficie puede o no ser constitutiva, según sea la fuente del mencionado derecho, pues si la tiene en el Derecho urbanístico la inscripción es constitutiva ex lege puesto que la Ley 6/1998, de 13 de abril, ha entendido la vigencia de los artículos 288 y 289 de la Ley del Suelo de 1992, mientras que, en los demás supuestos, cabe estipular que la inscripción no sea constitutiva, mientras que la alusión a las demás circunstancias necesarias para la inscripción no significa una extralimitación del precepto sino una revisión a las circunstancias comunes a la inscripción que no se repiten con la finalidad de adicionar a dichas circunstancias otras impuestas por la especificidad del derecho y que también son circunstancias para la inscripción del derecho de superficie, dudando las recurrentes de la interpretación que deba darse al precepto, siendo el párrafo segundo del artículo 16 reformado sustancialmente análogo al anterior, circunscribiéndose la reforma a la necesidad de que se determine el número máximo de plantas a construir y el plazo máximo del ejercicio del derecho que no podrá exceder de diez años, habiéndose censurado por la doctrina que no se fijasen las cuotas o las bases para su determinación o las características y el plazo de la edificación, de modo que el Reglamento Hipotecario no pretende regular los derechos de suelo y subsuelo sino en el ámbito tabular, siendo el principio de especialidad registral el que anima y justifica la reforma del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, pues dicho principio, también llamado de determinación, no tolera la existencia de gravámenes indefinidos, y lo que requiere rango de ley es el principio de especialidad o determinación...» (Antecedente de Hecho Octavo).

B) POSICIÓN DEL TRIBUNAL SUPREMO. FUNDAMENTO JURÍDICO. FALLO

Comienza el Fundamento Jurídico Decimotercero de la sentencia del Tribunal Supremo, manteniendo su postura y señalando que «postulan también los demandantes la declaración de ilegalidad de los apartados primero y segundo del artículo 16 del Reglamento Hipotecario porque el primero establece, en contra del principio de libertad contractual, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie al mismo tiempo que invade su regulación sustantiva reservada a la ley, mientras que el segundo opera en esta misma forma respecto del contenido del derecho de vuelo con manifiesto exceso de la potestad reglamentaria, a lo que los demandados contestan que en el ordenamiento urbanístico vigente la inscripción del derecho de superficie es constitutiva y que el precepto reglamentario combatido se refiere a la eficacia de la inscripción frente a terceros pero no exige la

inscripción como requisito de validez del derecho de superficie ni impone condiciones al nacimiento de tal derecho sino que establece las circunstancias para el acceso de ese derecho al Registro de la Propiedad.

Efectivamente, el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad, a pesar de lo cual el precepto del Reglamento Hipotecario, que examinamos, va más lejos, incluso con la interpretación que para preservar su legalidad hacen los demandados, pues requiere la inscripción para la eficaz constitución del derecho de superficie, sin que, en contra del parecer de estos, tengan idéntico significado el citado precepto legal y el apartado 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, ya que, mientras el citado artículo de la Ley del Suelo requiere, como requisito constitutivo de su eficacia frente a terceros, su inscripción, el artículo 16.1.º del Reglamento recurrido impone la inscripción como requisito de su eficaz constitución, de modo que el cambio del adjetivo válida por el de eficaz, propuesto por el Consejo de Estado en su dictamen, realmente no ha corregido el exceso reglamentario.

El desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, además de las necesarias para la inscripción, declarando, finalmente, que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso.

Con la exigencia de que en el título concurren tales circunstancias, el Reglamento fija condiciones no exigibles para la inscripción, al establecer que, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, deberá aquél contener el plazo de duración, que no excederá de setenta y cinco o noventa y nueve años, según los sujetos, la determinación del canon o precio si fuese a título oneroso, el plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, los pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario y las garantías de trascendencia real con la que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (art. 149.6.^a y 8.^a).

Esta Sala, en su sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 526/98); ya anuló el apartado c) del artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario, en el que señala el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, pero la razón, entonces dada para anularlo por considerar contraria la fijación de un plazo de diez años para el ejercicio del derecho de vuelo a lo establecido en el artículo 1.º de la Ley Hipotecaria, no es la única para decidir si dicho artículo 16.2.º del Reglamento Hipotecario es o no ilegal, pues, si bien trata de fijar las condiciones para inscribir el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, lo cierto es que aquéllas exceden abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniéndose así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas.

Es indudable que, como se alega por el Colegio Profesional demandado, el principio de especialidad o de determinación del derecho real a inscribir requiere, conforme al artículo 9.2.º de la Ley Hipotecaria, que se exprese la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscriba, pero éstas no pueden venir impuestas por el Reglamento, a pesar de lo cual los apartados b) y c) del artículo 16.2.º las establecen al margen de lo dispuesto por la legislación urbanística aplicable, razón por la que el apartado b), al igual que ya lo fue antes el c), debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer».

En cuanto al Fallo con el que se finaliza la sentencia, textualmente afirma que «...debemos declarar y declaramos nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta los artículos... 16.1 y 2.b)... preceptos todos estos radicalmente nulos por ser contrarios a la Ley» (3).

(3) En este momento queremos recoger alguno de los Fundamentos Jurídicos de la sentencia que son interesantes y que se conectan directamente con el tema que estamos tratando.

Así, por ejemplo, el sexto mantiene que «...al no ser atendible el planteamiento de las demandas en orden a la irrecurribilidad de aquellos preceptos que ahora reiteran lo ya dispuesto con anterioridad a la reforma, serán objeto de nuestro enjuiciamiento sólo los preceptos tachados de ilegales en la demanda que no fueron declarados radicalmente de ilegales en nuestras sentencias (anteriores)...»

En cuanto al séptimo, el Tribunal mantiene que «...esta jurisdicción carece de competencia para determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que se anulen, de manera que por más que la

C) DIFERENTES PERSPECTIVAS DE LAS CONSECUENCIAS DE LA SENTENCIA
SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE (4) Y EFFECTOS DE LAS MISMAS

Las *consecuencias* que la doctrina (5) observa y deduce de la sentencia objeto de comentario, se centra, y *cito textualmente* por su enorme importancia para el estudio que vamos a realizar en los siguientes puntos:

1. «...el fallo que declara la nulidad del Real Decreto en cuanto modifica determinados artículos del Reglamento Hipotecario determina la nulidad de la propia modificación, por lo que los artículos afectados quedarán redactados de la misma forma que antes de la publicación del Real Decreto».

2. «La mayor o menor coincidencia de la redacción anterior con la resultante de la modificación, no es obstáculo para la reviviscencia de aquélla,

simple alteración o supresión de una mínima parte de su contenido permitiera salvar la norma del reproche de ilegalidad, el mandato contenido en el artículo 71.2 de la vigente Ley Jurisdiccional 29/1998, aplicable *ratione temporis* a esta sentencia, nos impide acometer dicha tarea...». Fundamento que se basa en el principio general contenido en el ordenamiento jurídico de un Estado de Derecho de división de poderes: una cosa es el poder legislativo y otra el poder judicial.

En el octavo se precisa acertadamente que «...aún cuando la reforma del Reglamento Hipotecario pretenda dar respuesta a las necesidades del tráfico inmobiliario actual y a otras realidades extrarregistrales, lo cierto es que no puede efectuarse en contra o al margen de la Ley Hipotecaria, el Código Civil o cualquier otra disposición con rango de ley, pues el contenido de desarrollo y colaboración propio del Reglamento no puede alcanzarse a costa de aquellos principios, a pesar de que la Ley pueda contener elementos alógicos insalvables mediante la interpretación, lo que, en tal caso, justificaría su sustitución por vía parlamentaria y no reglamentaria.

Por último, queremos resaltar algunas líneas del Fundamento Jurídico *noveno* por su importancia, y sobre la que repetidas veces volveremos en el texto. «...la regla de la congruencia nos impide pronunciarnos acerca de la legalidad de los preceptos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, pero su contenido merecerá idénticos reproches u objeciones si incidiera en los vicios o deficiencias observados en los nuevos, y sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de Ley, pues no cabe perpetuar indefinidamente normas reglamentarias preconstitucionales que infrinjan este principio con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema».

(4) El problema que se dibuja en las siguientes líneas en torno a la discusión de las diferentes perspectivas sobre la consecuencia de la nulidad de la reforma reglamentaria de 1998 y sus efectos sólo afecta al derecho de superficie por cuanto en relación con el derecho de vuelo (o sobreedificación y subedificación), concretado en el artículo 16.2.º RH, la nulidad de la reforma de 1998 y la desaparición del requisito de la inscripción de la determinación concreta del número de plantas a construir, vuelve a dejar el artículo como se hallaba anteriormente, habiéndose pronunciado el TS únicamente en relación con dicho requisito y no con otras cuestiones esenciales de la institución, como veremos que va a ocurrir con el derecho de superficie.

(5) CURIEL LORENTE, «Doctrina y consecuencias de las sentencias», en el número especial dedicado al Reglamento Hipotecario del *Boletín del Colegio de Registradores de España*. Centro de Estudios Registrales, abril, núm. 70 bis, 2001, págs. 1121 y 1122.

como tampoco lo ha sido para revisar la legalidad al formar parte de la nueva redacción».

3. «La sentencia no ha valorado la legalidad de la redacción anterior, más bien, presupone su renovada vigencia al anticipar que, si se enjuiciara su legalidad y se apreciaran similares vicios que en la nueva, merecería idéntica sanción de ilegalidad».

4. «Como el Real Decreto no contenía una disposición derogatoria expresa de precepto alguno del Reglamento Hipotecario, no cabe plantearse la posibilidad de que se mantuviera una eficacia derogatoria pese a la declaración de nulidad parcial».

5. «El diverso alcance de la modificación y de la declaración de nulidad hace también distinta la forma y alcance de la recomposición:

- a) Algunos artículos se sustituyen íntegramente.
- b) En otros, se sustituyen íntegramente determinados párrafos.
- c) En otros, se sustituyen párrafos equivalentes a los anulados.
- d) En algún caso, no cabe reactivación por no existir equivalencia».

Y, ¿cómo afectan realmente estas consecuencias al artículo, objeto de análisis, es decir, qué efectos producen esta perspectiva en la figura del derecho de superficie —art. 16.1.º RH (puesto que en relación con el derecho de sobreedificación y subeficación, la nulidad de la reforma devuelve al párrafo 2.º del art. 16 RH a su estado original)?

1. Pues, en principio, siguiendo los puntos anteriores, cabrá señalar que el artículo 16, en su apartado 1.º, quedará regulado —según la postura mantenida por la doctrina registral— de idéntica forma a la existente con anterioridad a la modificación de 1998 por cuanto que la nulidad sólo afecta a dicha modificación. De esta manera el artículo 16.1.º pasaría a tener el mismo tenor literal que en 1959.

2. Todo ello con independencia de la mayor o menor coincidencia de la modificación anulada con la redacción anterior, hoy existente. En nuestro caso la coincidencia es casi abrumadora, por cuanto al ser un precepto largo con diferentes párrafos, sólo fueron objeto de modificación en 1998, y de forma parcial —aunque en algunos puntos sobre aspectos configuradores de la institución—, el a), el b) y el c).

3. Se entiende, desde esta perspectiva registral, que la sentencia de 31 de enero de 2001, *no ha valorado la legalidad de la redacción anterior*, utilizando como argumento el principio de congruencia procesal (como veremos en el FJ 9.º). A fin de no entrar en realidad a solucionar el problema de forma tajante y de una vez, pero dando paso a que se pueda acudir de nuevo a los tribunales proponiendo incluso los mismos argumentos para iniciar una nulidad (se anticipa que, «si se enjuiciara su legalidad y se apreciaran simi-

lares vicios que en la nueva, merecería idéntica sanción de ilegalidad»), o, incluso una posible inconstitucionalidad del precepto en cuestión (ir en contra del art. 33 CE).

Y, en base a ello, se propone y se parte de que la STS presupone la renovada vigencia del artículo 16.1.º RH.

Evidentemente la dicción del artículo 16 en la modificación de 1998 recogía similares vicios que la renovada dicción del artículo 16.1.º del RH de 1959. Con ello, el TS está dando paso a que se vuelva a incidir sobre el mismo o casi idéntico texto del artículo 16.1.º RH en una nueva decisión judicial.

4. Todo esto da pie a mantener lo que hemos propuesto desde siempre, que sea la propia Ley Hipotecaria quien incorpore en su texto cuestiones tan importantes de la propia institución superficiaria como son el del carácter constitutivo de su inscripción, y la necesidad de incorporar en ella determinados requisitos, esto es, el contenido del párrafo 1 del artículo 16 del Reglamento en cuestión.

Todos estos puntos indican la existencia de una postura que podríamos denominar «demasiado parcial» y que entendemos, aunque no estamos de acuerdo con ella desde una visión que podríamos calificar de «sustantiva» al hilo de los argumentos expuestos por nuestro más Alto Juzgador en sus Fundamentos Jurídicos.

Es cierto que literalmente podría entenderse que la postura mantenida por las Asociaciones recurrentes se centra en impugnar la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998. Pero sus argumentos son evidentemente mucho más amplios, pues inciden directamente en cuestiones de suma importancia de la institución superficiaria que no han surgido de la nueva modificación sino que nacieron de la publicación de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1959, que fue quien introdujo la institución superficiaria en el «ámbito registral». Pues como hemos visto, entre sus argumentos se arremete contra el carácter constitutivo de la inscripción y contra la exigencia de las circunstancias que deben aparecer en la misma, en base a la extralimitación reglamentaria con relación a la Ley Hipotecaria que nada dice en relación con la Institución, y mucho menos determina el carácter constitutivo de la inscripción del derecho. Sin olvidarnos de la extralimitación reglamentaria que se produce al exigir la prohibición de la inscripción del comiso.

En el mismo sentido, el fallo del Tribunal, a fin de no poder ser tachado de incongruente [en base a otorgar más de lo solicitado (6)] declara *simple-*

(6) Téngase en cuenta los planteamientos del TS en los FJ expuestos en la nota número 2 de pie de página.

mente la nulidad radical del artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, *en cuanto modifica y da nueva redacción...* al artículo 16.1.º Aunque previamente en el Fundamento de Derecho decimotercero se haya expuesto con total claridad su postura al hacer referencia a cuestiones que no son nuevas, que no resultan de la modificación de 1998, sino que, al contrario, constituyen la esencia del problema y surgieron con la regulación de la figura por el Reglamento de 1959, que se entiende «rehabilitado y en vigor tras la nulidad actual de la reforma de 1998».

Nos estamos refiriendo a cuestiones tan importantes y de tanto peso como es el del mantenimiento del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, y el de los requisitos que deben contenerse en base a tal criterio de forma esencial en el asiento de inscripción del derecho, precisamente consecuencia de dicho carácter, los cuales se han regulado específicamente desde 1959 en el Reglamento de 1959 y la reforma de 1998, ha variado única y mínimamente en cuatro puntos esenciales (que como más adelante analizaremos detenidamente —pues este no es el momento apropiado—) relativos a: la corrección del desfase en relación con el plazo de constitución del derecho y su diferenciación según quien fuera el sujeto creador, el cual se había propiciado por las diversas modificaciones y ampliaciones de la institución superficiaria en las leyes urbanísticas; la reversión parcial a favor del superficiario por pacto expreso de las partes con la determinación de las cuotas y las normas relativas a una futura e hipotética propiedad horizontal de la construcción, la prórroga definida del plazo de duración del derecho de superficie; y, la inclusión de que el transcurso del plazo de cinco años para realizar la edificación, no impedirá la declaración de obra nueva.

La consideración de que la STS, objeto de comentario, sólo y únicamente considera «ilegal» y «nula» la reforma reglamentaria de 1998 en relación con la institución superficiaria renovando el planteamiento de 1959 que incide sobre los planteamientos analizados por el propio juzgador a efectos sustantivos podría, cuanto menos, llegar a ser tachada de *absurda*.

Como hemos expuesto al citar textualmente el FJ 13.º, nuestro más Alto Tribunal ha enjuiciado realmente y ha observado detenidamente cuestiones existentes desde 1956, y no precisamente las modificaciones introducidas en 1998, a las que precisamente *ni siquiera alude ni directa ni indirectamente*.

Pero es que, además, mantener la existencia actual del Reglamento anterior, esto es, la dicción antigua del artículo 16.1.º RH iría en contra de sus planteamientos y a sus propios argumentos mantenidos en el citado FJ 13.º ya que, cito con sus mismas palabras, continuaría produciéndose el hecho de que: «al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las

leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)».

Por otro lado, el sostenimiento de la nulidad del artículo 16.1.º RH existente y de su desaparición, provocaría problemas, sobre todo a los Registradores, quienes deberían hacer frente a los mismos a la hora de proceder a la calificación de los títulos públicos donde se pactase el derecho y sobre todo en el caso presente, donde se mantiene aún, tras la nulidad de la reforma, el carácter constitutivo de la inscripción (7). Es normal que la «postura oficial» se centre también en mantener un criterio unitario a fin de que todas las calificaciones registrales sigan un mismo rumbo.

¿Cuál va a ser, en definitiva, y en la práctica, la nulidad de la reforma de 1998 en relación con el derecho de superficie? Pues en realidad, me atrevería a decir que ninguna. Téngase en cuenta que el legislador de la reforma llevó a texto reglamentario, cuestiones que ya se estaban llevando a la práctica, como era, y cito únicamente como ejemplo, la de proceder a la inscripción de la constitución del derecho de superficie por setenta y cinco años cuando lo creaba la Corporación Municipal, y de noventa y nueve cuando era un particular, frente al criterio de cincuenta años mantenido por el RH de 1959 que, sin duda, había quedado desfasado por las posteriores leyes urbanísticas.

En definitiva, los problemas que la institución superficiaria tenía y que habían sido señalados, mantenidos y expuestos por la doctrina, van a continuar existiendo, creándose además cierto clima de inseguridad por los propios planteamientos y argumentos señalados por el Juzgador Supremo y la posibilidad de acudir a solicitar la nulidad, e incluso la posible inconstitucionalidad del artículo 16.1.º del RH de 1959 en base al FJ Noveno (8) en relación con lo mantenido en el FJ Decimotercero (9).

(7) En las líneas siguientes, y a pie de página, propondremos lo que ocurriría de haberse procedido a establecer la nulidad total del artículo 16.1.º RH, es decir, lo que ocurriría si se quedase vacío de contenido el actual párrafo 1.º referido al derecho de superficie.

(8) FJ 9.º: «...la regla de la congruencia nos impide pronunciarnos acerca de la legalidad de los preceptos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, pero su contenido merecerá idénticos reproches u objeciones si incidiera en los vicios o deficiencias observados en los nuevos, y sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de Ley, pues no cabe perpetuar indefinidamente normas reglamentarias preconstitucionales que infrinjan este principio con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema».

(9) FJ 13.º: «...cuestiones todas que afectan a la definición del derecho de propiedad que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)».

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE (ART. 16.1 RH)

- 1.º LA STC 61/97, DE 20 DE MARZO DE 1997, Y LA CONSTITUCIONALIDAD O NO DE LOS PRECEPTOS URBANÍSTICOS RELATIVOS AL DERECHO DE SUPERFICIE. IMPORTANCIA DE LA SENTENCIA CONSTITUCIONAL EN TORNO A LA CONCEPCIÓN DUALISTA O UNITARIA DE LA INSTITUCIÓN SUPERFICIARIA

El Antecedente de Hecho número 31 de la sentencia del Tribunal Constitucional recoge el contenido esencial del escrito del recurso de inconstitucionalidad promovido por el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña en relación con algunos puntos del TRLS de 1992, entre otros los referidos al derecho de superficie. La argumentación que sustenta el impugnante se centra en que *«vulneran las competencias autonómicas los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289, que contemplan regulaciones relativas al derecho de superficie, cuyo contenido ha sido confiado siempre desde la normativa urbanística»* (10).

Por su parte, el Abogado del Estado en su escrito señala únicamente en relación con los artículos impugnados que *«los artículos 287.2, 288.2 y 3, y 289 se amparan en el artículo 149.1.8 CE»* (Antecedente de Hecho núm. 35).

Así, el Fundamento Jurídico 38 de la señalada sentencia reconoce como, y cito textualmente, *«la Generalidad de Cataluña impugna los artículos 287.2, 288.2 y 3 y 289 TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística...»*

«La primera cuestión consiste en determinar si los preceptos impugnados encuentran cobijo en el artículo 149.1.8.0 CE. Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el Letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el contenido tradicional —de los últimos decenios— del Derecho Urbanístico constituya una suerte de título atributivo de competencias, de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando».

«Una tal concepción, además de petrificar o congelar el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar, del Derecho Urbanístico, des-

(10) Para un mejor estudio de la sentencia en relación con la figura superficiaria, vid. mi artículo «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.

conocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del artículo 148.1.3.0 CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema».

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

El fallo de la STC considera inconstitucional la Disposición Final única, considerándose nulos una serie de preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria, entre ellos los artículos 287.1.º y 288.1.º y 290 del TRLS.

Por ello precisamente la Disposición Derogatoria única de la Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, declara *expresamente en vigor los artículos 287.2, 287.3, 288.2, 288.3 y 289 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana*, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio.

Lo que definitivamente dio lugar a la creación (en los sitios donde no hubiese ya) la existencia de un amplio ordenamiento urbanístico propio, dictado por los Parlamentos autonómicos.

¿Existencia o no de dos modalidades del derecho de superficie?

Tras la publicación de la citada sentencia constitucional, se ha puesto de manifiesto, por cierto sector de la doctrina (11), la existencia del unitarismo de la Institución, lo cual me ha hecho volver sobre el tema, pues de mantener un criterio unitario o dualista, como a mi juicio es más certero, depende el diferente entendimiento de los requisitos exigidos por el Reglamento Hipotecario, sobre los que posteriormente volveremos con cierto detenimiento.

Tal y como he señalado más arriba, la cuestión por la que me planteé la existencia de las dos modalidades del derecho de superficie, se debió a su consideración unitaria por la doctrina mayoritaria (incluso por alguno de los catedráticos presentes en el Tribunal de la lectura y defensa de mi tesis), de otorgar fundamental o únicamente validez y/o superioridad a la modalidad urbanística por su expresa y concreta regulación.

(11) Fundamentalmente vid. CÁMARA AGUILA («El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual», en *RCDI*, septiembre-octubre de 1998, pág. 1623), y, MEZQUITA DEL CACHO («El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», en *RDP*, junio de 2000, págs. 443 a 488).

En mis estudios he reconocido como también es posible la modalidad urbana, nacida al amparo de la legislación civil y de los principios sustantivos, no sólo en base a su única mención en el artículo 1.611 del Código Civil sino, sobre todo, por la posible y expresa derogación del principio de accesión, sin olvidar su posible existencia al amparo del artículo 1.255 del Código Civil, principio que ampara la libertad contractual de los particulares, y del *numerus apertus* de derechos reales.

De manera que la legislación civil, no sólo ha sido la que a través de los tiempos ha posibilitado su existencia, sino que una vez concretada la configuración actual de la Institución, además pervive la modalidad urbana común gracias a los principios generales señalados presentes en el ordenamiento jurídico, a falta de una regulación expresa que la mencione (y como veremos posteriormente, a las posibilidades ofrecidas hasta ahora por la reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, que se desvía intencionadamente de la legislación urbanística, precisamente en base al conocimiento práctico del legislador reglamentario de las distinciones que se dan en esta modalidad al amparo de la libertad de pacto). Inexistencia o vacío normativo que se debe a su escasa importancia y utilización práctica. Frente a la corriente urbanística que, sin duda, ha propulsado a la Institución, al igual que ha ocurrido en los ordenamientos vecinos. De manera que por una serie de circunstancias la figura que se incluyó en la normativa urbanística de 1956, ha encontrado una consolidación urbanística indudable, sin desconocerse su existencia entre los particulares.

Precisamente por ello, y por las posteriores modificaciones de la Ley del Suelo, y concretamente la del TRLS de 1992, se planteó el recurso de inconstitucionalidad que dio origen a la STC 61/97, de 20 de marzo. Como es sabido, dicha sentencia fue el resultado de la acumulación de varios recursos de inconstitucionalidad, pero sobre el derecho objeto de estudio, la solicitud de inconstitucionalidad de ciertos preceptos que le regulaban se inició desde la Generalidad de Cataluña.

La Generalidad parte de la existencia única de regulación del derecho de superficie desde el plano urbanístico, en este aspecto de mantenimiento del recurso de inconstitucionalidad a fin de argumentar la vulneración que la normativa estatal (TRLs) realiza sobre la autonómica (o sobre la competencia autonómica de regulación de esta materia), en relación con el derecho de superficie. Y ello porque precisamente existía, y existe, un verdadero Código de Urbanismo en Cataluña concretado en el Decreto Legislativo 1/90, de 12 de julio, por el que se aprobó el texto refundido de los textos legales vigente en Cataluña en materia urbanística. (Sin desconocerse, por otro lado, la modalidad de Derecho foral en este momento en proceso de creación normativa.)

El Tribunal Constitucional, a mi juicio, intenta señalar que la utilización urbanística del derecho de superficie y su actual regulación en este ámbito no va a desplazar a la legislación civil. Entiendo que los razonamientos de dicha decisión judicial no desvirtúan la existencia de las dos modalidades. Decir lo contrario, es decir, seguir un criterio unitario, daría paso a las siguientes afirmaciones:

- Que las tendencias más modernas que conlleva la utilización de figuras existentes desde antiguo en nuestro ordenamiento —como la institución que nos ocupa— aunque otorgándole una concepción distinta típicamente urbanística de acuerdo a los parámetros de tiempo y lugar. Esto implicaría desconocer el origen de la institución y su pervivencia entre particulares en la actualidad.
- En conexión con lo anterior, el criterio unitario conllevaría que se le atribuirían competencias a todas las normativas autonómicas (con particularidades propias) por considerarse la institución únicamente materia urbanística (pudiendo los particulares, dependiendo de la geografía y derecho autonómico, crear distintos derechos de superficie).

La existencia de las dos modalidades se centra en los propios términos utilizados por el Tribunal Constitucional, cuando afirma que «...*la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer...*». Términos que afirman lo que ya proponíamos en otros trabajos anteriores:

- La realidad urbanística de la institución, mayoritaria en la actualidad, al igual que ocurre en otros sistemas de nuestro entorno, como el ordenamiento portugués, el francés y el italiano (12).
- Realidad que no oculta la existencia de otra realidad, la modalidad civil, que corresponde a la legislación civil del Estado regular en base al artículo 149.1.8.º CE, aunque todavía no lo haya hecho.
- Como en la actualidad se parte de la inexistencia de compartimentos estancos dentro del propio ordenamiento, el TC entiende que la legislación

(12) Por ejemplo, en el sistema portugués, la modalidad urbana común se halla desarrollada en el Libro III, del Derecho de Cosas, en los artículos 1.524 a 1.542, mientras que la urbanística se encuentra enclavada en la Lei dos Solos, de 5 de noviembre de 1976.

En el caso italiano, el Codice civile define la institución en el artículo 952 y sigs., mientras que la modalidad urbanística se halla regulada en una ley específica, la número 685, de 22 de octubre de 1971, relativa a la construcción de viviendas, y la Ley 122, de 24 de marzo de 1989 (Legge Tognoli), que regula la cesión de aparcamientos a través del derecho de superficie.

urbanística ha partido del contenido del Derecho Civil del derecho de superficie, siendo en base al artículo 149.1.8.º CE, su contenido estatal.

- Sin embargo, entiendo que una norma urbanística —la Ley del Suelo— con contenido imperativo, no puede imponer ciertos caracteres a los particulares, pues primarán los principios de la Ley sustantiva frente a la adjetiva en la regulación de sus relaciones.

- Independientemente de que, en base precisamente a dicho precepto, haya Comunidades Autónomas —como en su día la navarra y en estos momentos la catalana— con derecho especial en pleno desarrollo que en el ámbito civil decidan regular la Institución, al margen de la ya existente en su propio derecho urbanístico.

- Mantener el unitarismo sería beneficiar a los particulares de ciertas CCAA que mantienen el dualismo, puesto que han regulado, o están regulando, en base a su singularidad, el derecho de superficie en el ámbito civil, además del existente en el ámbito urbanístico estatal y sus especificidades urbanísticas.

- Unitarismo que no existe en general (ni tampoco en los sistemas de nuestro entorno) puesto que la figura originariamente no ha tenido los caracteres específicos propuestos por el urbanismo actual, entre otras cosas por la concepción distinta de las instituciones (piénsese en el derecho de superficie en los fueros, o más cercanamente en el siglo XIX...).

- Un ejemplo concreto de la importancia de mantener el criterio dualista del derecho de superficie se centra en la posibilidad de recaer sobre fundo ajeno (esto es, suelo pero también construcción) con la finalidad de mantener y/o reconstruir la propiedad superficiaria ya existente. Frente a la normativa urbanística que exige como elemento configurador del derecho de superficie la construcción de edificaciones (art. 287.1.º TRLS, hoy en día derogado, pero mantenido intacto por la mayoría de las legislaciones autonómicas urbanísticas) (13).

(13) Por ejemplo, en el caso de la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, el artículo 158.1.º señala que «*Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo, con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario*».

En el caso de la Ley 2/1998, de 24 de julio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, el artículo 80 dispone que «*la Administración de la Junta de Comunidades y los Municipios podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario*».

- Si la sentencia del Tribunal Constitucional sólo mantuviera un criterio unitario, debería haberse considerado en ciertos aspectos chirriante el Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1998, pues no es coincidente con la legislación urbanística.

La consideración dualista del derecho de superficie no se centra, o por lo menos nosotros no lo hemos basado, en un rancio argumento de hacer frente a la «presumible invasión del Derecho público en el arca del privado», sino precisamente en que la nueva concepción del derecho de superficie, válida también para el derecho privado (pues continúa sin regulación específica), la cual no ha desaparecido, sino que continúa vigente. El argumento es el contrario. El dualismo se centra no tanto en destacar la importancia del derecho privado frente al público, como en la defensa, mantenimiento y, porqué no, protección de la modalidad urbana de derecho privado con sus caracteres específicos y particulares frente al urbanístico (14).

Incluso la moderna concepción del derecho de superficie como derecho real originador de una propiedad temporal tiene cabida en la esfera civil (15).

En cuanto a la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, el artículo 172.1.^o, afirma que «Los *Ayuntamientos* podrán constituir derechos de superficie en terrenos del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social».

(14) Pero es que a igual criterio que hemos mantenido, y aún mantenemos, llega MEZQUITA DEL CACHO en su último artículo sobre la institución («El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», *cit.*, en la pág. 455) desde su perspectiva unitaria, pues textualmente señala que «por descontado, esa regulación (la urbanística) no impide que desde la esfera civil se requiera completarla; y aun rectificarla, por vía legal, pues aunque hasta hoy haya servido para cubrir en parte la imprevisión y abstención total del Código Civil, es de toda evidencia que el diseño institucional de la figura en la Ley del Suelo no es tampoco completo ni por tanto suficiente; y nadie ha negado nunca que el legislador civil esté reducido en sus competencias para regularla por el hecho de que desde el área administrativa haya sido abordada esa regulación, cualquiera que hubiera sido (parcial o total) la amplitud de la misma».

Y, más adelante, cuando analiza el tema de la exclusión urbanística de la indemnización tras la reversión al concedente de la construcción superficiaria, en las páginas 465 y 466 sigue mi tesis dualista para señalar lo que mantuve desde 1996 con el siguiente tenor literal: «Veo clara la imperatividad de este texto para los derechos de superficie concedidos por entidades públicas dentro de planificaciones urbanísticas con objetivos sociales de promoción de viviendas pero, por el contrario, rechazo que tal imperatividad se extienda a los contratos entre particulares. Y lo estimo así porque a diferencia del supuesto de concesión pública, en el de superficies contratadas entre particulares 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».

(15) Considero que las dos fases del derecho de superficie (primera fase: derecho real de goce sobre cosa ajena, y segunda fase: propiedad temporal del superficiario sobre la construcción) se mantiene en un plano de igualdad y de importancia, aunque evidentemente es más visible la segunda que la primera.

En modo alguno es posible mantener en la actualidad la existencia de compartimentos estancos dentro del ordenamiento, ni el mantenimiento de esferas distintas, aunque es posible y necesario mantener la existencia de las particularidades propias de cada esfera que hacen al Derecho, sin duda, más rico, más flexible, más actual y adaptado a los deseos de los particulares en el caso que nos ocupa.

Pero, ¿realmente el dualismo o la existencia de las dos modalidades —que no de la configuración del derecho de superficie— se debe a *diferentes esferas de competencias por razón de los contenidos de las leyes*? Aunque en un principio, tras la promulgación de la LS de 1956, pudiera haberlo parecido, o la doctrina así lo entendiera, mi tesis no se basó en ello, sino en la defensa de la libertad contractual de los particulares que pueden otorgar un derecho de superficie con unos caracteres específicos y no tan rígidos como los señalados por la ley urbanística, en base a principios generales existentes en el ordenamiento.

Incluso tras el TRLS de 1992, cuando el artículo 287 (16) marcó el campo de acción del derecho de superficie señalando su constitución pública con la finalidad de construir viviendas sujetas al régimen de protección pública o a otros usos de interés social y la posibilidad de constitución por los particulares sin la limitación de destino anterior, no se estaba procediendo al mantenimiento del unitarismo del derecho de superficie, sino a constar una realidad: que los particulares pueden pactarlo, y que además que la finalidad de la institución no estará encorsetada como ocurre con la constitución pública. Lo cual no significa, por otro lado, la imposibilidad de que tales particulares no puedan pactar a su arbitrio el derecho de superficie, y ello porque la exclusión de destino realizada por el propio legislador era obvia, pues en el ánimo de ningún particular normalmente se encontrará la finalidad social.

Con todos estos argumentos entiendo que la STC mantiene la posible existencia del mantenimiento de mi tesis dualista del derecho de superficie.

¿Qué implica continuar manteniendo el dualismo de la institución superficiaria tras la sentencia del TC? Pues que existe un derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico, de tipo moderno, configurado como un derecho real, autónomo, típico y originador de una propiedad superficiaria separada, dentro de la cual las dos modalidades que mantenemos son posibles.

Y, ahora, tras la declaración de nulidad del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, cabe cuestionarse acerca de la supervivencia de las dos modalidades de derecho de superficie, y también cómo afectará a cada una de ellas

(16) Precepto declarado inconstitucional en su apartado primero (constitución pública) por ser competencia de regulación de las Comunidades Autónomas que, por otro lado, han pasado a regularlo de idéntica forma, aunque no su apartado 2.º (constitución por los particulares).

la supresión judicial del artículo reglamentario que la desarrollaba, pero sobre todo si es posible la supervivencia de la institución sin la regulación hipotecaria. Entiendo que no cabe la menor duda sobre la continuación no sólo de la Institución en sí, sino también de sus dos modalidades. En cuanto a cómo se verán afectadas por la supresión, es lo que nos proponemos analizar seguidamente.

2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO PRIMERO DEL PRECEPTO
REGLEMENTARIO. SUS VICISITUDES Y SU ACTUALIDAD

En el presente epígrafe no sólo vamos a recordar nuestra postura anterior en relación con lo que se mantenía en las regulaciones anteriores, en las modificaciones, o en la introducción de nuevas leyes, sino que vamos a poner de manifiesto cuál es la postura actual que debe mantenerse tras la consideración de *ilegalidad* del precepto 16 del Reglamento Hipotecario en cuestión.

A) *Apuntes y cuestiones en relación con el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*

El punto primordial e iniciador de la solicitada ilegalidad del artículo 16.1.º del Reglamento Hipotecario de las asociaciones demandantes se centra en el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, en base a dos cuestiones determinantes: que dicho carácter va en contra del principio general existente en nuestro ordenamiento jurídico de libertad contractual, y, sobre todo, que afirmar tal carácter es materia reservada a la Ley, que no puede incluirse en un Reglamento (17).

Los demandados, por su parte, mantienen, como es lógico, su postura contraria. Entiende el Abogado del Estado que no es ilegal el artículo 16 del Reglamento *«porque la inscripción del derecho de superficie puede o no ser*

(17) El séptimo Antecedente de Hecho de la sentencia concreta que los demandantes consideran la ilegalidad del «*artículo 16 reformado del Reglamento Hipotecario por cuanto por exigir para la eficaz constitución del derecho de superficie su inscripción en el Registro de la Propiedad, con lo que contradice el sistema de adquisición de tal derecho real establecido en el Código Civil pues, según el Texto Refundido de la Ley del Suelo, la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito para la eficacia del derecho de superficie pero no para su validez...*»

Posteriormente en su escrito de conclusiones (Antecedente de Hecho Décimo) insisten en la ilegalidad del artículo 16.1.º reformado, objeto de nueva redacción, *«porque de su texto se desprende que la inscripción es requisito de "eficaz constitución", esto es, de existencia, afirmación que no resiste su cotejo con los principios del Derecho sustantivo...»*

constitutiva, según sea la fuente del mencionado Derecho, pues si la tiene en el Derecho urbanístico la inscripción es constitutiva ex lege, puesto que la Ley 6/1998, de 13 de abril, ha mantenido la vigencia de los artículos 288 y 289 de la Ley del Suelo de 1992, mientras que en los demás supuestos, cabe estipular que la inscripción no sea constitutiva...» (Antecedente de Hecho Octavo) (18).

Todas estas cuestiones no son nuevas, pues ya existían y habían sido señaladas y criticadas por la doctrina desde que se publicó la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959.

El artículo 16.1.º del señalado Reglamento Hipotecario de 1959, concretamente afirmaba, y recordemos, ahora vuelve a estar en vigor que *«para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos»*.

Expresión que no hacía más que recoger, a su vez, los términos dudosos que aparecían en el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956, que proponía que el derecho de superficie *«deberá, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad»*. Como ya hemos expuesto en trabajos anteriores, este artículo fue óbice para que el Reglamento Hipotecario determinase la afirmación del carácter constitutivo de la inscripción.

La inscripción pasaba de ser únicamente *«un requisito constitutivo de la eficacia del derecho»* en la Ley del Suelo de 1956, a ser un *«requisito constitutivo de existencia»* en el Reglamento Hipotecario de 1959 (tal y como actualmente mantiene el Tribunal Supremo en su Fundamento Jurídico 13.º).

Posteriormente la modificación del Reglamento Hipotecario en 1998 no afectó a la existencia de esta primera afirmación del artículo 16.1.º, del cual no varió ni una coma.

En la propia sentencia del Tribunal Supremo, objeto de comentario, los demandados —esto es, el Abogado del Estado y el Colegio de Registradores— afirman que *«en el ordenamiento urbanístico vigente, la inscripción del derecho de superficie es constitutiva y que el precepto reglamentario combatido se refiere a la eficacia de la inscripción frente a terceros, pero no exige la inscripción como requisito de validez del derecho de superficie ni impone condiciones al nacimiento de tal derecho sino que establece las circunstancias para el acceso de ese derecho al Registro de la Propiedad»*. Pero, ¿realmente dicha afirmación es cierta?, o mejor dicho, ¿cuáles son los límites exactos de tal afirmación?

(18) Argumento, el del Abogado del Estado, que aún tras la sentencia del Tribunal Constitucional mantiene la vigencia del criterio dualista de la institución superficiaria.

Antes de contestar a estas afirmaciones debemos tener presente algunas apreciaciones históricas y también sustantivas.

Volviendo nuestra mirada hacia el pasado, debemos tener presente que la primitiva Ley Hipotecaria de 1861 no establecía el carácter constitutivo de la inscripción de ningún derecho real. Posteriormente, 1888-89, el Código Civil, al incluir la regulación de la hipoteca, como es sabido si incluyó su inscripción constitutiva. Y lo hizo con carácter excepcional, pues el artículo 609 establece que los derechos reales nacen siguiendo la teoría del título y el modo. Obviamente, el Código Civil, que no se fijó en el derecho de superficie y únicamente lo mencionó en el artículo 1.611, no se refirió a su inscripción ni mucho menos al carácter constitutivo de la misma. Como ejemplo del Derecho Foral, la Compilación de Navarra tampoco estableció el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie (19).

Sin embargo, la Ley Hipotecaria de 1861, en su magistral Exposición de Motivos, analizó el tema del edificio construido en suelo ajeno bajo el apartado de las hipotecas cuyos efectos están restringidos, y, concretamente, mantiene que «la primera restricción que el proyecto establece se refiere al que *hipoteca el edificio que ha construido en suelo ajeno*. El principio de que el edificio como accesorio cede al suelo, que es lo principal, se aplica de diferente modo, atendida la buena o mala fe del edificante o los convenios que pueda haber entre el que es dueño de la superficie y el que lo es del alzado»... más adelante señala cómo «el proyecto contiene otras restricciones... en la hipoteca de los *derechos reales de superficie*, pastos, leñas y otros semejantes...».

A la Ley Hipotecaria le preocupaba la necesidad de que se delimitase con exactitud la hipoteca realizada por el dueño del edificio a éste, sin afectar en absoluto al suelo, y así lo concreta en la Exposición de Motivos («...que la hipoteca del edificio construido en suelo ajeno no modifica en nada al derecho común, ni hace de peor condición al dueño del solar, sino que se entiende limitado siempre por la voluntad del hipotecante y del acreedor hipotecario frente al derecho que aquél tiene...») y también en la parte articulada del

(19) La Ley 428 de la Compilación de Navarra señala que el derecho de superficie es inscribible en el Registro de la Propiedad, aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación, características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar. En ningún momento, por consiguiente, se propone la inscripción de este derecho como constitutiva, y lo que es más, que los requisitos señalados por el Reglamento, y hoy declarados ilegales, en su día cuando el precepto en cuestión era vigente, podían incluso no recogerse en el asiento de inscripción, denominándoles además de accidentales, mientras que en el caso de la modalidad urbanística, al considerarse constitutiva su inscripción si tienen el carácter de fundamentales, al ser requisito de validez del derecho la inscripción registral, teniéndose por inexistente lo no inscrito. Hoy veremos qué ocurre, en las líneas siguientes del texto.

texto cuando declaraba en su artículo 107.1.º que «el edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado». Y, en el apartado 5.º del precepto que afirmaba que «...podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan, los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad» (20).

Nótese la constante inquietud de la Ley en garantizar la propiedad y en dar mayor certeza a las hipotecas y gravámenes recayentes sobre bienes inmuebles, para así poder ser conocidos por todos, de manera que sea conocida la hipoteca del derecho de superficie como un derecho distinto del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae aquél. Se está pensando constantemente en la separación de propiedades aunque en un plano de igualdad.

Recordemos que uno de los principios fundamentales del Registro de la Propiedad es dar a conocer el contenido del estado civil de las fincas, como entidades jurídicas independientes, y, por tanto, debe hacerse constar todas las modificaciones que puedan sufrir tanto en su condición física como en su condición jurídica.

Es reconocido por todos cómo la Ley Hipotecaria de 1861 supuso un hito decisivo en materia de derechos reales inmobiliarios. Su misión principal se centró en la regulación de la inscripción de los derechos reales. Sin embargo, en ningún momento mencionó la inscripción del derecho de superficie, ni por tanto se refirió a la naturaleza de la misma.

Fue el Reglamento Hipotecario de 1863, seguido por el de 1870, el que mencionaba a la inscripción del derecho de superficie. El artículo 27 del Reglamento aludía a la inscripción únicamente para referirse a la necesidad de que se exprese con claridad la circunstancia de que el suelo pertenece a una persona y el edificio o plantación a otra. Precepto que desapareció con la reforma del Reglamento de 6 de agosto de 1915.

Así pues nos encontramos con que el Código Civil no contempla ni mucho menos define realmente la Institución, la Ley Hipotecaria reconoce la existencia de propiedades separadas cuando se refiere al derecho de superficie y

(20) La instrucción sobre la manera de redactar los Instrumentos públicos sujetos a Registro, de 12 de junio de 1861, que no entró en vigor hasta el 1 de enero de 1862, junto con la Ley Hipotecaria, disponía en desarrollo de los apartados 107, que «las escrituras públicas que hipotequen edificios construidos en suelo ajeno, expresarán necesariamente esta circunstancia y además la de entenderse la hipoteca reducida al derecho que tuviere el dueño de lo edificado, y sin perjuicio del propietario del terreno.

Si lo que hipotecare fueren derechos de superficie, pastos, aguas, leñas u otros semejantes, se declarará que quedan a salvo los derechos de los demás partícipes en el dominio».

únicamente contempla en su articulado la necesidad de concreción de la hipoteca de los diferentes dominios existentes, y el Reglamento Hipotecario transitoriamente —desde 1863 a 1915— se refiere a la expresión clara de la separación de dominios en el asiento de inscripción. Tradición la del Reglamento que va a originar que en su sede, aunque como se ha afirmado ahora por nuestro más alto tribunal, no es la más adecuada, se proceda a la calificación de constitutiva de la inscripción y de los requisitos que en ella deben contenerse.

Situación que se mantuvo hasta que se publicó una *Ley urbanística*: la Ley del Suelo de 1956. Ley avanzada, que siguiendo la corriente de los ordenamientos de nuestro entorno (21), puso su mirada en esta institución superficiaria para su regulación y su utilización con un propósito concreto.

Así nos encontramos con que una institución que en épocas anteriores (sobre todo en la época medieval y en los siglos XVIII y XIX) (22) se había utilizado entre los particulares, en el siglo XX continuaba viva y, sobre todo, se le impulsa dentro de la esfera pública. Y ahora, en el siglo XXI, está dando y pensamos que aún va a dar mucho juego.

De esta manera, en el momento de publicación de la normativa urbanística, la institución se va a configurar como un *proceso* para llegar a la *propiedad superficiaria separada*, pues nace como resultado de la derogación del principio de accesión, se configura como un derecho real, con un carácter perpetuo o indefinido, o temporal, siendo el propio concedente, que es el dueño del fundo, quien se impone a sí mismo el gravamen: renunciando a su *ius aedificandi* o concediendo el derecho de mantener una construcción sobre su fundo —ya sea suelo o construcción— de manera que el superficiario adquiere una propiedad sobre la construcción que él ha realizado de forma *separada* de la propiedad del fundo. El resultado es que la propiedad del

(21) La inscripción constitutiva no era una cuestión desconocida, pues a través de las resoluciones se recogía cómo era abordado el problema en algunas legislaciones europeas. Así la Resolución de 27 de octubre de 1947 (J.C. Parte. II, 1947, págs. 161 y sigs.), ante la falta de reglamentación de la institución expone las características del derecho de superficie en la ley austríaca de 1912 y en la Ordenanza Alemana de 1919, señalando concretamente *la necesidad de inscripción del derecho en el Registro de la Propiedad*, que deberá ser practicada, no en las hojas destinadas al inmueble sobre el que recaiga, sino también en folios propios e independientes. En relación con la regulación de los ordenamientos de nuestro entorno, vid. el Capítulo Segundo de mi trabajo: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.^a edición, revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2000.

(22) Vid. mi trabajo, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales* (2.^a edición, revisada y actualizada). Centro de Estudios Hipotecarios del Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, julio de 2000, especialmente el capítulo primero, dedicado al proceso histórico de la Institución.

superficiario tiene un carácter limitado únicamente a su construcción de manera separada de la propiedad del fundo ajeno.

La clave de la institución, que la caracteriza y la dota de una especificidad marcada, se centra en que es un derecho dinámico y que consta de dos fases muy diferenciadas: la primera que se compone de la concesión —ya sea por un particular o por un órgano administrativo (generalmente el municipio)— (23) de un derecho real limitado por el propietario del fundo al superficiario. Y la segunda fase que engloba el ejercicio del derecho en sí mismo, y consiste en la actuación del superficiario desarrollada en el tiempo y compuesta por el derecho a construir o mantener la construcción ya existente, dando lugar a la construcción, y, por supuesto, a la obtención del derecho de propiedad sobre la propiedad superficiaria separada del fundo.

Precisamente por esta especificidad: el nacimiento de una propiedad superficiaria separada del suelo sobre el que se asienta, el legislador urbanista en su momento pensó en la conveniencia de que dicho hecho constase en el Registro (órgano público que posibilita la cognoscibilidad de la existencia de los derechos reales, de su desarrollo, y también de todas las cuestiones relativas a los mismos). Como el suelo es público, generalmente patrimonio municipal, se cree conveniente indicar que la constitución del derecho de superficie deberá realizarse a través de documento notarial escritura pública y, además, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro. A fin de garantizar el posible conocimiento por todos los interesados se pretende la inscripción para que constituya eficacia. Sin más.

Siempre hemos mantenido que estas palabras dieron pie, al legislador hipotecario, para que apenas tres años más tarde, en 1959, cuando se procedió a la reforma del Reglamento Hipotecario, se utilizase para referirse a la inscripción del derecho de superficie y «aprovechar la ocasión» para fijar su carácter constitutivo. Hecho que, como hemos indicado más arriba, no era extraño al Reglamento, pues ya había tenido lugar en Reglamentos anteriores (1863 y 1870), aunque con un contenido muy diferente.

Pero, ¿cuáles fueron los términos utilizados por el legislador reglamentario que ha dado lugar a tanta literatura jurídica?

En el precepto 16.1.º introducido en 1959, mantenido tras la reforma de 1998, y ahora con la sentencia de 2001 mantenido en vigor (aunque sin olvidar que puede ser tachado de ilegal en cualquier sentencia posterior), señalaba y señala que *«para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos...»*

(23) Depende de la normativa autonómica. Vid. la legislación del suelo de Castilla-La Mancha, pues se refiere a la Junta de Comunidades... (nota a pie de pág. 6).

Así pues, la expresión dudosa contenida en el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956, que señalaba que el derecho de superficie «deberá, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad», fue aprovechada por el RH de 1959, que afirmó el carácter constitutivo de la inscripción. La inscripción pasa de ser únicamente un *requisito constitutivo de su eficacia* en la Ley del Suelo, a ser un *requisito constitutivo de existencia*, y, consiguientemente, de validez, en el Reglamento Hipotecario. Este juego de palabras entraña la clave definitiva de todos los problemas existentes en torno a la figura. El Reglamento no se limitó a determinar los requisitos que deberán contener los títulos en que se constituya la figura a efectos de su inscripción, sino que introdujo una precisión sustantiva que incluso va en contra de un principio general de derecho como es la de la constitución de los derechos reales en nuestro ordenamiento, recogido en el artículo 609 del Código Civil.

Sin ánimo de realizar ninguna justificación, y tras la exposición histórica de las diferentes normativas que tuvieron lugar, considero necesario exponer cómo tras la publicación de la Ley del Suelo de 1956, se creó un clima de cierta inseguridad por los términos que utilizó el legislador urbanista, pues podía creerse que, o bien estaba pensando en la constitución de la figura como todos los derechos reales, a través del título y de la tradición y para su eficacia frente a terceros la obligación (deberá) de proceder a realizar la inscripción registral, o bien puede pensarse que el legislador urbanista realmente quería destacar el carácter constitutivo de la figura aunque, obviamente, referida sólo a la modalidad urbana, esto es, cuando la constituía el ente público, o el suelo era de patrimonio municipal, donde se exigía que como requisito de su existencia debía inscribirse.

Inseguridad o incertidumbre que fue zanjada, independientemente de que fuera o no acertada (como en esta sentencia se ha puesto de manifiesto), con la publicación del Reglamento Hipotecario que de forma contundente determinó el carácter constitutivo de la inscripción para la institución superficiaria en su modalidad urbanística (que según la corriente unitaria existente en la doctrina es la única posible).

Con ello el Reglamento Hipotecario se convirtió en un reglamento *contra legem*, puesto que claramente conculcó y destruyó uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico, en relación con el derecho de superficie, al exigir para su constitución no sólo el título y la *traditio* como todo derecho real, sino también la inscripción registral. Cuestión que ha venido a certificar la sentencia del Tribunal Supremo más de cuarenta años después.

Pero es que la sentencia, en base al principio de congruencia procesal y la separación de poderes existente en todo Estado de Derecho, hace únicamente referencia a la posible ilegalidad del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie señalada por el Reglamento Hipotecario

(FJ 13.º, aunque no lo declara en su fallo) lo cual convierte la situación actual igual a la existente en el año 1997, antes de la publicación de la reforma reglamentaria. De modo que puede pensarse que el legislador urbanista está pensando en la obligatoriedad de la inscripción para la modalidad urbanística de la institución, mientras que la modalidad urbana, pactada entre particulares, puede inscribirse o no, únicamente se constituirá como todo derecho real siguiendo lo estipulado en el artículo 609 del Código Civil. *Pero sin duda, en ambos casos la inscripción tiene*, desde el momento de la publicación de la sentencia, idéntico régimen que el mantenido hasta este momento: es decir, carácter constitutivo si se pacta por la Ley urbanística, o carácter declarativo si se pacta en su modalidad urbana, *aunque de hecho se han dado argumentos para mantener la supuesta exigencia del carácter declarativo de la inscripción de la institución.*

Llegados a este punto de la exposición, conviene desarrollar la afirmación contenida en el Fundamento de Derecho Decimotercero de la sentencia, objeto de examen, que señala que los demandados alegan que *«en el ordenamiento urbanístico vigente la inscripción del derecho de superficie es constitutiva»*.

Hemos visto cómo la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 12 de mayo de 1956, en su artículo 158, utilizó una expresión dudosa que podría hacernos pensar en el carácter constitutivo del derecho de superficie, al menos para la modalidad que regula. Precepto que no fue modificado ni por el Texto Refundido de 9 de abril de 1976 (art. 172), ni posteriormente en el Texto Refundido de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992 (art. 288.2), continuando vigente tras la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998, lo que supone que la legislación autonómica urbanística, en cuanto a este aspecto concreto, sigue las indicaciones estatales, es decir, otorga el posible carácter constitutivo de la institución.

Expresión dudosa que nunca ha variado, tras las sucesivas reformas de la ley, incluso en relación con esta Institución, lo que también puede hacernos pensar que el legislador urbanista, a fin de no entrar en el tema del carácter constitutivo que se planteaba en torno a la expresión por él utilizada, le convenía que se pensase en que la inscripción tenía realmente tal carácter, y ello por la propia configuración de la institución (argumento a tener en cuenta a la hora de mantener nuestro criterio a favor de regular el carácter constitutivo de la institución en general, para las dos modalidades que creemos existen todavía, aún tras la STC 61/1997).

Pero es que, aunque tal afirmación no fuera realmente exacta, en la práctica, a fin de curarse en salud, además de la garantía que implica la inscripción registral, todos los derechos de superficie urbanísticos continuarán accediendo al Registro, si no con carácter constitutivo, sí con la obligatoriedad que impondrá el *dominus soli*, Corporación Municipal en sus contratos de adhesión.

Como la expresión utilizada por la legislación urbanística es más que equívoca, cabe también la interpretación señalada por la propia sentencia, objeto de comentario, que también hemos recogido anteriormente, *la de mantener que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad*.

En definitiva, en la actualidad, tras la sentencia que declara nula la reforma operada en el artículo 16.1.º RH, nos encontramos con que *realmente la inscripción del derecho de superficie vuelve a ser como hasta ahora se ha mantenido: declarativa para la modalidad urbana y constitutiva para la modalidad urbanística*; pero, y esto es tal vez lo más importante, se dan argumentos de peso para mantener que *puede no ser constitutiva*, ni en su modalidad urbana (porque no lo ha sido nunca, a nuestro juicio), ni en la modalidad urbanística donde, como ya hemos visto, el legislador no lo ha aclarado en ningún momento [aunque tal vez en este caso, en la práctica tendrá un carácter si no constitutivo si obligatorio por la imposición con que una de las partes lo mantendrá motivado por la necesidad de otorgar cognoscibilidad a terceros de la propiedad real de cada parte (*dominus soli-superficiario*) en cada momento de la configuración de la institución, ya sea en el momento de la constitución (concesión), o, posteriormente, en el momento de desarrollo de la institución (construcción)] (24).

(24) Queremos proponer desde este momento, qué pasaría si se considerase ilegal la totalidad del artículo 16.1 del RH en cuestión, esto es, no sólo la reforma operada en 1998, sino el precepto de 1959.

La cuestión es importante por si se acude a un nuevo procedimiento en base a todos los argumentos expuesto por el TS en esta sentencia. Así pues, imaginemos que se considera desaparecido el artículo 16.1.º RH y sobre todo el carácter constitutivo de la inscripción, ¿qué pasaría? Pues que una vez considerado nulo el artículo 16.1.º RH, la modalidad urbanística ya no continuaría necesitando la inscripción para la existencia del derecho, puesto que la inscripción sólo es requisito de eficacia frente a terceros, como ha puntualizado en esta STS el Tribunal Supremo, esto es, la inscripción de esta modalidad no sería constitutiva.

No obstante, no se produciría ningún cambio en torno a la modalidad urbana común, cuyo carácter siempre habría sido declarativo, pues entre particulares, siguiendo los principios generales del Código Civil, los derechos reales nacen en virtud de título y modo, pudiendo o no, a voluntad de los particulares, acceder al Registro de la Propiedad o no. El contenido del Reglamento Hipotecario no puede afectar al contenido del Código Civil en virtud del principio constitucional de jerarquía normativa.

En ambos casos, modalidad urbana común y urbanística, el Registrador procedería únicamente a practicar el asiento de inscripción, cuando las partes así lo desearan, con el contenido de los aspectos existentes en el título constitutivo, sin tener en cuenta los requisitos exigidos por el artículo 16.1.º RH, pues al ser declarados nulos no serían exigibles por el Registrador en su calificación con carácter obligatorio.

Pero es que, además de ocurrir esto, la declaración de nulidad del artículo 16 del RH, donde se mantenía el carácter constitutivo de la modalidad urbanística, conllevaría la necesidad de hacer constar que el hecho de ser la inscripción meramente declarativa, los

Situación que esperamos y deseamos sea resuelta próximamente a través de la modificación de la Ley Hipotecaria y la inclusión en ella de la institución, objeto de estudio, por la importancia del tema, pero sobre todo ahora tras la inseguridad que entendemos ha introducido la STS y consideración de ilegalidad de la reforma registral de la Institución de 1998.

Ley Hipotecaria que debería concretar la existencia necesaria, a nuestro juicio, del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie para ambas modalidades. Y ello porque, como es sabido, para la perfecta constitución de un derecho real se requiere el título pero también la *traditio*, es decir, el traspaso posesorio, sobre todo para la producción de los efectos jurídico-reales. En el derecho de superficie se produce esta posesión, pero su apariencia puede no ser muy nítida a efectos de terceros, pues la posesión puede no aparecer claramente diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recae el derecho, y, al ser necesario el requisito de inmediatividad implícito en la tradición posesoria, sería conveniente obtener la publicidad derivada de la inscripción registral (25).

pactos existentes en el título constitutivo que no se inscribiesen tendrían únicamente efectos obligatorios entre las partes, pues realmente no existirían frente a terceros al no acceder al Registro. Así pues, la eficacia de los pactos contenidos en la escritura pública frente a terceros sólo tendría lugar cuando se inscriban. En la modalidad urbana, al ser declarativo (antes y después de la declaración de nulidad del RH) y, además, al no haber requisitos específicos que sean exigibles por el Registrador, los pactos contenidos en el título tendrían eficacia *inter partes* y serían oponibles a terceros si los mismos accediesen al Registro.

(25) El titular de un derecho real de superficie tiene la potestad directa e inmediata sobre el suelo y además sobre el suelo ajeno —del *dominus soli*—, pudiendo ejercitar la posesión, y así satisfacer su interés principal que es el edificar y mantener la edificación superficiaria. De manera que, aún sin contacto directo con el suelo ajeno, existe su posesión (no es necesaria una aprehensión inmediata posesoria de la superficie, pues existe una posesión del derecho), a través del título, aunque el problema radica en este caso que puede que incluso éste no exista. La situación del superficiario es semejante a la de un poseedor mediató del suelo ajeno, del cual el propietario del mismo es poseedor inmediato. Pero es que el superficiario puede demostrar la posesión del suelo ajeno no materialmente, pues no ha edificado aún, pero sí en base al artículo 438 del *Código Civil*, es decir, a través de la *traditio ficta* (posesión embebida en la escritura pública, si ésta existe), pues que no haya materialización de la posesión durante un corto período de tiempo, no significa que no haya inmediatividad de la tradición posesoria. Al igual que, una vez que ha construido el superficiario y no posee materialmente su propiedad superficiaria, no debe pensarse que la misma, sin más, pertenece al dueño del suelo. Y ello porque en ambos casos aquél está legitimado como poseedor para proteger su posesión a través de los interdictos, ya sea para mantener su situación posesoria como para la restauración de la misma si le ha sido despojado (no sólo por un tercero ajeno a la relación, sino incluso también por la actuación de su padre, propietario del suelo y poseedor inmediato del mismo durante el período de inmaterialidad del derecho de superficie). En base a estas afirmaciones podemos señalar que existe «cierta» publicidad posesoria (implícita en la *traditio ficta*). Sin embargo, como hemos dejado constancia, existe una falta de apariencia posesoria importante, sobre todo a efecto de terceros: primero, desde

Precisamente por esta falta de exteriorización posesoria sería conveniente, como así hemos venido exponiendo en todos nuestros trabajos anteriores, que de *le ge ferenda* se estableciera este carácter constitutivo de la inscripción, y se hiciera mediante la vía legal adecuada, que además tras esta sentencia, queda claro que es la de la constatación expresa vía inclusión en la necesaria reforma de la Ley Hipotecaria. Además en el caso de que la Ley Hipotecaria proceda a declarar constitutiva la inscripción del derecho, entendemos que no habrá duda sobre su afectación a todas las modalidades de derecho de superficie.

B) *Argumentos relativos a la necesidad de establecer legalmente el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie*

En sus alegaciones, mantienen también los demandantes que «*el desbordamiento de los límites del Reglamento se aprecia también al establecer en sus apartados a), b), c), d) y e) las circunstancias que deben reunir los títulos públicos en que se establezca el derecho de superficie, además de las necesarias para la inscripción, declarando finalmente, que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso*».

Como es sabido, la Reforma del Reglamento Hipotecario, de 17 de marzo de 1959, planteó de acuerdo con el carácter constitutivo de la inscripción del derecho, la necesidad de constar en dicho asiento de inscripción una serie de cuestiones, de requisitos, que pasan a tener un carácter esencial para el derecho.

Así, el artículo 16.1.º estableció (y tras la STS objeto de comentario se mantiene) que:

«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.

la perspectiva del superficiario, en relación con la superficie desde el momento en que se concede el derecho hasta que se procede a la edificación y, posteriormente, desde la perspectiva del concedente, pues cuando el titular del derecho real ha edificado, se puede creer que el superficiario es dueño del suelo y del vuelo. En consecuencia, la cuestión radica única y exclusivamente en que los terceros conozcan la existencia del derecho en estos supuestos de inmaterialidad.

- 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.»

No obstante, casi todos estos requisitos fueron *modificados o ampliados* por la reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998, que establecía lo siguiente:

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

- a) Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por las que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie.
No obstante antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal.
- b) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyese a título oneroso.
- c) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años, sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.
- d) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
- e) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso (26).

Es lógica la postura de los demandantes, que al establecer la ilegalidad del precepto, se centran básicamente en el carácter constitutivo de la inscripción, como ya hemos visto, pero también entienden que el legislador reglamentario se extralimitó en su día, 1959, y posteriormente en 1998, al exigir la obligada existencia de una serie de requisitos en la inscripción del derecho de superficie en particular, que no son necesarias para cualquier inscripción en general, y que el legislador reglamentario entendió necesarias precisamente por el carácter constitutivo de la misma, por la especificidad de la figura, además de las exigencias básicas de cualquier inscripción.

Basa el Tribunal Supremo la extralimitación, en que todas las cuestiones o requisitos que el legislador reglamentario propone y delimita *afectan a la definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (art. 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (art. 149.6.^a y 8.^a)* (27).

(26) Con esta nueva regulación del derecho de superficie, como explicaba el Preámbulo del Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, se unifican los plazos de duración de este derecho y se aclaran los efectos que tienen la declaración de construcción fuera del plazo de edificación inicialmente previsto.

Modificación que, a mi juicio, supuso la introducción de ciertos aspectos positivos como la de la actualización de la figura en torno al plazo, y las cuestiones de reversión parcial de la propiedad superficiaria o la inclusión de prórrogas definidas de la situación superficiaria, y que desde luego sirven para sustentar mi tesis dualista del derecho de superficie.

En general, cabe señalar que las modificaciones suponen un avance en la escasa tipificación y regulación del derecho de superficie.

(27) Concretamente se establece en el Séptimo Antecedente de Hecho de la sentencia, que los demandantes consideran la ilegalidad del artículo 16 reformado del Reglamento Hipotecario por imponer «...además, que los títulos públicos en que se establezca dicho derecho contengan una serie de circunstancias, lo que excede de las posibilidades de un Reglamento, exigiendo también en este precepto reglamentario, con evidente exceso, que se precise el número de plantas, al mismo tiempo que establece un plazo máximo y la prohibición de comiso, lo que excede de las posibilidades de una norma reglamentaria adjetiva y deberá establecerse en norma sustantiva con rango de ley formal, pues afecta a la esencia misma del derecho...»

Posteriormente en su escrito de conclusiones (Antecedente de Hecho Décimo) los demandantes arguyen que *el precepto se extralimita imponiendo exigencias que van más allá de las circunstancias necesarias para la inscripción (establecimiento de plazos arbitrarios, regulación del contenido de los contratos o la prohibición del comiso).*

Por su parte, el Abogado del Estado, tal y como se describe en el Antecedente de Hecho Octavo, entiende que «la alusión a las demás circunstancias necesarias para la inscripción no significa una extralimitación del precepto sino una revisión a las circunstancias comunes a la inscripción que no se repiten con la finalidad de adicionar a dichas circunstancias otras impuestas por la especificidad del derecho y que también son circunstancias para la inscripción del derecho de superficie, dudando los recurrentes de la interpretación que deba darse el precepto...» (28).

C) *Examen detallado de cada uno de los requisitos anteriormente exigidos por el artículo 16.1.º del RH. La ilegalidad y nulidad del precepto reglamentario y su situación actual*

a) Plazo de duración del derecho

El artículo 16.1.º a) del RH de 1959 señalaba y señala actualmente que «...el 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».

La reforma del Reglamento de 1998 siguió el criterio del TRLS de 1992 de mantener que «el plazo de duración del derecho de superficie que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares» (las palabras subrayadas constituyen la modificación).

Independientemente de lo ya establecido en trabajos anteriores y que esquemáticamente recordaremos a continuación, la cuestión a analizar se centra en la realidad actual del plazo, tras la regulación urbanística estatal, autonómica y la existente en la normativa civil específica en las dos autonomías: Navarra y Cataluña (29).

Pero detengámonos brevemente en el esquema de la reforma, señalando las soluciones que aporta y las olvidadas de realizar, y la realidad existente hasta la STS de enero de 2001.

(28) Según el Antecedente de Hecho Noveno, el Colegio de Registradores no argumentó nada en relación con el apartado primero del artículo 16, en defensa de su legalidad.

(29) Conocemos la existencia de una normativa al respecto en la Comunidad Autónoma catalana (centrada en la existencia de una cierta especialidad civil en su tradición jurídica en materia de accesión edificatoria —art. 278 de la *Compilación*—) todavía en tramitación parlamentaria, pero desconocemos aún el texto concreto, que será, sin duda, objeto de un trabajo posterior.

La reforma reglamentaria corrigió el desfase en relación con el plazo de constitución y duración de la propiedad superficiaria, propiciado por las modificaciones y ampliaciones de la propiedad temporal en que consiste el derecho de superficie en las distintas leyes urbanísticas. Solución legal adoptada que fue la que se venía manteniendo por la práctica registral, que de hecho venía estableciendo la fijación, como plazo máximo, el estipulado en el anterior TRLS desde 1976 y que continuó idéntico en el artículo 289.2.º del TRLS de 1992, precepto declarado en vigor por la STC 61/97 (30).

Reforma que solucionó el principal problema: el relativo a que el Reglamento —que recordemos imponía el carácter constitutivo de toda la institución, independientemente de las dos modalidades existentes—, recogía un plazo de constitución de la Institución único de cincuenta años.

No resuelve, porque no es el lugar adecuado, los problemas referidos a la posibilidad de existencia de la modalidad urbana común, que recordemos puede incluso constituirse a perpetuidad si ambas partes lo desean en base al principio de autonomía negocial, aunque desde luego ni será lo más práctico o útil, ni de hecho se produce en la práctica (31). El Reglamento no tuvo presente la posibilidad de que los particulares pudieran constituir la figura al margen de las normas de la Ley urbanística, con peculiaridades especiales.

Al mantener la reforma reglamentaria los plazos señalados por la legislación urbanística se entiende el carácter genérico, pero no único, de la existencia de los mismos. Solución que halla justificación en que la materia de Registros públicos es de orden estatal, según el artículo 149 CE. Como el artículo 289.2 TRLS constitucional y en vigor tras la Ley de 1998, es de carácter estatal, no cabe la posibilidad de que las CCAA en materia urbanística propongan otros plazos.

La modificación reglamentaria recoge el plazo del derecho de superficie porque origina una propiedad separada de carácter temporal, y es esencial su constatación —aunque sea en vía reglamentaria— sobre la base del principio

(30) Y que rezaba y reza así: «El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares». Precepto que queda en vigor tras la sentencia del Tribunal Constitucional, tal y como hemos señalado en el texto, porque en el punto 2.º del fallo de la STC se declara únicamente la inconstitucionalidad, y por tanto su mantenimiento, puesto que implica el mantenimiento en vigor de la limitación estatal del plazo cuando el derecho de superficie es concedido por una entidad local que debería, al igual que ocurrió con el artículo 287.1.º haber sido derogado... No obstante, parece que ninguna legislación autonómica ha incidido en ello, lo que demuestra que se ha pasado por alto esta cuestión, o que se entiende acertado el plazo.

(31) Mantengo tal planteamiento pese a haber sido tachado dicho argumento de anecdótico y único en la actualidad por MEZQUITA DEL CACHO, en su último artículo de esta figura, «El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa», *cit.*, nota núm. 16 de la pág. 452.

hipotecario de especialidad, siendo necesario con carácter genérico su constatación registral, pero específicamente en este caso donde el RH consideraba constitutiva la inscripción. En caso contrario, la no constatación del plazo de la propiedad superficiaria en el asiento de inscripción del derecho, éste sería considerado inexistente por ausencia de un requisito esencial.

Este requisito de la determinación del plazo es uno de los aspectos fundamentales del principio de especialidad, sobre todo en aquellos derechos, que como el que estudiamos, puede pactarse con carácter temporal (modalidad surgida al amparo de la Ley urbanística), siendo totalmente necesario hacerlo constar claramente en la inscripción a los efectos de la seguridad jurídica, no sólo en la modalidad urbanística, sino también en la urbana común cuando se proceda a su inscripción.

Hoy, las legislaciones autonómicas continúan manteniendo tal finalidad del derecho de superficie de forma indirecta, cuando señalan el destino de la institución. Además, continúa regulándose la figura dentro del ámbito del Patrimonio Municipal del suelo, y generalmente tras los preceptos dedicados a las cesiones (cuyo destino será el de la construcción de viviendas sujetas al régimen de protección pública) usos de conservación o mejora del medio ambiente o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico...

Pero realmente lo que nos importa en este breve análisis consiste en determinar qué supone realmente *la consideración de ilegal y nulo de la reforma del plazo registral de duración de la institución* (32).

En principio, hay que diferenciar que una cosa es la regulación de la institución de carácter urbanístico y civil, y otra cosa bien distinta es el plazo de duración del derecho que debe contenerse en el asiento de inscripción, que continúa entendiéndose constitutiva en la modalidad urbanística.

Esto implica que las partes pactarán un plazo y que a la hora de calificar el Registrador, al igual que hacía antes, no se limitará a recoger el plazo de cincuenta años que mantenía el propio RH de 1959, sino que se ajustará al

(32) Pero *imaginemos* que la STS no sólo declara ilegal la reforma operada en 1998, sino el precepto reglamentario en cuestión, en tal caso cabe plantearse lo que ocurriría tras la declaración de nulidad del requisito del plazo reglamentario, teniendo en cuenta que tanto la Ley del Suelo como el Reglamento Hipotecario, hasta ahora habían señalado como necesario la existencia de un plazo para delimitar la concesión del derecho. La respuesta que habría que dar sería la de la continuidad de la existencia de los plazos marcados por la ley urbanística. Plazos que podrían introducirse, o no, en el asiento de inscripción, que ahora se convertiría en declarativa puesto que se habría partido de la ilegalidad del carácter constitutivo de la inscripción mantenido por el precepto reglamentario. La cuestión planteada tiene importancia teniendo en cuenta que al ser un derecho esencialmente de duración temporal este requisito se debería contener en el asiento, aunque no se exigiese con carácter constitutivo, en base precisamente al principio hipotecario de especialidad o determinación.

acuerdo de las partes que *generalmente seguirán los criterios y plazo urbanísticos*, esto es, o setenta y cinco o noventa y nueve años. Criterio que, sin duda, reafirma el mantenimiento del criterio dualista del derecho de superficie, esto es, que en el caso que nos ocupa el Estado y/o las CCAA tengan un plazo limitado para la constitución de la propiedad superficiaria separada temporal que no podrá nunca exceder de setenta y cinco años. Mientras que los particulares se establece por la ley urbanística un límite —también máximo de noventa y nueve años— aunque siempre tendrán la posibilidad de pactarlo con un carácter indefinido (esto es, sin concreción temporal), o a perpetuidad con posibilidad de ser liberado o recuperado, indiferentemente de que las partes no utilicen esta posibilidad, lo cual no significa que no proceda en base a la derogación del principio de accesión, a la libertad negocial, y al *numerus apertus* de derechos reales. Para quienes la inscripción, además, no tiene ese carácter constitutivo.

b) Prórroga del plazo de duración del derecho

La reforma del Reglamento Hipotecario de 1998 incluyó un párrafo, en este apartado a), que hacía referencia a la posibilidad de prórroga en los siguientes términos: «No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal».

¿Qué supuso tal inclusión? El legislador reglamentario hace referencia, y consiguientemente, reconoce la existencia de un pacto de *prórroga definida*: esto es, un plazo de tiempo de duración del derecho de superficie que se prolonga, retardándose el término, su extinción y la consiguiente reversión (33).

Textualmente el legislador reconoció que la situación superficiaria podría prorrogarse, pero realmente, en términos jurídicos exactos significa que a fin de prorrogarse la misma, lo que se prorroga es el derecho real que sustenta la propiedad superficiaria separada ya construida.

En cuanto al plazo de la prórroga, el legislador expresamente concretó que debía ser por *un tiempo limitado, no ser superior al máximo legal*, haciendo clara referencia a la legislación urbanística. El legislador fue demasiado previ-

(33) Lo que supone que con una expresión de carácter abstracto y genérico se posibilita reglamentariamente, y no legalmente, que «podrá prorrogarse la situación superficiaria». Declaración que nos da pie para determinar que lo que se prorroga es la situación jurídica superficiaria que implica y conlleva la prórroga del derecho real que la sustenta y la propiedad superficiaria-separada ya construida. La situación superficiaria puede haberse transmitido de cualquier forma, de manera que los sujetos que la integren no sean los mismos que los iniciales (por ambas partes, no sólo *el dominus soli*, sino también el superficiario). Situación superficiaria que conlleva la continuación de la existencia del derecho real originador de la misma.

sor al señalar que «antes de su vencimiento» podrá establecerse la prórroga, afirmación obvia, ya que una vez finalizado y extinguido el derecho de superficie nunca cabría su prórroga (sino una nueva constitución) precisamente por la existencia del elemento esencial de la reversión de la propiedad superficiaria a manos del ente concedente. De darse el supuesto se podría pactar otro derecho de superficie pero nunca su prórroga. En definitiva, la prórroga nacerá siempre dentro del plazo de existencia del derecho de superficie.

Los partidarios de la concepción unitaria del derecho de superficie verán sin duda una extralimitación en esta novedad reglamentaria que contradice la posibilidad de prórroga sustentada por el TRLS (34).

Extralimitación: puesto que estamos dentro del ámbito reglamentario y además hipotecario, y no dentro del ámbito legal. Y, extralimitación porque el legislador no concreta si se puede llevar a cabo la prórroga con un límite máximo determinado imperativamente por la ley urbanística (setenta y cinco o noventa y nueve años), o cabe que de la modalidad urbana común se pacte la prórroga independientemente de estos plazos (por su posibilidad de pactarse indefinidamente).

En su momento nos pareció acertada esta posibilidad que el legislador trazó, independientemente de la forma y el lugar en donde se llevó a cabo, pues como previamente ya habíamos señalado, *no creíamos que la prórroga originase la desnaturalización del derecho de superficie* (precisamente por nuestra teoría de la doble modalidad). Además consideramos adecuada, y en determinados casos necesaria, la existencia de prórrogas definidas beneficiosas tanto para ambas partes como para la construcción que será convenientemente conservada. No obstante, entendemos que tales prórrogas deben ser comunicadas con la antelación suficiente de tiempo a fin de prorrogarse o pactarse los nuevos caracteres del derecho (plazo, canon, mantenimiento de la edificación o cualquier tipo de prohibiciones...).

Pero, ¿qué ocurrirá tras la desaparición de la modificación contenida del precepto reglamentario?

A mi juicio, creo que seguirá siendo válida y posible la prórroga en la práctica, desde luego para la modalidad urbana común, independientemente de que acceda o no al Registro, y sobre todo de que no se halla previsto expresamente por la legislación urbanística (35).

(34) Así pues, DE LA CÁMARA AGUILA («Breves consideraciones acerca de la reforma del art. 16 RH por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre...», *cít.*, pág. 2004), entiende que en este aspecto el RH es *contra legem* y, por consiguiente, debe considerarse carente de validez en este aspecto.

(35) Téngase en cuenta que si es la propia Corporación Municipal la que desea —por ejemplo, con fines políticos— la prórroga del derecho de superficie, será la primera en que el pacto acceda al Registro de la Propiedad.

No sería tan disparatado entender, en relación con la modalidad urbanística, la posibilidad de pactar cualquier prórroga —aunque aún expresamente no se haya previsto— siempre que no supere el máximo legal establecido por la propia Ley del Suelo de setenta y cinco años cuando el ente público fuera el que ha pactado el derecho de superficie (prórrogas que se utilizan también en los países de nuestro entorno, recordemos el caso del sistema portugués, que las incluye habitualmente en el ámbito urbanístico. Ley portaria) (36).

¿Sería conveniente que la Ley Hipotecaria recogiese tal posibilidad en una futura reforma? Y, de no hacerlo, ¿qué deberíamos entender, que no sería válida la prórroga?

Contestando a la primera pregunta, cabe recordar que hemos partido de la necesidad y de la importancia del carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie por sus especiales y específicos caracteres, de ahí que como anteriormente hemos señalado en base al principio de seguridad jurídica sería conveniente y necesario que la Ley Hipotecaria detallase todos los puntos concretos que deben contenerse en el asiento de inscripción del derecho de superficie. De no hacerlo, el derecho de superficie, como cualquier otro derecho real nacido en base al título y el modo, sería válido no sólo conforme a los criterios imperativos de la Ley del Suelo en el caso de que fuese el municipio quien sobre suelo patrimonio corporativo lo constituyese, sino también de acuerdo con los pactos que las partes creyesen oportuno establecer en base a su autonomía negocial. De manera que si se pacta la prórroga en base al principio de especialidad, el Registrador, al calificar la escritura, procederá a hacerlo constar en el asiento a los efectos de seguridad jurídica, independientemente de que la ley urbanística guarde silencio al respecto y el reglamento también.

c) Reversión de la propiedad superficiaria a manos del *dominus soli*

En este mismo apartado a) del artículo 16 del Reglamento Hipotecario de 1959, se recogía también la reversión de la edificación a manos del dueño del

(36) Volvamos al juego inicialmente propuesto de entender derogado totalmente el artículo 16.1.º RH, y por consiguiente no se hiciese referencia alguna a la cuestión de las prórrogas del derecho. Recordemos que previamente se habría declarado la ilegalidad y nulidad del precepto que implicaba el carácter constitutivo y la inclusión para su existencia de la prórroga del derecho en el asiento de inscripción, esto es, el acceso de tal circunstancia al Registro de la Propiedad con carácter constitutivo. De manera que aún sin constar la existencia de este requisito, podría acudir al Registro en la inscripción declarativa.

suelo, SALVO PACTO en contrario (37). Pacto que posteriormente fue reformado extensivamente por el Reglamento de 1998 en los siguientes términos: «...salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por la que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie...»

Esto significaba que tras mantener el Reglamento Hipotecario, en un primer momento, la reversión total de la edificación a manos del concedente, siguiendo el imperativo legal marcado por la legislación urbanística para su modalidad, el Reglamento se aparta de esa línea y amplía las posibilidades. ¿Por qué? Porque en realidad, a mi juicio, el legislador se da cuenta de los distintos supuestos de hecho que pueden surgir al amparo de la modalidad urbana común. Esta modificación, posterior a la sentencia del TC, recordemos, es una de las afirmaciones que confirman la teoría que mantenemos de las dos modalidades de derecho de superficie.

Dos modalidades que se sustentan en el hecho básico de que en la modalidad urbanística, el legislador prevé como consustancial el plazo de término de concesión, y también entiende que es un elemento esencial la reversión de lo edificado, y que esta reversión se produzca imperativamente a manos del *dominus soli* o concedente del derecho. ¿Por qué? Porque la finalidad de la institución, que todas las leyes del suelo se han encargado de repetir y recordamos, es *la construcción de viviendas y otras edificaciones con fines de promoción social*, de ahí que el derecho se constituya y el concedente sea la Corporación patrimonial sobre suelo municipal del que dispone en exceso, consecuencia de las cesiones obligatorias impuestas a los particulares por el propio planeamiento urbanístico.

La reversión en conexión con la nota de temporalidad, de la que además deriva, se produce tras la finalización de la relación superficiaria al adquirir plena vigencia el principio de accesión. Al ser un elemento consustancial de la misma, fijado por el legislador urbanista imperativamente para su modalidad, *no puede ser derogado por pacto de las partes*. Lo cual no significa que en lo que nosotros hemos denominado la modalidad urbana común, donde los parti-

(37) En base a esta salvedad referida a la reversión, consideramos, frente a otros criterios, que se presume que el derecho de superficie se puede constituir (al menos teóricamente) con carácter perpetuo, argumento que sirve para admitir la modalidad urbana común del derecho de superficie pactado al amparo del Código Civil. A mi juicio, la intención del legislador urbanista no ha sido en ningún momento la de otorgar a esta institución, cuando es constituida sobre suelo patrimonio de las Corporaciones Locales, un carácter perpetuo, pues ello llevaría a la desmembración de la propiedad (de una propiedad pública) al establecer de modo indefinido un dominio del suelo, y otro, del vuelo. Pero, no olvidemos que no se ha señalado nada en relación con el posible carácter indefinido del derecho de superficie pactado entre particulares.

culares gozan de plena autonomía negocial, no pudiese pactarse tal posibilidad de reversión parcial a manos del concedente o de un tercero, tal y como posteriormente el Reglamento, seguramente conocedor de estos pactos en la práctica registral, alzó a nivel reglamentario. Incluso tras la sentencia constitucional que algunos han entendido como reafirmadora del unitarismo de la institución continuaba existiendo legal y prácticamente la doble modalidad.

Afirmar la existencia imperativa del elemento de la reversión de la edificación superficiaria separada del suelo a manos del concedente implica negar toda posibilidad de derogación de la reversión como la venta del suelo al superficiario, o la conversión en una copropiedad entre el dueño del suelo y el dueño de la construcción, o la venta del suelo al propietario de la construcción a la expiración del derecho. Reversión que es esencial porque el suelo es Patrimonio Municipal, utilizado con un fin meramente social, y como tal ha de volver siempre a dicho Patrimonio.

Los particulares, por su parte, en base a su autonomía de la voluntad, pueden pactar en el momento de la constitución del derecho, o más tarde, la adquisición del suelo por el superficiario, o la no reversión de la propiedad superficiaria al concedente, o incluso su reversión a un tercero, o simplemente la reversión parcial al concedente. Incluso caben otros pactos de otro estilo como son la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto (¿para qué quiere el concedente una edificación de ochenta años, por ejemplo?), o el supuesto contrario de restauración de la propiedad superficiaria antes de la extinción del derecho de superficie por el transcurso del tiempo, a fin de recibir un edificio en buen estado que pasará a ser suyo tras la derogación del principio de accesión.

Una vez concretada por vía reglamentaria la posibilidad de *reversión parcial*, era obvio que se detallase, en base al principio de especialidad, los pactos relativos a la futura propiedad horizontal, fijándose la cuota que corresponderá al superficiario, aunque no se señala nada por eliminación la que le corresponderá al *dominus soli*, y las normas de comunidad por las que se registrará el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie (38).

(38) ARNÁIZ EGUREN («Notas sobre el contenido de los arts. 13, 16, y 68 RH, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de vuelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1999, pág. 61 y sigs.) mantiene que aunque se pacte la reversión parcial puede que no tenga lugar nunca la constitución del régimen de propiedad horizontal. En cuyo caso, a su juicio, caben tres posibles situaciones. La primera, referente a la situación de prehorizontalidad mientras subsista la situación de propiedad superficiaria, que se dará en el caso de que se cumpla un doble requisito. En primer lugar que la parte de edificación se determina mediante la constitu-

Los partidarios de la tesis unitaria del derecho de superficie entienden que el reglamento de 1998 es un reglamento *contra legem*, puesto que la concepción urbanística del derecho de superficie prohíbe expresamente la posibilidad de reversión parcial, y ello porque, en todo caso, lo edificado revierte a manos del *dominus soli* (39).

¿Qué ocurrirá ahora, tras la declaración de ilegalidad y nulidad de la reforma del artículo 16.1.º del RH de 1998, y la vuelta al estado anterior?

El problema reside en que el Reglamento Hipotecario de 1959, como ya hemos señalado, está desarrollando la modalidad contenida en la Ley del Suelo, pero, sobre todo, el carácter constitutivo de su inscripción. Lo que plantea problemas de conexión al ser posible también la constitución de la modalidad urbana del derecho de superficie y su inscripción en el Registro con carácter declarativo. De esta manera no puede por menos de constatar, como ocurre en este caso, la posibilidad de que dicha modalidad tenga caracteres independientes y contrarios a los establecidos por la Ley del Suelo, como es su posibilidad de duración por tiempo indefinido, o la inclusión de otros pactos (como la no reversión de la propiedad superficiaria al dueño del suelo, o la reversión pero a un tercero). Situación —por otro lado, difícil de que ocurra en la modalidad urbanística donde el plazo de tiempo pactado y la reversión— son requisitos imperativos.

La nulidad de la reforma del artículo 16.1.º RH, sustentada por las Asociaciones de Notarios, se centra en su consideración de Reglamento *contra legem*, pero contra la Ley Hipotecaria que no establece el carácter constitutivo de su inscripción —y que es precisamente quien debería establecerlo, como así nosotros hemos mantenido en todo momento. De acuerdo con este primer argumento concretan la nulidad de todos los requisitos que se imponen precisamente por el carácter constitutivo de la inscripción del derecho, y que deben constar en ella al considerarse ésta constitutiva— (argumentos que han sido decisivos para el fallo de la sentencia en su favor, pero sólo a los efectos de mantener la nulidad de la reforma, no la nulidad de la cuestión del carácter

ción obligada de régimen de propiedad horizontal, y en segundo lugar que la propiedad superficiaria se mantenga en la titularidad única del propio superficiario, de forma que la necesidad de propiedad horizontal surja en el momento de la extinción del derecho. La segunda, referida a la situación inmediata de propiedad horizontal, en cuyo caso la apropiación por el titular de los pisos o locales cuya propiedad ha de conservar se condicionará a la extinción del derecho, pero el régimen de propiedad horizontal surge desde el momento de otorgamiento del título constitutivo por el superficiario. Y la tercera referente a la situación de reserva de apropiación, sin necesidad de constitución futura de propiedad horizontal.

(39) CÁMARA AGUILA, «Derecho de superficie urbano. Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del RH por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 649, pág. 2005.

constitutivo que en realidad era lo que se pretendía). Pero no se señala en ningún momento que sea un reglamento *contra legem*, en el sentido de serlo contra la Ley del Suelo que imperativamente ha establecido un molde rígido para la creación de la institución y que debe ser seguida por todos, Corporación Municipal y particulares, sin posibilidad de libertad para estos últimos.

De manera que la consideración de ilegal y nula de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario no significa que los particulares no puedan constituir cuantos pactos en torno a la reversión consideren oportunos, independientemente de que accedan o no al Registro de la Propiedad al dejar de ser constitutiva la inscripción del derecho de superficie.

Todo esto considero que constituye un argumento decisivo para que de *lege ferenda* sea necesaria la modificación de la Ley Hipotecaria que proponemos, y tenga en cuenta las cuestiones relativas a la reversión con los problemas que ella conlleva: sobre todo su necesaria constatación registral a efectos de seguridad jurídica de terceros que puedan conocer con antelación cómo se va a desarrollar el derecho, porque así se establece en su título constitutivo o en un acuerdo posterior que debería inscribirse también, en relación con que la reversión va a tener un carácter parcial, a manos del concedente o de un tercero, y que sus expectativas pueden verse frustradas.

d) Determinación del canon o precio a abonar por el superficiario
al *dominus soli*

El Reglamento Hipotecario de 1959 señalaba en el apartado b) del artículo 16.1.º la inscripción de la «*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*». Apartado, recordemos, actualmente en vigor.

Posteriormente este requisito fue modificado, en cierto sentido, pues en el apartado b) del primer párrafo del artículo 16 RH de 1998, nos encontrábamos hasta ahora únicamente que para la eficaz constitución del derecho de superficie fuera necesario hacer constar la... «*Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyese a título oneroso*» [recordemos que las cuestiones relativas a la reversión fueron introducidas anteriormente en el apartado a) del párrafo 1.º del art. 16 RH].

Aunque realmente parece que apenas existen modificaciones, debemos señalar que éstas tienen lugar implícitamente en la configuración de la Institución en sí. Y ello porque al señalarse por el primer Reglamento que debía determinarse el canon superficiario si el derecho se constituyera a título

oneroso significaba que también podía constituirse a título gratuito. Y ello porque así lo establecía directamente la propia LS de 1956 (40).

La inclusión de la reversión en el primer apartado, la conecta directamente con la propiedad superficiaria temporal que el legislador urbanista proyecta, y no con su consideración como forma de pago que debe realizar el superficiario al cedente de la futura propiedad superficiaria separada (41).

Pero, ¿por qué insiste el legislador reglamentario en la inclusión del elemento del precio en la inscripción de la superficie? La existencia o no de precio es importante a efectos de la *causa* del negocio jurídico. Es frecuente el carácter gratuito del derecho de superficie cuando se concede por el Ayuntamiento para promover la edificación en suelo público (42) —que debe constar en todo caso en la inscripción—, lo que no significa que no se con-

(40) El derecho de superficie podía, y puede, constituirse tanto a título oneroso como a título gratuito. Así, en el primer supuesto, se puede pactar el pago único, o a plazos, estableciéndose un canon anual o mensual, o incluso por los plazos que se fijen mientras dure el contrato y subsista el derecho.

Tras la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo de 1956, MEZQUITA DEL CACHO («El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956...», en *RDP*, 1957, pág. 755) estudió pormenorizadamente el artículo 158 de la Ley del Suelo de 1956 y, por consiguiente, las formas de pago de este derecho (así, distinguía entre: Derecho de superficie constituido por precio alzado. Derecho de superficie contra pago de un canon periódico. Derecho de superficie concedido sin precio alzado ni estipulación de canon periódico, sino simplemente con la contraprestación de que al término de la superficie por expiración del plazo de duración reviertan al dueño del terreno gratuitamente las construcciones y edificaciones realizadas. Derecho de superficie concedido a base de la combinación de las fórmulas anteriormente señaladas...) entendiendo que de éstas el precepto había originado diversas variedades de derechos de superficie. Así, el apartado 3.º del citado precepto introdujo como novedad importante la posibilidad de inexistencia de contraprestación en dinero por parte del superficiario, pero con reversión del todo o parte de lo edificado a favor del *dominus soli*.

En consonancia con dicha Ley, el Reglamento Hipotecario estableció la posibilidad de «reversión del todo o parte de lo construido al finalizar el plazo pactado», introduciendo con ello un elemento de confusión, pues deja entrever que no hace falta que la reversión se produzca cuando finalice el plazo pactado por las partes sino en cualquier momento que hayan establecido las mismas en el título constitutivo que, por ejemplo, puede ser distinto del plazo de duración si la reversión fuere parcial.

VENTURA TRAVESET (*Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal*, Bosch, Barcelona, 1963, pág. 149) señaló la diferencia existente entre este apartado del Reglamento y el artículo 161 de la Ley del Suelo de 1956, matizando que la reversión se produce al extinguirse el derecho de superficie y da lugar al pago de indemnización a favor del constructor superficiario. Reversión que es una contraprestación por la cesión del derecho.

(41) Recordemos que la *reversión parcial* puede consistir en la cesión de uno o varios pisos o locales construidos por el superficiario en favor del propietario del suelo, quedando el resto en manos del superficiario, naciendo una propiedad horizontal.

(42) Pensemos en el supuesto de cesión de suelo en derecho de superficie de carácter gratuito realizado por el Ayuntamiento de Las Rozas, al «barrio» de Las Matas para la edificación del complejo parroquial.

ceda con carácter oneroso (43), al igual que ocurre en la constitución del derecho por los particulares (44).

Además de la necesidad de expresar la causa específica o típica del título en la inscripción (45) es necesario hacer referencia a la causa genérica. Y esto es precisamente la obligación que impone este apartado del artículo 16 RH. De modo que deberá quedar patente en el documento, y, por consiguiente, en la inscripción, si el derecho se adquiere a título oneroso o gratuito, y ello porque tal carácter condiciona la eficacia del acto frente a terceros y la de su inscripción (arts. 34 y 32 LH). De ahí que el dato se deba hacer constar necesariamente en el asiento, porque sólo así se hace posible la aplicación de los preceptos de la Ley Hipotecaria y de la protección que en ella se dispensa. Por otro lado, el carácter oneroso o gratuito del acto puede afectar también a la distinta capacidad necesaria para realizarlo en cada caso, y por tanto, a su validez intrínseca (46).

- e) Plazo para la realización de la edificación. Cuestiones relativas a las características generales, al destino y al costo de la construcción superficial

Frente al establecimiento del Reglamento de 1959 en el que debía hacerse constar para la eficaz constitución del derecho el «...*Plazo pactado para realizar la edificación, sus características generales, destino y costo del presupuesto...*». La modificación del Reglamento de 1998 introdujo una ampliación en la segunda parte del apartado, quedando intacta la primera. Así se recogía hasta la publicación de la STS que para la eficaz constitución del derecho deberá constar «...*el plazo señalado para realizar la edificación, que*

(43) Pensemos en la cesión de terrenos en el Municipio de Valdemorillo para la construcción del parque acuático.

(44) Pensemos en el padre que cede en derecho de superficie un terreno a su hijo para la construcción de su vivienda unifamiliar.

(45) Debemos recordar que en el Registro de la Propiedad español (desde el punto de vista de la relación jurídica registral y de la titularidad correspondiente) se inscribe el derecho de superficie —modalidad urbana (nacido extrarregistralmente)— inseparablemente unido a su título, de manera que ambos forman una unidad inescindible. Sin embargo, en los casos de inscripción constitutiva —derecho de superficie, modalidad urbanística—, se inscribe únicamente el título que es, precisamente, el origen del derecho.

(46) De considerarse nulo este requisito, en base al juego inicialmente propuesto, ¿qué ocurriría? ¿qué implicaría la declaración de nulidad de este requisito? Pues, evidentemente, al no considerarse constitutiva la inscripción, el aspecto oneroso o gratuito del derecho no accedería al Registro como requisito de validez del derecho, de manera que la eficacia del acto frente a tercero puede verse afectada. De ahí el necesario pronunciamiento del legislador hipotecario en cuanto a esta cuestión en dicho hipotético supuesto.

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

Vamos a detenernos, en primer lugar, en el *plazo pactado o señalado para realizar la edificación* (47), y a la concreción de un plazo o término final de cinco años para la realización de la edificación, requisito que es el que precisamente ha sido tachado de ilegal y nulo.

Pero ¿por qué el Reglamento Hipotecario hace referencia al plazo de edificación de la propiedad superficiaria separada? En principio podría argumentarse que la referencia se debe a que en anteriores textos urbanísticos (1956 y 1976) se determinaba que el incumplimiento del plazo de construcción constituía una causa de extinción del derecho (48).

Pero, ¿cuál es el criterio del reformador reglamentario de 1998? Siguiendo las normas urbanísticas, es necesario un plazo para realizar la edificación, ya que todo derecho a edificar debe cumplir dicho plazo, ya sea en base a un derecho de superficie o no, y dentro de aquél aplicable a la modalidad urbana o urbanística. Sin embargo, aunque es exigible en ambos casos, el motivo es diferente, y ello porque en la modalidad urbanística es un requisito sustantivo de su constitución, mientras que en la modalidad urbana, este plazo de edificación, además de ser un requisito únicamente de su inscripción, forma parte además del deber general de solicitar a la Administración municipal la licencia para la construcción, quien controla la edificación por el plazo otorgado para su realización.

Así pues, el TRLS de 1992, en su artículo 289.1.º (no derogado por la LRSV de 1998), en relación con el anterior artículo 35.1.º (sí derogado por considerarse inconstitucional y materia de legislación autonómica) establece

(47) Nótese la diferencia terminológica. En el RH de 1959 se hacía referencia al plazo pactado (acuerdo de voluntades), frente a la posterior modificación donde se insiste en el plazo señalado (generalmente en contratos de adhesión realizados por el ayuntamiento al que los particulares o la futura entidad superficiaria se adhiere o someten) para realizar la edificación.

(48) El primer requisito *exigible es que el plazo para realizar la edificación no podrá exceder de cinco años*. Se trata de una repetición del plazo fijado en el artículo 159.1.º de la Ley del Suelo de 1956. Lo único que difiere de ella es que amplía el plazo a toda la institución superficiaria, por lo menos a los efectos de su inscripción constitutiva, pudiendo ser calificado como una intromisión reglamentaria.

La Ley del Suelo de 1976 no estableció expresamente plazo alguno para la edificación de la propiedad superficiaria. Se remite al que establece el Plan o si fuere menor por el convenido entre las partes, señalando que el incumplimiento del mismo es una causa de extinción del derecho de superficie (art. 173.1.º). Posteriormente la Ley del Suelo de 1992 señaló en su artículo 289.1.º que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en la licencia urbanística de conformidad con su artículo 35.1.º

que el plazo para la edificación se expresará en la preceptiva licencia urbanística, imponiéndose la sanción de extinción del derecho si no se edifica en el plazo previsto por la misma (49).

El establecimiento del término del plazo de cinco años vigente hasta la fecha de la publicación de la STS, aún sin la dicción del mismo en el planeamiento urbanístico, tal vez pudiera haber parecido excesiva, y haberse hecho referencia a la necesidad de construcción por el superficiario en un plazo abstracto o haciendo referencia al concedido por la licencia municipal.

Pero independientemente del establecimiento del plazo por las leyes urbanísticas, al ser necesaria su referencia en la inscripción, y consiguientemente en el Registro, el plazo propuesto tiene como fundamento la indefinición y la falta de cognoscibilidad de quien es el propietario de la construcción, sobre todo a los efectos de los deberes que debe cumplir respecto a la misma el superficiario y su eficacia frente a terceros.

Y, ahora, tras la declaración de nulidad del requisito, ¿qué ocurrirá en relación con el plazo edificatorio? Pues que no se impone plazo determinado para la realización de la edificación ni tampoco para el acceso al Registro de la declaración de la obra nueva. Aunque habrá de tenerse en cuenta, en todo caso, la regulación contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las *normas que complementan al Reglamento Hipotecario sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de actos de naturaleza urbanística*. Reglamento que regula, entre otras, la inscripción de declaración de obra nueva y la división horizontal, como conjunto de medios verdaderamente innovadores y que afectan a nuestro estudio (50).

(49) Recuérdese que tanto en el suelo urbano (art. 14) como en el suelo urbanizable (art. 18 LS de 1998) entre los deberes de los propietarios se encuentra el deber de edificar los solares en el plazo que en su caso establezca el planeamiento. La licencia de edificación es una manifestación de la intervención administrativa en la actividad privada, sometiendo su ejercicio a la previa homologación de su conformidad al Ordenamiento Urbanístico.

(50) Según la propia Exposición de Motivos del Real Decreto, «El capítulo VI se refiere a las inscripciones de obra nueva cuya regulación legal se encuentra en el artículo 37.2 del TRLS de 26 de junio de 1992. La regulación establecida pretende responder a la finalidad perseguida con el precepto legal: evitar que nazcan a la vida jurídica unidades inmobiliarias susceptibles de tráfico jurídico que no existen ni podrán existir en el mundo real. No se ha querido (ni hubiera sido oportuno) alterar los mecanismos a través de los cuales la obra nueva puede acceder al Registro de la Propiedad, pero sí ha sido necesario determinar los requisitos descriptivos que han de contener las escrituras de dicha clase, puesto que la normativa vigente no los señala. La finalidad perseguida lleva a que tanto en la escritura pública relativa a la obra en construcción como en la que ya está construida sea necesario que un técnico (expresión que queda en el Reglamento precisada en su alcance) dictamine que lo declarado por la persona legitimada para ello coincide con lo proyectado o con lo proyectado y lo construido, aunque sólo en aquello que es el contenido propio de las escrituras de obra nueva...»

Pero es importante conectar este tema con el derecho de superficie más detalladamente. El Real Decreto 1093/1997 introdujo como novedad, en torno a este asunto, cómo ha de describirse un edificio cuando éste va a acceder al Registro de la Propiedad por primera vez. Se hace referencia específicamente a un máximo de determinación en metros cuadrados edificadas, números de viviendas, apartamentos, despachos, así como el número de plantas y la superficie de la parcela ocupada (art. 45 *in fine*). Cuestiones que como veremos deberían concretarse cuando se hacía referencia a las características generales de la construcción de la propiedad superficiaria (51).

Debemos señalar que el artículo 37-20 TRLS de 1992 no fue declarado inconstitucional por la STC y continúa vigente, pasando a incluirse en el nuevo texto de la LRSV de 1998 en el artículo 22, bajo la denominación de declaración de obra nueva y que señala casi con idénticos términos que «Los Notarios y Registradores de la Propiedad exigirán, para autorizar o inscribir, respectivamente, escrituras de declaración de obra nueva terminada, que se acredite el otorgamiento de la preceptiva licencia y la expedición por técnico competente de la certificación de finalización de la obra conforme al proyecto objeto de la misma.

Para autorizar e inscribir escritura de obra nueva en construcción, a la licencia de edificación se acompañará certificación expedida por técnico competente de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia. En este caso, el propietario deberá hacer constar la terminación mediante acta notarial que incorporará la certificación de finalización de la obra antes mencionada.

Tanto la licencia como las mencionadas certificaciones deberán testimoniarse en las correspondientes escrituras».

(51) No obstante, volviendo al tema que nos interesa, debemos indicar que primero se producirá la constitución del derecho de superficie, y, posteriormente, la edificación en el suelo ajeno. Aunque no olvidemos que a veces su existencia puede ser simultánea, sobre todo, en aquellos supuestos de concesión del derecho de superficie sobre edificación ya realizada, supuesto que entendemos cabe únicamente en la modalidad urbana común. Así pues, es necesario hacer constar como en el folio registral de la finca donde conste el título de dominio del propietario del suelo, deberá inscribirse la constitución del derecho de superficie y, posteriormente, la declaración de obra nueva donde se deberá concretar, por ejemplo, el número de viviendas integradas en el edificio superficiario... y demás cuestiones ya señaladas que se concretarán cuando resultara del proyecto que ha sido aprobado.

En general puede pensarse que en realidad es algo difícilmente controlable por parte de Notarios o Registradores, aunque sí puede controlarse de modo indirecto a través de la Licencia que necesariamente formará parte de la escritura pública donde se indique ese número máximo. No obstante, en el derecho de superficie generalmente esta circunstancia deberá estar concretada, pues no olvidemos que se haya vinculado al destino de promoción social de la superficie, de manera que se expresará en su título de concesión. Además, las Comunidades Autónomas en sus propias legislaciones han establecido la necesidad de solicitar la licencia urbanística cuando los particulares actúen en terreno público del municipio, sin perjuicio de la concesión que sea pertinente otorgar.

En conexión con esta afirmación debe apuntarse que los requisitos generales para la inscripción de las declaraciones de obra nueva son dos (art. 46): la obtención de la licencia y la intervención de técnicos competentes, puestos de manifiesto reiteradamente en el artículo 22 LRSV de 1998.

Otra cuestión importante, introducida por el Real Decreto 1093/1997, ha consistido en conectar la declaración de obra nueva con la propiedad horizontal (art. 53). De manera que mediante la realización de una descripción del edificio, se puede dar entrada a una alteración producida en el edificio respecto al modelo que se había puesto en la declaración de obra nueva, siempre que se acredite mediante nueva licencia que se permiten los nuevos elementos introducidos. De manera que como ya se hacía de hecho en el derecho de superficie, el Registrador controla el número de viviendas de una edificación y no solamente la configuración exterior del edificio.

Todas estas obligaciones descritas se hallan en conexión con la cuestión de que la realización de la construcción se configura como un deber esencial para el superficiario (52). La declaración de obra nueva es importante puesto que mediante la inscripción de carácter constitutivo en nuestro Derecho, no lo olvidemos, el derecho no sólo nace a la vida registral sino sobre todo a la vida jurídica. De manera que la certificación del técnico competente da fe de que todas las circunstancias se han cumplido no habiendo quedado nada al arbitrio del declarante-superficiario. La nulidad del carácter constitutivo de la inscripción del derecho y de todos los requisitos necesarios que debían constar en la misma llevará consigo que estas obligaciones no consten en el Registro, porque las partes no quieran u olviden su constatación en el título constitutivo, aunque a efectos de seguridad jurídica, no hay duda de que a las partes les interesará que al menos la declaración de obra nueva, y el surgimiento de la propiedad superficiaria separada conste en el Registro.

También se apuntó en el RH de 1959, y vuelven ahora a estar en vigor, como necesarias para la inscripción, la constatación de *las características generales de la edificación, el destino y el costo del presupuesto*.

Enumeración más precisa que la recogida por la Ley del Suelo de 1956 (art. 159.1.º), que disponía que *la edificación se realizase en el modo convenido*. El Reglamento de 1959, en consonancia con dicha Ley, entendía que ese *modo* había de constar en el Registro, sobre todo teniendo en cuenta que su infracción motivaba la extinción del derecho (53).

La modificación del Reglamento Hipotecario de 1998, en el apartado e) del artículo 16.1.º hizo desaparecer el requisito de constatación del *costo* del

Se concreta en el Reglamento Hipotecario algo ya señalado previamente por el artículo 37 TRLS de 1992, que la licencia se testimoniará literalmente en la escritura pública o en el acta notarial, indicándose que la licencia formará parte desde el primer momento de la declaración de obra nueva de la construcción superficiaria.

(52) Pues, en caso contrario, como ya hemos visto, continúa vigente el artículo 289 del TPLS de 1992, relativo a la extinción del derecho de superficie.

(53) Según CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE («Propiedad Horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción», en *RDP*, 1966, pág. 861) tales caracteres son elementos esenciales del derecho.

presupuesto, aunque ahora quedan vigentes la necesidad de constatación las *características generales y el destino y también el costo del presupuesto*.

De la regulación hipotecaria se desprende que es inaceptable que el contrato, desde el punto de vista de las *características generales de la edificación superficiaria*, se redactase en términos generales (como podía ser la remisión al Pliego de condiciones, Proyecto y Memoria realizada por el arquitecto) sino que era imprescindible su explicitación, ya que el tercero adquirente —el tercero hipotecario— ha de tener como única fuente de publicidad el contenido del Registro, al menos a efectos de inscripción registral.

La necesidad de que estos tres requisitos consten en la inscripción de la modalidad urbanística, constituía y constituye la prueba fundamental de que el Reglamento desarrollaba únicamente la Ley del Suelo (aunque como hemos puesto de manifiesto anteriormente, no desconozca la existencia de la modalidad urbana común de donde toma algunas ideas para sus modificaciones, como es el caso de la reversión parcial).

Pero, ¿cuál era y es la *finalidad* de tales requisitos? A mi juicio, residía principalmente en el control que la Administración municipal ejercía sobre la actividad del superficiario. Pues entre particulares, generalmente estos requisitos pueden no tener importancia práctica alguna. Claro que siempre cabe la posibilidad de que se pacte en un derecho de superficie, en la modalidad urbana común, cuyo objeto sea la construcción de un edificio con determinadas características, que tras la reversión de la propiedad vaya a ser utilizada por el concedente del derecho con fines especiales o determinados, y le interese la construcción de la edificación con las características pactadas en el título de concesión.

De igual modo podríamos preguntarnos con qué *extensión* deben consignarse los datos de la edificación para saber si el constructor cumple, o no, con la obligación de edificar. El Reglamento hablaba de *características generales* y, dado lo amplio del contenido, podía referirse al número de plantas, a la superficie de cada una de ellas, al número de viviendas y sus linderos, al número de habitaciones, a su clase, a la altura de las plantas, a los servicios generales... El concedente —Corporación Municipal— podía, y aún puede (contrato de adhesión) insertar en la escritura de constitución del derecho, cuantas condiciones quiera para hacer más delimitado el contorno de su derecho (54).

(54) BURGOS BRAVO y MARTÍN MARTÍN («Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria...», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral*. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, pág. 360 y sigs.) señalan la necesidad de acompañar, junto a la escritura pública de constitución del derecho, el certificado del arquitecto director de la obra o municipal, acreditativo de que la construcción esté o no concluida, y se adapta íntegramente a la forma descrita en el título constitutivo. Considero difícil adjuntar estos documentos junto con la escritura de constitución

Por lo que respecta al *destino* de la construcción —según este apartado del Reglamento Hipotecario— era necesario su constatación registral. En el mismo sentido, tanto la Ley del Suelo de 1956 (art. 157.1.º), como la de 1976 (art. 171.1.º), el derogado TRLS de 1992 (art. 287.1.º) (55) y como veremos seguidamente en algunas leyes de las Comunidades Autónomas señalan la importancia del destino para la constitución del derecho (a la promoción de viviendas y otros usos de interés social), siempre que, evidentemente, sean constituidos por las Corporaciones Locales (56). La diferencia, como ya se ha señalado en otros puntos del presente trabajo, se centra en la distinción entre concedentes, si son entidades públicas o si son particulares, pues estos últimos no están afectos al destino de uso público de las construcciones objeto del derecho. Matiz lógico, pero que era necesario aclarar expresamente, dando con ello pie a la diferenciación de dos modalidades de derecho de superficie.

En cuanto al *coste del presupuesto de la edificación*, es discutible que sea de vital importancia su constatación registral. No obstante, aunque anteriormente debía contenerse al exigirlo el Reglamento, que en un excesivo desarrollo de la Ley del Suelo, y a efectos de determinación económica de la construcción futura recogía dicho requisito, la reforma del reglamento enten-

del derecho de superficie, porque los mismos siempre serán posteriores a la creación del derecho. Otra cosa es que se adjunten para la declaración de obra nueva. No debemos olvidar que, generalmente, se producirá la constitución del derecho de superficie y la posterior edificación en el suelo ajeno, aunque a veces su existencia puede ser simultánea, sobre todo en aquellos supuestos de concesión del derecho de superficie sobre edificación ya realizada. En el folio registral de la finca constará el título de dominio del propietario del suelo, la constitución del derecho de superficie y la escritura de declaración de obra nueva, donde se adjuntarán, y ello por imposición del artículo 37 de la nueva Ley del Suelo, «certificación expedida por técnico competente acreditativo de que la descripción de la obra nueva se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia...» (hoy art. 22 de la LRSV de 1998).

(55) 287.1.º, «*Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas al régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario.*

2.º *El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior.*

(56) Por ejemplo, en Galicia, el artículo 158.1.º afirma «...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

En el caso de Castilla-La Mancha, el artículo 80 dispone que «la Administración de la Junta de Comunidades y los Municipios ...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o con precio tasado, así como a otros usos de interés social cuyo derecho corresponderá al superficiario».

En cuanto a la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, el artículo 172.1.º, afirma que «...con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social».

dió que no era necesario, pues había sido hecho desaparecer sin más, lo que no significaba que no se continuase constatando, sobre todo en el caso de la modalidad urbanística. Ahora, no lo olvidemos, vuelve a estar en vigor (57).

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

El apartado d) del párrafo 1.º del artículo 16 RH mantenía en 1959, en 1998, y ahora que para la eficaz constitución del derecho de superficie... deberán contenerse... lo siguiente:

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

La concordancia del apartado d) del párrafo 1.º del artículo 16 RH debemos buscarla en el artículo 159.3.º de la Ley del Suelo de 1956, que imponía al superficiario la prohibición de enajenar la construcción hasta que al menos no se hubiere edificado en la mitad de lo convenido (58).

(57) Para terminar, sólo nos queda volver al juego de imaginar la total nulidad del artículo 16.1.º y, consiguientemente, la inexistencia de mención de «las características generales, el costo del presupuesto y el destino de la construcción superficiaria como requisitos que debieran contenerse en la escritura». En tal caso cabría entender: en cuanto a la inscripción de las características generales, la conveniencia de su constancia registral de al menos un mínimo de requisitos, a efectos sustantivos en la inscripción de ambas modalidades, a fin de delimitar el contenido real de la propiedad superficiaria separada. Y en cuanto al destino, partiendo del carácter declarativo de la inscripción que implicaría la nulidad del artículo 16.1.º creemos que la Corporación Municipal, sin duda haría constar en el título constitutivo el destino de la cesión del derecho de superficie, y ello porque el destino en sí es el objetivo de su actividad social, que justifica su actuación y la gestión del patrimonio municipal y que, además, le reportará beneficios políticos.

(58) DE LA RICA Y ARENAL (*Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1976, pág. 26) afirmó la posibilidad de delimitación de la libre disposición, tanto por parte del superficiario como por parte del dueño, aunque en el Reglamento sólo se refiera a los pactos que regulen la del superficiario.

GULLÓN BALLESTEROS («El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española», en *RJC*, 1960, pág. 239), que analizó detenidamente este apartado, señaló que debía de haber sido redactado en el sentido de que la inscripción de la superficie contuviese los pactos que las partes hubieran celebrado sobre la forma de ejercitar la disposición o el gravamen, cuando los hayan celebrado, ya que son aspectos que pertenecen a la sustancia del derecho real de superficie, y no tiene trascendencia únicamente personal. Pero de la «desdichada regulación» llega a la conclusión de que su ausencia en la escritura pública da lugar a la imposibilidad de inscribir, o en otros términos, no ya que la superficie no se pueda transmitir ni gravar, sino que no nazca dicho derecho real.

En la actualidad el apartado 3.º del artículo 287 de la Ley del Suelo de 1992 (fiel reflejo del apartado 2.º del artículo 171 de la LS de 1976, señala que el derecho de superficie *será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo*. De esta forma podríamos pensar que la regla general sería la libre disposición del derecho, y lo excepcional serán los pactos que limitarían esta posibilidad de disponer del superficiario y que, por otro lado, caben legalmente al no contrariar los preceptos de carácter imperativo (59).

Sin embargo, en la práctica es todo lo contrario, pues la regla general son las estipulaciones señaladas por el concedente y que el superficiario acepta voluntariamente en la modalidad urbanística. Y no digamos nada en relación con la modalidad urbana donde las partes puedan pactar cuanto deseen dentro de los límites del artículo 1.255 del Código Civil.

El Reglamento Hipotecario, fiel al mantenimiento del principio de seguridad jurídica de terceros, entiende que en todo caso todos los pactos existentes, en ambas modalidades, deben acceder al Registro, pues son integrantes de la propia existencia del derecho, ya que se incluyen en su título constitutivo, y se parte del hecho básico del carácter constitutivo de la inscripción (60).

De las palabras transcritas debemos comentar dos cuestiones. En primer lugar, estamos de acuerdo con el citado autor en que son importantes los pactos de disposición o gravamen que las partes hayan pactado ya que, como muy bien matiza, son cuestiones que pertenecen a la sustancia del derecho, y su trascendencia no es únicamente personal. Pero, por otro lado, su ausencia de la escritura pública no consideramos que dé lugar a la imposibilidad de inscribir, o a que no nazca el derecho de superficie, salvo en la modalidad urbanística (a la que se refiere el citado autor), pero no en la urbana común donde el carácter de la inscripción es declarativo.

(59) A idéntica solución llega MEZQUITA («El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa...», *cit.*, pág. 465) quien propone que «la línea racional es entender que el derecho de superficie no tiene más limitaciones transmisivas que las que se le hayan impuesto expresamente; y la finalidad del precepto reglamentario citado es la de que cuando existan limitaciones convencionales, deberán inscribirse para producir efecto frente a tercero; sin perjuicio, en todo caso, de la posterior autorización o renuncia a la limitación impuesta».

(60) De considerar nulo y legal este apartado d) del artículo 16.1.º RH, nos hace pensar en la importancia de los mismos y en que las partes se cuidarían de hacerlos constar a fin de que el Registro refleje fielmente su derecho, aunque la inscripción pasase a ser en todo caso declarativa. También cabe precisar, como hemos indicado en los requisitos anteriores, que de *lege ferenda*, tales pactos deberían constatarse registralmente por la propia configuración jurídica de la institución.

- g) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato

Tanto el Reglamento Hipotecario de 1959 como la reforma de 1998, que no incidió en este punto, declaran que para la eficaz constitución del derecho de superficie «...deberán inscribirse... las *garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato*». Punto que continúa intacto tras la STS.

El *fundamento* de estas garantías podría ser el estímulo en la construcción, o, por el contrario, la sanción ante su incumplimiento, con la consiguiente repercusión en posteriores adquirentes en el supuesto de quebrantamiento de tales obligaciones (61).

No hay unanimidad en la doctrina a la hora de determinar *cuáles son estas garantías* reales. Podría entenderse que el legislador reglamentario está pensando en las garantías que tratan de asegurar el cumplimiento de los pactos. Pero hay que tener en cuenta que con la entrega del suelo el concedente ha cumplido su obligación (—aunque sólo en parte, pues falta el deber de abstención— siendo su posición, en este caso, pasiva), de forma que los únicos pactos que deben ser garantizados son los relativos a las obligaciones del superficiario (62).

(61) Siguiendo con nuestro razonamiento apuntado anteriormente, al no establecerse y detallarse por el legislador el contenido del derecho de superficie, dejándose en libertad a las partes —en ambas modalidades—, estos pactos no entran *per se* en el Registro (pues están pactados por las partes en el contrato que no debe afectar a terceros, pero que, en definitiva, al delimitar el contenido intrínseco del derecho, pueden considerarse como obligaciones *propter rem* para el superficiario titular del derecho), sino que se consideran accesorios de las garantías de trascendencia real.

En tal caso, señala GULLÓN («El contenido de la relación jurídica...», *cit.*, pág. 253), que si se pactan garantías especiales para la eficacia de tales pactos, entonces se pueden considerar obligaciones *propter rem*.

(62) DE LA RICA Y ARENAL («Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario...», *cit.*, pág. 27) afirmó que entre estas garantías mencionadas por el Reglamento Hipotecario, que perjudicarían a tercero, figuran las hipotecarias sobre el mismo derecho superficiario con las que se garantiza el pago del canon. O las resolutorias para el caso de no realizar las obras en el plazo convenido, o, en el de no ajustarse a las condiciones y características pactadas.

ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, pág. 48 y sigs.) entendió que para asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato sólo podrán utilizarse la hipoteca y la prenda.

LASO MARTÍNEZ («El derecho de superficie en el ámbito urbanístico», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral...* Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 549 y sigs.) mantiene que estas garantías pueden hacerse valer en función del cumplimiento del destino de lo edificado, elevándolo a la categoría de condición resolutoria explícita. Pero también las partes pueden crear

Garantías de trascendencia real que no se han hecho constar en ningún momento por el legislador urbanista, pero que existen en la realidad práctica (63).

h) Ausencia de inscripción de las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso

El último punto al que hace referencia el Reglamento en su artículo 16, apartado 1.º, en su regulación de 1959, que se mantiene intacta en la reforma de 1998, y que continúa en vigor, señala que: «No *serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso*».

Estamos ante una innovación del Reglamento, puesto que la Ley del Suelo no había señalado nada respecto al derecho de comiso del concedente del derecho de superficie en la modalidad urbanística que regula. Son, por lo tanto, varios los problemas que plantea el presente punto. Por un lado, es necesario determinar qué es el comiso en relación con el derecho de superficie, y, por otro lado, cuál fue la intención del legislador reglamentario, que con ello no sólo se extralimita de la Ley Hipotecaria (como acaba de indicar el TS) sino que se aparta e introduce otro aspecto en relación con la Ley del

otras garantías reales para asegurar, por ejemplo, la percepción del canon periódico cuando éste se devengue permanentemente durante la vigencia del derecho de superficie. O puede crearse una hipoteca de origen voluntario que asegure, por ejemplo, la percepción de rentas del canon durante determinado número de años, de forma que el dueño del suelo, en caso de impago del canon, pueda ejecutar la hipoteca constituida en garantía del mismo, sin perjuicio de que el eventual adquirente posterior al ser titular de la propiedad superficiaria no dé lugar a la extinción de su derecho.

CARDENABA COYA y GARCÍA PUMARINO RAMOS («El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad», en *Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios, Madrid, 1985, pág. 426 y sigs.) no ven inconveniente en que entre estas garantías figuren la hipoteca del derecho de superficie. Señalan, a su vez, como posibles pactos registrables no recogidos en la Ley y el Reglamento (como pueden serlo los ya mencionados de plazo de edificación, características, destino, costo y presupuesto de la calificación), la eventual reconstrucción del edificio o, en su caso, el pacto de extinción por destrucción del inmueble, y los pactos relativos a la realización y financiación de mejoras y destino de éstas (como la regulación del *ius tollendi* o derecho a retirarlas al término del plazo del superficiario).

En realidad, podríamos señalar que estamos ante obligaciones que generan, a cargo del superficiario, un deber de realización, de manera que cualquiera que ostente tal posición jurídica debe ejecutarlas.

(63) Si hubiese sido declarado nulo el artículo 16.1.º del Reglamento, en general, tales garantías podrían o no acceder al Registro, debido a su inscripción que en dicho supuesto sería de carácter declarativo. No obstante, el hecho de que se mantengan y con carácter constitutivo implica que hasta ahora la seguridad jurídica está, sin duda, a salvo. De *le ge ferenda*, no debe olvidar y concretar la nueva Ley Hipotecaria hacer referencia a esta circunstancia.

Suelo que es la única que regula la institución y que hasta este momento en todo punto habla seguido, al prohibir su acceso al Registro de la Propiedad.

En relación con la primera cuestión, debemos analizar qué es en realidad el comiso y cuál sería su actuación en la institución superficiaria, pues el comiso es una institución ligada a la enfiteusis (64).

A fin de llegar a la resolución de estas cuestiones debemos partir del hecho de que en el derecho de superficie, el superficiario tiene un derecho de construir y de mantener la edificación superficiaria como una propiedad separada y durante un tiempo determinado o indefinido, y el concedente, por su parte, tiene la propiedad separada del suelo y del subsuelo.

Esta configuración actual del derecho de superficie ya hemos visto cómo quedó apuntada en la Ley del Suelo de 1956 y el propio Reglamento Hipotecario, al desarrollar aquella, señaló tímidamente su existencia, de ahí que nos resulte curioso que se trate la inscripción del comiso —que como hemos visto es típicamente un derecho del censalista en la enfiteusis—, cuando previamente se había establecido la configuración del derecho de superficie como un derecho real que origina una propiedad separada.

Aunque la Ley del Suelo (ni la de 1956, ni las sucesivas reformas) no habían establecido el comiso como un supuesto de extinción del derecho de superficie, sí había dispuesto la extinción de la relación por resolución del título cuando se hubieran incumplido obligaciones fundamentales, como son el no

(64) Siguiendo su regulación en relación con la *enfiteusis*, podemos decir que el comiso es el derecho que el Código Civil confiere al censalista para recuperar el dominio útil cuando el enfiteuta incurra en determinados supuestos de incumplimiento de sus deberes, al formar parte del contenido esencial del censo. Es, por consiguiente, una sanción para el enfiteuta. También puede considerarse como una resolución de la enfiteusis por causa de supuestos taxativamente previstos en el Código Civil, que produce la consolidación de los dominios.

No obstante, el comiso es un derecho potestativo del censalista, quien puede hacerlo o no jugar, y que, posteriormente, deberá ejercitar ante la autoridad judicial, quien juzgará sobre su procedencia o no.

La finalidad del comiso es evidente, se otorga su ejercicio al dueño directo que ha sufrido una lesión en su derecho, con la finalidad de reparar el perjuicio que le ha causado la conducta del dueño útil. Se ejercita contra quien *ob rem* sea el enfiteuta, pues no se resuelve el contrato, sino la relación jurídica creada, y ésta existe en cada instante entre quienes son los actuales titulares, hubiesen sido o no constituyentes.

¿Podríamos considerarlo análogo a una condición resolutoria? Aunque los efectos de ambas instituciones son parecidos —persiguen la resolución del derecho del enfiteuta—, su forma de operar no es idéntica.

Pero ¿cómo podría actuar el comiso en el derecho de superficie? En principio debemos recordar que ambas instituciones son diferentes. En la enfiteusis existe un dominio dividido donde el censalista tiene derecho a percibir su canon, el derecho de tanteo y retracto sobre la finca, el cobro del laudemio y, en supuesto de liquidación, la recuperación de su capital en metálico o con la finca, y el enfiteuta tiene el dominio útil de la finca.

construir en el tiempo y modo previsto. En este estado de cosas, el Reglamento, no pudiendo extralimitarse de su contenido (como sería prohibir el pacto de comiso) prohíbe solamente su inscripción. ¿Qué era lo que pretendía el legislador? Para empezar era consciente, sin duda, de la existencia de la doble modalidad de derecho de superficie, la urbanística y la urbana común.

Es evidente que el derecho de comiso puede pactarse por las partes al amparo del principio de la autonomía de la voluntad (65). O, lo que consideramos que sería lo mismo, pactar determinadas obligaciones del superficiario bajo condición resolutoria expresa, de manera que, en base a lo expuesto, los resultados que se obtendrían serían iguales a la resolución del contrato y consiguiente extinción del derecho ante el incumplimiento de una obligación por el titular del derecho real de superficie (66).

Entonces, ¿cuáles serán los motivos por los que al concedente del derecho le interesa pactar el comiso? Hemos visto cómo la propiedad superficiaria separada nace con una limitación temporal, ya sea determinada (modalidad urbanística), o indefinida (sin límite fijado expresamente —modalidad urbana común—), de ahí que tras la extinción —más lejana o próxima en el tiempo del derecho de superficie—, el concedente del mismo obtendrá por reversión la edificación superficiaria. En tal caso, le interesará guardarse de los posibles incumplimientos de las obligaciones contractuales o de los perjuicios que cause el superficiario sobre la edificación.

El concedente del derecho de superficie, en tal supuesto, lo que perseguirá será la extinción del derecho por el incumplimiento de determinadas obligaciones contractuales, siendo indiferente su consecución, ya sea a través del derecho de comiso o de una condición resolutoria. No obstante, aunque su finalidad es la misma, consideramos que el comiso tiene más razón de actuar en fincas como la enfiteusis donde el censalista readquiere la finca al ser él el dueño directo de la misma, mientras que el concedente del derecho de superficie no tiene poder sobre la edificación hasta que no se extingue el derecho, puesto que únicamente es dueño del terreno.

Si se ha pactado la condición resolutoria una vez que el superficiario incumpla el vínculo, se romperá automáticamente entre las partes, sin necesidad de una voluntad previa de las mismas, resolviéndose el contrato y extinguiéndose el derecho. También considero necesario señalar que al con-

(65) En el mismo sentido, CAMPOS PORRATA («El renacido derecho de superficie», en *AAMN*, T. 17, 1967, pág. 260), quien señala que estipulado el comiso por las partes, será válido y corresponderá su eficacia a los Tribunales.

(66) Frente al criterio contrario de ROCA SASTRE («Ensayo sobre el derecho de superficie...», *cit.*, pág. 48), quien afirma que «el comiso no se identifica con la acción de resolución del contrato, pero el resultado es parecido, y si no se admite el comiso, hay que entender que rechaza también la acción resolutoria por impago de pensiones».

cedente le interesará que tales incumplimientos y perjuicios no se produzcan nunca, no sólo cuando sean realizados por la parte con la que constituyó el derecho, sino tampoco con los sucesivos titulares del derecho. Es decir, al *dominus soli* le interesará que ante el incumplimiento de las obligaciones pactadas con el superficiario se resuelva la relación jurídica creada. Efecto que como hemos visto ya se había previsto por la Ley del Suelo como una causa extintiva, ante el incumplimiento de algunas de las obligaciones fundamentales del superficiario, como son las de construir en el modo y plazo previstos. Pero que en relación con los pactos celebrados por las partes, al tener trascendencia real, podían, hasta la sentencia, acceder al Registro [art. 16.1 e)] y, por consiguiente, tenían eficacia real.

En relación con el segundo problema al que hacíamos referencia en un principio, en torno a cuál fue la intención del legislador al prohibir el acceso del comiso al Registro, la cuestión se centra en porqué el Registrador se muestra reacio a no otorgar eficacia real a tal pacto.

Al prohibir su acceso al Registro, no hay duda de que quiere considerarlo como una cláusula obligacional con efectividad únicamente *inter partes* y que no afecte a terceros. De manera que, el fin perseguido con el comiso en la enfiteusis desaparecería en este caso, pues si el derecho de superficie y su propiedad superficiaria se transmitiese a un tercero, podríamos pensar que el nuevo adquirente no quedaría sujeto a tal obligación.

El comiso en la enfiteusis supone la extinción del derecho por el incumplimiento de obligaciones esenciales del mismo como lo es el impago del censo.

En el derecho de superficie las obligaciones pactadas en el título constitutivo del derecho son, además, obligaciones esenciales del derecho de superficie en sí, porque detallan el contenido del mismo, cuestión importante teniendo en cuenta que el efecto fundamental del derecho de superficie es la reversión de la construcción superficiaria al *dominus soli*. De manera que los sucesivos adquirentes no estarán, obviamente, obligados por los pactos de las partes constituyentes, pero sí por las obligaciones propias del derecho que forman parte de la relación jurídica creada. De este modo, nunca habrá terceros adquirentes, sino partes contratantes de la relación total.

Hemos visto, al analizar el contenido de los apartados anteriores del artículo 16.1.º RH, que tales pactos, que podían incluir estas obligaciones del superficiario, accedían al Registro por su trascendencia real. De manera que el deseo del legislador de no inscribir el pacto de comiso podría verse frustrado a través de la inscripción de pactos que persigan los mismos fines (67).

(67) En este punto la cuestión a determinar se centra en qué efectos produce la no inscripción del comiso o de la condición resolutoria en relación con los derechos reales o de goce que recaigan sobre la propiedad superficiaria.

En resumen, al *dominus solí* le interesará pactar en todo caso, y teniendo en cuenta la prohibición de inscripción del derecho de comiso, las obligaciones integrantes del contenido del derecho de superficie que tengan trascendencia real para su acceso al Registro, de manera que las mismas sean eficaces frente a terceros y, a su vez, conocidas por los futuros adquirentes del derecho, quedando el cumplimiento de tales obligaciones en todo momento asegurado al pasar a formar parte de la relación jurídica (68).

En cuanto a la sentencia del Tribunal Supremo cabe señalar que únicamente (de acuerdo con el principio de congruencia procesal, basado en lo que las partes demandan y exigen), declara la extralimitación reglamentaria del último aspecto del párrafo 1.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario referente a la no inscripción de los pactos que sujeten el derecho de superficie a comiso. Así, textualmente el FJ 13.º mantiene que «*otro tanto cabe decir sobre la prohibición de inscribir las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso, pues no corresponde al Reglamento pronunciarse sobre tal cuestión, aunque sólo sea para imposibilitar la inscripción en el Registro de la Propiedad, ya que los pactos y contratos inscribibles los determina la Ley Hipotecaria y al Reglamento corresponde sólo su desarrollo...*». Sin embargo, en su fallo no señala nada, de manera que queda en vigor, puesto que se limita a declarar la nulidad de la reforma de 1998 que en este aspecto no le afectó para nada (69).

En principio, a los terceros les será indiferente conocer si se han cumplido todas las obligaciones estipuladas por las partes en el contrato, y ello porque en caso de extinción del derecho de superficie, los derechos de los terceros quedarán a salvo, puesto que continuará gravando separadamente al suelo o a la propiedad superficiaria.

(68) ARNÁIZ EGUREN («Notas sobre el contenido de los arts. 13, 16, y 68 RH, modificados por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre. El derecho de superficie, la permuta de suelo por edificación futura, el derecho de vuelo urbano y la inscripción de plazas de aparcamiento y trasteros», en *La reforma de los Reglamentos Hipotecario y del Registro Mercantil por Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre...*, cit., págs. 61 y sigs.) considera que la prohibición del comiso no alcanza a los derechos constituidos por las personas públicas «en la medida en que la prohibición de cláusulas comisorias es característica de las relaciones entre particulares y no alcanza a los actos administrativos por los que se acuerda la transmisión superficiaria por las Administraciones».

(69) Pero ¿qué implicaría que el TS hubiera señalado la nulidad de este punto del artículo 16.1 RH? Pues, que al igual que en los requisitos anteriores, la nulidad de la no inscripción del pacto comisorio implicaría que podrían acceder al Registro de la Propiedad en relación con el derecho de superficie cuantos pactos las partes acuerden en el título constitutivo. Aunque también es posible que siendo la inscripción de carácter declarativo en las dos modalidades existentes (pues la hipotética nulidad del precepto así lo habría señalado) las partes o la parte que ostentasen una posición de poder podrían pactar cuantas estipulaciones sujeten el derecho que constituyen a comiso acordándose, a su vez, el acceso o no al Registro. De manera que el Registrador, al proceder a la calificación registral del título o documento, no señalaría nada al efecto y procedería a su constatación en el asiento de inscripción.

No obstante, queremos finalizar el análisis de este punto añadiendo la importancia y necesidad de que una futura e hipotética reforma de la Ley Hipotecaria se pronuncie sobre el tema. Pero, ¿en qué términos? Entiendo que la prohibición reglamentaria sobra al considerarse innecesaria dicha indicación del comiso, ya que la configuración del derecho de superficie excluye su consideración censual o análoga a la enfiteusis donde hemos señalado que sí tenía razón de ser.

III. EL DERECHO DE ELEVACION (ART. 16.2 RH)

1.º INTRODUCCIÓN. LA SENTENCIA DE 31 DE ENERO DE 2001,
DE LA SALA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA DEL TRIBUNAL SUPREMO
Y EL ARTÍCULO 16.2.º DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

A) *Planteamiento de la cuestión*

Concluíamos en un anterior estudio sobre el análisis de la STS de 24 de febrero de 2000, del derecho de elevación y de las reformas del Reglamento Hipotecario en torno al mismo, indicando textualmente que *«de todas formas será el tiempo el encargado de señalar si la modificación y su corrección por los Tribunales ha sido correcta, o no, y si es necesario proceder a una mayor regulación de la institución»*. No pensé en dicho momento que mis palabras serían tan clarividentes, en parte, pues la actual sentencia del Tribunal Supremo, como veremos a continuación, determina la nulidad total del apartado b) del párrafo 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario de 1998, no considerando suficiente la corrección que se realizó con la STS de 24 de febrero de 2000, que declaró la nulidad del apartado c) del mismo. Y, en cuanto a la segunda conclusión que planteábamos en su momento, no cabe duda que hoy más que nunca resulta necesario proceder a una regulación pormenorizada de la Institución en sus aspectos sustantivos y adjetivos.

B) *Posiciones de las partes. Asociaciones notariales. Abogado del Estado. Colegio de Registradores de la Propiedad*

Las Asociaciones notariales recurrentes de la solicitud de ilegalidad y, por consiguiente, de la nulidad del apartado b) del párrafo 2.º, del artículo 16 del Reglamento Hipotecario señalan, tal y como consta en el Antecedente de Hecho Séptimo de la sentencia, el *«...evidente exceso (del Reglamento que exige...), que se precise el número de plantas, al mismo tiempo que establece un plazo máximo...»*

Por su parte, el Abogado del Estado argumentó a favor de la legalidad y vigencia del precepto que «...siendo el principio de especialidad registral el que anima y justifica la reforma del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, pues dicho principio, también llamado de determinación, no tolera la existencia de gravámenes indefinidos, y lo que requiere rango de ley es el principio de especialidad o determinación...»

El Colegio de Registradores de la Propiedad señala que «...si se compara la nueva redacción del artículo 16 del Reglamento Hipotecario con la anterior, los únicos cambios no destinados a la estricta adaptación de lo dispuesto en él a la mera legalidad urbanística se encuentra en las letras b) y c) del apartado 2, referentes al derecho de sobreelevación, encontrando el requisito de la determinación concreta del número de plantas, nítido soporte legal en el principio de especialidad y desde la tesis de que la constitución del derecho real de vuelo genera una especial cotitularidad o comunidad sobre el edificio, el plazo de diez años del apartado 2.c) del artículo 16 del Reglamento halla un soporte legal en el artículo 400.II del Código Civil...»

C) El Tribunal Supremo. Fundamento Jurídico. Fallo

El Tribunal Supremo es más explícito en sus argumentos y señala, en torno a esta cuestión, que *...Esta Sala, en sentencia de 24 de febrero de 2000 (recurso 526/98), ya anuló el apartado c) del artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario, en el que se señala el plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo, pero la razón entonces dada para anularlo por considerar contraria la fijación de un plazo de diez años para el ejercicio del derecho de vuelo a lo establecido en el artículo 1 de la Ley Hipotecaria, no es la única para decidir si dicho artículo 16.2 del Reglamento Hipotecario es o no ilegal, pues, si bien trata de fijar las condiciones para inscribir el derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o de realizar construcciones bajo su suelo haciendo suyas las edificaciones resultantes, lo cierto es que aquéllas exceden abiertamente de la función propia del Reglamento (desarrollo y colaboración) al exigir que conste la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, con lo que éstas han de quedar precisadas desde un principio a pesar de lo que pueda autorizar el ordenamiento urbanístico en cada momento, viniéndose así, en definitiva, a prohibir por el Reglamento que el referido derecho pueda extenderse a cuantas plantas permitan las determinaciones urbanísticas.*

Es indudable que, como se alega por el Colegio Profesional demandado, el principio de especialidad o de determinación del derecho real a inscribir requiere, conforme al artículo 9.2.º de la Ley Hipotecaria, que se exprese la naturaleza, extensión y condiciones del derecho que se inscriba, pero éstas

no pueden venir impuestas por el Reglamento, a pesar de lo cual los apartados b) y c) del artículo 16.2.º las establecen al margen de lo dispuesto por la legislación urbanística aplicable, razón por la que el apartado b), al igual que ya lo fue antes el c), debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer.»

En cuanto al Fallo con el que se finaliza la sentencia, textualmente afirma que *«...debemos declarar y declaramos nulo de pleno derecho el artículo primero del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, en cuanto modifica y redacta los artículos... 16.1 y 2.b)... preceptos todos estos radicalmente nulos por ser contrarios a la Ley».*

2.º ANÁLISIS PORMENORIZADO DEL APARTADO SEGUNDO DEL PRECEPTO REGLAMENTARIO. SUS VICISITUDES Y SU ACTUALIDAD

A) *Regulación, reformas y nulidad de los requisitos de la inscripción del derecho de elevación*

Como es sabido el Reglamento Hipotecario de 1959 introdujo en nuestro ordenamiento una nueva figura jurídica: el derecho de elevación de nuevas plantas sobre finca ajena (70), pero lo hizo refiriéndose únicamente a su necesidad de inscripción y de hacer constar en dicho asiento los requisitos registrales necesarios para que la nueva institución —surgida de la práctica edificatoria— tuviera acceso al Registro de la Propiedad y quedará reflejada fielmente (siempre teniendo en cuenta los principios informadores de la publicidad registral) (71).

Así pues, nos encontramos con que el artículo 16.2 del RH de 1959, disponía que:

(70) Figura que no tiene una regulación expresa en el Código Civil y que la doctrina civilista la enmarca dentro del artículo 350 del citado texto legal al establecer las facultades y la extensión del derecho de propiedad.

(71) Recordemos cómo la Exposición de Motivos de la Reforma reglamentaria de 1959 indicó que, «mención especial merece el artículo 16...», y tras referirse al derecho de superficie, señaló que «el mismo artículo da cauce, por primera vez, *al derecho de elevar una o más plantas sobre un edificio o realizar construcciones bajo su suelo sin constituir derecho de superficie*. En esta materia se ha tenido muy en cuenta, además del Derecho comparado y de las aportaciones de la doctrina, la experiencia de quienes autorizan y califican documentos con estipulaciones o pactos de tal especie que responden a una realidad vivida, bien necesitados de la regulación que ahora reciben. No es aventurado suponer que en la lucha por la vivienda se ha alcanzado una posición más».

«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 o en caso de enajenación de todo o parte de la finca o transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.*
- b) Las normas de régimen de comunidad, si se establecieron, para el caso de hacerse la construcción.»*

Precepto que fue objeto de Reforma por el Reglamento Hipotecario, de 4 de septiembre de 1998 (Real Decreto 1867/98) en los siguientes términos (72):

- «b) Determinación concreta del número máximo de plantas a construir.*
- c) El plazo máximo para el ejercicio del derecho de vuelo que no podrá exceder de diez años.*
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».*

Posteriormente, la sentencia del Tribunal Supremo, de 24 de febrero de 2000, anuló la nueva redacción dada por el Real Decreto 1867/98, de 4 de septiembre, a ciertos artículos entre los que se encontraba el párrafo c) del apartado 2.º del artículo 16 del Reglamento Hipotecario.

La actual sentencia del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2001, anula el apartado b) referente a la determinación concreta del número máximo de plantas a construir.

En definitiva, las dos sentencias del más Alto Tribunal vuelven a dejar el párrafo 2.º del artículo 16 RH, en los mismos términos que ofrecía el Regla-

(72) Reforma que fue motivada, como se señala en su Exposición de Motivos, por la necesidad de acomodar «...la regulación del derecho de vuelo al principio de especialidad, exigiendo la fijación de un plazo máximo para su ejercicio, sin perjuicio de que una vez ejercitado lo construido sea propiedad de su titular». Y que, como indicamos en el texto, se concretó en el establecimiento de dos requisitos, primero en la concreción del número máximo de plantas a construir, y, además, de la fijación del plazo máximo de ejercicio del derecho de elevación cuyo límite máximo se fija en diez años. La modificación registral se ha concretado en su párrafo d) y en la introducción de dos nuevos párrafos [el b) y el c)].

mento Hipotecario de 1959, anulando por consiguiente la totalidad de la reforma introducida en 1998 (73).

B) *Requisito de la inscripción de la determinación de plantas a construir*

En anteriores trabajos (74) hemos partido de la existencia de *tres fases* bien diferenciadas en la configuración de esta Institución. En el presente estudio nos interesa, en base al objeto de comentario de la STS de 31 de enero de 2001, detenernos en la primera fase del derecho, y, concretamente, en recordar su mecanismo. Así pues, señalaremos que consideramos el derecho de elevación *como aquel derecho real que faculta al titular para edificar en el sentido técnico-jurídico de levantar plantas en el inmueble ajeno*. El mecanismo esencial de constitución del derecho (primera fase) es la reserva «actual de la propiedad del volumen edificable no ejercitado para su utilización futura». Reserva que se puede hacer para el propietario actual o para su cesión a un tercero. Recordemos cómo es el propio legislador quien utiliza el término «reserva» (75).

Además, este derecho conlleva la facultad de construir y de hacer suyo lo construido en *el futuro cuando se ejercite la reserva realizada anteriormente* (segunda fase) y, a su vez, la exigencia de constituirse e incluirse dentro del régimen de Propiedad Horizontal (tercera fase), ya que las plantas adquirirán una participación indivisa en los elementos comunes de la propia finca global.

La *reserva* recae sobre un bien actual para una utilización en el futuro. Derecho de vuelo que podía haberse ejecutado en el presente, esto es, en el momento de realizar la edificación y de transmitirla a diferentes copropieta-

(73) El precepto 16.2.º RH quedará de la siguiente forma: «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 transmita a un tercero, será inscribible conforme a las normas del número tercero del artículo 8 de la Ley y sus concordantes. En la inscripción se hará constar:

- a) Las cuotas que hayan de corresponder a las nuevas plantas en los elementos y gastos comunes o las normas que se establezcan para su determinación.
- b) (Sin contenido por la STS de 31 de enero de 2001).
- c) (Sin contenido por la STS de 24 de febrero de 2000).
- d) Las normas de régimen de comunidad, si se señalaren, para el caso de hacer la construcción».

(74) Específicamente, vid., «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.

(75) Término que implica «guardar algo para lo futuro», o, «dilatarse para otro tiempo lo que se podía o debía ejecutar o comunicar al presente».

rios, pero que prefiere reservarse para el futuro. Futuro que significa «lo que está por venir», y que en cierto modo implica condicionalidad, pero que no lo es tal. Y ello porque el propietario actual reservista mantiene el derecho actual de elevar plantas, pero la condicionalidad estriba en la adquisición futura de las plantas cuando todo el edificio pertenece ya a otros propietarios.

La modificación que el Reglamento de 1998 llevó a cabo se basó en la necesidad de concretar en el momento de constitución del derecho y de su inscripción, entre otros requisitos: el de realizar la determinación concreta del número máximo de plantas a construir, argumentando como base de la reforma reglamentaria el desarrollo del principio de especialidad.

Por su parte, el razonamiento esgrimido por el Tribunal en la sentencia objeto de comentario, a fin de declarar la nulidad de dicho requisito (que además fue el argumento señalado por los recurrentes), se ha centrado en que «...debe ser declarado nulo de pleno derecho por exigir un requisito para la inscripción del derecho de vuelo y subsuelo, cual es el número de plantas a construir, que sólo el ordenamiento urbanístico en vigor puede establecer».

El principio de especialidad o también denominado de determinación está relacionado con la necesidad de dar claridad al Registro. Y ello en base al planteamiento de que sólo deben acceder al Registro situaciones jurídicas que estén perfectamente determinadas. En conexión con este criterio, el legislador reglamentario se extralimitó, pues una cosa es que se determina la reserva del posible aprovechamiento del volumen edificable que será determinable en el momento oportuno, dependiendo de las normas urbanísticas como bien señala el TS, y otra cosa, es que el constructor al hacer la reserva concreta el número de plantas que desea reservarse para construir en un futuro, lo cual es del todo imposible, porque en el momento de hacer efectivo el derecho puede que incluso las normas urbanísticas decreten la inexistencia en ese momento y lugar de mayor volumen edificable que el ya realizado.

De manera que a diferencia del supuesto del apartado 1.º RH, donde la nulidad se centra en ser un reglamento *contra legem* Hipotecaria (carácter constitutivo de la inscripción y requisitos que deben formar parte de la misma), en este segundo apartado la nulidad invocada y declarada se centra en ser un reglamento *contra legem* Urbanísticas (estatales y autonómicas: teniendo en cuenta que el volumen edificable depende del planeamiento). Nulidad además que no es susceptible de corrección, como en el supuesto del párrafo 1.º del artículo 16 RH, que puede ser regulado de nuevo por la Ley Hipotecaria. En este supuesto debe cada reserva concreta estar a las normas del planeamiento del lugar y momento oportuno.

Por último no nos queda más que recordar cómo al no haberse referido la sentencia de 24 de febrero de 2000 al requisito de extensión material introducido por la reforma reglamentaria de 1998, porque no había sido hecha por los propios recurrentes referencia alguna hacia «la determinación concreta del

número máximo de plantas a construir», entendíamos que se había producido una especie de acuerdo tácito con respecto a esta parte del precepto.

No obstante, el Tribunal Supremo en la presente sentencia objeto de análisis, lo que está señalando es que el Registrador aunque conozca las normas urbanísticas de la zona en donde se proceda a realizar la construcción, base del derecho de vuelo, no sabrá si en el futuro el volumen edificable variará, porque puede no ser el mismo el volumen existente en el momento de pactarse la reserva que de hacerla efectiva o ejecutar las plantas. De ahí, precisamente, que sea nulo el precepto por la imposibilidad material de predecir para el futuro las normas urbanísticas (76).

IV. CONCLUSIONES

I. La sentencia del Tribunal Supremo sobre la ilegalidad y nulidad de la Reforma del Reglamento Hipotecario de 1998, en relación con el artículo 16.1.º, ha introducido más inseguridad en relación con la institución que la ya existente. Más aún al recoger en su Fundamento Jurídico Decimotercero cuestiones puntuales de máximo interés y necesitados de solución, dando su opinión al respecto, sobre los que posteriormente no se ha pronunciado en su fallo, ni ha propuesto resolución alguna, salvo la hipotética posibilidad de acudir a posteriores procedimientos en base a sus propios pronunciamientos.

II. Tras dicha nulidad, y la situación actual creada, resulta conveniente y necesaria la regulación de la inscripción del derecho de superficie por la Ley Hipotecaria, donde se señale el carácter constitutivo de su inscripción debido a la específica configuración del derecho de superficie y a la falta de

(76) En nuestro estudio anterior, al comentar la Resolución de 6 de noviembre de 1996 y la Resolución de 29 de abril de 1999, ya poníamos de manifiesto como podía resultar absurdo la concreción de un «número de plantas a construir (esto es, que se hubiese expresado numéricamente, por ejemplo, cinco alturas) ... pues depende en cada caso concreto del volumen ya edificado, del aprovechamiento urbanístico posible en cada zona... En este caso el constructor-propietario cautamente deberá reservarse el número total de plantas que permita el aprovechamiento urbanístico de la zona donde se encuentre el inmueble, con arreglo a la legislación urbanística, en el momento de construir el derecho. Cuestión distinta será que en el momento de hacer efectiva la reserva, esto es, cuando ejecute (él o un tercero) su derecho de sobreedificación, el aprovechamiento urbanístico haya variado, en cuyo caso deberá someterse a las nuevas normas urbanísticas. Precisamente por eso entiendo que el legislador quiera concretar registralmente este requisito a efectos de eficacia frente a terceros y a las posibles variaciones. Por ejemplo, no tendrá el mismo contenido económico el derecho del reservista si su objeto es de dos plantas que si es de cinco, lo cual es importante a efectos de hipoteca o embargo del derecho por un tercero». Vid. «Breves consideraciones en torno al derecho de elevación...», *cit.*, págs. 2027 y 2028.

apariencia posesoria por el superficiario una vez constituido el derecho de superficie antes de proceder a la construcción superficiaria separada, y con posterioridad, debido a la falta de exteriorización del derecho de superficie (pues los terceros pueden considerar que el superficiario es el dueño del edificio y del suelo). Especial configuración de la institución, que no debe olvidarse, pues desde 1861 se ha venido manteniendo en la legislación hipotecaria, indirectamente, la existencia de dos propiedades separadas.

La regulación del carácter constitutivo de la inscripción vía legal, supondría su afectación al derecho de superficie constituido entre particulares (modalidad urbana común), pero también supondría la exigencia de los requisitos adecuados que tendrían acceso al Registro para la modalidad urbanística, pues no olvidemos que la legislación urbanística únicamente (como no podría ser de otra forma) ha señalado el carácter constitutivo —aunque de manera dudosa, como señala el TS— de la modalidad que regula, pero sin entrar en más detalles que corresponderá a la Ley Hipotecaria.

III. Consideramos que tiene plena vigencia la teoría mantenida en nuestros estudios anteriores, aún tras la STC 61/1997, de la existencia de doble modalidad de derecho de superficie.

Doble modalidad que además tiene mayor juego tras la declaración de nulidad del artículo 16.1.º RH que en cierto sentido las aunaba al establecer los requisitos que debían cumplirse cuando ambas accedían al Registro de la Propiedad, en la modalidad urbanística por su carácter constitutivo, y en la modalidad urbana común, al ser declarativo, cuando el derecho accedía al Registro.

IV. Entendemos necesaria la concreción del carácter constitutivo de la inscripción en relación con ambas modalidades de derecho de superficie, a saber, la urbanística y la modalidad urbana común. La Ley urbanística, desde 1956, ha establecido el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, a fin de remarcar el carácter constitutivo de los efectos que frente a terceros produce la inscripción, pero no concretó, ni lo hizo posteriormente, el carácter constitutivo de la inscripción, siendo el Reglamento quien sí lo hizo, puntualizando que la inscripción era necesaria como requisito de existencia.

V. Tras la sentencia, no podemos obviar la postura del TS para quien la inscripción sólo es requisito de eficacia frente a terceros, como ha puntualizado lo que significa que a su juicio la inscripción de la modalidad urbanística no es constitutiva.

El TS recordemos que textualmente señala en el FJ 13.º que *«el artículo 2882 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este pre-*

cepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción, sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad...»

De mantenerse idéntico pronunciamiento en sentencias posteriores y declarar en ellas que la inscripción del derecho de superficie tendría en todo caso carácter declarativo, implicaría que el título constitutivo del derecho ya existente en la realidad extrarregistral accedería al Registro de la Propiedad o no. El fundamento de esta conclusión se halla en el pronunciamiento realizado en esta STS, y ya sabido, de que el contenido del Reglamento Hipotecario no puede afectar al contenido del Código Civil en virtud del principio constitucional de jerarquía normativa.

En ambos casos, modalidad urbana común y urbanística, el Registrador procedería a practicar el asiento de inscripción, cuando las partes así lo desearan, con el contenido de los aspectos existentes en el título constitutivo, sin tener en cuenta los requisitos (que en ese hipotético caso, una vez fueron exigidos por el art. 16.1.º RH), y que al ser declarativa la inscripción no podrían ser exigidos con carácter constitutivo del derecho por el Registrador en su calificación con carácter obligatorio.

De mantenerse que la inscripción sería meramente declarativa, los pactos existentes en el título constitutivo que no se inscribiesen tendrían únicamente efectos obligatorios entre las partes, pues realmente no existirían frente a terceros al no acceder al Registro. Así pues, la eficacia de los pactos contenidos en la escritura pública frente a terceros sólo tendrá lugar cuando se inscriban. Esto significa que los pactos contenidos en el título tendrían eficacia *inter partes*, y serían oponibles a terceros si los mismos accediesen al Registro.

VI. Entendemos que sería conveniente la regulación de los aspectos sustantivos de la modalidad urbana común del derecho de superficie a través de la vía legal adecuada, que bien podría ser su inclusión en la Ley Hipotecaria. El FJ 13.º de la sentencia pone de manifiesto como los recurrentes señalan que el artículo 16.1.º del Reglamento Hipotecario del que solicitan su nulidad, *invade su regulación sustantiva reservada a la ley*. Expresión que reafirma la existencia de la doble modalidad del derecho pues, obviamente, la urbanística sí se haya pormenorizadamente concretada en la legislación estatal y autonómica, donde además se detallan los requisitos imperativos y configuradores de la institución establecidos por el legislador.

VII. Al apreciarse por el TS —aunque simplemente sea de pasada en el FJ 13.º— una extralimitación en relación con la exigencia de los requisitos que deben acceder al Registro de la Propiedad a través del asiento de inscripción para que la misma sea válida y la inscripción del derecho tenga un carácter constitutivo, esto es, con todos los apartados del párrafo 1.º del artículo 16 RH, sería necesario que la Ley Hipotecaria procediera, como

vía legal adecuada para ello, a su constatación y pormenorización de los mismos.

Ley que debería señalar el carácter constitutivo de la inscripción en las dos modalidades, no debe olvidar la modalidad urbana común, a fin de evitar problemas posteriores, pero sobre todo debería señalar en conexión con las *diferencias sustantivas* de cada modalidad, los requisitos necesarios que deberán acceder al Registro.

La necesidad de regulación y concreción de los mismos se debe a las condiciones específicas de la configuración de la institución *superficiaria* que conlleva el surgimiento de una propiedad superficiaria separada del suelo sobre la que recae físicamente, requisitos que sin duda no son equiparables o exigibles a la inscripción en general de cualquier derecho real, pero que en la institución que ocupa nuestro estudio se convierten en circunstancias necesarias del derecho que pueden condicionar su existencia y que sobre todo deben hacerse constar para su cognoscibilidad por los terceros interesados.

Requisitos que deberán ser, reitero una vez más, establecidos por la Ley Hipotecaria, pues como la sentencia del más Alto Tribunal ha señalado (tal y como nosotros mantuvimos en trabajos anteriores), y cito textualmente, que en cuanto a la *definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le es dado regular debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las Leyes (art. 33) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales)*...

De proceder a la regulación de todas estas cuestiones, la Ley Hipotecaria, en relación con el derecho de superficie, sería innovadora y ejemplificadora para todos los sistemas de nuestro entorno, donde la utilización de la figura también plantea problemas similares a los que en nuestro ordenamiento han aparecido.

VIII. Consideramos oportuna y conveniente también la declaración de nulidad del apartado *b)* del párrafo 2.º del artículo 16 RH por los argumentos esgrimidos por la propia sentencia del Tribunal Supremo sobre la consideración de ilegalidad por su extralimitación conforme a la legislación urbanística.

Aún considerando el derecho de elevación como aquél por el cual el constructor se reserva la propiedad actual del volumen edificable —no ejercitado— para su construcción en el futuro, es conveniente y necesario hacer constar únicamente en el asiento de inscripción el nacimiento de este derecho real (de la propiedad de dicho volumen edificable no ejercitado) sobre cosa (inmueble) ajena, concretado en la reserva sobre futura construcción pero no es posible su determinación concreta, ya que dependerá en cada momento y lugar de las normas urbanísticas vigentes en el momento en que se proceda a la construcción.

La concreción de la existencia de la reserva del volumen edificable, por sí misma, cumplirá los requisitos exigidos en virtud del principio de determinación o especialidad exigidos por la Ley Hipotecaria.

IX. En definitiva, aunque entiendo que ha planteado más conflictos que soluciones, está claro que la sentencia del Tribunal Supremo ha sido acertada con la legalidad vigente, y supone la necesidad de que sea el legislador hipotecario quien solvente todas las cuestiones que han sido puestas de manifiesto por los recurrentes, las dudas planteadas por los recurridos, y sirva para hacer una regulación sustantiva más precisa y necesaria de la Institución, lo cual sin duda va a suponer un avance en su ahora más escasa regulación.

En cuanto al derecho de elevación, creemos conveniente, como ya hemos indicado en trabajos anteriores, la necesidad de regulación de esta institución de forma correcta y definitiva, recogiendo en un precepto aparte (aunque, en realidad, ahora ya lo está al haber desaparecido el art. 16.1.º RH).

MARÍA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho
Profesora de la UCM