

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

SUMARIO: I. INTRODUCCION.—II. LA INSTITUCION SUPERFICIARIA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE MARZO DE 1997: A. CUESTIONES GENERALES. B. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO Y VALORACIONES DE 1998 Y EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA AUTONÓMICA: a) *Estudio en concreto de las derogaciones introducidas por la Ley Urbanística Estatal. Regulación contenida en la normativa autonómica;* b) *Conclusiones.*— III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998: A. CONSIDERACIONES PREVIAS. B. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO. C. EXAMEN DETALLADO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN CADA REQUISITO: a) *Plazo de duración del derecho de superficie;* b) *Reversión parcial de la construcción superficiaria;* c) *Prórroga del plazo de existencia del derecho;* d) *Cuestiones relativas a las características generales y al destino de la construcción superficiaria;* e) *Cuestiones relativas al plazo para la construcción de la obra por el superficiario y su incumplimiento;* f) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.* D. CONCLUSIONES.

I. INTRODUCCION

La finalidad de la breve exposición que vamos a realizar a continuación, reside **únicamente** en poner de relieve la situación actual de la figura **jurídica** del derecho de superficie tras los cambios introducidos en los **últimos** meses en su regulación, y, cómo éstos han afectado a la institución en sí. Estudio que no tiene visos de exhaustividad, sino que pretende dar a conocer la nueva

problemática que se ha planteado con la existencia de las nuevas modificaciones. Análisis que lo hemos estructurado en dos partes, la primera referida a la situación producida tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, donde intentaremos concretar el régimen particular aplicable a la institución superficiaria, que como veremos se moverá dentro de ciertos límites (vigencia expresa del TRLS de 1992, legislación autonómica, y preceptos del TRLS de 1976); y, la segunda parte en donde se detallan las modificaciones introducidas por la reforma del Reglamento Hipotecario.

Como paso previo y necesario queremos indicar algunas cuestiones referentes a la institución del derecho de superficie que consideramos esencial para el estudio que nos proponemos desarrollar a continuación.

Tal y como hemos mantenido en otros trabajos (1) entendemos que en nuestro ordenamiento existe un único derecho de superficie, aunque hay dos modalidades del mismo, propiciadas precisamente por la regulación urbanística. Criterio que, como veremos, se reafirma en la actualidad por las modificaciones introducidas.

Así pues, frente a la concepción decimonónica de la institución donde se entendía el derecho de superficie como un dominio dividido (al igual que ocurría en sistemas cercanos al nuestro como en el francés, el italiano y el portugués), surgió una nueva tendencia a mediados del presente siglo de configurar a la institución como un derecho real originador de una propiedad superficiaria de carácter separado, y ello precisamente por el nuevo giro introducido por la legislación urbanística fundamentalmente. De manera que nos encontramos una modalidad urbana común basada en el artículo 1.611 del Código Civil, en el principio de autonomía de la voluntad de las partes que posibilita la flexibilización del principio de accesión existente en nuestro ordenamiento jurídico, y sobre todo, en base al *numerus apertus* de derechos reales. Y, otra, la denominada modalidad urbanística sustentada por la regulación de las sucesivas reformas de la Ley del Suelo (2).

(1) Vid., principalmente, mi monografía *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, 1996. Y mis artículos relativos a la «Duración del derecho de superficie urbano», en *AC*, núm. 21, 1996, págs. 445 a 480, y «Algunas consideraciones acerca del *lease-back* y su conexión con el derecho de superficie urbano», en *RCDI*, núm. 635, 1996, págs. 1393 a 1432.

(2) Recordemos su concreción en el artículo 157 de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1956 («El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderá al superficiario»); en el artículo 171.1.º de la posterior reforma de la Ley del Suelo y Ordenación Urbana de 1975, sancionada por el Real Decreto de 9 de abril de 1976

II. LA INSTITUCION SUPERFICIARIA TRAS LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE 20 DE MARZO DE 1997

A. CUESTIONES GENERALES

Iniciamos estas notas recordando la existencia del recurso de inconstitucionalidad planteado por diferentes Comunidades Autónomas contra el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992 (en adelante TRLS). Recurso que fue resuelto, como es sabido, por la STC 61/1997, de 20 de marzo (3).

Tras la publicación de la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997, que anula prácticamente dos tercios del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, se produce una situación en relación con la legislación urbanística de falta de unidad. Posteriormente, la nueva Ley del Suelo de 1998 contiene la estructura de la legislación urbanística de orden estatal (4), junto a la que aparece, unas veces, la incipiente regulación de las Comunidades Autónomas (5) y, otras, la publicación de unos textos minuciosamente desarrolla-

(donde se establece expresamente que «El Estado, las Entidades Locales y Urbanísticas especiales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, cuyo derecho corresponderá al superficiario»), y, posteriormente, por el artículo 287.1.º TRLS (que señalaba que «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 a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario»).

(3) Sentencia 61/1997, de 20 de marzo. Recurso de inconstitucionalidad 2477/1990, 2479/1990, 2481/1990, 2486/1990, 2487/1990 y 2488/1990 (acumulados). Promovidos, respectivamente, por el Parlamento de Navarra, el Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria, el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña, la Diputación General de Aragón, la Junta de Castilla y León y el Gobierno de Canarias, contra la Ley 8/1990, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y en los recursos de inconstitucionalidad, acumulados a los anteriores, 2337/1992, 2341/1992 y 2342/1992, promovidos, respectivamente, por el Consejo de Gobierno de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, la Diputación General de Aragón y el Consejo Ejecutivo de la Generalidad de Cataluña frente al Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio (BOE de 25 de abril de 1997).

(4) El Tribunal Constitucional deja al Estado un reducto sumamente limitado sobre el que sólo puede operar a nivel nacional a partir de las competencias que se le reconocen con carácter exclusivo (que en relación con la institución superficiaria se reducirán al ámbito civil y registral); atribuyendo a las Comunidades Autónomas el marco del urbanismo. Lo que, en definitiva, producirá como veremos, en este estudio, una plural y exhaustiva legislación autonómica.

(5) No queremos ser exhaustivos, simplemente señalar la existencia de alguna de las normativas que han sido publicadas hasta este momento:

dos (6), donde se recoge el contenido de la competencia urbanística, entendiendo como urbanismo el modelo de desarrollo de una ciudad.

Como veremos, la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones de 1998 (en adelante, LRSV) incide fundamentalmente en lo recogido en el TRLS de 1992, que es la regulación de las condiciones básicas del derecho de propiedad, en base al artículo 149.1.8.^a CE.

Centrándonos en nuestro estudio, y según recoge el Fundamento de Derecho número 38 de la STC, la Generalidad de Cataluña impugna los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 del TRLS por entender que la regulación del derecho de superficie ha sido configurada siempre desde la normativa urbanística (7). El TC señala que el motivo de la impugnación aducido por el letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, pone de manifiesto de

— El País Vasco, por Ley 5/1998, de 6 de marzo, de medidas urgentes en materia de régimen del suelo y ordenación urbana (no realiza una ley exhaustiva ni hace referencia alguna al derecho de superficie).

— Andalucía, por Ley 1/1997, de 18 de junio, por la que se adoptan con carácter urgente y transitorio disposiciones en materia de régimen de suelo y ordenación urbana (BOJA de 26-6-1997), se dedica a declarar nulos los artículos de la LS de 1992 tras su declaración de inconstitucionalidad por la sentencia del TC.

— Al igual ocurre con la Comunidad Autónoma de Extremadura, la cual, mediante Ley 13/1997, de 23 de diciembre, reguladora de la actividad urbanística, señala la declaración de nulidad de los artículos de la LS de 1992 (DOE de 24 de febrero de 1998).

— O las de Castilla y León, que por Ley 9/1997, de 13 de octubre, de medidas transitorias en materia de urbanismo (BOCL de 16 de octubre de 1997) que no señalan nada acerca del Derecho de superficie.

— Ni la de la Comunidad de Madrid, Ley 20/1997, de 15 de julio, de medidas urgentes en materia de suelo y urbanismo (BOCM de 18-7-1997).

(6) La Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia (DOG de 26-3-1997), regula dentro del Título V, dedicado a los instrumentos de intervención en el mercado del suelo, y en el Capítulo I bajo la rúbrica de Patrimonio Municipal del Suelo, la figura del derecho de superficie en dos artículos: el 158 y el 159.

— La Comunidad de Castilla-La Mancha, por Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 19 de junio de 1998), regula con cierta exhaustividad la institución superficiaria que se encuentra encuadrada dentro del Título IV dedicado a «El régimen urbanístico de la propiedad del Suelo», en su Capítulo III, dedicado a la Intervención pública en el mercado inmobiliario, y específicamente en la Sección 2.^a, artículos 80, 81 y 82.

— La Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja (BOLR de 4 de julio de 1998), recoge la regulación del derecho de superficie dentro del capítulo dedicado al Patrimonio Municipal del Suelo, y en la Sección 2.^a dedicado a cesiones, en un único precepto, el 172.

Sin olvidarnos de aquellas comunidades como Cataluña y Canarias en las que existe una legislación acabada sobre urbanismo.

(7) Debemos tener presente, además, como el propio TRLS, en su Disposición Final única, apartado 3.º establecía que «los restantes preceptos (entre los que se encuentran el 287.1.º, 288.1.º y 290) serán de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades en ejercicio de sus competencias».

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 constituiría 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 estableciendo (8).

Con acierto, el Tribunal Constitucional entiende 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».

En conexión con dicho planteamiento, en su fallo, la sentencia declara en su número 2.º que son *inconstitucionales y nulos* el apartado 3.º de la Disposición Final única, y consiguientemente, los siguientes preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria, entre los que se encuentran el apartado 1.º del artículo 287, el apartado 1.º del artículo 288, y el artículo 290 del TRLS de 1992.

B. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY DE RÉGIMEN DEL SUELO
Y VALORACIONES DE 1998 Y EN LA NORMATIVA URBANÍSTICA AUTONÓMICA

En conexión con la publicación de la sentencia del Tribunal Constitucional y ante el vacío normativo creado en determinados aspectos, se publicó con fecha 13 de abril de 1998, la Ley número 6 sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, la cual, en su parte articulada, no hace referencia alguna a la institución *superficiaria*, pero que en su Disposición Derogatoria única, tras dejar constancia como premisa genérica de la derogación del TRLS en su totalidad, exceptúa los apartados 2.º y 3.º del artículo 287, 2.º y 3.º del artículo 288 y el artículo 289 (9).

(8) Continúa manteniendo la sentencia que «tal concepción, además de "petrificar" o "congelar" el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar del Derecho Urbanístico, desconocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del artículo 148.1.3.ª 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».

(9) Disposición Derogatoria que según afirma GONZÁLEZ PÉREZ (*Comentarios a la Ley sobre régimen del suelo y valoraciones*, Civitas, Madrid, 1998, págs. 833 y 834)

a) *Estudio en concreto de las derogaciones introducidas por la Ley Urbanística Estatal. Regulación contenida en la normativa autonómica*

Con carácter genérico cabe poner de manifiesto la dificultad que entraña la técnica utilizada por el legislador estatal para conocer los preceptos derogados y los que se hallan en vigor teniendo que acudir continuamente al TRLS de 1992, o, como veremos, acudir en determinados casos al TRLS de 1976 (10), y a la legislación autonómica que, evidentemente, aún se encuentra en una fase de desarrollo incipiente, sin olvidar su dispersión.

Vamos a intentar en este estudio exponer cuáles han sido las derogaciones concretas y cuál es el estado actual de la regulación del derecho de superficie.

* Así pues se deroga el apartado 1.º del artículo 287 del TRLS de 1992, que recordemos señalaba que:

«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 a algún régimen de protección

sigue un sistema usual en los textos legales más recientes, pues no se limita a la **cláusula** genérica de derogar las normas que se opusieran a lo en ella establecido, pero tampoco enumera todas las normas que deroga, única fórmula congruente con el principio de seguridad jurídica que consagra el artículo 9 CE, sino que adopta una fórmula mixta pues, por un lado, deroga expresamente determinadas disposiciones legales (entre las que se encuentran las relativas al derecho de superficie), y, por otro, la general de derogar cuantos preceptos legales se opongan o sean incompatibles con lo previsto en ella.

(10) Baste recordar la opinión mayoritaria actual centrada en que tras la derogación del TRLS de 1992, por la LRSV de 1998, en base a la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la mayoría de sus preceptos, se produce el restablecimiento de la Ley de 1976.

Según señala MARTÍNEZ LASO («La Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997. Breve reflexión sobre su repercusión en el ordenamiento urbanístico español», en *Otrosí*, 1997, pág. 21, 1997), «se produce en este punto una de las singularidades más relevantes de la sentencia... los preceptos que no son de aplicación plena, por no ser inherentes a la competencia del Estado, no pueden ser regulados tampoco por vía supletoria, a pesar de que conforme al inciso final del artículo 149 CE, el derecho estatal será, en todo caso, supletorio del derecho de las Comunidades Autónomas. Para la sentencia el derecho estatal preconstitucional, salvo en lo que resulta afectado por la dinámica derogatoria de la propia Constitución, constituye un *corpus* intocable por el Estado, petrificado e inerte, pero vivo mientras todas y cada una de las Comunidades Autónomas no lo derogan expresamente para su territorio o se produzca su derogación tácita. Por eso, el Texto Refundido de 1976 revive también en lo no anulado por el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, si bien esta reencarnación no es integral sino clónica, valga el lenguaje de la época al uso, por cuanto habrá tantos Textos Refundidos de 1976 como Comunidades sin un desarrollo legislativo pleno... A su vez en aquellas Comunidades, como es el caso de Cataluña y Canarias, en las que existe una legislación acabada sobre el urbanismo, el Texto de 1976 se convertirá en una Ley muda...»

pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

Apartado que se deroga como consecuencia de lo establecido en el punto 2.º del fallo de la STC donde se declara expresamente su inconstitucionalidad y nulidad, al ser dicho precepto estatal de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias.

Paradójicamente, tras la derogación por la nueva LS estatal de un precepto clave, como entiendo que es éste, el cual contiene la configuración del derecho de superficie en su modalidad urbanística, pasa a ser regulado, y así continúa en este momento, y **según** nuestro conocimiento por sólo tres Comunidades Autónomas, que, además, con expresión exacta a la que el Estado mantenía en el TRLS, recogen ahora en su regulación autonómica (11).

La legislación autonómica continúa manteniendo idéntica configuración del derecho que la hasta ahora señalada por el texto estatal de carácter supletorio (esto es, concesión de un derecho real para construir sobre suelo ajeno —**patrimonio municipal**— cuyo derecho de propiedad corresponderá al su-

(11) Así, Galicia, por Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo (DOG de 26-3-1997), regula la constitución del derecho de superficie en el artículo 158, que señala en su apartado 1.º que «Las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de 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 cuanto a la Comunidad de Castilla-La Mancha, su labor ha sido vertiginosa. Por Ley 5/1997, de medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (DOCM de 18-7-1997), recogía en el artículo 75, apartado 1.º que «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 a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario».

Normativa que ha sido derogada con posterioridad por la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 19 de junio de 1998), que concreta la constitución del derecho en su artículo 80, señalando 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».

También La Rioja, por Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo (BOLR de 4 de julio de 1998), declara la concesión del derecho de superficie en un precepto, el 172, que en su apartado 1.º señala 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».

perficiario), así como todo lo referente a los sujetos que podían concederlo (entidades locales y personas públicas), el objeto del mismo, y su finalidad (la construcción de viviendas o a otros usos).

* Se mantiene sin derogar el resto del precepto, el artículo 287, apartados 2.º y 3.º, actualmente en vigor, que recordemos señalan:

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

3.º «El derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieran fijado al constituirlo, y se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado».

A este respecto cabe señalar que en relación con el apartado 2.º, aunque no ha sido derogado, alguna Comunidad Autónoma lo ha introducido en su propia regulación autonómica con idéntica expresión a la mantenida y aún vigente por el texto estatal (12). Técnica que puede parecer confusa, pero que es en cierto modo acertada para hacer referencia a la existencia de las dos modalidades del derecho de superficie existentes. Incidiéndose en lo que el propio TC en su sentencia ha mantenido en torno a que la institución superficiaria ha sido siempre una institución de carácter civil, a fin de evitar el planteamiento del abogado de la Generalitat que en su recurso de inconstitucionalidad argumentaba que al ser una figura regulada por la legislación urbanística, y al corresponderle atribuido las materias urbanísticas a las Comunidades Autónomas, sería de competencia autonómica la regulación de la institución.

* El apartado 1.º del artículo 288 del TRLS de 1992, relativo al procedimiento de constitución del derecho de superficie, también queda derogado por disposición expresa del TRSV de 1998, en relación con la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la **STC**.

Apartado que recordemos señalaba que:

«El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos». (Capítulo referido al Patrimonio Municipal del Suelo y a las cesiones.)

(12) Es lo que ha ocurrido en Galicia, en su Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo (DOG de 26-3-1997), que en su artículo 158, apartado 2.º establece que «el mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior».

Las Comunidades Autónomas han procedido a su regulación tomando como referencia, sin duda, la expresión contenida en el propio TRLS de 1992 (13).

* Se mantienen en vigor los restantes apartados, 2.º y 3.º del artículo 288 del TRLS de 1992, que recordemos declaran que:

2. «La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad».

3. «Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie».

El apartado 2.º establece, como es sabido, el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie. Norma de ámbito estatal y en base a la cual se procedió en su momento, 1959, a regular reglamentariamente con mayor detalle y precisión la inscripción y en relación con ella varios aspectos sustantivos de la institución. Lo cual, a su vez, ha posibilitado, como veremos en la segunda parte de este estudio, la reforma del Reglamento Hipotecario en relación con esta figura.

(13) Galicia, en su Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo, recoge en su artículo 159, dedicado al régimen jurídico, que «en estos supuestos se aplicará el régimen establecido en la Legislación del Estado».

La cuestión se centra en determinar cuál es la legislación del Estado referente al régimen jurídico del derecho de superficie. Tras la derogación del precepto del TRLS de 1992, el precepto del TRLS de 1976, esto es, el artículo 171.2.º, que dice precisamente lo mismo que el derogado de 1992, objeto de comentario.

— La Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, en su artículo 81 señala que «la concesión del derecho de superficie, así como su carácter oneroso, se regirán por las mismas reglas establecidas en la sección anterior para los patrimonios públicos de suelo».

No hace referencia ni siquiera a la posible concesión del derecho de superficie de forma gratuita, aunque cuando señala el reenvío a lo señalado en la sección anterior, se puede comprobar que en el artículo 79, que hace referencia al destino de los bienes integrantes de los patrimonios del suelo, señala que podrán ser enajenados mediante adjudicación de contratos o cedidos gratuitamente.

— Por último, la Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, mantiene en su artículo 179, apartado 2.º que «El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en los artículos anteriores para los diversos supuestos». Se refiere al régimen de cesiones onerosas y gratuitas de terrenos patrimonio municipal enajenados mediante concurso (arts. 169 y 170).

En relación con el apartado tercero, únicamente señalar la referencia expresa al elemento esencial de la institución, en su modalidad urbanística, la reversión total de la propiedad superficiaria al concedente, tras la extinción del derecho. Reversión que puede pasar de ser total a parcial como ha modificado el Reglamento Hipotecario, cuestión que será analizada en su momento oportuno.

* En cuanto al artículo 289 del TRLS de 1992, referido a las causas de extinción del derecho de superficie, queda en vigor, en principio, al no ser derogado expresamente por la Disposición Derogatoria única de la LRSV de 1998, por no haberse declarado su inconstitucionalidad. No obstante, considero necesario realizar algunas precisiones en relación con este precepto, concretamente en torno a sus dos primeros apartados.

Recordemos que el precepto en vigor dice así:

«7.º El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley.

2.º 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.

3.º 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 hubiere constituido aquel derecho.

4.º La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

5.º Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente».

En relación con el apartado 1.º en su segunda parte debe entenderse derogado puesto que el artículo 35.1.º ha sido suprimido por la derogación genérica establecida en la Disposición Derogatoria única de la LRSV de 1998. No obstante, mantener la continuación de la primera parte, esto es, «el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto» puede ser demasiado genérico. Aunque, como veremos más adelante, deberá ponerse en relación con la modificación contenida en el Reglamento Hipotecario (Real Decreto de 4 de septiembre de 1998), e incluso con el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, en el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento

Hipotecario en materia de urbanismo sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística.

No obstante, a fin de dar en este momento una solución a esta cuestión, si tenemos en cuenta la propia LRSV de 1998, deberemos acudir a los preceptos reguladores de los deberes de los propietarios, tanto de suelo urbano como de suelo urbanizable, cuyo plazo de edificación debe ponerse en conexión con el planeamiento (art. 14 —suelo urbano—, y art. 18 —suelo urbanizable—). Aunque no debemos olvidar la legislación autonómica que dispone que el plazo de edificación se contendrá en la preceptiva licencia urbanística, que se aplicará incluso para aquellas actuaciones de los particulares sobre suelo público (14).

El apartado 2.º de este precepto también resulta, cuanto menos paradójico, y ello porque al continuar en vigor se mantiene la limitación estatal cuando el derecho de superficie es concedido por una Entidad local que debería, al igual que ocurría con el supuesto del artículo 287.1.º, haber sido derogado. No obstante, ninguna legislación autonómica ha incidido en ello, ni ha traspuesto idéntico párrafo. Todo ello demuestra o que se ha pasado por alto esta cuestión o que se entiende acertado el plazo y, por consiguiente, no es necesario su reforma. En todo caso, considero que debería suprimirse la expresión referente a las entidades locales a los efectos formales de claridad normativa, haciéndose una referencia genérica a personas **públicas**.

* Por último, se entiende derogado por virtud de la DDU del LRSV de 1998, el artículo 290 del TRLS de 1992, referido a los beneficios otorgados por la concesión del derecho de superficie en virtud de su consideración como inconstitucional y nulo. Precepto que recordemos señalaba que:

«La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos».

Precepto que únicamente ha sido tenido en cuenta por una Comunidad Autónoma a la hora de su regulación, y que mantiene idéntica expresión que el precepto derogado (15).

(14) Cuestión que desarrollaremos más adelante al profundizar en la reforma reglamentaria.

(15) La Comunidad de Castilla-La Mancha, por Ley 5/1997, de medidas urgentes en materia de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (DOCM de 18-7-1997), en su artículo 76, bajo la rúbrica de *beneficios* apunta que «La concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la Legislación de viviendas de Protección Pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos».

b) *Conclusiones*

El haber puesto de manifiesto pormenorizadamente la regulación del derecho de superficie, nos permite realizar una serie de afirmaciones que no podemos dejar pasar por alto:

La existencia de la regulación autonómica centrada en la configuración del derecho de superficie por las entidades locales y demás personas públicas, en base a su ámbito competencial referido al urbanismo, nos reafirma más en la teoría de la existencia de dos modalidades de derecho de superficie. Cuestión que se consolida al no haberse derogado la posible constitución del derecho de superficie por los particulares sin limitación de destino. Todo ello constatado por la afirmación del TC que en su sentencia declara que es una institución típicamente civil, pero que actualmente se regula por leyes urbanísticas.

Al ser su naturaleza civil, el Estado, en virtud del artículo 149.1.8.^a CE, es el competente en virtud de su reserva sobre legislación civil y puede regularla, de ahí la actual existencia del derecho de superficie, de su reconocimiento, de su creación por los particulares, de su tráfico jurídico-privado y de su extinción en la propia Ley urbanística estatal.

No obstante, como consecuencia de la declaración de inconstitucionalidad y nulidad de la Disposición Final única, apartado 3.º del TRLS, el TC señala la no supletoriedad de la Ley del Estado en ciertos temas de derecho de superficie, lo que va a posibilitar la regulación de las propias Comunidades Autónomas, de la modalidad urbanística del derecho de superficie que en realidad no se distingue en nada de la que se mantenía en el TRLS de 1992, llegándose incluso a transcribir los preceptos derogados en la normativa estatal y aceptados por la regulación autonómica.

En base a estos criterios nos encontramos actualmente con que el derecho de superficie concedido por los particulares, que entiendo que es la modalidad urbana común, se encuentra regulada por el Código Civil y también por la nueva Ley del Suelo y Valoraciones, de materia exclusiva del Estado, como señala en sus argumentaciones la sentencia constitucional.

Por último, en aquellos supuestos en que la Comunidad Autónoma no regula un punto concreto en materia urbanística, el cual es de su competencia

Posteriormente la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística (DOCM de 19 de junio de 1998), que deroga la anterior Ley señalada, regula en su artículo 82, bajo el título de «*Los beneficios del derecho de superficie*», que «La concesión del derecho de superficie por la Administración y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos».

al haber sido derogado el TRLS de 1992 por la nueva normativa urbanística, habrá que estar a lo que decida cada CC.AA. Así, por ejemplo, en las CC.AA. como, por ejemplo, Andalucía, que han aceptado el TRLS de 1992 como norma propia, seguirá siendo aplicable lo en ella dispuesto. En las CC.AA. que vayan elaborando normas urbanísticas propias, habrá de atenderse el criterio que establezcan en cada caso. En los demás casos, habrá que entender aplicable el contenido del TR de 1976, única norma aplicable a falta de disposición autonómica sobre la materia (16). Pero que en relación con nuestra institución no se produce ninguna innovación al ser todas las remisiones transcripción exacta del contenido del TRLS de 1992.

III. MODIFICACIONES INTRODUCIDAS POR LA REFORMA DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO DE 1998

A. CONSIDERACIONES PREVIAS

La sentencia constitucional marcó un hito decisivo al mantener la necesidad de reformar la legislación urbanística y, consiguientemente, atribuir y clarificar los títulos competenciales en materia de urbanismo. En este sentido, debemos poner de manifiesto, como premisa inicial de nuestro estudio, la competencia exclusiva del Estado, artículo 149.1.º-8 CE («El Estado tiene competencia exclusiva sobre... la ordenación de los registros e instrumentos públicos...») de coordinar la publicidad registral inmobiliaria. Las soluciones registrales han de ser uniformes en todo el Estado por afectar a los derechos y garantías fundamentales de los ciudadanos y ser de orden público.

De esta manera y anticipándose a la publicación de la LRSV de 1998, se procedió a publicar el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprobaron las normas complementarias al Reglamento Hipotecario en materia de urbanismo, sobre inscripción en el Registro de la Propiedad de los actos de naturaleza urbanística, dictado por el Ministerio de Justicia de acuerdo con el Ministerio de Fomento, el cual intenta coordinar la publicidad registral con la acción urbanística para facilitar el acceso al crédito y a la vivienda.

(16) Así lo ha expuesto, ARNÁIZ EGUREN («Notas sobre el contenido de los artículos 13, 16, y 68 del 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». Ponencia de las Jornadas sobre la Reforma del Reglamento para la ejecución de la LH. Colegio de Registradores. Madrid, 6 y 7 de octubre de 1998, que próximamente va a ser publicado por el Colegio de Registradores de la Propiedad, y que se halla actualmente en prensa bajo el título de *La reforma de los Reglamentos hipotecarios y del Registro Mercantil*, y que amablemente nos ha permitido estudiar su autor).

En este estado de cosas, y como consecuencia de la introducción en nuestro ordenamiento jurídico de nuevas leyes referentes a otras cuestiones (17), se modifican también determinados artículos del Reglamento Hipotecario de 1959, a través del Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, entre los que se encuentra el artículo 16.1.º relativo a la inscripción del derecho de superficie, cuya Exposición de Motivos advierte que, «se da nueva regulación al derecho de superficie, unificando los plazos de duración y aclarando los efectos que tiene la declaración de la construcción fuera de plazo de edificación inicialmente previsto (art. 16.1.º)». Aunque, como veremos, existen otras modificaciones.

B. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA MODIFICACIÓN DEL REGLAMENTO HIPOTECARIO

A los efectos de investigar en profundidad la nueva reforma reglamentaria introducida, nos proponemos examinar detalladamente, en estas breves líneas, la nueva redacción del artículo 16.1.º del Reglamento Hipotecario.

Así, pues, recogemos a continuación el precepto en cuestión que va a ser objeto de análisis (18).

Artículo 16.1.º: «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 vuelo 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 concedido 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

(17) Según la propia Exposición de Motivos, las modificaciones del Reglamento Hipotecario responden a una triple finalidad: adaptación a reformas legales (Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de medidas administrativas y de orden social; Ley 7/1998, de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación), acomodación del ejercicio de la función del Registrador a las nuevas necesidades (Estatutos generales del Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Real Decreto 483/1997, de 14 de abril), y regulación de figuras carentes de una reglamentación registral actualizada (entre la que se encuentra el art. 16.1.º, relativo a la inscripción del derecho de superficie).

(18) Las partes subrayadas hacen referencia a las nuevas modificaciones o introducciones.

la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por la 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 constituyere 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».

En este momento, y antes de entrar en el estudio exhaustivo del artículo, debemos poner de relieve el fundamento de la referencia al derecho de superficie por el Reglamento Hipotecario de 1959 y la reforma actual, necesario para el análisis del precepto y, sobre todo, a fin de señalar el carácter de la inscripción en cada una de las modalidades de la institución superficiaria.

Así, pues, recordemos cómo la primera Ley del Suelo de 1956 —art. 158— señaló que el derecho de superficie «deberá, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad». Esta expresión dudosa dejó en el aire la posibilidad de otorgar el carácter constitutivo de la inscripción y que fue aprovechada por el Reglamento Hipotecario de 1959, que en su artículo 16.1.º, desarrollando dicho precepto, afirmó tal carácter constitutivo de la inscripción con los siguientes términos «para su eficaz constitución deberá inscribirse...»

Entendemos que el legislador urbanista, al disponer que es «requisito constitutivo de su eficacia», no desconoce que la inscripción de cualquier derecho real en nuestro Derecho es requisito de publicidad, pero estimó que en este derecho —especial por sus caracteres—, era necesario condicionar su inscripción en el Registro como requisito de existencia. De esta forma la inscripción va a pasar de ser únicamente «un requisito constitutivo de su eficacia» en la Ley del Suelo, a ser un requisito constitutivo de existencia en el Reglamento Hipotecario, dando lugar a lo que ya en su día consideramos un *reglamento contra legem*, pues recordemos que la Ley Hipotecaria, a la cual desarrolla, sólo otorga el carácter constitutivo de la inscripción a la hipoteca.

Mayor problema surge al imponerse el carácter constitutivo de la inscripción a todos los derechos de superficie en general, incluyendo a la modalidad urbana, destruyendo uno de los fundamentos de nuestro Ordenamiento Jurídico.

Cabría preguntarse si por el hecho de existir una falta de exteriorización de la posesión en el superficiario durante un corto período de tiempo sería necesario cambiar el sistema en el Código Civil, otorgándose el carácter constitutivo de la figura o puede ser suplido por otras vías. Consideramos que de *lege ferenda* convendría establecer la necesidad de la inscripción constitutiva del derecho de superficie en su modalidad urbana común pero a través de la vía legal adecuada debido, precisamente, a esta falta de exteriorización del derecho.

Debemos adelantar en este momento, al hilo de la exposición, que el carácter constitutivo de la inscripción no va a ser modificado, sino que va a continuar manteniéndose y, consiguientemente, afectando a ambas modalidades.

Una vez realizadas estas indicaciones, cabe detenerse en los distintos requisitos que deben contenerse en la inscripción para su mejor análisis.

C. EXAMEN DETALLADO DE LAS MODIFICACIONES INTRODUCIDAS EN CADA REQUISITO

a) *Plazo de duración del derecho de superficie*

En relación con el derecho de superficie, la reforma del Reglamento Hipotecario era necesaria, y en ella se venía pensando desde hacía ya tiempo, sobre todo en relación con el punto objeto de comentario.

Recordemos como los requisitos señalados en el Reglamento Hipotecario artículo 16.1.º son imprescindibles para la inscripción del derecho de superficie, tanto en el supuesto de la modalidad urbanística, debido a su inscripción constitutiva, como en la modalidad urbana cuando el derecho se inscriba, aunque su carácter sea únicamente declarativo.

El motivo fundamental de esta inclusión era el desfase con relación al plazo de constitución, propiciado por las diversas modificaciones y ampliaciones del derecho de superficie en las leyes urbanísticas. Recordemos cómo la Ley del Suelo de 1956, establecía un plazo genérico de cincuenta años (art. 161.1.º), que era el que recogía a su vez el Reglamento de 1959, aunque posteriormente se vio ampliado y diferenciado por el artículo 173.1.º del TRLS de 1976, y concretado por el artículo 289.2.º del TRLS de 1992, a cuando lo constituían los particulares (99 años), o cuando lo constituían los entes públicos (75 años).

El requisito de la determinación del plazo es fundamental en un derecho de carácter temporal. Cuestión que ha sido recogida por vía reglamentaria en base al principio hipotecario de especialidad, siendo necesaria su constatación registral a través del asiento de inscripción a los efectos de seguridad jurídica —eficacia *erga omnes*— no sólo en la modalidad urbanística sino también en la modalidad urbana común cuando se proceda a su inscripción.

Entendemos que en la modalidad urbana común es posible su constitución a perpetuidad en base a la autonomía de la voluntad, aunque no creemos que sea probable como consecuencia del espíritu contrario del Código Civil a la desmembración de los dominios, además de la existencia de razones económicas contrarias a la misma, puesto que ambas partes buscarán un equilibrio en sus intereses. La nota de temporalidad fue introducida por el legislador urbanista porque utiliza la institución con una finalidad concreta como es el fomento de la construcción para el cumplimiento de objetivos sociales marcados sobre Suelo Patrimonio Municipal (que no ha sido desvirtuado, como ya hemos señalado, por las legislaciones autonómicas en materia urbanística) y, precisamente, la temporalidad posibilita el traspaso o la reversión de la propiedad superficiaria, a la vez que el goce del suelo de su propiedad.

En relación con la nota de temporalidad, resulta necesario detenerse a analizar *los plazos legales* marcados. La Ley del Suelo establece imperativamente un plazo máximo de duración y al llegar el límite se revitalizan las reglas de la accesión y la edificación superficiaria revierte al propietario del suelo. El fundamento del aumento del plazo de cincuenta años (Ley del Suelo de 1956 y Reglamento Hipotecario de 1959) a 75, cuando se constituye por el Estado y demás entes públicos, y a 99, cuando se concede entre particulares (establecido en el TRLS de 1976 y en el de 1992), se encuentra en la concesión de un mayor plazo de tiempo con el fin de facilitar *la amortización del valor del terreno cedido*. Por otro lado, se deja a los particulares en libertad para la realización de unos plazos de amortización superiores, estableciéndose el límite máximo en 99 años.

La reforma actual del Reglamento sigue 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*».

La solución legal adoptada es 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. No existiendo en la práctica problemas en cuanto a la inscripción de cualquier plazo de duración del derecho que se haya pactado en ambas modalidades.

Así, pues, se resuelven los problemas anteriores que se suscitaban, generando diversas cuestiones como, por ejemplo, el relativo a que el Reglamento recogía un plazo de 50 años, no sólo referido a la modalidad urbanística a la

cual desarrollaba (que había quedado desfasado, como ya hemos señalado) sino que, además, proponía este plazo también para la modalidad urbana común, que recordemos puede incluso constituirse a perpetuidad si ambas partes lo desean en base al principio de autonomía negocial.

Hoy, con la nueva reforma, los problemas han variado de rumbo.

Entre las cuestiones que cabe plantearse destacamos que tras la derogación del artículo 287.1.º del TRLS de 1992, por la LRSV de 1998, referente a la constitución del derecho de superficie por las entidades locales, que recordemos, ha pasado a ser de competencia autonómica (siendo transcrito íntegramente tal precepto por ciertas CC.AA.), el legislador reglamentario conocedor insiste en determinar el plazo señalado por la Ley estatal (art. 289.2.º TRLS de 1992 no derogado). El problema se centra en determinar si el mantenimiento de tal plazo, referido a las entidades locales, constituye un «lapsus» u olvido del legislador, o lo que se pretende es la indicación genérica de tales plazos. Pues recordemos cómo las propias CC.AA., que han regulado la institución superficiaria hasta ahora, no han señalado nada a este respecto, lo que no significa que en su ámbito urbanístico modifiquen el señalado plazo.

Pero, además, el Reglamento Hipotecario, con su modificación, insiste en mantener tales plazos. Entendemos que la solución del legislador reglamentario vendría justificada porque la materia de Registros públicos es de orden estatal, según el artículo 149 CE, de manera que aún si la legislación autonómica determinase otros plazos en materia urbanística, creemos que en todo caso deberán ajustarse a los plazos señalados en el Reglamento, al menos en relación con la inscripción, cuyo carácter es constitutivo.

Desde luego el Reglamento sigue sin tener presente que los particulares, para constituir la figura, no están sometidos a las normas de la Ley urbanística.

b) *Reversión parcial de la construcción superficiaria*

Pero no todos los problemas relativos al plazo acaban aquí, en cuanto a su determinación, sino que el precepto continúa introduciendo novedades, a nuestro juicio, muy interesantes y que en las conclusiones de nuestra monografía ya manteníamos y proponíamos (19).

Así, se afirma que *«transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar varíe de la edificación, fijándose la cuota que le corres-*

(19) Vid. DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie...*, cit., pág. 351 y sigs.

ponde y las normas de comunidad por la que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie».

Anteriormente el Reglamento Hipotecario señalaba, siguiendo el imperativo legal de la legislación urbanística, la reversión total de la edificación a manos del concedente del derecho o *dominus soli*, «salvo pacto en contrario», pero no indicaba más.

Esta es una de las afirmaciones que confirman la teoría que mantenemos de dos modalidades del derecho de superficie. Debemos tener presente que la modalidad urbanística considera consustancial el término de plazo de concesión, y, por consiguiente, también entiende que es un elemento esencial la reversión de lo edificado a manos del concedente, y ello precisamente porque como las diversas leyes urbanísticas han puesto de relieve, la finalidad de la institución, tal y como se concibe en este ámbito, es la construcción de viviendas y otras edificaciones con fines de promoción social, para lo cual constituyen el derecho sobre suelo patrimonio municipal del que disponen, en exceso, precisamente en base a las concesiones obligatorias de los particulares que el planeamiento regula (20).

El elemento característico de la institución, en su modalidad urbanística, junto con la nota de temporalidad, y, consecuencia de ella, es la *reversión del edificio que constituye la propiedad superficiaria a manos del concedente o dueño del suelo*. Reversión que se produce tras la extinción 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.

En conexión con este tema surgen cuestiones tales como si sería posible la *derogación de este principio de reversión* como, por ejemplo, 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. El legislador urbanista niega todas estas posibilidades al configurar la reversión como elemento esencial del derecho, puesto que su interés se centra en la cesión de Suelo Patrimonio Municipal para su utilización con un carácter social, de manera que el suelo nunca puede salir de dicho patrimonio.

(20) 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 a algún 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...).

Sin embargo consideramos que los particulares, en la modalidad urbana común donde es fundamental el principio de autonomía negocial, sí pueden pactar esta adquisición del suelo en base al principio de autonomía de la voluntad. También es posible que pacten la no reversión de la propiedad superficiaria al concedente, o incluso su reversión a un tercero, o la reversión parcial. Otros pactos que caben, fundados en su aplicación práctica y utilidad social son la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto, y también el supuesto contrario de restauración de la propiedad superficiaria antes de la extinción del derecho de superficie por el transcurso del tiempo.

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 (y 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 (21).

En definitiva, considero un acierto la introducción de esta modificación por aclarar la posibilidad de reversión parcial al término del derecho de superficie, y por significar tal conclusión que es posible mantener la dualidad de modalidades de la institución, sin que con ello se convierta, en este aspecto, en un reglamento *contra legem* como pudiera pensarse (22).

(21) ARNÁIZ EGUREN 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 determine mediante la constitución 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.

(22) Contraria a nuestra opinión se mantiene CÁMARA AGUILA («Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del RH por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», en *RCDI*, núm. 649, pág. 2005) quien, como consecuencia de su tesis unitaria del derecho de superficie, entiende que «habida cuenta del tenor del artículo 289.3.º TRLS, no cabe reversión parcial; en todo caso lo edificado revierte en favor del *dominus soli*...»

No obstante, realiza una afirmación, en cierto modo confusa con el planteamiento que acaba de mantener al declarar que «...el pacto por el que el superficiario conserva parte de la edificación constituye una obligación a término y, como tal, no producirá efectos hasta que no transcurra el plazo de duración del derecho de superficie. El *dominus soli* se obliga a transmitir al superficiario una cuota de su propiedad, convirtiéndose ambos en

c) *Prórroga del plazo de existencia del derecho*

En último término debemos detenernos en la inclusión de un párrafo en este apartado a), que hace referencia a la posibilidad de prórroga en los siguientes términos: «Ato obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal» (23).

El legislador está haciendo referencia a la existencia y a la posibilidad de pacto de una *prórroga definida*, esto es, a un plazo de tiempo de duración del derecho de superficie que se prolonga, retardándose el término, su extinción y la consiguiente reversión.

Con una expresión de carácter abstracto y genérico se posibilita que «podrá prorrogarse la situación superficiaria». Declaración que nos da pie para determinar que lo que se prorroga es la situación jurídica superficiaria, lo cual 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 (24), 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.

En cuanto al plazo de la prórroga, el legislador expresamente concreta que deberá ser por un tiempo limitado, que no deberá ser superior al máximo legal, en clara referencia a la legislación urbanística.

A nuestro juicio, el legislador ha sido demasiado previsor 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, precisamente por la existencia del elemento esencial de la rever-

copropietarios del todo. Hasta que el derecho de superficie no se extinga, el superficiario es, y sólo es, propietario de lo edificado, y el dueño del suelo es, y sólo es, propietario del terreno».

Debemos tener en cuenta que la reversión sólo se produce al tiempo de extinción del derecho, momento en el cual tiene lugar la conversión en copropietarios que mantiene el reglamento, y que nosotros entendemos posible, eficaz, y que incluso podría abrirse a otras posibilidades, como ya hemos sugerido en el texto.

Esta cuestión de reversión parcial resulta importante para su constatación registral a efectos de seguridad jurídica de terceros que conozcan con antelación cómo se va a desarrollar el derecho, porque así se establece en su propio título constitutivo, que la reversión va tener un carácter parcial, y que sus expectativas pueden verse frustradas.

(23) En relación con los problemas generales de esta cuestión, vid., mi monografía *El derecho de superficie...*, cit., págs. 346 y sigs.

(24) Recordemos cómo la modalidad urbana común del derecho de superficie puede transmitirse a través de una venta, permuta o donación, y, *mortis causa*, a través de un testamento. Y, la modalidad urbanística a través de los modos establecidos por el ámbito urbanístico.

sión de la propiedad superficiaria a manos del ente concedente. De darse tal 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.

Nos parece acertada esta posibilidad que el legislador ha trazado, pues como ya señalamos en su momento (25), no creemos que la prórroga origine la desnaturalización del derecho de superficie. 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...) (26).

d) *Cuestiones relativas a las características generales y al destino de la construcción superficiaria*

Otro de los aspectos que han sido modificados se centran en el plazo para edificar y las consecuencias de su incumplimiento, como se establece en el apartado c) del artículo 16.1.º RH. Sin olvidar la mención expresa de las características generales y el destino de la construcción superficiaria, cuestiones sobre las que nos detendremos en primer lugar.

Apartado que expresamente dispone que:

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.*

(25) Vid., mi monografía *El derecho de superficie...*, cit., pág. 341 y sigs.

(26) Frente a la opinión contraria de CÁMARA ÁGUILA («Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del RH por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre»..., cit., pág. 2004) quien señala que «el Reglamento Hipotecario viene a introducir una norma que vulnera el carácter imperativo con que el artículo 289.2 del TRLS señala el plazo de duración del derecho de superficie», por lo que considera que «el RH es un reglamento *contra legem* y, en consecuencia, creemos que el artículo 16.1.º a) *in fine*, debe considerarse carente de validez».

La consecuencia a la que llega la autora se debe a su consideración de un único derecho de superficie, y a la posibilidad de que la prórroga desvirtúa el plazo imperativo fijado por el legislador urbanista. De ahí, precisamente, la importancia de mantener la doble modalidad del derecho de superficie, porque no se puede coartar la libertad de los particulares para la realización de cualquier pacto modificativo de la modalidad urbanística, como hemos venido manteniendo desde siempre.

Aunque a primera vista pudiera parecer que la parte inicial de este apartado no ha sido modificada, tal conclusión no es exacta, pues anteriormente se establecía la necesidad de hacer referencia, no sólo a las características generales de la edificación (*superficiaria*) sino también al destino y al *costo del presupuesto*, requisito este último que acertadamente, a mi juicio, ha desaparecido.

Como ya hemos estudiado detenidamente con anterioridad, aunque en estas breves líneas, no está de más recordar los requisitos exigibles en la inscripción del derecho real de superficie expresamente concretados en las «características generales de la edificación y el destino de la misma» constituyen otra de las pruebas de que el Reglamento Hipotecario se centra en desarrollar únicamente la Ley del Suelo, pero no la actual de 1998 (27), sino el TRLS de 1992 y las anteriores, donde se pensaba en la utilización principal del derecho de superficie por las Entidades locales con fines de construcción y promoción social de la vivienda, u otras edificaciones con destino específico. De ahí que se utilizase el Reglamento Hipotecario para concretar estos caracteres, que el legislador reglamentario recogió como requisito necesario para la inscripción del derecho de superficie, haciendo un favor al legislador urbanista al concretar con más detalles todas las circunstancias que deberá constatar en el Registro, todos ellos establecidos, sin duda, en la propia concesión del derecho (28).

La cuestión a determinar, en su caso, se centra en porqué se deben recoger en el Registro tales circunstancias. Es evidente que para que sea más detallada la inscripción pero, sobre todo, el interés en determinar las características generales y el destino, se deben establecer con claridad, a fin de que el *superficiario* no se extralimite en sus derechos y deberes a los efectos de seguridad jurídica de los terceros. Quizá por esa razón ha desaparecido el

(27) Recordemos la inconstitucionalidad y la derogación expresa del artículo 287.1.º del TRLS de 1992, que actualmente es desarrollado, casi con identidad absoluta, por las propias CC.AA.

(28) No debemos olvidar que la Ley del Suelo de 1956 (art. 159.1.º) disponía únicamente que la edificación se realizase del modo convenido. El Reglamento de 1959, en consonancia con dicha Ley, entiende que ese modo ha de constar en el Registro, sobre todo entendiendo que su infracción motiva la extinción del derecho. Tales caracteres son esenciales en la modalidad urbanística del derecho de superficie, pues determinan la concreción de los derechos y deberes del superficiario, es decir, determinan el contenido de la propiedad superficiaria, y además su constatación registral es utilizable para el control que la Administración municipal ejerza sobre la actividad del superficiario.

De ahí, precisamente, que entre particulares tales requisitos no sean tan importantes, aunque siempre cabe la posibilidad que el *dominus soli* esté interesado en la reversión total o parcial de la construcción de un edificio con determinadas características, y le interese controlar, y que los terceros sepan cuáles son las características pactadas en el título de concesión del derecho real.

requisito del costo del presupuesto que en sí mismo no era importante, sino únicamente entre las partes.

A simple vista es fácil señalar cómo el Reglamento Hipotecario de 1959 consideraba inaceptable que la concesión del derecho de superficie se redactase en términos generales (como puede ser la remisión al Pliego de condiciones, Proyecto o Memoria realizada por el arquitecto) sino que entiende que es 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.

Resulta evidente la necesidad de constatación registral de un mínimo de requisitos, a efectos sustantivos en la inscripción de ambas modalidades, cuestión que no ha sido modificada.

Dentro de la cuestión de las *características generales* de la edificación, consideramos que deberá extenderse en su totalidad todo lo relativo a la edificación, el número de plantas, de viviendas, linderos, superficies y medidas, habitaciones, clase, servicios generales (29). Estas cuestiones son más importantes tras la reforma del Reglamento, sobre todo si tenemos en cuenta que al posibilitarse expresamente la reversión parcial, como ya hemos señalado, se está posibilitando un sistema de prehorizontalidad, de manera que deberá concretarse también todo lo relativo a estas cuestiones para cuando se extinga el derecho y con el surgimiento de la reversión se cree una nueva figura como es la de propiedad horizontal.

En otros trabajos ya hemos comentado cómo se había insistido por algún sector doctrinal (30) la necesidad de acompañar junto a la escritura pública de constitución del derecho de superficie, 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. Dificultad de aportación que se centra en que dichos documentos en la

(29) Hasta ahora en la práctica se procedía, en primer lugar, a inscribir los datos del *derecho de superficie* como la finca sobre la que se constituye el derecho real, a quien se adjudica, la forma y el modo de adjudicación, los caracteres del derecho como el canon, el plazo de duración, la fecha de iniciación de las obras, el plazo de la construcción, actos de disposición del superficiario, reservas de derechos a favor del concedente, extinción del derecho, reversión de la propiedad superficiaria, y demás condiciones pactadas en la constitución del derecho.

Y, posteriormente, en otra inscripción, se describe minuciosamente la *edificación-es* que se están llevando a cabo sobre la base del derecho, y aquí es donde se hace referencia al tipo de edificación, linderos, superficie, número de plantas, número de viviendas y sus superficies, locales y garaje...

(30) BURGOS BRAVO y MARTÍN MARTÍN, *Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria*, en Ponencia y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1985, págs. 353 y sigs.

práctica serán posteriores en el tiempo a la creación del derecho. Otra cosa es que sean necesarios para la inscripción de la declaración de obra nueva (como veremos a continuación).

Y es aquí precisamente donde entra en escena la regulación contenida en el Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias 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 (31).

Una cuestión importante se basa en la posibilidad, que el Reglamento Hipotecario apunta, de reconocer a la Administración Pública facultad de acudir al Registro ante la potencial existencia de incumplimientos, de manera que si ésta se apoya en el sistema creado tendrá también que soportar las consecuencias de la no utilización en caso de incumplimiento de deberes que no estén suficientemente salvaguardados también mediante la inscripción (como puede ser la concreción de requisitos en la inscripción de declaración de obra nueva).

(31) 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...»

Debemos señalar que el artículo 37.2.º 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: 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».

Por ejemplo, estamos pensando en el incumplimiento de obligaciones de hacer —edificar en el plazo pactado— que permite actuar a la Administración sin necesidad de acudir al auxilio judicial, produciéndose en cierto sentido una administrativización de la actuación privada, especialmente en las declaraciones de obra nueva.

Pero es importante conectar este tema con el derecho de superficie más detalladamente. El Real Decreto 1093/1997 introduce 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 mínimo de determinación en metros cuadrados edificados, números de viviendas, apartamentos, despachos, así como el número de plantas y la superficie de la parcela ocupada (art. 45 *in fine*). Cuestiones que ya habíamos anticipado que deberían concretarse cuando se hacía referencia a las características generales de la construcción de la propiedad superficiaria.

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 cómo 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 resultare 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.

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.

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 (32). 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.

Por lo que respecta al *destino* de la construcción, según este apartado del Reglamento Hipotecario, al igual que se mantenía con anterioridad, es necesaria su constatación registral aunque previamente había sido puesto de manifiesto por todas las leyes urbanísticas: en la LS de 1956 (art. 156.1.º), en el TRLS de 1976 (art. 171.1.º), en el derogado TRLS de 1992 (art. 287.1.º), y como veremos seguidamente en algunas leyes de las Comunidades Autónomas. El destino es importante en la constitución del derecho —**generalmente** centrado en la promoción de viviendas y otros usos de interés social— siempre que sean constituidos por ...entidades locales... (33)

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

(33) En general no existe ninguna diferencia en relación con el destino que se señalaba en el TRLS de 1992. Como ya hemos expuesto, la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, hace referencia expresa en su artículo 158.1.º a «...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». Idéntica expresión que se contiene en las leyes de Castilla-La Mancha —Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística— y en la —Ley 10/1998, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo— de La Rioja.

Los particulares no están afectos al destino del uso público de las construcciones objeto de derecho, tal y como reconoció acertadamente la LS de 1992 al señalar que dicha limitación de destino no asiste a los particulares y que no ha sido derogado por la actual LRSV de 1998 (art. 287.2.º).

Con dicha expresión se determinó con claridad la diferencia entre ambas modalidades de derecho de superficie.

No obstante, puede ocurrir que el derecho se pacte entre particulares pero concretándose un destino determinado. En tal supuesto será importante también su constatación registral por constituir un elemento esencial del derecho de superficie.

e) *Cuestiones relativas al plazo para la construcción de la obra por el superficiario y su incumplimiento*

Otra de las modificaciones que no se debe olvidar analizar se encuentra en el apartado c) del artículo 16.1.º del RH, que recordemos señala que:

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.*

El Reglamento continúa manteniendo vigente el plazo para realizar la edificación que, según dispone, no podrá exceder de cinco años. Expresión que nos indica, a falta de concreción expresa, que comienza a contarse el plazo señalado desde la fecha de la constitución del derecho, aunque sería más coherente pensar desde la fecha de la obtención de la licencia urbanística de construcción. No obstante, como el plazo es amplio es difícil, aunque no imposible, la superación de todos los trámites burocráticos necesarios para la obtención de la licencia.

Ni en la LS de 1956 (34), ni en el TRLS de 1976, se señaló la fecha de inicio del plazo, aunque éste determina en su artículo 173.1.º «el plazo establecido en el Plan o si fuere menor por el convenido entre las partes» (35),

(34) Que recordemos señalaba en su artículo 159 como plazo para que el superficiario realizara la edificación prevista el señalado por el título de constitución, con un máximo de cinco años para los derechos concedidos por las Administraciones Públicas, lo que suponía la admisión, a *sensu contrario* del principio de autonomía de la voluntad para la modalidad urbana común.

(35) Aunque como acertadamente señala ARNÁIZ EGUREN, «con un criterio evidentemente confuso, puesto que en fase de puro planeamiento es muy difícil rastrear decisiones directas sobre los plazos para la construcción de cada edificación».

señalándose a su vez que su incumplimiento es una causa de extinción del derecho. Posteriormente el TRLS de 1992, en su artículo 289.1.º (no derogado por la actual LRSV de 1998) en relación con el anterior artículo 35.1.º, el plazo para la edificación se expresará en la preceptiva licencia urbanística, imponiéndose la sanción de extinción del derecho si no se edificaba en el plazo previsto establecido por la misma (36).

La novedad más importante en este apartado introducido por la reforma del RH, se centra en que «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».

La razón de la modificación entiendo que hay que ponerla en conexión con el Real Decreto 1093/1997 en relación con lo ya examinado referente a la licencia urbanística.

En principio se establece que deberá inscribirse el plazo para realizar la edificación, que hasta ahora se debía contener en la licencia urbanística, como señalaba el TRLS 1992, pero al ser estatal, ha sido derogado y sustituido por el plazo establecido en el planeamiento. Plazo que según el Reglamento no podrá exceder de cinco años en ningún caso, puesto que si no, se extinguirá el derecho de superficie porque así se continúa diciendo en el artículo 289.1.º del TRLS de 1992 (que a pesar de su dicción, como ya hemos expuesto, no ha sido derogado). Por su parte, la legislación autonómica estudiada no señala nada respecto al plazo de duración del derecho. De manera que realmente el

(36) Al hablar del plazo de edificación debemos recordar cómo en la concepción del derecho de propiedad del TRLS de 1992, la licencia de edificación no suponía el derecho a edificar sino que lo creaba. Hoy en la LRSV de 1998, 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. De esta manera, una vez otorgada la licencia, se legalizará la actividad constructora con arreglo al proyecto autorizado, con sujeción a los plazos fijados por la licencia. Concluida la edificación, el propietario del suelo adquirirá el derecho sobre ella.

Debemos recordar también que el artículo 35.1.º, hoy derogado, señalaba que el plazo para la edificación debía concretarse en el acto de otorgamiento de la licencia, donde se fijarían los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable. De manera que de no edificar, siguiendo dichos plazos, el derecho se extingue por incumplimiento del plazo mediante declaración formal. Apartado 1.º que ha sido declarado inconstitucional y nulo por la STC, siendo derogado el precepto en su totalidad por la LRSV de 1998, en su Disposición Derogatoria única.

Hoy, la nueva ley señala, tanto para el suelo urbano —art. 14— como para el urbanizable —art. 18— entre los deberes de los propietarios del mismo el «deber de edificar los solares en el plazo que en su caso establezca el planeamiento».

El contenido del anterior artículo 35.1.º ha pasado a ser de competencia autonómica, aunque únicamente ha sido desarrollado por la CC.AA. de Castilla-La Mancha.

plazo aparecerá fijado por los Planes, por las ordenanzas municipales o por las propias licencias urbanísticas (37).

No obstante, si el plazo ya ha transcurrido, creemos que el legislador hipotecario quiere decir que aún pasando el plazo de cinco años, y ya construida la edificación, pero no inscrita la declaración de obra nueva, ésta podrá acceder al Registro siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.

En este caso, entiendo que accederá al Registro la declaración de obra nueva, con la licencia que se obtuvo en su día y la certificación actual del técnico competente de que el edificio: —si estuviera en construcción que la descripción que se realiza del mismo en el documento notarial se ajusta al proyecto para el que se obtuvo la licencia (38); —y, si se trata de un edificio que ya está construido, debe concretarse además, que efectivamente ya se ha finalizado la construcción (art. 49 del Real Decreto de 1997). Se introduce como innovación que no debe responderse que el edificio se ajusta al proyecto, opción correspondiente a la política urbanística, sino que la descripción que se ha hecho del edificio responde al proyecto.

La inclusión de esta novedad reglamentaria —art. 16.1.º—, nos aventuramos a señalar, responde a problemas prácticos de determinación material del término para construir, que han sido objeto de estudio por la Dirección General de los Registros y del Notariado (39), donde se planteaba la cuestión

(37) Así hemos constatado cómo la Ley 2/1998, de 4 de junio, de Ordenación del Territorio y de la Actividad Urbanística de Castilla-La Mancha, señalaba en su artículo 167 el contenido de las licencias concretando la determinación «del plazo de iniciación, el plazo máximo de ejecución y el período máximo en que puede estar interrumpida la ejecución de las obras por causa imputable al promotor de la obra. Al efecto de fijar la fecha máxima de finalización, el proyecto que acompañe a la solicitud de la licencia deberá contener indicación del plazo normal de ejecución de la obra». En el apartado 2.º del precepto se contienen los plazos para el caso de que no estén previstos expresamente en la licencia.

Por otro lado, tanto la Ley 10/98, de 2 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo de La Rioja, en su artículo 179; como la Ley 1/1997, de 24 de marzo, del Suelo de Galicia, en su artículo 168.1.º, mantienen que cuando los actos de edificación y uso del suelo se realizaren por particulares en terrenos de dominio público, se exigirá también la licencia, sin perjuicio de las autorizaciones o concesiones que sea pertinente otorgar por parte del ente titular del dominio público.

(38) En este caso en que el edificio accede al Registro en construcción deberá hacerse constar con posterioridad la finalización de la obra, pues recordemos cómo el plazo para realizar la edificación no podrá exceder de cinco años. Ver mi monografía en el epígrafe relativo a la extinción del derecho de superficie (DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie...*, cit., pág. 220 y sigs.).

(39) Últimamente, vid. la Resolución de la DGRN de 23 de julio de 1996, cuyo supuesto de hecho partía de la constitución de un derecho de superficie pactado entre particulares, donde se estipulaba que transcurrido el plazo de dos años sin que la construcción hubiera sido concluida, los cedentes consolidarían el pleno dominio haciendo

de si era posible declararse la obra nueva realizada durante la vigencia del derecho de superficie, pero ya transcurrido el plazo para la edificación.

Evidentemente no hay problema cuando la edificación, aún declarada después, se acredita fehacientemente que se realizó en plazo (cédula de habitabilidad o licencia de **ocupación**...). El problema surge cuando la edificación que realmente se terminó fuera de plazo en la modalidad urbana común, no sometida a reglas imperativas como la de la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo para edificar (art. 289.1.º TRLS 92). En ese caso es obvio que el transcurso del plazo no extingue el derecho y, por tanto, no debe impedir la declaración de obra nueva.

GÓMEZ GALLIGO entiende que aún habiéndose fijado el plazo para la construcción como requisito esencial del contrato, su incumplimiento no puede nunca determinar la extinción de las facultades del superficiario y ello porque el derecho de superficie «participa más de la naturaleza de la propiedad separada que de la naturaleza de un derecho real limitado o de modificación jurídica» (40). Discrepo de tal planteamiento, y ello porque el derecho de superficie es, en principio, un derecho real originador de una propiedad separada. Propiedad que sólo nace en base al propio derecho real, el cual tiene un contenido jurídico y por tanto un conjunto de derechos y obligaciones de las partes —**concedente** y **superficiario**— que en su título constitutivo puede contener y definirse como esenciales, en base a su autonomía negocial, referidas a la duración o al plazo de construcción de la propiedad **superficial**-separada.

Otra cosa es que sea inscribible —**máxime** si así lo señala actualmente el Reglamento **Hipotecario**— la declaración de obra nueva realizada por el superficiario fuera de plazo. Esto es, se inscribe la declaración de obra nueva pasado el plazo pactado, pero una vez realizada la construcción **superficial**-separada.

ARNÁIZ EGUREN con acierto señala que «si el derecho de superficie ha sido constituido entre particulares, no es posible la reinscripción dominical si no es en virtud de la voluntad concorde de ambas partes o, en otro caso, de sentencia firme, dados los principios establecidos en el artículo 1 LH» (41).

suyo lo hasta entonces edificado en suelo propio como indemnización de los daños y perjuicios causados y sin tener que abonar cantidad alguna al superficiario.

(40) GÓMEZ GALLIGO, «Plazo de edificación en el derecho de superficie. ¿Qué ocurre con las obras nuevas declaradas una vez transcurrido dicho plazo durante la vigencia del derecho de superficie inscrito? Diferencias con el derecho de vuelo». *Bol. Colegio de Registradores*, núm. 9, 1995, pág. 2185.

(41) ARNÁIZ EGUREN afirma que si el superficiario ha incumplido sus obligaciones de edificar en el plazo y el concedente solicita la reinscripción del dominio pleno, estamos ante un derecho comisorio puro, en el que habrá de tenerse en cuenta el espíritu del artículo 16.1.º e) del RH.

Continúa señalando que si es la Administración Pública la que plantea la reinscripción «se suscitara la cuestión de si el acto administrativo de revocación de la cesión superficiaria, se adopta con todos los requisitos legales, aunque sea unilateral, podría provocar la inscripción a favor de la Administración cedente. Lo lógico es admitir la solución positiva, dada la presunción de legalidad y *ejecutoriedad* de los actos administrativos, una vez agotada la vía gubernativa y siempre que se cumplan todas las exigencias legales, especialmente, por lo que al Registro atañe, la participación en el procedimiento del titular que incumple».

f) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato*

Por último, ha sufrido también modificación el apartado e) del artículo 16.1.º RH que señala que «e) *Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato*».

A mi juicio, la diferencia mantenida con el apartado e) del artículo 16.1.º del RH anterior es importante, pues antes se señalaba la necesidad de «inscripción de garantías de trascendencia real para asegurar *la edificación*».

Garantías cuyo objetivo en un principio, con anterioridad a esta modificación reglamentaria, podría centrarse únicamente en el estímulo de la construcción o la sanción ante su incumplimiento, con la consiguiente repercusión en posteriores terceros adquirentes en el supuesto de tales obligaciones. Garantías especiales que se pactan para otorgar eficacia de tales pactos y que se consideran obligaciones *propter rem* que, como tales, no tendrían por qué entrar al Registro de la Propiedad *per se*.

Hoy, con la modificación, se vuelve a insistir en la importancia de tales pactos, pero es que, además, se amplía su contenido centrándose no sólo en los pactos relativos a la edificación, sino a todos los pactos del contrato, entendemos que constitutivo del derecho real de superficie originador de la propiedad superficiaria separada del suelo, ampliándose por consiguiente incluso a todas los derechos y obligaciones que surgen entre ambas propiedades separadas. Sin olvidar, además, que tales obligaciones generalmente se imponen al superficiario, generando sobre él un deber de realización (pago del canon, eventual reconstrucción del edificio, o la extinción por destrucción del inmueble, los relativos a la financiación y realización de mejoras y el destino de las mismas, o la regulación del *ius tollendi* o el derecho a retirarlas al término del plazo superficiario...) de manera que cualquiera que ostente tal posición jurídica debe ejecutarlas.

D. CONCLUSIÓN

En resumen, debemos señalar que como toda modificación ha supuesto 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, aunque, por otro lado, la reforma debería haber sido más profunda solventando todas las cuestiones que hemos puesto de manifiesto en este trabajo.

No obstante, estas ideas no tienen otra intención que poner de manifiesto los problemas que pueden plantearse en relación con la institución, que al ser cada vez más utilizada en la práctica, será objeto de análisis más pormenorizado en determinados aspectos concretos al ponerse en conocimiento de los Tribunales y de la DGRN.

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

ISABEL DE LA IGLESIA MONJE
Doctora en Derecho
Profesora Asociada de Derecho Civil
de la Universidad Complutense de Madrid