

El derecho de superficie urbano: una aproximación a su configuración unitaria o dual

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO GENERAL.—II. EL DERECHO DE SUPERFICIE ANTES DE LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956: ANTECEDENTES HISTORICOS.—III. EL DERECHO DE SUPERFICIE TRAS LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LAS SUCEVAS LEYES DEL SUELO: 2.1. *Introducción*. 2.2. *La existencia de Plan de ordenación como presupuesto para la aplicación de las normas contenidas en la Ley del Suelo en materia de derecho de superficie*. 2.3. *El derecho de superficie sobre edificaciones preexistentes*. 2.4. *El carácter de Derecho privado de la regulación del derecho de superficie en la legislación del suelo*. 2.5. *El juego del principio de «numerus apertus» de derechos reales en la configuración de una modalidad urbana común del derecho de superficie*.—IV. LA RELACION ENTRE EL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS SUCEVAS LEYES DEL SUELO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE. 3. LA REVERSIÓN DE LO EDIFICADO AL DUEÑO DEL SUELO. 4. EL PLAZO PARA REALIZAR LA EDIFICACIÓN. 5. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE.

I. PLANTEAMIENTO GENERAL

1. A la hora de realizar un estudio acerca del derecho de superficie, el primer problema que se plantea es el de la delimitación de su concepto. La doctrina actualmente dominante considera que el derecho de superficie, en lo que se ha dado en denominar «su configuración moderna», es el derecho real de tener y mantener sobre un inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida, normalmente, mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar o plantar (1).

(1) En términos generales, éste es el concepto que mantuvo ROCA SASTRE —vid. «Ensayo sobre el derecho de superficie», en *RCDI*, 1961, págs. 6 y 7— y, a la postre, el que ha seguido la mayor parte de la doctrina.

De acuerdo con esta definición, el derecho de superficie se configura del siguiente modo. En primer lugar, el derecho de superficie es un derecho real, del tipo de los de goce, que da lugar a una propiedad separada —la de la edificación o plantación con respecto a la del suelo sobre el que se erigen—, denominada propiedad superficiaria (2). Por tanto, el derecho de superficie supone una derogación del principio romano *superficies solo cedit*, consagrado en el artículo 358 del Código Civil (3), al permitir que lo edificado o plantado en un terreno no pertenezca al dueño del suelo sobre el que se asienta la edificación o plantación (4).

En segundo lugar, el derecho de superficie se cualifica por ser el derecho a tener y mantener en suelo ajeno una edificación en propiedad separada. De este modo, el derecho a edificar o a plantar tiene un carácter meramente instrumental; lo que permite, como punto de partida, que este derecho pueda recaer sobre edificaciones o plantaciones preexistentes, que pasarían a ser de propiedad del superficiario (5).

(2) En el Derecho italiano, Lucci —vid. *Del diritto di superficie*, Marghieri-UTET, 1927, págs. 142 y 143— señalaba que la propiedad superficiaria era el efecto del derecho de superficie, siendo el objeto de este derecho el poder de tener una construcción en propiedad separada.

(3) Para ROCA SASTRE —vid. *Ensayo...*, op. cit., págs. 28 y 29—, si no se hace perder a los artículos 358 y 361 del Código Civil su rigidez e imperatividad, «no hay cabida para el derecho de superficie de estructura moderna en nuestro sistema jurídico, pues si siempre ha de producirse la accesión únicamente cabe como posible el derecho de superficie de tipo romano, que es el que atribuye al superficiario la simple facultad de goce de lo edificado, sin que de ningún modo pueda hablarse de la propiedad separada superficiaria». Para salvar la rigidez del principio de accesión consagrado en nuestro Código Civil, ROCA SASTRE entiende que a la redacción del artículo 358 del Código Civil debe añadirse la siguiente excepción: «salvo lo dispuesto en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y demás disposiciones sobre la materia». De otro modo, para DE LOS MOZOS —vid. «La tecnificación del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas», en *RDU*, núm. 26, 1972, págs. 18 y 19— el principio *superficies solo cedit* queda fuertemente debilitado con la amplia renovación del concepto de propiedad operada por la Ley del Suelo.

(4) Vid., entre otros, DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 64; ROCA SASTRE, *Ensayo...*, op. cit., págs. 27 a 29; FONT Boix, «El derecho de vuelo y el de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal», en *RDN*, 1967, págs. 23 a 25; GARRIDO PALMA, «Superficie solo cedit. El principio de accesión y el principio de superficie», en *RDN*, 1969, pág. 136; GUILARTE ZAPATERO, *El derecho de superficie*, Aranzadi, 1966, págs. 179 y 180. En la jurisprudencia, STS de 1-2-1979 (R.A. 420). Para CARRASCO PERERA —*Ius aedificandi y accesión*, Montecorvo, 1986, pág. 403—, en cuanto clase de todos los títulos que pueden conducir a una propiedad separada, el derecho de superficie se entiende que es una derogación del principio de accesión pero, en su opinión, con eso se dice bien poco, «tan sólo que la propiedad del *dominus soli* sobre la edificación se deroga por la propiedad que sobre ésta tenga un tercero; lo cual es cierto por obvio, pues obvio es que uno no puede ser propietario de una cosa —salvo comunidad— cuando lo es otro».

(5) Otros autores, en cambio, han puesto el acento en el derecho a edificar o plantar que confiere el derecho de superficie al superficiario. Así, para PUIG PEÑA —vid. *Com-*

En el concepto de derecho de superficie hemos omitido deliberadamente hacer referencia al tiempo durante el cual el superficiario puede tener o mantener su edificación en suelo ajeno. **Legalmente**, el derecho de superficie se configura como un derecho temporal. Así lo concibe la legislación sobre el suelo y ordenación urbana —desde la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 (6)— y, con base en ella, el Reglamento Hipotecario, tras su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959 (7). Ahora bien, la doctrina no se muestra pacífica a la hora de determinar si la regulación contenida en esas normas tiene o no un carácter institucional, lo que permitiría mantener que el derecho de superficie no es de esencia temporal (8).

2. De lo expuesto hasta el momento podemos adivinar que en el ordenamiento jurídico español resulta especialmente complejo determinar cuál es la regulación aplicable al derecho de superficie. Tal dificultad deriva, principalmente, de dos circunstancias. En primer lugar, de la variedad de normas que contemplan esa figura, unas veces limitándose a hacer una mera alusión a ella, otras dotándola de un régimen específico. En segundo lugar, del hecho de que las referidas normas se encuentren dispersadas en cuerpos normativos civiles y administrativos: el Código Civil (art. 1.611), la Ley Hipotecaria

pendio de Derecho civil español, II. Derechos reales, 3.^a ed., Madrid, 1976, pág. 595—, el derecho de superficie es «aquél de naturaleza real por cuya virtud una persona (concedente) otorga a otra (superficiario) el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones de las que deviene titular el que las hace, bajo ciertas y determinadas condiciones». Por su parte, DÍEZ PICAZO y GULLÓN —*Sistema de Derecho civil*, III, Tecnos, 1990, pág. 486— señalan que «el derecho de superficie, en su variedad urbana, es el derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno, haciendo suya la propiedad de lo construido».

(6) Genéricamente hablaremos de la legislación del suelo para aludir tanto a la mencionada Ley de 1956 (LS, en adelante), como al Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976 y de 1992 (TRLR de 1976 y TRLR de 1992, respectivamente).

(7) La limitación temporal aparece en los siguientes preceptos: para las entidades públicas, artículo 161 LS de 1956 (cincuenta años); con alcance general, artículo 16.1.a) RH (cincuenta años), artículo 173.1 TRLR de 1976 (setenta y cinco años para las entidades públicas, noventa y nueve para los particulares) y artículo 289.2 TRLR de 1992 (de idéntico contenido que la norma anterior). La actual Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, de 13 de abril de 1998 (BOE de 14 de abril de 1998) declara en vigor éste y otros preceptos del TRLR de 1992.

(8) Vid., recientemente, DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Colegio de Registradores, 1997, pág. 115 y sigs. Téngase en cuenta que, en un principio, ROCA SASTRE defendió en su famoso *Ensayo...* —*op. cit.*, pág. 7— que el derecho a tener o mantener la edificación podía ser temporal o indefinido. En cambio, en la actualidad, ROCA-SASTRE MUNCUNILL —vid. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, t. V, Bosch, 8.^a ed., 1997, págs. 475 y 476—, entiende que «El derecho de superficie urbana en su configuración moderna es el derecho real de tener y mantener, temporalmente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación en propiedad separada...»

(art. 107.5) y el Reglamento Hipotecario (arts. 16 y 30), por un lado (9), y el Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26-6-1992 (arts. 287.2.º y 3.º, 288.2.º y 3.º, y 289) (10), y la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11-11-1980 (art. 3), por otro (11). Con todo, de los múltiples supuestos en que cabe constituir un derecho de superficie, el que ahora nos interesa, y en el que se centrará nuestro estudio, es el derecho de superficie urbano, constituido entre particulares para realizar una construcción sobre el suelo (12).

(9) En la actualidad, entre los Derechos especiales, sólo el Fuero Nuevo de Navarra de 1972 contiene disposiciones específicas acerca del derecho de superficie (Ley 427 y sigs.).

(10) Estos preceptos han quedado en vigor tras la STC de 20-3-1997, que ha declarado inconstitucionales, en relación con el derecho de superficie, los artículos 287.1, 288.1 y 290 de la Ley del Suelo de 1992. En su defecto, recobran vigencia, con carácter supletorio, el artículo 171.1 de la Ley del Suelo de 1976, relativo a la concesión del derecho de superficie por parte de las Entidades públicas, y el artículo 174 concerniente a las ventajas que se derivan de la concesión del derecho de superficie. De manera sucinta, el panorama legislativo en materia urbanística queda como sigue: en primer lugar se aplicarán las normas contenidas en la actual Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones, que tiene por objeto «definir el contenido básico del derecho de propiedad del suelo de acuerdo con su función social, regulando las condiciones que aseguren la igualdad esencial de su ejercicio en todo el territorio nacional» (art. 1). A su vez, esta norma declara aplicable la normativa plena o básica contenida en el RDL 1/1992, de 26 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (Disposición Derogatoria única de la Ley 6/1998). En segundo lugar se aplicará la normativa autonómica propia que la Comunidad Autónoma en cuestión haya podido dictar al respecto, al asumir competencias en materia de ordenación del territorio y urbanismo; en tercer lugar, y de manera supletoria, se aplicarán los preceptos del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1976, que han recuperado vigencia tras la STC.

(11) No debemos olvidar, además, las normas urbanísticas de las CCAA. que también entran a regular el derecho de superficie. Tal es el caso, por ejemplo, en Galicia, de la Ley 1/1997, de 24 de marzo de 1997, del Suelo (arts. 158 y sigs.); en Cataluña, el Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de urbanismo, aprobado por el DL 1/1990, de 12 de julio (arts. 240 y sigs.). No obstante, hemos de advertir que el legislador autonómico tiende a acoger la misma regulación establecida en la Ley estatal, como sucede también en el caso del País Vasco, que incorporó íntegramente el Texto Refundido de la LS de 1992 a su derecho autonómico.

(12) Sin perjuicio del tratamiento colateral del que puedan ser objeto, queda al margen de este estudio, el análisis del derecho de superficie sobre montes vecinales en mano común (art. 3 de la Ley de Montes Vecinales en Mano Común); el derecho de superficie que constituyan las entidades públicas en terrenos de su propiedad (antiguo art. 287.1 del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992, declarado inconstitucional por la STC de 20-3-1997); el derecho de sobreelevación y subedificación superficiario (art. 16.1 RH), que no hay que confundir con el derecho de elevar plantas o realizar construcciones bajo el suelo en edificios ya construidos en régimen de propiedad horizontal, contemplado en el artículo 16.2 RH el derecho de superficie rústica (art. 30 RH), constituido para plantaciones, siembras o cultivos, y demás supuestos de superficie vegetal.

3. La falta de homogeneidad en el tratamiento de esta figura ha llevado a mantener en la doctrina diversas interpretaciones, de las que se derivan importantes consecuencias prácticas. De manera sucinta, estos son los puntos en los que se centran las principales posturas:

- a) Para la mayor parte de la doctrina, cabe hablar de una modalidad urbanística y de una modalidad urbana común del derecho de superficie (13). La primera se aplicaría a los derechos de superficie constituidos dentro del marco de los Planes de Ordenación Urbanística. El régimen legal al que estaría sometida esta modalidad es el establecido en la Ley del Suelo —art. 287.2.º y 3.º, 288.2.º y 3.º, y 289— y en el artículo 16.1 del RH. Con base en estos preceptos, el derecho de superficie debe constituirse con carácter temporal —*por un período de tiempo no superior a noventa y nueve años*, señala el art. 289.2 del TRLS— y necesita de inscripción registral *como requisito constitutivo de su eficacia* (14) (art. 288.2 TRLS y art. 16.1 RH). Por lo que respecta a la modalidad urbana común (en principio, construcciones o edificaciones no determinadas en los Planes de Ordenación), se han mantenido dos tipos de interpretaciones. Para un sector de la doctrina, a esta modalidad le serían aplicables los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil, que comprenden el derecho de superficie entre los de naturaleza análoga a la *enfiteusis* (15). Siguiendo la interpretación mayoritaria de estos preceptos, el derecho de superficie se podría constituir temporal o indefinidamente, y no necesitaría de inscripción en el Registro de la Propiedad *como requisito constitutivo de su eficacia*.

De otro lado, si bien con una interpretación hasta ahora minoritaria, también se ha mantenido que los particulares pueden acordar un derecho de superficie de características distintas a las expresamente previstas en la Ley, con base en la derogación del principio de *accesión* y en el principio de *numerus apertus* de derechos reales mayoritariamente defendido en nuestro ordenamiento (16). Tal derecho podría ser perpetuo, y su inscripción en el Registro de la Propiedad sería meramente declarativa, por ser éste el principio general que rige en materia registral.

- b) En cambio, otro sector de la doctrina defiende una tesis unitaria (17). En términos generales, esta tesis mantiene que sólo existe un régimen

(13) Vid. *infra* III, § 2.1.

(14) La doctrina ha discutido si esta expresión ha de entenderse en el sentido de considerar requisito esencial para la válida constitución del derecho de superficie su inscripción registral —vid. *infra* IV, § 5—.

(15) Vid. *infra*, § II.

(16) Vid. *infra* III, § 2.5.

(17) Vid. *infra* IV, § 1.

aplicable al derecho de superficie urbano: el derivado de la Ley del Suelo y del Reglamento Hipotecario.

4. Una vez expuesto el estado de la cuestión, vamos a determinar si, en la actualidad, la constitución del derecho de superficie entre particulares, para construir un edificio en cualquier municipio, puede escapar a la regulación establecida en la LS y el RH. Con esta finalidad haremos, en primer lugar, un breve resumen introductorio acerca de los orígenes y evolución del derecho de superficie, hasta la aprobación, en 1956, de la primera Ley del Suelo y Ordenación Urbana.

En segundo lugar estudiaremos el período que va desde 1956 hasta nuestros días. Esta época viene marcada por los siguientes acontecimientos de carácter normativo y jurisprudencial: la reforma del Reglamento Hipotecario —1959—, de esencial importancia para nosotros, habida cuenta de que en él se introdujeron los artículos 16 y 30 dedicados, respectivamente, a regular el derecho de superficie urbano y rústico; la aprobación, en 1976, del Texto Refundido de la Ley del Suelo, que reforma, entre otras, la regulación prevista en materia de derecho de superficie; finalmente, la aprobación en 1992 de un nuevo TRLS, parcialmente vigente en la actualidad, tras la STC de 20 de marzo de 1997, que declara inconstitucionales gran parte de los preceptos de esta Ley, entre ellos, como ya hemos indicado, algunos relativos al derecho de superficie.

5. Para finalizar, debemos poner de manifiesto la escasa utilización que el derecho de superficie ha tenido y tiene en la práctica (18). La realidad social española no se presta al empleo de una figura que implica una propiedad limitada en el tiempo. El derecho de superficie se ha visto eclipsado por otras instituciones de mayor arraigo popular, como son el usufructo y el arrendamiento, que cumplen una finalidad similar y ofrecen, sin embargo, algunas ventajas sobre aquél (19). No hemos de olvidar que, si bien el superficiario es propietario, lo es de un bien que se va depreciando a medida que pasa el tiempo y se acerca el momento de la extinción del derecho sobre el que se asienta su derecho de propiedad. En cambio, el derecho de superficie ha gozado de cierto éxito cuando los Ayuntamientos u otras entidades públicas han recurrido a su utilización. Como veremos, con la concesión de este

(18) A este respecto, C. MARTÍN RETORTILLO —vid. «El derecho de superficie según la Ley del Suelo», en *RCLJ*, 1963, II, pág. 754— puso de relieve cómo la función trascendental que había venido cumpliendo la institución superficiaria para procurar a la clase trabajadora un terreno para edificar o plantar se ha visto superada por las ventajas que ofrecen las organizaciones de crédito, que permiten adquirir el terreno.

(19) En relación con las ventajas que presenta el arrendamiento frente al derecho de superficie, vid. PRESA DE LA CUESTA, «Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria», en *Ponencias y comunicaciones presentadas en el VI Congreso de Derecho Registral*, t. I, Colegio de Registradores, 1985, pág. 640.

derecho se ofrece un servicio a la sociedad (se construyen mercados, viviendas de protección oficial, parkings...) y, además, el beneficio queda siempre en el municipio cuando opera la llamada «reversión» de lo edificado en su favor (20).

II. EL DERECHO DE SUPERFICIE ANTES DE LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956: ANTECEDENTES HISTORICOS

1. En el derecho justiniano culmina el proceso que consagra al *ius superficiei* como un derecho real. El origen de esta figura se encuentra en las concesiones que hacían los magistrados a los banqueros para que construyeran sus *tabernae* en el foro, y ejercieran en ellas su actividad comercial (21). Esta práctica se extendió después a los municipios y a los particulares, comenzando a tener la institución una cierta autonomía. No obstante, estas relaciones se constituían como un arrendamiento (22), si se pagaba periódicamente un canon, o como una compraventa, si la prestación era única e inicial, asimilándose así dicho canon al precio (23).

La razón por la cual dichas relaciones no pasaban de ser meramente obligatorias residía en la fuerza del principio de accesión, expresado en la regla *superficies solo cedit*. En virtud de este principio, la transmisión de la propiedad de un edificio con independencia del suelo en que se erige, resultaba jurídicamente inviable.

2. El derecho de superficie carecía de sustantividad *propia*, lo que se revelaba insuficiente, habida cuenta de su empleo en la práctica. Los contratantes no querían las consecuencias que acarreaba un contrato de compraventa, ni les parecía suficiente la protección que otorgaba el contrato de arren-

(20) Vid., en relación con el derecho de superficie constituido por la Administración, MARTÍN DíEZ-QUIJADA, «La cesión de solares por la Administración en régimen de derecho superficiario», en *RAP*, núm. 75, págs. 23 y sigs. Este autor señala que la institución superficiaria es la más idónea para que la Administración entregue terrenos para que las clases modestas puedan tener acceso a la vivienda. Además, pone de relieve que la cesión de terrenos de la Administración en derecho de superficie es la técnica más eficaz para contener el alza de los precios del suelo edificable —págs. 41 y 49—.

(21) Cfr. J. IGLESIAS, *Derecho romano. Instituciones de Derecho privado*, Ariel, 1985, págs. 367 y 368.

(22) Vid. *D. de superficibus*, 43, 18 y *D. de danno infecto* 39, 2, 1, 18, pár. 4.º En este último se viene a establecer lo siguiente: «El propietario de un terreno arrendado no deberá dar caución por el daño que pueda producir un defecto del terreno al arrendatario "superficiario", que ha construido en él, ni el constructor superficiario al propietario del terreno, pues ya tienen el uno contra el otro las acciones del arrendamiento...»

(23) Cfr. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1948, pág. 225.

damiento (24). De ahí que el Pretor concediera al superficiario el interdicto *de superficiebus*, en los términos siguientes: «como era incierto si había acción de arriendo y resultaba mejor tener la posesión que reclamar con una acción personal, pareció más conveniente proponer este interdicto y ofrecer una acción como las reales» (D. 43, 19, 1, párr. 1).

3. En el análisis histórico del derecho de superficie hemos de preguntarnos en qué momento confluye con la enfiteusis. En primer lugar, existe un claro paralelismo evolutivo entre ambas figuras: el derecho de superficie pasa por una fase de relación obligatoria que se transforma en derecho real, y cumple en los inmuebles urbanos una función análoga a la de la enfiteusis en los rústicos (25).

La confusión del censo con la superficie se acentuó en la época de los glosadores. A este respecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ ha señalado que, según la *Glosa Ejus est ad*, 1.2 *D. de superficiebus* 41,18, el superficiario era dueño *no iure directo sino utiliter*; de donde se pasó a entender que el superficiario tenía el dominio útil sobre lo construido y el dueño del terreno, el dominio directo (26). De esta manera el derecho de superficie quedó subsumido dentro de la enfiteusis, si bien, había importantes elementos que los diferenciaban —vgr. la enfiteusis afecta tanto al suelo como a la superficie, mientras que el derecho de superficie sólo a esta última; en la enfiteusis el canon es sustancial, pero no en el derecho de superficie y, finalmente, que la superficie nace en las ciudades, mientras que la enfiteusis está pensada para las plantaciones, esto es, para la actividad agrícola— (27).

a) En nuestro ordenamiento, la integración del derecho de superficie dentro del marco enfiteutico se manifestó de una manera clara en la Ley 74 de Toro (28). Los comentaristas de esta Ley asimilaron al superficiario con

(24) Vid., nota anterior.

(25) Cfr. MIQUEL, *Derecho privado romano*, Marcial Pons, 1992, págs. 234 y sigs.

(26) Cfr. *Estudios de Derecho hipotecario...*, op. cit., pág. 228.

(27) Para un análisis de las posibles relaciones entre el derecho de superficie y la enfiteusis, vid. GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios...*, op. cit., pág. 240; ROCA SASTRE, *Ensayo...*, op. cit., págs. 10 y 11, nota 6; FONT BOIX, *El derecho de suelo y el de superficie...*, op. cit., págs. 27 y 28.

(28) «Cuando concurre en sacar la cosa vendida por el tanto, el pariente mas propincuo con el señor del directo dominio, ó con el superficiario, ó con el que tiene parte en ella, porque era comun, prefíerase en el dicho retracto el señor del directo dominio y el superficiario, y el que tiene parte en ella al pariente más propincuo». Esta Ley aparece incorporada en la Ley VIII, Libro X, Título XIII de la Novísima Recopilación. A dicha Ley se le añade, en nota, una Real Orden de 20-8-1757, que viene a referirse a un supuesto de derecho de superficie: «que siempre que cualquier dueño de las casas del Real Sitio de Aranjuez quiera vender alguna ó algunas, sea obligado a hacer saber a los oficios de dicho Real Sitio, para que, dando estos noticia de ello, pueda S.M. tomarlas por el tanto, como dueño del suelo en que están edificadas; y quando no las quiera, se tome la razon de la persona a quien se venden ó anagenan...»

el enfiteuta y lo consideraron titular del dominio útil (29). Por ello, como veremos a continuación, un importante sector de nuestra doctrina ha venido vinculando tradicionalmente el derecho de superficie a la enfiteusis, al entender que este derecho divide el dominio en útil y en directo, y otorga al superficiario o censuario el poder de libre disposición sobre la cosa mientras dura la superficie, dejando a salvo el derecho del propietario o censalista.

4. Antes de la aprobación del Código Civil, la Ley y el Reglamento Hipotecario hacían referencia al derecho de superficie. De acuerdo con el artículo 107.1.º LH, cabía hipotecar «El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecase por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado» (30). Además, el apartado 5.º de este precepto permitía hipotecar «Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad» (31). El primer apartado del artículo 107 ha desaparecido de su regulación actual, no así el apartado 5.º, si bien la última frase ha sido eliminada (32).

Por su parte, el RH, en su redacción de 1863 y 1870, venía a establecer que: «En toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantaciones a otra, se expresará con claridad esta circunstancia». De igual modo, este precepto ha desaparecido en posteriores reformas del RH (33).

(29) Cfr. SANCHEZ DE LLAMAS Y MOLINA, *Comentario crítico-literal a las 83 Leyes de Toro*, 2.ª ed., Madrid, 1852.

(30) Siguiendo a GALINDO DE VERA y DE LA ESCOSURA —vid. *Comentarios a la legislación hipotecaria*, Madrid, 1903, 4.ª ed., pág. 174—, este precepto se refiere al edificio construido previo contrato con el dueño del suelo por el que se reconozca que el dominio pertenece a la persona que costee su realización, contrato que, de acuerdo con estos autores, necesitaba ser inscrito para inscribir la hipoteca.

(31) GONZÁLEZ MARTÍNEZ —vid. *Estudios...*, op. cit., pág. 258—, entiende que los supuestos contemplados en ambos apartados son distintos, refiriéndose el primero de ellos al juego de la accesión, sin presuponer la constitución de un derecho de superficie.

(32) Al hilo de esta frase, GALINDO DE VERA y DE LA ESCOSURA —*Comentarios...*, op. cit., pág. 185— señalaban que la redacción del precepto resultaba «un tanto anfibiaológica» pues, como el hipotecante no grava la propiedad, no es preciso salvar los derechos de propiedad de ningún partícipe.

(33) Los primeros casos en que se discute acerca de un derecho de superficie los encontramos en varias resoluciones de la DGRN, dictadas en la última mitad del siglo pasado. La mayor parte de ellas se refieren a supuestos de superficie vegetal, entendiéndose necesaria para estos casos la previa inscripción registral de la finca para que se proceda a inscribir la venta del arbolado (en este sentido, RRDGRN de 12-6-1863, 23-3-1864, 4-11-1867, entre otras). Entre ellas, destacamos la Resolución de 2-10-1884, en la que se discute acerca de la naturaleza jurídica del contrato de terraje. La DGRN señala que, en la medida en que una persona tiene el dominio útil y otra el directo, existe censo enfiteutico y no consta de la voluntad de los contratantes que se limitaran a establecer un derecho de superficie.

5. Si bien las referencias al derecho de superficie en las normas hipotecarias podían augurar un tratamiento específico de esta figura en el Código Civil, lamentablemente, se obvió su regulación. Tan sólo existen en el Código Civil dos menciones directas al derecho de superficie: en la Base 26 («Una ley especial desarrollará el principio de la reunión de los dominios en los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble») y, de acuerdo con ella, en el artículo 1.611 del Código Civil: «Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial» (34). Así, con base en el artículo 1.611 del Código Civil, un sector de la doctrina (35) y la jurisprudencia (36) han entendido que el derecho de superficie era una figura análoga al censo enfiteutico. De ahí también que, según el parecer de este sector doctrinal (37) así como de la jurisprudencia (38), la atención que el Código Civil

(34) La referida norma se contenía en un RDL de 25-6-1926 y, posteriormente, en el RD de 23-8-1926, que aprobó el reglamento para su ejecución. Dicha regulación iba referida exclusivamente a los foros, sin que en ella se hiciera alusión específica al derecho de superficie.

(35) Entre otros, SÁNCHEZ-ROMÁN, *Estudios de Derecho civil*, t. III, 2.^a ed., 1900, pág. 699; VALVERDE, *Tratado de Derecho civil español*, t. II, 3.^a ed., 1925, págs. 545 y 546; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, vol. II, ed. Revista de Derecho Privado, 1968, pág. 384; BONET RAMÓN, «Comentario a la STS de 3-7-1941», en *RDP*, 1941, pág. 566; O'CALLAGHAN, «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XX, vol. 3, Edersa, 1982; ALBALADEJO, *Derecho civil, III. Derecho de bienes*, vol. 2.^o, Bosch, 1994, 8.^a ed., pág. 218 y sigs.

(36) Vid. entre otras, STS 3-2-1896 (Colección legislativa de España, Jurisprudencia civil, 1896, vol. 1, págs. 235 y sigs.); 4-7-1928 (Colección legislativa..., 1928, vol. 5, pág. 558 y sigs.); 26-6-1929 (Colección legislativa..., 1929, vol. 3, pág. 1078 y sigs.), y Resolución de la DGRN de 27-10-1947. A modo de ejemplo, esta última señala que «...en nuestro ordenamiento jurídico, a pesar de las distintas opiniones doctrinales, debe considerarse la enfiteusis como figura similar del derecho de superficie, el cual debe ser construido, dadas sus escasas normas legales, de una manera semejante a aquélla y con arreglo a los preceptos que la rigen...» —vid. *Jurisprudencia registral*, 1947, II, pág. 163—.

(37) En cambio, GUILARTE —vid. *El derecho de superficie...*, op. cit., págs. 169 y 170—, estima dudoso que el derecho de superficie quede dentro del ámbito de aplicación del artículo 1.655 del Código Civil. Entre otros argumentos, GUILARTE considera que al referirse el Código Civil a gravámenes análogos al foro no alude al derecho de superficie, sino a otras instituciones como las rentas en saco. En este sentido se pronunciaba también SCAEVOLA, «Comentario al artículo 1.655 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil*, Madrid, 1915, pág. 563.

(38) En la famosa Sentencia de 3-7-1941 (R.A. 891), el TS viene a entender que el Código Civil, al acoger en el artículo 1.655 el derecho de superficie... «no quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia, anulando las características y el influjo del *ius superficie* en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho, sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico del arrendamiento superficiario, señalando como normas aplicables la del contra-

dispensa al derecho de superficie termine con la referencia al artículo 1.655. En virtud de este precepto «Los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfiteútico en la sección que precede. Si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato» (39). Admitiendo que el derecho de superficie se encuentra entre los de naturaleza análoga a los foros, este derecho pasaría a regularse por las normas de la enfiteusis, si se hubiera constituido de manera indefinida, o por las del contrato de arrendamiento, si estuviera limitado temporalmente (40).

6. Finalmente y como antesala de la regulación del derecho de superficie en la Ley del Suelo, debemos destacar la importante aportación doctrinal que supusieron los trabajos de GONZÁLEZ MARTÍNEZ (41), publicados en el primer cuarto de este siglo, que pronto encontraron eco en la doctrina de la

to originario y predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano» (Considerando 4.º). En sentencias posteriores, el TS, sin hacer mención expresa al artículo 1.655 del Código Civil, ha vinculado el derecho de superficie a la relación arrendaticia, entendiendo que es algo más que un arrendamiento puro y simple. Es el caso de las STS de 5-2-1953 (R.A. 571), 26-10-1956 (R.A. 3414), 5-1-1967 (R.A. 73) y 15-6-1984. En definitiva, cabe decir que el TS ha venido asimilando el derecho de superficie a la enfiteusis o al arrendamiento, sin por ello dejar de reconocer que tiene una sustantividad propia.

(39) En la doctrina, GUILARTE ha entendido que, pese a su deficiente normativa legal, y dada la interpretación jurisprudencial de los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil, se puede proclamar la sustantividad de esta institución con anterioridad a la aprobación de la LS —vid. *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 170—.

(40) Por su proximidad al derecho de superficie, y en el esfuerzo de delimitar esta figura de otras que le son afines, debemos diferenciarla del arrendamiento *ad aedificandum*. Se trata de una modalidad arrendaticia que se caracteriza por la cesión en arrendamiento de un solar con la facultad aneja de edificar por parte y a costa del arrendatario, pactándose que al final del arrendamiento lo edificado revertirá al arrendador. Mientras dure el arrendamiento, el arrendatario puede usar y disfrutar de lo edificado. A la hora de deslindar ambas figuras, la doctrina ha entendido que en el derecho de superficie, el edificar es uno de los presupuestos del contrato, de modo que éste se realiza en contemplación de esa edificación. En consecuencia, habrá que estar a la voluntad de las partes para saber si se quiere constituir una relación arrendaticia compleja (arrendamiento *ad aedificandum*), o un derecho real de superficie —vid., a este respecto, GONZÁLEZ PORRAS, «La prescripción extintiva en Cataluña. Modalidades arrendaticias complejas. Los arrendamientos superficiares y el derecho de superficie», en *RJC*, 1972, págs. 131 y 132; DE COSSÍO Y CORRAL, «El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos», en *ADC*, 1948, págs. 482 y 483—. Asimismo, véase la STS de 5-1-1967 (R.A. 73), que determina que no es arrendamiento el contrato por el cual el supuesto arrendatario adquiere un derecho de dominio sobre lo edificado sobre el suelo arrendado.

(41) Vid., «La extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1925, págs. 11 y sigs.; *Estudios de Derecho hipotecario...*, op. cit., pág. 223 y sigs.

época (42). De este autor no podemos pasar por alto la célebre y tan significativa expresión «casi es un epitafio», que emplea para describir lo que implica la referencia del artículo 1.611 del Código Civil al derecho de superficie (43).

Además de suponer un revulsivo para el estudio del derecho de superficie —hasta entonces prácticamente inexistente—, la principal contribución de estos autores fue poner de manifiesto la importancia que este derecho había alcanzado en otros países, sobre todo en Alemania, al convertirse en un importante instrumento para dar solución a problemas urbanísticos, particularmente los relacionados con la construcción de viviendas de precio tasado (44).

III. EL DERECHO DE SUPERFICIE TRAS LA APROBACION DE LA LEY DEL SUELO DE 1956

1. INTRODUCCIÓN

La regulación del derecho de superficie en la primera LS de 12-5-1956 y, posteriormente, la contenida en el RH, tras su reforma por Decreto de 17-3-1959, tuvieron una doble virtud. En primer lugar, la de hacer del derecho de superficie un derecho real típico, viniendo así a colmar una importante laguna legal existente en nuestro derecho positivo (45). En segundo lugar, la de introducir en nuestra legislación un derecho de superficie de corte moderno, en cuanto lo aleja de las figuras censuales. Esta concepción del derecho de superficie encuentra sus orígenes en el derecho comparado. Así lo reconoce

(42) Siguiendo la línea trazada por GONZÁLEZ MARTÍNEZ, VIÑAS MEY relataba cómo él mismo había contribuido a que, por vez primera en nuestro país, un Ayuntamiento (el de un pueblo de Badajoz) otorgase a unos particulares un derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad a fin de que se construyeran treinta casas baratas, limitándose temporalmente este derecho a un plazo de cuarenta años. Vid., «Nuevos tipos sociales de propiedad», en *RCDI*, 1926, pág. 25 y sigs.; «El derecho de superficie y el problema de la vivienda en España», en *RCDI*, 1929, pág. 431 y sigs.

(43) *Estudios de Derecho hipotecario...*, op. cit., pág. 221.

(44) Dentro del ámbito administrativo, algunas normas habían aludido al derecho de superficie, si bien, como era de esperar entonces, bajo el manto de los censos o del arrendamiento a largo tiempo. Tal es el caso del artículo 41 del Decreto-ley de casas baratas de 10-10-1924, que prevé que el Estado y otras entidades públicas puedan arrendar, vender, o *dar a censo* los terrenos de su propiedad que sean adecuados para la construcción de dichas casas; el Decreto de 8-9-1939, que hace referencia a los titulares de un derecho de superficie o arrendamiento de terrenos municipales por un plazo mayor de cincuenta años.

(45) Cfr. Díez-PiCAZO, «Autonomía privada y derechos reales», en *RCDI*, marzo-abril de 1976, pág. 296. Por lo que respecta a la acuciante necesidad de llenar ese vacío legal, vid. BONET RAMÓN, «Comentario a la STS de 3 de julio de 1941», op. cit., pág. 568.

nuestro legislador en la Exposición de Motivos de la LS de 1956, al expresar lo que sigue:

«La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario...» (46)

Por ello, debemos conocer, siquiera sea de forma sucinta, cómo se configuraba el derecho de superficie en los países de nuestro entorno, cuya experiencia pudo servir al legislador a la hora de regular el derecho de superficie en la LS.

- a) En el *Derecho alemán*, la Ordenanza de 15-1-1919 estableció una reglamentación detallada para el derecho de superficie, derogando los § 1.012 a 1.017 del *BGB* que hasta entonces lo regulaban (47). Según NUSSBAUM (48), la finalidad que perseguía el legislador con esta norma era ofrecer a los municipios y a otras corporaciones públicas, un recurso para colonizar y urbanizar parte de sus propiedades mediante concesión a los *superficiarios* (49). Así —prosigue este autor—, las corporaciones públicas, al no enajenar sus terrenos, se beneficiarían del aumento de valor que éstos experimentasen, en vez de que quedasen en manos de los especuladores, con el consiguiente aumento del precio de la vivienda. En relación con la duración de este derecho, y aún cuando en la Ordenanza de 1919 no se establece una limitación temporal, WOLFF señalaba que, en la práctica, únicamente existían derechos de superficie a término (entre cincuenta y cien años) pues, en su opinión, sólo un derecho de superficie limitado en el tiempo podía servir para evitar la especulación de los terrenos (50).

(46) Asimismo, la Resolución de la DGRN de 27-10-1947, a la que ya hemos hecho referencia, pone de manifiesto cómo este derecho ha sido utilizado en el Derecho comparado como instrumento de política social, a fin de atenuar el problema de la habitación. Como ejemplo señala el Derecho suizo, austríaco y, principalmente, el alemán.

(47) De acuerdo con el § 1 de la referida Ordenanza, que resulta ser una copia exacta del § 1012 del *BGB*, «Una finca puede ser gravada de modo que a la persona favorecida por la carga le corresponda el derecho transmisible y heredable de tener sobre o bajo la superficie una construcción». Vid., a este respecto, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, *Estudios de Derecho hipotecario...*, op. cit., pág. 286.

(48) *Tratado de Derecho hipotecario alemán*, trad. Roces, Madrid, 1929, pág. 140.

(49) Como precedente de la citada Ordenanza, la doctrina menciona la Ley austríaca de 26-4-1912, que, según señala GONZÁLEZ MARTÍNEZ, sirvió para dar un paso importante en la solución de los problemas de vivienda —vid. *Estudios...*, op. cit., pág. 283—. Entre los rasgos más importantes del régimen que esta Ley estableció debemos destacar el carácter temporal del derecho de superficie, si bien cabía la renovación y la prórroga del mismo.

(50) ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, *Tratado de Derecho civil, Derecho de cosas*, trad. española de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, Bosch, 1971, pág. 7.

- b) En cambio, en el *Derecho francés*, el Código Civil no contempla el derecho de superficie. El derecho de superficie era una institución feudal, un ejemplo más de la división de los dominios y, por lo tanto, no podía tener cabida en el Código napoleónico, que participa de los principios revolucionarios. Tanto el derecho de superficie como la enfiteusis —que tampoco aparece en el Código Civil francés— formaban parte del amplio elenco de *iura in re aliena* de origen feudal, que implicaban una grave limitación del derecho de propiedad. No obstante, la doctrina y la jurisprudencia han admitido esta figura. La posibilidad legal de constituir un derecho de superficie se encuentra en el artículo 553 del Código Civil que *presume* que todas las construcciones, plantaciones y obras sobre un terreno pertenecen al propietario. En el Derecho francés, la superficie se concibe como una propiedad inmobiliaria, de donde resulta que es perpetua por naturaleza, como lo es la propiedad en general. No obstante, la doctrina reconoce que los casos en que la superficie tiene importancia práctica se presenta como un carácter esencialmente temporal. Estos son los casos del arrendamiento con permiso de construir (*Bail avec permission de bâtir*), en que el arrendatario realiza construcciones sobre el terreno arrendado, que serán de propiedad éste mientras dure el arrendamiento (51).
- c) Por su parte, en el *Derecho italiano*, el Código Civil de 1865, que tomó como modelo el Código napoleónico, tampoco reconoció expresamente el derecho de superficie. Sin embargo, la doctrina (52) entendía que éste tenía cabida en su ordenamiento a través del artículo 448 del Código Civil, que presumía que toda construcción, plantación u obra era propiedad del dueño del terreno. En cambio, el Código Civil de 1942 vino a establecer una minuciosa regulación de la institución **superficiaria**. Así, de acuerdo con el artículo 952, «*El propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción en favor de otro, que no adquiere la propiedad. Igualmente, puede vender la propiedad de la construcción ya existente, de forma separada a la propiedad del suelo*». Por su parte, el artículo 953 admite que este derecho puede ser perpetuo —«*si la constitución del derecho de superficie se hace por un tiempo determinado...*», sanciona este **precepto**—. La posibilidad de que el derecho de superficie no se constituya con carácter temporal ha sido

(51) Vid., entre otros, PLANIOL, RIPERT, PICARD, *Traité pratique de Droit civil*, t. III, LGDJ, 1952; MAZEAU-MAZEAU, *Leçons de Droit civil*, t. 2, vol. 2, Montchrestien, 1989, págs. 112 y 113; MARTY, «El derecho de superficie en relación con la planificación urbana», en *RDU*, 1972, págs. 29 y sigs.

(52) SALÍS, *La proprietà superficiaria*, Cedam, 1936, pág. 49 y sigs.

objeto de crítica por parte de la doctrina italiana, al entender que lo normal es convertir el derecho de superficie a término (53). Precisamente, con base en el artículo 953 del Código Civil, se ha entendido que las condiciones y estructura del derecho de superficie son más que nunca propicias a su eventual temporalidad, convirtiéndose en un supuesto de propiedad temporal (54).

2. LA CONFIGURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LAS SUCESIVAS LEYES DEL SUELO

2.1. *Introducción*

1. Para determinar con qué alcance regulan el derecho de superficie las sucesivas Leyes del Suelo, debemos conocer cuál es la finalidad que persigue el legislador con esta figura. A este respecto, no deja de ser significativa la ubicación legal que recibe en ellas el derecho de superficie. Tanto en la LS de 1956, como en el TRLS de 1976, este derecho se contenía en la sección tercera del Capítulo 1.º (Fomento de la edificación) del Título 4.º (Ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo). Distinta es, en cambio, la que le confiere el TRLS de 1992, al contemplar esta institución junto con el patrimonio municipal del suelo, dentro del Título VII, relativo a la intervención del mercado del suelo (arts. 287 a 290). Esta es una de las cinco actividades urbanísticas que corresponde realizar a la Administración pública [art. 3.5.b) del TRLS, declarado inconstitucional]. De ahí que esta competencia urbanística le confiriese la facultad de establecer derechos de superficie sobre terrenos edificables de su propiedad. Ahora bien, si tal era el objetivo que debía perseguir la Administración al hacer uso de este derecho (intervenir en la regulación del mercado del suelo), ninguna limitación se observa para su empleo por parte de los particulares (55).

2. Por su parte, en la E. de M. de la Ley de 1956, el legislador manifestaba que todos los preceptos de la Ley estaban encaminados a promo-

(53) Vid., en este sentido, BALBI, // *diritto di superficie*, Giappichelli ed., 1947, pág. 159.

(54) Vid., BARASSI, *Proprietà e Comproprietà*, A. Giuffrè ed., 1951, pág. 93.

(55) El artículo 287.1, precepto de aplicación supletoria, y derogado tras la STC de marzo de 1997, establecía lo siguiente: «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». En cambio, el apartado 2.º de este precepto, que permanece en vigor, establece lo que sigue: «El mismo derecho asiste a los particulares sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior».

ver y facilitar la construcción mediante la puesta a disposición de solares, como resultado esperado de la ordenación del suelo y la ejecución de las urbanizaciones. Entre las medidas que se adoptaron a tal fin se encontraba el derecho de superficie. Por ello, la doctrina entendió que el ámbito de aplicación del derecho de superficie contenido en los artículos 157 y siguientes de la LS de 1956 era el de los terrenos urbanísticamente ordenados, particularmente, y siguiendo la letra de la Ley (art. 157.1), mediante los Planes de ordenación urbana. La referencia a los Planes de ordenación permaneció en el TRLS de 1976 —art. 171.1—, pero fue eliminada en el TRLS de 1992 —art. 287— (56).

De este modo, a partir de la LS de 1956, un importante sector de la doctrina ha encontrado en la referencia a los Planes de ordenación uno de sus principales argumentos en favor de la existencia de una modalidad urbanística y de una modalidad urbana común del derecho de superficie: los derechos de superficie constituidos en terrenos que no estén ordenados por los planes urbanísticos no quedarán sujetos a la LS (57). Además, el sector doctrinal que desde entonces comenzó a entender que existían dos modalidades del derecho de superficie urbano (la urbana común y la urbanística), ha contado con otros argumentos en apoyo de su interpretación. Por un lado, el hecho de que la legislación urbanística no contemplara el supuesto en que el derecho de superficie se constituye sobre edificaciones preexistentes. Por otro, el que el legislador parecía reconocer la existencia de un derecho de superficie civil, al hacer remisión a las normas de Derecho privado para su aplicación subsidiaria (arts. 157.3 LS, 171.2 TRLS de 1976 y 287.3 TRLS de 1992, a cuyo tenor, «El derecho de superficie... se regirá por las disposiciones contenidas en este capítulo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado»). Finalmente, el principio de *numerus apertus* de derechos reales, y la aplicación en esta materia del artículo 1.255 del Código Civil, ha llevado a mantener que los particulares pueden establecer un derecho de superficie al margen del reglamentado en la legislación urbanística.

Veamos ahora cada uno de ellos por separado.

(56) Artículo 157 LS de 1956: «El Estado, las entidades locales y 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». Por su parte, el artículo 171.1 del TRLS de 1976 reproduce, de modo casi literal, el precepto que acabamos de enunciar.

(57) Vid., entre otros, MEZQUITA DEL CACHO, «El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956», en *RDP*, 1957, II, pág. 754; ROCA SASTRE, *Ensayo...*, op. cit., nota 8, pág. 14; GUILARTE, *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 178; ALBALADEJO, *Derecho civil III*, op. cit., pág. 220.

2.2. *La existencia de Plan de ordenación como presupuesto para la aplicación de las normas contenidas en la Ley del Suelo en materia de derecho de superficie*

1. Tanto la LS de 1956 como el TRLS de 1976 regulaban el derecho de superficie para la construcción de edificaciones *determinadas en los Planes de ordenación*. Esta expresión resulta extraordinariamente confusa. Con base en ella, ALBALADEJO ha defendido que la legislación urbanística sólo se aplica a los derechos de superficie que se constituyan *dentro de los Planes de ordenación* (58); con lo que quizá se quiere significar que si el municipio en cuestión carece de Plan, no se produce el supuesto previsto por el legislador urbanista para que entren en juego sus normas. O, de otro modo, que aun existiendo Plan, si la edificación no se encuentra determinada en él, igualmente, la regulación del derecho de superficie contenida en la LS no resulta aplicable. Este argumento fue precisamente utilizado por la Audiencia Territorial de Barcelona, en el famoso Auto de 3 de marzo de 1967, que vino a conocer del «caso Puigvert» (59). En el cuarto Considerando, la Audiencia señala lo siguiente:

«Que es indudable la dualidad de regímenes del Derecho positivo patrio en cuanto al tratamiento del derecho de superficie, de un lado, como figura general, de carácter ordinario o común, en lugares o eventos ajenos a Planes de Ordenación, e incluso donde tales Planes existan, sometido al tratamiento dimanante del conjunto de normas del Código Civil que le son atinentes y, de otro, la modalidad superficiaria de carácter y finalidad urbanística a los solos fines de construcción de viviendas u otras edificaciones previstas en los Planes de ordenación urbana, regida por la Ley del Suelo».

A lo que se añade en el octavo Considerando:

«Que convenido... la creación de un derecho real de superficie... que ha de constituirse sobre una finca sita en esta ciudad..., y sin que la construcción del conjunto arquitectónico fundacional esté determinado en un Plan de Ordenación Urbanístico... se infiere la viabilidad legal de la inscripción en el Registro de la Propiedad».

(58) Vid. *Derecho civil III*, op. cit., pág. 220.

(59) «El Hospital de la Santa Cruz y San Pablo» constituyó en favor de la «Fundación Puigvert» un derecho de superficie sobre una parcela urbana, sita dentro del casco urbano de la ciudad de Barcelona. El fin que se pretendía con la concesión de este derecho era la construcción de un conjunto de edificios, instalaciones y jardines, que sirvieran a los fines de la Fundación. El problema se planteó porque el derecho de superficie se confería de manera indefinida, mientras los edificios no fueran declarados en ruina. A ello se opuso el Registrador —vid. FUENTES LOJO, «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación (Comentario a una importante decisión judicial)», en *RJC*, 1967, págs. 560 y sigs.

Ello nos lleva a plantear en qué medida la aplicación de la LS se vincula a la existencia de un Plan de ordenación urbana (a) y, de otro lado, qué puede querer significar la expresión «construcciones o edificaciones determinadas en los Planes de ordenación» (b).

a) 1. Desde la primera Ley del Suelo, la base de la ordenación urbana es el Plan. Para el legislador, la aprobación de los Planes implica la declaración de utilidad pública y la necesidad de ocupación de los terrenos. De ahí que, como sabemos, todos los preceptos de la LS de 1956 tiendan a promover y facilitar la construcción mediante la disponibilidad de solares a precio justo, siendo el destino natural de estos solares el de construir soporte de las edificaciones levantadas conforme a los Planes. Para conseguir tal finalidad, la LS de 1956 pretende planificar todo el territorio nacional (art. 1) (60), y consciente de que había de pasar mucho tiempo hasta que ese objetivo se hiciera realidad, y a fin de evitar que la acción constructora quedase mientras tanto paralizada, prevé la aprobación de Normas Subsidiarias de Planeamiento (arts. 57 a 60). Así, por ejemplo, en los municipios carentes de Plan (61), el suelo se clasificaba en urbano y rústico (art. 66) aplicando al primero prácticamente el mismo régimen que el del suelo urbano delimitado por un Plan municipal de ordenación. De ahí que, al igual que en los municipios con Plan, cuando una parcela mereciese la calificación de solar (art. 63), recaía sobre los propietarios el deber de edificarlo, en última instancia, y a falta de que éste no se hubiera determinado en el plazo establecido en la propia LS (art. 142).

2. De acuerdo con lo anterior, resulta justificado que el legislador, al regular el derecho de superficie, lo hiciese pensando en los Planes de ordenación, sobre los que vertebra toda la LS. Desafortunadamente, las expectativas del legislador no se cumplieron. Más de diez años después de la aprobación de la LS de 1956, muchos municipios carecían de planeamiento y, lo que es peor, la inmensa mayoría de ellos estaban desprovistos de Normas Subsidiarias de planeamiento (62). Por esa razón, en la Ley de reforma de la LS de 1975 se introdujeron como novedad los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano (63). Con todo, son muchos los municipios que han carecido

(60) Por ello, establece unos plazos para que todos los municipios españoles elaboren los Planes provinciales y municipales, diferenciando, a este respecto, los que sean capitales de provincia o de más de cincuenta mil habitantes, del resto (art. 29).

(61) Para GARCÍA DE ENTERRÍA, aparte de la previsión de aprobación de normas subsidiarias, la Ley impone por de pronto, normas subsidiarias inequívocamente tales a través de sus normas de régimen del suelo, como es el caso del artículo 66 —vid. «La Ley del Suelo y el futuro del urbanismo», en *ADC*, 1958, pág. 491—.

(62) Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, *Comentarios a la Ley del Suelo*, ed. BOE, 1968, págs. 70 y 71.

(63) Los PDSU se contenían en el artículo 81 del TRLS de 1976 y, posteriormente, en el también artículo 81 del TRLS de 1992. Este último precepto ha sido declarado inconstitucional por la STC de 1997, recobrando vigencia, con carácter supletorio, el

y carecen de este instrumento de ordenación, resultando entonces de aplicación los criterios legales establecidos en la legislación del suelo como normas de directa aplicación (64). En consecuencia, la inexistencia del Plan General y de Normas Subsidiarias no implica en modo alguno la falta de ordenación urbanística de un municipio (65), ni de la consiguiente intervención administrativa en todo tipo de edificaciones que en él se pretendan realizar. De ahí que entendamos que la aplicación de las normas prevista en la legislación del suelo en relación con el derecho de superficie no depende de la existencia de Plan de ordenación o de Normas Subsidiarias de planeamiento (66).

3. Habida cuenta de la finalidad que persigue el legislador urbanista al introducir entre sus normas una regulación del derecho de superficie, cabría entender que tal normativa sólo resulta aplicable en aquellos casos en que la utilización de esta figura persiga fomentar la edificación (67). Desde esta perspectiva, se podría pensar que tal propósito se cumple cuando se constituye un derecho de superficie para edificar en suelo urbano, o en suelo urbanizable. En cambio, tal finalidad decaería si se pretende construir en suelo no urbanizable (68).

citado artículo 81 del TRLS de 1976. En virtud de este artículo, en los municipios carentes de Plan General Municipal de Ordenación, el territorio se clasificará en suelo urbano y suelo no urbanizable. Los apartados 2.º y 3.º del artículo 81 determinan, a tales efectos, qué constituye suelo urbano y, por defecto, qué ha de considerarse como suelo no urbanizable. Para un análisis de esta figura, vid. MUÑOZ MAROTO, *El planeamiento urbanístico en los pequeños municipios. Los Proyectos de Delimitación del Suelo Urbano*, Abella, 1984, pág. 45 y sigs.

(64) Como normas de directa aplicación, en la situación jurídica actual, cabe entender, entre otras, el artículo 74 TRLS de 1976 (el art. 139 ha sido declarado inconstitucional por la STC de 1997), el artículo 81 TRLS de 1976 (igualmente, el art. 81 del TRLS de 1992 se ha declarado inconstitucional).

(65) Vid., entre otros, GARCÍA DE ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, *Lecciones de Derecho urbanístico*, Civitas, 1981, pág. 399; LASO MARTÍNEZ —vid. «El derecho de superficie en el ámbito urbanístico», *op. cit.*, pág. 523—. Para este autor, el hecho de la planificación resulta intrascendente, entendiendo que la referencia de la LS a los Planes de ordenación no tiene otro sentido que el servir de motivación para incluir la regulación del derecho de superficie en una Ley especial.

(66) Otra interpretación, que no compartimos, es la que mantiene DE LA IGLESIA MONJE —vid. *El derecho de superficie...*, *op. cit.*, pág. 116—. En su opinión, la desvinculación del derecho de superficie del planeamiento da lugar a entender que cabe constituir un derecho de superficie no sometido a las normas de la Ley del Suelo.

(67) La E. de M. del Proyecto de Ley de reforma de la LS de 1975, señala que esta figura «...Representa también un estímulo para los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés». Vid. *Diario de Sesiones de las Cortes*, 5-12-1972, núm. 1242.

(68) El artículo 173.1 del TRLS de 1976 parecía abonar esta interpretación. En virtud de este precepto, «El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo

Un sector de la doctrina ha apuntado en esta dirección. Para ROCA-SASTRE MUNCUNILL (69), sólo cabe constituir un **derecho** de superficie distinto del configurado en la LS, en la medida en que esta Ley lo permita, según las clases de suelo. Así, en su opinión, tal posibilidad estaría vetada en suelo urbano y urbanizable, mientras que en suelo no urbanizable, la Ley no parece impedirla. De otro modo, RODRÍGUEZ GARCÍA ha entendido que, cuando se trate de construcciones destinadas a vivienda o similar, resultará de aplicación la LS, con independencia de la clase de suelo en que se construya; en cambio, cuando se trate de construcciones de tipo agrícola o similar (tales como graneros o silos), o de plantaciones, la normativa aplicable será el Código Civil (70).

Lo cierto es que el hecho de que los terrenos clasificados como no urbanizables no puedan ser destinados a fines distintos de los permitidos en la ley (agrícola, forestal, ganadero —art. 20.1 de la Ley 6/1988, sobre régimen del suelo y valoraciones—, o viviendas unifamiliares en determinadas condiciones —art. 85 del TRLS de 1976, actualmente en vigor, con carácter supletorio (71)—, no impide, como ha señalado GONZÁLEZ PÉREZ, que una utilización racional de los mismos pueda incluso llegar a imponer que se proceda a edificar en ellos (72). Así lo ha reconocido también la jurisprudencia, como

previsto en el Plan, o en el convenio, si fuera menor». Por su parte, el artículo 154 establecía que «El propietario de solares, según el artículo 82, deberá emprender la edificación dentro del plazo fijado en el Plan...» Como podemos observar, de la interpretación conjunta de estos preceptos cabe entender que el Plan determina un plazo para edificar pero sólo, y en buena lógica, en suelo urbano, donde se encuentran los solares. Y esto es lo que tenía en mente el legislador en el artículo 173.1 del TRLS de 1976. En cambio, el actual artículo 289.1 previene que «El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley».

(69) *Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 481 y 482.

(70) Vid. «Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del derecho de superficie», en AC, 1988, II, pág. 2946.

(71) El artículo 16 del TRLS de 1992 ha sido declarado parcialmente inconstitucional (en su apartado 3.º). En su defecto ha recobrado vigencia el artículo 85 y el artículo 86 TRLS de 1976, que se aplicarán con carácter supletorio. Del tenor de ambos preceptos se desprende que en suelo no urbanizable no se podrán realizar otras construcciones que las destinadas a explotaciones agrícolas..., pudiéndose asimismo autorizar, entre otras edificaciones, la construcción de edificios aislados destinados a vivienda familiar en los lugares en que no exista posibilidad de formación de un núcleo de población.

(72) «Comentario al artículo 15 TRLS», en *Comentarios a la Ley del Suelo (Texto Refundido de 1992)*, t. I, Civitas, 1993, pág. 176; ORTEGA GARCÍA, «Utilización urbanística del suelo no urbanizable», en *RDU*, núm. 75, pág. 37. Téngase en cuenta la importancia que tienen las construcciones en suelo rústico en determinadas CC.AA. Tal es el caso de Baleares, que cuenta con una norma reciente en la materia —Ley de regulación del suelo rústico de 8-7-1997—, en cuya E. de M. se reconoce que la mayor parte del territorio balear es suelo rústico y que se encuentra en la actualidad afectado a usos residenciales, turísticos y de servicios. Lo mismo cabe decir de la Comunidad Valenciana —Ley 5-6-1992—, reguladora del suelo no urbanizable, que reconoce igualmente la im-

sucede en el caso de la STS de 15-2-1991 (73). Por ello, en las edificaciones realizadas en suelo rústico, urbanísticamente permitidas, nada obsta que el derecho de superficie que se constituya se encuentre sometido a los postulados del propio TRLS de 1992.

En conclusión, entendemos que las normas relativas al derecho de superficie contenidas en las sucesivas Leyes del Suelo son de aplicación al derecho de superficie constituido entre particulares para realizar una edificación. Y ello, con independencia del tipo de suelo sobre el que se construya y de la existencia o no de Planes de ordenación (74).

b) 1. Por último, queda hacer referencia a la exigencia de que la construcción o edificación se encuentre, además, determinada en los Planes de ordenación. Esta expresión puede llevar a pensar, como así ha sucedido, que sólo las construcciones específicamente previstas en los Planes podrán regirse por las normas de la LS. Y los Planes, más que prever o determinar edificaciones, *permiten*, como veremos seguidamente, que una edificación se lleve o no a cabo en un terreno determinado.

2. En suelo urbano, por ejemplo, la Ley de 1956 ya exigía que los Planes generales de ordenación urbana estableciesen, entre otras previsiones, la división del territorio en zonas y el destino de cada una según las necesidades —art. 9.1.a)—, dejando para los Planes parciales la «reglamentación del uso de los terrenos, en cuanto a volumen, destino y condiciones sanitarias y estéticas de las construcciones...» —art. 10.1.e)—. Posteriormente, el TRLS de 1976 disponía en su artículo 12 que en suelo urbano los Planes Generales debían contener, entre otras determinaciones, la asignación de usos pormenorizados correspondientes a las diferentes zonas [art. 12.2.1.b)], y la reglamentación detallada de ese uso pormenorizado y demás condiciones de la edificación [art. 12.2.1.f)]. A su vez, el artículo 21.1 del TRLS de 1992 y el actual artículo 19.1 de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, han venido a señalar que «Los propietarios de toda clase de terrenos y construcciones deberán destinarlos, efectivamente, al uso en cada caso establecido por el planeamiento urbanístico...»

portancia que tradicionalmente ha tenido la construcción de viviendas familiares en el medio rural valenciano.

(73) (R.A. 956). El FD 2.º establece lo siguiente: «...esta utilización puede exigir en ocasiones la realización de construcciones e incluso de viviendas. Cuando es así, cuando la propia dinámica de la utilización racional del suelo rústico demanda una construcción, la legislación urbanística ha de permitirla».

(74) A este respecto, PRATS ALBENTOSA —vid. (LÓPEZ LÓPEZ y MONTES PENADÉS, coord.) *Derechos reales y Derecho inmobiliario registral*, Tirant lo Blanch, 1994, pág. 596—, señala en relación con el derecho de superficie urbano que se encontrará sometido, en todo caso, a la legislación urbanística (TRLR, sus reglamentos de ejecución y los Planes municipales), «puesto que tales normas contemplan el modo en cómo se adquiere el *ius aedificandi* de inmuebles, sea en suelo urbano, sea en suelo no urbanizable».

Ahora bien, ¿cómo se definen los usos? Por poner un ejemplo, el Plan General de Ordenación Urbana de Madrid de 1997 (75) señala que, en una zona determinada (la cinco, para edificación en bloques abiertos), el uso característico es el residencial, estableciendo además, como usos compatibles, el industrial —en situación de planta baja—, servicios terciarios, uso admisible en todas sus categorías siempre que respeten determinadas situaciones —planta baja o inferior, etc.— y, finalmente, el uso dotacional (cap. 8.5 del referido Plan). Como observamos, aunque esta zona tenga como característico el uso residencial, nada obsta que, además, se pueda realizar cualquier otro tipo de construcción, siempre que se respeten las limitaciones de uso, ubicación, altura y demás establecidas en el Plan. En consecuencia, lo importante es que el Plan o las normas urbanísticas aplicables en su defecto, *permitan* la construcción. De no ser así, sencillamente, el particular no obtendrá licencia para llevarla a cabo.

2.3. *El derecho de superficie sobre edificaciones preexistentes*

1. La LS sólo contempla el derecho de superficie con derecho anejo de construir, criterio que ha sido mantenido en las sucesivas LS —art. 171 TRLS de 1976 y 287 TRLS de 1992—. De acuerdo con estos preceptos, los entes públicos y los particulares podrán constituir el derecho de superficie *con destino a la construcción de viviendas* u otros usos. La razón por la cual el legislador sólo se interesó por la llamada modalidad edificatoria del derecho de superficie, se justifica plenamente a la luz de los fines que se persiguen con el empleo de esta institución. Como sabemos, el derecho de superficie fue rescatado del olvido porque el legislador se percató de que esta institución, de rancio sabor feudal, y en claro desuso, podía servir para paliar los problemas acuciantes de la vivienda (76). En este contexto no debe extrañar que fuera la Ley del Suelo la que viniera a ocuparse de esta institución. En la medida que el RH desarrolla la regulación contenida en la LS de 1956, éste se ocupa exclusivamente de la llamada modalidad edificatoria del derecho de superficie (art. 16) (77).

2. Cuestión distinta es determinar si en nuestro Derecho cabe o no constituir un derecho de superficie sobre edificaciones ya realizadas y, en su caso, cuál sería la normativa aplicable. A este respecto, la doctrina se ha mostrado dividida:

(75) Aprobado por Orden de 17 de abril de 1997, BOCM de 19 de abril de 1997.

(76) En este sentido, C. MARTÍN RETORTILLO, *El derecho de superficie según la Ley del Suelo*, op. cit., pág. 755.

(77) Artículo 16.1 RH: «Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en el suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos...»

- a) Para ROCA SASTRE, esta posibilidad resulta inadmisibile en el Derecho español, en la medida en que éste «sólo ha pensado» en el derecho de superficie edificatorio (78). Este autor descarta, además, que fuera del soporte superficiario (o del sistema de propiedad por pisos o locales) pueda tener cabida en nuestro ordenamiento la propiedad separada, que surgiría cuando dos personas diferentes fuesen propietarias, respectivamente, de un edificio y del suelo sobre el que se asienta (79).
- b) En cambio, un amplio sector doctrinal se ha mostrado partidario de admitir la modalidad no edificatoria del derecho de superficie.

Desde la aprobación de la LS, MEZQUITA (80) aceptó la posibilidad de constituir un derecho de superficie sobre edificios ya construidos, recurriendo a la aplicación analógica de las normas establecidas en la LS para colmar la laguna legal que se producía al respecto.

Otros autores, en cambio, argumentaron que tal modalidad era posible, dada la remisión de la LS a las normas del Derecho privado (81). En esta línea, GUILARTE (82) ha admitido que el derecho de superficie puede constituirse sobre una edificación preexistente. En su opinión, para que aparezca el fenómeno superficiario basta con que el titular del suelo y el edificio enajene separadamente ambos elementos; lo que sucede —dice este autor— es que no se habrá constituido un derecho de superficie en la modalidad urbanística. A juicio de GUILARTE, este derecho de superficie sería una manifestación de la modalidad común y quedaría al amparo de las normas de Derecho común (Código Civil).

Por su parte, también los autores que mantienen una concepción unitaria del derecho de superficie han defendido la posibilidad de

(78) *Ensayo...*, op. cit., pág. 34. También DE LA RICA, al comentar el artículo 16 RH mantuvo que sólo puede constituirse el derecho de superficie con la finalidad de realizar construcciones —vid. *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario*, Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad, 1959, pág. 31—.

(79) La idea dominante en la doctrina es que las excepciones al principio *superficies solo cedit* que se contiene en el artículo 358 del Código Civil, tienen lugar por dos vías: o bien cuando cabe entender que se ha producido una accesión invertida, o bien mediante las instituciones o pactos que mantienen separadas la propiedad del suelo y del vuelo. Y, en nuestro Derecho, tal paralización se encauza a través de dos figuras reguladas por la Ley: la propiedad superficiaria y la propiedad horizontal —vid., entre otros, SOTO BISQUERT, «El derecho de vuelo», en *RCDI*, 1971, II, pág. 923 y sigs.; ALONSO PÉREZ, «Comentario al artículo 358 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones f. orales*, t. V, vol. 1, Edersa, 1990, pág. 336—.

(80) *El derecho real de superficie...*, op. cit., pág. 761.

(81) Cfr. LUCAS FERNÁNDEZ, *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, Murcia, 1963, pág. 67.

(82) *El derecho de superficie...*, op. cit., págs. 175 y sigs. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil III*, op. cit., pág. 219.

constituir un derecho de superficie sobre una edificación ya existente, interpretación que nosotros compartimos (83). Así, para DE LOS MOZOS (84), con base en el propio artículo 157 LS podrá constituirse no sólo un derecho de superficie para edificar, sino también para conferir al superficiario la propiedad de lo edificado, pues quien puede lo más, puede lo menos. Realizar una interpretación literal de la LS y del RH, concluye este autor, «sería realmente ridículo».

En esta línea, BENAVIDES ha entendido que el carácter imperativo de las normas contenidas en la LS y el RH permite que las partes puedan acordar un derecho de superficie no edificatorio (85). En su opinión, este supuesto es posible desde el punto de vista conceptual, y válido partiendo de una interpretación razonable de nuestro ordenamiento jurídico. A su juicio, la estructura interna del derecho de superficie legalmente configurado en aquellas normas, y el principio general de la libertad de pactos derivado del artículo 1.255, aplicable restringidamente en este caso, fundamentarían su admisión.

- c) Finalmente, y con una interpretación que no ha gozado de predicamento en la doctrina, GULLÓN (86) ha encontrado en el artículo 16.1.a) del RH el fundamento para admitir el derecho de superficie sobre una edificación existente. De acuerdo con este precepto, «lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, *salvo pacto en contrario*». Para GULLÓN, esta expresión admite, entre otros, el pacto de otorgar separadamente la titularidad del suelo y del edificio, extinguido ya el derecho de superficie. De ahí que, según este autor, nuestro Derecho admita la propiedad separada simple que no deriva de un derecho de superficie (87).

(83) A la Administración también puede resultarle útil conceder un derecho de superficie sobre una edificación —v.gr., cuando se trate de la prestación de un servicio público—. En este sentido, LASO MARTÍNEZ —vid. «El derecho de superficie en el ámbito urbanístico», en *Ponencias y Comunicaciones en el VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario...*, cit., pág. 534—.

(84) *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 244.

(85) Vid. «El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos», en *RCDI*, 1992, pág. 1250.

(86) «El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española», en *RJC*, 1960, pág. 230 y sigs.

(87) En cambio, DE LA RICA —vid. *Comentarios...*, op. cit., pág. 33— manifestaba que «el pacto en contrario» admitía un amplio abanico de posibilidades entre las que no reconocía el establecer una propiedad separada cualquier posibilidad que resultaría contraria a la Ley.

2.4. *El carácter de Derecho privado de la regulación del derecho de superficie en la legislación del suelo*

1. La referencia que las sucesivas Leyes del Suelo han venido haciendo al Derecho privado plantea dos problemas. El primero, conocer cuáles son esas normas de Derecho privado que resultan de aplicación supletoria a la regulación contenida en la LS (a). El segundo, dando un paso más, determinar si la propia normativa destinada a regular el derecho de superficie en la legislación del suelo es o no Derecho privado (b).

a) 1. Desde la Ley del Suelo de 1956 se ha venido estableciendo que el derecho de superficie debía regirse por las disposiciones contenidas en la legislación del suelo, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado —arts. 157.3 LS 1956, 171.2 TRLS de 1976, y 287.3 TRLS de 1992— (88).

En la doctrina inmediatamente posterior a la aprobación de la Ley, MEZQUITA DEL CACHO puso de manifiesto que tal régimen no existía, debiéndose acudir por procedimiento analógico a otras figuras como los censos, «siempre que aparezca clara una verdadera identidad de razón normativa» (89). Incluso, este autor propuso aplicar supletoriamente la regulación contenida en la LS en los casos de superficie común; esto es, a la superficie rústica, a la superficie urbana respecto de edificios ya existentes y ajustados a la ordenación urbanística, y al que se constituyese, con finalidad edificatoria, en localidades sin Plan.

Por su parte, un sector de la doctrina entendió que la referencia al Derecho privado en la LS era la constatación de la existencia de un régimen al

(88) Partiendo de una dualidad de regímenes en el derecho de superficie, la Sala 3.^a del TS, en Sentencia de 14-5-1987 (R.A. 3603), ha declarado lo siguiente en relación con el sistema de fuentes al que queda sometido este derecho: «El contenido queda al ámbito de la autonomía de la voluntad, por tratarse de un negocio jurídico entre particulares, cuyo carácter civil es indiscutible y tan sólo en cuanto las cláusulas contractuales resulten insuficientes, habrá de acudirse a la mencionada Ley del Suelo, único texto donde este derecho real aparece regulado, así como al Código Civil y el resto del ordenamiento jurídico. A este esquema ha de reconducirse la enumeración de fuentes contenida en el segundo párrafo en el artículo 171, en función de la naturaleza de cada institución y dentro del contexto general en el cual debe ser situada cada una».

(89) *El derecho real de superficie...*, op. cit., pág. 761. Para MARTÍN BLANCO —vid. «Legislación urbanística y Derecho privado», en *RDP*, 1962, pág. 32—, la remisión de la LS al Derecho privado era de escasa utilidad práctica, habida cuenta de la deficiente regulación con la que contaba esta figura en el Código Civil. En la misma línea, CAMPOS PORRATA, vid. «El renacido derecho de superficie», op. cit., pág. 240, agradece que la LS no hiciera mención expresa al Código Civil, donde sólo hubiera encontrado, parafraseando a Jerónimo González, «el epitafio» de ese derecho.

margen del establecido en ella, que resultaría aplicable a los derechos de superficie que quedasen fuera de su ámbito de aplicación (90).

2. En primer lugar, queda fuera de duda que la expresión Derecho privado habrá que entenderla en todo caso referida al artículo 107 de la LH, a las normas relativas a la accesión, así como a los principios civiles en materia de derechos reales (91). Tras la aprobación de la reforma del RH de 1959, es indudable que el Derecho privado al que se refiere la LS debe entenderse completado por el artículo 16 de la citada norma.

Más problemas plantea determinar si la alusión al Derecho privado hay que entenderla también referida a los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil. Tampoco en este punto la solución ha sido pacífica. Mientras algunas decisiones jurisprudenciales (92) se han mostrado partidarias de su aplicación, autores como GUILARTE (93) han entendido que las soluciones que dan estos preceptos no pueden servir ni siquiera para su aplicación subsidiaria.

b) 1. Por otro lado, como avanzábamos al comienzo de este epígrafe, debemos determinar si, en última instancia, las normas contenidas en los artículos 287 y siguientes del TRLS de 1992 son normas civiles. En relación con esta cuestión, el TC ha tenido ocasión de pronunciarse con motivo de la Sentencia de 20-3-1997.

La Generalitat de Cataluña impugnó, entre otros, los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 del TRLS, al entender que el derecho de superficie siempre se ha configurado desde la normativa urbanística. En el Fundamento de Derecho trigesimoctavo, el TC mantiene la constitucionalidad de tales preceptos, empleando la siguiente argumentación:

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

(90) Vid., a este respecto, GULLÓN BALLESTEROS, *El contenido de la relación jurídica superficiaria*, op. cit., págs. 218-219; PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. III, Bosch, 1979, pág. 151.

(91) Cfr. AMENGUAL PONS, «El derecho de superficie en la legislación del suelo y en la legislación urbanística», en *RCDI*, 1979, pág. 637.

(92) Tal es el caso de la famosa STS de 3-7-1941, de la que ya hemos dado cuenta. En la doctrina, PRATS ALBENTOSA considera que, además de otros preceptos, hay que entender hecha la referencia al artículo 1.655 del Código Civil, «a fin de no reprochar al legislador frivolidad alguna» —vid. *Derechos reales...*, op. cit., pág. 596—.

(93) *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 194.

Como señala MENÉNDEZ REXACH (94), el TC viene a reconocer que la dimensión jurídico-privada del dominio entra dentro de la competencia estatal fijada en el artículo 149.1.8.º CE, sin que el dato de que la materia en cuestión se encuentre regulada en el Código Civil o en una ley administrativa sea decisivo para determinar cuándo nos encontramos con la dimensión jurídico-pública o jurídico-privada del derecho de propiedad (95).

2. Por consiguiente, queda fuera de duda que la regulación prevista en el TRLS de 1992, en relación con el derecho de superficie es legislación civil, es Derecho privado (96). De ahí que debamos mantener que el derecho de superficie, como institución de Derecho privado, se regula en una norma estatal, el TRLS de 1992, con base en la competencia exclusiva del Estado en materia de legislación civil (el mentado art. 149.1.8 CE), lo que no obsta, como establece este mismo precepto, «la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan» (97). En la actualidad, el único Derecho especial que contempla esta figura es el Fuero Nuevo de Navarra de 1972 (Título V, en particular Leyes 427 a 434) (98). La configuración del derecho de superficie en estas normas difiere en gran medida de la prevista en la legislación del suelo: el derecho de superficie puede establecerse por tiempo

(94) «Las competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas sobre régimen del suelo. Comentario crítico de la STC de 20 de marzo de 1997», en *RDU*, abril-mayo de 1997, pág. 54.

(95) El TS (Sala 3.ª), en Sentencia de 4-2-1993 (R.A. 782) conoce de la extinción de un derecho de superficie constituido por un ayuntamiento sobre una parcela de terreno desafectada al uso público para la construcción de un quiosco. El TS señala lo siguiente en el Fundamento de Derecho sexto: «Que, en consecuencia, y dado que lo transmitido al causante del actor fue un derecho de superficie sobre bienes propios desafectados al uso público por el Ayuntamiento demandado, de acuerdo con la Ley del Suelo de 1956, tal derecho de superficie como institución de Derecho privado sólo puede extinguirse con arreglo a las normas del Derecho privado, es decir, ante la jurisdicción civil que es la única competente».

Del mismo modo, la Sala 3.ª del TS, en Sentencia de 28-4-1992 (R.A. 4114), viene a señalar en el segundo Fundamento de Derecho que, «...es necesario distinguir entre los derechos reales de carácter administrativo que siempre que recaigan sobre bienes propios, éstos deben ser bienes de dominio público, y los derechos reales de carácter civil que siempre que recaigan sobre bienes propios, éstos han de ser bienes patrimoniales de la Administración. Tal distinción es esencial, desde el punto de vista del Derecho administrativo, ya que, como regla general, el régimen jurídico de los bienes patrimoniales de la Administración es el mismo que el Derecho civil establece para la propiedad privada».

(96) A este respecto, MARTÍN BLANCO —vid. *Legislación urbanística...*, op. cit., pág. 34— rechaza la postura de quienes mantienen que el derecho de superficie contemplado en la Ley del Suelo es distinto al del Derecho común.

(97) En este sentido, PRATS ALBENTOSA, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 605.

(98) Por eso, la Ley navarra de ordenación del territorio y urbanismo de 4-7-1994, sólo se ocupa del derecho de superficie constituido por personas públicas con la finalidad de construir viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social (art. 275).

determinado o a perpetuidad, es *inscribible* en el Registro de la Propiedad (aunque no se determinen los elementos accidentales como plazo de iniciación, terminación, etc.) y cuando la superficie se establezca por tiempo determinado o bajo condición resolutoria, a su vencimiento, lo edificado revertirá a la propiedad, sin compensación o con ella, según se haya pactado (99). De este modo, en Navarra, sólo se aplicarán las normas del TRLS de 1992, vigentes en la actualidad en materia de derecho de superficie con carácter supletorio.

2.5. *El juego del principio de «numerus apertus» de derechos reales en la configuración de una modalidad urbana común del derecho de superficie*

1. Un sector de la doctrina ha admitido que las normas contenidas en la LS —TRLs de 1992— no son de imperativa aplicación a los particulares (100), apoyando su interpretación en el artículo 1.255 del Código Civil y en el sistema de *numerus apertus* de derechos reales, mayoritariamente defendido por la doctrina y la jurisprudencia registral. Esta tesis permite que los particulares puedan constituir una modalidad de derecho de superficie diferente a la prevista en la legislación urbanística, pero también al margen de los artículos 1.611 y 1.655 del Código Civil.

Ahora bien, el recurso al *numerus apertus* de derechos reales y a la libertad de pactos no debe estar exento de limitaciones. A este respecto, la mejor doctrina mantiene que la libertad para establecer derechos reales atípicos o para modificar los típicos, no puede ser ilimitada (101). Como ha señalado SANTOS BRIZ (102), la aplicación del artículo 1.255 del Código Civil impone que el derecho real que se pretende crear no sea fruto del mero capricho o de una construcción artificiosa, sino que debe servir para satisfacer evidentes necesidades jurídicas, económicas o sociales. En la misma línea, CAMY ha

(99) SALINAS QUIJADA —vid. *Derecho civil de Navarra*, III, vol. 2, ed. Gómez, 1974, pág. 11 y sigs.— ha puesto de manifiesto que la normativa contenida en la legislación especial en relación con el derecho de superficie se encuentra inspirada en el Derecho romano. Para este autor, ello explica que se mantenga el carácter perpetuo de este derecho, que ya se establecía en el Digesto al contemplar el derecho de superficie a largo tiempo (D. prfo. 3.º, Ley I, tít. XVIII, l. XLIII).

(100) En este sentido, ESPÍN, *Manual de Derecho civil...*, op. cit., págs. 386 y 387; FONT BORX, «El derecho de vuelo y el de superficie», op. cit., pág. 28 y, recientemente, DE LA IGLESIA MONJE, *El derecho de superficie...*, op. cit., págs. 118 y 119. A juicio de esta última, los particulares pueden constituir un derecho de superficie al amparo de la libertad civil establecida en el artículo 1.255, aun cuando la construcción se realice en suelo urbano sometido a planeamiento.

(101) En este sentido, Díez-PICAZO, *Autonomía privada...*, op. cit., pág. 293.

(102) *Derecho civil, Teoría y práctica*, t. II, Edersa, 1973, pág. 22.

señalado que la libertad para crear nuevos derechos reales «tiene su límite en el respeto obligado a las prohibiciones establecidas por las leyes, el cual no puede ser burlado mediante el expediente de configurar un nuevo derecho real, consistente sólo en eximirlo de una prohibición establecida por la legislación al regular algún otro» (103). A estos límites se añade este autor otro de esencial importancia: el nuevo derecho real que se quiera configurar debe recaer en cosa ajena, sin que pueda agotar, de manera indefinida, todas las utilidades del dominio, dejando vacío de contenido el derecho de propiedad.

2. Partiendo de estas consideraciones, ¿qué utilidad tendría mantener la existencia de un derecho de superficie distinto del regulado en la LS y en el RH? ¿Cuál podría ser, en su caso, su configuración?

a) Desde luego, creemos descartable que se pueda mantener un derecho de superficie perpetuo (104). En primer lugar, la utilidad misma de esta figura radica en su carácter temporal. Si algo anima al propietario de un terreno a constituir un derecho de superficie es la previsión de que, transcurrido un determinado período de tiempo, lo edificado será de su propiedad. Y, viceversa, si alguien considera atractivo constituir un derecho de superficie es porque, sin tener que afrontar el pago del terreno, podrá disfrutar de una edificación durante un plazo de tiempo suficientemente amplio como para cubrir las necesidades que le llevan a realizarla.

En segundo lugar, un derecho de superficie perpetuo vaciaría de contenido el derecho de propiedad del dueño del suelo (105). Si el derecho de superficie se constituye para que el superficiario construya sobre el suelo, al propietario del terreno sólo le quedará efectuar edificaciones subterráneas. Tradicionalmente, las edificaciones en el subsuelo han sido destinadas a albergar depósitos, almacenes y, en general, cualquier tipo de construcción accesoria a la edificación levantada sobre el suelo. No obstante, como señala LÓPEZ FERNÁNDEZ (106), la utilización del subsuelo ha sufrido una evolución en los últimos tiempos —vgr., la importancia de los garajes en suelo urbano, o incluso de la construcción de centros comerciales, usos derivados de la

(103) *Comentarios a la legislación hipotecaria*, vol. 1, 3.^a ed., Aranzadi, 1982, pág. 173.

(104) En contra, GUILARTE —vid., *op. cit.*, pág. 198— ha entendido que, por incómoda que resulte la situación que origina un derecho de superficie perpetuo, la nota de perpetuidad resulta admitida en los artículos 1.611 y 155 del Código Civil, y se ha mantenido en la evolución histórica de esta figura así como en el Derecho comparado.

(105) Para DE LOS MOZOS —vid. *El derecho de superficie...*, *op. cit.*, pág. 203—, «el derecho de superficie, modernamente, al ser configurado como un derecho real limitativo del dominio que prácticamente agota el frui del solar sobre el que recae, aparece limitado en el tiempo, aunque sea de larga duración».

(106) Vid. «El subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil», en *ADC*, octubre-diciembre de 1991, pág. 1633 y sigs.

escasez de espacio en las ciudades—. Con todo, como prosigue este autor, no cabe mantener en nuestro Derecho que el propietario tiene total libertad para realizar bajo el suelo cualquier tipo de construcción subterránea, encontrando su principal limitación en las normas urbanísticas.

Además, como señalaba DE LA RICA, concebir el derecho de superficie como un derecho real en cosa ajena perpetuo implica admitir un desmembramiento de la propiedad, al establecer indefinidamente un dominio del suelo y otro del vuelo o del subsuelo (107). En consecuencia, no cabe entender que existe una división horizontal del dominio, de modo que el suelo, subsuelo y vuelo puedan pertenecer en propiedad a personas diferentes (108). Defender que el *dominus soli* debe conformarse con la propiedad del subsuelo, mientras el superficiario preserva un derecho real perpetuo a tener y mantener una edificación encima del suelo, conlleva a una ruptura del objeto del derecho de propiedad sobre inmuebles. De acuerdo con el artículo 350 del Código Civil, en virtud del cual «El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella», la doctrina mayoritaria ha considerado que el subsuelo forma parte de la finca bajo cuyo suelo se encuentra, es objeto del derecho de propiedad que recae sobre la finca. De otro modo, el espacio aéreo no forma parte de ese derecho de propiedad, lo que no impide entender que el dueño del suelo pueda utilizarlo con las limitaciones establecidas en las leyes (109).

b) ¿*Quid* de un posible derecho de superficie sometido a un plazo *a priori* indeterminado, pero determinable? A diferencia del derecho de superficie a perpetuidad, un derecho de superficie sometido a un plazo indeterminado aseguraría una amplia duración del derecho, sin implicar, en cambio,

(107) *Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario...*, op. cit., págs. 29 y 30.

(108) A salvo, que la legislación imponga otra cosa, como sucede en los casos en que se plantea la propiedad de las aguas y de las minas. En contra, GUIMERA PEDRAZA, «El derecho de subsuelo», en *ADC*, 1961, I, pág. 134, entiende que «no hay obstáculo institucional alguno a que el derecho de subsuelo se configure como una desmembración del dominio de una finca entre suelo y subsuelo, atribuyendo la propiedad de uno a distinta persona del derecho del otro». En esta línea, PÉREZ CÁNOVAS, —«Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza», en *RCDI*, 1988, pág. 759— considera que el artículo 350 sólo establece una presunción *iuris tantum* en favor del propietario del suelo en relación con el subsuelo, apoyando su argumento en la STS de 25-2-1986.

(109) Con carácter particular, vid., por todos, GONZÁLEZ MARTÍNEZ, «Extensión del derecho de propiedad en sentido vertical», cit., pág. 11 y sigs., y VILLACAÑAS GONZÁLEZ, «La propiedad en sentido vertical», en *RCDI*, 1953, pág. 483 y sigs. Con carácter general, vid., entre otros, ESPÍN CÁNOVAS, *Manual...*, op. cit., págs. 80 y sigs.; ALBALADEJO, *Derecho civil III...*, op. cit., pág. 255 y sigs.; CASTÁN, *Derecho civil español común y foral, Derecho de cosas*, vol. 1, Reus, 1984, págs. 160 y 161; MONTES PENADES, «Comentario al artículo 350 del Código Civil», en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones f. orales*, t. V, vol. 1.º, 2.ª ed., Edersa, 1990, pág. 261.

una desmembración del dominio. Tal sería el caso en que las partes pretendieran establecer un derecho de superficie hasta la declaración en ruina del inmueble construido, o hasta la extinción de la persona jurídica en cuyo favor se hubiese concedido (110). Esto nos lleva a plazos previsiblemente superiores a los noventa y nueve años fijados como límite máximo de duración en el artículo 289.2 TRLS de 1992. En nuestra opinión, una duración excesivamente amplia del derecho de superficie resulta indeseable, y pone en juego la temporalidad sustancial de este derecho. Antes del TRLS de 1976, un plazo de estas características podía resultar amparable, habida cuenta que el plazo legalmente establecido resultaba insuficiente (cincuenta años). En cambio, en la actualidad, no creemos amparable una desorbitada duración del derecho de superficie. La seguridad del tráfico impone, además, que exista certeza en cuanto al momento en que, en todo caso, el derecho de superficie debe extinguirse.

c) Por último, en relación con el resto de elementos que configuran legalmente el derecho de superficie (principalmente el deber de construir en un plazo de tiempo determinado, la reversión de lo construido en favor del *dominus solí*, y el carácter constitutivo de la inscripción registral), veremos seguidamente que tampoco existe un interés jurídico, social o económico en que sean eliminados por un pacto *inter partes* (111).

IV. LA RELACION ENTRE EL REGLAMENTO HIPOTECARIO Y LAS SUCESIVAS LEYES DEL SUELO

1. INTRODUCCIÓN

1. Con base en los artículos 157 y siguientes de la LS de 1956, el artículo 16 RH viene a regular, con un alcance general, el derecho de superficie urbano. En este sentido se expresa la Exposición de Motivos de la reforma del Reglamento Hipotecario de 1959: «La superficie, aparte una ligera referencia del Código Civil, había sido objeto de ciertos artículos de la

(110) Recordemos que el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona, relativo al caso Puigvert, admite la constitución del derecho de superficie por tiempo indefinido. Esta solución fue bien acogida por un sector de la doctrina, al resultar una solución intermedia entre la perpetuidad y la rigurosa limitación temporal a cincuenta años, que hacía inútil el derecho de superficie —vid., en este sentido, GARRIDO PALMA, *¿Superficie solo cedit?...*, op. cit., págs. 138 y 139.

(111) A juicio de PRATS ALBENTOSA —vid. *Derechos reales...*, op. cit., pág. 593—, «...los particulares, en uso de su autonomía, podrán crear el derecho real de superficie respecto de edificaciones o subedificaciones, con sumisión a las normas previstas en la Ley del Suelo y demás normas urbanísticas, y a las normas limitativas de la autonomía de la voluntad en la creación de derechos reales».

Ley del Suelo; pero era necesario el desenvolvimiento reglamentario de aquellos precedentes sustantivos que aliviara la orfandad de una regulación precisa y permitiera reducir a la realidad figura jurídica tan sugestiva».

2. Como sabemos, a la hora de regular el derecho de superficie, la LS de 1956 basó sus principales esfuerzos en configurar el que podían constituir los organismos públicos. Así, el artículo 159.1 se limitaba a establecer que el superficiario debía construir en un plazo que no podía exceder de cinco años cuando el derecho de superficie hubiera sido otorgado por los organismos públicos. De igual modo, y de acuerdo con el artículo 161.1, el plazo de duración del derecho de superficie no podía ser superior a cincuenta años, si hubiera sido el Estado y demás personas públicas quienes lo hubiesen concedido (112).

Ciertamente, la timidez con la que abordaba la LS de 1956 la regulación del derecho de superficie exigía de una norma de complemento y desarrollo (113). Esta se encuentra en el RH, que se reformó, entre otras razones, como consecuencia de la aprobación de la Ley del Suelo (114). De ahí que el artículo 16.1 del RH generalizase los presupuestos principales en los que se basaba la regulación de la LS: en términos generales, la limitación temporal imperativa del derecho de superficie, la inscripción registral para su válida constitución, la reversión de lo construido en favor del propietario del suelo a la extinción del derecho de superficie y, finalmente, la imposición al superficiario del deber de construir en un plazo determinado.

4. Desde la tesis dualista (modalidad urbanística *versus* modalidad urbana común) se han mantenido diversas interpretaciones en torno a la aplicación del RH. Para un sector de la doctrina, el artículo 16 se aplica únicamente a la modalidad urbanística del derecho de superficie (115). Por su parte, otros

(112) Para DE LA RICA —vid. *Comentarios a la reforma...*, op. cit., pág. 26—, «la legislación hipotecaria no podía estar ausente de la regulación de un derecho típicamente real, en el que la inscripción en el Registro, como sucede en la hipoteca, se considera constitutiva...».

(113) A este respecto, DE LOS MOZOS señala que no se puede culpar al RH de no haber sabido sacar partido de las posibilidades de desarrollo hipotecario de la institución, pues la propia Ley del Suelo inicia un planteamiento que después ella misma no desarrolla —vid. *La tecnificación del derecho de superficie...*, op. cit., págs. 22 y 23—.

(114) ROCA SASTRE ha puesto de manifiesto cómo en nuestro Derecho no se discrimina técnicamente acerca de cuándo un precepto tiene rango legislativo o reglamentario, siendo en materia hipotecaria donde se produce mayor confusión. A este respecto, señala lo siguiente: «A buen seguro que si, como debiera ser, figurara en el Código Civil la parte sustantiva o material de nuestra regulación inmobiliaria o hipotecaria, deberían formar parte del Reglamento Hipotecario muchos preceptos que actualmente figuran en la Ley y por el contrario figurarían en el Código Civil todos los preceptos relativos al derecho real de hipoteca» —vid. *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 124, nota núm. 6—.

(115) Vid. *Duración del derecho de superficie...*, op. cit., págs. 590 y 591. Recordemos que el Auto de la Audiencia de Barcelona, que este autor comenta, llega a la misma conclusión.

autores admiten que el artículo 16 RH resulta aplicable a la modalidad civil del derecho de superficie (116).

En cambio, desde una tesis unitaria (117), como la que nosotros defendemos, que mantiene la aplicación en todo caso de las normas contenidas en la legislación del suelo y del artículo 16, se generan diversos problemas que nos llevan a plantear en qué medida éste se ha visto modificado por la nueva regulación introducida por los TRLS de 1976 y de 1992.

2. LA DURACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. El artículo 16.1.a) del RH establece para el derecho de superficie un plazo máximo de duración de cincuenta años, tal y como preveía la LS de 1956 (art. 161.1). Esta generalización del plazo de duración previsto en la LS fue objeto de crítica por parte de la doctrina. A este respecto, FUENTES LOJO entendió que el RH se extralimitaba (118). El argumento empleado por este autor encontraba su fundamento en el hecho de que la LS no limitaba temporalmente el derecho de superficie conferido entre particulares. El RH vendría a establecer una limitación temporal que la LS no contemplaba.

Con todo, las sucesivas Leyes del Suelo han limitado a noventa y nueve años el plazo de duración del derecho de superficie constituido entre particulares, elevando a su vez a setenta y cinco años el plazo previsto para el conferido por las entidades públicas (art. 173.1 TRLS de 1976 y 289.2 TRLS de 1992).

(116) A este respecto, FONT BOIX —vid. *El derecho de vuelo...*, op. cit., pág. 30— admite la aplicación del artículo 16 RH a la modalidad superficiaria civil, constituida al amparo del principio de autonomía de la libertad, *numerus apertus* de derechos reales y carácter dispositivo de las normas de accesión, «incluso las posibles limitaciones que dicho precepto establezca pueden aceptarse basándose en la función que los principios generales del Derecho tienen en nuestro ordenamiento, y que son fuente jurídica, sin necesidad de una expresa consagración legislativa expresa».

(117) Entre otros, aunque con algunas variaciones en su interpretación, se han mostrado partidarios de una tesis unitaria, MARTÍN BLANCO, *Legislación urbanística y Derecho privado*, op. cit., págs. 32 a 35; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 191; AMENGUAL PONS, *El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria*, op. cit., pág. 635; LASO MARTÍNEZ, *El derecho de superficie en el ámbito urbanístico*, op. cit., pág. 523; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 479.

(118) *Duración del derecho de superficie*, op. cit., pág. 591. En el mismo sentido, ALBALADEJO, *Derecho civil III*, cit., pág. 225. De otro modo, DE LOS MOZOS —vid. *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 203— denunció que uno de los fallos de la LS y del RH fue establecer un plazo tan corto como el de cincuenta años. Asimismo, se ha criticado que el RH viniera a acoger el criterio limitativo de los cincuenta años impuesto en la LS —vid., entre otros, MARTÍN DÍEZ-QUIJADA, *La cesión de solares...*, op. cit., pág. 59— en cuya opinión, el RH ha procedido *ultra vires*, beneficiando con esta medida a los concedentes.

La aplicación del principio *lex posterior derogat lex anterior*, y el respeto al rango jerárquico de las normas (la Ley deroga al reglamento) llevan a mantener que el artículo 16 ha de entenderse derogado a este respecto por el TRLS de 1976 y 1992. De este modo creemos que, en la actualidad, el derecho de superficie urbano, constituido entre particulares, tiene una limitación temporal de noventa y nueve años (119).

2. Por último, en relación con el plazo de duración también se ha discutido acerca de su posible prórroga. En nuestra opinión, siguiendo a un importante sector de la doctrina, ni la legislación del suelo ni el RH admiten tal posibilidad, en la medida en que con ella se supere el límite temporal máximo de duración del derecho de superficie (120). En cambio, nada obsta que el plazo se prorrogue cuando aún no se han superado los noventa y nueve años establecidos en la Ley (121). Otra cosa será que el *dominus soli* se comprometa con el superficiario a conferirle de nuevo un derecho de superficie sobre la edificación —si aún existe—, o sobre el suelo, cuando ese plazo se agote.

3. LA REVERSIÓN DE LO EDIFICADO AL DUEÑO DEL SUELO

1. Desde la LS de 1956 (art. 161) (122) se vino a establecer que a la extinción del derecho de superficie, el *dominus soli* haría suya la propiedad de lo edificado, debiendo satisfacer al superficiario una indemnización en defecto de pacto. La doctrina consideró que la llamada reversión era un efecto natural de la extinción del derecho de superficie, pues a partir de ese momento recobraba carta de naturaleza el principio de accesión que hasta entonces

(119) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 488; PRATS ALBENTOSA, *Derechos reales...*, op. cit., pág. 592.

(120) Vid., en este sentido, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 573; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 337. En cambio, DE LA IGLESIA MONJE se muestra partidaria de la prórroga del derecho de superficie en la llamada modalidad urbanística, al entender que «no atenta a la naturaleza jurídica de la figura, no repugna a la institución, la Ley del Suelo no se opone a la voluntad negocial de las partes, no va en contra de los intereses públicos, y no afecta a los terceros».

(121) Del mismo modo, las partes pueden establecer un plazo de duración *a priori* indeterminado, siempre y cuando se respete el límite temporal de los noventa y nueve años. Un ejemplo lo encontramos en la RDGRN de 25-6-1993 (R.A. 5324). En el supuesto que entra a conocer esta Resolución, las partes convienen que el derecho de superficie se extinguirá a los cincuenta años, o en el momento de defunción del concedente, si ésta tuviera lugar antes del transcurso de los cincuenta años (en el momento de constitución del derecho de superficie ese era el límite legal establecido).

(122) Según el artículo 161.2 de la LS, «cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción, según el estado de la misma en el momento de la transmisión».

se encontraba derogado por su constitución (123). Además, el texto del referido artículo 161 daba lugar a admitir el pacto por el cual el superficiario podría quedarse en propiedad lo edificado en concepto de indemnización, no operando entonces la reversión en favor del *dominus soli* (124).

Del mismo modo, el artículo 16.1.a) del RH establece que, pasado el plazo «lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, *salvo pacto en contrario*». Para ROCA SASTRE (125), a lo que viene a referirse el artículo 16 RH con la expresión «salvo pacto en contrario» es a la diversidad de destino que cabe conferir a lo construido, siempre que suponga una consolidación del dominio. De ahí que, en su opinión, quepa pactar que a la extinción del derecho de superficie, la propiedad del suelo vaya a parar al superficiario. Igualmente, el apartado b) de dicho precepto admite la posibilidad de «estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido».

En cambio, el TRLS de 1976 y el de 1992 (arts. 173.2 y art. 289.3, respectivamente) imponen que «cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho». De estos preceptos se desprende que, al término del plazo, la edificación revierte en el propietario del suelo de modo automático, como consecuencia directa del carácter temporal del derecho de superficie y, como hemos señalado, de la actuación *ipso iure* del principio de accesión que hasta ese momento se encontraba derogado (126).

En nuestra opinión, la regulación contenida en el TRLS de 1992 no admite el pacto por el cual el superficiario adquiera de modo automático la propiedad de lo edificado, una vez se extinga su derecho. En la medida en que nosotros venimos defendiendo una interpretación unívoca de la legislación del suelo y el RH, creemos que tanto el TRLS de 1976 como el actual de 1992 han modificado a este respecto lo prevenido en el artículo 16 del RH (127).

(123) Vid., entre otros, ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, op. cit., pág. 58; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie*, op. cit., pág. 339.

(124) Cfr. ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario* III, Bosch, 1979, págs. 625 y 626.

(125) *Derecho hipotecario*, t. III, Bosch, 1968, pág. 573. Por su parte, DE LA RICA —vid. *Comentarios a la reforma*, op. cit., pág. 33— entendía que ese «pacto en contrario» dejaba a los contratantes la más amplia libertad de pactos y, así, podían establecer que el edificio pasaría a la pertenencia del dueño del suelo, con indemnización o sin ella, e incluso que lo edificado quedase de la propiedad del superficiario.

(126) En este sentido, vid. DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 339.

(127) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, op. cit., págs. 488 y 489. Para DE LA IGLESIA MONJE, la reversión de la propiedad *superficial* es un elemento

Dicho lo anterior, nada obsta que el *dominus soli* pueda acordar con el superficiario que le venderá el suelo y la edificación realizada sobre él, una vez consolidado el dominio en su favor. Este precontrato conferirá a ambas partes, o a una de ellas, la facultad de exigir la puesta en vigor del contrato proyectado. Tal acuerdo no contraviene los postulados del TRLS: el dueño del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, pero se compromete a enajenar el todo cuando el derecho de superficie se extinga (128).

2. En cuanto a la posible indemnización en favor del superficiario en el momento de operar la reversión, debemos hacer algunas aclaraciones. Como hemos señalado, a partir del TRLS de 1976 se ha venido a establecer que el dueño del suelo no debe satisfacer indemnización alguna al superficiario. Tanto la redacción del artículo 173.2 del TRLS de 1976, como del actual artículo 289.3 TRLS de 1992, inducen a entender que, en ningún caso, tal indemnización resulta proedente. Ahora bien, en nuestra opinión, esta interpretación debe ser descartada. Lo que previene el citado artículo 289.3 TRLS de 1992 es que el derecho de reversión en favor del dueño del suelo no se hace depender del pago de la indemnización (129). Por el hecho de la reversión no nace en favor del superficiario un derecho a que se le indemnice el valor de la construcción. Pero nada obsta que las partes establezcan tal indemnización. De este modo, a diferencia de lo previsto en la LS de 1959, el artículo 289.3 TRLS de 1992, debe interpretarse como sigue: a la extinción del derecho de superficie el dueño del suelo hace suya la edificación y, salvo pacto en contrario, no debe indemnizar al superficiario.

consustancial que no puede ser derogado por pacto entre las partes, si bien esta autora limita tal consecuencia a la que denomina modalidad urbanística del derecho de superficie —vid. *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 353—.

(128) A este respecto, resulta de interés traer aquí la RDGRN de 25-6-1993 (R.A. 5324). En ella se da cuenta de la inscripción registral de una escritura de constitución de un derecho real de superficie en los términos siguientes: se conviene que tras cincuenta años o en caso de defunción del concedente, el superficiario podrá adquirir la propiedad plena mediante el pago del valor de la finca. El objeto del litigio era la escritura de declaración de obra nueva, de modo que sobre el pacto señalado nada se menciona salvo su existencia. Ahora bien, si la escritura de constitución del derecho de superficie no planteó problemas al Registrador, nosotros creemos cuanto menos cuestionable su validez. ¿En qué medida un pacto de estas características puede vulnerar lo dispuesto en el TRLS? Sin duda, si con él se quiere significar que, al término del derecho de superficie, el superficiario hará suya la propiedad del todo, dicho acuerdo carecerá de validez. Hubiera sido interesante que el Registrador se hubiese pronunciado al respecto.

(129) En el mismo sentido, vid. DE LOS MÓZOS, *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 341, en relación con el artículo 159.2 del Proyecto de reforma de la Ley del Suelo, que luego se convirtió en el artículo 173.2 TRLS de 1976.

4. EL PLAZO PARA REALIZAR LA EDIFICACIÓN

1. La LS de 1956 establecía un plazo máximo para efectuar la construcción o edificación cuando eran las entidades públicas quienes concedían el derecho de superficie (art. 159, «el superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas»), imponiendo seguidamente que la infracción de ese deber provocaría la extinción del derecho de superficie. De este modo la LS configuraba un deber fundamental del superficiario: el de realizar la edificación en un plazo determinado. Con base en este precepto, el artículo 16.1.c) del RH previene que en el título público en el que se establezca el derecho de superficie ha de señalarse un plazo para realizar la edificación, sin que éste pueda exceder de cinco años (130). De acuerdo con este precepto, cabe entender que la falta de indicación de este plazo conlleva la no inscripción registral del título correspondiente (131).

Posteriormente, las sucesivas Leyes del Suelo han variado el criterio establecido en la LS de 1956. De acuerdo con el artículo 173.1 del TRLS de 1976, el derecho de superficie se extinguía si no se edificaba en el plazo previsto en el Plan, o en el convenido si éste fuera menor. Por su parte, el

(130) Para DE LA IGLESIA MONJE, como el Reglamento se ocupa de la inscripción registral del título constitutivo del derecho, y la Ley urbanística quiere que en dicho título se haga constar esa obligación para el superficiario, es consecuente que aquél lo incluya en el artículo 16 —vid., *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 224, nota núm. 158—. En relación con la extinción del derecho de superficie por causa del incumplimiento del deber de construir, encontramos un ejemplo relativamente reciente en la jurisprudencia registral. La RDGRN de 23-7-1996 (R.A. 5618) conoce del siguiente caso: El 18-4-1989 se constituye en escritura pública un derecho real de superficie por el cual el propietario del terreno cede el suelo a un constructor para que se proceda, en el plazo de dos años, a construir dos bloques de viviendas. En contraprestación a la cesión de este derecho, la constructora revertirá un 25 por 100 de lo construido a los cedentes, reservándose el 75 por 100 restante. Se estipula, además, que de no realizar la construcción en ese plazo de dos años, los cedentes consolidarán el pleno dominio, sin tener que abonar indemnización alguna al propietario. Como quiera que la edificación no se termina de realizar en el plazo indicado, cedente y superficiario otorgan nueva escritura pública por la que aceptan la extinción del derecho de superficie, solicitando el cedente la inscripción de la reversión total de los pisos que ya habían sido inscritos a favor del superficiario, así como la cancelación de los derechos reales o personales que traigan causa del superficiario. En este caso, el empleo del derecho de superficie tiene un carácter meramente medial. Las partes quieren una permuta de solar por pisos y, hasta que se efectúa la construcción, emplean la figura superficiaria. De este modo, de haber construido en plazo el superficiario, el derecho de superficie se habría extinguido también en el momento de finalizar la construcción. Así se entiende que el superficiario devenga a la terminación de las obras propietario pleno y definitivo de determinados pisos o locales integrantes del edificio construido, correspondiendo el resto al dueño del terreno (FD 3.º).

(131) Cfr. ROCA SASTRE, *Derecho hipotecario*, cit., pág. 581.

TRLs de 1992 previene en su artículo 289.1 que «el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley», precepto este último que, a la postre, ha sido declarado inconstitucional por la STC de 20-3-1997 (132). Como podemos observar, ambas normas prevén la extinción del derecho de superficie como sanción al incumplimiento del deber de edificar del superficiario, ya se constituya aquel derecho por entidades públicas o por particulares. Además, se abandona el plazo máximo de cinco años estatuido en la LS de 1956 y en el artículo 16 del RH.

Siguiendo a PRATS ALBENTOSA (133), el cambio de criterio del legislador de 1992 a este respecto encuentra su justificación en la Ley del Suelo y valoraciones urbanísticas de 1990, incorporada al TRLS de 1992. De acuerdo con esta normativa, el derecho a la edificación surge de un modo escalonado, después de haberse observado diversos deberes urbanísticos. Así, como señala este autor, de acuerdo con el TRLS de 1992, la facultad edificatoria se adquiere una vez que se ha adquirido el derecho a urbanizar y al aprovechamiento urbanístico y sólo el derecho a lo edificado con el cumplimiento de las prescripciones de tiempo y forma establecidas en la licencia, respetando la legislación urbanística.

En suma, el TRLS establece una vinculación entre la extinción del derecho de superficie y la caducidad de la licencia, de modo que aquél corre la misma suerte que el derecho a edificar (134). De nuevo, el TRLS ha derogado al artículo 16 RH (135).

(132) El artículo 35.1 preceptuaba que «El acto de otorgamiento de la licencia fijará los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad, en su caso, con la normativa aplicable». Hasta la aprobación del TRLS de 1992, algunas CC.AA. habían previsto este supuesto de caducidad de las licencias, estableciendo un plazo al respecto. En última instancia, las Ordenanzas de algunos municipios lo determinaban. La previsión de un plazo de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, tiene por objeto el impedir la obtención de licencias con fines especulativos o dirigidos a burlar posibles cambios en la legislación —vid. STS de 21-5-1991 (R.A. 2019) y, particularmente, en la doctrina, DE JESÚS SÁNCHEZ y LONGAS, «El instituto de la caducidad en las licencias de obras», en *RDU*, núm. 109, pág. 107 y sigs.

(133) *Derechos reales...*, op. cit., pág. 595.

(134) Cfr. LLISSET BORREL, LÓPEZ PELLICER y ROMERO HERNÁNDEZ, en *Comentarios a la Ley del Suelo*, t. II, Abella, 1993, pág. 657.

(135) Cfr. ROCA-SASTRE MUNCUNILL, *Derecho hipotecario*, cit., pág. 493. Igualmente, para DE LA IGLESIA MONJE, la obligación de construir en el plazo establecido en la licencia obliga a toda construcción en general, afectando así tanto a la modalidad urbanística como a la modalidad urbana —vid., *El derecho de superficie...*, op. cit., pág. 224—.

5. EL CARÁCTER CONSTITUTIVO DE LA INSCRIPCIÓN REGISTRAL
DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. Finalmente, cabe hacer referencia a otra de las cuestiones que más polémica han generado en la doctrina, como es el valor de la inscripción registral del derecho de superficie. El problema se plantea como consecuencia del carácter equívoco de la redacción empleada por la LS y el RH a este respecto. Por un lado, la LS (art. 158.2 LS de 1956, art. 172.2 TRLS de 1976, y 288.2 del actual TRLS de 1992) ha venido estableciendo en relación con el derecho de superficie que «como requisito constitutivo de su eficacia (deberá) inscribirse en el Registro de la Propiedad». Por otro, el artículo 16.1 RH preceptúa que «para su eficaz constitución deberá inscribirse». La doctrina, una vez más, se ha mostrado dividida a la hora de determinar si la inscripción registral es o no constitutiva del derecho de superficie (136). La mayor parte de la doctrina, a la que nos sumamos, se ha mostrado partidaria del carácter constitutivo de la inscripción (137). Los argumentos esgrimidos en favor de esta interpretación, y que suscribimos plenamente, pueden resumirse en los siguientes: hasta que no se construya no se materializa el derecho y, una vez que se ha edificado, por el juego de la accesión, se presume que la construcción es de propiedad del dueño del suelo. Las exigencias de la publicidad y la seguridad de los terceros imponen el carácter constitutivo de la inscripción.

En cambio, para otro sector de la doctrina, una norma reglamentaria, como es el artículo 16 RH, no puede oponerse a los principios de forma establecidos en el Código Civil. En consecuencia, la exigencia de inscripción registral sólo sería predicable de los derechos de superficie que se constituyan al amparo de la LS (138). Como observamos, esta interpretación pasa por admitir que existe una modalidad urbana común, según la terminología fre-

(136) Para un estudio en detalle de esta cuestión, MENA-BERNAL ESCOBAR, *¿ES constitutiva la inscripción del derecho de superficie?*, Tecnos, 1994.

(137) Así lo ha señalado ROCA SASTRE, *Ensayo...*, pág. 46, nota núm. 48. En el mismo sentido cabe citar, entre otros, a FOSAR BENLLOCH, «Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie», en *ADC*, 1958, págs. 857 y 858; AMENGUAL PONS, «El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Ley Hipotecaria», *op. cit.*, pág. 640; LUCAS FERNÁNDEZ, *Aspectos civiles de la Ley del Suelo*, *op. cit.*, pág. 72; CAMPOS PORRATA, *El renacido derecho de superficie...*, *op. cit.*, pág. 241; CÁRDENABA COYA y GARCÍA PUMARINO RAMOS, «El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad», en *Ponencias y comunicaciones al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario...*, cit., pág. 425; DE LOS MOZOS, *El derecho de superficie...*, *op. cit.*, pág. 290.

(138) Vid., entre otros, ESPÍN, *Manual...*, *op. cit.*, pág. 388; LUNA SERRANO, *Elementos de Derecho civil*, III, vol. II, Bosch, 1991, pág. 278; MIQUEL CALATAYUD, «Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español», en *Ponencias y comunicaciones presentadas en el VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario...*, cit., pág. 596.

cuentemente admitida en la doctrina, interpretación que resulta descartable desde la tesis que venimos defendiendo.

2. Por su parte, la doctrina jurisprudencial tampoco resulta clarificadora, en las escasas ocasiones en las que el TS se ha pronunciado al respecto. En Sentencia de 15 de junio de 1984 (139), el TS se mostró partidario de la aplicación del principio de libertad de forma en su constitución, empleando la siguiente argumentación en su segundo Considerando:

«El derecho de superficie... no puede por menos reconocerse, tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteútico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución, a medio de escritura pública, o sea de modo *ad solemnitatem*, salvo concretos supuestos en que así se establezca, como vino siendo en normativa referida a la Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los artículos 1.278, 1.279 y 1.280 del Código Civil».

También el TS, en Sentencia de 6-10-1987, ha entendido que el derecho de superficie es *inscribible*, a la luz de los artículos 2.2, 107.5 de la LH y 16.1 de su Reglamento (140). En cambio, la STS de 1-2-1979, reconoce que tanto la LS como el artículo 16.1 del RH imponen el carácter constitutivo de la inscripción registral (141).

Esperemos que en futuras ocasiones el TS sea capaz de imponer su criterio.

M.^a DEL PILAR CÁMARA AGUILA

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de Derecho civil

Universidad Autónoma de Madrid

(139) Varias personas se asociaron para establecer y explotar una granja de ganado porcino. A la referida sociedad, uno de los socios aportó una finca de su propiedad. Cuando se procede a disolver la sociedad, se pretende que todos sus elementos fueran vendidos en pública subasta, incluida, claro está, la referida finca con las edificaciones que sobre ella se habían realizado. A ello se opone el socio que aportó la finca, al entender que lo que se había cedido a la sociedad era un derecho de superficie sobre la finca que, a la postre, ya se había extinguido.

(140) (R.A. 6720). En el Fundamento de Derecho cuarto se establece que: «...Por su carácter de derecho real con virtualidad *erga omnes* e inscribible en el Registro de la Propiedad...»

(141) (R.A. 420). En el supuesto en cuestión resultaba de aplicación el Fuero Navarro. El recurrente solicitaba se diese por existente un derecho real de superficie. El TS, en el segundo Considerando, señala lo siguiente: «...es manifiesto que aun sin generalizar la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro ordenada como constitutiva en el artículo 172.2 de la Ley sobre Régimen del Suelo y en el artículo 16.1 del RH, teniendo en cuenta que el Fuero Navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie...»