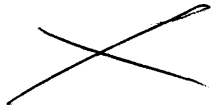


El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la Legislación Hipotecaria ^(*)



Permitidme, antes de empezar «el tema», unas palabras de explicación.

Hace más o menos un mes me llamó el director de este Seminario para invitarme a comparecer aquí a exponer unas notas sobre el pacto de sobrevivencia en las compras conjuntas entre marido y mujer, ésta figura oriunda del Ampurdà, y extendida ya hoy a toda Cataluña, sobre la que tengo un recurso pendiente ante la D. G. R. N.

Tuve que excusarme y declinar su invitación por estar preparando entonces a marchas forzadas estas notas sobre el derecho de superficie que tenía que exponer y expuse el día 15 pasado en Madrid, en un cursillo sobre la nueva Ley del Suelo.

Yo daba el asunto por olvidado, pero conozco a JOSÉ MARÍA CHICO hace muchos años y sé que, humanamente hablando, consigue siempre lo que se propone, y si no con el pacto de sobrevivencia, aquí me tiene con el derecho de superficie.

Es indudable que para este lugar y para este auditorio las notas que vais a soportar tendrían otro aire y contenido. Espero que lo comprendáis y hagáis un poco por vuestra cuenta la adaptación. En cualquier caso, cargarle buena parte de las deficiencias a JOSÉ MARÍA CHICO por su inexcusable culpa *in eligendo*.

Yo quisiera dar un avance en forma de *simil* o *gráfico* que nos permitiera una visión de conjunto, sencilla y clara, de lo que ha sido y significado el derecho de superficie a través de los tiempos.

Podríamos imaginarlo como una *gran edificación* de estilo romano, em-

(*) Conferencia pronunciada el día 29 de marzo de 1977 en el Centro Regional de Estudios Hipotecarios de Cataluña por su autor.

pezada en los orígenes de Roma y terminada en la época de su esplendor, a la que sacaron los romanos gran utilidad. Tal edificio fue renovado y mantenido durante la Edad Media, dándole una imagen feudal y del que obtuvieron también holgado provecho. Dejaron de renovarlo en los tiempos modernos y en el siglo XIX cargado de vientos liberales hicieron poco más que contemplar sus ruinas. En el siglo actual se ha operado un renacimiento y casi todas las naciones han vuelto a reconstruir el vetusto edificio con que imaginamos el derecho de superficie, con diversos estilos neoclásicos, siendo, sin embargo, diferentes las utilidades que de él se van obteniendo.

En España, como veremos, tenemos el edificio nuevamente levantado sobre las ruinas históricas, gracias a las *dos Leyes del Suelo de 1956 y 1975*, pero estamos aún bastante lejos de aprovecharlo en todas sus posibilidades.

IDEA Y ORIGEN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Siguiendo el consejo de JAVOLENO, en el Libro XI de su *Epistolarium*, de que *toda definición en Derecho civil es peligrosa*, nos limitaremos a dar una idea de la misma siguiendo a RODOLFO SOHM con su precisión y claridad: «El derecho de superficie tiene su origen en el arrendamiento a perpetuidad de un solar, mediante pago de un canon anual llamado *solarium*. El superficiario construye a su costa en solar ajeno. Según los principios de la accesión vigentes en Derecho Romano—*superficies solo cedit*—, lo edificado en suelo de otro se incorpora a la propiedad del dueño del suelo. Mas por virtud de aquel contrato, el superficiario adquiere para sí y sus herederos el derecho de habitar durante el número de años convenidos—generalmente noventa y nueve—o a perpetuidad la casa por él construida, ejerciendo sobre ella todos los derechos de un superficiario. En la época clásica, la superficie se emancipa del contrato de arrendamiento, pudiendo adquirirse también por compra o de otros modos y constituirse sobre edificios ya levantados. Sin embargo, los derechos del superficiario no llegan a adquirir carácter legal y eficacia contra terceros hasta que poco a poco se la concede y garantiza el Pretor» (1).

No obstante, para llegar a tal situación o estado del derecho de superficie *fue precisa una larga y lenta evolución* dentro del mismo Derecho Romano. Las primeras manifestaciones, todavía poco técnicas de este derecho, se originaron en el campo del Derecho Público, y no olvidemos esta curiosidad, porque al llegar al Derecho vigente español, veremos cómo, pa-

(1) Instituciones de Derecho Privado Romano. *Rev Derecho Privado*, 1936, página 308.

radóticamente, el derecho de superficie volverá a estar en manos o en el ámbito de los entes públicos.

Volviendo a aquellos primeros balbuceos, nos dice con su exactitud característica FRITZ SCHULZ: «La superficie y la enfiteusis fueron originariamente creados por las autoridades del Estado o de los *municipia* y regulados por normas de Derecho público, así que la cuestión que se plantea a propósito de estos derechos es la de determinar si en la época clásica fueron ya considerados como derechos modificativos de la propiedad privada» (2).

Este problema ha sido estudiado a fondo y discutido con verdadero fanatismo recientemente sin que los romanistas hayan llegado a una unanimidad de pareceres.

Dentro de estas dificultades, y siguiendo a los más significados autores, podemos esbozar esquemáticamente la evolución que fue modelando el derecho de superficie, y tal como pasó definitivamente al Derecho moderno a través del Derecho intermedio.

Antes, por su curiosidad, veamos algunas discutidas manifestaciones tenidas por sus más *directos antecedentes*.

PUFFENDORF y otros autores antiguos, como LEYSER, HERT, etc., citan como posible antecedente de este Derecho el *contrato que la reina Dido o Elísar* celebró con los númidas para adquirir el terreno en que luego fundaría Cartago. Fugitiva de Sidón para librarse de su fratricida cuñado Pigmalión, ocupó en dicho lugar el terreno que pudiera cubrir una piel de toro por el tiempo necesario para que sus compañeros descansaran.

Fábula o leyenda, que no un episodio con rigor histórico, únicamente nos quiere dar a entender que las discordias civiles de la Fenicia obligaron a emigrar al norte de África a una porción de los ciudadanos.

Otros autores, como DANZ y PUCHTA, aducen como ejemplo más claro del derecho de superficie la *lex Icilia de Aventino publicando* del año 298 de la fundación de Roma (456 a. de J.). Esta ley fue consecuencia de las concesiones que un año antes se habían hecho mutuamente patricios y plebeyos en sus incesantes luchas, entre las que destacan la elevación a diez del número de tribunos—«decemviro»—y el llamado «Plebiscito iciliano», que se cuenta entre los privilegios asegurados al pueblo bajo la fe del juramento, el cual ordenó que el monte Aventino, hasta entonces consagrado al culto e inhabitado, se dividiera en solares y se diera a título hereditario a los ciudadanos más pobres, y numerosas familias, por falta de medios económicos, *construyeron edificios en común dividiéndolos luego entre sí*. Pero como no consta ni que el Estado tuviese reservado un

(2) Derecho Romano Clásico. Bosch. Barcelona, 1960, pág. 380.

derecho de propiedad del suelo ni que se pagara un canon por la ocupación, RUDORFF concluye por afirmar que en estas construcciones se daba una verdadera comunidad relativa a la plena propiedad con distribución del goce y uso de los pisos, pero no una propiedad de la edificación diferente a la del suelo, *lo que añadimos nosotros, constituiría más un precedente de lo que llamamos propiedad horizontal* o de casas por pisos, que del propio derecho de superficie.

Posiblemente un precedente del canon o *solarium* pudiera observarse en una ley propuesta al Senado por el tribuno del pueblo, *Espurio Torio*, del año 635 (119 a. de J.), por la que fueron suprimidos los cargos de repartidores, y los ocupantes de terrenos fueron *obligados a pagar una cuota fija con cuyo producto se atendió* a las necesidades del populo de Roma, y que según MOMMSEN fue empleado para asegurar las distribuciones de la *annona* o provisión de víveres (3).

FRONTINUS cuenta que en las *conducciones de agua* para abastecer a Roma existían casas edificadas sobre suelo público por las que se pagaba un canon.

Cuando después de la destrucción de Roma por los galos (año 388 antes de Jesucristo) se comenzó la reconstrucción, fueron concedidos los solares en plena propiedad, al principio, y más tarde, mediante el pago de un *solarium* en reconocimiento de que el suelo era de dominio público.

El caso más antiguo y conocido de superficie—sigue don JERÓNIMO GONZÁLEZ (4)—es uno citado por RUDORFF. En septiembre de 1877 se encontró una inscripción en Monte Citorio que acreditaba que un *liberto llamado Adrastus*, encargado hacia el año 193 de la inspección de un monumento a Marco Aurelio, quedaba autorizado para tener una caseta en el terreno público mediante el pago de un canon.

DERECHO ROMANO

Quizá nos hayamos extendido demasiado en estos antecedentes, que no tienen más que su curiosidad o confirmarnos que el *origen del derecho de superficie está en las concesiones u ocupaciones de terrenos públicos*, como reconocen y defienden los citados romanistas SOHM y SCHULZ; además, PACCHIONI, BONFANTE, ARANGIO-RUIZ, BIONDI, y en la doctrina española, IGLESIAS.

La modelación de la institución superficiaria fue realizada dentro del Derecho de Roma por el *Derecho pretorio*, y es en todo momento el pretor,

(3) *Historia de Roma*. Ed. Góngora, Madrid, 1876, tomo V, pág. 195.

(4) *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*. Ministerio de Justicia, Madrid, 1948, tomo II, pág. 124.

que dulcificando el principio de la accesión, concede al titular del derecho de superficie medios defensivos, al tiempo que amplía sus facultades de goce y disposición hasta desembocar en *el Derecho justiniano*, que le reconoció sin ningún género de dudas el carácter de derecho real, que aún conserva en la actualidad.

Los remedios concedidos al superficiario, que marcan y definen su evolución, fueron:

1) El *interdicto de superficie*, que se concedió ya en la época clásica contra cualquier perturbador, incluso contra el mismo propietario del suelo.

Como requisitos para que prosperara, según el Edicto—recogido en el *Digesto*—en que se concedía, eran:

- Que el titular tuviera la facultad de gozar y disfrutar de la superficie.
- Que dicha facultad no estuviera viciada.
- Que resultara de los términos exactos del contrato que le sirviera de base.

2) La *actio in rem*, o sea, directamente sobre la cosa, sobre la que existen muchas dudas que sea de la época clásica o posterior. Incluso se ha pretendido equipararla a la acción reivindicatoria por BRAGA DA CRUZ, aunque hay discrepancias fundadas sobre este punto. Para que prosperara era preciso:

- Que la superficie fuera a largo plazo.
- Verdadera intención o voluntad de construir un derecho de superficie y no sólo una relación puramente obligacional.

DERECHO GERMANICO

Los pueblos germánicos hacían vida nómada, la tierra para ellos es sólo objeto de pasajero disfrute y *las construcciones de madera, pieles o telas, etc., apenas están adheridas al suelo*, y aun en el caso de estarlo, era una unión meramente circunstancial. Es por ello por lo que los materiales empleados siguen siendo del propietario, cualquiera que sea la condición del suelo, y el edificio construido en propiedad ajena, lejos de pasar, en todo caso, a ser una parte accesoria de la tierra, alcanza en ocasiones la categoría de cosa principal. Como consecuencia de esta no absorción, los materiales son considerados como cosas muebles y así lo declara el conocido *brocardo* «*cuanto la antorcha destruye es mueble*», y

como la mayoría de las casas estaban construidas con madera únicamente, fueron consideradas hasta entrado el siglo XIV como parte del patrimonio mueble y no como partes esenciales del suelo.

Con la *recepción del Derecho romano* hace su entrada franca el principio de accesión «*superficies solo cedit*» y cambia el tono de los *brocados*, que ya nos dicen «todos los edificios siguen al suelo». Sin embargo, el viejo principio germánico de la propiedad separada sobrevive aún con forma difusa, incluso en decisiones jurisprudenciales importantes de los siglos XVII y XVIII.

DERECHO INTERMEDIO

Los *glosadores*, con sus notas e interpolaciones, habían de *enturbiar más la poca claridad* de las fuentes romanas, concibiendo el derecho de superficie como *modalidad de la enfiteusis*, y es posible que contribuyeran a que en las codificaciones del siglo XIX se dedicara tan poca atención al derecho de superficie, como luego veremos. En tal sentido, BULGARO habla ya por primera vez del dominio útil del superficiario y del dominio directo del concedente o propietario del suelo por su equiparación a la enfiteusis.

En el *Derecho eclesiástico* aparecen con frecuencia derechos de superficie cuya característica especial es la de que *no podían ser enajenados*, acudiéndose al subterfugio de ceder el ejercicio del derecho, y en los Estados Pontificios se conocía un derecho análogo al derecho de superficie, denominado *derecho de gazagá*. Se fundamentaba en la equidad y su finalidad, como nos cuenta COVIELLO (5), era permitir a los hebreos, incapaces legalmente de ser dueños de bienes inmuebles, la posesión y disfrute de los mismos. Consistía en la facultad de habitar, conservar y disponer de la casa a semejanza del dueño, siempre y cuando se pagara pensión o merced, que debía permanecer inalterada en su cuantía. El derecho podía venderse, hipotecarse, donarse, transmitirse por sucesión, cederse en contratos similares al subarriendo, etc.

El mismo COVIELLO acoge en su relación el *ius intraturae* como modalidad superficiaria. Se trataba de un derecho especial de los comerciantes de Florencia. El comerciante que llevara un número de años legalmente en un local arrendado no podía ser desahuciado sino por causas expresamente determinadas, pudiendo incluso traspasar su establecimiento mercantil.

(5) *Della superficie*. Archivo Jurídico, 1892, tomo 49.

DE LOS MOZOS (6) niega que se trate de una modalidad del derecho de superficie, sino más bien un derecho análogo al derecho de vivienda permanente, sólo que referido a un local de negocio. No cabe duda, decimos nosotros, que si se trataba de un derecho permanente de ocupar un edificio pagando un canon, sí tendrá cierto parecido, al menos, con el derecho de superficie, como defiende COVIELLO.

Por influencia de aquellos principios del antiguo Derecho germánico, encontramos en algunos países de *Centroeuropa* ciertas manifestaciones del derecho de superficie, que estudia con detalle PLANITZ (7), y que son las concesiones precarias del suelo, *Bodenleihe*, en su modalidad pública —*Grunderleihe*—, que consistía en la parcelación que un señor feudal concedía a una colectividad con facultad de edificar, y en su forma privada, *Erbleihe*, concesión a un particular que, en principio, no podría transmitirse por herencia, aunque después sí pudiera hacerse.

En *Francia* encontramos una figura curiosa, que es el *bail a congément* o *domaine congeable*, especie de arrendamiento de un fundo para mejorarlo que comporta una facultad de construir cualquier edificación, y que al decir del mismo COVIELLO es una evolución perfecta del derecho de superficie.

También en *Ingllaterra*, por influencia de las concesiones germánicas, encontramos una serie de contratos que encajan dentro de los llamados *Building-Lease*, que existen aún en la actualidad, como luego diremos.

DERECHO MODERNO

Al iniciarse, a finales del siglo XVIII y principios del XIX, el *movimiento codificador*, los primeros Códigos Civiles que aparecen guardan muy poca consideración con este derecho, haciendo algunos caso omiso de él, mencionándolo a lo más o haciendo, finalmente, algunos una regulación muy escasa y deficiente del mismo.

El *Código francés* de 30 de ventoso, del año XII, recoge, en principio, la regla de accesión en cuanto a las edificaciones, excluyendo el derecho de superficie al establecer en su artículo 553 la presunción de que todas las construcciones hechas en una finca, se presumen hechas por el propietario a su costa y le pertenecen si no se prueba lo contrario. Mas a continuación dejaba un resquicio por donde la doctrina ha podido dar acogida al derecho de superficie, al establecer, sin perjuicio de la propiedad,

(6) *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana*. Ministerio de la Vivienda, Madrid, 1974, pág. 61.

(7) *Derecho Privado Germánico*. Barcelona, 1957, pág. 125 y ss.

que un tercero pudiera haber adquirido o pueda adquirir por prescripción todo o parte de lo edificado.

El *Código austríaco*, de 8 de junio de 1811, recogía, aunque de forma un tanto oscura, este derecho, al establecer en su artículo 1.125, si la propiedad dividida de modo que a una persona le corresponda el suelo con el uso del subsuelo, y a otra solamente el uso transmisible hereditariamente de la superficie...

El *Código Civil italiano*, de 25 de junio de 1865, sin hacer referencia concreta al derecho de superficie, al establecer la regla general del principio de accesión en el artículo 448, en semejantes términos que el Código Civil francés, deja igualmente a salvo los derechos adquiridos por un tercero, por lo cual los autores han dado cabida al derecho de superficie en igual forma que en la legislación francesa.

Algo más pródigas son las regulaciones del *Código holandés* y de la *Ley belga de 10 de enero de 1824*; sin embargo, hasta adentrarnos en el siglo xx no se produce un cambio notable en el estudio de esta institución.

El notorio *crecimiento de la población*—que se concentra en las grandes urbes, que crecen vertiginosamente—y el valor de los solares en igual proporción, agudizan el llamado «*problema de la vivienda*», especialmente para las familias modestas, que se agiganta después de la *primera guerra europea*, por haberse destinado durante la misma las energías y capitales a otros fines que provocaron un evidente atraso en el ritmo de la construcción. Era lógico que tal problema económico-social tuviera su reflejo en las disposiciones legislativas tendentes a resolverlo, dando lugar a *cierto renacimiento del derecho de superficie*, como uno de los instrumentos adecuados para ello.

En un principio aparece regulado nuestro derecho en una serie de *normas raquíticas y deficientes*, como única base en que fundamentar el estudio del mismo. Tal ocurre en los primeros Códigos que se promulgan en el siglo xx, y entre ellos, el alemán y el suizo.

Más tarde el progreso doctrinal que siguió a la publicación de los Códigos citados y la nutrida documentación con que las discusiones de la primera década del siglo enriquecieron la materia estudiada, tuvieron eco especial en la *Ley austríaca de 26 de abril de 1912*, que dio un gigantesco paso en la solución del problema de la vivienda y sirvió de inmediato precedente a la importante *ordenanza alemana de 15 de enero de 1919*, complementada por la Ley federal de 15 de marzo de 1951, otra de 23 de junio de 1960 y la fundamental de ordenación del territorio de 8 de abril de 1965, y que ha sido modificada recientemente por una *Ley de 8 de febrero de 1974, con una nueva regulación del canon superficiario*. Esta acertada legislación y la riqueza de los patrimonios de las entidades públi-

cas y comunales ha permitido que en Alemania la subsistencia práctica del derecho de superficie no se haya interrumpido, siendo un instrumento utilísimo en el campo del urbanismo.

En el *Derecho suizo* se pusieron de manifiesto las deficiencias de la regulación del derecho de superficie en su Código Civil de 1907, *al desarrollarse el turismo en el país*. Entonces se observó que existían una serie de construcciones que, de hecho, estaban en terrenos públicos, por ser las municipalidades suizas los mayores propietarios del suelo urbano, haciéndose necesaria una más amplia normativa del derecho de superficie para reglamentar el régimen de aquéllas. *Desde 1926 se intentó una nueva y moderna regulación del derecho de superficie*, que después de varias interrupciones tuvo lugar en la *Ley de 19 de marzo de 1965*.

En *Francia* igualmente tuvieron necesidad de afrontar el mismo problema, y lo hicieron con la *Ley de 16 de diciembre de 1964*, que reguló el llamado *bail à construction*, y la de *30 de diciembre de 1967*, que crea las *concesiones inmobiliarias* para construir. Cualquiera que sea la naturaleza jurídica de estas nuevas figuras discutidas por los autores franceses, no puede negarse que tienen grandes afinidades con el derecho de superficie.

En el *Código italiano de 16 de marzo de 1942* encontramos también una regulación somera, pero esencial y aceptable, del derecho de superficie, que también fue *superada por las necesidades prácticas del urbanismo y la construcción*, al igual que en las otras naciones a que hemos aludido, y fueron dictadas las importantes *Leyes de 18 de abril de 1962, de 28 de septiembre de 1964 y de 22 de octubre de 1971*, que suponen un gran avance en materia de urbanismo, en general, y respecto del derecho de superficie, en particular. Como principales innovaciones podemos citar la preferencia a las concesiones de terrenos en derecho de superficie *en las zonas residenciales* y la posibilidad de constituirse *a favor de entidades públicas*, en cuyo caso no tendrá limitación temporal.

Es *Inglaterra* uno de los países donde *mayor uso se hace del derecho de superficie*, aunque de una manera peculiar, puesto que la encontramos *unida con frecuencia con el arrendamiento*. La figura se denomina *lease*, que tiene una duración mínima de veintiún años, y al final el terreno vuelve al propietario.

El régimen vigente está contenido fundamentalmente en: «*Land Clauses Consolidation act. 1845.—Land of Property act. 1925.—Land registration act. 1925.—Land lord and tenant act. 1927.—County construction act. 1934.—Adquisition of land act. 1946.—New towns act. 1946.—Towns and Country Pleanning act. 1947.—Land lord and Property act. 1951*, que no es válido o no se aplica a Escocia e Irlanda del Norte. En

ella se reconocen derechos especiales de la Corona sobre el suelo en los condados de Cornualles y Lancaster.—Land bord and tenant. act. 1954.»

en la segunda edición—, « 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», y el artículo 1.655, que dice, «los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código...».

En la frase «cualquiera otros gravámenes de naturaleza análoga» suele incluirse el derecho de superficie, aunque no falte quien, como M. ESCAEVOLA, crea más bien *que se refiere únicamente a figuras análogas a los foros*, como rentas en saco, sisas, cédulas de planturia, etc. (8).

MANRESA cree que dicho artículo sienta un principio que constituye la norma reguladora del derecho de superficie y *le aplica* precisamente las *disposiciones establecidas para el censo enfiteútico*, no obstante ser las diferencias claras en lo que respecta a su origen, naturaleza, modo de adquirir y contenido (9).

Los anotadores de ENNECCERUS, PÉREZ y ALGUER (10) ponen de manifiesto que el Real Decreto-Ley de 25 de junio de 1926, ratificado por otro de 31 de mayo de 1931 y Ley de 30 de diciembre del mismo año, y su Reglamento de 23 de agosto de 1926, al desenvolver o desarrollar el principio de redención sentado en el artículo 1.611-3.º y en la base 23 de la Ley de 1 de mayo de 1888 en las provincias de Galicia, Asturias y León, que fueron declarados de aplicación a toda España por Decreto de 3 de noviembre de 1931 y la base 22, apartado 1.º, de la Ley de Reforma Agraria de la República, *dejaron sentenciado el problema*, y al «derecho de superficie» le eran aplicables las normas propias de la enfiteusis y las de todo derecho real con posesión de la cosa sobre la que recae:

En este mismo sentido, diría don JERÓNIMO GONZÁLEZ en 1922, «para el estudiante español el derecho real de superficie *es una supervivencia medieval* a la que conceden los juristas una docena de líneas y el Código Civil una mención, que *casi es un epitafio*, en el artículo 1.611».

Sin embargo, el documentado y magnífico estudio de don JERÓNIMO produjo *un verdadero renacimiento teórico* de la institución, que desde entonces fue tratada por los autores no con una docena de líneas, sino con amplia extensión y teniendo siempre en cuenta la obra del ilustre maestro. Tal fue la importancia del estudio de don JERÓNIMO GONZÁLEZ (11).

(8) *Comentarios al Código Civil*, tomo 34, vol. II.

(9) *Comentarios al Código Civil*, tomo XI, edic. 1950, pág. 202.

(10) *Derecho de cosas*. Ennecérus-Kipp-Wolff, Bosch, 1937, tomo II, vol. II, página 14.

(11) Cit. ant. *Estudios...*

La *legislación hipotecaria*, que en España, al contrario de otros países, siempre estuvo separada de la civil, fue más respetuosa con el derecho de superficie. La Ley Hipotecaria de 1861, en cuya Exposición de Motivos ya se intuyó un concepto moderno del derecho de superficie, *con una visión más amplia*, contempló su existencia como derecho autónomo fuera de la figura gemela de la enfiteusis. Así, en el artículo 107, que regulaba los bienes que podían hipotecarse, con restricciones, incluyó en su párrafo 5.º «los derechos de superficie, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real», y fue el artículo 27 del *Reglamento Hipotecario de 1863*, seguido por el de 1870—quizá *por el lastre de su importancia histórica*—, el que concibió el derecho de superficie como propiedad separada del suelo, al disponer que en toda inscripción relativa a fincas, en la que el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra, se expresaría con claridad esta circunstancia.

No era la primera vez, ni sería la última, que la legislación hipotecaria, hablando en términos taurinos, entendidos por todos los españoles, *hacía un quite o echaba un oportuno capote a la legislación civil*, y aquellos preceptos hipotecarios permitieron a la *Dirección General de los Registros y del Notariado* demostrar en varias resoluciones (12) que el concepto clásico del derecho de superficie, *si no era muy corriente, tampoco era desconocido en la práctica jurídica española*.

Fue con el florecimiento del *urbanismo*, y al proliferar en términos insospechados *la edificación*, cuando aparece una regulación sistemática del derecho de superficie en la *Ley del Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956*—artículos 157 a 161—, reformada por la Ley número 19, de 2 de mayo de 1975, en cuya disposición final segunda se dispuso que en el término de un año se aprobaría por el Gobierno, a propuesta del Ministerio de la Vivienda, y previo dictamen del Consejo de Estado, un Texto Refundido de la Ley, que fue sancionado por Real Decreto número 1.346, de 9 de abril de 1976.

Con anterioridad a esta última reforma es preciso citar como *normas vigentes* relativas al derecho de superficie el artículo 58 del *Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 de marzo de 1941*; el artículo 11, apartado 5.º, de la *Ley de Montes de 8 de junio de 1957*, y los importantísimos artículos 16 y 30-2.º del *Reglamento Hipotecario*, introducidos en su reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959.

Antes de entrar en el estudio de la ya amplia regulación legal, que, dicho sea de paso, ha recibido *crítica favorable y general aplauso, por llenar una evidente laguna legal* respecto del derecho de superficie, tene-

(12) Resoluciones de 29 de abril de 1871, 29 de septiembre de 1911, 24 de abril de 1913, 19 de diciembre de 1917 y la más importante de 27 de octubre de 1947, entre otras.

mos que aludir a un problema previo importante: se trata de la hermenéutica que debemos seguir en la aplicación de los diversos preceptos incluidos en leyes tan dispares. En efecto, *¿pueden complementarse unos con otros o regulan supuestos o clases de superficie diferentes?*

El profesor ALBALADEJO (13) nos dice: «La regulación de la Ley del Suelo alcanza sólo a los derechos de superficie establecidos dentro del marco de los planes de ordenación urbana (ya que el objeto de la ley es, según su artículo 1.º, 'la ordenación urbanística de todo el territorio nacional'), dejando los demás sometidos al régimen que les corresponda, y en cuanto al Reglamento Hipotecario, el espíritu de la reforma del artículo 16 alcanza a todo el derecho de superficie *urbana* (*urbana normal* y de *planes urbanísticos*), aun a los casos que no llega su letra, mientras que al derecho de superficie *rústica*, se refiere la reforma del artículo 30. Así, pues, hay que distinguir, por un lado, el derecho de superficie urbanístico y, por otro, el derecho de superficie como figura general, y dentro de ésta, la urbana y la rústica. El régimen jurídico de los tres es distinto, al menos en parte; el de la urbanística, se regula por la Ley del Suelo, en primer término, y sólo supletoriamente por las reglas de la superficie general urbana. La rústica sólo tiene una figura general, pero sometida a algunas normas discrepantes de la urbana.»

MEZQUITA DEL CACHO (14), por el contrario, cree que la Ley del Suelo, al colmar una evidente laguna legal, complementa el Código Civil en base del antiguo artículo 6.º del mismo que invoca las leyes en general y no sólo las que contenga el Código, sino también las leyes especiales, como la Ley del Suelo, llegando a defender que, *en algunos aspectos, hasta ha modificado al Código* y que, en relación al derecho de superficie, *es la ley a la que aludía el artículo 1.611*, porque los Decretos de 1926 y 1931 se refirieron sólo a los foros y subforos, pero no al derecho de superficie.

Esta opinión de MEZQUITA nos parece acertada en su primera parte, pero en la segunda *no creemos tenga mayor consistencia que su originalidad*.

Más moderado, GUILARTE ZAPATERO (15) nos dice que es posible afirmar que la regulación contenida en la ley especial es susceptible de ser tenida en cuenta *como norma supletoria* para el derecho de superficie común, siempre y cuando que, en efecto, su aplicación se limite a ser complementaria y no modificativa de la misma.

(13) Instituciones de Derecho Civil. Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, 1964, pág. 440.

(14) El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956. R. D. P. 1957, pág. 761.

(15) El derecho de superficie. Aranzadi, 1966, pág. 201.

También, en este sentido, PUIG PEÑA (16) cree que su aplicación sólo alcanza a los casos en que el derecho de superficie cumpla—o trate de realizar—la finalidad específica asignada por la ley. En los demás supuestos sólo puede tener ésta *un valor subsidiario o supletorio*, siempre que no contradiga los principios y normas generales del Código Civil.

Con todos los respetos debidos a tales teorías y a sus defensores, creemos *se puede intentar una regulación unitaria del derecho de superficie con todas las disposiciones legales vigentes* sobre la misma. Indudablemente, deberemos guardar *la jerarquía* entre las disposiciones legales propiamente dichas y disposiciones reglamentarias, pero hecha esta salvedad creemos que todas deben armonizarse y complementarse mutuamente en lo que no sean abiertamente contradictorias. Ello es así por las razones siguientes:

Primera.—Por ser el derecho de superficie una figura perfectamente *laborada históricamente con caracteres y fisonomía propios*, como hemos visto al exponer su evolución, y, en consecuencia, cualquier disposición legal sobre aquélla tiene que reconocer implícitamente su carácter unitario y completo, de manera que se refiera a una institución ya perfectamente modelada.

Segunda.—Como dice el profesor CASTRO, al hablar de la concordancia de las leyes, «el ordenamiento jurídico moderno constituye un sistema, postula la unidad y la eliminación de contradicciones. *Ninguna ley existe ni puede entenderse aisladamente; cada nueva regla repercute* en mayor o menor grado sobre las demás; pero *ella, a su vez, no puede comprenderse bien sin conocer su encaje en el derecho ya existente*. La *jurisprudencia* insiste con razón sobre la necesidad de interpretar, atendiendo a las demás leyes y en armonía con ellas». Si ello es así, tratándose del ordenamiento en general, con mayor razón lo será al tratarse disposiciones sobre una misma institución jurídica.

Tercera.—La *teoría institucional* elaborada por HAURIOU y seguida por RIGAUD (17), RENARD y SALEILLES en parte, que desemboca en reconocer que el ordenamiento está formado por grupos de normas que se refieren a las formas básicas y típicas de la organización jurídica total, presupone que aquellas normas encajen dentro de estas formas.

Cuarta.—Si, según el artículo 3.º, 1.º, del Código Civil, título preliminar reformado, «las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, *en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legisla-*

(16) *Compendio de Derecho Civil*. Nauta, 1976, tomo II, pág. 703.

(17) *El derecho real*. Madrid, Reus, 1928.

tivos y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas», las relativas al derecho de superficie no serán una excepción y habrán de serlo, naturalmente, en el sentido que propugnamos.

En definitiva, pues, las normas dadas para regular el derecho de superficie deben servir para una regulación que, salvando aspectos parciales de detalle, encajan dentro de su configuración total.

Respecto de las normas contenidas en el *artículo 16* del Reglamento Hipotecario, *hay que considerarlas, sin duda, de aplicación general*, por cuanto el preámbulo del Decreto de 19 de marzo de 1959 declara: «la superficie, aparte una ligera referencia del Código Civil, había sido objeto de ciertos artículos de la Ley del Suelo; pero era necesario el desenvolvimiento reglamentario de aquellos precedentes sustantivos que aliviara la orfandad de una regulación precisa y permitiera traducir a la realidad figura jurídica tan sugestiva».

La misma orientación siguen la mayoría de autores, como ROCA SASTRE, LA RICA, ALBADALEJO, GULLÓN, MARTÍN BLANCO, etc., aunque GUILLARTE ZAPATERO encuentra en determinados puntos concretos graves obstáculos de aplicabilidad.

REGULACION LEGAL DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Hemos llegado ya al estudio de las disposiciones legales vigentes que hoy regulan este derecho, pero teniendo en cuenta que esta conferencia estaba encuadrada en un ciclo destinado a la nueva Ley del Suelo, nos referimos únicamente al derecho de superficie en ella regulado, dejando fuera otras figuras posibles en nuestro ordenamiento, atendiendo a las circunstancias de tiempo y lugar que nos mandan.

El artículo 171 de la Ley del Suelo, en el párrafo segundo, establece que la superficie urbanística se registrá:

- 1.º Por las disposiciones *contenidas en esta sección*.
- 2.º Por *el título constitutivo* del derecho, y
- 3.º Subsidiariamente por las *normas del Derecho privado*.

Esta enumeración supone *una jerarquía de normas*, lo cual quiere decir que en el título constitutivo no podrá estipularse nada en contra de lo dispuesto en la Ley que tiene carácter de Derecho dispositivo, y como éstas no son muy detalladas y dejan amplio campo a las estipulaciones de las partes, de ahí *la gran importancia de la redacción del título constitutivo*, que al tener que formalizarse necesariamente en escritura pública deposita

en los Notarios la responsabilidad y la confianza de la modelación de los derechos de superficie.

A las normas de la Ley tenemos que juntar las reglas del artículo 16 del Reglamento Hipotecario, por tener, como hemos visto, carácter complementario, en tanto no se disponga otra cosa en su día por los Reglamentos especiales de la propia Ley del Suelo.

La Ley no ha dedicado *ninguna norma transitoria* al derecho de superficie y hubiera sido de utilidad que lo hubiera hecho. Por lo menos para aclarar por qué ley deberán regirse los derechos *que se constituyan dentro de los planes que se rijan por la ley antigua, pero después de entrar en vigor la nueva*. En este caso, y ante el silencio legal, creemos que deben sujetarse a la ley nueva.

Las *normas subsidiarias* del Derecho privado más directamente aplicables serán las relativas a la accesión, las generales de las obligaciones y contratos y, naturalmente, las que se refieren a la capacidad de los particulares.

CONSTITUCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. ELEMENTOS PERSONALES

A) *El propietario del suelo, concedente o superficiante*, que puede ser, según el artículo 171-1.º, *el Estado*, las *Entidades Locales y Urbanísticas especiales* y las demás *personas públicas*, cuya capacidad está determinada por sus leyes especiales o por los propios Estatutos de su creación, y *los particulares*, cuya capacidad será la de cada caso particular.

Como la constitución del derecho de superficie supone un acto de gravamen sobre bienes inmuebles, deberá el que lo constituya tener *capacidad de disponer y poder de disposición* de la finca sobre la que deba recaer el derecho.

Así, los menores deberán estar representados por sus padres y con autorización judicial (artículo 160-4.º del Código Civil), los tutores necesitarán autorización del consejo de familia (artículo 269-5.º) y los emancipados necesitarán el consentimiento del padre, madre o tutor (art. 217).

Las *sociedades civiles* o mercantiles deberán ajustarse a sus propias normas para los actos de disposición.

B) *El superficiario concesionario o titular del derecho* a la construcción necesitará la capacidad general para obligarse.

Los padres podrán actuar en representación de sus hijos menores sin necesidad de autorización y los emancipados podrán constituirlo por sí.

2. ELEMENTOS REALES

A) El *suelo propio del superficiante, sobre o bajo* dicho suelo, incluso *sobre una edificación* ya construida y también *bajo dicha edificación*, es lo que constituye la base o elemento esencial del derecho de superficie.

Si pertenece a varios en *condominio*, se necesitará el consentimiento de todos. Si tuviere carácter *ganancial*, se necesitará el consentimiento de ambos cónyuges (art. 1.413 del Código Civil), y si es *privativo o parafern*al, bastará el consentimiento del marido o de la mujer, respectivamente (artículo 1.387, modificado por Ley de 2 de mayo de 1975).

El terreno que se grave con el derecho de superficie, dice LA RICA, *ha de ser siempre ajeno al superficiario*. No es incompatible que sea arrendatario del suelo y tal vez tampoco que sea usufructuario, aunque esta segunda hipótesis reconoce que podía dar lugar a relaciones jurídicas complicadas (18).

B) El otro elemento, *la construcción superficiaria* consiste, generalmente, en edificaciones u otras obras en las que se empleen materiales propios de la construcción, como nos dice SALIS, en la doctrina italiana; y entre nosotros, ROCA SASTRE entiende esencial que se trate de algo incorporado al suelo de suerte que sin el derecho de superficie sería absorbido por el suelo, por el proceso de la accesión (19).

Será de trascendental importancia determinar el «*volumen edificable*» *si fuere conocido*, o, en su defecto, hacer una referencia a las *normas por que haya de calcularse*, así como a las *licencias necesarias* para la edificación.

Dentro de esta línea de generalidad y amplitud, el artículo 171-1.º habla de la *construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones*, que hay que entender como una relación abierta y meramente enunciativa.

3. ELEMENTOS FORMALES

En cuanto a la forma de constitución del derecho de superficie, hay que distinguir la constituida por el Estado y demás entes públicos y los particulares.

A) Respecto a los primeros, establece el artículo 172-1.º que se efectuará por concesión, la cual se formalizará por subasta o por adjudicación

(18) *Comentarios a la Reforma del Registro Hipotecario*, 1959, pág. 29.

(19) *Ensayo sobre el derecho de superficie*. R. C. D. I., Primer Centenario. Ley Hipotecaria 1961, pág. 42.

directa o como consecuencia de haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo por permitirlo así la ejecución del plan.

Analicemos cada uno de estos supuestos:

La subasta será el caso general y se regulará por las normas de la Ley del Suelo y demás disposiciones legales aplicables a la entidad que concediere el derecho de superficie. En el *pliego de condiciones deberán contenerse todos los requisitos* del derecho de superficie, que después se plasmarán obligatoriamente en la escritura pública, que será el título de constitución verdadero.

La adjudicación directa tendrá lugar en los supuestos que puedan exceptuarse de la subasta, pudiendo hacerse, *incluso gratuitamente o por precio inferior*, según el citado precepto de la Ley del Suelo, en los siguientes casos, que serán:

- 1.º Para atender necesidades de viviendas de carácter social.
- 2.º Para construir edificios públicos destinados a organismos oficiales.
- 3.º Para edificios de servicio público de propiedad pública o particular que requieran un emplazamiento determinado sin propósito especulativo, como centros parroquiales, culturales, sanitarios o instalaciones deportivas, y
- 4.º Para la construcción de viviendas por organismos oficiales (artículo 172-1.º en relación con el 166 y 169, todos de la Ley del Suelo).

En tales casos se necesitará además autorización del Ministerio de la Vivienda o del de la Gobernación, según que dicha adjudicación se verifique por órganos urbanísticos de la Administración del Estado o por entidades locales.

La expropiación parcial tendrá lugar en los casos determinados por la ley y en el respectivo expediente se detallarán las particularidades y requisitos de la concesión del derecho de superficie.

B) *Los particulares* sólo deberán atenerse a las siguientes formalidades, que son obligatorias en todo caso:

La escritura pública, que tendrá el carácter de requisito *indispensable o «ad solemnitatem»*, es decir, que al igual que en el supuesto del artículo 1.628 del Código Civil para la enfiteusis, no tendrá validez alguna si no se formaliza en escritura notarial. Sin embargo, las palabras, en todo caso, no pueden impedir que en caso de litigio pueda suplir a la escritura una *sentencia judicial firme*.

La inscripción en el Registro de la Propiedad la exige la Ley del Suelo en el artículo 171-2.º, como requisito constitutivo de su eficacia, y el artículo 16 del Reglamento Hipotecario dice «para su eficaz constitución».

Es indudable, dice ROCA SASTRE (20), que el pensamiento de estos dos preceptos es que tenga *valor constitutivo* la inscripción, pero la fórmula empleada no es del todo correcta, pues en caso de inscripción constitutiva, la inscripción, juntamente con el título correspondiente, son requisitos necesarios para el nacimiento o existencia del derecho real de superficie y no sólo para su eficacia.

DE LOS MOZOS (21), GULLÓN (22) y FOSAR BENLLOCH (23) se plantean innecesariamente si en estos supuestos la inscripción en el Registro de la Propiedad *suplirá a la tradición* por tratarse de un derecho que, como el de superficie, es susceptible de posesión. Decimos innecesariamente, porque como es necesaria en todo caso la escritura pública, *ésta producirá la llamada tradición instrumental*, que equivale a la entrega de la posesión, según se desprende, y está admitido por todos, del artículo 1.462 del Código Civil.

Problema distinto es el que se plantea si, una vez formalizada la *escritura pública*, *no se inscribe en el Registro de la Propiedad*. En tal supuesto hay bastante unanimidad en la doctrina en considerar que la escritura producirá *efectos entre las partes* que la otorgaron, pero *no frente a terceros*, y el carácter constitutivo de la inscripción dará pie a que las partes puedan compelerse recíprocamente a la inscripción.

Aunque dados los términos absolutos de la ley («requisito constitutivo de su eficacia») y del reglamento («su eficaz constitución») ya señalados, creemos que nos legitima para opinar que *aun para exigir todos los efectos de la superficie entre las partes deberá cumplirse el trámite de la inscripción*.

En la práctica, sin embargo, no deben surgir problemas a este respecto. Como el dueño del suelo y el superficiario serán otorgantes de la escritura de constitución del derecho de superficie, tanto uno como otro podrán obtener del Notario autorizante *una copia y mediante ella proceder unilateralmente a su inscripción*.

Problema puramente registral es el de si debe abrirse necesariamente *nuevo folio al derecho de superficie* independiente de la propiedad del suelo.

En principio, y teóricamente, dependerá de la concepción que aceptemos sobre la naturaleza jurídica del derecho de superficie, si se trata de un supuesto de propiedad dividida, o de un derecho real en cosa ajena, pero en la realidad, y sin aludir a este problema, no está de acuerdo la doctrina.

(20) Cit. ant., pág. 46.

(21) Cit. ant., pág. 290.

(22) Cit. ant., pág. 70.

(23) El derecho de superficie. Anales de la Universidad de Valencia, 1954-55, pág. 55, y A. D. C., 1958, pág. 858.

Ya don JERÓNIMO GONZÁLEZ, siguiendo la orientación de la ordenanza alemana de 1919, apuntó que *las leyes tienden a sustantivarlo y colocarlo en la categoría de finca hipotecaria*.

Más categórico, FOSAR BENLLOCH (24) nos dice que, de no configurarse este derecho como *finca independiente*, e inscribirse en folio propio, *se quebrantaría el principio de especialidad*, terminando por propugnar la agregación de un nuevo párrafo al artículo octavo de la Ley Hipotecaria, en que se consagre la inscribibilidad separada tanto del derecho de superficie como de cada uno de los planos horizontales en que se divide.

También GONZÁLEZ PÉREZ (25) en este sentido escribe: «Teniendo en cuenta que el derecho de superficie determina la propiedad plena sobre la edificación, parece *necesario que debe inscribirse en folio separado, bajo número distinto*, además de en el folio donde figura inscrito el suelo, haciendo constar todas las circunstancias del artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Idem NÚÑEZ RUIZ (26).

Con mejor criterio, LA RICA (27) nos dice: como se trata de un derecho real, deberá, desde luego, *inscribirse en el folio donde figure inscrito el suelo* o edificación sobre que se constituya; mas como el derecho de superficie reviste una doble naturaleza, pues, por una parte, es un gravamen del dominio del suelo, y por otra, es una propiedad limitada y temporal, *puede también sustantivarse*, como ocurre en la legislación alemana, e inscribirse en folio separado, bajo número distinto.

Cuando se trate de un derecho superficiario, concedido sobre un solar, no existirá la necesidad de la sustantivación de la superficie y de inscribirla con separación del suelo. Bastará inscribir el título constitutivo como gravamen de la finca inscrita y después la declaración de la obra nueva realizada por el superficiario. También MEZQUITA, GULLÓN y LACRUZ.

Compartimos absolutamente esta última opinión y no, en cambio, las anteriores, pues *no es necesaria, sino facultativa, la inscripción del derecho de superficie bajo folio independiente*, y sí, en cambio, consideramos necesario que se realice en el folio correspondiente al solar o edificio sobre que se constituya el derecho.

(24) A. D. C., 1958, pág. 852.

(25) *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, pág. 896.

(26) *Derecho Urbanístico*, pág. 368.

(27) *Comentarios...*, 1959, pág. 33.

CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. DERECHOS DEL PROPIETARIO DEL SUELO

1.º *La contraprestación del superficiario*, salvo los supuestos de constitución a título gratuito por donación, herencia o legado, podrá consistir, según el artículo 172-3.º de la Ley, en:

A) Una *suma alzada*, en cuyo caso se equiparará a la compra-venta del derecho de superficie.

B) Un *canon periódico*, que es el antiguo *solarium* o pensión superficiaria, que debe consistir en el pago de una cantidad de dinero que podrá ser *fija o gradual*, e incluso, por menor tiempo que la duración del derecho de superficie, pues nada impide el juego del tiempo con la cantidad del pago, pudiendo *dar lugar a diversas y variadas combinaciones*.

Cabría también sujetar el importe del canon a *cláusulas de estabilización*, pero para su inscripción en el Registro de la Propiedad habría que establecer unos *módulos que, en cualquier caso, permitieran calcular la cantidad máxima debida*, por exigirlo el principio de especialidad y la protección de posibles terceros. Podría servirnos de precedente por analogía la doctrina elaborada sobre estas cláusulas en materia de arrendamientos por el Tribunal Supremo en su ya copiosa jurisprudencia.

Para solucionar posibles dudas sobre la aplicabilidad de las cláusulas de estabilización y su funcionamiento sería de desear que aludiera a ellas el futuro reglamento sobre la ley.

Al tener el canon el carácter de derecho personal podría *ser objeto de garantías variadas*; por ejemplo, fianza, prenda, cláusula penal, etc., incluso otras de trascendencia real, como hipoteca, condición resolutoria a las que se refiere el artículo 16-1.º E del Reglamento Hipotecario.

ROCA (28) no admite la *condición resolutoria* por equipararla al comiso. En cambio, SALIS (29) sí la admite con resarcimiento de daños y con efectos desde la falta de pago, lo cual nos parece más acertado.

Lo que se prohíbe expresamente en el Reglamento Hipotecario es el *pacto de comiso*, a pesar de lo cual, autores como PUIG PEÑA y GUILARTE ZAPATERO (30) *creen en su validez, aunque* de acuerdo con el precepto reglamentario tal pacto *no sería inscribible*. Consideramos totalmente *infundada esta opinión* por el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, en su conjunto, no fragmentado, lo cual iría contra la

(28) Cit. ant., pág. 48.

(29) *La superficie*, reedición 1954, Torino, págs. 29 y 56.

(30) Cit. ant., pág. 266.

unidad institucional de aquel derecho superficiario, y por el carácter complementario pero obligatorio que hemos visto tienen las disposiciones del Reglamento Hipotecario.

C) *Viviendas o locales de la construcción* realizados por el superficiario, en cuyo caso el propietario del terreno pasaría a formar parte en régimen de propiedad horizontal y sujeto a las normas de la misma, de acuerdo con la Ley de 21 de julio de 1960.

D) *Derecho de arrendamiento de unos y otros*.—En estos supuestos el titular de los derechos de arrendamiento será el propietario del suelo, y el arrendador el superficiario, y no es probable que surjan problemas mientras la relación arrendaticia se mantenga así; pero si posteriormente ocurrieran cesiones o subrogaciones de las viviendas o traspaso de locales de negocios, podrían complicarse las situaciones por ingerencia de la legislación de arrendamientos, por más que en estos casos se establezca que los nuevos titulares se subrogarán en los derechos y obligaciones del primitivo contrato de arrendamiento.

GUILARTE ZAPATERO (31) y GONZÁLEZ PÉREZ (32) creen de aplicación el artículo 114-12.º de la Ley de Arrendamientos Urbanos, que prevé el supuesto de *arrendamiento por el usufructuario*, que sólo se extinguirá al finalizar el usufructo cuando el propietario pruebe que las condiciones pactadas fueron notoriamente gravosas para la propiedad. Aunque es casi seguro que estarán cambiadas las normas sobre arrendamientos cuando se extingan los derechos de superficie que se vayan constituyendo, ante estos posibles inconvenientes no estaría de más que el futuro reglamento *estableciera alguna norma sobre este particular*, por ejemplo, que tales arrendamientos sólo podrán ser disfrutados por el dueño del suelo y sus herederos, debiendo extinguirse con el derecho de superficie, aunque con ello quizá quitaría aliciente a la constitución de los mismos arrendamientos que la Ley del Suelo ha incluido en la contraprestación del superficiario. *Idéntica solución a la que proponemos aplica el artículo 58-3.º de la Ley.*

E) *Varias de estas modalidades a la vez*, en cuyo supuesto nos referimos a los comentarios hechos a cada una de las modalidades.

2.º Tienen también derecho el dueño del suelo a *que se construya el edificio proyectado y pactado* dentro del término que establece el artículo 173-1.º, que dice: «el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el plan o en el convenio si fuera menor». Compaginando este artículo con el repetido 16 del Reglamento Hipotecario, no podrá exceder de *cinco años*.

La Ley del Suelo habla en este caso de extinción del derecho de superficie y quizá no sea muy acertado o, por lo menos, muy técnico, por cuanto

(31) Cit. ant., pág. 294.

(32) *Comentarios a la Ley del Suelo*, 1976, pág. 896.

el derecho de superficie es dudoso que haya nacido cuando aún no se ha edificado.

3.º Igualmente tendrá derecho a que se realice la construcción *con las características señaladas y de acuerdo a los proyectos* y a que se dé a lo edificado *el destino pactado* (art. 16, letra C).

4.º Tendrá también, como dice ROCA SASTRE, un derecho de *inspección, control o verificación* sobre el uso y conservación de lo edificado.

2. DERECHOS DEL SUPERFICIARIO

1.º El principal derecho del superficiario es el de *realizar la construcción pactada y ser dueño de la misma* en los términos del título de constitución. Podrá también *reconstruirla en caso de destrucción total o parcial*, salvo pacto en contrario.

2.º Como consecuencia de lo anterior, podrá *enajenar, gravar y, en general, disponer* de su derecho de superficie tanto por actos *inter vivos*, onerosos o gratuitos, como por causa de muerte, si en el título de constitución no se hubieran restringido estas facultades. Otra cosa no supone la dicción del artículo 171-1.º en el sentido de que será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo. También el Reglamento Hipotecario en el tantas veces citado artículo 16.

Queremos hacer una mera alusión a *la subsuperficie*, que *hay que admitir dados los amplios términos de la Ley* sin necesidad de acudir a la doctrina de los derechos sobre derechos.

Sin embargo, ROCA SASTRE (33) exige que exista la propiedad superficiaria, o sea, *que se haya edificado*, y DE LOS MOZOS (34), que bien en el título de constitución o con posterioridad *lo autorice el dueño del suelo*.

Creemos que la subsuperficie poco puede añadir al desarrollo del derecho de superficie y que, dadas las dificultades y exigencias legales que aparecen en la legislación comparada, la Ley *hubiera podido suprimirla*, como hace el artículo 1.654 del Código Civil con la subenfiteusis.

3.º Los derechos de *tanteo y retracto* que la antigua Ley de 1956 concedía mutuamente al superficiario y al dueño del suelo en caso de enajenación onerosa de uno u otro *han desaparecido* de la actual, *haciéndose eco de la opinión contraria* de la mayor parte de la doctrina española y de los *precedentes también contrarios* de las legislaciones europeas de Alemania, Italia y Suiza.

(33) Cit. ant., pág. 56.

(34) Cit. ant., pág. 285.

Visto en general, y a groso modo, *el contenido* del derecho de superficie, desdoblado en derechos y obligaciones de las partes, veamos por último la

EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1. CAUSAS DE EXTINCIÓN

La extinción tendrá lugar:

1.º Por el *transcurso del plazo* que se hubiese pactado al constituirlo, que no podrá *exceder de setenta y cinco años* en el concedido por el Estado y demás personas jurídicas públicas, ni de *noventa y nueve años* en el convenido entre particulares (art. 173-1.º).

La Ley anterior establecía el plazo máximo de cincuenta años y este mismo fija también el Reglamento Hipotecario en el artículo 16. La Ley actual, en su deseo de favorecer la figura que estudiamos, ha alargado considerablemente los plazos, y en este sentido habrá que *considerar modificado el señalado por el Reglamento Hipotecario*.

No parece que sea posible, en vista de los preceptos legales, *una prórroga* de estos plazos ni aunque se hubiera pactado en la misma constitución. Otra cosa sería si se hubiera establecido en el título de constitución un *derecho preferente a la renovación*, ya que en este caso *formaría parte del contenido del derecho* de superficie, como defiende para la legislación alemana WOLF-RAISER, citado por DE LOS MOZOS. En este último supuesto sería necesario un nuevo título de constitución del nuevo derecho de superficie a favor del anterior superficiario en virtud de su derecho preferente.

2.º La *renuncia del superficiario*, una vez construida la edificación, puede ser causa de extinción del derecho, pero no hay unanimidad en la doctrina.

SALIS no lo admite sin consentimiento del dueño del suelo, y ROCA SASTRE hace varias distinciones.

Creemos que si la superficie se construyó a título gratuito *podrá renunciarse unilateralmente*, pero si se pactó canon o contraprestación *necesitará la aquiescencia del dueño*, salvo siempre los derechos de terceros, si los hubiera.

3.º La *confusión de derechos* tiene, después de la última reforma de la Ley del Suelo, *un tratamiento especial*, pues el artículo 173-4.º dispone: «si por cualquier causa se reunieran en la misma persona los derechos de

propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolo separadamente».

Ello no impedirá reconocer que la superficie se habrá extinguido, pero en atención a posibles terceros interesados la solución legal impide que se extiendan sus derechos a la totalidad del suelo y de lo edificado.

4.º Otras causas de extinción son *las condiciones resolutorias* cuando se hayan pactado, el *mutuo disenso* y las *expropiaciones* forzosas, aunque no exista pacto.

La destrucción de lo construido no constituye causa de extinción en contra de lo que creen algunos, como GULLÓN y GUILARTE, pues ya hemos visto que en este caso el superficiario tendrá derecho a la reconstrucción de lo edificado, que seguirá el régimen de lo destruido, operándose un claro supuesto de subrogación real.

2. EFECTOS FUNDAMENTALES DE LA EXTINCIÓN

A) *La reversión*.—Se llama reversión, aunque de manera poco técnica como veremos, al tránsito de la propiedad de lo edificado al dueño del suelo, cosa que tiene lugar por efecto natural del derecho de superficie al extinguirse, pues entonces *se producen automáticamente las consecuencias de la accesión que estaban suspendidas precisamente por el derecho de superficie*. Sin embargo, la regulación legal de este efecto esencial del derecho de superficie al llegar su extinción ha sido dubitativa y fluctuante. La *Ley del Suelo de 1956*, en su artículo 61-2.º, establecía: «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».

Observemos que este precepto consideraba efecto natural la indemnización por el propietario del suelo, pero *la ha suprimido la Ley actual* en el artículo 172-3.º, y dados los términos de la misma parece que no será posible el pacto en contra.

No podemos alabar esta radical supresión de la indemnización del valor de la construcción al finalizar el derecho de superficie (35). Parecía justo que el superficiario *al carecer del «ius tollendi» tuviera derecho a un resarcimiento* en metálico, pero la nueva legislación, seguramente pensando en las dificultades de su fijación o cálculo y para dar mayores ali-

(35) La *Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra*, aprobada por Ley de 1 de marzo de 1973, en su Ley número 434 establece con mejor criterio que «lo edificado revertirá a la propiedad sin compensación o con ella, según se haya pactado».

cientes a los propietarios a ceder terrenos para la construcción mediante el derecho de superficie, ha considerado conveniente su eliminación como parece deducirse de la *Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975*, que, por otra parte, parece compensar dicha supresión con el aumento del plazo y de las modalidades de contraprestación. Las partes en el título de constitución *deberán tener en cuenta este fundamental cambio y establecer el equilibrio negocial en las demás contraprestaciones*.

El Reglamento Hipotecario había introducido *bastante confusión en cuanto a la reversión*, al disponer en el tan repetido artículo 14, en su párrafo 1.º, A) y B), lo siguiente:

«Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario», «pudiéndose estipular la reversión del *todo o parte de lo edificado* a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido», sin que se pueda justificar por ciertas circunstancias prácticas que pudieran presentarse, como dice DE LOS MOZOS (36), pues creemos que se hubieran podido atender sin desnaturalizar la institución.

Comentando estos preceptos, dice LA RICA (37), quiere esto decir que *se deja a los contratantes la más amplia libertad para modelar el derecho*, según sus diferentes intereses y su voluntad concorde, pudiéndose añadir a este comentario, desnaturalizando totalmente el derecho de superficie, porque el derecho modelado será otro, pero no el tradicional derecho de superficie.

Es de esencia en el derecho de superficie que, al finalizar el plazo, el propietario del suelo haga suyo lo edificado por renacer entonces el principio de la accesión, «*Superficies solo cedit*», que estaba paralizado por el propio derecho de superficie y *no se producirá tal efecto si lo edificado puede continuar siendo en todo o en parte del superficiario o de otra persona incluso. No vemos la forma de que esto ocurra si el derecho de superficie se ha extinguido. ¿Cómo podrá el superficiario seguir teniendo todo o parte del edificio que se sustenta sobre suelo ajeno si el derecho en cuya virtud se sustentaba ha fenecido?* Por ello, tampoco estamos de acuerdo con la afirmación final de LA RICA, de que *todos los pactos en tanto no sean usurarios o contrarios a la ley son lícitos*, aunque lo normal será que el edificio pase a ser del dueño del suelo con la indemnización que se haya establecido.

Con mejor criterio y quizá por las razones expuestas, la nueva Ley de 1976 dispone, en el artículo 172-3.º, *in fine*: «*sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie*».

(36) Cit. ant., pág. 339.

(37) Comentarios..., cit. ant., pág. 33.

Con esta nueva regulación, *que aplaudimos totalmente, salvo en suprimir la indemnización, las aguas vuelven a su cauce*, que no es otro que el normal y tradicional derecho de superficie, y el Reglamento Hipotecario habrá quedado modificado en aquellos preceptos totalmente.

Si alguna objeción pudiéramos hacer, además, a la Ley última, sería puramente terminológica por haber mantenido el término «reversión», pues, como dice ROCA SASTRE (38), el empleo aquí de la palabra «reversión» *es inadecuado*, puede utilizarse en ciertos supuestos del derecho de superficie, como hace la legislación alemana, pero *si existe uno en que no procede hacerlo, es precisamente cuando el derecho de superficie se extingue por caducidad*, o sea, por extinción del plazo de duración.

B) *Extinción de todos los derechos*.—Dispone el artículo 173-3.º que «la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario».

Este precepto es una aplicación del principio inmutable, *resoluto ius dantis resolvitur est ius accipientis*, y un reflejo práctico de la *teoría de los derechos madre y filiales* de HIRSCH: Mientras dura el derecho madre, el derecho filial subsiste y es preferente a aquél incluso, pero cuando se extingue, arrastra a todos los derivados.

C) *Confusión de derechos de propiedad y superficie*.—Tienen lugar cuando se reúnen en una misma persona la cualidad de superficiario y la de dueño del suelo. Esta reunión se produce cuando el superficiario adquiere el dominio del terreno por compra, legado, herencia u otro título o, inversamente y también, cuando un tercero adquiere por cualquier título uno y otro derecho. En este caso dispone el artículo 173-4.º: «si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho *continuarán gravándolos separadamente*».

Este párrafo *lo interpreta* ALBALADEJO (39) *extensivamente*, creyendo que su espíritu es referirse no solamente a la hipótesis de extinción por consolidación propiamente hablando, *sino al caso de que por cualquier causa distinta del transcurso del plazo venga una de las partes a absorber las facultades que correspondían mientras que existió al derecho del otro*.

BENEFICIOS LEGALES

Termina la Ley del Suelo las normas de la sección tercera del capítulo primero del título IV que dedica al derecho de superficie, con el artícu-

(38) Cit. ant., pág. 50.

(39) Cit. ant., pág. 446.

lo 174, que dispone: «la concesión del derecho de superficie por el Estado y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de las *ventajas* que se establezcan reglamentariamente en la concesión de *calificaciones, préstamos y ayudas previstas* en la legislación protectora de viviendas...»

Poco feliz nos parece la redacción de este último precepto. De su simple lectura parece deducirse que para obtener los beneficios harán falta dos requisitos:

- 1.º Que se establezca reglamentariamente, o sea, con posterioridad, y
- 2.º Que se trate de beneficios ya previstos en la legislación protectora de la vivienda.

Así lo entiende GONZÁLEZ PÉREZ (40), que, comentando este artículo, dice: «*Habrà que esperar al reglamento.* El artículo no establece directamente un reconocimiento directo de las ventajas y beneficios que ya están en la legislación protectora de viviendas. Será el reglamento el que determine cuáles serán las ventajas que se reconozcan al que construya en ejercicio de la facultad del derecho de superficie.»

No podemos alabar aquella redacción legal, ni menos compartir este comentario que nos conduciría a la *inadmisibile solución* de que los que realicen o proyecten realizar construcciones en base de un derecho de superficie constituido antes del reglamento que se publique, *no puedan obtener los beneficios* de la legislación de viviendas, *aun reuniendo los requisitos* exigidos por la misma.

Ante esto no vemos otra salida que «saltar por encima» de la letra del artículo 174 y *entender que no hará falta esperar al reglamento* y que lo único que podrá éste hacer será concretar más los beneficios de la legislación especial de la vivienda, pero en ningún caso reducir su número o su alcance.

Tampoco estamos totalmente de acuerdo con GONZÁLEZ PÉREZ (41) cuando afirma que la propia ley *establece ya los límites a esas ventajas* y que las que se establezcan lo serán en los siguientes aspectos:

«Concesión de *calificaciones, préstamos o ayudas.*»

Creemos, por el contrario, que la enumeración que hace la ley *no puede ser exhaustiva o cerrada*, sino meramente enumerativa y que el reglamento *podría incluso conceder ventajas de otro tipo*, como preferencias, cupos de materiales, etc., máxime si estuvieran previstas o pudieran apoyarse en la legislación sobre la vivienda.

Quizá la ley, si efectivamente quería promocionar el derecho de super-

(40) *Comentarios...*, cit. ant., pág. 897.

(41) Cit. ant., pág. 897.

ficie, no debía haber desechado los *beneficios fiscales* que no incluyó en su articulado. Ante esto se nos ocurre preguntar: ¿Podría hacerlo el reglamento? Indudablemente debemos pronunciarnos en sentido negativo, pero no por el artículo 174, sino por el artículo 10-b y el 14 de la *Ley General Tributaria* (42), que establece que las exenciones o beneficios fiscales deben concederse mediante una ley.

JUICIO CRÍTICO Y POSIBILIDADES DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Volviendo al símil o gráfico que hicimos al principio, tenemos ya el nuevo edificio con que imaginamos el derecho de superficie, ya flamante y perfectamente construido, *¿a qué lo dedicamos ahora? ¿Nos seguirá quedando vacío en su mayor parte, como durante la vigencia de la Ley de 1956?*

Veamos primero lo que piensan los autores sobre este particular, que no es precisamente muy optimista.

El profesor SERRANO, en el prólogo a la obra de GUILARTE ZAPATERO, pensando en los problemas del derecho de superficie, nos dice que le hacen temer que pueda correr la misma suerte que *nuestras viejas cargas censales*, que siendo inicialmente temporales, las cuestiones de orden público que se plantearon cuando quisieron los propietarios hacer efectiva su extinción por el curso del tiempo, *dieron lugar a sucesivas prórrogas hasta convertirse en derechos perpetuos*.

En idéntico sentido, COSSÍO, exponiendo en el XVII Congreso de la Propiedad Urbana de Sevilla en 1964, decía que cuando transcurrieran cincuenta años se celebraría un Congreso de superficiarios *que reclamarían del poder público la prórroga* de sus derechos.

ALBALADEJO (43) cree que, teóricamente, parece muy útil el derecho de superficie en el que ni uno paga la edificación ni el otro el suelo, *pero en la práctica le parece que hay otros muchos caminos para llegar a resultados equivalentes y aún preferibles*, razón por la que muchos temen —concluye— que la figura prospere poco en la realidad.

Tampoco JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ (44), en sus recientes *Comentarios*, es optimista sobre este particular, después de señalar que la reforma de 1975 ha intentado estimular la utilización del derecho de superficie, nos dice que, pese a las modificaciones introducidas, *no parece vaya a cambiar el panorama de nuestra realidad urbanística*.

(42) Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1973.

(43) Cit. ant., pág. 441.

(44) Cit. ant., pág. 897.

Ante estas opiniones, no muy alentadoras que digamos, debemos distinguir entre las entidades públicas y los particulares. Respecto de éstos quizá no prospere demasiado el derecho de superficie, pues, como dice NUSSBAUM, supone una gran subordinación a los derechos del propietario del suelo, no ofrece aliciente alguno para el porvenir y ni económica ni psicológicamente encierra para el superficiario el estímulo que supone considerarse dueño del terreno sobre el que construye (45).

En manos de las *entidades públicas* y algunas *personas jurídicas*, como fundaciones o entidades benéficas de carácter particular, *es donde está o puede estar el porvenir de la institución*. Bien es verdad que los *Ayuntamientos y Diputaciones*, en general, carecen de grandes patrimonios inmobiliarios—al contrario que los ingleses y suizos, por ejemplo, como hemos visto—por haber quedado *muy mermados* por consecuencias de las leyes desamortizadoras del siglo pasado, pero ahora, y por virtud de la misma Ley del Suelo, *pueden volver a aumentarlo por la cesión gratuita del 10 por 100 que en los planes parciales* prevé el artículo 84-3-b).

Para tales entidades creemos que el derecho de superficie podría ser un medio eficaz para favorecer la construcción y facilitar obras que les interesen, con la seguridad de que no perderán nunca su patrimonio de suelo urbano, que más o menos tarde revertirá y podrán volver a disponer de él.

Además, el derecho de superficie encaja en la finalidad de no desprenderse del todo de los *bienes municipales* que late en el artículo 95-5.º del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales de 27 de mayo de 1955, que dispone: «no procederá la cesión gratuita *cuando fuere posible atender las finalidades* de que se tratare, *mateniendo la entidad local el dominio o condominio de los bienes* o constituyendo sobre ellos algún derecho real».

ALGUNOS SUPUESTOS DE DERECHOS DE SUPERFICIE

Finalmente, queremos destacar que en nuestra realidad jurídica, *aunque no sea muy corriente, tampoco es desconocido* el derecho de superficie. Podemos afirmar que ha estado y continúa estando *adormecida o aletargada*, apareciendo unas veces claramente y otras encubierta en cualquier ocasión. Se suele citar como ejemplo no muy antiguo el *ensanche de Melilla* a principios de siglo, sobre la base de ocupación de terrenos públicos que suponían verdaderos derechos de superficie.

Más reciente, al amparo de la *Ley de Centros y Zonas Turísticas de*

(45) Tratado de Derecho Hipotecario Alemán, 1929, pág. 140.

28 de diciembre de 1963, y fuera de esta Ley, han proliferado las *construcciones en zonas marítimo-terrestres, polígonos militares o terrenos públicos* que encubren verdaderos derechos de superficie.

Conocemos directamente el caso de una ciudad turística construida totalmente en zona marítimo terrestre y marismas desecadas, que cuando ya tenía muchas edificaciones terminadas y otras muchas empezadas, trataron de reivindicar el poder público y la jurisdicción militar y que luego desistieron por *el efecto convalidador e inatacable de la fe pública registral* del artículo 34 de la Ley Hipotecaria, pues la mayoría de los edificios pertenecían distribuidos en propiedad horizontal a terceros propietarios que por el juego de aquel artículo habían adquirido una posición jurídica invulnerable a toda posible reivindicación.

Otro supuesto harto frecuente por toda la geografía nacional son las *extralimitaciones de construcción en terrenos pertenecientes a vías pecuarias*, que al no reclamarse por el juego del principio de la accesión, *desembocan en casos de derecho de superficie tácitos o consentidos por el Estado*.

Lo mismo podríamos decir de *líneas de conducción de energía eléctrica*, que, además de la línea, suelen ocupar terrenos para *casetas y otros edificios* para usos diversos, por las que en caso de *pagarse un canon periódico* dejarían entonces de ser servidumbres *para hacer tránsito al derecho superficiario*.

Los *ferrocarriles abandonados* cuyos terrenos se han vuelto a ofrecer a los mismos propietarios o sus herederos que han recobrado o podido recobrar el mismo terreno, en su día cedido o expropiado, al revertir ahora mediante el pago de una indemnización, *se ha producido de hecho el mismo juego del derecho de superficie*.

UNA NUEVA E IMPORTANTE MODALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE

No queremos terminar estas notas sin concretar la alusión que hicimos al hablar del título de constitución del nuevo concepto de *volumen edificable*, que podría abrir grandes campos al derecho de superficie. Desde la Ley del Suelo de 1956 se habla del volumen edificable no ya como una cualidad de las parcelas, sino *como un verdadero derecho de gran contenido económico*.

Se dice que puede comprarse o cederse entre propietarios de diferentes solares, distribuirse de diversas formas dentro de una misma parcela, e incluso, ¡que supone una verdadera segregación!

Con el volumen edificable es probable que nazca, si no ha nacido ya, *una nueva fuente de especulación*. Incluso se ha propuesto como po-

sible coadyuvante a la solución del problema urbanístico. Así, GONZÁLEZ BERENGUER (46) ha dicho, parafraseando a GOETHE, que prefiere la especulación al desorden, y también TORRES LANA abunda en el mismo sentido en su tesis doctoral sobre la materia (47).

El tráfico del volumen edificable que *se vive actualmente ya en nuestras ciudades* (pensemos, a título de ejemplo, en Azca de Madrid, Bilbao, Sevilla, Valencia, etc.) puede producirse de diversas formas, que tendrán, naturalmente, su repercusión en el Registro de la Propiedad.

El primer problema que se presentará es la forma de hacer constar *el volumen edificable en nuestros libros*. En principio podrá reflejarse como *mera circunstancia de hecho*, o cualidad de la finca, por declaración de los particulares en la respectiva escritura, y con más consistencia jurídica, por toma de razón de las *Cédulas Urbanísticas* o *Licencias de Edificación*. En estos casos, según NARCISO DE FUENTES (48), deberá hacerse por nota marginal, aunque quizá sea mejor por medio de una inscripción. Lo que no creemos es que constituya, como dice TORRES LANA, una auténtica inmatriculación.

El problema subsiguiente sería analizar si estos asientos gozarían de *la protección registral* y en qué medida se les aplicarían los principios hipotecarios, pero no es para tratarlo aquí al término de esta exposición, sino que debería ser tema principal de otra conferencia.

Aquí, en tema de derecho de superficie, sólo nos interesa destacar que dentro de las formas de tráfico del volumen edificable, hay algunas que podrían afectar directamente a aquel derecho que ha sido objeto de nuestro estudio.

No nos referimos al supuesto de *cesión de volumen de una parcela a otra*, que ha sido estudiado y resuelto por FUENTES (49), aplicando la técnica de la inscripción de las servidumbres, en el sentido de verificarlo —sin necesidad de inscripción previa—, en el folio de la finca que cede el volumen, mediante una inscripción extensa, y en el de la finca que lo adquiere, con una concisa, sino a los supuestos de distribución del volumen dentro de un mismo solar o parcela, o de cesión del volumen edificable a otra persona distinta del propietario del suelo.

En estos casos se puede distribuir entre toda la extensión, acumularlo más a una parte que a otra, incluso dejando alguna sin volumen. Todas estas operaciones tendrán que hacerse mediante segregaciones materiales

(46) *La reparcelación y otros estudios sobre urbanismo y vivienda*. Abella, Madrid, 1967, pág. 293.

(47) *La configuración jurídica del volumen de edificabilidad*. Pamplona, 1975.

(48) *En torno al urbanismo. Política del suelo y Registro de la Propiedad*. R. C. D. I., 1963, pág. 482.

(49) *Idem*, pág. 496.

con su respectiva parte de volumen o mediante la constitución de derechos de superficie para la edificación.

En el supuesto de transmisión del *puro «Ius edificandi»* con un volumen determinado, será, pues, ineludible la constitución de un derecho de superficie.

En este vacilante tema del volumen edificable, de su distribución, determinación y tráfico debemos andar con suma cautela, pues nos puede ocurrir lo que al burgués gentilhomme de Molière, que hablaba en prosa sin saberlo y sin pensarlo, igualmente nos ocurra a nosotros que estemos tratando del derecho de superficie.

Y terminamos ya con el resquemor que deja siempre el tratar temas tan extensos, de si es más interesante lo que hemos dicho o lo que hemos tenido, forzosamente, que omitir.

PEDRO J. AMENGUAL PONS
Registrador de la Propiedad
Notario (excedente)