

La aportación de don Ramón María Roca-Sastre a la construcción doctrinal del derecho de superficie

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. CRONICA DE ALGUNOS HITOS HISTORICOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE.—III. LA FINALIDAD DE LA RESTAURACION DEL DERECHO DE SUPERFICIE POR LA LEY DEL SUELO DE 1956.—IV. LAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE SEGUN EL ANALISIS DE ROCA-SASTRE.—V. LA CONSTITUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE: SUS REQUISITOS PERSONALES, REALES Y FORMALES.—VI. OTRAS APORTACIONES EN MATERIA DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE: 1. Los DERECHOS DEL DUEÑO DEL SUELO. 2. LOS DERECHOS DEL SUPERFICIARIO.

I. INTRODUCCION

En 1961 ROCA-SASTRE publicó en la *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario* un artículo doctrinal monográfico sobre el derecho de superficie, que en atención a su contenido y sin ningún tipo de presunción infundada tituló «Ensayo sobre el derecho de superficie». Se trataba de un estudio monográfico profundo y extenso sobre la figura del derecho de superficie, elaborado en una fecha en que las aportaciones doctrinales sobre la misma en la literatura jurídica española eran ciertamente muy escasas, sin perjuicio de su gran nivel, como era el caso del estudio sobre el mismo tema de don JERÓNIMO GONZÁLEZ publicado en sus obras completas «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil».

Posteriormente volvería ROCA-SASTRE a tratar el derecho de superficie en su gran obra «Derecho Hipotecario», donde fue mantenido dicho tratamiento en todas sus ediciones, dada la finalidad de la misma —generosamente cumplida, pero al tiempo ampliamente rebasada— de contestar el programa de las oposiciones libres de Notarías, en el que, no podía ser de otra forma, figura

el estudio del derecho de superficie como figura de Derecho privado que es, y como, por otra parte, se ha encargado de confirmar recientemente el Tribunal Constitucional en su ya famosa Sentencia de 20 de marzo de 1997, negando así la pretensión de quienes querían ver en el derecho de superficie una figura de naturaleza administrativo-urbanística, ajena al Derecho civil.

Ciertamente fue ROCA-SASTRE un jurista influido por el conceptualismo pandectista y por el romanismo de BONFANTE, pero al propio tiempo persona, por talante natural y por profesión, inclinada al estudio de las realidades y problemas jurídicos concretos, en cuyo sentido se le puede calificar de seguidor de la escuela histórica de SAVIGNY. A tal punto fue admirador de su obra, que figuraba en lugar preferente en su despacho barcelonés del célebre edificio gaudiano de «La Pedrera», un grabado en negro del propio SAVIGNY (1). Digo esto porque el interés de ROCA-SASTRE sobre el derecho de superficie no es meramente abstracto o académico, sino vinculado a la necesidad de su estudio surgido a raíz del «redescubrimiento» de esta figura por parte de la Ley del Suelo de 1956, y su desarrollo normativo por parte del Reglamento Hipotecario de 1959.

La significación del estudio de ROCA-SASTRE en la construcción doctrinal posterior e incluso su influencia en la evolución ulterior del derecho de superficie en el ámbito normativo fueron ciertamente notables, al punto de que se puede afirmar que algunas de las cuestiones que suscitó en tal estudio han pasado a ser temas ya clásicos de debate jurídico, y otras han ayudado a perfilar los contornos estructurales del derecho de superficie en las posteriores reformas normativas operadas en la materia.

Aplicó ROCA-SASTRE al estudio de la institución superficiaria la metodología clásica, comenzando por la aportación de un concepto, en que se sintetizan los caracteres fundamentales de aquél, siguiendo por el estudio de los antecedentes históricos, situación en el ámbito del Derecho comparado, definición de sus características fundamentales, elementos constitutivos, contenido estatutario de los derechos y obligaciones del concedente y del superficiario, así como las causas de extinción del derecho y su desenvolvimiento jurídico. Veremos a continuación, siguiendo la misma sistemática, las principales huellas de su aportación a la evolución del derecho de superficie.

(1) Así lo relata LUIS ROCA-SASTRE MUNCUNILL en la biografía que recientemente ha publicado sobre su padre, *Ramón María Roca-Sastre, jurista en su vida y en su obra*, publicada en la Colección «Biblioteca del Seminario Jerónimo González», editada por el Centro de Estudios Registrales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1998.

II. CRONICA DE ALGUNOS HITOS HISTORICOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Destaca ROCA-SASTRE cómo en Roma el Estado concedió a sus ciudadanos terrenos de dominio público próximos al Foro para la construcción de pequeños edificios a cambio del pago de una *pensio* o *solarium*, es decir, de un canon periódico. Esta fórmula fue utilizada más tarde, también, por particulares, en ocasiones a través de la fórmula del arrendamiento «*ad aedificandum*». Ahora bien, este derecho de superficie, en un principio, tenía carácter exclusivamente personal u obligacional que, tras pasar por una fase intermedia en que se le dotó de la protección interdictal, no llegó a ser considerado como propio y verdadero derecho real hasta el período del Derecho romano post-clásico.

En cualquier caso, en la evolución del derecho de superficie durante el Derecho romano, aquél no dejó nunca de ser un *ius in re aliena*, recayente sobre la edificación construida por el superficiario, lo cual se explica por la rigidez de la regulación de la accesión conforme a la regla *superficies solo cedit*, que a su vez traía causa de concepción del derecho de dominio romano como pleno dominio o señorío sobre una cosa, lo que implicaba un poder de absorción integral en sentido vertical (*ad inferos usque ad superis*).

Esta concepción pasa al *Corpus*, de forma que el derecho de superficie no llega nunca a implicar la propiedad separada o propiedad superficiaria de la edificación, puesto que tal propiedad se adquiere automáticamente por el *dominus soli* a medida que se ejecuta la construcción en méritos del instituto de la accesión. El superficiario dispone tan sólo de un derecho real de goce sobre lo edificado, consistente en un *usus* sobre el mismo.

Por el contrario, el Derecho germánico adoptó un enfoque inverso, más próximo al contenido económico del derecho, atribuyendo mayor valor a la edificación y al capital e industria invertido en su construcción que al suelo.

En el período del Derecho intermedio o *ius commune* el renacimiento del Derecho romano supuso la vuelta a la rigidez de la accesión romana, si bien en virtud de la doctrina del *dominium divisum*, fruto de la Glosa, el derecho de superficie fue reconducido a la figura del censo enfiteútico. Sólo en la segunda mitad del período intermedio se aprecia una evolución del derecho de superficie hacia la propiedad superficiaria o propiedad separada.

Y así llegamos a la época de la codificación. El Código Civil español de 1889, a pesar del antecedente más evolucionado que representó la Ley Hipotecaria a que luego nos referiremos, se mantiene bajo el criterio de la rigidez romana en materia de accesión que se incorpora a través de los artículos 358 y 361, y si bien menciona el derecho de superficie, prácticamente lo prefiere ya que, de un lado, lo deja huérfano de regulación y, de otro lado, lo reconduce a la figura de la enfiteusis mediante sus artículos 1.611 y 1.655. En la

interpretación de estos artículos se produce, a mi juicio, una de las grandes aportaciones de ROCA-SASTRE al estudio moderno del derecho de superficie.

En efecto, frente a la interpretación simple y directa a que invitan tales preceptos en el sentido de que puesto que al aludir el artículo 1.611, párrafo último, a los «foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes» está reconociendo explícitamente el derecho de superficie, sin embargo, tal conclusión no resulta aceptable por cuanto que en el mismo precepto se anuncia una Ley que desenvolverá el principio de *redención de dominios*, siendo así que la Ley que se dictó en ejecución de tal mandato (aprobada mediante Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926) no hace ninguna referencia al derecho de superficie. Por su parte, el artículo 1.655 impide la creación en el futuro de auténticos derechos de superficie, ya que *según* sean por tiempo indefinido o limitado se someten a las reglas del censo *enfiteútico* o del arrendamiento, respectivamente.

Esta idea de entender que el Código Civil no contiene propiamente regulación alguna respecto del derecho de superficie presenta una consecuencia muy significativa, toda vez que priva de fundamento a la llamada tesis dualista del derecho de superficie, según la cual se habría de distinguir entre el denominado derecho de superficie urbanístico y el derecho de superficie común, de forma que sólo el primero y no el segundo quedaría sometido a la regulación imperativa y cogente de la legislación del suelo. Si el Código Civil no regula derecho de superficie alguno, ello implica que aquella distinción puede calificarse de artificiosa, ya que para sostenerla hay que acudir al expediente de la teoría del *numerus apertus* en materia de derechos reales y al principio de la libertad de pactos del artículo 1.255 del Código Civil, pero, indudablemente, estos principios son comunes respecto de toda relación jurídica inmobiliaria, y no pueden interpretarse en menoscabo de las normas que posean carácter imperativo.

En cualquier caso, es lo cierto que la posición del Código Civil respecto del derecho de superficie constituyó un retroceso en la situación inmediata anterior, puesto que la Ley Hipotecaria, seguramente por la influencia germánica que recibió, ya había reconocido unos años antes el derecho de superficie como derecho autónomo y ajeno a la institución enfiteútica, de forma que en consideración a su carácter autónomo, real y transmisible lo incluye entre los derechos susceptibles de ser hipotecados. En la primera versión de la Ley Hipotecaria la hipotecabilidad de tales derechos se condicionaba a que quedase «a salvo el [derecho] de los demás partícipes en la propiedad», expresión suprimida de la vigente redacción de la Ley Hipotecaria, sin duda por confundir la idea del dominio dividido de la enfiteusis con la de la propiedad separada propia del concepto moderno del derecho de superficie. Esta idea de una propiedad *superficiaria* separada y distinta de la propiedad del suelo sí aparece nítidamente remarcada en el artículo 27 del Reglamento Hipotecario

de 1863 y de 1870, en el que se dispone que «en toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresará con claridad esta circunstancia».

ROCA-SASTRE ha estudiado la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado en aplicación del artículo 27 del Reglamento Hipotecario de los años en que estuvo vigente la redacción transcrita, llegando a la conclusión de que el derecho de superficie formaba parte de la realidad viva de nuestro Derecho. No obstante, a pesar de la desaparición del citado artículo 27 del Reglamento Hipotecario en sus versiones posteriores, acaso por las dificultades que por razón de su rango reglamentario le suponía su coexistencia con un Código Civil que no sólo no contenía una regulación positiva del derecho de superficie, sino que implícitamente lo venía a negar por medio de afirmar de forma rígida el juego de la accesión en forma claramente tributario del Derecho romano, todavía tuvo ocasión la Dirección General de los Registros y del Notariado de pronunciarse sobre la materia en diversas ocasiones, y lo hizo en un sentido claramente aperturista. Así, por ejemplo, la Resolución de 24 de abril de 1913, entendió que el artículo 358 del Código Civil, al establecer el efecto propio de la accesión, se limita a establecer una presunción que podía ser destruida mediante prueba en contrario. No obstante, a pesar de los buenos propósitos de esta jurisprudencia registral, todavía habrían de pasar muchos años hasta que la Ley del Suelo de 1956 vino a reconocer abiertamente la figura del derecho de superficie y a dotarla de una regulación propia, autónoma y suficiente.

III. LA FINALIDAD DE LA RESTAURACION DEL DERECHO DE SUPERFICIE POR LA LEY DEL SUELO DE 1956

No volvería el Reglamento Hipotecario a ocuparse del derecho de superficie hasta que una nueva Ley, esta vez de carácter administrativo, vino con la fuerza de su rango a forzar la regulación cicatera del Código Civil consagrando y regulando en cinco artículos el derecho de superficie. Ocurrió ello en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, desarrollada por el artículo 16 del Reglamento Hipotecario en su redacción de 17 de marzo de 1959. En momento muy próximo a la reforma, ROCA-SASTRE, frente a la tendencia dominante al panegírico fácil de la figura del derecho de superficie que surge al calor de la novedad y de las alabanzas que a la misma se prodigan en la Exposición de Motivos de la propia Ley, y siempre atento a la realidad práctica, manifiesta un cierto escepticismo en cuanto a las ventajas que a aquél se atribuyen.

Las ventajas que se atribuían al derecho de superficie las condensó la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1956, declarando que «La

experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario». Esta idea responde a la finalidad de la norma basada, por un lado, en el fomento de la construcción. Esta se facilita proporcionando al superficiario la posibilidad de construir y mantener la propiedad separada de la edificación por largo plazo sin necesidad de hacer frente a la inversión necesaria para adquirir el suelo, facilitando con ello la solución del problema de la vivienda permitiendo ofrecerla a precios sociales.

Por otro lado, se pretende evitar la especulación y mantener la plusvalía en favor del propietario —**generalmente** en la idea de la Ley, la Administración **municipal**—, para lo cual se utiliza la técnica de la reversión de la propiedad superficiaria a favor del concedente una vez expirado el plazo por el que fue constituido. Frente a ello, ROCA-SASTRE destaca que la temporalidad del derecho de superficie supone una importante subordinación a los derechos del propietario que privan de aliciente a aquél, tanto económica como psicológicamente. Además, la temporalidad de los derechos empleados como técnicas jurídicas de colonización plantearon históricamente numerosos problemas, incluso de carácter social, como ocurrió en Galicia con los foros o con los establecimientos a primeras cepas («rabassa morta») de Cataluña, ya que el superficiario o el colono pierden al vencimiento del plazo la edificación que construyeron o la plantación que levantaron.

IV. LAS CARACTERISTICAS DEL DERECHO DE SUPERFICIE SEGUN EL ANALISIS DE ROCA-SASTRE

1. Partiendo de la idea incuestionable de que el derecho de superficie es *un derecho de carácter real*, por atribuir a su titular un poder directo y *erga omnes* sobre la cosa, y como tal *inscribible en el Registro de la Propiedad*, afirma ROCA-SASTRE que tal derecho «tiene por *objeto* tener o mantener en terreno o inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida por medio del ejercicio de un derecho anejo de construir o plantar, o en virtud de un acto de adquisición de una edificación o plantación preexistente».

Se contienen en este párrafo las esencias del derecho de superficie y la solución de diversas cuestiones jurídicas que la Ley del Suelo de 1956 y el Reglamento Hipotecario de 1959 no resolvían directamente.

Así, el Reglamento Hipotecario configura el derecho de superficie como un «*derecho de construir* edificios en suelo ajeno», pero omite, aunque implícitamente lo acepte, que lo edificado queda de la propiedad del superficiario, si bien se trate en este caso —el de la propiedad **superficiaria**— de un

derecho de propiedad temporal. Además, tanto la Ley de 1956 como el Reglamento de 1959, únicamente contemplaban como vía de adquisición del derecho de propiedad superficiaria el ejercicio del derecho anejo de construir o edificar. Pues bien, ROCA-SASTRE destaca ambas omisiones, postula su corrección (2), y en ambos casos —tanto la consideración del derecho de propiedad superficiaria consistente en la facultad de mantener la propiedad de lo edificado separadamente del suelo, como la admisión del derecho de superficie sobre una edificación preexistente, concibiendo el derecho a construir como meramente instrumental o *medial*— se admiten hoy comúnmente en la doctrina sin apenas polémica al respecto.

Por lo demás, ROCA-SASTRE cataloga el *derecho de superficie* dentro de la clasificación clásica de los derechos reales —de goce, de adquisición y de garantía— entre los primeros, es decir, entre los *de goce*, pero con una configuración propia y distinta de los de usufructo y de servidumbre, a pesar de que algún Código como el suizo (3) aplique la regulación de las servidumbres a los derechos de superficie.

2. Otro de los caracteres propios del derecho de superficie, destacado por ROCA-SASTRE, es de «*hacer posible la propiedad separada del edificio respecto del terreno donde radica*».

El presupuesto para alcanzar tal efecto o resultado consiste en enervar o neutralizar los efectos de la accesión, bien de forma originaria, bien de forma sobrevenida, según que el derecho de superficie vaya acompañado de la facultad o derecho anejo de construir o que se constituya sobre edificación ya existente.

En principio el derecho de accesión no permite la coexistencia de dos propiedades sobre cosas que forman un todo inescindible, y que, en definitiva, son una sola e indivisible entidad física (la edificación se haya íntimamente ligada al suelo, carece del carácter de cosa autónoma y forma parte integrante de la finca). Ahora bien, la cuestión que cabe plantear es la de si el derecho de accesión y su principio *superficies solo cedit* constituyen una «necesidad jurídica», es decir, un dogma insoslayable, o bien constituyen un enunciado Derecho positivo. Hoy en día es claro que se trata de lo segundo

(2) No obstante, ROCA-SASTRE afirma que en el estado en que se encontraba la legislación española al tiempo en que publicó su *Ensayo sobre el derecho de superficie* —año 1961— no contemplaba la misma el derecho de superficie constituido mediante la cesión de una edificación preexistente, o sea, la propiedad separada obtenida mediante un acto de adquisición y mantenida por virtud del derecho de superficie, criticando el hecho de que ni la Ley del Suelo ni el Reglamento Hipotecario tuvieran por entonces una visión más amplia y comprensiva de tal derecho.

(3) Dispone el artículo 779 del Código Civil suizo, que responde al epígrafe de «Derecho de superficie»: «El propietario puede establecer a favor de tercero una *servidumbre* que le atribuya el derecho de tener o de hacer construcciones sobre o bajo una finca».

y no de lo primero, y como tal enunciado de Derecho positivo es plenamente disponible para el legislador.

No obstante, en el caso español, el Código Civil, como ya dijimos, contiene una rígida concepción de la accesión, y así el artículo 358 dispone que «lo edificado... en predios ajenos, y las reparaciones y mejoras hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos». Y si bien en tal caso se trata de una adquisición onerosa que requiere del pago de la correspondiente indemnización del valor de la edificación a quien la levantó, y cabe la posibilidad de que no interese al propietario del suelo verificar tal pago, no por ello se contempla la posibilidad de establecer una división horizontal (4) de la propiedad, separando la propiedad del vuelo de la del suelo, sino que la alternativa prevista consiste en el fenómeno simétrico de la «accesión invertida», de forma que el dueño del suelo podrá «obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno» (cfr., art. 361).

Señala ROCA-SASTRE que, a pesar de ello, la Ley del Suelo de 1956 implantó en España el derecho de superficie de tipo moderno, pero acusa a aquélla de falta de tecnicismo por haber realizado aquella incorporación prescindiendo del obstáculo que para ello representan los artículos 358 y 361 del Código Civil, generando una situación de tensión entre la norma administrativa (Ley del Suelo) y la civil (Código Civil), lo que resulta especialmente censurable atendiendo al carácter eminentemente civil y de Derecho privado que presenta el derecho de superficie (5), que como tal en otros Ordenamientos próximos está recogido en los respectivos Códigos Civiles (así, el italiano, el alemán, etc.).

3. En cuanto al *período de duración del derecho de superficie*, ROCA-SASTRE defendió la idea de que el mismo «institucionalmente puede ser de *duración temporal* y de *duración indefinida*». Así, citaba el ejemplo de Alemania, Suiza e Italia como países cuyas respectivas legislaciones reconocen y amparan expresamente ambas posibilidades, aun cuando la realidad jurídica de dichos países demuestra que comúnmente el derecho de superficie se constituye con carácter temporal, si bien que con plazos de duración generalmente prolongados que pueden llegar incluso a los noventa y nueve años, ya que dado el efecto de reversión que se produce a favor del concedente al finalizar el plazo, éste debe bastar para alcanzar la plena amortización de la inversión edificatoria.

Sin embargo, al propio tiempo reconoce ROCA-SASTRE que en nuestro Derecho positivo en la fecha en que escribió su «Ensayo del derecho de

(4) No en el sentido del régimen regulado por la Ley de 21 de julio de 1960, sino en el que se indica en el texto.

(5) Así lo ha venido a declarar recientemente el Tribunal Constitucional español en su Sentencia de 20 de marzo de 1997.

superficie», únicamente se admitía la forma temporal de dicho derecho (6). Así, la Ley del Suelo de 1956 limita el plazo de duración del mismo a cincuenta años, plazo que el Reglamento Hipotecario de 1959 impuso como requisito de inscripción del derecho de superficie con carácter general (cfr., art. 16). Esta generalización fue objeto de crítica por parte de ROCA-SASTRE quien entendió que dado el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie impuesto por aquellos textos legales, el efecto práctico de la exigencia del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, en cuanto al plazo, es la de que en ningún caso cabrá constituir un derecho de superficie por plazo superior a cincuenta años, siendo así que la Ley del Suelo únicamente imponía tal limitación respecto de aquellos derechos de superficie que hubiesen sido constituidos por el Estado u otros entes públicos. En consecuencia, considera que el Reglamento Hipotecario, en este punto, modifica lo dispuesto por la Ley del Suelo y, por tanto, resulta cuestionable (7).

Este criterio de afirmar que institucionalmente tanto cabe que el derecho de superficie sea de duración temporal como indefinida, pero que en nuestro Derecho positivo (8) no cabe sino en su forma temporal, si bien que se trata de una opción de política legislativa censurable, ha dejado profunda huella en nuestra literatura jurídica posterior, y aun hoy esa dualidad de conceptos se maneja al tratar el tema de la temporalidad intrínseca o no del derecho de superficie.

Al poner en evidencia la fragilidad argumental de la temporalidad que nuestra legislación impone al derecho de superficie, allana el terreno para la admisión de posibles prórrogas respecto del plazo inicialmente pactado, que ROCA-SASTRE postula. Es este otro aspecto de la construcción doctrinal del derecho de superficie aportada por ROCA-SASTRE que ha calado en nuestro Derecho, al punto de que no sólo ha contado con importantes seguidores este punto de vista entre los autores, sino que, además, ha sido objeto recientemente de reconocimiento formal en nuestra legislación. En efecto, el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, de reforma parcial del

(6) Constituye una excepción a la norma común la Ley 434 de la Compilación de Derecho civil de Navarra, de la que resulta *a sensu contrario* la admisibilidad del derecho de superficie de carácter perpetuo.

(7) Se trata de una de las pocas ocasiones en que de la argumentación de ROCA-SASTRE podría derivarse un criterio de favor hacia la tesis dualista del derecho de superficie, pero, obsérvese, que no se apoya tanto en la finalidad urbanística o no de aquél, cuanto en la identidad pública o privada del constituyente del derecho.

(8) Esta opción de política legislativa se mantiene todavía en la actualidad (vid., art. 289.2 de la Ley del Suelo de 1992), si bien que los plazos de duración máxima autorizados se han ampliado, siendo de setenta y cinco y de noventa y nueve años, respectivamente, según que el constituyente sean los Ayuntamientos o los particulares, cuyo alargamiento puede intuirse tributario de la crítica a la temporalidad rígida del derecho.

Reglamento Hipotecario, modifica el artículo 16, en cuyo párrafo *a*), tras fijar el plazo de duración del derecho y el efecto de la reversión que se opera, salvo pacto en contrario, al tiempo de su vencimiento, establece que: «No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal». Este precepto nace en el caldo de cultivo de la construcción doctrinal de ROCA-SASTRE, a quien la experiencia de los años transcurridos desde la publicación de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959 ha venido a dar la razón en éste como en tantos otros temas.

4. Desde el punto de vista de su proyección vertical, ROCA-SASTRE defendió abiertamente la idea de que el derecho de superficie tanto podía proyectarse a *edificaciones sobre el suelo* como a *edificaciones debajo del suelo*, frente a las limitaciones con que tal derecho se concibió en el Derecho romano en que sólo se aceptaba su constitución sobre el suelo pero no sobre el subsuelo. Evidentemente el avance de la técnica constructiva actual y la limitación de espacio en los entornos urbanos ha hecho a un mismo tiempo necesario y posible la utilización de espacios subterráneos para distintos usos, muy principalmente el de garaje.

Pues bien, si es cierto que la Ley del Suelo de 1956 únicamente aludía expresamente al derecho de superficie *sobre* el suelo de finca ajena, el Reglamento Hipotecario complementa con acierto a aquélla añadiendo expresamente a la posibilidad de realizar a su amparo nuevas construcciones «*bajo* el suelo de fundos ajenos». En realidad ROCA-SASTRE va todavía más allá de esta posibilidad, y habla de la posible constitución de un derecho de superficie cuyo objeto sea la construcción de una edificación «debajo de otra edificación subterránea», y por ello emplea la fórmula de «edificaciones *en* [es la preposición que sugiere para comprender en una sola fórmula tanto las edificaciones bajo como las edificaciones sobre] terreno o inmueble ajeno».

5. En cuanto a las *edificaciones susceptibles de ser objeto de un derecho de superficie*, nos aclara ROCA-SASTRE algo que aún hoy da lugar a confusión y que en el fondo resulta muy simple: si bien la Ley del Suelo únicamente regula el derecho de superficie respecto de edificaciones, y el Reglamento Hipotecario parece seguir el mismo sistema, sin embargo esta apariencia no se corresponde con la realidad, ya que, ciertamente, el artículo 16 habla tan sólo de edificaciones, pero el artículo 30 del mismo Reglamento permite la inscripción del «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas», siendo así que a pesar de la diferencia terminológica, este último es un derecho de la misma naturaleza que el propiamente llamado derecho de superficie, ya que en el fondo todo derecho de superficie es un derecho de vuelo sobre finca ajena o «derecho de levantar nuevas construcciones *sobre el vuelo*» de fincas ajenas. Por tanto, no sólo las edificaciones urbanísticas, sino las plantaciones rústicas podrán ser objeto de tales derechos.

V. LA CONSTITUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE: SUS REQUISITOS PERSONALES, REALES Y FORMALES

Utilizando la técnica clásica de nuestra doctrina civilística, diferencia ROCA-SASTRE entre los elementos personales, reales y formales en la constitución del derecho de superficie.

1. ELEMENTOS PERSONALES

Resulta obvio que el primer requisito desde el punto de vista de los elementos personales en materia de constitución del derecho de superficie es el de tener poder de disposición sobre la cosa. Así, el concedente del derecho de superficie deberá tener la propiedad del suelo sobre el que se constituye el gravamen *superficiario*, y en caso de condominio se requiere la unanimidad de todos los *condóminos*, puesto que no se trata de un mero acto de administración de la cosa, sino de la constitución de un gravamen (cfr., arts. 397 y 398 del Código Civil).

Ahora bien, cabe que la titularidad del suelo esté afectada por situaciones jurídicas de distinto tipo. Así, se ha planteado por la doctrina la situación de las fincas cedidas en régimen de usufructo, enfiteusis e, incluso modernamente, la posibilidad de la concesión de un derecho de superficie a una sociedad de arrendamiento financiero en el marco de una operación de *lease-back* (9) (el dueño del suelo concede un derecho de superficie a una sociedad de arrendamiento financiero, la cual construye la edificación y cede lo edificado en régimen de arrendamiento financiero al dueño del suelo).

Sin embargo, lo que ha sido poco común es plantearse a quién corresponde conceder el derecho de superficie cuando se trata de una finca sobre la que ya existe un derecho de propiedad superficiaria por haberse construido la edificación habilitada por un previo derecho de superficie. Es decir, así como la cuestión de la subhipoteca está resuelta en sentido positivo en nuestra legislación, ¿resulta admisible el derecho de superficie?, y si es así, ¿a quién corresponde su concesión, al dueño del suelo, al propietario superficiario o a ambos conjuntamente?

Esta cuestión, que en su propio planteamiento ya revela el genio de quien la formula, fue suscitada por ROCA-SASTRE en el año 1961, e implícitamente a la primera pregunta de una respuesta positiva. La solución no resulta fácil, ya que no se trata de una mera cesión o transmisión del

(9) Esta fórmula ha sido estudiada recientemente por DE LA IGLESIA MONJE en «Algunas consideraciones en torno al *lease-back* en su conexión con el derecho de superficie urbano», en *RCDI*, núm. 635, págs. 1393 y sigs.

derecho de propiedad superficiaria, que en sí mismo no plantea demasiados problemas, sino de la constitución de un nuevo derecho de superficie que se traduciría en una posterior construcción en régimen de propiedad separada y que se asentaría no sobre el solar de la finca, sino sobre el vuelo de la edificación preexistente.

Respecto del poder de disposición en tales casos, ROCA-SASTRE consideró que pertenecía conjuntamente al *dominus soli* y al superficiario. Contradice así la tendencia doctrinal representada por SALI (10), que había postulado la solución contraria en base a la consideración de que una vez concedido el derecho de superficie a un tercero, la accesión se desplaza del suelo al vuelo de la propiedad superficiaria, de suerte que la accesión favorecerá al propietario de la edificación. Comparto plenamente la posición de ROCA-SASTRE, ya que el derecho de superficie se define en cuanto a su contenido, entre otros extremos, fijando claramente el objeto sobre el que se proyecta, de forma que en el título de su constitución se han de detallar «sus características generales y destino de la construcción» [vid., art. 16.1.c) del Reglamento Hipotecario]. Es decir, el derecho de propiedad superficiaria se agota en su propio objeto, de manera que carece de la elasticidad propia de la propiedad ordinaria y queda comprimido a los límites de la construcción específica que en su propio detalle define su contenido.

También conduce a la misma conclusión la consideración de la constitución del derecho de superficie como contrato oneroso, y la caracterización del mismo como negocio jurídico conmutativo y no aleatorio, que es el carácter que tendría si la reversión pudiese dar lugar a una situación en que no confluyesen nuevamente todas las facultades del dominio en el *dominus soli* en base al *aleas* de que el superficiario hubiese, a su vez, otorgado un nuevo derecho de superficie.

2. ELEMENTOS REALES

Dos son los aspectos de la aportación de ROCA-SASTRE a la construcción del derecho de superficie que quisiera subrayar en este momento: la determinación del concepto de «edificación» como objeto natural del derecho de superficie y la posible extensión del derecho de superficie a la porción de terreno no ocupada por la edificación.

(10) Citado por el propio ROCA-SASTRE en su *Ensayo...*

a) *El concepto de edificación*

A diferencia de la opinión de autores como WOLF O SALI (11) que sostienen un criterio muy amplio sobre el concepto de edificación como objeto de un derecho de superficie, ROCA-SASTRE postula una interpretación ajustada a la finalidad de la norma, que no es otra que la del fomento de la construcción ligada a las necesidades urbanísticas y de creación de equipamientos residenciales y de vivienda. Por tanto, discrepa de la consideración que extiende el derecho de superficie a cualesquiera construcciones adheridas al suelo en las que se empleen materiales propios de la construcción. No todas las construcciones adheridas de forma permanente al suelo serán, por consiguiente, aptas para ser objeto del derecho de superficie. Deben excluirse como tales las líneas ferroviarias, las conducciones eléctricas, telefónicas, los oleoductos. Actualmente habría que ampliar esta lista incluyendo en la misma las estaciones geodésicas, las estaciones de radar e instalaciones meteorológicas, estaciones de captación de energía eólica, repetidores de radio y televisión, etc.

A mi juicio, resulta muy acertada la aplicación de un criterio de interpretación finalista de la norma en esta materia, ya que con la misma se logra delimitar más ajustadamente a su propia naturaleza el contenido del derecho de superficie. Y es que el conjunto de exclusiones citadas tienen mejor encaje en las figuras de las concesiones administrativas y de las servidumbres prediales que en el instituto superficiario.

b) *Extensión del derecho de superficie a la porción de terreno no ocupada por la edificación*

En cuanto a la posible extensión del derecho de superficie a la porción de terreno no ocupada por la edificación, resulta necesario plantear el problema de la delimitación material del objeto del derecho de superficie no sólo en cuanto a la altura o proyección vertical del mismo (plantas que se podrán levantar, aprovechamiento urbanístico concedido, etc.), sino también en cuanto a su proyección o extensión horizontal. Es decir, dado el caso de que se constituya un derecho de superficie sobre un solar para construir un edificio cuya planta no cubra la totalidad de la extensión del solar, ¿la parte del solar no ocupada por la construcción queda afecta al derecho de superficie y, por tanto, priva al *dominus soli* de la posibilidad de disponer del mismo y, recíprocamente, atribuye al superficiario derecho de uso exclusivo sobre tal porción de la parcela?

(11) *Ibidem*, pág. 41.

ROCA-SASTRE ofrece una solución afirmativa al anterior interrogante, pero pone para ello una condición imprescindible cual es la de que la porción no edificada sea por su destino útil accesorio de la edificación, como en los casos de los jardines, espacios de separación entre edificios, patios comunes para dar al inmueble luces y vistas, etc.

A mi juicio, resulta acertada la solución ofrecida tanto respecto de la solución afirmativa como de la condición a que ésta se sujeta. Tan sólo cabría añadir o complementar la condición de la accesoriedad por razón de su destino útil de la parte del suelo libre con un segundo requisito: que la inclusión se haya convenido en el título de constitución del derecho de superficie. Este segundo requisito responde a la necesidad de evitar situaciones equívocas, ya que a diferencia del régimen de propiedad horizontal, en la propiedad superficial el suelo no pasa a ser elemento común, ya que no existe configuración alguna de comunidad, y por ello no cabe entender transferido implícitamente derecho accesorio alguno sobre el resto del solar no edificado si así no se ha pactado. Máxime cuando no parece existir la necesidad imperativa —sin perjuicio de la clara **conveniencia**— desde el punto de vista normativo de proceder a una previa segregación de la parcela sobre la que se constituye el derecho de superficie, en los casos en que la extensión de éste no agota la total cabida de aquélla (12).

3. ELEMENTOS FORMALES

Es clásico el estudio en sede de derecho de superficie del carácter constitutivo de la inscripción registral del mismo. Ciertamente, y a pesar de la ambigüedad que parte de nuestra doctrina ha creído ver en la redacción de la Ley del Suelo en la materia, resulta hoy evidente el citado carácter constitutivo de la inscripción registral del derecho que venimos estudiando. No otra cosa cabría colegir del tenor del artículo 288.2 de la Ley del Suelo de 1992 (idéntico a los arts. 158.2 de la Ley de 1956 y 172.2 de la Ley de 1976): «como requisito constitutivo de su eficacia (deberá) inscribirse en el Registro de la Propiedad». Dado que no se trata de un problema de eficacia, sino de validez de su constitución, el Reglamento Hipotecario, ya en su redacción de 1959, corrigió técnicamente la expresión literal de la Ley del Suelo, y en su artículo 16 se dice, con referencia al derecho de superficie, que «para su *eficaz constitución* deberá inscribirse».

Cierto que la mejora técnica podría haber sido mayor, y haberse formulado el mandato con total precisión hablando de «para su válida y eficaz

(12) Vid. Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 25 de junio de 1993.

constitución», lo cual erradicaría cualquier duda al respecto, al poner de manifiesto que lo que está en juego no es sólo la eficacia, sino la misma validez y existencia del derecho.

La reciente reforma del Reglamento Hipotecario de 4 de septiembre de 1998 no ha aprovechado la ocasión para aclarar este punto, y conserva la frase de arranque de su artículo 16 en los términos transcritos. ¿Cabe extraer de ello alguna conclusión en orden a que realmente no exista voluntad de ratificar el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie? No lo creo así en absoluto, ya que, sin perjuicio de la oportunidad perdida, lo cierto es que al margen de determinadas voces discrepantes, la consideración del aludido carácter constitutivo es ampliamente mayoritaria en la doctrina, lo cual hace que no exista propiamente problema alguno al que debe atender una reforma. Es decir, el tratamiento del tema en la reforma cabe entender que se omite porque siendo cuestión pacífica en la doctrina y no deseando innovar en tal materia, no se hace precisa la introducción de modificación alguna en la misma.

Las dudas en la materia vienen de una doble fuente, de un lado, de una equívoca jurisprudencia y, de otra, de la famosa tesis dualista del derecho de superficie a que aludimos *supra*, defendida por diversos autores (ALBALADEJO, DE LA IGLESIA MONJE) frente a la tesis unitaria defendida por otro sector doctrinal (DE LOS MOZOS, LASO MARTÍNEZ, BENAVIDES REY y, más recientemente, CÁMARA AGUILA).

En cuanto a lo primero existen pronunciamientos discrepantes: así la Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1984 se muestra favorable al principio de libertad de forma en la constitución del derecho de superficie, mientras que la Sentencia de 1 de febrero de 1979 hace aplicación de las normas que sancionan el carácter constitutivo de la inscripción. El fundamento de la primera sentencia citada nos lleva a la segunda cuestión formulada, es decir, a las conclusiones divergentes, no sólo en ésta sino en numerosas otras cuestiones de interpretación del régimen jurídico del derecho de superficie, según se abrace la tesis unitaria o la tesis dualista.

Quienes entienden que el régimen jurídico del derecho de superficie es distinto, según que tenga o no finalidad y carácter urbanístico, de forma que sólo estos últimos estarían sujetos a la regulación positiva de la Ley del Suelo, entienden que la regulación imperativa del Reglamento Hipotecario sobre el derecho de superficie en lo que tiene de traslación reglamentaria de aquélla y de discrepante respecto de los requisitos ordinarios de constitución de los derechos reales fijados en el Código Civil, constituye norma reglamentaria *extra legem* y, por tanto, hacen tabla rasa de las mismas por razón del principio de jerarquía normativa, tratándose de derechos de superficie ordinarios, comunes o no urbanísticos.

No es mi propósito terciar en este momento en la espinosa polémica apuntada, por más que aprecie de mayor mérito los argumentos favorables a la tesis unitaria (creo que el argumento *a contrario* del *numerus apertus* en sede de derechos reales es un argumento huidizo, ya que el mismo se podría tomar como fundamento para extrapolar la tesis no ya dualista, sino pluralista, respecto de cualquier otro derecho real), sino destacar la contribución doctrinal de ROCA-SASTRE en este tema concreto del carácter constitutivo del derecho de superficie. A mi juicio, dicha contribución consiste en haber puesto de manifiesto el fundamento último de tal carácter, más allá de su formulación en el Derecho positivo, es decir, la razón de ser o justificación de tal carácter. Dice ROCA-SASTRE al respecto que el carácter constitutivo de la inscripción en estos casos «está justificado debido a la índole propia de este derecho, pues mientras no se construye no está materializado, y una vez hecha la edificación es normal pensar que ésta pertenece al dueño del suelo».

Vuelve sus ojos este razonamiento a una importantísima cuestión de fondo, cual es la de considerar la inscripción registral como un auténtico modo de adquirir los derechos reales en los casos en que el derecho carece de contrato posesorio con la cosa, pero en este caso lo amplía de forma que también tendrá la inscripción esta consideración de modo de adquirir respecto de los derechos reales que teniendo contacto posesorio con la cosa, el mismo no ofrezca una apariencia fiel de la realidad, como ocurre en el caso del derecho de superficie en que la posesión en concepto de dueño que ejerce el superficiario no permite discernir si lo que hay detrás de ese *ius possidendis* es un derecho de propiedad común —que es la conclusión a que invita la apariencia de la posesión exteriorizada— o bien un mero derecho de propiedad superficiaria —que es lo que existe en la realidad, cuando de tal se trate—. En el fondo se trata del fundamento último de la publicidad registral como instrumento de la seguridad jurídica.

Por otra parte, aun cuando parece claro que tanto de la Ley del Suelo como del Reglamento Hipotecario resulta que se contempla como modo ordinario de conceder un derecho de superficie el del contrato, sin embargo ROCA-SASTRE no ve reparo para que cumpla tal papel una donación o un testamento, incluso plantea y acepta la posibilidad de adquirir el derecho de superficie por medio del instituto de la usucapión. En mi opinión, ello es posible siempre que se cumpla el doble requisito formal y *ad solemnitatem* impuesto tanto por la Ley del Suelo, que exige no sólo la inscripción registral, sino también la formalización del derecho en escritura pública (cfr., art. 288.2).

En materia de donaciones no existiría en ningún caso problema de antinomia legal, ya que para la validez de la donación de bienes inmuebles nuestro Código Civil exige el otorgamiento de escritura pública (cfr., art. 633). En cuanto a los testamentos, tampoco se aprecia inconveniente alguno para que, y siempre que el mismo tenga forma notarial, se pueda

ordenar, por ejemplo, un legado de derecho de superficie a cargo de los herederos. Cuestión distinta es la de cuál será el título inscribible, si el propio testamento acompañado de escritura de manifestación de legado o solicitud de propio legatario, o bien escritura de partición de herencia, lo cual dependerá de diversos factores como la de si el testador ha facultado o no para tomar posesión del legado al legatario, si existen o no legitimarios o si toda la herencia se ha distribuido o no en legados. En cualquier caso parece argumento definitivo en favor del testamento y de la donación como títulos formales de concesión del derecho de superficie el que es éste un derecho que se puede constituir con carácter tanto oneroso como gratuito [vid., art. 16.1.b) del Reglamento Hipotecario].

En cuanto a la usucapión, la posición del propio ROCA-SASTRE es más matizada y diferenciada según que se trate de un derecho de superficie recayente sobre solar o sobre un edificio preexistente. En el primer caso, considera que el juego de la usucapión se ve dificultado por cuanto que el efecto ordinario de la accesión actuará siempre en beneficio del *dominus soli*, de forma que a medida que se ejecute la construcción, la misma será patrimonializada por aquél, impidiendo la entrada del efecto prescriptivo. Por contra, en el caso de que se trate de un derecho de superficie constituido sobre un edificio ya levantado, considera que cabe la usucapión tanto ordinaria como extraordinaria.

Sólo una matización cabe por mi parte introducir en tal corolario, cual es la de que dado el carácter constitutivo de la inscripción en esta materia de adquisición del derecho de superficie por usucapión no podrá ser de otro tipo que la usucapión *secundum tabulas* del artículo 35 de la Ley Hipotecaria. Y siendo ello así, no cabrá otra modalidad de usucapión que la ordinaria, ya que presuponiendo la extraordinaria la ausencia de justo título, y estando integrado éste por la propia inscripción en el caso de la usucapión *secundum tabulas* es claro que no ha de faltar el mismo.

Finalmente, apunta también ROCA-SASTRE la posibilidad de adquisiciones *a non domino* del derecho de superficie por la vía del principio de la fe pública registral del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, lo cual, obviamente, presupone el cumplimiento de los requisitos formales del artículo 288 de la Ley del Suelo y 16 del Reglamento Hipotecario, ya que el principio de fe pública registral exige la doble inscripción del adquirente y del subadquirente y la titulación pública (vid., arts. 3 y 34 de la Ley Hipotecaria).

VI. OTRAS APORTACIONES EN MATERIA DEL CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Para sistematizar mejor el estudio del contenido del derecho de superficie diferenciaremos entre los derechos del dueño del suelo y los del superficiario.

1. LOS DERECHOS DEL DUEÑO DEL SUELO

En materia de definición de los derechos del dueño del suelo existen, a mi juicio, tres grandes aportaciones de ROCA-SASTRE a la construcción del derecho de superficie: la admisión de las cláusulas de estabilización en la fijación del canon periódico, la definición del derecho sobre el canon como crédito personal y no real, y la aclaración del concepto de reversión que opera al extinguirse el derecho del superficiario.

A) El Reglamento Hipotecario, en su reforma de 17 de marzo de 1959, había admitido *la inclusión de las cláusulas de estabilización*, pero exclusivamente en materia de préstamos hipotecarios respecto del valor del capital mutuado (vid., art. 219.3). Se trataba de algo excepcional y propio de una operación contractual sobre la que existía un mercado y unos operadores especializados, ya que la mayor parte de los préstamos hipotecarios son concedidos por entidades financieras.

Resulta, por tanto, muy meritorio que en el año 1961 con la reforma todavía reciente, ROCA-SASTRE intuyera la posibilidad y, en todo caso, la conveniencia de extrapolar la utilización de las cláusulas de estabilización al derecho de superficie. Los beneficios son obvios y responde a la misma lógica que, por ejemplo, las actualizaciones de la renta en los contratos arrendaticios (no se pierda de vista la asimilación a los arrendamientos que se contiene en el art. 1.655, párrafo 2, de los foros y gravámenes análogos, cuando éstos tienen carácter temporal): evitar el perjuicio unilateral que para el concedente representa la depreciación monetaria, especialmente importante en los contratos de larga duración.

B) En caso de que se pacte una *contraprestación a favor del concedente del derecho de superficie*, es decir, en aquellos casos en que se constituye con carácter oneroso, aquella contraprestación puede venir integrada bien por un precio, bien por un canon, como decía expresamente el Reglamento Hipotecario en su versión de 1959. ROCA-SASTRE aclaraba que la alternativa era la de fijar un «precio alzado» o bien un «canon periódico», como ahora dice con mayor precisión la Ley del Suelo de 1992.

También puede integrar la contraprestación «la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez» (vid., art. 288.3). Tanto si las viviendas o locales aludidas forman parte del mismo edificio, objeto de la propiedad superficiaria, como si pertenecen a otro distinto, estos supuestos entrarían en el concepto técnico de permuta, posibilidad ya apuntada con gran sentido de la anticipación por ROCA-SASTRE. La cuestión tiene importancia práctica en el sentido no sólo de la admisión de estas formas de contraprestación, ahora avaladas por la Ley y entonces sujeta a criterios de interpretación, sino también en el sentido de entender preferentemente aplicables

las reglas de la permuta y no las de la compraventa en materia de cumplimiento del contrato o del ejercicio de la acción de evicción (vid., arts. 1.538 a 1.540).

En cuanto a la *naturaleza jurídica del canon periódico*, se plantea la cuestión de si tiene carácter de carga real, obligación *propter rem* o crédito personal. A favor de lo primero abogaba la cercanía conceptual de las instituciones del derecho de superficie y del censo enfiteútico. ROCA-SASTRE defiende una interpretación contraria entendiendo que se trata de un mero derecho de crédito personal, con el consiguiente beneficio para el tráfico jurídico y para la hipotecabilidad del propio derecho de superficie (vid., art. 107, núm. 5, de la Ley Hipotecaria), lo cual equivale a apostar por la utilidad práctica de la figura, ya que siendo el objeto del derecho de superficie la construcción de una edificación y precisándose normalmente para ello acudir a recursos y financiación ajena, favorecer la posibilidad de que el propio derecho que sirve de cobertura a la construcción se erija en objeto de la garantía del préstamo es favorecer la viabilidad práctica del mismo derecho.

El argumento principal de tal tesis reside en que el artículo 16A.e) del Reglamento Hipotecario prevé la posibilidad de incluir en el título de constitución del derecho de superficie «las garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato», garantías que serían superfluas si la propia finca estuviese sujeta a tal cumplimiento por poseer el canon carácter de carga o gravamen real.

En cuanto a las posibles modalidades de tal garantía, la que mejor parece encajar es la de hipoteca en su versión de rentas, dada la periodificación estructural a que responde el cumplimiento de la obligación por su propia naturaleza, en caso de haberse pactado un canon periódico. Por el contrario, ROCA-SASTRE entiende que no cabe pactar condición resolutoria en garantía de la contraprestación, dada la prohibición de pacto comisorio que establece el propio artículo 16, número 1 *in fine* del Reglamento Hipotecario: «No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso».

Ciertamente que no se pueden asimilar íntegramente los conceptos de comiso y de condición resolutoria. Ahora bien, en el caso del derecho de superficie el efecto resolutorio sólo puede ser parcial en una de las direcciones, ya que si bien al dueño del suelo le será posible restituir las cuotas percibidas, la restitución de la cosa o finca objeto del derecho, caso de haberse ejecutado total o parcialmente la construcción, no podrá tener lugar en su estado primitivo, salvo que se procediese a una lastimosa, antieconómica y antisocial demolición de aquélla. La diferencia respecto del supuesto de ejecución hipotecaria es obvio, ya que en este caso, satisfecho con el importe del remate la deuda de las cuotas impagadas, el remanente

queda a disposición del titular ejecutado (no existiendo otros acreedores) (13).

La Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de octubre de 1989 y el último párrafo del artículo 13 del Reglamento Hipotecario en su redacción dada por Real Decreto de 4 de septiembre de 1998, por vía de analogía, podrían dar base para entender que existe la posibilidad de establecer, no obstante, lo dicho, la condición resolutoria. Sin perjuicio de lo discutible de tales argumentos, que incluso pueden ser reversibles (así, si la reforma de 1998 del Reglamento Hipotecario ha permitido expresamente la condición resolutoria en el caso de la permuta de solar por obra futura, lo mismo podría haber hecho en el caso del derecho de superficie y no lo ha hecho), en cualquier caso procede desaconsejar tal pacto que posteriormente, a mi juicio, podría ser combatido por la vía del enriquecimiento injusto, dadas las consecuencias que puede implicar antes apuntadas.

C) La Ley del Suelo de 1956 (art. 161) establecía que *a la extinción del derecho de superficie el dueño del suelo haría suya la propiedad de lo edificado*, debiendo satisfacer al superficiario una indemnización en defecto de pacto en contrario. El artículo 16.1.a) del Reglamento Hipotecario de 1959 —vigente hasta la reciente reforma de septiembre de 1998—, por su parte, determinaba que «lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario». Este último inciso de «salvo pacto en contrario» fue objeto de comentario por parte de ROCA-SASTRE en su obra *Derecho Hipotecario* (14), en la que indica que tal frase alude a la diversidad de destinos que cabe conferir a lo construido, siempre que suponga una consolidación del dominio, de forma que en base a tal pacto cabría incluso estipular que la propiedad del suelo vaya a parar al superficiario.

Ello no repugna, ciertamente, al instituto de la accesión, ya que también prevé el Código Civil que ésta pueda actuar en sentido inverso (mediante la accesión invertida del art. 361) y, en definitiva, viene a restaurar el carácter unitario que reclama el derecho de propiedad inmueble que desgajó la constitución del derecho de superficie, de la misma manera que lo hace el supuesto inverso de la reversión de la edificación a favor del dueño del suelo. En la práctica la accesión invertida a favor del superficiario se asemejaría más al de la redención de un censo, favoreciendo los vínculos duraderos del superficiario con el inmueble.

(13) Puede observarse recientemente la huella de esta posición en la mantenida por JOSÉ MARÍA NAVARRO VIÑUALES, en su estudio *El derecho de suelo. El derecho de superficie urbana. Las Disposiciones Transitorias en la Ley de Censos catalana*, editado por la Fundación Matritense del Notariado, Madrid, 1997.

(14) Ver t. III, Bosch, 1968, pág. 573.

En cuanto a la necesidad de pagar una indemnización al superficiario en los casos de reversión de lo edificado al *dominus soli*, la mera posibilidad del pacto en contrario que establecía la Ley del Suelo de 1956, se ha transformado en regla general en las posteriores Leyes del Suelo de 1976 y 1992: «cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho» (cfr., arts. 173.3 y 289.3, respectivamente).

La modificación es doble, ya que, por un lado, se impone la reversión cerrando la posibilidad a la accesión invertida en favor del superficiario y, por otro, se elimina la obligación del pago de la indemnización. Sin duda, ambos cambios tienden a favorecer la posición del concedente del derecho de superficie, y si ello puede tener fundamento en caso de que el mismo lo haya sido la Administración pública, ya que, en tal caso, las plusvalías generadas revierten con la edificación a favor de la comunidad, resultan por el contrario cuestionables en caso de concesión por particulares. Lo que se plantea en tales casos es la posibilidad de modificar mediante pacto tales normas, es decir, se plantea en definitiva el carácter dispositivo o imperativo de tales normas.

Resulta más fácil argumentar la condición de tales preceptos de norma dispositiva en cuanto a la exoneración de indemnización a cargo del dueño del suelo, dada la conexión de la misma con la fijación de la contrapartida establecida a su favor, de forma que una exoneración de la indemnización o la eliminación de la misma puede ser compensada aumentando o disminuyendo, respectivamente, el importe u onerosidad de la contraprestación pactada a favor del concedente. Y si tal efecto se puede lograr por tal vía indirecta no existen razones para impedir que el mismo se alcance por vía directa.

JUAN MARÍA DÍAZ FRAILE
Letrado adscrito a la Dirección General
de los Registros y del Notariado
Registrador de la Propiedad y Mercantil