

El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos

SUMARIO: I. EXAMEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO: 1. *Breve referencia histórica y legislativa.* 2. *El derecho de superficie y la propiedad superficiaria. Sus relaciones y contenido:* a) El nacimiento de la propiedad superficiaria. Diferentes supuestos, b) Posibilidad jurídica de un derecho de superficie constituido sobre inmuebles ya construidos, c) Elementos personales, reales y formales del derecho de superficie constituido sobre inmuebles ya construidos. Esquema de los derechos y obligaciones entre concedente y superficiario.—II. ASPECTOS REGISTRALES: 1. *Consideraciones generales sobre el acceso al Registro de la Propiedad del derecho de superficie.* 2. *Acceso al Registro de la Propiedad del derecho de superficie constituido sobre edificaciones ya existentes.* 3. *Inscripción en el Registro de la Propiedad de la cesión en régimen de arrendamiento financiero del Derecho de superficie sobre edificaciones existentes.*—III. CONCLUSIONES.

I. EXAMEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DESDE EL PUNTO DE VISTA SUSTANTIVO

1. BREVE REFERENCIA HISTÓRICA Y LEGISLATIVA

Cualquier institución jurídica es el resultado de incardinar en el ordenamiento jurídico, un conjunto de relaciones sociales y económicas que, por su particular problemática, se encuentran necesitadas de una regulación legal.

Se ha dicho que esa necesidad de reconocimiento legal, era una realidad en Roma ante la situación planteada por la construcción de viviendas en terrenos de dominio público. Sin embargo, la rigidez del principio romano "superficie solo cedit" que, como pilar del Derecho privado, facilitaba el ejercicio absoluto del dominio, condiciona durante mucho tiempo su trán-

sito de derecho personal a derecho real. Así, esta configuración jurídica se alcanza tardíamente por obra del Pretor, al dulcificarse el principio de accesión y concederse al titular del derecho de superficie medios defensivos, como el interdicto de superficie y la *actio in rem*.

En el Derecho germánico, por el contrario, se admitió la posibilidad de que varios sujetos disfrutaran del rendimiento económico de una cosa —**comunidad**— con un mismo título sobre la misma, supuesto de cotitularidad, o con distinto título, caso de la titularidad dividida, haciendo posible la existencia de instituciones jurídicas perpetuas y proyectando la voluntad colectiva con preponderancia del principio del trabajo sobre el de accesión. De esta manera, puede afirmarse que el Derecho germánico reconoció al constructor la propiedad de lo edificado y, por ende, una propiedad superficiaria.

Pasando por alto las manifestaciones foráneas de esta figura, por razón de la brevedad arriba apuntada, y circunscribiéndonos al Derecho histórico español, puede señalarse la asimilación legal de la institución superficiaria a la enfiteusis que, según la doctrina, se lleva a cabo en las Partidas y en la Ley 74 de Toro, así como la constatación de supuestos superficiares rústicos de carácter consuetudinario dentro del territorio de derecho común, y de instituciones consideradas afines, como la *rabassa morta* o censo a primeras cepas, característico de Cataluña, entre otras regiones, regulada por el Código Civil, y no absorbida por la enfiteusis, aunque sí tratada dentro de la familia de los censos.

En definitiva, nuestro Derecho histórico positivo, y la interpretación doctrinal del mismo, parecen inclinarse por la incorporación del derecho de superficie a la enfiteusis, al margen de las ya citadas prácticas consuetudinarias. Tal vez, el origen de esta asimilación no fue otro que la existencia de textos legales contradictorios —**romanos y germánicos**— con influencia de éstos en cuanto a considerar a la superficie como un supuesto de propiedad dividida, y de aquéllos, al determinar la inclusión de la figura examinada dentro de la enfiteusis.

En el siglo pasado, la Ley Hipotecaria de 1861, contempló la existencia del derecho de superficie como derecho autónomo, desligado del molde enfiteútico. En efecto, el número 5 del artículo 107 admitió como susceptibles de ser hipotecados: "Los derechos de superficie, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad". De manera más precisa y contundente a los efectos que aquí nos interesan, el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1861, y más tarde el de 1870, configuró el derecho de superficie como propiedad separada del suelo al disponer que "en toda inscripción relativa

a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresará con claridad esta circunstancia".

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, puso de manifiesto que dicho artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863 y del de 1870, respondían a una realidad vivida, pues diversas Resoluciones (12 de junio de 1863, 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867, 29 de abril de 1871, 22 de julio de 1874, 2 de octubre de 1884 y 30 de julio de 1908) aplican el precepto referido a casos en que se establece como cosa natural que la edificación pertenece en propiedad a una persona, y el suelo o terreno a otra distinta.

El citado artículo 27 desapareció, sin embargo, en los Reglamentos Hipotecarios posteriores, y los casos de propiedad superficiaria no volvieron a ser objeto de recursos gubernativos a la Dirección. No obstante, una Resolución de 24 de abril de 1913 consideró que el artículo 358 del Código Civil regulador de la accesión, pese a su forma que recuerda la rigidez romana, se limitaba a establecer una presunción que podía ser destruida mediante prueba en contrario.

La mera referencia al derecho de superficie que aparece en el párrafo tercero del artículo 1.611 cuando al tratar de la redención de los censos señala: "Lo dispuesto en este artículo no será aplicable en 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", no supone, como dice ROCA SASTRE (1), un verdadero reconocimiento legal del derecho de superficie en sentido técnico, sino que apunta al tipo medieval absorbido por la enfiteusis.

Efectivamente, el artículo 1.611 del Código Civil, ha sido relacionado con el artículo 1.655 del mismo texto que trata de "los foros y otros gravámenes análogos", y así, de la interpretación conjunta de ambos preceptos, ha surgido una opinión doctrinal que asimila la superficie a la enfiteusis, si es perpetua, y al arrendamiento, si es temporal, negando suficiente autonomía en el ámbito del Derecho positivo civil a la institución jurídica estudiada.

La reforma hipotecaria de 1944-46 siguió recogiendo, por su parte, la hipotecabilidad del derecho de superficie en su artículo 107.3.º, siendo, además, fundamental en el orden registral, el tratamiento dado al repetido derecho en los artículos 16 y 30 del Reglamento Hipotecario de 1947 modificado por Decreto de 17 de marzo de 1959.

La vigente Ley de Suelo (TR de 9 de abril de 1976) sustituyendo a la antigua de 1956 (arts. 156 y sigs.) regula la superficie en sus artículos 171

(1) R. M.^a ROCA SASTRE, "Ensayo sobre el derecho de superficie", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 392/1961, pags. 7 y sigs.

a 174 reafirmando el carácter constitutivo de la inscripción, como ya estableció el artículo 16 del Reglamento Hipotecario referido, y la autonomía del mismo (art. 171.2). Otras disposiciones como la Ley de Montes del 1957 (art. 11.5.º) y su Reglamento de 1962 (arts. 287 a 295) se ocupan de la superficie rústica en su modalidad de vuelo.

Por último, merecen también destacarse: la Ley de Montes Vecinales en Mano Común de 11 de noviembre de 1980 (art. 3, apartados 3 y 4, fundamentalmente), y la Compilación de Derecho foral de Navarra de 1973 cuyos artículos 427 y siguientes, contienen disposiciones de marcado interés en el tema que nos ocupa.

Del examen de todos los textos indicados y, sin perjuicio de profundizar más tarde en el análisis de algunos de sus preceptos, podemos anticipar las siguientes conclusiones:

1.^a La de que aún siendo cierto que el derecho de superficie no tiene una regulación precisa en el Código Civil, sino tan sólo una vaga referencia en su artículo 1.611, existen suficientes elementos legales en nuestro Derecho como para poder llevar a cabo una construcción jurídica unitaria de aquél. En este sentido se manifiesta AMENGUAL (2) cuando, con visión integradora, propone una configuración moderna del derecho de superficie respetando el principio de jerarquía de las normas vigentes y su particular finalidad, pero tratando de armonizarlas entre sí.

Por su parte, LASO MARTÍNEZ (3) señala que "desde ambas concepciones —la hipotecaria y la urbanística— se produce una confluencia en el tratamiento de la institución del derecho de superficie dentro de las peculiaridades de cada una. La legislación hipotecaria proporciona un ámbito de regulación posible del derecho de superficie, y la legislación urbanística es el ariete de nuevas conquistas no solamente en el ámbito de la política urbanística, sino también en el juego de las instituciones civiles".

2.^a Podemos afirmar que, tanto la legislación hipotecaria como la legislación urbanística, constituyen un inexcusable punto de partida para la configuración jurídica actual del derecho de superficie, pero en modo alguno impiden otra posible regulación más allá de sus preceptos y en cuanto no esté específicamente contemplado por éstos, o no se les oponga.

Así, el apartado 2 del artículo 171 del Texto Refundido de la Ley del Suelo, señala que "el derecho de superficie... se regirá por las disposiciones

(2) P. AMENGUAL PONS, "El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 532/1979, págs. 635 y sigs.

(3) J. L. LASO MARTÍNEZ, "El derecho de superficie en el ámbito urbanístico". Ponencias y comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, págs. 521 y sigs.

contenidas en esta sección, por el título constitutivo del Derecho y subsidiariamente, por las normas de Derecho privado".

La creación del derecho de superficie entre particulares encaja dentro del ámbito del Derecho privado en cuya sede, y a falta de normas específicas, rige el principio de libertad de pacto conforme al artículo 1.255 del Código Civil sin perjuicio de la aplicación de las disposiciones generales relativas a las obligaciones y contratos y, naturalmente, las que se refieran a la capacidad de los particulares.

En todo lo concerniente al régimen hipotecario del derecho de superficie así configurado, habrá que estar a lo dispuesto en el Reglamento Hipotecario (art. 16 fundamentalmente) y a las normas registrales de general aplicación como más adelante veremos, y en tanto en cuanto su constitución se lleve a cabo con fines urbanísticos, deberán respetarse los preceptos contenidos en los artículos 171 a 174 de la Ley del Suelo de 1976, de particular aplicación.

3.^a Estimamos equivocada la opinión doctrinal que sostiene que la regulación que establece la vigente Ley del Suelo es específica de la superficie urbanística y que, por tanto, no cabe extrapolar sus preceptos a aquellos supuestos en que el derecho de superficie se constituye con fines distintos a los urbanísticos.

Como muy bien señala LASO (4) "es insostenible que la creación del derecho de superficie en el ámbito urbanístico requiera del planeamiento, ya que es independiente de él. Lo que importa es que una Ley, del mismo rango formal que el Código Civil, dote de contenido a la institución donde antes no existía y ello al margen de su finalidad urbanística. La mención de los Planes de ordenación en el artículo 171 de la vigente Ley del Suelo, no tiene otra significación que la meramente motivadora de la inclusión en una Ley especial, porque ello sería tanto como pretender excluir del esquema legal, la creación del derecho de superficie cuando el suelo careciera de planeamiento y, a pesar de ello, hubiera voluntad de crearlo".

2. EL DERECHO DE SUPERFICIE Y LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA. SUS RELACIONES Y CONTENIDO

Define ROCA SASTRE (5) el derecho de superficie como "el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida

(4) J. L. LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 523.

(5) R. M.^a ROCA SASTRE, *ob. cit.*, págs. 7 y sigs.

mediante el ejercicio del derecho ajeno de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación existente".

Para el autor citado, el derecho de superficie de configuración moderna, constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación típica de la propiedad horizontal.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1976 apunta, también, hacia esa concepción moderna, al distinguir en su artículo 171 el derecho de construir edificaciones en suelo ajeno, de la propiedad de las edificaciones resultantes correspondiente al superficiario. Olvida, sin embargo, destacar como lo hace el Código Civil italiano, que el derecho de superficie lleva consigo también, el derecho de mantener la propiedad de lo edificado, es decir, la propiedad superficiaria.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario vigente concibe el derecho de superficie como "un derecho de construir edificios en suelo ajeno" pero no hace referencia en sentido técnico-jurídico estricto, a la propiedad superficiaria a pesar de presuponerla, ya que dispone en su apartado A) que "transcurrido el plazo previsto, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo salvo pacto en contrario".

Más claro al respecto era el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1861 cuando señalaba que "Toda inscripción relativa a fincas en que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantaciones a otra, expresará con toda claridad esta circunstancia, al hacer mención de las cargas que pesen sobre el derecho que se inscriba".

Esa doble facultad posibilitadora que dimana del derecho de superficie en su versión moderna, aparece también recogida en la Ley 430 de la Compilación de Navarra al establecer que "el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido".

Así pues, como bien señala ROCA, "el derecho de tener o mantener una edificación propia en terreno ajeno es el objeto básico del derecho de superficie. El simple derecho de construir o edificar tiene un carácter puramente medial o instrumental, ya que el superficiario no construye simplemente para construir (como ocurre en el contrato de obra o de empresa), sino como medio para lograr la plenitud del derecho de superficie, siendo posible también ésta, por el procedimiento de comprar o de adquirir al dueño de la finca edificada, la propiedad del edificio separada de la propiedad del suelo", alternativa esta última a la que luego nos referiremos.

De lo expuesto se desprende que, en el derecho de superficie pueden distinguirse: Una expresión de aquella relación jurídica que como facultad, permite al superficiario construir, en su caso; el derecho de tener o man-

tener en terreno de otro la propiedad de una edificación, y la propiedad separada de esta edificación, denominada propiedad superficiaria. Esta, pues, tiene su soporte jurídico en el derecho de superficie.

Como señala Cabello de los Cobos y Mancha (6), en opinión que compartimos, "la relación jurídica superficiaria ofrece un doble aspecto: de un lado la relación del superficiario con la edificación objeto material de su derecho, y de otro, la relación del superficiario con el *dominus soli*, sujeto especialmente obligado por el deber genérico de abstención, por su contacto físico con la propiedad superficiaria. Se produce una situación similar a la de vecindad, caracterizada por la limitación recíproca de propiedades, con yuxtaposición jurídica de objetos. Al desprenderse el dueño del suelo de la dimensión cúbica de su derecho, se ofrece aquél —el suelo—, como soporte físico a una propiedad ajena, produciéndose los efectos de la enajenación de uno de los aprovechamientos económicos de la cosa objeto de su dominio, y multiplicándose al mismo tiempo las propiedades relacionadas con una misma finca en sentido físico".

La admisibilidad de la propiedad superficiaria, supone un paso más en el proceso de adaptación del derecho a la realidad social. Así, desde la desmembración del dominio (en usufructo y nuda propiedad), a su división (en dominio directo y dominio útil); y desde ésta, hasta su diversificación objetiva (propiedad superficiaria), se atraviesa por diferentes etapas, en la última de las cuales, un mismo objeto físicamente hablando, da lugar a dos objetos jurídicos susceptibles de propiedades independientes.

a) *El nacimiento de la propiedad superficiaria.*
Diferentes supuestos

En el derecho de superficie con derecho anejo de construcción, la propiedad superficiaria no existe jurídicamente al tiempo de la constitución de aquél, sino que surge después, una vez efectuada la edificación. La naturaleza real de este derecho de superficie en la fase expresada queda fuera de toda duda, conforme resulta del artículo 16 del Reglamento Hipotecario que prevé la inscripción del derecho de superficie con derecho anejo de construcción. Los efectos atributivos de la accesión quedan neutralizados al constituir el expresado derecho, haciendo inaplicables los artículos 358 y siguientes del Código Civil. Nos encontramos ante uno de los supuestos tasados en que el Derecho español admite de forma inequí-

(6) L. M.^a CABELLO DE LOS COBOS Y MANCHA, "Derecho de superficie: diversidad especificativa y régimen jurídico". Ponencias y comunicaciones presentadas la VI Congreso Internacional de Derecho Registral, t. I, págs. 396 y sigs.

voca que el principio "superficie solo cedit" sea derogado de forma convencional amparándose en la Ley.

Cuando el derecho de superficie se constituye con edificación pendiente de realizar, su objeto jurídico va gradualmente concretándose a través del uso de las facultades inherentes al mismo y singularmente concedidas al superficiario: La de construir, expresamente reconocida por nuestros textos legales que con carácter fundamental regulan la materia (art. 16 del Reglamento Hipotecario y arts. 171 y sigs. de la Ley del Suelo de 1976); la de mantener lo edificado en suelo ajeno, cuyo reconocimiento se efectúa, indirectamente en los preceptos indicados; y la propiedad de lo construido o propiedad superficiaria que, indudablemente, constituye la manifestación más depurada del objeto jurídico del derecho de superficie y que, asimismo, encuentra apoyo legal en los citados textos.

b) *Posibilidad jurídica de un derecho de superficie
constituido sobre inmuebles ya construidos*

Como anteriormente señalamos, la legislación hipotecaria y la legislación urbanística, a falta de una regulación del derecho de superficie en el Código Civil, constituyen obligado punto de referencia en la construcción jurídica autónoma del referido derecho. En esta configuración moderna del derecho de superficie, no pueden tener cabida a nuestro juicio, ni siquiera por aplicación analógica, las normas civiles de la enfiteusis o las del arrendamiento, al tratarse de figuras jurídicas distintas a la estudiada. En efecto, a diferencia de aquéllas, no puede hablarse de una sola propiedad, sino de dos propiedades diversas: la del suelo, y la de la edificación, mutuamente condicionadas por su contacto físico en el marco del título constitutivo y de la Ley, pero no originadoras de un supuesto de cotitularidad al tener cada derecho objeto diverso.

El respeto a las normas de carácter imperativo contenidas tanto en la Ley hipotecaria como en la Ley del Suelo, las primeras, en cuanto proyectan su sombra incluso más allá del régimen registral del derecho de superficie estableciendo las bases de una regulación privada, y las segundas, aplicables, en cualquier caso, en el derecho de superficie constituido con fines urbanístico, no impide, sin embargo, hallar un margen adecuado a la regulación convencional libremente pactada en los términos que pasamos a examinar.

GARRIDO PALMA (7), al estudiar el derecho de superficie como uno de

(7) V. M. GARRIDO PALMA, "El principio de accesión y el principio de superficie", en *Revista de Derecho Notarial*, enero-marzo 1969, págs. 91 y sigs.

los supuestos en que legalmente queda derogado el principio de "superficies solo cedit", parte de la consideración de que la inescimbilidad jurídica del suelo y vuelo no responde a la misma naturaleza de las cosas, sino que, al contrario, cabe separar ambas titularidades y mantener propiedades separadas. La norma del artículo 358 del Código Civil no es, añade, rigurosamente imperativa, sino de derecho dispositivo; es decir, cabe pactar lo contrario por no ser el citado principio de orden público, siempre y cuando se canalice la estipulación contraria a través de alguna de las excepciones que la Ley permite, y una de éstas la constituye la institución analizada.

Aunque la constitución del derecho de superficie por cesión de una edificación ya preexistente, no está contemplada expresamente en ninguno de los textos legales examinados, entendemos, sin embargo, que el supuesto es posible desde un punto de vista conceptual, y válido partiendo de una interpretación razonable de nuestro ordenamiento jurídico.

La hipótesis planteada implicaría dejar sin efecto los efectos atributivos ya realizados de la accesión y, que de las tres facultades fundamentales que integran la estructura del derecho de superficie, la primera, esto es, la de edificar, meramente medial o instrumental como indica ROCA SASTRE, pero en modo alguno esencial, sería inoperante al existir ya la edificación, por lo que el contenido del derecho examinado quedaría reducido a lo que verdaderamente constituye su materia nuclear: La facultad de mantener en suelo ajeno la obra o edificación durante el período estipulado, y la de disfrutarla en concepto de propietario o titular de la denominada propiedad superficiaria.

Si, como dice nuestro Código Civil (art. 3), "las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas", no se puede ignorar la rica realidad socio-económica en la que se desenvuelven las múltiples formas y relaciones de tráfico jurídico civil y mercantil, así como las razones de índole financiero y fiscal, entre otras, que pueden impulsar a la constitución de una propiedad superficiaria de la edificación, de manera derivativa, es decir, en virtud de un acto de enajenación de ésta por quien es titular del suelo y vuelo o subsuelo, y se reserva el suelo.

La doctrina española se ha ocupado poco, hasta fechas recientes, del supuesto de derecho de superficie constituido por cesión de una edificación existente. Pero la razón, como apunta ROCA SASTRE en la obra citada, no es otra que la débil de que nuestro Derecho (Reglamento Hipotecario y Ley del Suelo) sólo ha pensado en el Derecho de superficie con derecho

anejo a la edificación a diferencia del Derecho alemán y del Código Civil italiano que recogen expresamente la figura que nos ocupa. Lo que ocurre es que la falta de previsión legislativa no constituye obstáculo, a nuestro juicio y como antes expusimos, para proponer su admisión basándonos en la estructura interna del derecho de superficie tal como ha quedado analizada, y en el principio general de libertad de contratación contenido en el artículo 1.255 del Código Civil, al que indirectamente remite también el repetido artículo 171 de la Ley del Suelo.

LASO MARTÍNEZ (8), al tratar del derecho de superficie en el ámbito urbanístico, confirma el criterio señalado al decir que: "la estructura del derecho de superficie, cualquiera que sea la finalidad esencial que al mismo aporta la legislación urbanística, tolera que pueda crearse bien sea sobre un terreno con la finalidad de llevar a cabo la construcción, o sobre una edificación ya existente.

La utilización alternativa de una u otra variedad, no estará más que puesta en función de la finalidad perseguida en cada caso por la Administración concedente: Cuando se trate de la creación del derecho de superficie para promover la construcción de viviendas o servicios complementarios, parece claro que lo esencial será que se ceda el suelo para edificar; por el contrario, cuando se trate de la prestación de un servicio público, no hay inconveniente en que se ceda este derecho al que lo vaya a prestar sobre el edificio ya construido o adquiriera por la Administración si es que fuere preciso, sin necesidad de reconstruir el edificio".

También PRESA DE LA CUESTA (9) defiende la posibilidad de acceder directamente al dominio superficiario de lo edificado, al considerar "que la facultad de edificar no es esencial al derecho de superficie sino un simple medio para acceder a la propiedad superficiaria".

- c) *Elementos personales, reales y formales del derecho de superficie constituido sobre inmuebles ya construidos. Esquema de los derechos y obligaciones entre concedente y superficiario*

En la constitución del derecho de superficie son partes, el concedente o superficiante, propietario del suelo, y el superficiario. Dado que constituye un acto de gravamen sobre inmuebles, el concedente que, en el caso

(8) J. L. LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, págs. 533 y sigs.

(9) A. PRESA DE LA CUESTA, "Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria". Comunicación al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, págs. 641-642.

que nos ocupa, ostenta la titularidad del suelo y la edificación, deberá tener capacidad de disponer y poder de disposición de la finca al tiempo en que, restringiendo la titularidad dominical que ostenta sobre el suelo mediante la constitución del derecho real de superficie, provoca un desplazamiento patrimonial pleno de lo edificado en favor del superficiario. Este necesitará capacidad para obligarse.

Cuando la finca pertenezca en comunidad a varias personas será indispensable en la constitución del derecho de superficie el consentimiento de todos los condóminos. Las sociedades mercantiles actuarán a través de sus órganos de representación, de carácter voluntario u orgánico, y con facultades bastantes atendiendo a la naturaleza jurídica del acto que se realiza.

Son elementos reales, el suelo (originario, virgen, vacío de contenido) y lo construido sobre, o bajo el mismo. El artículo 171 de la Ley del Suelo contiene una enumeración general cuando se refiere a "la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones". Aunque el precepto citado regula el derecho de superficie constituido con fines urbanísticos, no vemos inconveniente en hacer extensiva esta referencia al que se constituya sobre edificaciones existentes y sin contemplar los expresados fines.

En principio, el objeto físico de la propiedad superficiaria puede, pues, consistir en cualquier tipo de construcción o edificación que permita alcanzar desde el punto de vista económico y social algunos de los objetivos pretendidos con la constitución del derecho de superficie que le sirve de soporte jurídico.

Señala ROCA SASTRE (10) que es esencial, sin embargo, que se trate de algo incorporado al suelo de suerte que, sin el derecho de superficie, sería absorbido por aquél en virtud del proceso de accesión.

Así, las instalaciones transitorias respecto de las cuales no juege tal principio a favor del *dominus soli*, no pueden constituir físicamente objeto de la propiedad superficiaria.

El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos, puede extenderse también a porciones de terreno no edificadas (jardines, patios, espacios entre edificios, etc.) que por su destino útil sean accesorias a la edificación, así como a los diferentes elementos (de explotaciones comerciales o industriales, por ejemplo) situados dentro de un perímetro determinado, que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí.

Creemos que debe superarse en estos casos el tradicional concepto de finca en sentido físico singular, para pasar a otro de carácter funcional integrado no sólo por una porción de terreno edificada, sino también por

(10) R. M.^a ROCA SASTRE, *ob. cit.*, pág. 42.

todos aquellos elementos volumétricos y no volumétricos interdependientes que constituyan una unidad orgánica de explotación o que respondan al criterio de unidad económica en los términos del artículo 8.2.º de la Ley Hipotecaria y 44.2.º y 3.º de su Reglamento.

No vemos inconveniente en constituir el derecho de superficie sobre un edificio, previamente a su organización en régimen de propiedad horizontal. En este supuesto, y una vez organizado este régimen, por acuerdo entre superficiante y superficiario, a cada piso o local susceptible de aprovechamiento independiente, le correspondería un derecho de copropiedad sobre los demás elementos de la finca necesarios para su adecuado uso y disfrute y una participación en el derecho real sobre el suelo, integrados ambos, como expresión de la relación superficiaria, en el marco de los denominados elementos comunes.

Sin embargo, no vemos posible por razones legales, establecer el derecho de superficie sobre un edificio ya organizado en régimen de propiedad horizontal. En efecto, al ser el suelo uno de los elementos comunes por naturaleza, le es aplicable la regulación imperativa contenida en el párrafo segundo del artículo 396 del Código Civil según el cual: "las partes en copropiedad no son en ningún caso susceptibles de división y sólo podrán ser enajenadas, gravadas o embargadas juntamente con la parte determinada privativa de la que son anejo inseparable". En la misma línea, el preámbulo de la Ley de Propiedad Horizontal de 21 de julio de 1960 señala: "A tal fin, a este objeto de la relación, constituido por el piso o local, se incorpora el propio inmueble, sus pertenencias y servicios. Unos y otros se reputan inseparablemente unidos, unidad que también se mantiene respecto de la facultad de disposición". De esta forma, la Ley expresada, en el apartado a) de su artículo 3.º, tras reconocer el derecho singular y exclusivo de propiedad sobre un espacio suficientemente delimitado y susceptible de aprovechamiento independiente, y en su apartado b), la copropiedad con los demás condueños de pisos y locales, de los restantes elementos, pertenencias y servicios comunes, termina estableciendo que: "Cada propietario puede libremente disponer de su derecho, sin poder separar los elementos que lo integran y sin que la transmisión del disfrute afecte a las obligaciones derivadas de este régimen de propiedad".

Sólo por vía de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, y cumpliendo los requisitos del apartado 1.º del artículo 16 de su Ley reguladora, previa desafectación del suelo como elemento común, y simultánea constitución de un derecho de superficie sobre el mismo, podría admitirse la validez del supuesto planteado. En este caso, la cuota de cada piso o local organizado en régimen de propiedad horizontal, comprendería la participación en el expresado derecho real sobre suelo

ajeno configurada como relación superficiaria y elemento común en los términos antes expuestos.

El negocio jurídico creador del derecho de superficie, exige escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad como requisito para su eficaz constitución según se examinará más adelante. La necesidad de instrumentar en documento público notarial el referido derecho, resulta del artículo 1.280 del Código Civil con carácter general y, en particular, del artículo 16 del Reglamento Hipotecario en relación con el artículo 2 de la Ley, y del artículo 172.2.º de la vigente Ley del Suelo.

De acuerdo con los preceptos referidos, el propietario del suelo tiene derecho a percibir en concepto de contraprestación un precio o suma alzada o un canon periódico, así como a exigir que el uso y destino de lo edificado se lleve a cabo conforme a lo pactado y a que el superficiario soporte los gastos de conservación y el pago de contribuciones y arbitrios que recaigan sobre el objeto de la propiedad superficiaria. Las singulares características de este derecho forzarán a las partes a clarificar en el contrato generador de aquel la proporción en que cada una debe contribuir a las cargas fiscales que recaigan sobre el edificio o construcción en su conjunto.

Por su parte, el superficiario ostenta como derecho fundamental en el caso que nos ocupa el de tener o mantener en el terreno ajeno la propiedad superficiaria de la edificación, que es la función básica y típica del derecho de superficie. Por consiguiente, le corresponden sobre la edificación o construcción (entendidos estos términos en su más amplia acepción como vimos) todos los derechos inherentes al derecho de propiedad de la misma dentro de las limitaciones pactadas, de las propias que dimanen del derecho de superficie y, en especial, de los preceptos contenidos en la legislación hipotecaria y urbanística. A falta de éstos, y en ausencia de pacto expreso, procedería a nuestro juicio, y conforme a lo establecido en el artículo 4.º del Código Civil, la aplicación analógica de las normas comprendidas en el Título IV del Libro IV del indicado texto y relativas a la compraventa de inmuebles.

II. ASPECTOS REGISTRALES

1. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario recoge el principio de inscribibilidad del derecho de superficie como requisito para su eficaz cons-

titución al decir: "Para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo **ajeno...**", indicando a continuación que, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, el título en que se establezca el precitado derecho contendrá las siguientes: A) Plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario. B) Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario si el derecho se constituyese a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido. C) Plazo señalado para realizar la edificación, que no podría exceder de cinco años; características generales y costo del presupuesto. D) Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario. E) Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos de contrato. Termina la Ley señalando que "no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso".

Por su parte, la Ley del Suelo, en el apartado 2 del artículo 172, insiste en la necesaria **formalización** del derecho de superficie en escritura pública y en la inscripción en el Registro de la Propiedad como requisito constitutivo de su eficacia.

El apartado 3 de la Ley 428 de la Compilación de Navarra señala la inscribibilidad en el Registro de la Propiedad de los derechos mencionados en la Ley 427 (entre los que se encuentra el derecho de superficie), "aunque no se determinen los elementos accidentales, como plazo de iniciación o terminación características, presupuestos, mejoras, usos, explotación, destino o conservación de la obra a realizar".

Finalmente, y por lo que se refiere a la superfice rústica, el apartado 4 del artículo 3.º de la Ley 55/1980, de 11 de noviembre, de montes vecinales en mano común, exige también su constancia en escritura pública y su inscripción en el Registro de la Propiedad.

De todo lo expuesto se infiere: 1.º Que tanto la Ley Hipotecaria como la Ley del Suelo contemplan la figura del derecho de superfice con derecho ajeno a edificar sin regular, siquiera de forma genérica, aquel que, como hemos examinado, puede constituirse sobre edificaciones ya existentes. 2.º Que no hay preceptos en la Ley Hipotecaria específicamente referidos a la forma en que se debe proceder a inscribir el derecho de superficie con derecho a construir y, menos aún plausiblemente, al supuesto de que se establezca sobre edificios ya inscritos.

Es evidente, sin embargo, que en el primero de los casos, esto es.

cuando el derecho de superficie se constituya sobre terreno aún sin edificar, su naturaleza de derecho real en cosa ajena implica su constancia registral inevitable en el folio abierto al suelo, de conformidad con los principios registrales aplicables con carácter general, y en particular con lo señalado en el artículo 13 de la Ley Hipotecaria: "Los derechos reales limitativos, los de garantía y, en general, cualquiera carga o limitación del dominio o de los derechos reales, para que surtan efectos contra terceros, deberán constar en la inscripción de la finca o derecho sobre que recaigan".

2. ACCESO AL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE CONSTITUIDO SOBRE EDIFICACIONES YA EXISTENTES

Como anteriormente expusimos, la relación jurídica superficiaria ofrece un doble aspecto: de un lado, la relación del superficiario con el *dominus soli*, y, de otro, la relación del superficiario con la edificación objeto material de su derecho en que fundamentalmente consiste la propiedad superficiaria.

Mientras aquella relación debe trascender al Registro de la Propiedad en el folio abierto al suelo y a continuación de la última inscripción del mismo, la propiedad superficiaria constituye un nuevo objeto jurídico, siquiera tenga su origen en el derecho de superficie establecido, y requiere un tratamiento registral diferente del correspondiente al suelo conforme a los principios hipotecarios y, singularmente, al de especialidad. Este principio tiene su razón de ser en la necesidad de dar claridad al Registro, de forma que sólo accedan a él situaciones jurídicas perfectamente determinadas y que, a través del mismo, pueda conocerse con exactitud quién es el titular de cada derecho, la finca que recae y el contenido del referido derecho.

Nuestra Ley Hipotecaria adopta el criterio de llevar los Registros por fincas concentrando su historial jurídico en el folio abierto de aquéllas. Así, el artículo 243 de la Ley Hipotecaria dispone que: "El Registro de la Propiedad se llevará abriendo uno particular a cada finca en el libro correspondiente. Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores relativas a la misma finca se practicarán a continuación..."

Por su parte, el artículo 7.1 de la citada Ley preceptúa que: "La primera inscripción de cada finca en el Registro de la Propiedad será de dominio"; y el artículo 8 expresa que: "Cada finca tendrá desde que se inscriba por primera vez un número diferente y correlativo."

En nuestro sistema hipotecario, sin embargo, el concepto de finca no

es unívoco ni responde a una consideración meramente física. Es finca toda entidad objetiva registral que pueda servir de soporte al dominio y derechos reales relativos a inmuebles. En este sentido, de la lectura de los artículos 8 de la Ley Hipotecaria y 44 de su Reglamento puede inferirse la gran amplitud conceptual con la que se pronuncia aquélla al tratar del concepto "finca" y la existencia fundamental de dos grupos según lo sean por naturaleza o por equiparación.

Cuando sobre una finca inscrita, constituida por el suelo y la edificación, se establece un derecho de superficie, el primitivo soporte físico origina dos objetos jurídicos diferentes conectados entre sí y atribuidos a distintos titulares. La especial naturaleza de la propiedad superficiaria que implica un dominio pleno de lo edificado y sus accesorios en los términos ya estudiados, ofreciendo una entidad objetiva registral suficiente conforme al artículo 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, exige la apertura de un folio independiente en el que se concentre su propio historial jurídico y sus vicisitudes, sin perjuicio de la constancia en asiento independiente pero practicado en el folio del suelo, del derecho real sobre éste que toda propiedad superficiaria conlleva.

Un examen de la doctrina española nos muestra, pese al tratamiento precario del supuesto que nos ocupa, una posición manifiestamente favorable a la apertura del Registro de la Propiedad a la institución superficiaria. Así, la Segunda Comisión del VI Congreso Internacional de Derecho Registral celebrado en 1984 recoge entre sus conclusiones sobre "El derecho de superficie y el Registro" las siguientes:

Tercera. La propiedad superciaria separada de la del suelo puede ser conveniente para abrir posibilidades en el tráfico inmobiliario privado, para facilitar la política de suelo de las Administraciones Públicas o para la creación de equipamientos.

Cuarta. Es recomendable, dada la utilidad de la figura jurídica del derecho de superficie, que en los países que no la recogen en su Ordenamiento o que tienen establecido el sistema de *numerus clausus* se lleve a cabo la regulación imperativa del derecho de edificar y de la propiedad superficiaria como separada de la del suelo, así como de sus características posibles de temporalidad, reversibilidad, adquisición preferente y tráfico jurídico independizado.

Quinta. Dada la configuración de este derecho, y especialmente para la debida protección de los terceros, es conveniente la inscripción registral de la relación superficiaria, de su constitución, contenido, transmisión, gravamen y extinción.

Diferentes autores: FOSAR (11), CADENABA y GARCÍA PUMARINO (12), BURGOS y MARTÍN (13) y LASO MARTÍNEZ (14) se muestran partidarios de abrir folio registral independiente (con las conexiones precisas) a la propiedad superficiaria: para resaltar su autonomía jurídica; por razones de claridad de su historial y descongestión del correspondiente al del suelo, y para lograr una mayor movilidad jurídica de aquélla.

También del examen de las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 27 de mayo de 1983 y 14 de mayo de 1984, entre otras, cabe inferir un principio de doctrina de ese cuerpo directivo favorable a la obtención de la debida cobertura registral de las nuevas construcciones jurídicas (entre las cuales creemos se encuentra la institución superficiaria en su versión moderna), siempre y cuando no se violenten las normas legales vigentes y puedan adaptarse a los principios inmobiliarios registrales, particularmente al principio de especialidad, sin forzarlos en su esencia.

Por todo lo expuesto, consideramos que la constitución del derecho de superficie sobre finca ya inscrita y consistente en suelo y edificación debe hacerse constar en el Registro de la Propiedad de la forma siguiente:

1.º En el folio abierto a la finca donde figure inscrito el suelo y a continuación de su última inscripción. No es suficiente una nota al margen de ésta, ya que al constituirse un verdadero derecho real debe practicarse un asiento principal con el contenido mínimo que resulta de los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento, en particular de sus reglas 5.ª y 6.ª.

Entendemos que puesto que el derecho de superficie es el origen de la propiedad superficiaria, y ésta su objeto jurídico más depurado, la inscripción correlativa que recoja la constitución del precitado derecho tendrá la condición de inscripción extensa, evitándose así repeticiones inútiles en la de la propiedad superficiaria como veremos a continuación.

2.º Abriendo folio especial y aparte de la propiedad superficiaria conforme a las reglas contenidas en los artículos 7, 8 y 243 de la Ley Hipotecaria. En este folio se hará referencia al tomo, libro, folio, número de finca e inscripción donde conste constituido el derecho de superficie.

(11) E. FOSAR BENLLOCH, "Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie", en *Anuario de Derecho Civil*, 1958, págs. 849 y sigs.

(12) J. M.ª CADENABA COYA y E. GARCÍA PUMARINO, "El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad". Ponencias al VI Congreso Internacional de Derecho Registral, págs. 417 y sigs.

(13) I. BURGOS BRAVO y A. J. MARTÍN MARTÍN, "Problemas registrales del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria". Ponencia al VI Congreso..., cit., págs. 353 y sigs.

(14) J. L. LASO MARTÍNEZ, *ob. cit.*, pág. 550.

Además de las razones anteriormente apuntadas, consideramos que tal apertura de folio encaja en el supuesto contemplado en el apartado 3.º del artículo 8 de la Ley Hipotecaria. En efecto, la singular naturaleza de la propiedad superficiaria, que implica el desdoblamiento del primitivo soporte físico en dos objetos jurídicos diferentes, tiene también entidad material suficiente para obtener cobertura registral propia.

En la inscripción primera del edificio o construcciones con sus accesorios que constituyan el objeto de la propiedad superficiaria, se expresarán las circunstancias generales de toda inscripción, además de las particulares del título que hagan específica referencia al superficiario, la finca sobre la que recae su derecho y contenido y extensión de su titularidad. Se aplicarán por analogía y en cuanto fuera posible las normas del artículo 47 del Reglamento Hipotecario relativas a la segregación de fincas y se hará remisión al tomo, libro, folio e inscripción donde conste la constitución del derecho real de superficie.

3. INSCRIPCIÓN EN EL REGISTRO DE LA PROPIEDAD DE LA CESIÓN EN RÉGIMEN DE ARRENDAMIENTO FINANCIERO DEL DERECHO DE SUPERFICIE SOBRE EDIFICACIONES EXISTENTES

Reconocida legalmente la disponibilidad del derecho de superficie [art. 16, apartado D), del RH y art. 171.2 de la vigente LS] y admitiendo, en particular, la posibilidad de su cesión en régimen de arrendamiento financiero en los términos y condiciones que expusimos ampliamente en otro lugar (15), la inscripción en el Registro de la Propiedad de la expresada cesión, cuando tenga por objeto edificaciones ya existentes, deberá hacerse necesariamente en el folio abierto a la denominada propiedad superficiaria, único lugar idóneo, de acuerdo con nuestro sistema tabular, para recoger el historial jurídico de aquélla en cuanto objeto específico de tráfico jurídico.

La inscripción se practicará en asiento independiente y correlativo al de la propiedad superficiaria y contendrá, además de las circunstancias generales exigidas por la legislación hipotecaria, las específicas que resulten de este tipo de contratos: duración del arrendamiento financiero, que no podrá ser superior a la del derecho de superficie que constituye su objeto ni inferior a diez años conforme al apartado 2 de la disposición adicional

(15) J. L. BENAVIDES DEL REY, "Inscripción en los Registros de la Propiedad de los contratos de arrendamiento financiero de bienes inmuebles regulados en el Real Decreto de 31 de julio de 1980", en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 558/1983, págs. 1208 y sigs.

7.^a de la Ley 26/1988, de 29 de julio; las cuotas del arrendamiento financiero, de acuerdo a lo que señalan los apartados 3 y 4 de esta norma; forma y plazo de entrega de las mismas; resolución del contrato por falta de pago.

Además se indicarán las condiciones generales de utilización de la edificación cedida, con sus accesorios en su caso; su destino; circunstancias de la entrega; responsabilidad en los casos de evicción y vicios ocultos; deterioro o pérdida parcial o total por caso fortuito y fuerza mayor; datos relativos a los seguros concertados; subrogación de acciones; etc.

Asimismo se harán constar las cláusulas concernientes a la utilización de hecho del inmueble objeto de la propiedad superficiaria cedida en cuanto a obras, reparaciones y mejoras.

Por último, en el asiento se expresarán las condiciones generales de la opción de compra: plazo, requisitos, precio y forma para hacer constar su ejercicio o la cancelación de la misma.

III. CONCLUSIONES

Primera. Nuestro Derecho positivo ofrece suficientes elementos como para intentar una construcción jurídica unitaria del derecho de superficie en una versión moderna del mismo que respete el principio de jerarquía de las normas vigentes y trate de armonizarlas entre sí.

Segunda. Tanto la legislación hipotecaria como la legislación urbanística constituyen un inexcusable punto de partida para lograr una configuración jurídica adecuada del derecho de superficie. Pero ni la una ni la otra impiden la posible regulación más allá de sus preceptos en cuanto no se contemple específicamente por ellos o no se les oponga.

Tercera. Si bien la constitución del derecho de superficie por cesión de una edificación preexistente no está expresamente contemplada en los textos legales vigentes, entendemos, sin embargo, que el supuesto es posible no sólo en el plano de los puros conceptos jurídicos, sino también en base a una interpretación razonable y global de nuestro Ordenamiento positivo.

Cuarta. La relación jurídica superficiaria ofrece un doble aspecto: de un lado, la relación del superficiario con el *dominus soli*, y, de otro, la relación del superficiario con la edificación objeto material de su derecho en que fundamentalmente consiste la propiedad superficiaria.

Mientras aquella relación debe trascender al Registro de la Propiedad en el folio abierto al suelo y a continuación de su última inscripción, la

propiedad superficiaria constituye un nuevo objeto jurídico que requiere un tratamiento registral diferenciado del referido al suelo conforme a los principios hipotecarios, y singularmente al de especialidad.

Por ello, cuando se constituya el derecho de superficie sobre finca ya inscrita y consistente en suelo y edificación, además de su constancia en el folio registral donde figuren inscritos ambos elementos como una sola finca se abrirá un nuevo folio conectado con el anterior para registrar como inscripción primera la desmembración respecto al suelo de la edificación y sus accesorios, en su caso objeto de la propiedad superficiaria, y el simultáneo nacimiento de ésta a la vida jurídica.

En el primitivo folio correspondiente al suelo y edificación, y al margen de la última inscripción vigente, esto es, de la que refleje la constitución del derecho real de superficie, se indicará por nota la apertura del folio registral propio relativo a la propiedad superficiaria, en el cual y en sucesivas inscripciones se harán constar las vicisitudes jurídicas susceptibles de inscripción separada y especial de acuerdo con la legislación hipotecaria.

JOSE LUIS BENAVIDES DEL REY

Registrador de la Propiedad