



**ABRIR TOMO I**

R.D. 118.014

TE  
962



BIBLIOTECA U.C.M.



5308465807

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**  
**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

DONATIVE



MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

Tomo II

**UNIVERSIDAD COMPLUTENSE DE MADRID. FACULTAD DE DERECHO**

**DEPARTAMENTO DE DERECHO CIVIL**

---

**EL DERECHO DE EDIFICACION SOBRE FUNDO AJENO.**

**ASPECTOS CIVILES Y REGISTRALES**

MARIA ISABEL DE LA IGLESIA MONJE

## CAPITULO CUARTO

### BREVE ANALISIS DEL CONTENIDO, EJERCICIO Y EXTINCION DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y SU COMPARACION CON LOS ORDENAMIENTOS ITALIANO, FRANCES Y PORTUGUES.

#### SUMARIO:

##### I.- INTRODUCCION.

II. - BREVE EXPOSICION COMPARATIVA DE LA CONSTITUCION Y DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE: 1.- Referencia a la constitución contractual y legal del derecho de superficie. A.- Constitución contractual. B.- Constitución legal. 2.- Referencia a los elementos personales, reales y formales. A.-Elementos personales. B.- Requisitos objetivos. C.- Elementos formales.

III. - CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO 1.-Introducción 2.- Derechos y obligaciones del concedente del derecho. 3.-Derechos y obligaciones del superficiario.

IV. - EXTINCION DEL DERECHO. 1.-Introducción. 2.-Causas de extinción. A.- Transcurso del plazo para el que fue constituido. B.-Resolución del título constitutivo. C.- Otras causas. 3.-Efectos. A.-Reversión. B.-Existencia o no de la indemnización tras la reversion. C.-Derechos reales y personales de los terceros constituidos por el superficiario. D.-Derechos reales de los terceros constituidos por el dueño del suelo.

## I.- INTRODUCCION

Dentro de un planteamiento que podríamos denominar clásico, en este Capítulo sería necesario estudiar detenidamente los modos de constitución, elementos (personales, reales y formales), el contenido y la extinción del derecho de superficie. Aún adoptando dicho esquema, y con la finalidad de tener una visión panorámica de la figura, hemos creído más oportuno hacer únicamente una breve referencia de algunos de los aspectos más interesantes de los modos de constitución del derecho de superficie, y también de sus elementos. De este modo, hemos preferido detenernos más en el contenido y en la extinción del derecho, con el fin de realizar un análisis comparativo, y, así poder profundizar realmente en el objeto actual del presente trabajo, que radica en el estudio de los problemas actuales de la institución superficiaria, los cuales serán estudiados en la parte final del mismo.

## II.- BREVE EXPOSICION COMPARATIVA DE LA CONSTITUCION Y DE LOS ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

1.- Referencia a la constitución contractual y legal del derecho de superficie.

El derecho de superficie puede originarse por cualquiera de las posibles formas a través de las cuales nacen los derechos reales. El modo normal de adquisición del mismo es el negocio jurídico, es decir, la declaración de voluntad del dominus soli aceptada por el superficiario. Negocio jurídico que puede ser realizado inter vivos, o mortis causa. Sin embargo, al ser una figura utilizada también con fines urbanísticos, la Ley del Suelo ha determinado expresamente unos medios de constitución para ser ejercitados específicamente por la Administración.

De lo hasta aquí expuesto y para un mejor estudio del tema podemos realizar una clasificación de sus diferentes modos de constitución. Así, nos encontramos con dos grupos bien diferenciados, el primero de ellos lo hemos recogido bajo el epígrafe constitución contractual,<sup>1</sup> (a través de los cuales nace la modalidad urbana común) pudiendo nacer, inter vivos, como consecuencia de una venta, una permuta, una donación, y, mortis causa, a través de un testamento. Y, un segundo grupo, que estaría formado por los modos de constitución previstos expresamente en la Ley del Suelo, (y por consiguiente, afecta a la

---

<sup>1</sup> Tomamos el concepto de constitución contractual, como término opuesto al de constitución legal, y no porque todos los modos de adquisición del derecho de superficie a los que hacemos referencia sean contratos, (ya que puede constituirse a través de un negocio mortis causa), aunque sí la mayoría: compraventa, arrendamiento. Hemos de hacer constar, que el Fuero Nuevo, o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, recoge con carácter innovador en nuestro Derecho, en su Ley 428 regla 1ª, los diferentes modos de constitución del derecho de superficie, así como los de sobreedificación y subedificación. De esta forma se establece que "pueden constituirse por actos inter vivos o mortis causa, a título oneroso o lucrativo, bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad".

'modalidad urbanística), como son la gestión directa o cesión, y la expropiación forzosa, los cuales hemos encuadrado bajo el título de constitución legal.<sup>2</sup>

#### A.- Constitución contractual.<sup>3</sup>

La compraventa es el medio ordinario más habitual de constitución del derecho de superficie. Esto significa que en la práctica no sólo utilizamos la compraventa para el supuesto de transmisión del derecho una vez ya constituido, es decir, cuando se transfiere de un primer superficiario a un segundo, sino que también la compraventa es el acto transmisivo mediante el cual el derecho se concede por primera vez.<sup>4</sup>

Puede tratarse tanto de la venta del derecho de superficie cuando no se ha procedido aún a la construcción, como también de la venta de la propiedad superficiaria una vez constituida. En ambos casos, a través de la transferencia o enajenación implícita en la

---

<sup>2</sup> Considero que las normas de la Ley del Suelo tienen un carácter imperativo, de manera que la Administración únicamente podrá constituir el derecho de superficie, a través de las formas que expresamente señala en sus preceptos. No obstante, cuando los particulares tengan un derecho de superficie constituido sobre suelo público, por consiguiente, incluido dentro de la modalidad urbanística, y deseen su transmisión, -siempre que no se encuentre limitada esa facultad de disposición-, podrá realizarse por cualquiera de los modos de constitución del derecho en la modalidad urbana común.

<sup>3</sup> Somos conscientes de la constitución del derecho de superficie a través de las distintas formas de adquisición de los derechos reales, sin embargo y teniendo en cuenta que el objetivo principal de este trabajo reside en la profundización de los problemas actuales del derecho de superficie, a continuación vamos a realizar una breve alusión a los modos de constitución que pueden tener una mayor relación con la figura, como son la compraventa, como forma más habitual de su constitución; el arrendamiento, por la posible confusión que puede existir en relación con ambas instituciones, y por último, la prescripción adquisitiva o usucapión.

<sup>4</sup> Este punto ha sido estudiado en el Derecho Italiano por Balbi (Il diritto di superficie. Torino. 1947. Pag 142) que señala "que sería extraño admitir que sea compraventa la enajenación del derecho de superficie ya constituido (transferencia en sentido estricto del primer al segundo superficiario), y negar que sea compraventa el contrato mediante el cual el derecho de superficie se constituye". No obstante, hay que tener en cuenta que en Derecho Italiano, (art. 1376), se adquieren los derechos reales por el solo efecto del contrato (adquisición contractual).

compraventa se produce una disminución del contenido del derecho de propiedad del suelo surgiendo el derecho del superficiario. La diferencia estriba, en que en el primer caso el contenido del derecho de propiedad del superficiario no está materializado mientras que en el segundo supuesto sí.

La venta puede llevarse a cabo por vía de traslación o por vía de deducción. La traslación supone que el dueño del suelo, subsuelo y vuelo vende a un tercero todo o parte de la superficie o edificios que lo recubren.<sup>5</sup> En el segundo supuesto, el vendedor-propietario del suelo, hace reserva en beneficio de sí mismo de la propiedad de la superficie.

A través de la traslación podemos decir que nos encontramos ante una forma de constitución directa, frente a la venta por deducción donde se procede a la reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad del suelo.<sup>6</sup>

Si comparamos lo que ocurre en otras legislaciones, debemos hacer constar cómo en el derecho francés, donde la forma de constitución y transmisión de los derechos reales es consensual, Saint-Alary,<sup>7</sup> señala que la forma más frecuente de constitución del derecho de superficie es la venta de la superficie, la cual se realiza a través de la cesión del derecho de construir, (el propietario del suelo renuncia al beneficio de la accesión constituyendo un derecho de superficie a favor del cesionario) o, de la venta de un "volumen" inmo-

---

<sup>5</sup> O como incluso señala Albaladejo (Derecho Civil. T.III. Derecho de bienes. 2º vol. 7ª ed. Bosch. Barcelona. 1991. Pag. 219), pueden enajenar el terreno y la construcción a dos personas distintas. Supuesto que a su juicio "no puede hoy rechazarse ni parecer extraño" ya que constituyen diferentes cosas, siendo objeto de propiedades diferentes.

<sup>6</sup> Ambos supuestos se encuentran recogidos expresamente en la Compilación Foral de Navarra, en su ley 428 regla 1º, cuando establece que pueden constituirse... bien por constitución directa mediante enajenación o concesión, bien mediante reserva o retención en un acto de transmisión de la propiedad.

<sup>7</sup> Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 2 (Aunque en la actualidad en derecho francés, el derecho de superficie se constituye más frecuentemente a través del arrendamiento con facultad para construir).

biliario, la cual encuentra su fundamento en la teoría de la propiedad del espacio de Savatier.<sup>8</sup> Un "volumen" es susceptible de ser cedido como un cuerpo cierto, de manera que el derecho que recaé sobre él, es concedido como un derecho real independiente de la construcción.

Saint-Alary critica de esta teoría la idea de que el derecho de superficie no puede recaer sobre un volumen vacío, porque su objeto es la superficie en sí, y, por consiguiente, esta teoría sirve únicamente para demostrar la subsistencia de la superposición de derechos de distintos titulares.<sup>9</sup> Marty, por otro lado, considera que el volumen es susceptible de ser considerado como una cosa, o un inmueble por naturaleza susceptible de fundar un derecho real. Volumen, que a primera vista puede aparecer ilimitado por ser "irreal" o inmaterial, pero que se encuentra limitado por las leyes urbanísticas. De forma que en derecho de superficie no podría hablarse de un volumen hacia el infinito, en términos abstractos, pues en su concreción real estaría limitado.<sup>10</sup>

En conclusión, la venta puede recaer en la cesión del derecho a edificar (donde se transfiera no la propiedad sino el derecho de construir), es decir otorgando el medio para conseguir una futura propiedad superficiaria; o, directamente en la cesión del volumen

---

<sup>8</sup> Savatier (La propiedad del espacio. RDU. 1967. Pags. 18 y 19) en su exposición demuestra cómo el inmueble, desde el punto de vista de la superficie, representa de forma incompleta al mismo. La conclusión a la que llega es que si se uniera a la superficie la idea del volumen "sería plenamente utilizable por el derecho... puesto que en el mundo, una superficie no puede servir más que para portar o sostener un volumen; y el inmueble, habiendo recortado la superficie sobre la cual reposa su propiedad, debe necesariamente completar la representación de ésta, recortando en el espacio, el volumen que asienta sobre dicha superficie."

<sup>9</sup> Saint-Alary (Superficie... Cit. Pag. 1) recogiendo la opinión de la doctrina francesa, expone detalladamente cómo en el derecho de superficie "existen dos derechos superpuestos y separados por un plano horizontal, que en principio es la superficie del suelo natural."

<sup>10</sup> Marty: La dissociation juridique de l'immeuble. Contribution a l'étude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979. Pag. 162.

(venta del volumen como cuerpo cierto).

En cuanto al **arrendamiento**, como ya hemos visto al tratar la configuración de la institución, el derecho de superficie tiene varios puntos en común con él, sobre todo en relación con los llamados arrendamientos complejos (el arrendamiento ad meliorandum y al arrendamiento ad aedificandum). Y ello debido a la constitución del derecho de superficie, en sus orígenes como un tipo de arrendamiento, ambas figuras han evolucionado con cierta unidad.

Tras el análisis realizado en el Capítulo Segundo del arrendamiento y su distinción con el derecho de superficie, no es posible su confusión y ello por la existencia de una línea que marca y separa con gran nitidez ambas figuras. Pero, por otro lado, es posible la constitución del derecho de superficie a partir del arrendamiento, a través de la introducción de una cláusula en el contrato de arrendamiento que establezca la atribución de la propiedad de la edificación realizada por el arrendatario a éste, durante el tiempo que dure su arrendamiento. En este caso el derecho de superficie se ha constituido a través del arrendamiento, convirtiéndose el arrendatario en propietario superficiario, pero sin olvidar, que una cosa es el derecho de goce otorgado a través del arrendamiento y otra es la concesión de un derecho de propiedad sobre la edificación resultante o la ya existente durante un periodo de tiempo. El derecho de superficie en este caso surge y se superpone dentro del contrato de arrendamiento.

En el derecho francés la constitución del derecho de superficie surge frecuentemente de un contrato de arrendamiento,<sup>11</sup> motivado por que no está expresamente regulado el derecho de superficie. De forma que el propietario de un terreno cede su derecho sobre las

---

<sup>11</sup> No olvidemos que en este sistema, como ya he señalado anteriormente, la transmisión de los derechos reales es consensual.

construcciones ya existentes, o bien renuncia al beneficio de la accesión sobre las construcciones que estén edificadas, pero a través del arrendamiento.<sup>12</sup>

En base al art. 609 del C.c. se configura la prescripción como un modo de adquirir el derecho real de superficie.<sup>13</sup> La modalidad que nos interesa para nuestro estudio es la usucapión o prescripción adquisitiva.<sup>14</sup>

En el Código Civil solamente se enumeran como derechos reales usucapibles, el usufructo, el uso, la habitación y la servidumbre (arts. 468, 528, 537 y 538 C.C respectivamente).

---

<sup>12</sup> Recordemos que las formas de arrendamiento que posibilitan el surgimiento del derecho de superficie son diversas.

A través de un arrendamiento ordinario que comporta el permiso o la obligación de construir. El derecho de superficie surge a la hora de otorgar la propiedad de las construcciones al inquilino que las ha llevado a cabo. En el mismo contrato las partes suelen hacer constar para evitar toda clase de problemas, que al finalizar el arrendamiento, la propiedad de las mismas revertirá al propietario del suelo, ya sea con o sin indemnización.

Como ya hemos señalado con anterioridad, el derecho de superficie puede surgir del arrendamiento enfiteúutico, sobre las construcciones que el enfiteuta realiza, y sobre todo a través del arrendamiento con facultad para construir (origen moderno del derecho de superficie, pues como señala Marty y Raunaud: Droit Civil. Les Biens. 2<sup>o</sup> édition. Paris. 1980. Pag. 234, el derecho de superficie es considerado la esencia del arrendamiento para construir, sin él, el contrato perdería toda significación).

Por último, señalar que una forma de arrendamiento con enajenación de la propiedad de los edificios a los inquilinos es el llamado arrendamiento "à domaine congeable", usado en la Baja Bretaña. Este contrato entra dentro de la práctica tradicional de Bretaña. El colono-arrendatario llamado "domanier" es propietario de todos los edificios y superficies que establezca.

<sup>13</sup> La doctrina francesa (Saint-Alary: Superficie... Cit. Pags. 2 y 3; Marty y Raynaud: Droit civil... Cit. Pag. 235; Weill, Terré y Simler: Droit civil. Troisième édition. 1985. Paris. Pag.826), centra el estudio de la usucapión del derecho de superficie en la posesión prolongada de los edificios y de las superficies diferenciada de la posesión del suelo. Este modo de adquirir está específicamente previsto por el art. 553 del Code Civile. A través de la prescripción, se puede adquirir ya sea la propiedad de un subterráneo bajo el edificio de otro, ya sea cualquier otra parte del edificio.

<sup>14</sup> Vid. Albaladejo: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Albaladejo y Diaz Alabart. T. XXV. vol. I. Arts. 1930 a 1960. Edersa. Madrid. 1993 Pag. 240.

¿Puede significar esto que el derecho de superficie no es usucapible?<sup>15</sup> Estamos ante un tema muy discutido por la doctrina.<sup>16</sup> En principio, considero que sí es posible la usucapición del derecho de superficie, aunque hay que tener en cuenta cuestiones de fondo en relación con la configuración de la institución.

Al mantener que el derecho nace en virtud de la derogación del principio de accesión inmobiliaria, es correcto señalar que todo lo que se construya en suelo ajeno se hará propiedad del dueño del mismo, puesto que es éste precisamente el que puede derogar con su consentimiento dicha accesión. Si el dueño del suelo no ejercita sus derechos contra la invasión que está realizando el constructor, es decir, no interrumpe la posesión del superficiario, y, por consiguiente, no deroga (tácita o expresamente) el principio de accesión en favor de aquél, el superficiario adquiere el derecho de superficie y su objeto: la propiedad superficiaria, por el transcurso del plazo necesario de la prescripción adquisitiva.

El fundamento de que pueda ser usucapido el derecho se halla en la renuncia implícita del propietario del suelo, sobre el suelo para crear el derecho real de superficie y el nacimiento de una propiedad superficiaria separada que otro ha usucapido.

El problema central de nuestro estudio, se encuentra en la configuración peculiar

---

<sup>15</sup> No solamente en base a esta postura del Código Civil, que en parte es comprensible pues si ni siquiera regula la institución superficiaria con autonomía propia, no va tratar de ella en relación a su posible usucapición; sino también al silencio mantenido por las sucesivas Leyes del Suelo, en relación con este modo de adquisición del derecho de superficie por usucapición.

<sup>16</sup> Entre la doctrina española que se preocupa por el tema se encuentra Fuentes Lojo (Suma de la Propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985. Pags. 394 y ss.); Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie. R.C.D.I. 1961. Pags. 43 y ss.) y Tena y Martín (Proyecciones del derecho de accesión en el Registro de la Propiedad. Curso de conferencias sobre derecho inmobiliario registral. (1951-1952). T.II. Ilustre colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid. Pag. 128)

del derecho y los dos momentos que lo constituyen: el de la concesión del derecho, y el del inicio de la construcción y el nacimiento de la propiedad superficiaria.

*Concesión del derecho de superficie como derecho real consistente en la edificación sobre un fundo ajeno, o sobre una edificación preexistente.*

Tal y como ya hemos señalado al inicio de este punto, en base a la regla general contenida en el art. 1930 C.C, el derecho de superficie, como derecho real sobre cosa ajena que es, puede ser objeto de usucapión. En esta primera fase, el derecho de superficie se caracteriza por su inmaterialidad, contrastando precisamente con la necesidad de poseer ínsita en la usucapión.<sup>17</sup>

Evidentemente para la realización de la construcción se posee el suelo, o mejor dicho la superficie, pues es el objeto principal del derecho, de manera que no es válido señalar que

---

<sup>17</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos.. Cit. Pag. 395) distingue dos supuestos.

El primero se producirá "cuando no exista el derecho del superficiario por no haberlo separado el titular del suelo". En ese caso, dicho autor afirma que "no cabe usucapión del derecho con independencia del dominio del suelo". Entiendo, que no cabe la usucapión en este supuesto, no solamente porque no haya una independencia del derecho de superficie respecto del dominio del suelo, sino porque ni siquiera, hay una voluntad de crear un derecho, no hay una derogación de las reglas de la accesión.

El otro supuesto que distingue es "cuando existe el derecho de superficie desmembrado del suelo pero no inscrito en el Registro". En este caso dicho autor afirma que tampoco tendrá lugar la usucapión pues será precisa la posesión, y no podrá producirse si no se diere ninguna actividad sobre el suelo, y aún comenzada esta actividad tampoco, porque por efecto de la accesión sería propiedad del dueño del suelo.

Continúa diciendo que "una vez terminada la construcción y ya producida la propiedad superficiaria, tampoco por el mismo motivo. O se usucapiría la propiedad del suelo o vuelo o nada". Recoge en este supuesto dos cosas a mi entender, dignas de destacarse. Por un lado, lo que él llama desmembración del derecho de superficie pero no inscripción del título, una vez desmembrado el título (existencia de contrato y tradición) ya nace la modalidad urbana el derecho, aunque no la urbanística cuya inscripción es constitutiva. Por otro lado, la otra cuestión a destacar es que señala la necesidad de que para que haya posesión comience a realizarse una actividad en el suelo. Esta matización nos llevaría a dar un paso más en la constitución del derecho de superficie, pero siempre dentro de lo que hemos denominado primera fase del derecho. El principio de accesión ya se encontraría derogado, de forma que la construcción según se fuera realizando accedería al dueño del suelo.

no nacería el derecho puesto que se poseería el suelo también y no sólo la edificación o propiedad superficiaria. Posición en la que se encuentra la doctrina italiana.<sup>18</sup> En este caso, si cabe la usucapión del derecho de superficie una vez cumplidos todos los requisitos necesarios para que surja la prescripción.

### ***Derecho de superficie y propiedad superficiaria.***

Estamos en la segunda fase del derecho. Se origina tras la realización de la edificación, o cuando la construcción ya existe y surge una propiedad superficiaria separada.

En relación con el carácter inmobiliario del objeto, la propiedad superficiaria separada, seguiremos las reglas de la usucapión inmobiliaria ordinaria.

En base al art. 1940 C.C. los requisitos que se exigirían para la prescripción del derecho real de superficie serían la buena fe y el justo título por el tiempo determinado en

---

<sup>18</sup> En la doctrina italiana (Quaranta y Preden: Superficie. Commentario teórico-práctico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino. Roma. 1972. Pag. 34; Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Proprietà. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976. Pags. 584 y ss, Salis: Superficie. (Dititto vigente). Novissimo Digesto Italiano. 1957. Pag. 950 y Cendon: Superficie. Commentario al Codice Civile. Diretto da Paolo Cendon. Vol.III. Art. 810 - 1172. Utet. 1991. Pag. 295 y 266) no consideran sencillo la resolución a este problema, y ello debido a la dificultad de exteriorización aislada de la posesión del suelo de la del edificio o propiedad superficiaria. De esta forma señalan que si se usucape el suelo, no se puede usucapir el derecho de superficie, entendido como derecho real en cosa ajena, pues es difícil distinguir en la práctica, la posesión del suelo de la posesión del derecho a edificar, y ello daría lugar a que la usucapión abarcase al suelo y a la construcción.

No obstante, se intenta superar este problema afirmando que desde el momento en que exista alguna manifestación exterior, que suponga la exclusión del suelo de la posesión que está realizando el superficiario, es decir la inexistencia de este animus possidendi respecto del suelo, la usucapión podrá considerarse como una forma de adquirir dicho derecho real. El ejemplo vendría dado por la entrega del canon al propietario del suelo (Balbi: Il diritto di superficie... Cit. Pags. 144 y ss), o por el cumplimiento de los actos interruptores de la usucapión, los cuales sólo atienden al suelo y no a la construcción, existiendo la posesión del terreno de dos personas diferentes, uno que construya, y otra que disfrute del subsuelo (Salis: Superficie... Cit. Pag. 950), o también el acuerdo verbal entre el constructor y propietario que prevea la permanencia en el goce del suelo y del subsuelo compatible con la ejecución del edificio (Pugliese: Superficie.. Cit. Pag. 588)

la Ley. Así, el titular del derecho de superficie debe tener buena fe, "consistente en la creencia que la persona de quien recibió la cosa era dueño de ella, y podía transmitir su dominio" (art. 1950 C.C.) y debe ignorar que el acto adquisitivo de la posesión, tiene un defecto a causa del cual no se le otorga realmente derecho a ser titular, y, consiguientemente, derecho a su objeto, la propiedad superficiaria. El superficiario debe ignorar la tacha de invalidez del título, o simplemente creer en su validez.

Siguiendo la norma contenida en el art. 1952 del C.C. es necesario que el superficiario ostente el justo título que legamente baste para transferir, referido en nuestro caso al título del acto transmisivo que contenga el derecho real de superficie en cosa ajena y la propiedad superficiaria separada resultante del ejercicio del derecho, de cuya prescripción se trate.

El superficiario debe haber adquirido en virtud de un título (verdadero<sup>19</sup> y válido<sup>20</sup> art. 1953) que tenga virtualidad por reunir los requisitos externos que la Ley

---

<sup>19</sup> A juicio de Luna Serrano (Comentario del Código Civil. Arts. 1940 a 1960. T.II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1991. Pag. 2130), el título no es verdadero cuando no existe realmente, por ejemplo porque sea aparente, o porque existiendo no valga (en el supuesto en el que el poseedor superficiario imagina que existe realmente el título o cuando se repute como válido el título que no puede serlo: el testamento revocado por otro posterior cuyo otorgamiento se desconoce). Tampoco es verdadero el título, además de no ser válido, si se trata de un contrato simulado, (por ejemplo no lo sería la donación de un derecho de superficie y la propiedad superficiaria hecha bajo el disfraz de compraventa).

<sup>20</sup> En cuanto a la validez del título, según Luna Serrano: Comentario... Cit. Pag. 2130, éste debe proceder siempre del dueño (nulidad por defecto de forma esencial, o por defecto sustancial: por ejemplo, venta de la propiedad superficiaria del hijo menor realizada por el padre sin la indispensable autorización judicial). No lo será tampoco, aquel que pierda su validez porque siendo solamente anulable o rescindible, ha sido objeto de anulación o rescisión antes de cumplirse el tiempo de la usucapión (por ejemplo, contrato celebrado por incapaces, o cuando lo sea el destinatario-superficiario; o los contratos celebrados por error, dolo, intimidación o violencia.)

En resumen, la exigencia de validez para que el título sea justo, se refiere a que reúna las condiciones legales del otorgamiento del acto en sí (consentimiento, objeto y causa -art. 1.261), de la legitimación para llevarlo a cabo, o de su contenido (licitud, moralidad, o correspondencia con el orden público), pero no a sus condiciones de eficacia.

requiere para ello, como p. ej. una compraventa, donación, legado., se produce el nacimiento del derecho real, si bien -y por ello es necesaria la usucapión- la adquisición del derecho no se ha producido, (por ejemplo, porque exista algún defecto o vicio originario como falta de titularidad o poder de disposición del transmitente que afecte a la facultad de disponer), sí la posesión.

Y el otro requisito exigido, es que transcurra un lapso de tiempo de diez años entre presentes y veinte entre ausentes.

En cuanto a los efectos de la usucapión, debemos señalar que una vez que se cumplan los requisitos para que dicho derecho se adquiriera, es necesario que el usucapiente los oponga frente a quien le discute la existencia de su derecho real de superficie.<sup>21</sup>

También cabe preguntarse si es posible la existencia de la usucapión inmobiliaria extraordinaria a que hace referencia el art. 1959 C.C. Según el citado precepto es posible la prescripción del dominio y demás derechos reales sobre bienes inmuebles durante el plazo ininterrumpido de 30 años, sin necesidad de título ni de buena fe. Evidentemente, el superficiario, puede usucapir su derecho si reúne estos requisitos, siempre que posea - como ya hemos señalado anteriormente-, pública, pacífica, e ininterrumpidamente en concepto de superficiario.

---

Puesto que un título válido puede ser ineficaz, es decir cumple el requisito del art. 1953 de ser válido y servir para usucapir pero no produce efectos. Por ejemplo el que venda una propiedad superficiaria no suya, celebra un acto de compraventa válido pero ineficaz para transmitir la propiedad superficiaria al comprador, al que no le transfiere la propiedad, pero le proporciona un título válido para usucapir.

<sup>21</sup> En el mismo sentido el superficiario-usucapiente podrá renunciar a la prescripción ganada. Pero para tal supuesto, el art. 1937 trata de evitar que la renuncia del superficiario perjudique los derechos de los terceros, regla que tiene su fundamento en el art. 6 C.C. De forma que, los titulares de los derechos reales constituidos por el usucapiente seguirán gravando la cosa, al igual que los acreedores del usucapiente pueden perseguir el derecho de superficie que se usucapió como si perteneciese al patrimonio del renunciante.

Además de las reglas contenidas en el Código civil sobre prescripción adquisitiva, la Ley Hipotecaria añade otras a las cuales debemos prestar atención. Así, debemos distinguir entre prescripción tabular o a favor del Registro (*secundum tabulas*), que supone la convalidación de situaciones existentes en la realidad extrarregistral, y la usucapión en contra del Registro (*contra tabulas*), que supone la inexactitud sobrevenida a consecuencia de un estado posesorio surgido fuera del Registro y en contra del mismo.

En relación con la prescripción a favor del titular inscrito o secundum tabulas (art. 35 L.H.) supone concordar el Registro con la realidad jurídica. De manera que será justo título de la usucapión el título del acto transmisor, presumiéndose *iuris tantum* que el usucapiente-superficiario, posee pública, pacífica, ininterrumpidamente, y de buena fe durante el tiempo de vigencia del asiento de inscripción del derecho de superficie y de sus antecesores de quien traiga causa.

Al considerarse como justo título el acto transmisor (modalidad urbana común) y su inscripción (modalidad urbanística), y sabiendo que ésta puede ser destruida por invalidez o no veracidad del título material, la consecuencia inmediata es que se destruye en definitiva el valor de título verdadero que había tenido desde entonces. En caso de invalidación del título, en la modalidad urbanística, la inscripción vendría a perder su condición de título desde que se solicitó su cancelación. Pero, además, como si es inválida, lo es desde que padece tal causa, la invalidación se remontará al momento en que la misma existe. No habrá usucapión, tanto si pasado el plazo de la usucapión no se ha atacado la inscripción, como si transcurrido el plazo no se ha atacado el título material en la usucapión extrarregistral, por que en el primer caso puede atacarse la inscripción en la

usucapión registral, y en el segundo el título material en la extrarregistral.<sup>22</sup> Al igual que ocurriría si pasado el plazo de la usucapión se ataca la inscripción demostrando que el poseedor no ha poseído pública, pacífica o ininterrumpidamente o de buena fe.

En conclusión, admitir la validez del justo título requiere un título material válido, y también, una registración válida (art. 33 L.H.).<sup>23</sup>

En cuanto a la prescripción contra tabulas o en contra del titular inscrito del art. 36 L.H. debemos distinguir dos hipótesis. La primera es la que se plantea entre un adquirente protegido por el art. 34 L.H. y un usucapiante que ha consumado ya su adquisición en el momento de adquirir aquél o que la consuma en el año siguiente a la adquisición.

-En este supuesto la usucapión del superficiario, ya consumada o que se va a consumir dentro del año, va a prevalecer, si el tercero conocía o tenía motivos racionales para conocer, antes de perfeccionar su adquisición, que sobre la finca existía un derecho de superficie y una propiedad superficiaria que además estaba siendo poseída de hecho y a título de dueño superficiario por persona distinta de la de su transmitente.

- Por el contrario, no es probable que se dé el otro supuesto recogido en el art. 36, por el que no se pueda conocer la posesión de hecho existente. En este caso la usucapión se producirá si el titular no realiza ningún acto que interrumpa la usucapión del superficiario lo que significaría, en definitiva, que la consiente.

---

<sup>22</sup> En cuanto a los efectos de la invalidación del título o inscripción hay que señalar que la demanda relativa al derecho inscrito no sólo producirá si prospera la cancelación de la inscripción, y por consiguiente la pérdida de valor del título de ella ex nunc, sino que también interrumpirá la usucapión, mediante la llamada interrupción civil de la posesión (art. 1945 y ss C.c. y 479 LEC) de la que el art. 35 en relación con el 38 L.H. presume que disfruta el titular inscrito. Albaladejo: Comentarios ... Cit. Pag. 352.

<sup>23</sup> Por último cabe afirmar como el art. 35 otorga facilidades al usucapiante, al proporcionarle un título provisionalmente válido, hasta que sea impugnado y la presunción de poseer pública, pacífica ininterrumpidamente y de buena fe.

## B.- Constitución legal

El nuevo Texto refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 29 de junio de 1992, en su artículo 287 apartado 1º, establece la constitución del derecho de superficie por las Entidades Locales y las demás personas públicas en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. Igualmente en su apartado 2º, se señala que el mismo derecho asistirá a los particulares, pero sin limitación de destino.<sup>24</sup>

El artículo 288 de la reciente Ley del Suelo,<sup>25</sup> al señalar el procedimiento de constitución del derecho de superficie, se remite en términos generales al capítulo anterior que se refiere al Patrimonio Municipal del Suelo, y en concreto, a su constitución, bienes integrantes y destino del mismo. Señala, como medios admisibles de su constitución, la

---

<sup>24</sup> Artículo que con algunas matizaciones se corresponde con el art. 171-1º de la Ley del Suelo de 1976, que señalaba:

"El Estado, las Entidades Locales y Urbanísticas especiales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, cuyo derecho corresponderá al superficiario".

En relación con el art. 157-1º de la Ley del Suelo de 1956, solamente señalar que únicamente disponía que "podrán constituir el derecho de superficie sobre suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación...."

El actual art. 287-1º señala que "las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario"

<sup>25</sup> Artículo 288 de la Ley del Suelo:

"El procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos".

expropiación y la gestión directa o cesión (onerosas o gratuitas).

Nada ha variado con respecto al artículo 172-1º de la Ley anterior cuando señalaba que la concesión del derecho de superficie se efectuaría por subasta o por adjudicación directa o como consecuencia de haberse procedido a una expropiación parcial del dominio del suelo, por así permitirlo la ejecución del Plan.<sup>26</sup> En la actual ley urbanística se recoge como medio principal de adquisición del derecho de superficie la cesión, que podrá ser de carácter oneroso o gratuito.

Según el artículo 284 apartado 1º, los terrenos pertenecientes al Patrimonio Municipal del Suelo, sólo podrán ser enajenados en virtud de concurso,<sup>27</sup> cuyo precio no podrá ser inferior al valor urbanístico del aprovechamiento real que les corresponda. En caso de quedar desierto el concurso, el apartado 2º de dicho precepto señala que el

---

<sup>26</sup> Artículo que a su vez procedía del artículo 158 de la Ley de 1956, pero que aportaba como innovación la constitución del derecho a través de la expropiación parcial del dominio del suelo.

<sup>27</sup> Notese la diferencia entre concurso (Ley actual) y el procedimiento de subasta pública recogido en la Ley del Suelo de 1976.

Ciñéndonos a las denominaciones que el art. 93 del Reglamento de Contratos del Estado de 25 de noviembre de 1976, hace de la subasta (versará sobre un tipo expresado en dinero, con adjudicación al oferente que sin excederse de él haga la proposición económicamente más ventajosa), y el concurso (la adjudicación recaerá en el oferente que en su conjunto haga la proposición más ventajosa sin atender exclusivamente al valor económico de la misma, y sin perjuicio del derecho de la Administración a declararlo desierto), resultan evidentes las diferencias.

La más notable reside en que en la subasta prima el interés económico, mientras que en el concurso priman otros intereses, reservándose la Administración incluso su derecho a la no adjudicación -en nuestro caso de la ejecución de la obra.

En base a lo expuesto, ¿qué efectos prácticos produce este cambio legislativo? Parece ser que el Legislador de 1992 no ha considerado como prevalente el interés económico, añadiéndose cualquier otro tipo de condición y dejando que la adjudicación del concurso se realice o incluso se declare desierto cuando a la Administración no le convengan las ofertas presentadas. No obstante, de acuerdo con lo establecido en el párrafo 2º del art. 284 se posibilita en este caso, la adjudicación directa en el plazo de un año que en última instancia hace inútil el concurso.

Ayuntamiento podrá enajenar directamente dentro del plazo máximo de un año, con arreglo al pliego de condiciones.

Si se trata de cesión a entidades de carácter benéfico y social, que promuevan viviendas de protección pública, no requerirá concurso según el apartado 3º del citado artículo.

Igualmente y según se desprende del art. 286, los Ayuntamientos podrán ceder gratuitamente los terrenos, o por precio inferior al de su valor urbanístico, siempre que su objeto sea el destino a viviendas de protección pública, mediante concurso. Aunque, el apartado 2º del mismo precepto regula el supuesto de cesión directa con carácter gratuito o por precio inferior al coste con destino a usos de interés social.

La modalidad de cesión resulta ser también el medio más utilizado por la Administración en los sistemas italiano,<sup>28</sup> y portugués. La Lei dos Solos portuguesa regula taxativamente la concesión del derecho de superficie por la Administración. Así, establece que la cesión tendrá lugar cuando el derecho de superficie se otorgue a cooperativas para la construcción de viviendas en régimen de propiedad horizontal (art. 19-2º). También se recoge, en su Capítulo VII, la cesión que puede realizarse a través del acuerdo directo con los respectivos promotores o interesados, siempre que los terrenos sean destinados a edificios o instalaciones de interés público, a viviendas de carácter social, o a edificios en régimen de propiedad horizontal (art. 29-1º),<sup>29</sup> o la cesión que se realizará por concurso cuando el destino del derecho de superficie sea la creación de edificios donde los valores

---

<sup>28</sup> Recordemos la Ley nº 865 de 22 de octubre de 1972 y la Legge Tognoli.

<sup>29</sup> Art. 29-1º: " A administração cederá, mediante acordo directo como os respectivos promotores ou interesados, o direito de superficie sobre terrenos destinados:  
a) A edificios ou instalaciones de interesse público;  
b) A empreendimentos relativos a habitação social,  
c) A edificios para habitação própria, ainda que em regime de propriedade horizontal."

de renta como los precios de venta estén sujetos a control (art. 29-2º).<sup>30</sup> La cesión del derecho de superficie sobre terrenos destinados a estos fines, no pueden resultar lucrativos para la Administración, teniendo en cuenta los gastos de adquisición, así como los gastos de los estudios realizados, y los de los trabajos de urbanización. Aunque los precios de la cesión pueden variar entre sí, ya sea en función de las diversas finalidades o de los objetivos específicos del derecho cedido.<sup>31</sup> También se establece, con carácter general, la cesión a través de la subasta pública, cuando el derecho de superficie tenga como objeto terrenos destinados a otros fines no señalados en los apartados anteriores (art. 29-3º).<sup>32</sup> En resumen, el sistema establecido es bastante similar al nuestro.

Por otro lado, y volviendo a nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 278 de la Ley del Suelo, se recogen también las técnicas de reservas de terrenos y expropiación con fines de ampliación del Patrimonio Municipal del Suelo, para la posterior constitución del derecho de superficie. Esta fórmula de expropiación por utilidad pública, es también utilizada en el derecho italiano, y en concreto por la Ley nº 865 de 22 de octubre de 1972,

---

<sup>30</sup> Art. 29-2º: "Será cedido, por concurso, o direito de superfície sobre terrenos destinados a edifícios cujos fogos fiquem sujeitos a fixação ou controle dos valores das rendas ou dos preços de venda."

<sup>31</sup> Art. 30-1º: "Os direitos sobre terrenos, destinados aos fins previstos nos n. 1º e 2º do artigo anterior, devem ser cedidos por preços que, no conjunto, não sejam lucrativos para a Administração atendendo aos custos de aquisição, acrescidos dos custos dos estudos e da realização dos trabalhos de urbanização e dos inerentes encargos, calculados em relação a toda a zona."

2º: Os preços de cedência dos direitos sobre os mesmos terrenos podem, contudo, variar, relativamente entre si, em função das finalidades e dos objetivos específicos dos respectivos empreendimentos."

<sup>32</sup> Art.29-3º: "O direito de superfície sobre terrenos destinados aos restantes empreendimentos será cedido mediante hasta pública".

que en su art. 35 señala cuál es el procedimiento a seguir.<sup>33</sup> En dicha Ley se utiliza la técnica de la expropiación de suelo por el Ayuntamiento o el Consorcio integrándose dentro de su patrimonio indisponible. El suelo expropiado es cedido con posterioridad en derecho de superficie para la construcción de casas de tipo económico o popular cuya duración no será inferior a 60 años ni superior a 99.

También en el derecho portugués, el Decreto-Lei nº 182/72 de 30 de mayo, utiliza la expropiación de los predios para la construcción de viviendas de carácter social a través del derecho de superficie, señalándose como medio de cesión del derecho tanto la subasta pública como el concurso (art. 5).

En conclusión, la situación en los tres ordenamientos analizados es muy similar. La Administración obtiene los terrenos a través de la expropiación de los mismos, y, posteriormente, cuando estos han entrado a formar parte del Patrimonio Municipal, los ceden a través del derecho de superficie, cuyo objeto primordial son las viviendas, aunque también se utiliza para otros fines de interés social (polígonos industriales o aparcamientos).

## **2.- Referencia a los elementos personales, reales y formales.**

### **A.- Elementos personales**

En el derecho real de superficie existen dos **sujetos**, el superficiario que es el titular del derecho o sujeto activo, y el concedente, propietario del bien inmueble gravado con el derecho real, que es el sujeto pasivo.

**El propietario del suelo es la persona que, en principio, se encuentra legitimada**

---

<sup>33</sup> Art. 35 de la ley nº 865 italiana: "...La instancia para obtener la concesión es dirigida al síndico o presidente del consorcio.

La concesión es otorgada por el consejo municipal o en la asamblea del consorcio. En la misma deliberación se determinará el contenido de la convención estipulada entre el concedente y el solicitante, por documento público e inscribible en la oficina de los registros inmobiliarios..."

para constituir el derecho de superficie sobre el suelo de su propiedad. Al imponerse un derecho real sobre la misma, el concedente posibilita la construcción de una edificación en propiedad separada.<sup>34</sup> Puede ser tanto una persona física como una persona jurídica, y esta puede ser tanto pública<sup>35</sup> (p. ej: administración municipal) como privada. En caso de copropiedad del suelo, es necesario el consentimiento de todos los copropietarios para la concesión del derecho de superficie (art. 397 C.C).<sup>36</sup> Es posible su constitución en ambos tipos de copropiedad.

---

<sup>34</sup> Propietario que debe tener sobre el suelo y como premisa inicial el poder de disposición y el goce del mismo, ya que si no lo tiene no podrá gravar su derecho ni constituir sobre él ningún derecho, ni, por consiguiente, el de superficie.

<sup>35</sup> Así lo ha dispuesto expresamente el art. 287 de la Ley del Suelo, cuando señala que "las entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal..."

<sup>36</sup> Puede constituirse el derecho de superficie a favor de un tercero pero también puede darse el caso de que se otorgue a uno de los copropietarios del suelo, de forma que, el mismo sujeto sea a su vez dueño de parte del suelo y superficiario.

En base a esta idea cabe preguntarse si es posible que un copropietario pueda ser titular a su vez, de un derecho real sobre parte del suelo que es de su copropiedad. En principio entiendo que no hay nada que lo impida ya que no se podrá pensar en una confusión de derechos, puesto que su situación no es de propiedad plena del suelo, sino de copropiedad.

Pugliese (Superficie...Cit. Pags 571 a 574) recoge una cuestión habitual en el derecho italiano que surge cuando existe el condominio del suelo edificable, y, con la intención de construir, se atribuye a cada copropietario la propiedad individual de una parte del futuro edificio. El supuesto de condominio sobre el suelo es claro. El problema nace a la hora de señalar cual es el derecho que ostenta cada uno de los copropietarios tras la realización de la construcción y cuando adquiere cada uno la parte (piso o apartamento) que se les ha asignado. Según dicho autor, las respuestas que se dan por la Jurisprudencia italiana concluyen determinando la existencia de un derecho de superficie ostentado por cada propietario, en base al cual adquieren automáticamente una parte del edificio asignado apenas se ha construido. Se apoya esta argumentación en el hecho de que el acto concluido por los copropietarios impide la accesión del edificio a la comunidad propietaria pro indiviso del area o suelo. De forma que, el derecho a construir, la parte del edificio y la propiedad que surge, pertenecen por entero a cada copropietario, mientras que el fundo pertenece pro indiviso a todos los copropietarios. Igualmente se señala que el derecho de construir no es un derecho nuevo sino que es el resultado de una transformación en cuanto que les pertenecía en base al derecho que cada uno tenía como copropietarios del suelo.

Así, en relación con la constitución de un derecho de superficie por un copropietario del suelo, cuando dicha copropiedad sea de tipo germánica, es posible porque el derecho de propiedad sobre el suelo es íntegramente de todos sobre todo el suelo, es decir, no hay atribución de cuotas. De manera que todos pueden pactar la derogación de las reglas de la accesión en favor de algún copropietario, porque todos tienen derecho de construir, facultad ínsita en el citado derecho de propiedad sobre el suelo.

En cuanto a la forma de copropiedad romana, donde cada copropietario tiene una parte no concreta del suelo, el derecho de superficie podrá surgir, cuando no haya una relación directa entre la cuota del suelo propiedad de cada uno de ellos y los pisos edificados.<sup>37</sup>

Fuera de estos supuestos, considero que no existe derecho de superficie, porque la situación se asemejaría totalmente a la Propiedad Horizontal puesto que cada copropietario tendría derecho sobre el suelo y sobre el edificio (sobre el suelo al ser un elemento común, y, sobre el piso como un elemento privativo).

También es posible la situación inversa, es decir, la copropiedad superficiaria.<sup>38</sup>

---

<sup>37</sup> Por ejemplo, el derecho de superficie surgirá si existen varios copropietarios sobre el suelo, y uno de ellos cede su derecho de construir a los otros, que construyen la edificación. O también, en el supuesto en que siendo varios los copropietarios del suelo todos ellos quieran realizar la construcción. En este caso el derecho de superficie tendrá lugar al ser unos, propietarios de más pisos que otros. De manera que determinados copropietarios cedan su facultad de construir en mayor o menor medida a los otros, resultando que estos tengan además de su derecho de propiedad plena, un derecho de edificación sobre la copropiedad ajena.

<sup>38</sup> Puede que haya únicamente un propietario del suelo y que éste sea, a su vez, copropietario de la construcción superficiaria que se alza sobre su terreno. En principio debemos señalar que si en el edificio objeto de la copropiedad superficiaria no ha habido ningún acto de división, está claro que no se produce la accesión al propietario único del suelo de esta propiedad superficiaria común (copropiedad de tipo germánica). Pero ¿qué ocurrirá si tras la construcción del edificio, objeto de la copropiedad superficiaria, se procede a su división horizontal?. Pues que el propietario del suelo, continuaría siendo a su vez copropietario de una parte del edificio, pero de una parte claramente determinada. En este caso dejaría de ser copropietario superficiario, frente a los demás copropietarios que sí mantendrían su posición de superficiarios, al haber

La siguiente cuestión consiste en determinar si es posible que el **enfiteuta** esté, o no, legitimado para que pueda constituir un derecho de superficie.<sup>39</sup>

Partimos del hecho de que el enfiteuta tiene en su poder el dominio útil del suelo, tal y como establece el artículo 1.605 del Código Civil. Como argumento a favor de su posible constitución, señalaremos que el artículo 1.633 C.C. autoriza al enfiteuta a que pueda disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto intervivos como por actos de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo. De esta forma habría que estudiar, si la constitución de un derecho de superficie sobre el suelo del "dueño directo", le supondría a éste algún perjuicio.<sup>40</sup>

Parte de la doctrina italiana,<sup>41</sup> niega que el enfiteuta tenga poder de constituir el derecho de superficie.<sup>42</sup> Y ello porque el enfiteuta en cuanto titular de un derecho real sobre cosa ajena no está legitimado, como lo está el propietario, para impedir que se produzcan los efectos de la accesión inmobiliaria. Se puede admitir que el enfiteuta

---

construido sobre suelo ajeno.

<sup>39</sup> En el censo enfiteútico, **el señor del dominio directo** no posee las facultades para la utilización y disfrute del suelo, de ahí que resulte obvio como no está autorizado a ceder la finca enfiteútica en superficie, ya que lesionaría los intereses del enfiteuta. Sobre este punto vid: Guilarte: El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966. Pag. 207.

<sup>40</sup> En el mismo sentido cabría preguntarse si **el forero**, como dueño útil del fundo al igual que el enfiteuta, y teniendo todos los derechos de aprovechamiento y libre disposición de la finca aforada, tanto por actos inter vivos como mortis causa, podría constituir o no el derecho de superficie.

Nosotros entendemos que si porque el foro en realidad, no es más que una modalidad de enfiteusis, teniendo su titular además del goce de la finca, la libre disposición de la misma y, por consiguiente, el verdadero derecho de propiedad.

<sup>41</sup> Quaranta y Preden: Superficie...Cit. Pag 20, Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 575

<sup>42</sup> En contra Balbi (Il diritto di superficie... Cit. Pag 140) que señala la posibilidad de que el enfiteuta, aunque no es un verdadero propietario, constituya el derecho de superficie. Su argumento se basa en que el fundamento del derecho de superficie supone un mejoramiento del fundo enfiteútico. Añadiendo que las atribuciones del enfiteuta no son menores que las del propietario, salvo la eventual temporalidad y alguna obligación.

teniendo la facultad de construir, transmita a otro esta facultad y que consienta la utilización por este tercero del edificio que ha construido, pero no se puede admitir que devenga propietario de la misma, ni siquiera con carácter temporal, porque su poder no puede ser más amplio que el del enfiteuta a quien no se le considera propietario.<sup>43</sup> Tesis que no considero acertada al menos conectándola con nuestro Derecho. Y ello porque la enfiteusis se considera en nuestro ordenamiento como un censo de tipo especial, ya que el Código Civil recoge su definición y regulación influido por la doctrina medieval del dominio dividido. Así, reconoce al enfiteuta un *ius utendi*, un *fructu* amplísimo, y un poder dispositivo.<sup>44</sup>

Además de todas estas facultades, al señalarse en el artículo 1635 C.C. la posibilidad de que el enfiteuta done o permute libremente la finca, siempre que lo ponga en conocimiento del dueño, podríamos pensar que el enfiteuta, como dueño útil del fondo, puede gravar su propiedad con el derecho de superficie (cuya duración es temporal), porque si se le permite transmitir derechos más amplios es posible que se le otorgue la concesión de un derecho generalmente de propiedad temporal, como es el derecho de

---

<sup>43</sup> El Código Civil italiano continúa siguiendo "la inicial tesis romanista" donde el enfiteuta es titular de un derecho real sobre cosa ajena. Todo ello frente a la concepción existente en nuestro Código donde se define a la enfiteusis como una figura fluctuante entre la concepción del dominio dividido y la puramente censal. Díez Picazo y Gullón: Sistema de derecho civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ª ed. Tecnos. Madrid. 1990. Pag. 479.

<sup>44</sup> Tiene derecho a disfrutar de la finca, (Art. 1632 "haciendo suyos los productos de esta y sus accesiones...") tiene derecho a gravarla (señalándose únicamente en el artículo 596 C.C. la necesidad de contar con el consentimiento del dueño directo si es un gravamen voluntario perpetuo) y a disponer de su dominio útil sobre la misma (facultad que se deduce del artículo 1.617 C.C.: "Pueden transmitirse a título oneroso o lucrativo las fincas gravadas con censos..." y 1633 C.C.: "Puede el enfiteuta disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto por actos inter vivos como de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo...").

superficie. Sin embargo, este razonamiento no es correcto. Guilarte <sup>45</sup> acertadamente mantiene que el enfiteuta no puede derogar por sí sólo el principio de accesión, pues considera que el art. 1632 del C.C. al determinar que el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y sus accesiones, quiere decir que aunque "los haga suyos", dichas accesiones pertenecerán al dueño de la finca.

Así, dicho autor concluye que en el supuesto de la modalidad urbanística, el enfiteuta no puede constituir el derecho de superficie, ya que no tiene la facultad de renunciar al principio de accesión, de manera que el constructor no adquiriría la propiedad de lo edificado.

En cuanto a la modalidad común, continúa diciendo, al ser considerado el derecho de superficie como un gravamen por el Código, el enfiteuta puede consentir la construcción del edificio sobre el fundo, que pertenecerá al dueño directo, y únicamente podrá ceder el goce del edificio al constructor; lo que también ocurrirá, si el derecho de superficie se concede sobre una edificación preexistente.

Así, siguiendo su argumentación de no derogar por sí sólo el principio de accesión, entiendo que no hay un derecho de superficie, puesto que no hay propiedad superficiaria. Y ello porque la propiedad siempre será del dueño directo, lo único que tendrá el enfiteuta, y que puede ceder al constructor, sobre la edificación será el goce de la misma.

En cuanto a la posibilidad de que **el usufructuario**, pueda constituir el derecho de superficie hay diversas opiniones dentro de la doctrina.<sup>46</sup> A mi modo de ver está claro que

---

<sup>45</sup> Guilarte: El derecho de superficie.. Cit. Pag. 207

<sup>46</sup> Por un lado, **Fuentes Lojo** (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 380) se muestra partidario de su legitimación. Y ello porque siendo un derecho real de carácter temporal que autoriza a su titular a disfrutar de todas las utilidades que resultan del normal aprovechamiento de una cosa ajena, concluye que es posible su constitución siempre que se resuelva el derecho de superficie al finalizar el usufructo.

el usufructuario posee unicamente un derecho de goce pero no un verdadero derecho de propiedad, ni siquiera como señala De los Mozos, tiene un dominio util. Sin embargo, siguiendo la hipótesis formulada por Guilarte, y De los Mozos de si el usufructuario contase con el permiso del nudo propietario, creo que no habría ninguna duda en pensar que sí podría constituirse el derecho de superficie. Lo que pasaría es que en realidad no podría hablarse de un derecho de superficie constituido por el usufructuario, sino que nacería del acuerdo conjunto de ambas voluntades: la del nudo propietario y la del usufructuario; puesto que se concedería un derecho más amplio del que tendría el usufructuario. Lo que viene a confirmar en último término que el usufructuario no puede conceder un derecho de superficie.

En base a idéntico argumento considero que tampoco se encuentran legitimados ni el **usuario** ni el **habitacionista** ni el **arrendatario**,<sup>47</sup> al ser todos ellos titulares de un derecho de goce sobre cosa ajena. Los dos primeros por ser derechos de carácter personalísimos no susceptibles de traspaso ni de arrendamiento. Y en cuanto al arrendata-

---

Contrario a esta tesis es **De los Mozos** (El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974. Pag. 27) que establece que no siendo dueño, ni siquiera del dominio util, nunca el usufructuario podrá constituir el derecho de superficie por si mismo, y sin el consentimiento del nudo propietario.

**Guilarte** (El derecho de superficie... Cit. Pag. 211), en principio, mantiene una postura a favor de su constitución, pero luego la limita. Así señala que el usufructuario puede constituir el derecho de superficie pero siempre supeditado a la propia vida del usufructo, y ello cuando el objeto del derecho de superficie no implique el quebrantamiento del contenido del art. 479 C.C., es decir, el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del aumento que reciba por accesión la cosa usufructuada, sin que en ningún caso pueda adquirir la propiedad de lo edificado. Sin embargo, continúa señalando que es posible su constitución apoyando su argumentación en que el usufructuario no tiene el poder de disposición de la cosa, como igualmente señala De los Mozos, de forma que necesita el consentimiento del nudo propietario para la cesión del goce de su derecho, pues no hay que olvidar que él no es dueño ni del dominio util.

<sup>47</sup> Vid. lo señalado en relación con el arrendamiento cuando estudiamos los modos de constitución.

rio, no hay que olvidar que es un derecho de goce de carácter personal y que no posee la facultad de libre disposición.

El último punto, objeto de breve comentario, se centra en la legitimidad del **superficiario** para constituir otro derecho de superficie.<sup>48</sup> En nuestra doctrina el tema se estudia como supuesto de **derecho de subsuperficie**. El superficiario estaría legitimado para conceder un derecho de superficie sobre las bases de su concesión (sobre todo en el apartado referente a las condiciones de la edificación superficiaria).

En el caso de que no se haya hecho constar nada en dicho particular, o si la construcción se adapta a las características establecidas en el contrato, y evidentemente no se ha prohibido expresamente, no hay duda alguna de que sí cabe la constitución de la subsuperficie por el propio superficiario.<sup>49</sup>

---

<sup>48</sup> Para la doctrina italiana (Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 20, Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 575 y Cendon: Superficie... Cit. Pag. 264) el único titular de derecho real limitado que puede constituir el derecho de superficie es el superficiario, y no sólo sobre la propiedad de la construcción ya edificada sino también cuando ésta no se ha realizado aún.

<sup>49</sup> **Guilarte** (El derecho de superficie... Cit. Pag 213 y ss) inicia su estudio diferenciando la doble modalidad del derecho de superficie, la común y la urbana. En la modalidad común, y teniendo en cuenta la distinta aplicación normativa, según se haya establecido por tiempo indefinido (reglas de la enfiteusis) o limitado (reglas del arrendamiento) se llega a una conclusión absurda, según señala dicho autor. Y ello porque de aplicarse las normas de la enfiteusis no cabría (por la prohibición de la existencia de subenfiteusis), mientras que si se hubiera establecido por tiempo limitado sí tendría lugar la subsuperficie (por analogía al subarrendamiento). La conclusión a la que llega Guilarte, en la modalidad común es que cabe su constitución, tomando como fundamento que si el superficiario puede disponer de su derecho, no parece claro que no pueda constituir el derecho de superficie y sí otros derechos reales. En cuanto a la modalidad urbanística, señala que la misma debe imponerse siempre que no se pacte expresamente su prohibición, y en base a que el art. 161-3º de la Ley del Suelo de 1956, permite la constitución de derechos reales sobre la superficie.

Por el contrario, **Campos Porrata** (El renacido derecho de superficie. A.A.M.N. T. 17. 1967. Pags. 235 y ss. Pag. 251) señala que la "prevención que nuestra legislación demuestra hacia la subenfiteusis, prohibida expresamente en el Código Civil, y al subarrendamiento, que es causa de resolución arrendaticia, no parecen muy favorables al reconocimiento y admisión de esta figura jurídica".

Considero que es admisible la posibilidad de constitución del derecho de superficie por el superficiario, en sus dos fases, tanto como derecho a edificar y mantener lo edificado, como sobre la construcción existente; y tanto sobre suelo ajeno sobre el que se ha otorgado ya un derecho de superficie; como sobre una edificación superficiaria, con el fin de otorgar derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria.<sup>50</sup> Todo ello, sin necesidad del consentimiento del concedente, quien lleva a cabo la derogación de las reglas de la accesión, en favor del superficiario, que puede, a su vez, otorgar derechos reales únicamente por la duración de su derecho.

#### B.- Requisitos objetivos

En este apartado debemos distinguir el **suelo**<sup>51</sup> y la **construcción**.<sup>52</sup>

---

Por último, **De los Mozos** (El derecho de superficie... Cit. Pag. 278 y 285 y ss) afirma la posibilidad de constitución de la subsuperficie o de lo que él denomina derecho de superficie de segundo grado, dependiendo exclusivamente de la autorización del dominus soli efectuada en la concesión o en un momento posterior.

<sup>50</sup> Piensesé en la posible constitución de un derecho de subsuperficie sobre el terreno concedido en superficie, cuando éste sea más extenso que la construcción realizada, pudiendo dedicar una parte del mismo a la construcción por un tercero, cuyo derecho derive del superficiario y no directamente del propietario del suelo. O el supuesto del edificio superficiario tanto si pertenece a una sola persona, como si está constituido por una propiedad horizontal separada.

<sup>51</sup> Como salvedad previa debemos tener en cuenta que el derecho de superficie urbanístico se constituye sobre los bienes de las Entidades Locales y siguiendo a Prats Albentosa (quien trata el tema del derecho de superficie en la obra de López López y Montes Penadés: Derechos reales y Derecho inmobiliario Registral. Tirant Lo blanch. Valencia 1994. Pag. 597), puede constituirse sobre:

-bienes o terrenos de su propiedad, esto es, bienes patrimoniales o de propios en el sentido de los arts. 340 y 344.2 C.C.

-o, sobre bienes que integran el Patrimonio Municipal del Suelo, el cual está constituido por bienes sometidos al derecho privado pero que constituyen un patrimonio separado dentro de los demás bienes patrimoniales del Municipio, dada su sujeción por la Ley del Suelo a un uso concreto: "deberán destinarse a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, de acuerdo con el planeamiento urbanístico". (art. 280-1 L.S)

Resulta interesante destacar como la Ley del Suelo de 1992 ha regulado en el

En relación con el **suelo**<sup>53</sup>, el derecho de superficie debe constituirse sobre la totalidad de la finca, de manera que si las partes quieren pactarlo sobre una parte de la misma porque no tienen intención de que toda ella quede afectada al mismo, deberá procederse a su segregación, aunque también podrá extenderse el derecho de superficie

---

Capítulo III bajo la rúbrica Actuaciones Asistemáticas en suelo urbano, (arts. 185 a 198) que el Título IV dedica a la Ejecución del Planeamiento, una nueva técnica jurídica denominada **Transferencias de Aprovechamientos urbanísticos**, la cual encuentra su aplicación exclusiva en el suelo urbano no incluido en unidades de ejecución, y que permite resolver los desajustes entre el aprovechamiento real de una parcela y el patrimonializable por un titular.

Para el suelo urbano, los Planes Generales y las Normas Subsidiarias Municipales, fijan un aprovechamiento urbanístico tipo para todas o cada una de las áreas homogéneas en que se divide el suelo urbano que expresaría el contenido normal del derecho a edificar. Las T.A.U.S. consisten en permitir a los propietarios transferir los excesos del aprovechamiento tipo susceptibles de apropiación a aquellos otros propietarios a los que el planeamiento no les permite obtener realmente el porcentaje del aprovechamiento tipo susceptible de apropiación.

Así los propietarios de edificios y solares cuya edificabilidad fuera diferente a la establecida por el aprovechamiento tipo podrían transferir libremente la totalidad del aprovechamiento con respecto al tipo establecido en el Plan, pudiéndose en definitiva, disociar el derecho dominical del suelo y el *ius aedificandi* (vuelo) otorgado por el Plan.

Las transferencias permiten la adquisición o transmisión (por cesión, venta, permuta...) de tales aprovechamientos.

El aprovechamiento real máximo permitido por el Plan es susceptible de negocio y, por consiguiente, de producir beneficios a su propietario en el mercado inmobiliario, tanto a través de los aprovechamientos reales de carácter privado -superficies edificables para equipamientos y dotaciones de uso privado (centros de enseñanza, guarderías, hospitales y templos privados)- como de carácter público (construcción de viviendas).

Por otro lado, se recoge la posibilidad a través de las T.A.U.S. de ceder gratuitamente a la Administración terrenos, lo que supone la necesidad de expropiar menos superficies con el consiguiente ahorro de sus gastos para la Hacienda Pública Local, y el incremento de su capacidad adquisitiva y patrimonial. Terrenos que pasan a formar parte del Suelo Patrimonial Público y que puede ser objeto, a su vez, de **cesión en derecho de superficie**.

<sup>52</sup> En principio vamos a referirnos a lo que se entiende por suelo y construcción en sentido estricto, para poder profundizar en el estudio de los elementos de la Institución tanto cuando el derecho de superficie recaía sobre el suelo en sí, como sobre una edificación preexistente. Refiriéndonos en último extremo a los **derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios**.

<sup>53</sup> Recaía sobre una finca, y en palabras de De los Mozos (El derecho de superficie... Cit. Pag. 280), una vez constituido aquél, ésta será relegada a mero suelo.

sobre un terreno aunque no sea todo él objeto de edificación.<sup>54</sup> Puede constituirse sobre toda clase de terrenos, tanto de carácter público, según lo señala claramente la Ley del Suelo, como terrenos de carácter privado. Y también puede recaer sobre o bajo suelo ajeno,<sup>55</sup> o recaer sobre una parte de un inmueble, como, por ejemplo, el piso o un apartamento de una casa, siempre que se llegue a una armonización con el sistema de Propiedad Horizontal.<sup>56</sup>

Una cuestión que debe determinarse es si puede, o no, constituirse sobre suelo rústico. De La Rica<sup>57</sup> afirma tal posibilidad, siempre que la finalidad del mismo sea la de construir bodegas, almacenes, o silos, de lo que resulta que el destino de tales edificaciones estará relacionado con labores agrícolas. A mi modo de ver tal posibilidad está íntimamente conectada con las normas urbanísticas y de planeamiento. Si el derecho de superficie se

---

<sup>54</sup> Resulta necesario fijar la extensión del derecho de superficie sobre las porciones de terrenos accesorias a la construcción, como patios y jardines. En principio, hay que señalar, que habrá que estar a lo dispuesto en el título constitutivo. Pero, en general, la existencia de dichos elementos accesorios como objeto o no del derecho, se hace depender del destino, importancia y finalidad de la construcción, incidiendo en la distinción de las partes accesorias de "un edificio de lujo" que de una "simple casa de vecindad". No es lo mismo la constitución de un parque acuático, a través de un derecho de superficie, compuesto por las diferentes instalaciones y zonas de recreo, o la misma ciudad de la imagen, con los distintos pabellones que la integran así como zonas verdes, que unas viviendas de promoción social.

<sup>55</sup> Frente al ordenamiento portugués donde expresamente se niega la posibilidad de constituirse en el subsuelo con carácter general, en el Código Civil.

<sup>56</sup> Armonización que consiste principalmente en la asignación de cuotas a cada propietario, teniendo en cuenta que los copropietarios superficiarios lo serán temporalmente, y no tendrán derecho alguno -ni, por consiguiente, cuota- sobre el suelo, que pertenecerá a su concedente. A favor de que el derecho de superficie recaiga sobre la parte de un inmueble, se encuentran Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 383) y De los Mozos (El derecho de superficie... Cit. Pag. 282).

<sup>57</sup> De La Rica y Arenal: Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Don Ramón de la Rica y Arenal. T. II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1976. Pag. 24.

constituye sobre un suelo urbano no hay problema en llevar a cabo tal edificación, siempre que las características generales de la construcción se adapten a los Planes Generales de Ordenación Urbana, o a las normas urbanísticas que determinen el volumen edificable y la obtención de licencias.<sup>58</sup> Sin embargo si el derecho de superficie recaé en el suelo rústico,<sup>59</sup> las construcciones habrán de estar destinadas a usos agrícolas o ganaderos.<sup>60</sup>

---

<sup>58</sup> De la Ley urbanística no parece desprenderse que el suelo deba reunir las características de solar, sino que conforme al planeamiento resulte ser un terreno edificable. Las exigencias para la edificación se examinarán con posterioridad, cuando se solicite la licencia, y ello porque el suelo debe ser edificable de acuerdo con las normas de planeamiento ya que de otro modo no se conseguiría la finalidad del contrato. Por otro lado, para que sea calificado de solar, el terreno debe cumplir unos requisitos mínimos previstos en el planeamiento (exigencia de pavimentación de la calzada, encintado de aceras, servicio de agua, desagüe y alumbrado público...).

<sup>59</sup> Al mencionar suelo rural o rústico, me refiero al suelo considerado no urbanizable, es decir a aquel que no es susceptible de ningún desarrollo urbano, sino sólo del aprovechamiento inherente a sus cualidades estrictamente naturales (uso rústico, en su triple visión: agrícola, forestal y ganadero). Y ello porque en el suelo rústico se prohíbe la edificación en forma de bloques de pisos con paredes medianeras al descubierto. o las edificaciones características de zonas urbanas, de manera que sobre esta clase de terrenos, las posibilidades de aplicación del derecho superficiario son muy reducidas en la práctica. Además no hay que olvidar la posible existencia del derecho de superficie rústico o vegetal, o derecho de plantación en finca ajena, que no es objeto del presente trabajo.

<sup>60</sup> El art. 63 de la Ley 39/88 de 28 de diciembre, **reguladora de las Haciendas Locales**, realiza una calificación de las construcciones de naturaleza rústica, a efectos del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, que puede resultar orientadora. Así, señala que tienen tal consideración, los edificios e instalaciones de carácter agrario que situados en los terrenos de naturaleza rústica sean imprescindibles para el desarrollo de las explotaciones agrícolas, ganaderas y forestales. Mientras que no tendrán tal consideración los tinglados o cobertizos de pequeña entidad utilizados en explotaciones agrícolas, ganaderas o forestales que por el carácter ligero y poco duradero de los materiales empleados en su construcción, sólo sirvan para usos tales como el mayor aprovechamiento de la tierra, la protección de los cultivos, albergue temporal de ganados en despoblado o guarda de aperos o instrumentos propios de la actividad a la que sirvan y estén afectados. Ni las obras y mejoras incorporadas a los terrenos de naturaleza rústica, que formen parte indisoluble del valor de aquellas.

En el mismo sentido el Art 7º de la **Ley de Arrendamientos Rústicos** señala que no se aplicarán las normas de la misma a los arrendamientos que tengan por objeto, inicial o posteriormente, fincas en las que concurren alguna de las siguientes circunstancias:

- Constituir suelo urbano, o suelo urbanizable programado.
- Ser accesorias de edificios o explotaciones ajenas al destino rústico, siempre que el

En el ordenamiento francés se ha llegado a una solución más sencilla, al existir distintas regulaciones, pues se utiliza el arrendamiento con facultad de construir, para llevar a cabo edificaciones urbanas,<sup>61</sup> y, en el ámbito rústico, se utiliza el arrendamiento enfiteútico, para la construcción de edificaciones cuyo destino sea agrícola.

El suelo debe reunir todas las características necesarias para albergar una construcción. En caso contrario, si una vez pactado el derecho no se puede proceder a la construcción, por razones urbanísticas o por la existencia de alguna servidumbre de derecho privado, el contrato origen del derecho de superficie será nulo por imposibilidad de su objeto.<sup>62</sup>

Pero, ¿únicamente el derecho de superficie puede recaer sobre suelo, o puede recaer sobre el agua o constituirse a través del aire (como las líneas eléctricas, telefónicas, teleféricos...)? La doctrina italiana ha sido la que más se ha preocupado de precisar los

---

rendimiento ajeno al rústico sea notoriamente superior a éste.

- Tener por cualquier circunstancia ajena al destino agrario, un valor en venta superior al doble del precio que normalmente corresponda en la zona o comarca de las de su misma calidad o cultivo.

Sin olvidar la existencia del art. 2 de dicha Ley, que en su párrafo 2º dispone: "aquellas edificaciones... destinadas a la explotación."

<sup>61</sup> Puesto que en la Exposición de Motivos de la ley de 16 de diciembre de 1964, el legislador únicamente reguló el *bail à construction con fines urbanos*.

<sup>62</sup> En este sentido se puede establecer que las partes limiten la conclusión del contrato a la obtención del permiso de construir o someterlo a la condición suspensiva de esa obtención. No hay que olvidar que la finalidad de este contrato es la de construir, si el terreno no resultase apto para ello, el superficiario podría resolver del contrato, dando lugar a su indemnización por daños y perjuicios, si pudiese probarse como vicio oculto conocido por el concedente (art. 1486 C.C.), o, si no lo conocía, pagando los gastos ocasionados.

Si el terreno resultase inapto aunque no en toda su extensión, por la naturaleza geológica del suelo, la construcción se haría inviable y podría resolverse el contrato por cualquiera de las partes.

límites materiales de constitución del derecho de superficie. Así, Cendon,<sup>63</sup> señala que no es posible constituirlo cuando su objeto sea realizar baños, molinos de agua u otro edificio flotante (solidamente unidos a la orilla), y ello porque se trata de construcciones que no recaen sobre el suelo, no entrando por lo tanto dentro del esquema de la accesión. Salis,<sup>64</sup> amplía esta argumentación a aquellas construcciones que cuelgan del vacío, como por ejemplo: puentes, teleférico, líneas eléctricas, balcones... Sin embargo, esta doctrina no es unitaria pues Messineo,<sup>65</sup> señala la posibilidad de construir a través del derecho de superficie, vías de ferrocarril y de tranvía, quioscos, viaductos o pasadizos elevados, cabinas de transformación para la electricidad, y el funicular aéreo.

En nuestro derecho, todos estos ejemplos han sido considerados como aprovechamientos objeto de concesión administrativa de los bienes de uso público.<sup>66</sup> Entendemos además, que no puede considerarse que el derecho de superficie se constituya sobre el agua, o a través del aire o del espacio, por ejemplo cables, no sólo por la falta de derogación del principio de accesión que posibilite el nacimiento del derecho, sino porque en su mayoría no son ni siquiera construcciones que den lugar a una propiedad separada.<sup>67</sup>

---

<sup>63</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 266

<sup>64</sup> Salis: Superficie... Cit. Pag. 951

<sup>65</sup> Messineo: *Manuale di diritto civile e commerciale*. Milano 1947. Pag. 115.

<sup>66</sup> Dentro del artículo 444 de la antigua Ley de Régimen Local, se enumeraban distintos aprovechamientos que podían ser objeto de concesión señalándose entre otros: Balnearios, construcción de cisternas o aljibes donde se recojan aguas pluviales, construcción de pozos de nieve, postes fijos, básculas, aparatos para la venta automática, quioscos, colocación de viaductos o rieles en vías públicas, publicidad luminosa en aparatos sustentadores de rotulación de las vías públicas, publicidad en columnas anunciadoras... y cualesquiera otra instalación de carácter análogo, que se caracterice por su fijeza, permanencia e importancia económica.

<sup>67</sup> Este punto será tratado con más detenimiento en el punto siguiente cuando tratemos el tema de las construcciones.

El suelo no va a ser el único elemento sobre el que recaé el poder del titular del derecho de superficie, ya que como explícitamente señalan los autores italianos, (aunque en su caso fundándose en el art. 952 del C.C. italiano), el derecho de superficie puede recaer no sólo sobre la superficie sino también sobre todo espacio superior, aunque se encuentre artificialmente elevado. Nos referimos a la **construcción** o incluso como veremos después **a todo el area existente sobre la construcción**.<sup>68</sup> Debemos iniciar la exposición señalando qué entendemos por construcción, si unicamente un edificio para habitar, o puede ser cualquier tipo de recinto. A mi modo de ver, se debe incluir todas aquellas obras, que empleando los materiales y las técnicas necesarias, logren alcanzar el fin propuesto y para el que se ha promovido su ejecución.<sup>69</sup>

En la doctrina italiana, Cendon<sup>70</sup> señala que el término construcción no está unicamente conectado con la finalidad de habitación sino que puede referirse a un depósito, una obra de defensa del suelo, una fábrica industrial... El único requisito necesario es que en su realización concorra la mano del hombre.

La doctrina portuguesa, en el mismo sentido, entiende que el término construcción debe considerarse en sentido muy amplio, englobando además de edificios cualquier otro tipo de construcción como diques, muros, puentes, o incluso trabajos que no entren dentro

---

<sup>68</sup> Son los derechos de sobreedificación y subedificación que surgen sobre o bajo edificación ajena, de carácter superficiario pues su característica esencial es que luego revierten al dominus soli, que también puede ser el propietario-s (propiedad horizontal) de la construcción.

<sup>69</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad... Cit. Pag. 383) mantiene que se debe entender en un sentido más amplio que edificación siendo toda construcción de carácter permanente que represente un todo independiente.

<sup>70</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 267.

de la significación usual de esta última palabra como, por ejemplo, cables eléctricos.<sup>71</sup>

Y, en cuanto al tipo de construcción, ¿podrían servir como objeto de este derecho los inmuebles unidos al suelo con una mera finalidad transitoria? En este punto la doctrina ha sido concorde,<sup>72</sup> al afirmar que la construcción debe estar unida al suelo, no sólo porque esa unión supone implícitamente la misma noción de construcción, en cuanto inamovible, sino porque además su unión al suelo determinaría el efecto adquisitivo a favor del propietario del fondo, y sobre el cual la institución superficiaria constituye precisamente su derogación. Es una característica esencial de la obra que se encuentre unida al terreno, y que sea el resultado de un proceso de construcción, que determina la existencia de un inmueble nuevo, idóneo a su vez, para realizar cualquier objeto o destino que en el terreno abierto no sería posible conseguir.<sup>73</sup> De esta forma no pueden considerarse objeto del derecho de superficie en nuestro ordenamiento, la realización de trabajos en el suelo sin empleo de materiales, como por ejemplo excavaciones, o las edificaciones que estén realizadas sin ningún tipo de adhesión al suelo, tales como voladizos, puentes... (frente a la doctrina portuguesa señalada con anterioridad, y a la doctrina italiana sustentada por Messineo), y así lo expone Fuentes Lojo.<sup>74</sup> Aunque, en base a la definición expuesta con

---

<sup>71</sup> Almeida Costa: *Noções de direito civil*. 2º. ed. Livraria Almedina. Coimbra. 1985. Pag. 442.

<sup>72</sup> Roca Sastre: *Ensayo sobre el derecho de superficie...* Cit. Pag. 36, Fuentes Lojo: *Suma de la propiedad...* Cit. Pag. 384 y De los Mozos: *El derecho de superficie...* Cit. Pag. 282 y 283.

<sup>73</sup> La STS de 24 de marzo de 1992 y la de 4 de febrero de 1993, se refieren a la constitución de un derecho de superficie con el fin de construir un quiosco. Para que no hay dudas sobre el tipo de construcción que es, y recogiendo los términos del fundamento de Derecho Tercero de la primera sentencia citada, hemos de señalar que "el quiosco-bar (consta) de planta sótano, planta baja, terraza sobre ella, y zona aneja, de una superficie total de 288,92 m<sup>2</sup>, construida 126,69 m<sup>2</sup>..."

<sup>74</sup> Fuentes Lojo: *Suma de la propiedad...* Cit. Pag. 383

anterioridad, estos inmuebles están unidos al terreno en algún punto -puentes, o a través de otro inmueble (derecho de sobreedificación superficiaria)- voladizos, consideramos que no tienen entidad suficiente para que en nuestro ordenamiento sean considerados objeto de derecho de superficie. Ni tampoco, aquellas cuyo objeto es transitorio, como los quioscos o casetas.<sup>75</sup>

Por otro lado está el problema de distinguir lo que entendemos por obra o construcción, como objeto del derecho de superficie, de la obra de menor entidad, considerada como mejora en el arrendamiento ad meliorandum. De los Mozos,<sup>76</sup> establece como baremo la valoración de la intención de las partes en el momento de su realización. Entiendo que la mejora sólo puede ser objeto de un arrendamiento complejo ad meliorandum, y por ella entendemos las modificaciones introducidas por el arrendatario con el fin de aumentar el valor, el aprovechamiento, o el embellecimiento de la finca propiedad del arrendador cuyo carácter es obligatorio pues la contraprestación del contrato se fija de acuerdo con los gastos que le va a suponer al arrendatario llevar a cabo las mismas. Sin embargo, en el arrendamiento no se otorga al arrendatario derecho real alguno, solamente un derecho de goce, frente al derecho de propiedad del superficiario sobre la construcción realizada.<sup>77</sup>

---

<sup>75</sup> Pugliese, (Superficie...Cit. Pag. 594), a mi modo de ver con razón, señala que el eventual derecho de depositar una cosa mueble sobre el suelo ajeno y de mantenerla, no comporta la existencia de un derecho de superficie, sino que se integraría en el contenido de un derecho de uso, de usufructo o de enfiteusis, o no sería ni siquiera un derecho real. Aunque, por otro lado, sí mantiene la existencia de un derecho de superficie sobre el banco en Iglesia y el palco en teatro.

<sup>76</sup> De los Mozos: El derecho de superficie...Cit. Pag. 283.

<sup>77</sup> Tanto el superficiario como el arrendatario estarán sujetos al tipo de construcción, al modo y destino de la misma, pactado en ambos casos con el dueño del suelo o con el arrendador. De igual modo también deberán someterse a la legislación urbanística.

Hasta ahora cada vez que hacíamos referencia al derecho de superficie señalábamos desde el plano teórico que consistía en edificar o mantener la edificación existente sobre la superficie del solar ajeno. Evidentemente desde el punto de vista práctico que una construcción se alce únicamente sobre su superficie es bastante difícil, y ello por la necesidad de utilización de parte del subsuelo para el sostenimiento de la construcción misma. Así, la Compilación Foral de Navarra, en su ley 430 apartado 2º, expresamente ha matizado esta cuestión al señalar que "la extensión del derecho del superficiario alcanza a aquella parte del subsuelo que normalmente se precisa para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de cimientos, desagües, ventilación y demás necesidades propias del edificio según su naturaleza".

Sin confundir la extensión hacia el subsuelo del derecho de superficie con el derecho de subedificación superficiaria.

### C.- Elementos Formales

Como consecuencia del silencio normativo mantenido por el Código Civil respecto a la institución, había un gran imprecisión en la doctrina acerca de cual era la forma en que debía constar el derecho de superficie. Así, por una parte, se entendía tras la promulgación del Código Civil, que debía aplicarse en vía analógica la disciplina de los censos, requiriéndose escritura pública para su constitución. Por otro lado, se afirmaba que el título instrumental en que constase su constitución o adquisición debía ser el adecuado al modo de adquisición del derecho, ajustándose a sus respectivas formalidades para su eficacia según se constituyera por contrato, testamento, donación o prescripción.<sup>78</sup>

---

<sup>78</sup> Vid. Puig Peña: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Vol. I. 2º Ed. EDERSA. Madrid. 1953. Pag 478.

Ante esta situación la Jurisprudencia en **STS de 4 de julio de 1928**,<sup>79</sup> señaló que la existencia legal del derecho de superficie puede demostrarse no sólo con la escritura de constitución, sino además con algún otro documento justificativo. En cuanto a la escasa Jurisprudencia encontrada, en relación con el Derecho Foral de Navarra se aporta un criterio expreso de inexigibilidad de inscripción registral.<sup>80</sup> De su espíritu se infiere claramente la necesidad tanto del consentimiento del propietario del terreno para la constitución del derecho de superficie, como la existencia de una inequívoca declaración de voluntad, estableciéndose la inexigibilidad de su acceso al Registro de la Propiedad como reflejo de su tradición histórica.<sup>81</sup> La **STS de 15 de junio de 1984**,<sup>82</sup> afirma explícitamente que el

---

<sup>79</sup> **STS de 4 de julio de 1928** (J.C. 1928. Pag. 558 y ss) "Considerando que el derecho de superficie a que entre los de los censos, los foros y otros análogos, alude el art. 1.611 del C.C., por lo mismo que no ha sido definido por la legislación clásica en el código vigente y por los tratadistas de un modo determinado y concreto, sino estimándolo similar a lo antes mencionado, y muy principalmente al censo enfiteúutico, precisa para que pueda reconocerse su existencia legal que se demuestre con la escritura de su constitución o algún otro documento justificativo..."

<sup>80</sup> Así la **STS de 1 de febrero de 1979**, señala que "aunque el Fuero Nuevo navarro no establece una forma determinada, en todo caso será indispensable una inequívoca declaración de voluntad de los contratantes para dar por constituido el derecho de superficie...". En el mismo sentido se encuentra la **S Aud. Prov. de Navarra de 30 de abril de 1986**, (Recogida del Fuero Nuevo, Compilación de Derecho Civil Foral de Navarra (derecho histórico, concordancias, jurisprudencia) De Pablo Contreras; Fernández Urzainqui y otros... Cit. Pag. 525) la cual establece que "el Derecho navarro, fiel a la tradición romanística en este particular, no exige, como lo hacen las disposiciones de la Ley del Suelo y Reglamento Hipotecario para el derecho de superficie urbano, la inscripción registral del documento en que se instrumentó aquél derecho, únicamente precisa para su oponibilidad a terceros, ni la forma documental para su válida constitución, ni impone, como aquella normativa, su temporalidad."

<sup>81</sup> En este sentido Salinas Quijada (*Derecho Civil Foral de Navarra*. T.III. Vol. II. Pamplona. 1974. Pags. 11 y ss Pag. 32) afirma que "la inscripción registral parece inexcusable para hacer que el derecho sea oponible a terceros, pero no puede llegar a considerarse constitutiva, ya que el nacimiento surge puramente del acto creador, que nunca precisó constatación registral para su eficacia jurídica."

<sup>82</sup> La **STS de 15 de junio de 1984** (Rep. Aranz. 3243)

derecho de superficie, salvo en su modalidad urbanística, no requiere para su constitución, en ningún caso la escritura pública ad solemnitatem.

Tras la publicación de la Ley del Suelo de 1956, las dudas fueron disipándose en relación con la modalidad urbanística. Dicha Ley señalaba, en su artículo 158 que debía constituirse en escritura pública. El Reglamento Hipotecario que confiere, sin lugar a dudas, carácter constitutivo a la inscripción del derecho, en su art. 16-1º, emplea el término más generalizado de "título público", pues incluye todos los modos de adquirir de este derecho.<sup>83</sup> En la misma línea han continuado las siguientes reformas de la Ley del Suelo, de forma que el art. 172-2º de la Ley de 1976, disponía que "la concesión del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública..", y la actual Ley del Suelo, en su artículo 288 apartado 2º, recoge los mismos términos. Pero, ¿por qué es necesaria la escritura pública, o mejor dicho, en base al art. 3 L.H. también la sentencia firme (es decir cualquier título habil para inscribir)? Entendemos que dicha necesidad, que ha sido tan remarcada por todas las leyes administrativas, tiene su razón de ser en que el legislador siempre piensa en el carácter constitutivo de la modalidad que regula.<sup>84</sup>

En definitiva, para la constitución del derecho de superficie en su modalidad urbana común, no se necesita la escritura pública como fórmula documental y ello en base a la doctrina jurisprudencial expuesta y a los artículos generales en materia de contratos (1.278,

---

<sup>83</sup> Art. 16-1º: "Para su eficaz constitución deberá inscribirse... Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberá..."

<sup>84</sup> No hay ninguna duda de la necesidad de constitución en título público, si se opta por su inscripción registral. Así, la Compilación de Navarra en el apartado 3º del art. 428 señala que "son inscribibles en el Registro de la Propiedad, 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".

1.279 y 1.280 del Código Civil), pues no olvidemos la distinción existente entre el derecho de superficie y la enfiteusis (cuya forma es la escritura ad solemnitatem) ya realizada. Por ello, el título documental debe ser cualquier título con carácter general, que acoja todas las posibles formas de constitución del derecho.<sup>85</sup>

Mientras que para la modalidad urbanística, cuya inscripción es constitutiva por haberlo señalado expresamente el legislador urbanista, y detallarlo el Reglamento Hipotecario, se necesita la escritura pública (o cualquier título público) como documento previo a su inscripción.

En cuanto a la posición del Derecho Comparado en este punto debemos señalar que la doctrina italiana,<sup>86</sup> más clara en sus planteamientos tras la regulación normativa de la figura en el Codice Civile, no duda en señalar que el negocio jurídico por el cual se haya constituido el derecho, deberá revestir la forma escrita y estará sujeto a inscripción no constitutiva.<sup>87</sup> Por lo que respecta al Código Civil portugués de 1966,<sup>88</sup> debemos señalar que igualmente acoge en su artículo 1.528 la exigencia de escritura pública, y su acceso

---

<sup>85</sup> Lo que ocurre es que la forma más habitual de constitución es el contrato, tanto entre particulares, como la forma concesión-contrato que utiliza la Administración cuando se trata de suelo público. De ahí que tanto las leyes urbanísticas, como el Reglamento en la letra D) del apartado 1º referido, únicamente señalen la escritura pública como requisito formal del derecho.

<sup>86</sup> Salis: La superficie... Cit. Pag 949, Palermo: La superficie. Trattato di diritto Privato de Rescigno. Propietta. II. Utet. 1989. Pag. 265

<sup>87</sup> La inscripción del derecho de superficie en el sistema italiano no tiene carácter constitutivo. En primer lugar debemos señalar que la transmisión del dominio en el sistema italiano se realiza **en función del mero consentimiento**, de manera que no existe ni la tradición ni la inscripción (transcripción de los derechos reales siempre que no sean derechos reales de garantía) como mecanismos que intervengan en la transmisión. La transcripción nunca tiene un carácter constitutivo. García García: Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. T. I. Madrid. 1988. Pag. 368 y 369.

<sup>88</sup> Hemos seguido Neto y Martins: Código Civil Anotado. 7ª ed. Lisboa. 1990

al Registro de la Propiedad.<sup>89</sup>

---

<sup>89</sup> Debemos tener presente que uno de los principios hipotecarios del sistema portugués establece **el sistema de transmisión del dominio por el mero consentimiento e inscripción no constitutiva salvo en el caso de la hipoteca**. Principio derivado de la inexistencia en el Código Civil de 26 de noviembre de 1966, de la transmisión del dominio a través de la tradición, sino únicamente a través de la voluntad de las partes. La inscripción nunca es constitutiva, sino que es requisito de oponibilidad erga omnes. Salvo para el caso de la hipoteca, donde la inscripción no es constitutiva en el sentido que la entendemos nosotros de ser un requisito para la existencia del derecho, sino únicamente para dar eficacia al negocio. Sin inscripción, la hipoteca no es eficaz ni entre partes ni respecto a terceros. García García: Derecho inmobiliario... Cit. Pag 358.

### **III.- CONTENIDO Y EJERCICIO DEL DERECHO SUPERFICIE**

#### **1.- Introducción**

El contenido esencial de la institución superficiaria consiste en edificar y mantener una construcción en fundo ajeno. Estudiar con una mayor precisión el contenido de este derecho supone detallar los derechos y obligaciones del concedente y del superficiario, para así conocer en profundidad como está regulada la figura en el Derecho Comparado, en el Derecho Foral de Navarra y en nuestra modalidad urbanística, con el fin de poder suplir el vacío existente en la modalidad urbana común surgida al amparo del Código Civil. Igualmente podremos conocer las cuestiones más importantes del ejercicio del derecho y, así, poder desarrollar, al final del presente trabajo, los problemas actuales con los que se encuentra la figura en la actualidad.

Partiendo de esta premisa, en el presente apartado nos vamos a ocupar del contenido del derecho en sus dos fases, tanto de los problemas específicos que se pueden plantear (derechos de las partes antes de la construcción, después de la misma...), como del ejercicio del derecho, sobre todo en su segunda fase, que se corresponde con el momento en el cual el superficiario realiza la construcción, contenido básico de su derecho, y la mantiene sobre el suelo del concedente.

#### **2.- Derechos y obligaciones del concedente del derecho.**

El concedente o dominus soli es el titular de la propiedad del suelo que ha *transmitido el derecho de edificación en su fundo, y, por consiguiente, la facultad de construir sobre su suelo o inmueble. Por ello tiene la obligación de permitir la construcción, y tolerar el alzamiento y mantenimiento de la misma sobre el suelo de su propiedad, pudiendo incluso autorizar la realización de trabajos, en el subsuelo, o sobre el suelo adyacente no gravado, necesarios para el ejercicio del derecho. Aunque ambas partes*

pueden también pactar lo contrario en el título constitutivo, imponiendo los límites que más se ajusten a sus intereses.

De este modo iniciamos este estudio planteándonos si antes de que el superficiario inicie la construcción, una vez pactado el derecho, existe la obligación para el concedente de modificar el estado del fundo, de manera que resulte posible en cualquier momento la realización de la construcción, y, también si existe la obligación para el concedente de no llevar a cabo ninguna obra que dificulte el comienzo de la construcción del propio superficiario. Ambas cuestiones se resuelven señalando que el concedente debe mantener a disposición del superficiario el terreno desde el momento en que se constituye el derecho, y por consiguiente, no debe impedir por ninguna causa el inicio de las obras, (pues no hay que olvidar que ha sido él, el que se ha despojado de una facultad inherente a su propiedad: el ius aedificandi, o que ha transmitido la propiedad de su edificación ya existente).

En el mismo sentido se entiende que el suelo debe encontrarse en perfecto estado para la realización de la construcción, objeto del derecho pactado, lo que significa, que si el terreno no es apto, y son necesarias obras para su acondicionamiento, éstas correrán por cuenta del concedente, salvo pacto contrario. En conexión con ello, no se le permitirán realizar obras al dominus soli en su fundo que redunden en su interés pero con las que pueda ocasionar algún perjuicio para el superficiario, al retrasar el comienzo de la construcción. Y ello porque el superficiario, una vez constituido el derecho, puede iniciar las obras en cualquier momento, no teniendo obligación alguna de notificar al concedente el comienzo de las mismas, pues el superficiario tiene el goce del suelo desde que se pactó el derecho. Así, en caso de vicios ocultos del terreno, el superficiario puede obligar al concedente a la realización de obras que lo adecúen al fin preciso. Si éste no se logra, por

imposibilidad material, el derecho de superficie se extinguirá, por resolución del título constitutivo, pudiendo el superficiario solicitar la reparación de los daños y perjuicios que se le hubiesen causado. Debemos tener en cuenta que las partes, a su vez, pueden determinar en el título constitutivo, algún acuerdo relativo a la modificación del fundo u obras, con el fin de hacer posible el goce pacífico del suelo.

Por otra parte, hasta que el superficiario no inicie su construcción, el propietario del suelo podrá mantener eventualmente las construcciones u obras sobre el suelo.<sup>90</sup> Pero el superficiario tiene derecho a demoler las construcciones existentes,<sup>91</sup> cuando éstas constituyan un estorbo o una incomodidad para la realización del derecho de superficie y, la consiguiente, construcción superficiaria, puesto que el fin primordial del derecho es la construcción y mantenimiento de la edificación superficiaria durante el plazo pactado, y por consiguiente, el goce del suelo.<sup>92</sup> En relación con la construcción existente, al ser

---

<sup>90</sup> En este sentido el Código Civil portugués dispone que hasta que no se inicie la construcción de la obra por el superficiario, el uso y disfrute de la superficie pertenecerá al propietario del suelo, el cual no puede hacer que resulte en modo alguno más onerosa o gravosa la construcción al superficiario, por continuar el cedente con su disfrute.

Art. 1532º: "Fruição do solo dá início da obra.

Enquanto nao se iniciar a construção da obra ou nao se fizer a plantaço das árvores, o uso e a fruição da superfície pertencem ao proprietário do solo, o qual, todavia, nao pode impedir nem tornar mais onerosa a construção ou a plantaço."

Cuestión con la que no estoy de acuerdo, como más adelante expondré, pues una vez que se ha pactado el derecho de superficie, posibilitado por la derogación del principio de accesión, considero que todo lo que se realice sobre la superficie es propiedad del superficiario.

<sup>91</sup> Tratamos aquí este derecho del superficiario, por la unidad del tema objeto de estudio.

<sup>92</sup> En el mismo sentido, Saint-Alary (Saint-Alary: Bail à construction. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989 Pag. 6), al estudiar el arrendamiento con facultad para construir, considera que el inquilino-superficiario tiene el derecho de demoler las construcciones existentes en el suelo arrendado, salvo el supuesto de que se haya pactado lo contrario. En tal caso, deberá proceder a la reconstrucción, de manera que las nuevas edificaciones se integren dentro del conjunto de las construcciones existentes. Art. 251-4º Cod. de la constr. et de l'hab.:

propiedad del dueño del suelo quien se ha obligado a entregar la propiedad de la superficie para la construcción de una edificación, tanto los gastos de derribo como los materiales de la misma le pertenecerán, teniendo la obligación de retirarlos para dejar libre la superficie y el deber de no hacer más onerosa la construcción al superficiario, con el fin de que éste pueda proceder a realizar la edificación cuando desee, salvo pacto en contrario.

Una vez realizada la construcción superficiaria, el propietario del suelo no podrá construir o hacer excavaciones superficiales o subterráneas de tal naturaleza que perjudiquen o dañen su seguridad.

Por otro lado, aunque la posición del dominus soli se centra en permitir y posibilitar la construcción superficiaria, también deberá satisfacer las contribuciones y arbitrios que afecten al suelo, como, por ejemplo, el actual Impuesto sobre Bienes Inmuebles, pero sólo en la parte proporcional referente al valor catastral del suelo.<sup>93</sup>

Los **derechos** del concedente son diferentes según recaigan sobre el subsuelo, suelo

---

"Sauf stipulation contraire du bail, il peut démolir, en vue de les reconstruire, les bâtiments existants."

<sup>93</sup> Impuesto sobre Bienes Inmuebles. (Ley 39/88 de 28 de diciembre reguladora de las Haciendas Locales). El artículo 61 señala que: "El Impuesto sobre Bienes Inmuebles es un tributo directo de carácter real cuyo hecho imponible está constituido por la propiedad de los bienes inmuebles de naturaleza rústica y urbana sitos en el respectivo término municipal, o por la titularidad de un derecho real de usufructo o de superficie, o de la de una concesión administrativa sobre dichos bienes o sobre los servicios públicos a los que estén afectados, y grava el valor de los referidos inmuebles". El artículo 62 establece que los bienes inmuebles de naturaleza urbana (suelo urbano, suelo urbanizable programado o no programado...) y las construcciones (edificios, instalaciones comerciales e industriales, obras de urbanización y mejora...) están afectas al pago de este impuesto.

De ambos preceptos se desprende que tanto el dueño del suelo, como el de la construcción superficiaria deben pagar la parte correspondiente al valor del suelo en el primer caso, y del edificio, en el segundo.

Aunque el ámbito fiscal no va a ser objeto del presente trabajo, queremos hacer referencia a la existencia un estudio de Camy Sanchez-Cañete (Tres problemas tributarios en tres leyes recientes: viviendas de renta limitada, hipoteca mobiliaria y urbanismo. RCDI. 1957. Pag. 337 y ss) en donde expone los problemas relativos a la liquidación del mismo.

o construcción. En relación con el SUBSUELO, hay que señalar que tanto antes de estar realizada la construcción como con posterioridad, el concedente podrá usarlo (pudiendo profundizar con el fin de construir) aunque sin poner en peligro ni perjudicar, una vez realizada, la construcción superficiaria.<sup>94</sup>

La cuestión se complica cuando la propiedad superficiaria ocupa no sólo la superficie y el vuelo sino también el subsuelo. Pensemos en un edificio con plantas en el sótano para garaje, o en el ejemplo del parque acuático, cuyas atracciones lo constituyen piscinas con profundización en el subsuelo, aunque en realidad cualquier edificación, tendrá que utilizar el mismo para los cimientos. En este caso, ¿cuál es el derecho del concedente?, ¿sobre qué recaerá? Las partes pueden haber llegado a diversos acuerdos. Así, el superficiario puede construir la edificación y varias plantas de garaje en el subsuelo para entregárselas al propietario, utilizándolo de forma concreta; también puede conceder un derecho de superficie y un derecho de subedificación superficiaria a él o a un tercero, o simplemente, permitir un derecho de superficie con la utilización necesaria que conlleve

---

<sup>94</sup> Expresamente el Código Civil portugués, dispone que el uso y disfrute del subsuelo pertenece al propietario, el cual es el responsable de los perjuicios causados al superficiario como consecuencia de la explotación que realice.

Art. 1533 Del Código Civil: "Fuição do subsolo: O uso e a fruição do subsolo pertencem ao proprietário; este é, porém, responsável pelo prejuízo causado ao superficiário em consequência da exploração que dele fizer."

Oliveira Ascensao (O direito de superficie referente a plantações. Riv. Dir. agrario. Milano 1972. Pag. 273) especifica que tiene derecho a la explotación de minas, búsqueda de agua, de tesoros, o apertura de galerías subterráneas.

Igualmente la doctrina francesa (Saint-Alary: Superficie... Cit. Pag. 3, Marty y Raynaud: Droit Civil... Cit. Pag. 238 y Weill, Terré y Simler: Droit Civil... Cit. Pag. 826) recoge algunos puntos en conexión con este derecho tales como la facultad de explotación del subsuelo, salvo pacto en contrario (es el caso, por ejemplo, de turberas y canteras que se encuentran dentro del mismo, a condición de que no se perjudique o dañe la superficie), derecho al censo minero en el caso de que se conceda la explotación de la mina a un tercero, (independientemente de que se haya creado la concesión superficiaria con anterioridad o posterioridad a la constitución del derecho de superficie), y, por último, derecho a la mitad o totalidad del tesoro descubierto en el subsuelo, según sea descubierto por un tercero o por él mismo.

de una ínfima parte del subsuelo reservándose él la mayor utilización del mismo. Según el acuerdo que se alcance, el derecho de propiedad sobre el suelo del concedente tendrá una mayor o menor base material, siendo, por consiguiente, menos abstracto o difuso.

Por lo que respecta al SUELO, Guilarte establece que el concedente tras la constitución del derecho de superficie y antes de que se proceda a realizar la construcción por parte del superficiario, podrá cultivarlo, gozarlo y disfrutarlo.<sup>95</sup>

Igualmente, y dentro del contenido de su derecho de propiedad sobre el suelo, la doctrina<sup>96</sup> considera que el concedente una vez pactado el derecho de superficie y antes de realizarse la construcción, puede ceder EL GOCE DEL SUELO A UN TERCERO, -por ejemplo, el uso, usufructo y arrendamiento- pudiendo subsistir con el derecho de superficie, (que no olvidemos también implica el goce del suelo), siempre que sean compatibles. En caso contrario, una vez que se inicie la construcción superficiaria, tales derechos quedarán resueltos. La argumentación que posibilita este derecho, no sólo está en la facultad dispositiva del derecho de propiedad sino también en la falta de diferenciación en que el suelo sea gozado por el concedente o por un tercero, siempre con la limitación de que no se lesione el derecho del superficiario. Por mi parte, no estoy conforme ni con la posibilidad de que el dominus soli siga gozando del suelo, ni que transmita su goce a un tercero, pues desde el mismo momento en que se constituye el derecho de superficie, el superficiario tiene el goce del suelo y todo lo que se cultive en él es de propiedad del superficiario, debido a la derogación expresa del principio de accesión.<sup>97</sup>

---

<sup>95</sup> Guilarte: El derecho de superficie...Cit. Pag. 270. Recoge en este sentido la opinión de la doctrina italiana.

<sup>96</sup> Principalmente, Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 270

<sup>97</sup> De seguir las tesis de la doctrina señalada, la situación del cedente sería muy abstracta, pues tendría un derecho de propiedad sobre el que se ha constituido un derecho

El concedente como propietario del suelo, al igual que puede disponer libremente del suelo, enajenándolo, puede gravarlo. De esta forma podrá hipotecar el suelo. Si la hipoteca es anterior al derecho de superficie, no hay problema alguno, pues únicamente se hipotecará la finca, (en tal supuesto es necesario hacer constar si se grava el ius aedificandi también -lo que estudiaremos al final de este Capítulo). En el caso de que constituya el concedente la hipoteca con posterioridad al nacimiento del derecho de superficie, la hipoteca únicamente deberá gravar el suelo, es decir, no se extenderá a la construcción superficiaria. Y ello porque tal edificio no es propiedad del concedente sino de otra persona: el superficiario.<sup>98</sup>

En cuanto los derechos del concedente sobre la CONSTRUCCION han sido

---

de superficie, y además, sobre su derecho de propiedad del suelo convergerán el goce del superficiario y si es compatible, el goce del tercero.

La doctrina italiana, analiza si podría el concedente, una vez pactado el derecho de superficie, ceder su dominio sobre el suelo en enfiteusis. Pugliese (Superficie...Cit. Pag. 596 y ss), ha señalado la imposibilidad de tal supuesto, en base a que el Codice Civile establece que la enfiteusis no puede ser constituida por una duración inferior a veinte años, y la construcción del superficiario debe iniciarse antes de ese periodo de tiempo, extinguiéndose en cambio el derecho a construir si no se ha ejercitado por veinte años.

La cuestión en principio y en nuestra opinión parece muy dudosa. De permitirse, la situación que se crearía sería que el dueño del suelo sobre el que existe un derecho de superficie (derecho de propiedad de la superficie con goce del suelo), divide su dominio de forma que él se convierte en dueño directo del suelo, mientras que el enfiteuta, convertido en dueño útil del suelo y concededor de la existencia del derecho de superficie, puede gozar únicamente del subsuelo como tal, pero no del suelo pues es el superficiario el que goza del mismo, tal y como hemos señalado con anterioridad. El derecho de superficie estaría vacío de contenido o sin objeto. Parece más un problema de laboratorio que no se daría en la práctica, por que tal vez su utilidad es nula.

<sup>98</sup> De la descripción que realiza el art. 110-1º L.H., se deduce que no están afectadas por la hipoteca las mejoras que consistan en la construcción de edificios donde antes no los hubiere, y mucho menos si no fuere propiedad del dueño del suelo. Ocurre lo mismo que con los derechos de sobre y subedificación, las nuevas plantas que se realicen (tanto elevándolas, como profundizándolas) por un tercero, no estarán afectadas por la hipoteca constituida por el dueño del edificio.

estudiados por Roca Sastre,<sup>99</sup> quien señala siguiendo el criterio marcado por nuestra legislación urbanística, los referentes a "las circunstancias de la construcción, mejoras, destino, uso y conservación de la edificación". En primer lugar, y con carácter general para todo tipo de construcción, debe edificarse en el plazo pactado por la licencia urbanística.<sup>100</sup> Igualmente debe llevarse a cabo según el modo y las características generales determinadas en el acto constitutivo del derecho de superficie. El concedente tiene derecho, en la modalidad urbanística, y puede exigir que se le dé a lo edificado, el destino pactado (art. 16-1º c) R.H.).<sup>101</sup> Sin embargo, en la modalidad urbana la situación es diferente, consideramos que no constituye un derecho del concedente, puesto que hemos partido de la derogación de las reglas de la accesión, y el superficiario, como propietario de la edificación, puede realizarla como guste, salvo pacto contrario.

---

<sup>99</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 50.

<sup>100</sup> El incumplimiento de la obligación de edificar a la que nos referiremos más adelante, estaba en la LS de 1976 prevista y sancionada en el art. 173 -1º. Hoy, la nueva Ley del Suelo, señala en su artículo 289 párrafo 1º, que "el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el art. 35.1 de esta Ley". Dicho artículo señala que en la misma licencia, y con carácter general para todo tipo de construcción, se fijarán los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, de conformidad con la normativa aplicable. En caso de incumplimiento de los plazos previstos, se extinguirá el derecho a edificar.

<sup>101</sup> El art. 287-1º de la LS establece la obligación de que "las entidades locales y demás personas públicas" puedan constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad "con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social". Y el apartado 2º establece que "el mismo derecho asiste a los particulares sin la limitación de destino prevista en el apartado anterior".

¿Cuál es su significado? La Administración está obligada a que el derecho de superficie tenga un destino determinado. (Sin duda alguna amplio al establecerse la fórmula "otros usos de interés social"). Sin embargo, en el caso de los particulares no se encuentran vinculados por ese determinado destino, como bien establece la Ley, lo cual no puede confundirse con el destino que las partes hayan pactado en el título constitutivo del derecho. Si el derecho de superficie (o su objeto) es destinado por el superficiario a otro uso diferente del pactado, el concedente puede, sin duda alguna, extinguir el derecho de superficie, alegando como causa la resolución del título constitutivo por infracción de una de las obligaciones del superficiario.

Roca Sastre afirma que el derecho del concedente llega incluso a la inspección, control y verificación del uso y conservación de lo edificado. Evidentemente está pensando en la Administración como concedente del derecho -modalidad urbanística-. En relación con la modalidad urbana, creemos que tal potestad del concedente es excesiva, considerándose como una intromisión en una propiedad ajena, como lo es la superficiaria. Si la justificación de tal actuación se centrara en el derecho de reversión de la edificación a manos del concedente, lo mejor sería introducir una cláusula de conservación del edificio.<sup>102</sup>

Otra cuestión relacionada con el derecho del concedente sobre las construcciones, es si puede éste reservarse una utilidad sobre el espacio existente ENCIMA DE LA CONSTRUCCION. En nuestro ordenamiento jurídico sí es posible, y ello porque el espacio es susceptible de ser considerado como una cosa objeto de apropiación, dando origen al objeto del derecho de sobreedificación superficiaria.<sup>103</sup>

Por último, no hay que olvidar, el DERECHO A LA REVERSION de la propiedad

---

<sup>102</sup> Marty subraya este tema, señalando que aunque el derecho de superficie concede al superficiario un acceso a la propiedad del inmueble, no le confiere una libertad completa.

Dicho autor precisa que hay que matizar que en el derecho francés, las construcciones realizadas por el inquilino-superficiario sobre el suelo ajeno, aparecen como una inmixinión dentro de las prerrogativas y deberes del arrendador. La ejecución de las obras están sometidas a la forma y al destino del lugar. Marty: La dissociation juridique... Cit. Pag. 259.

<sup>103</sup> Así, puede señalarse en el título constitutivo, que el espacio existente sobre la construcción pertenece al propietario del suelo -siempre que se ponga un límite de altura al derecho de construir-, debiendo permanecer vedada al superficiario la ocupación del espacio como una construcción perteneciente a otro.

Pero también recogemos la opinión de la doctrina italiana, por ser diferente a la nuestra, (Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 598 y ss y Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pags. 20 y ss), ya que según ellos, después de la ejecución de la construcción, el dominus soli no conserva ningún poder de utilización del espacio superior, por ejemplo: para la utilización de un balcón de un edificio contiguo, o para hacer pasar cables o hilos de electricidad. Y ello porque se entendería lesionado el derecho del superficiario, ya que a juicio de Pugliese, no es posible que el espacio sea susceptible de apropiación.

superficiaria, tras cumplirse el plazo pactado de duración del derecho, el cual junto a los DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO, son derechos del concedente que serán tratados en el Capítulo Quinto de este trabajo.

### 3.- Derechos y obligaciones del superficiario

La situación jurídica del superficiario consiste, en términos generales, en el derecho de construir y de mantener la edificación sobre el fondo ajeno convirtiéndose a su vez en propietario de la misma, todo ello con eficacia erga omnes, enajenable e hipotecable.<sup>104</sup> Esta situación jurídica debe ser desarrollada para conocer con exactitud cuales son los derechos y deberes originarios de la figura en sí, y cuales pueden ser establecidos por voluntad de las partes.

Podemos clasificar los derechos del superficiario, de la siguiente forma:

- I- Derecho de goce del superficiario sobre el fondo ajeno, el cual implica tanto el derecho de construir la edificación, como el derecho de tener y mantener la misma.
- II- Derecho de propiedad de la construcción superficiaria.

El principal derecho es el de CONSTRUIR LA EDIFICACION sobre el fondo (suelo o inmueble) ajeno. Es la materialización del derecho de goce en suelo del concedente. Consiste en el ejercicio de un auténtico "ius aedificandi", no de una simple "facultas", derivado de la titularidad superficiaria que le legitima para el mismo.<sup>105</sup> Pero

---

<sup>104</sup> En idéntico sentido, el art. 251-3º del Code de la construction et de l'habitation, dispone claramente que " el arrendamiento para la construcción confiere al inquilino un derecho real inmobiliario."

<sup>105</sup> Miquel Calatayud (Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 601) califica a este ius aedificandi de "carácter principal, preciso, concreto y predeterminado, ejercitable por su titular bien a su libre albedrío o por estar constreñido a ello".

adentrándonos en el estudio de ésta calificación del *ius aedificandi*, ¿cuál es la posición del superficiario? Una vez pactado el derecho de superficie, el titular está obligado a realizar la edificación si no quiere que su derecho se extinga, e incluso, como ya hemos hecho referencia con anterioridad, puede demoler las construcciones existentes en el terreno, para la realización del fin concreto del derecho de superficie.<sup>106</sup> De ahí que a las partes les interesen, e incluso la legislación urbanística señale expresamente, un plazo determinado para realizar la edificación (el cual estará fijado en cada caso en la licencia urbanística).<sup>107</sup>

Los problemas pueden surgir a la hora de materializar el goce del suelo por el superficiario, como por ejemplo, determinar cuál es el límite material del ejercicio del derecho de superficie. La doctrina italiana<sup>108</sup> señala que éste se encuentra en el suelo que

---

<sup>106</sup> Debemos entender como facultades integrantes del derecho de construir, la realización por sí y/o por medio del director o técnicos de la obra, de todos los actos encaminados a la realización de la construcción. Trabajos que pueden consistir en la colocación de andamios, excavación de los cimientos, depósito de materiales y herramientas... La edificación supone la exteriorización del derecho, implicando a su vez el uso y el goce del suelo del concedente.

<sup>107</sup> En el mismo sentido en el derecho francés y en concreto en el arrendamiento con facultad para construir, se establece que el compromiso esencial del inquilino es el de edificar las construcciones sobre el terreno.

Así, el art. 251-1º del Code de la construction et de l'habitation establece que "constituye un arrendamiento para construir, el arrendamiento por el cual el inquilino se compromete, a título principal, a edificar las construcciones sobre el terreno del inquilino y a conservarlas en buen estado de mantenimiento durante el arrendamiento".

Esta obligación es precisamente la característica por la cual se distingue el arrendamiento ordinario del arrendamiento con permiso para construir. Pues en éste, la construcción se permite por la introducción de una cláusula de carácter accesorio en el contrato, por la cual se autoriza a realizar construcciones. Igualmente se distingue del derecho de arrendamiento ordinario, en que en el arrendamiento para construir se impone como obligación principal, la de conservar en buen estado las construcciones existentes sobre el terreno, cuyo destino no será su demolición. Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 2

<sup>108</sup> Pugliese (Superficie... Cit. Pag. 600) y Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag. 49).

no está gravado. Cuestión que consideramos evidente, pero no debemos olvidar que si para el ejercicio de su derecho, el superficiario necesita la utilización de parte del suelo que pertenece al concedente, se puede constituir, por ejemplo, una servidumbre: paso de las personas o materiales necesarios para la construcción (en el caso que el suelo no tenga acceso a la vía pública pudiendo accederse a través del resto del suelo). Otro tema distinto es si el concedente debe obligarse a procurarle el paso al superficiario sobre el fundo de un tercero cuando él mismo no pueda obtenerlo. Considero que no es obligación del concedente del derecho de superficie y ello porque es el propio superficiario, como propietario,<sup>109</sup> el que está legitimado a solicitar a cualquier tercero la constitución coactiva de la servidumbre; y lo está, tanto si la edificación es preexistente como si está en construcción, porque es ahora el propietario de la superficie; pero también lo está si la construcción no existe aún, puesto que el poder de constituir servidumbres se otorga a los titulares de un derecho real.<sup>110</sup>

El fundamento de esta conclusión se encuentra en que para la realización de la facultad primordial del superficiario, de construir la edificación, y unida a la misma, existe la facultad de exigir tanto al concedente como a cualquier tercero no sólo la abstención de cualquier perturbación o acto que dificulte el desarrollo normal de la edificación, sino

---

<sup>109</sup> En base al art. 564 y ss. del C.C., se concede al propietario el derecho subjetivo que le faculta para reclamar la constitución de la servidumbre.

<sup>110</sup> En este punto el Código Civil portugués mantiene la solución contraria. Establece la posibilidad de constituir una servidumbre de paso sobre el predio del tercero, pero solamente si en la fecha de la constitución del derecho de superficie, ya estaba construido el edificio sobre el que el derecho de superficie recaía.

Art. 1529-2º C.C.: "A constituição coerciva da servidão de passagem sobre prédio de terceiro só é possível se, à data da constituição do direito de superfície, já era encravado o prédio sobre que este direito recai".

también la obtención del permiso necesario para la realización de la construcción.<sup>111</sup>

En nuestro ordenamiento, la Compilación de Navarra hace referencia a la constitución de servidumbres en su Ley 428. Así, el apartado 6 de dicha ley dispone que "(los derechos de superficie, sobreedificación y subedificación), pueden ser objeto de usufructo y otros derechos similares, pero no pueden gravarse con servidumbres sin el consentimiento del propietario.<sup>112</sup> En el caso de establecerse sin este consentimiento será aplicable lo que respecto a la comunidad dispone la ley 372". A continuación el apartado 7º señala que "el titular puede, por sí solo, constituir servidumbres a favor del inmueble a que tales derechos se refieren, y en ningún caso puede el propietario por sí solo extinguir las servidumbres en perjuicio de aquellos derechos". De esta forma, se reconoce la posibilidad de constituir por el superficiario servidumbres a su favor, como es lógico sin intromisión del concedente, pero no constituir las en su contra sin consentimiento de aquél, a quien en todo caso revertirá la construcción, si se constituye como propiedad temporal.

---

<sup>111</sup> Y no sólo la licencia para la edificación, sino cuantas sean necesarias para hacer posible el contenido de su derecho. Así lo ha señalado la STS de 4 de febrero de 1993 (Rep Aran. 782) que afirma que "las obras que requiera el mantenimiento de ese uso deberán ser otorgadas por la Administración... sin que dimane ninguna restricción en orden al mismo, pero sí a las obras que no sean las de conservación y las pequeñas de ornato e higiene; careciendo de fundamento la denegación de la licencia de apertura de un quiosco por razones relativas a un derecho de superficie, así como la derivada de su estado ruinoso por no efectuarse unas obras solicitadas por la recurrente, a la que no pudo imponerse el derribo del quiosco por traer causa de actos nulos carentes de eficacia..."

En este supuesto el Ayuntamiento de Málaga había concedido el derecho de superficie para la edificación y mantenimiento de un quiosco-bar. Años más tarde, como si se tratase de una concesión administrativa, el Ayuntamiento extingue unilateralmente el derecho y derriba el edificio por no cumplir las condiciones higiénico-sanitarias obligatorias, y ello porque con carácter previo no había otorgado ni la licencia de obras de reparación necesarias para la puesta en funcionamiento del negocio, ni la consiguiente licencia de apertura, procediendo a efectuar el desahucio del superficiario.

<sup>112</sup> Aunque la Compilación de Navarra, considera al superficiario, propietario temporal de la construcción, tal y como se desprende de la Ley 430, denomina propietario al concedente, dejando el término titular para aludir al superficiario.

En los preceptos que regulan el arrendamiento con facultad para construir del derecho francés, la constitución de servidumbres por el arrendatario-superficiario se hace en términos generales. Así, se establece que a los efectos de realización de la construcción puede constituir las servidumbres que gravan al fundo arrendado, lo cual resulta de la combinación de los artículos 251-3º párrafo 4º<sup>113</sup> y 251-6º párrafo 1º.<sup>114</sup> En base a tales preceptos hay que distinguir según sean, o no, indispensables para la realización de las construcciones previstas en el arrendamiento.

Si son indispensables (aquellas en las que el permiso de construir está subordinado a la creación de una servidumbre común, o aquella servidumbre establecida a la vez sobre el terreno del constructor y sobre un terreno vecino) no pueden negarse su constitución. Con carácter general hay que señalar que todas las servidumbres de vecindad que gravan el fundo arrendado y que son necesarias para la realización del proyecto de construcción, están permitidas y sobrevivirán a la expiración del arrendamiento. Por el contrario, si no son indispensables, no solamente no estarán permitidas, sino que también se extinguirán al finalizar el arrendamiento (art. 251-6º párrafo 1º).

En el derecho portugués, se establece que la constitución del derecho de superficie supone la constitución de las servidumbres necesarias para el uso o disfrute de la obra.<sup>115</sup>

---

<sup>113</sup> Art. 251-3º-4 Code de la construction et de l'habitation: "Le preneur peut consentir les servitudes passives indispensables à la réalisation des constructions prévues au bail".

<sup>114</sup> Art. 251-6º-1 Code de la construction et de l'habitation: "Las servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L.251-3, privilèges au autres charges nées du chef du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail".

<sup>115</sup> Art. 1529 C.C.: "Servidoes:

A constituição do direito de superfície importa a constituição das servidoes necessarias ao uso e fruição da obra au das árvores; se no título nao forem designados o local e as demais condições de exercício das servidoes, serao fixados, na falta de acordo, pelo tribunal".

Igualmente se estipula que si en el título constitutivo no se estableciesen las condiciones para el ejercicio de las servidumbres éstas se fijarán, a falta de acuerdo, por el Tribunal.<sup>116</sup>

Otra cuestión práctica consiste en determinar si el superficiario antes de construir puede solicitar el derecho de medianería, al objeto de facilitar la construcción. Roca Sastre,<sup>117</sup> señala que el superficiario puede hacerlo cuando así lo conviniese con el dueño del fundo vecino, y ello porque el superficiario es en este sentido "como si fuera el propietario del suelo". Razones que compartimos.<sup>118</sup>

En la doctrina italiana el tema ha sido estudiado por Pugliese.<sup>119</sup> Dicho autor señala que adoptando un punto de vista excesivamente formalista, se prefiere la solución negativa, pero si se piensa en la posición del superficiario respecto a la posición del propietario del suelo, y, si se considera la ratio de la "comunidad forzosa del muro", se llega fácilmente a la conclusión de que la letra del art. 874 debe ser interpretada de forma extensiva.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> No obstante, frente a esta disposición de carácter general, se encuentra la limitación, comentada ya con anterioridad, de posibilitar únicamente la constitución obligatoria de la servidumbre de paso cuando el edificio sobre el que recaé el derecho de superficie ya estaba construido. (Artigo 1529-2º).

<sup>117</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 54 nota a pie de página nº 54.

<sup>118</sup> No obstante, aunque la medianería en nuestro Código Civil (art 571 y ss) no es forzosa, no se opone a que lo sea pudiendo pactarse.

<sup>119</sup> Pugliese: Superficie...Cit. Pag. 602.

<sup>120</sup> Pugliese llega a estas conclusiones, basándose principalmente en el sentido del art. 874 del Codice Civile que atribuye, sin ningún género de dudas, el derecho de medianería únicamente al propietario del suelo, y por otro lado, en que la comunión de muro medianero debe ser solicitada para toda la extensión de la propiedad contigua. Aquí es donde surge el principal escollo: el derecho del superficiario puede no coincidir en toda su extensión con la propiedad del concedente. Sin embargo, hay que tener en cuenta que si el superficiario pasa a disfrutar de todos los derechos del propietario del suelo,

En el derecho francés, se llega a la misma solución en base a que la finalidad del arrendamiento es la construcción. Así, el arrendador podrá consentir las servidumbres pasivas indispensables para la realización de las construcciones previstas en el arrendamiento (art.251- 3º párrafo 4º), lo que parece referirse a los convenios con los constructores contiguos o a las servidumbres de patio común.<sup>121</sup>

Teniendo en cuenta que el goce del superficiario se centra en la parte de terreno necesario para realizar la edificación, debemos preguntarnos ¿qué ocurre con aquella parte de terreno que, concedida en derecho de superficie, no es usada a los fines edificatorios? Entiendo que si se encuentra comprendida en el título constitutivo, como objeto del derecho de superficie, puede calificarse como terreno accesorio a la propiedad superficiaria. Somos partidarios de su consideración como derecho de superficie con fines accesorios, aunque se podría plantear su imposibilidad en base a que el contenido fundamental de dicho derecho es el de construir, señalándose que podían tomar la configuración de mera servidumbre a favor de la construcción. Sin embargo no hay que olvidar que el objeto del derecho es también el mantenimiento de la construcción superficiaria, lo que significa que puede haberse establecido un tipo de construcción donde se prevea expresamente la instalación de algunos accesorios que no tienen por qué ser considerados como secundarios frente al edificio.<sup>122</sup> Consideramos, por consiguiente, que el goce de estos terrenos

---

también se extenderá a lo que guarda relación con el derecho de medianería. Y por otro lado, una vez realizada la construcción aunque sea de un sólo piso, el superficiario, gracias a la propiedad así adquirida, reúne los requisitos para solicitar la medianería superior restante. Lo que a su juicio podría suplir la falta de legitimación originaria.

<sup>121</sup> Marty: El derecho de superficie en relación... Cit. Pag. 45.

<sup>122</sup> Por ejemplo, derecho de superficie del parque acuático sito en Villanueva de la Cañada, que comporta la cesión del suelo en derecho de superficie para la construcción de las edificaciones e instalaciones y siguientes servicios:  
Edificios: Oficinas y taquillas, vestuarios públicos, enfermería y vestuarios de personal,

accesorios forma parte del contenido posible del derecho de superficie.<sup>123</sup>

A la misma solución se llega en el derecho portugués, donde se admite expresamente en el art. 1525-1º del Código Civil, que el derecho de superficie puede extender su objeto no solamente a la construcción sino también a aquella parte del suelo no necesaria para la implantación de la construcción pero necesaria para el uso de la obra.<sup>124</sup>

Conectado con el derecho de goce del suelo ajeno del superficiario sobre la construcción, hay dos puntos importantes que a continuación vamos a estudiar:

- el derecho de reconstrucción.
- y el derecho del superficiario a sobreedificar sobre lo ya edificado.

Acerca del derecho de RECONSTRUCCION, en caso de perecimiento de la construcción antes del transcurso del plazo pactado, es evidente que el superficiario conserva su derecho de superficie, y por consiguiente, el derecho de edificar, lo que

---

guardarropa público y tiendas, almacén, kiosco-bar, juegos recreativos, kiosco de helados, kiosco-barbacoa, cafetería, self-service y kiosco de zumos.

Atracciones acuáticas: Kami-kace, piscina infantil, montaña de pista libre y río rápido, montaña de pistas blandas, torres y plataformas de toboganes, lago de atracciones, lago de baño, piscinas de olas y surf, y río lento.

Otras zonas: Caseta de seccionamiento, centro de transformación, zonas de playas y zonas ajardinadas y de pic-nic.

<sup>123</sup> Este derecho de goce del superficiario sobre el suelo ajeno, no significa la prohibición al concedente de la realización de actos de disfrute sobre el suelo de su propiedad. De esta forma, el concedente gozará de las accesiones naturales que se produzcan en el fundo, que no se refieran a la construcción que realiza el superficiario.

Punto sobre el que creo no debe haber ninguna duda ya que el concedente continúa siendo dueño del suelo, pues únicamente renuncia a la accesión respecto de la superficie, y en favor de la edificación proyectada, llevada a cabo por el superficiario.

<sup>124</sup> Art. 1525-1º Código Civil portugués. "Objecto: Tendo por objecto a construção de uma obra, o direito de superfície pode abranger uma parte do solo não necessária à sua implantação, desde que ela, tenha utilidade para o uso da obra".

posibilita sin duda alguna su facultad de volver a efectuarla.<sup>125</sup> Aunque no debemos olvidar la posibilidad de realizar pactos en contra en el título constitutivo.<sup>126</sup>

En esta misma línea, la Compilación Navarra, en su ley 433, recoge expresamente que "si la edificación pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario podrá proceder a la reconstrucción".

Criterio distinto es el del Derecho francés donde se establece como obligación del arrendatario la de construir pero no la de reconstruir.<sup>127</sup> El superficiario está obligado a conservar las construcciones en buen estado y a hacer todas las reparaciones de cualquier naturaleza que le afecten, no estando, sin embargo, obligado a reconstruir los edificios que hayan sido destruidos por caso fortuito o fuerza mayor. Lo que, a mi juicio, significa que puede o no hacerlo, pero que la Ley expresamente no le obliga, ni por consiguiente, el arrendador tiene obligación de imponérselo.

¿Cuál sería la situación resultante si no se reconstruye o al menos no se hace en un plazo prudencial de tiempo? Entiendo que se extinguiría el derecho, puesto que el superficiario

---

<sup>125</sup> Si hemos señalado que el superficiario puede ejercer sobre las construcciones y obras objeto de su derecho de superficie, todas las prerrogativas inherentes a la propiedad, siempre que no lesione o dañe el suelo, es lógico que sea libre, en la modalidad urbana, para construir nuevos edificios, o para demoler los ya existentes, desde el momento de constitución de su derecho.

<sup>126</sup> Ejemplo de ello puede ser el establecimiento de una condición resolutoria, en el sentido de que con el perecimiento de la edificación debiera extinguirse el mismo derecho de superficie.

<sup>127</sup> Art. 251-1 Code de la construction:

"Constitue un bail à construction le bail par lequel le preneur s'engage, à titre principal, à édifier des constructions sur le terrain du bailleur et à les conserver en bon état d'entretien pendant toute la durée du bail".

Y art. 251-4 párrafo 2º: "Il est tenu du maintien des constructions en bon état d'entretien et des réparations de toute nature. Il n'est pas obligé de reconstruire les bâtiments s'ils ont péri par cas fortuit ou force majeure ou, s'agissant des bâtiments existant au moment de la passation du bail, par un vice de construction antérieur audit bail. Il répond de l'incendie des bâtiments existants et de ceux qu'il a édifiés."

no desea construir otra vez y por tanto renuncia a su derecho; recobrándo plena vigencia el principio de accesión.

En cuanto al derecho de SOBREEDIFICAR sobre lo ya edificado, considero que el superficiario está facultado para hacerlo pero con algunas salvedades. En primer lugar hay que tener en cuenta tanto las limitaciones pactadas por las partes, como las limitaciones urbanísticas referentes a las alturas de la edificación. De modo que, si se pacta la condición de edificar hasta una determinada altura y el superficiario no ha agotado su derecho, puede posteriormente tanto edificar él mismo hasta el tope máximo, o incluso enajenar este derecho de sobreedificación a un tercero hasta la altura determinada. (Todo ello en base a su facultad dispositiva).<sup>128</sup> Evidentemente, de lo que no hay duda, es que el concedente no podrá sobreedificar, hasta la altura pactada, pues ya ha enajenado o se ha desprendido de esa facultad, salvo pacto en contrario. Sin embargo, también es posible que el concedente se haya reservado su derecho de sobreedificación por encima de la altura pactada con el superficiario, pero que es inferior del límite urbanístico establecido, tanto para su construcción directa, como para su enajenación a un tercero.<sup>129</sup>

En segundo lugar, habrá que tener en cuenta el nuevo plazo legal contenido en la licencia urbanística para iniciar la edificación.

Todo lo expuesto hasta aquí es aplicable al derecho de SUBEDIFICACION SUPERFICIARIA. Al igual que lo señalado anteriormente deberá ser pactado expresamen-

---

<sup>128</sup> Derecho del superficiario que por su especial trascendencia será tratado con posterioridad en el Cap. V.

<sup>129</sup> En el derecho francés, Saint-Alary (Bail à construction... Cit. Pag. 4) se cuestiona si es posible la sobreedificación a través del arrendamiento con facultad para construir. El argumento que mantiene es que la sobreedificación constituye la edificación de una construcción nueva pero que se realizará sobre un terreno ya ocupado por un edificio preexistente, sobre el cual el arrendador conferiría un derecho real inmobiliario. La solución a la que llega es que no parece que sea imposible pero si poco práctico.

te, así como las limitaciones de profundidad, ya que puede producirse unos riesgos para la edificación.<sup>130</sup>

En cuanto al segundo derecho del superficiario, pero no por ello menos importante, se encuentra el DE TENER Y MANTENER en el fundo (terreno o inmueble ajeno) la propiedad superficiaria. Esto significa que el superficiario es propietario de su construcción, aunque de un tipo especial de propiedad no dotada de un carácter absoluto, posee los derechos inherentes a todo propietario pero con las salvedades de las características de su propiedad. De esta forma, es necesario señalar, por lo que respecta al nacimiento de la propiedad superficiaria, que el superficiario va adquiriendo la propiedad de lo construido, así como el goce del suelo sobre la que esta recaé, a medida que la edificación avanza. No es necesario esperar a la conclusión final de la obra, para que opere la adquisición del mismo. Aunque esta puntualización parece obvia, pues ya hemos recalcado que el superficiario desde el mismo momento de constitución del derecho de superficie se convierte en el propietario de la futura construcción,<sup>131</sup> es necesario hacerla constar para la determinación de los riesgos de lo edificado en la fase constructiva, o para saber quien está legitimado para efectuar actos dispositivos sobre el edificio en construcción.

Conectado con el derecho de propiedad del superficiario, se encuentra la

---

<sup>130</sup> También se cuestiona en términos similares Saint-Alary, si es posible encuadrar dentro del arrendamiento con facultad para construir la realización de obras subterráneas (aparcamientos, galerías comerciales...). Señala que aunque el legislador únicamente haya mencionado en la definición de la figura, "la obligación del inquilino de construir sobre el suelo del arrendador", no significa que se haya excluido la posibilidad de construir "dentro del suelo", sino que el legislador únicamente no lo tuvo en cuenta.

<sup>131</sup> Ante las posibles cuestiones acerca de cómo se construye esta propiedad de edificio futuro, entiendo que en base al derecho de superficie, el cual tiene como objeto la futura propiedad superficiaria, sustentándola cuando ésta se lleva a cabo.

FACULTAD DISPOSITIVA del mismo,<sup>132</sup> que supone la posibilidad jurídica que tiene el titular de realizar actos que afecten radicalmente a la sustancia o a la subsistencia de su derecho, o el DERECHO DE PREFERENCIA A LA RENOVACION y el DERECHO A LA INDEMNIZACION tras la reversión, que serán tratados en profundidad al final de éste trabajo.

En último lugar cabe señalar que al tener el superficiario un derecho de propiedad sobre la construcción, éste ostenta la facultad de exclusión que lleva aparejado todo titular. Facultad que permite al titular prevenir, impedir o poner remedio a las intromisiones o perturbaciones causadas por personas extrañas en su goce, utilización o directa satisfacción de su interés.<sup>133</sup> Igualmente, al ser el derecho de superficie un derecho real, el superficiario posee la facultad de persecución, lo cual significa que puede reclamar que su derecho sea reconocido mediante una acción declarativa frente a cualquiera que la desconozca.<sup>134</sup>

En cuanto a las **obligaciones** del superficiario hay que señalar que su derecho no

---

<sup>132</sup> Como ya hemos señalado :

- Puede constituir las servidumbres que precise para realizar la construcción.
- Derecho de demoler las construcciones existentes.
- Derecho de ceder la propiedad superficiaria o de aportarla en sociedad. Puede ceder todo o parte de su derecho en sociedad.
- O también constituir gravámenes sobre su propiedad (hipoteca).

<sup>133</sup> Con carácter general, y sin adentrarnos en un estudio pormenorizado, podemos señalar que tal facultad tiene dos aspectos: uno preventivo: al comportar el derecho de superficie la posesión del superficiario sobre la construcción por él realizada, poseyendo la acción de mantenimiento en la posesión o el interdicto de retener. Y otro aspecto, es la finalidad represiva, es decir, aquellas medidas que ponen fin a la perturbación o lesión que se haya consumado ya. La acción que posee es la de reipersecutoriedad, consistente en el poder de reclamar la restitución de su propiedad, frente a quien indebidamente la posea.

<sup>134</sup> El superficiario como propietario que es, puede ejercitar todas las acciones protectoras propias del derecho de propiedad como son la acción reivindicatoria (a través de la cual se restituye la cosa por quien la posee indebidamente) y la acción negatoria (a través de la cual el propietario -en nuestro caso propietario superficiario- alega estar libre del gravamen que niega).

puede resultar en modo alguno ilimitado. Consisten sus límites, en los generales de todo derecho subjetivo,<sup>135</sup> y, en los propios institucionales y genéricos de los derechos subjetivos, según su naturaleza y su función económica.<sup>136</sup>

Por otro lado, las obligaciones propias del superficiario consisten, en primer lugar, en la utilización del suelo y de la construcción de acuerdo con los fines pactados.<sup>137</sup> Así, es de suma importancia destacar el deber de abstenerse de deteriorar la construcción realizada.

También deberá hacerse constar claramente en el título constitutivo la determinación de la obligación de pago, por parte del superficiario, de las contribuciones e impuestos relativos a la construcción de los que deberá hacerse cargo,<sup>138</sup> salvo que las partes pacten otra cosa. En este punto la Compilación de Navarra es muy clara pues en su Ley 431, establece que "salvo pacto en contrario, el superficiario, desde que inicie la construcción, pagará todos los impuestos, contribuciones y cargas por razón del inmueble. En caso de pluralidad de construcciones, cada titular pagará, íntegra y exclusivamente, las que correspondan a

---

<sup>135</sup> Así deberá ser ejercitado de acuerdo con las exigencias de la buena fe, y prohibiéndose todo ejercicio abusivo o antisocial del mismo. (Art. 7 C.C.)

<sup>136</sup> La STS de 10 de abril de 1990 (Rep. Aran. 3590), afirma que "el derecho de superficie es el derecho de construir sobre fundo ajeno; que según la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo la aptitud para edificar la da el Plan, pero el derecho se condiciona con todas sus consecuencias al efectivo cumplimiento de las obligaciones y cargas que se imponen al propietario dentro de los plazos previstos en el propio Plan; con lo que resulta que el titular del derecho a edificar tiene que cumplir unas determinadas obligaciones y cargas para poder realizar su derecho..."

<sup>137</sup> En la regulación de la figura en el derecho portugués, la Ley nº 2030 de 6 de junio de 1948, establece en su artículo 23 -1º, el deber del superficiario de conservar el edificio como lo haría un propietario prudente.

<sup>138</sup> Como ya hemos señalado por ejemplo el pago del Impuesto sobre Bienes Inmuebles, recogido en la Ley 39/88 de 28 de diciembre, reguladora de las haciendas locales. Art. 61 y 62.

la suya".<sup>139</sup>

En el mismo sentido en el derecho francés, y siguiendo los términos del art. 251-4º párrafo 1º,<sup>140</sup> el inquilino debe correr con todas las cargas, tasas e impuestos relativos tanto a las construcciones como al terreno. Esta obligación lleva consigo el abono de la contribución territorial, la cual existe durante toda la vida del arrendamiento, pero al no ser la disposición legal de "orden público", las partes pueden pactar otra cosa.

Por último, no debemos olvidar su obligación de cumplir las demás obligaciones que forman parte del contenido del título constitutivo, y del pago del canon.<sup>141</sup>

---

<sup>139</sup> Las STS de 5 de diciembre de 1989 (Rep. Aran. 9105), la de 24 de enero de 1990 (Rep. Aran. 349) y la de 10 de abril de 1990 (Rep. Aran. 3590), afirman que "el titular del derecho a edificar tiene que cumplir unas determinadas obligaciones y cargas para poder realizar su derecho. Entre dichas cargas figura, según determina el art. 83 L.S, la de costear la urbanización. Como en el presente caso el recurrente, junto con otros dos, era titular del derecho a edificar sobre el solar en cuestión, le correspondería hacer frente a los expresados gastos de urbanización, sin perjuicio de los pactos existentes entre los indicados titulares del derecho de superficie y el propietario del solar."

<sup>140</sup> Art. 251-4º párrafo 1º Code de la construction:  
"Le preneur est tenu de toutes les charges, taxes et impôts relatifs tant aux constructions qu'au terrain".

<sup>141</sup> La ley no prevé una obligación del superficiario de pagar un canon anual o una suma determinada. Como ya veremos al final del presente trabajo, esta obligación podrá ser establecida en el título, en relación con la causa por la cual se constituye el derecho, fijándose en el título mismo su entidad y caracteres.

En el Código Civil portugués, se recoge dentro del Capítulo III, que dedica a la institución superficiaria, como primera obligación del superficiario, la del pago del precio o contraprestación, que puede ser única o anual, perpetua o temporal y que siempre deberá ser en dinero. En caso de mora, el propietario del suelo tendrá derecho a exigir el triple de la prestación convenida. (arts. 1530 y 1531 C.C)

## IV.- EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE

### 1.- Introducción.

El fin principal de toda relación jurídico-real, consiste en que el derecho realice plenamente su función económica, desapareciendo aquella cuando el titular no pueda desarrollar la función prevista. En el derecho de superficie, la función económica es la construcción y el mantenimiento de la edificación en suelo ajeno, por un tiempo determinado o indefinido, y una vez transcurrido el derecho se extingue.

En el estudio de su extinción debemos diferenciar entre las causas de extinción y los efectos que producen.

Dentro de las primeras, hemos distinguido las específicas del derecho de superficie, que se reducen al transcurso del plazo por el que fue constituido y la resolución del título constitutivo; y las causas genéricas cuya existencia supone la extinción de cualquier derecho real en cosa ajena, refiriéndonos únicamente a los aspectos más importantes que se adoptan en relación con la figura objeto de estudio. En cuanto a los efectos que produce la extinción, hay que distinguir tres ámbitos: en relación con los sujetos (concedente y superficiario); con el objeto (suelo y propiedad superficiaria) y con los derechos de los terceros.

### 2.- Causas de extinción

Consideramos que son los acontecimientos, surgidos con posterioridad a la constitución de la relación jurídica superficiaria, de naturaleza extrínseca a la misma, y que de acuerdo a la voluntad expresa o presunta del concedente o del superficiario, dan fin a la relación.<sup>142</sup>

---

<sup>142</sup> Díez Picazo: Fundamentos de Derecho civil patrimonial. Vol II. Las relaciones jurídico reales. El registro de la Propiedad La posesión. Tecnos. Madrid. 1986. Pag. 742.

Existen diferentes clasificaciones, realizadas por la doctrina, de los modos de extinción de la relación superficiaria. A mi modo de ver la que en un principio, tras la regulación urbanística de 1956, podría parecer más exacta y completa fue la realizada por Roca Sastre,<sup>143</sup> que es también la que posteriormente sigue De los Mozos.<sup>144</sup> Dicha clasificación es la siguiente: extinción por el transcurso del tiempo de duración fijado, por infracción de la obligación de tener concluida la edificación dentro del plazo pactado, por abandono del superficiario, por mutuo disenso, por expropiación forzosa, por confusión, y por perecimiento de la construcción.

Sin embargo hoy, tras la reforma de la Ley del Suelo de 1976 y la actual de 1992, considero que la sistematización más oportuna, consiste en la ordenación en tres grupos de las causas extintivas. En esta clasificación, incluimos dentro de los dos primeros grupos, las causas directamente establecidas por la Ley urbanística, mientras que en el tercer grupo recogemos aquellas que aún no conteniéndose en la misma, son susceptibles de aplicación analógica al derecho de superficie por estar encuadradas dentro de la categoría general de los derechos reales.

De esta forma, vamos a estudiar dentro del primer grupo: el transcurso del plazo para el que fue constituido el derecho. En el segundo grupo: la resolución del título constitutivo, tanto por la infracción de las obligaciones del superficiario relativas al plazo, como las relativas al modo de realización de la construcción. Y en último lugar, dentro del grupo de causas no previstas en la ley, nos detendremos en la pérdida de la cosa y destrucción de la construcción, la consolidación o confusión de derechos, la renuncia, y, muy brevemente trataremos la expropiación forzosa, la condición resolutoria y la prescripción

---

<sup>143</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pags. 57 y ss.

<sup>144</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pags. 338 y ss

extintiva.

A.- Transcurso del plazo para el que fue constituido <sup>145</sup>

Una de las características fundamentales del derecho de superficie es la posibilidad de pactar un plazo, ya sea temporal o con carácter indefinido.<sup>146</sup> Así la propiedad superficiaria puede consistir en la propiedad temporal de una edificación que recaé sobre un fundo ajeno.<sup>147</sup>

En nuestro Derecho el legislador urbanista ha insistido siempre en la importancia del plazo de duración de la propiedad superficiaria estableciéndolo expresamente en las

---

<sup>145</sup> En este punto sólo vamos a estudiar las cuestiones relativas al transcurso del plazo de duración como causa extintiva del derecho. Todos los demás problemas serán tratados al final del trabajo "temporalidad del derecho de superficie".

<sup>146</sup> Frente a la concepción que del mismo existe en el Derecho francés donde, en palabras de Saint-Alary (Superficie... Cit. Pag. 3)"siendo un derecho de propiedad, el derecho de superficie es, por su naturaleza, un derecho perpetuo."

Sin embargo, este principio sufre dos excepciones resultantes del modo de constitución del derecho de superficie. Se recordará como al tratar la naturaleza de esta Institución en el ordenamiento jurídico francés, señalábamos que no estaba expresamente regulada dicha figura en su Código Civil. Sin embargo, la práctica y la tradición habían hecho que se la considerara incluida. En principio, el modo de constitución de esta figura había sido la venta. En la actualidad, el derecho de superficie se establece como forma más corriente a través del arrendamiento con facultad para construir o por concesión. Pues bien, estas dos últimas formas de constitución del derecho son necesariamente temporales, extinguiéndose el derecho de superficie por el transcurso del plazo para el que fue pactado, tanto en el arrendamiento como en la concesión.

No hay que olvidar tampoco que en el Derecho italiano, el derecho de superficie puede constituirse tanto de forma perpetua como por un periodo temporal, como señala su Código de 1942, aunque en el ámbito urbanístico -tanto para viviendas populares, como en la creación de aparcamientos subterráneos- su periodo de constitución es temporal.

En el ordenamiento portugués ocurre lo mismo, el Código Civil de 1966 establece su duración temporal, y en las leyes urbanísticas, se imponen periodos de duración del derecho.

<sup>147</sup> La STS de 28 de abril de 1992 (Rep. Aranz 4114), afirma que el derecho de superficie, aparte de por otras causas, se pudo haber extinguido si el superficiario no hubiera construido en el plazo convenido, pero al no darse ésta ni otra causa de extinción, el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo pactado (que en este caso es de cincuenta años) en cuyo momento el Ayuntamiento de Sant Andreu de la Barca hará suya la propiedad de lo edificado".

distintas leyes urbanísticas.<sup>148</sup> El carácter temporal del derecho de superficie, significa que una vez transcurrido el derecho queda ipso iure extinguido, no siendo necesaria declaración de voluntad alguna.<sup>149</sup> Se trata según la expresión de Roca,<sup>150</sup> del supuesto clásico de extinción del derecho de superficie por caducidad, es decir, por agotamiento del tiempo de vida que se le señaló al ser constituido, dentro del tiempo máximo determinado por la ley.

¿Cuáles son los efectos<sup>151</sup> que se producen tras el transcurso del plazo para el que se pactó el derecho? En principio baste señalar que si la construcción no se ha realizado, supuesto que en nuestro derecho es difícil que se dé -pues como veremos se pacta un plazo mínimo establecido en la propia licencia urbanística-, el concedente del derecho, recobra su antigua libertad, pudiendo construir él u otorgando la facultad a otra persona. Y en el supuesto contrario, si existe ya la edificación se producirá la reversión de la misma a

---

<sup>148</sup> Así la primera Ley de 1956, recogía en el apartado 1º del art. 161 que: "el derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas". Igualmente el Reglamento Hipotecario, en su apartado 1 del Art. 16 letra A) señala que: "el plazo de duración del derecho de superficie no excederá de cincuenta años".

Posteriormente la Ley del Suelo de 1975, en su art. 173 apartado 1º señalaba que: "el derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por el Estado y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares".

Plazos que no han variado en la actual ley de 1992, y que se recogen en el art. 289 apartado 2º.

<sup>149</sup> Así lo establece claramente la regulación italiana en el art. 954- 1º Codice Civile: "La extinción del derecho de superficie por transcurso del tiempo..."

<sup>150</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 58.

<sup>151</sup> Aunque los efectos generales de la extinción del derecho de superficie, tanto entre las partes como respecto a terceros, van a ser estudiados en el último epígrafe de este Capítulo, hemos preferido apuntar muy brevemente los efectos específicos de cada causa extintiva.

manos del dominus soli. El superficiario deja de ser propietario y no tiene derecho de goce sobre el suelo.

En cuanto a los derechos de los terceros entendemos que desaparecerán, pues no es posible que el superficiario constituya derechos por un tiempo superior a la duración de su derecho.<sup>152</sup>

#### B.- Resolución del título constitutivo

Dentro de este segundo grupo de causas extintivas vamos a hacer referencia al auténtico quebrantamiento del deber legal del superficiario, como es la resolución del título constitutivo al no construir el titular del derecho "en el plazo y modo señalado". Nos encontramos ante el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario.<sup>153</sup>

En relación con el plazo, no debemos olvidar que la esencia del derecho, es la obligación del titular superficiario de construir en el plazo previsto. Plazo que, en el caso

---

<sup>152</sup> Los mismos razonamientos son los expresados en el arrendamiento con facultad para construir del derecho francés, donde el legislador ha querido que la propiedad de las construcciones, sea adquirida por el arrendador libre de cargas, gravámenes y derechos constituidos por el inquilino.

Art. 251-6 párrafo 1º Code de la construction: "Les servitudes passives, autres que celles mentionnées au quatrième alinéa de l'article L.251-3, privilèges, hypothèques ou autres charges nées du che du preneur et, notamment, les baux et titres d'occupation de toute nature portant sur les constructions, s'éteignent à l'expiration du bail".

También en el derecho portugués, se establece la extinción de los derechos de goce o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio de terceros.

Art. 1539-1 Código Civil portugués: "Extinção de direitos reais constituídos sobre o direito de superfície:

1.- A extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro."

<sup>153</sup> También en el derecho francés, en el arrendamiento con permiso para construir, se señala la resolución del contrato como causa del incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, frecuentemente por culpa del inquilino. Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 6.

español, ha sido modificado por las distintas leyes urbanísticas.<sup>154</sup> Esto significa que la obligación de construir en el plazo marcado por la licencia urbanística obliga a toda construcción en general, afectando tanto a la modalidad urbana como a la urbanística, cuyo otorgamiento determinará la adquisición del derecho a edificar (art. 33-1 Ley del Suelo) fijándose los plazos de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras. De donde se deduce que el incumplimiento de los plazos extinguirá el derecho a edificar (art. 35 L.S.).<sup>155</sup> De esta forma, si se concede un derecho de superficie y en el título constitutivo no se fija plazo alguno para llevar a cabo la edificación, la legislación urbanística a través de la licencia impondrá un plazo. El incumplimiento del mismo trae como sanción la caducidad de la licencia, y si el superficiario quiere conservar su derecho y hacerle efectivo edificando, deberá solicitar otra licencia de edificación con los gastos que ello conlleva. Como en el título constitutivo las partes no han fijado plazo entendemos que

---

<sup>154</sup> La primitiva Ley del Suelo de 1956, señalaba expresamente el plazo de 5 años para la realización de la construcción superficiaria. Así el art. 159 apartado 1º, mantenía que "el superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquel pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas". Tras esta ley urbanística, el Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959, dispone en su artículo 16, apartado 1º letra c) la necesidad de inscribir la circunstancia del plazo para realizar la edificación, que no podrá exceder de 5 años. El motivo por el cual el Reglamento afirmaba esta obligación se debía a que la ley urbanística requería que dicho plazo fuese recogido en el título constitutivo; y siendo la finalidad de aquel dotar de publicidad mediante la inscripción al título originador del derecho de superficie es lógico que incluyera dicha obligación dentro de su articulado.

Posteriormente, la Ley del Suelo de 1976, señaló en su artículo 173 apartado 1º que "el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el Plan o en el convenido, si fuera menor...".

En la actual Ley de 1992, el art. 289 apartado 1º establece que el derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el art. 35-1º de esta Ley. Precepto que se refiere al derecho a edificar, señalándose que el plazo de iniciación, interrupción máxima y finalización de las obras, se fijará en la licencia de acuerdo con la normativa aplicable.

<sup>155</sup> Esto no significa que las partes puedan pactar cualquier otro tipo de sanción para el caso de que no se lleve a cabo la edificación en el plazo previsto como, por ejemplo, una cláusula penal.

no se resolverá su derecho.

A mi modo de ver, el legislador acertadamente exige esta obligación para que la figura cumpla los fines económicos y de fomento de la edificación que persigue, imponiendo que se lleve a cabo la construcción en el plazo previsto y pactado por ambas partes.

Otra cuestión menos importante, pero que debe estudiarse como una de las causas de resolución del título constitutivo, se refiere a la obligación del superficiario de llevar a cabo la edificación del modo previsto en el título constitutivo. Obligación que, a mi juicio, afecta únicamente a la modalidad urbanística por sus especiales caracteres, es decir, por ser el concedente la Administración quien, en base a su potestad, impone la necesidad de controlar la construcción que se realiza sobre su suelo y que posteriormente le revertirá, y sobre todo, porque esta figura está pensada por su interés social. De ahí que esta obligación se recogiese en el art. 159 apartado 1º de la Ley del Suelo de 1956, aunque con posterioridad no se ha vuelto a insistir en ninguna de las reformas de la Ley del Suelo. El Reglamento Hipotecario en su art. 16, que se dedica a recoger todos los pormenores de dicha ley urbanística, no realizó ninguna referencia al modo de llevar a cabo la construcción, pero detalló la obligación de hacer constar, en el título constitutivo para su inscripción, las características generales, el destino y costo del presupuesto de la edificación.

Todo lo cual nos lleva a preguntarnos qué quiso decir el legislador con el "modo de realizar la construcción": si, como se señala en el Reglamento Hipotecario, se refiere a las características generales, destino, costo del presupuesto de la edificación, o a las normas impuestas en las leyes urbanísticas en cuanto a alturas, estética... Entendemos que caben ambas posibilidades y ello porque en relación con las "características generales" no

debemos olvidar que la construcción tras el plazo pactado revertirá a manos del concedente,<sup>156</sup> y además, debe cumplirse en todo momento las condiciones urbanísticas (alturas, estética), puesto que en caso contrario se impondrán las sanciones que procedan. La justificación de esta causa de resolución se encuentra en la importancia que tiene el modo como esté construida la edificación para el propietario del suelo, pues al concedente del derecho de superficie, le interesará tras el transcurso del plazo pactado, adquirir la propiedad de aquella, tal y como se pactó en el título constitutivo.

En relación con los efectos, que produce la resolución del título constitutivo hay que decir que en principio, se produce la reversión anticipada de una construcción que puede estar inacabada,<sup>157</sup> o ni siquiera comenzada, por no haberse edificado en el plazo previsto, o incluso puede no ajustarse a las normas estéticas o a las alturas permitidas por las leyes urbanísticas. Sin embargo, al dueño del suelo, que en un principio le pudo interesar la conclusión del negocio pactado con el superficiario, en este momento puede no interesarle ni la resolución del contrato, ni evidentemente que el superficiario realice tales infracciones. Con el fin de prevenir la actitud negligente o tal vez dolosa del superficiario, se puede introducir en el título constitutivo una cláusula penal que suponga la pérdida de diferentes cantidades de dinero según el tipo o grado de incumplimiento, pero sin que se

---

<sup>156</sup> Puig Peña (Tratado de Derecho Civil Español... Cit. Pag 481) precisa que para la resolución del título es necesario que las obligaciones o condiciones que se infringen por el superficiario sean fundamentales en el sentido de constituir elementos integrantes de la causa jurídica para el concedente.

<sup>157</sup> Saint-Alary (Bail à construction... Cit. Pag. 6) señala el perjuicio que supone para el arrendador, adquirir la propiedad de una construcción que se encuentra inacabada. Afirma que éste estará protegido contra los inconvenientes de esta falta de finalización de la construcción, sobre todo cuando el inquilino comercialice su operación a través de la "venta de inmueble en futura terminación" (ventes en l'état futur d'achèvement) y que la finalización de la construcción esté sujeta a una garantía bancaria. Es el supuesto típico de la venta de inmueble en construcción (vente d'immuable à construire).

produzca la reversión.<sup>158</sup> Además, si el superficiario no construye, o transmite su derecho a un tercero que, a su vez, se convierte en titular del mismo, este nuevo superficiario se subrogará en todos sus derechos y obligaciones, y también se verá compelido a realizar la construcción, porque en definitiva la cláusula penal le afectará también.<sup>159</sup>

#### C.- Otras causas de extinción

En este grupo incluíamos, en general, todas aquellas causas de extinción de los derechos reales que ofrecen una peculiaridad en relación con el derecho de superficie. Iniciamos nuestro breve análisis con la **pérdida de la cosa**. Es sabido que el derecho real desaparece cuando su titular no puede desarrollar la función económica prevista. Sin embargo, no debemos pensar únicamente en la destrucción física o jurídica del derecho de superficie como un supuesto de pérdida de la cosa: la conversión del objeto del derecho de superficie que lleva consigo su desaparición, (el edificio superficiario reducido a escombros, o la del fundo sobre el que recaé que se convierte en el cauce de un río o de un lago)<sup>160</sup> sino también en la imposibilidad de realización de la función o destino económico de la cosa (cuando el edificio superficiario, por ejemplo, sea declarado en ruina).

La pérdida puede ser total o parcial, aunque ésta sólo supone la modificación de la

---

<sup>158</sup> Por ejemplo, la falta de inicio de las obras, el no ajustarse a las condiciones de alturas o estéticas pactadas....

<sup>159</sup> En el derecho francés, se prevé la posibilidad de que el arrendador en el arrendamiento con facultad para construir, se proteja a través de la inserción de una cláusula en el contrato de "afección hipotecaria" o de una "caución bancaria" que garantice la ejecución de las obligaciones del inquilino, para el supuesto en que éste no concluya la edificación y proceda a la venta del inmueble inacabado, a un tercero.

<sup>160</sup> Oliveira Ascensao: O direito de superficie... Cit. Pag 271) señala que el derecho de superficie se extingue por la inutilización del suelo, siempre que sea a efectos de edificación. El superficiario tiene un único poder de goce y de edificar, y por consiguiente, la frustración de ese poder tiene relevancia desde el punto de vista de la relación de la superficie.

relación jurídica que puede continuar existiendo sobre la parte subsistente de la cosa.

Refiriéndonos en concreto al derecho de superficie vamos a analizar cuando, por qué y los efectos que produce la destrucción del fondo, haciendo referencia tanto al suelo cómo a la construcción-base, apoyo de la construcción superficiaria, cuando dicha destrucción sea por causas ajenas a la voluntad (por ejemplo: caso fortuito, fuerza mayor).

Frente al silencio normativo existente en las distintas leyes que han regulado la figura en nuestro ordenamiento jurídico para la modalidad urbanística, en el ordenamiento italiano, esta causa de extinción está expresamente establecida en el apartado 3º del art. 954 del Código Civil, debido a las circunstancias especiales del derecho de superficie.<sup>161</sup> También la desaparición o inutilización del fondo, es recogida por el art. 1536-1º apartado e) del Código civil portugués, como causa de extinción.<sup>162</sup>

En principio con la destrucción física del suelo, el derecho de superficie desaparecerá tanto si la construcción superficiaria se ha realizado como si no. Estamos pensando en el clásico supuesto del desvío del cauce de un río aunque también pueden producirse otras hipótesis.<sup>163</sup> La cuestión resulta más interesante si pensamos en qué ocu-

---

<sup>161</sup> Art. 954-3º Codice Civile: "Il perimento della costruzione non importa, salvo patto contrario, l'estinzione del diritto di superficie."

<sup>162</sup> Art. 1536-1º apartado e) del Código Civil portugués: " O direito de superfície extingue-se: e) Pelo desaparecimento ou inutilização do solo".

<sup>163</sup> La doctrina italiana (Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 622; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 64 y Cendon: Superficie... Cit. Ant. Pag. 273), estudia como supuestos: el hundimiento del suelo en aguas marinas, o la inundación permanente de aguas de un río, o incluso la precipitación en un abismo del fondo...

Casos que impiden cualquier actividad de construcción o reconstrucción, extinguiéndose el derecho tanto si existe el edificio como si no.

Es posible, además, que el edificio se arruine junto con el suelo de modo definitivo, por ejemplo si el suelo es ocupado por el cauce de un río, puede imaginarse que el edificio resista durante un tiempo a la fuerza erosiva del agua pero que le hace inhabitable no siendo objeto idóneo de una propiedad superficiaria.

rrirá si el derecho de superficie (derecho de sobreedificación superficiaria) se eleva sobre una construcción y ésta perece, o al contrario si el derecho de superficie se encuentra en el subsuelo (derecho de subedificación superficiaria). En principio, el derecho de superficie no desaparece, sino que es la propiedad superficiaria la que lo hace, pues como ya hemos visto está ínsito en él la facultad de reconstruir. No obstante no hay que olvidar, que falta su base o apoyo sobre el que nazca la futura propiedad superficiaria; (la llamada construcción-base) lo que nos induce a pensar que existe el derecho pero que "transitoriamente o definitivamente no se encuentra materializado".<sup>164</sup> En este sentido la Compilación foral de Navarra, en su Ley 441 señala que el perecimiento del edificio no extingue los derechos de sobreedificación y subedificación, ya que sus titulares conservarán sobre el edificio construido el mismo derecho que anteriormente tenían.

La duda que surge, radica en conocer cuales son los requisitos necesarios, en el supuesto de que el edificio se reconstruyera, para que pueda volver a materializarse el derecho de superficie. En principio se debe buscar en el título constitutivo lo que las partes han establecido al respecto, puesto que puede haberse pactado la obligación de reconstrucción del edificio-base en el supuesto de perecimiento, en cuyo caso no habrá problema. Si el derecho de superficie se ha establecido sobre un edificio en concreto, habrá que esperar a que éste sea reconstruido para que pueda materializarse. Pero si el derecho se constituyó con referencia a cualquier edificio que se alce en un determinado terreno, habrá que esperar a la reconstrucción de cualquier edificio en el punto determinado. Y por lo que respecta a la nueva construcción, ésta no podrá sobrepasar los límites del derecho originario, siendo la edificación la prevista en el título originario de concesión del derecho

---

<sup>164</sup> Aunque en el derecho de subedificación, si pereciere la construcción base, puede que continúe la propiedad superficiaria existiendo.

de superficie.

En cuanto a la destrucción del edificio superficiario hay diversas opiniones doctrinales. Mezquita del Cacho,<sup>165</sup> asegura que será causa extintiva incluso cuando exista culpa del superficiario. Su argumentación reside en el art. 159 de la Ley del Suelo de 1956,<sup>166</sup> y mantiene que de no cumplirse así, la finalidad de dicho artículo quedaría burlada, pues la subsistencia del derecho de superficie está subordinado al cumplimiento de las finalidades de la ley. Continúa señalando que si el perecimiento de la construcción se debe a causa fortuita, la extinción quedará subordinada a que el superficiario reconstruya en el plazo previsto para la primera construcción, perviviendo la superficie hasta el término final para el que fue inicialmente constituida.<sup>167</sup>

Razonamiento con el que estamos de acuerdo ya que la institución superficiaria, tiene como finalidad principal la de construir, y por consiguiente, siempre se encuentra implícita en ella dentro del plazo de duración pactado, por lo que de acuerdo con las leyes

---

<sup>165</sup> Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley de 12 de mayo de 1956. R.D.P. 1957. Pag. 760

<sup>166</sup> Art. 159 L.S. de 1956:

1º "El superficiario deberá construir en el plazo y del modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas.

2º La extinción de este deber provocará siempre la extinción del derecho de superficie sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

3º En tanto no hubiere edificado en la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario".

<sup>167</sup> En el tema de la pérdida de la construcción como causa extintiva del derecho de superficie, es indiferente la culpabilidad de las partes. Es decir, es igual que el edificio se haya destruido como consecuencia de una causa fortuita como por negligencia de alguna de las partes, ya que lo importante es que desaparece la propiedad separada objeto del derecho de superficie. Otra cosa es que si ha habido culpa o negligencia de una de las partes, exista una pretensión de indemnización del perjudicado frente al causante del daño, es decir una responsabilidad del causante de los daños.

urbanísticas podrá siempre reconstruirse de nuevo. El requisito a tener en cuenta, es que el nuevo plazo concreto para la reedificación será el otorgado en la licencia urbanística.<sup>168</sup>

Con la reforma de la Ley del Suelo en 1976, autores como Rodríguez García,<sup>169</sup> entienden que si el edificio se destruye habrá que estar a lo pactado en el título constitutivo, señalando que, si ambas partes hubiesen pactado construir una sola vez, no cabría porque el derecho se ha agotado. Si se permite la reconstrucción durante un periodo determinado, y la destrucción de la misma se produce dentro de ese plazo, desde luego sería posible.

Pero realmente lo que nos interesa es saber ¿qué ocurrirá si las partes no tuvieron en cuenta esta eventualidad y no pactaron nada? Díez Picazo,<sup>170</sup> entiende que debido a la especial naturaleza de este derecho, mientras el suelo exista, continúa vigente a su vez el derecho del superficiario es decir, la principal facultad del sujeto activo del derecho, el *ius aedificandi*.

Laso Martínez,<sup>171</sup> pensando en la modalidad urbanística, va más allá asegurando la existencia no sólo del derecho sino la obligación que tiene el superficiario de reconstruir.

---

<sup>168</sup> Que deberá volver a solicitarse al Ayuntamiento.(art. 35 L.S). Por otro lado, debemos tener presente la postura de otros autores, como Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pag. 285) que ven implícito el derecho de reconstruir y continuar utilizando el suelo, pero sólo en la modalidad urbanística. Y ello porque parten de que en la modalidad urbana común sobre edificación preexistente, no se concede el *ius aedificandi*. Posición que como veremos a continuación no mantenemos.

<sup>169</sup> Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del Derecho de Superficie. A.C. 1988-2. Pag. 2960.

<sup>170</sup> Díez Picazo y Gullón: Sistema de Derecho Civil... Cit. Pag. 490.

<sup>171</sup> Laso Martínez: El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de Pag. 544.

En el caso de que dicho derecho se haya constituido para la reconstrucción de un servicio público, el derecho de reedificar integra el haz de derechos del superficiario.

Estamos totalmente de acuerdo con ambos criterios, pues la obligación de reconstruir tiene como base, en principio la existencia del *ius aedificandi*, pero si el derecho de superficie se constituye sobre edificación preexistente, entendemos que existe el derecho de reconstruir porque lo que se ha entregado al superficiario es una propiedad superficiaria separada del suelo, y cuando ésta perece resurge el *ius aedificandi* incluido en el derecho de superficie mismo (pues si no es actual se encuentra inmerso en el derecho en términos de potencialidad) Y en relación con la modalidad urbanística, la obligación de reconstruir tiene como base la función económico-social que cumple la institución.

En conclusión, entendemos que en principio habrá que seguirse lo expresamente señalado en el título constitutivo, ya que la autonomía de la voluntad juega un papel muy importante a estos efectos. En el supuesto de no haberse pactado nada, el superficiario tiene la obligación de reconstruir tanto si se ha constituido para la prestación de un servicio público como si se trata de la modalidad urbana común. Y ello porque al consistir el objeto del derecho de superficie en la propiedad temporal o indefinida de una construcción, con la destrucción de la misma desaparecería el edificio en sí pero continuaría vigente el derecho de propiedad de una construcción sobre suelo ajeno, y, por consiguiente, la facultad de reconstruir. El objeto del derecho de superficie no es la propiedad del primer edificio, sino la existencia del *ius aedificandi* y además de la propiedad de un edificio existente sobre suelo ajeno.

Realmente la cuestión estriba en si se puede decir que la relación jurídico real se ha extinguido por pérdida de su objeto. Está claro que no, porque el contenido del derecho de superficie no es la edificación, sino el derecho de propiedad de un edificio sobre el

suelo ajeno, por un tiempo determinado o indefinido.

Por otro lado, desde el punto de vista del concedente, ni le interesará tener su suelo gravado con un derecho de superficie donde ha desaparecido el edificio, ni tampoco le interesará que el suelo esté lleno de escombros, y, sobre todo, a efectos de reversión, cuando llegue el plazo de extinción del derecho no habrá ningún edificio que le revierta.

Nos parece interesante también destacar la *Compilación de Navarra* que establece en su Ley 433 que si el edificio pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario *podrá* proceder a la reconstrucción.

De los términos literales parece que el legislador navarro no establece la obligación del superficiario a la reconstrucción.

Otra cuestión que se puede plantear, y que puede ocasionar diversos problemas es la destrucción parcial del edificio. En tal supuesto, ¿sobre quien recaé la obligación de demoler la parte de estructura que no haya perecido, si tal actividad es precisa para la reconstrucción de la propiedad superficiaria? Si existe culpa, además de su posible responsabilidad por los daños causados, recaerá dicha obligación sobre el causante de los mismos, haciéndose cargo de los gastos que ello conlleva ya que evidentemente supone un entorpecimiento de la actividad de goce del superficiario para la reconstrucción. En caso contrario, y para volver a reconstruir, el superficiario será el que se encargue de demoler la construcción.

Tanto en el supuesto de destrucción total como de destrucción parcial, los materiales pertenecen al superficiario, que puede emplearlos en el edificio que se reconstruya.

En cuanto a la edificación, deberán seguirse los criterios pactados en el título constitutivo, referente a alturas, destino, y características estéticas de la primera edificación. Pero también es posible que las partes acuerden en cualquier sentido, la ampliación del derecho

o su restricción a la observancia de las normas urbanísticas y estéticas. Y ello porque es admisible la validez de un pacto posterior siempre que no se dañen los derechos de terceras personas.

Otra cuestión diferente, pero interesante, es la que propone Miquel Calatayud,<sup>172</sup> en relación con el establecimiento de un seguro sobre la propiedad superficiaria. De esta forma, en el caso de pérdida total, el dueño del suelo se subrogaría en la posición del superficiario, teniendo derecho a percibir la indemnización que correspondería al titular de la propiedad superficiaria, admitiendo la posibilidad que tiene el superficiario de retener dicha indemnización hasta el momento en que llegase el plazo del término del derecho de superficie. También es posible que el superficiario reinvierta la indemnización reconstruyendo.

Pero y ¿si el superficiario no reconstruye?. No hay duda de que resurgirán las reglas de la accesión y la propiedad de la superficie volverá al dominus soli, en base a la resolución del título constitutivo por incumplimiento de la obligación principal de construir, en este caso de reconstruir. También es posible que exista un pacto que prohíba expresamente el derecho de reconstruir, lo cual supone la extinción automática del derecho de superficie tras la destrucción del edificio. Pacto que puede estar incluido dentro del título constitutivo, o puede añadirse expresamente con posterioridad.

Un tema diferente pero interesante, es si es posible el pacto de demolición voluntaria de la propiedad superficiaria realizada por el superficiario.

En la modalidad urbanística y teniendo en cuenta que tal actuación determinará la extinción

---

<sup>172</sup> Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español... Cit. Pags. 617 y 618.

de la relación,<sup>173</sup> en base a la naturaleza jurídica de la figura, motivado fundamentalmente, por el derecho de reversión de la propiedad superficiaria del concedente, no será posible. Y ello porque el dueño del suelo -la Administración- tiene la expectativa de extender su derecho a la propiedad superficiaria al término del derecho de superficie. Por otro lado, si el superficiario procede a demoler voluntariamente su propiedad, con ello quiere significar que desea extinguir su derecho. En ese caso, el concedente tendrá, por su parte, derecho a una indemnización por los perjuicios que se le han causado, al no conseguir uno de los fines pactados, además de poder exigir responsabilidades.

Sin embargo, en la modalidad urbana común, sí es posible tal pacto en base al art. 1255 C.C. porque pudiera interesar a las partes, sobre todo al dueño del suelo que desea obtener el suelo vacío.

Otra de las causas de extinción general de las relaciones jurídico-reales, es la **confusión o consolidación de derechos**, que puede producirse por la adquisición del propietario del suelo (cosa gravada) -tanto inter vivos como mortis causa- de la titularidad del derecho de superficie; o al revés, por la adquisición del superficiario (titular del derecho real) de la propiedad del suelo.<sup>174</sup>

En la reforma de la Ley del Suelo de 1976, frente a la Ley anterior, esta causa extintiva tuvo un tratamiento especial, produciendo unos efectos específicamente regulados.

---

<sup>173</sup> Cendon (Superficie... Cit. Pag 271) y Pugliese (Superficie... Cit. Pag. 617), mantiene que "no funciona como una causa específica de extinción a diferencia de la destrucción de la propiedad superficiaria. Lo cual no significa que no sea ineficaz el pacto en el que se establezca la demolición, sino que dicho acuerdo puede configurarse como una condición resolutoria o como renuncia bajo condición suspensiva, teniendo los efectos propios de estas cláusulas".

<sup>174</sup> Mezquita (El derecho real de superficie... Cit. Pag. 760) matiza que la consolidación anticipada en virtud de negocio jurídico inter vivos o mortis causa, en favor del dueño del terreno es una causa extintiva, al igual que la confusión en la persona del superficiario.

En efecto, el art. 173 apartado 4º dispuso que:

"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".

Artículo que continúa intacto tras la reforma de 1992, y que se encuentra en el apartado 5º del art. 289 de la Ley del Suelo.

¿Cuales fueron las razones que impulsaron en su momento al legislador a su establecimiento, y que hoy continúan vigentes? Considero que se trata de salvaguardar tanto los intereses de la persona sobre la que se consolida la propiedad del suelo y los de la persona que ostenta el derecho de superficie, como también impedir la ampliación o disminución de los derechos de los terceros. De este modo, cualquier tercero que tenga un derecho únicamente sobre la propiedad superficiaria, continuará teniéndolo sobre el edificio tras la consolidación, sin poder extenderse al suelo.<sup>175</sup> Aunque también puede ocurrir que la confusión surja cuando no exista todavía propiedad superficiaria, lo que significa que el dominus adquirirá el ius aedificandi otra vez.

En la Ley 429 de la Compilación Foral de Navarra se establece también la confusión como causa extintiva del derecho de superficie. Así, se dispone que:

"si se reunieran en un mismo titular la propiedad del suelo y uno de estos derechos especiales sobre el mismo, los derechos reales que afecten a una y otros continuarán gravándolos separadamente".

---

<sup>175</sup> La doctrina italiana (Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 621 y Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 63) mantiene que los derechos reales impuestos por el superficiario sobre la construcción e inscritos con anterioridad al acto que produce la consolidación, conservan pleno valor.

En cuanto a los derechos constituidos sobre el suelo, aunque sólo existirán en raras ocasiones debido a que la construcción absorbe prácticamente la utilidad del terreno, si la confusión se produce en la persona del dominus soli, tales derechos se extenderán a la construcción. En caso contrario, si la confusión se produce en la persona del superficiario, quien adquiere la propiedad del suelo a título particular, los derechos de los terceros no serán oponibles al superficiario.

Se trata de una transcripción casi literal del precepto comentado anteriormente de la Ley del Suelo de 1976 (art. 173-4º L.S.). Su fundamento se encuentra en mantener únicamente los derechos reales ceñidos al objeto concreto sobre el que se constituyeron, sin que dicho gravamen se extienda.<sup>176</sup>

Por lo que respecta al Derecho Comparado, en el ordenamiento portugués también se hace referencia a esta causa de extinción, señalándose en el art. 1536 la "reunión en la misma persona del derecho de superficie y del derecho de propiedad" pero sin disponer nada con carácter especial respecto a las cargas de los terceros en relación con esta causa de extinción.<sup>177</sup>

Otra causa de extinción de los derechos reales es la **renuncia**, que puede ser contemplada tanto desde el punto de vista del titular del derecho real (superficiario) como del titular del gravamen (*concedente o dominus soli*).

No obstante, en relación con el derecho objeto de estudio hay ciertas cuestiones a tener en cuenta. En principio, para que la renuncia se produzca es necesario que el renunciante tenga pleno poder de disposición de los bienes, y que con ella no perjudique a terceros. El superficiario, como dueño de la propiedad superficiaria, puede libremente desposeerse de la misma, dando con ello por extinguido su derecho de dominio sobre la construcción. De esta afirmación se desprende que los requisitos necesarios en la renuncia del superficiario son la voluntad de renunciar a la propiedad de la cosa, y la conducta concluyente de abandono del dominio sobre la misma. Pero, ¿y si todavía no se ha construido? En este

---

<sup>176</sup> Salinas Quijada: Derecho Civil de Navarra... Cit. Pag 34.

<sup>177</sup> Art. 1536-1º apartado d) Código Civil portugués:

"O direito de superfície extingue-se:

d).- Pela reuniao na mesma pessoa do direito de superfície e do direito de propriedade."

caso, el superficiario puede igualmente renunciar a su derecho de forma directa mediante un acto expreso, o simplemente dejando pasar el plazo obligatorio de construcción, de forma que el derecho caducaría.<sup>178</sup>

De todo esto se deduce que la justificación de la renuncia es distinta según se trate del derecho de superficie sobre el suelo ajeno con facultad de construir, que del derecho de superficie sobre edificación preexistente. En el primer caso, si no se ha iniciado el ejercicio de la facultad de construir, la propiedad del terreno se vuelve plena, es decir vuelve a comprender el *ius aedificandi*. En el segundo supuesto, vuelven a reestablecerse las reglas de la accesión de forma que la propiedad de la construcción pasa a manos del dueño del suelo.

Por lo que respecta a la falta de consagración legal de esta causa extintiva, hay que señalar que frente al silencio del legislador urbanista, considero que en nuestro ordenamiento tiene perfecta cábida, aunque hay quien niega tal posibilidad. Así, Miquel Calatayud,<sup>179</sup> no admite el abandono de la propiedad superficiaria cuando ésta ha nacido ya. Argumenta la imposibilidad de renuncia cuando existe un contrato generador del derecho de superficie con su pertinente obligación, pues ello significaría el incumplimiento de un contrato, dejándolo al arbitrio de una de las partes, en contra de lo que dispone el art. 1.256 del Código Civil.<sup>180</sup>

---

<sup>178</sup> En la modalidad urbanística, cuya inscripción es de carácter constitutiva, sería conveniente establecer la obligación de que la renuncia se hiciera de forma escrita, y se inscribiera en el Registro de la Propiedad a efectos de publicidad a terceros.

<sup>179</sup> Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 616.

<sup>180</sup> Crítica que no considero acertada porque una cosa es el abandono o renuncia de la propiedad superficiaria, y otra cosa es el incumplimiento del contrato. La primera es la causa de extinción del derecho y el incumplimiento del negocio jurídico es el resultado de aquella. Los resultados son los mismos que en otras causas de extinción pues para que la renuncia se produzca es necesario que el renunciante tenga pleno poder de disposición de

Y ¿qué ocurre con los derechos constituidos por el superficiario sobre la propiedad superficiaria antes de la renuncia? Para que pueda ser válida la renuncia del superficiario es condición sine qua non que no suponga un perjuicio para terceros. De manera que si éstos existen sólo será válida la renuncia, si el dominus soli no se opone a los mismos, puesto que la propiedad superficiaria pasará a ser de su propiedad.<sup>181</sup> El fundamento de esta conclusión reside en que los derechos de los terceros nacen con un límite temporal, que es el máximo fijado para el superficiario y no sería justo la desaparición de los mismos por la renuncia del derecho del superficiario.

Acerca de la renuncia o abandono del propietario del suelo sobre éste, hay que señalar que no supone la extinción del derecho de superficie, pues no da lugar a la consolidación de los dominios en la figura del superficiario.<sup>182</sup>

A continuación vamos a recoger muy brevemente, y siendo conscientes de su simplicidad, algunas de la causas de extinción del derecho de superficie, en las cuales nos

---

los bienes y el derecho de superficie se encuentra materializado por la construcción superficiaria.

Pero y ¿qué tiene el superficiario desde la constitución de su derecho hasta la materialización del mismo? Una expectativa de propiedad temporal y un derecho a edificar, ¿pueden ser ambas renunciables?. Entiendo que si, por que como hemos dejado claro desde un principio la renuncia es libre en cualquier momento siempre que no perjudique con ello al interés de terceros. Además de que el derecho de superficie ha ingresado en su patrimonio y tanto si se ha materializado como si no, puede disponer de él y consiguientemente renunciar también a él.

<sup>181</sup> Según Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag 64 y ss) en el derecho italiano son oponibles al dominus soli si tales derechos estaban inscritos con anterioridad a la renuncia y que los derechos que gravan al suelo se extienden a la construcción, cuando así resulte del título convenido por las partes.

<sup>182</sup> No debemos olvidar que si el derecho de superficie surge por la derogación expresa del principio superficie solo cedit, realizado por el concedente *en favor unicamente del superficiario*, y no por la renuncia del concedente del derecho en favor de cualquier sujeto para que pueda edificar en su fundo.

es imposible detenernos, pero que consideramos necesario al menos aludir en este momento, para que sirvan de recordatorio a problemas que posteriormente trataremos, además de para dejar constancia de su estudio por la regulación extranjera a diferencia de lo que ocurre en nuestro ordenamiento.

La **condición resolutoria** es otra causa de extinción del derecho de superficie.<sup>183</sup> Es posible, que en el título constitutivo del derecho de superficie, se pacte que el incumplimiento de alguna de las obligaciones fundamentales del superficiario dé lugar a la extinción del derecho,<sup>184</sup> y así se recoge en el Derecho italiano<sup>185</sup> y portugués.<sup>186</sup>

¿Cómo juega esta causa de extinción? Si se ha procedido a la edificación de la propiedad superficiaria pasará a ser propiedad del dominus soli por accesión.<sup>187</sup>

---

<sup>183</sup> Hay que diferenciar esta causa extintiva, relativa al cumplimiento de la condición resolutoria establecida por las partes en el título constitutivo, de la resolución de éste por infracción de los deberes del titular del derecho que estudiamos anteriormente referentes al plazo y modo de la edificación

<sup>184</sup> Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 63) señala que es procedente tal causa de extinción siempre que con el cumplimiento de la condición resolutoria no se consiga un resultado equivalente al comiso ya que el art. 16 del Reglamento Hipotecario lo prohíbe expresamente. Vid. el epígrafe "Requisitos del asiento de inscripción".

<sup>185</sup> La doctrina italiana (Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 62, Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 619 y 620, y Cendon: Superficie... Cit. 273) señala que una vez cumplida la condición resolutoria pactada por ambas partes los efectos se retrotraen al momento de conclusión del contrato de forma que se tiene como si nunca se hubiese constituido. Los efectos se producen ex tunc.

<sup>186</sup> En el Derecho portugués, se establece la posibilidad de extinción del derecho de superficie cuando en el título constitutivo se estipule la verificación de la condición resolutoria.

Art. 1536-2º Código Civil: " 2.- No título constitutivo pode também estipularse a extinção do direito de superfície em consequência da destruição da obra ou das árvores, ou da verificação de qualquer condição resolutiva".

<sup>187</sup> Aunque en la escasa regulación que se ha hecho de la figura en nuestro ordenamiento no se ha recogido esta causa de extinción, suele ser frecuentemente pactada por las partes, tal y como exponemos en los ejemplos del Cap. V.

En nuestro Derecho frente a la regulación del Derecho Comparado y siguiendo el art. 289-5º, tras la accesión de la propiedad superficiaria a manos del dominus soli, las cargas que recayeren sobre ambas propiedades seguirán gravándolas separadamente. En el Derecho italiano, debido a los efectos ex tunc que produce esta causa extintiva, decaerán los derechos reales impuestos por el superficiario automáticamente, mientras que aquellos que gravan el suelo se extenderán al edificio.

Aunque nuestra doctrina no ha recogido expresamente la **prescripción** como una causa extintiva del derecho de superficie, tanto la doctrina italiana como la francesa la admiten como tal. La razón es que en nuestro derecho existe la obligación de construir la propiedad superficiaria en el plazo determinado por la ley.

En la doctrina italiana,<sup>188</sup> se considera que siendo el derecho de superficie un derecho de goce, el derecho de hacer la construcción o reconstrucción, se extingue por prescripción consiguiente al no uso por veinte años. Sin embargo, en el supuesto que el derecho de superficie recaiga sobre una construcción ya existente, la propiedad es imprescriptible, salvo los efectos de la usucapión. Así, el derecho de construir que el propietario del suelo concede a otro, se extingue cuando el titular de la concesión no construya dentro de los veinte años.<sup>189</sup> En el supuesto en que el derecho de construir haya sido enajenado a diversas personas y ninguna de ellas lo hubiese ejercitado se debe computar el tiempo durante el cual no ha sido ejercitado por ningún titular.

---

<sup>188</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 617 y ss, Cendon: Superficie... Cit. Pag 271 y ss. Además de que el último apartado del art. 954 del Codice Civile prevé que "Il diritto di fare la costruzione su suolo altrui si estingue per prescrizione per effetto del non uso protratto per venti anni".

<sup>189</sup> El momento desde el cual comienza a transcurrir el término o plazo de la prescripción es aquel desde el cual puede darse comienzo a la construcción prevista en la concesión ad aedificandum, o cuando se produce la destrucción o la demolición de la construcción.

La doctrina francesa ha señalado únicamente la prescripción o no uso en relación con el derecho de superficie cuando es objeto de una venta, al considerarlo como un derecho de propiedad perpetuo no susceptible de extinguirse por no uso, pero no cuando nace dentro de las reglas de un arrendamiento con facultad de construir. Así, Saint-Alary,<sup>190</sup> señala que es criticable desde el punto de vista jurídico la no extinción del derecho de superficie por no uso. Y ello porque es dudoso que el superficiario sea titular de un derecho real, mientras que no surja la construcción, y que los derechos personales, al contrario del derecho de propiedad, prescriben.

La **expropiación** forzosa, es otra causa extintiva. Puede ser total (expropiación de la Entidad pública del suelo y del edificio) o parcial (expropiación únicamente del edificio por ser la Entidad Pública la propietaria del suelo).

En relación con el derecho de superficie la doctrina se pregunta a quién debe corresponder el justiprecio otorgado por la expropiación si al superficiario o al dominus soli. Se han señalado diferentes criterios como argumentos lógicos para su concesión a una u otra parte. Entre otros el valor del suelo y del edificio en el momento de la expropiación<sup>191</sup>, la duración de la relación superficiaria y el tiempo que resta por cumplir para la expiración del plazo, los pactos existentes sobre reversión de lo edificado con o sin indemnización al superficiario, y, en último lugar, si el superficiario pagaba o no un canon periódico por el goce del suelo o se ha entregado alguna cantidad; o únicamente consistía en la adquisición del edificio por el dominus tras el transcurso del plazo pactado.<sup>192</sup>

---

<sup>190</sup> Saint-Alary: Superficie... Cit. Pag. 3.

<sup>191</sup> Señalado por Roca (Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 62)

<sup>192</sup> Todos estos criterios han sido expuestos por Guilarte. (Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 274)

De todos estos argumentos el más equitativo resulta ser, a nuestro juicio, el de la distribución entre superficiario y concedente de la proporción del respectivo valor que el derecho que cada uno tuviere al tiempo de la expropiación.

Guilarte<sup>193</sup> afirma que la proporción en que se debe repartir el precio se señalaba en el art. 161-2º de la Ley del Suelo de 1956, que establecía que "en defecto de pacto el superficiario tendrá derecho a una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma". No obstante considero que este artículo no se refería a la expropiación sino al abono de la indemnización al superficiario tras la extinción del derecho de superficie, y que ha desaparecido en las Leyes del Suelo posteriores. Pero si las partes lo pactasen, podría aplicarse tal criterio.

Frente al silencio que se mantiene en nuestro ordenamiento, en el ámbito del Derecho Comparado, el ordenamiento portugués se muestra en este punto innovador, al señalar expresamente como una causa de extinción del derecho de superficie la expropiación por utilidad pública.<sup>194</sup> También establece la obligación de "indemnizar a ambos titulares en el valor de sus respectivos derechos".<sup>195</sup>

Pero ¿qué efectos produce esta causa de extinción? La reunión en manos de un tercero, que además debe ser la Administración pública, de la propiedad del suelo y la propiedad superficiaria.

Por lo que respecta a los derechos de sobreedificación y subedificación superficia-

---

<sup>193</sup> Guilarte: El Derecho de superficie...Cit. Pag. 280.

<sup>194</sup> Art. 1536-1º apartado f) del Código Civil portugués:  
"O direito de superfície extingue-se: f).- Pela expropriação por utilidade pública."

<sup>195</sup> Art. 1542 Código Civil portugués:  
"Extinguído-se o direito de superfície em consequência de expropriação por utilidade pública, cabe a cada um dos titulares a parte da indemnização que corresponder ao valor do respectivo direito."

rios, la expropiación de la finca supone igualmente la extinción de los mismos. Solamente hay que destacar que el titular de tales derechos deberán ser tenido en cuenta también a la hora de ser indemnizado, en proporción tanto al valor de su derecho como al valor de la propiedad del inmueble en el momento de la expropiación.

### **3.- Efectos derivados de la extinción<sup>196</sup>**

#### **A.- Reversión**

El efecto más importante es la atribución de lo edificado al propietario del suelo, también denominado REVERSION. Es una consecuencia directa de la naturaleza del derecho de superficie (que no admite pacto en contrario) en cualquiera de sus modalidades, y sobre todo, en la urbanística cuyo carácter es esencial e imperativamente temporal. Su fundamento se encuentra en la vigencia del principio de accesión, de ahí que a la extinción del derecho por cualquier causa, el propietario del suelo haga suya la propiedad de lo construido ipso iure.

La reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente se reconoció expresamente en el art. 161-2º de la Ley del Suelo de 1956, introduciéndose la posibilidad de reversión parcial en el art. 16-1º letra B) del Reglamento Hipotecario. La diferencia existente entre la regulación de 1956 y la de 1976, reside en que en la primera Ley urbanística se señalaba en términos amplios que cuando se extinguiese el derecho de superficie, el dueño del suelo adquiriría la propiedad de la edificación; mientras que en la segunda, sólo se señalaba el supuesto de reversión cuando la causa de extinción fuera el transcurso del plazo (art. 173-2º). Estos términos no han variado en la actual ley de 1992. Una vez extinguido el derecho el efecto inmediato es la adquisición del cedente de la

---

<sup>196</sup> En este apartado vamos a referirnos a los efectos, pero únicamente haciendo un breve planteamiento, pues al ser origen de multitud de problemas, estos van a ser ampliamente desarrollados en la última parte del presente trabajo.

propiedad superficiaria de forma automática, sin que sea necesario esperar a la entrega del superficiario de la construcción, es decir sin la traditio como expresamente señala Rodríguez García.<sup>197</sup>

Igual ocurre en el Derecho francés en relación con el arrendamiento para construir.<sup>198</sup> No obstante, la doctrina distingue en la forma de producirse la reversión, según se trate de construcciones edificadas o de construcciones existentes. En el primer caso, el inquilino ha construido sobre suelo ajeno, y por consiguiente, la propiedad de las construcciones deviene en manos del arrendador tras la extinción del contrato por el juego de la accesión. Por lo que concierne a las construcciones existentes,<sup>199</sup> la situación es diferente. A través de una estipulación del contrato de arrendamiento se establece que durante el mismo, el inquilino se convertirá en propietario de la construcción. Estipulación que entraña una primera mutación que estará seguida de una segunda en sentido inverso a la extinción del arrendamiento.<sup>200</sup>

También es posible, en este ordenamiento, la existencia de distintos acuerdos como, por ejemplo, que tras la finalización del arrendamiento no se produzca la reversión, es

---

<sup>197</sup> Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico... Cit. Pag. 2959.

<sup>198</sup> Art. 251-2 Code de la construction et de la habitation.

"Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les construction édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations".

<sup>199</sup> En relación con la propiedad de las construcciones existentes, Marty señala que no es posible que el arrendador mantenga la propiedad de las mismas, sino que el legislador ha introducido un derecho de superficie temporal según una formula habitual en el arrendamiento con dominio reversible (bail à domaine congéable). Marty: La dissociation juridique de l'immuable... Cit. Pag. 250

<sup>200</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7

decir, se admite la validez de todo pacto contrario a dicho principio.<sup>201</sup> Así es posible, al contrario que lo establecido en la disposición legal y en base al acuerdo adoptado por las partes, que a la expiración del contrato no solamente las construcciones permanezcan en propiedad del inquilino, sino que además éste adquiriera la propiedad del terreno. Lo que supone que dicha estipulación transforma la calificación de este contrato de arrendamiento al prever que a su término el inquilino adquirirá la propiedad de las construcciones y del terreno sobre el que se alzan. Otra posición que puede adoptarse, es que el arrendador e inquilino decidan que a la expiración del arrendamiento, el terreno y las construcciones serán adquiridas en régimen de copropiedad.<sup>202</sup>

B.- Existencia o no de la indemnización tras la reversión.

Otro de los efectos que produce la extinción del derecho de superficie, es la existencia o no de obligación por parte del concedente de pagar una INDEMNIZACION al superficiario por el valor de la construcción.

La duda sobre la existencia de este efecto se produjo como consecuencia de las reformas de las leyes urbanísticas. En el art. 161-2º último inciso de la Ley de 1956, se establecía que "en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción". Efecto que se producía en la mayor parte de los casos tras las extinción del derecho: expiración del plazo, mutuo disenso, condición resolutoria pactada, y en el supuesto de resolución del título constitutivo por el incumplimiento de la obligación

---

<sup>201</sup> Art. 251-2 Code de la construction et de l'habitation: "Les parties conviennent de leurs droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les construction modifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations". En base al art. 251-8 no estamos ante una disposición de orden público por lo que se admite el pacto en contrario. Art. 251-8 Code de la construction...: "Les dispositions des troisième et quatrième alinéas de l'article L.251-3, ainsi que celles de l'avant-dernier alinéa, de l'article L.251-5 sont d'ordre public".

<sup>202</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7.

de construir en el plazo pactado. De esta forma y siguiendo la normativa establecida, tras la reversión de la propiedad superficiaria el dueño del suelo estaba obligado a indemnizar al superficiario por el valor de la construcción, formando parte esta obligación del contenido mismo del derecho. Sin embargo, al no ser una norma de ius cogens, como señalaba el precepto, podía pactarse lo contrario. Criterio de inexistencia de indemnización que se mantendrá posteriormente en las leyes de 1976 y 1992.<sup>203</sup>

La introducción de este precepto supone un cambio radical en la obligación del concedente del derecho. Pero, ¿es posible que las partes pacten lo contrario, es decir, el derecho de indemnización al superficiario tras la reversión de su propiedad superficiaria? Al no ser la norma contenida en el art. 173-2º de ius cogens, es posible admitir el pacto por el que el dueño del suelo se obliga a indemnizar al superficiario tras la reversión. Sin embargo el cambio nos lleva a preguntarnos acerca de ¿cuáles han sido las razones de la reforma? y ¿qué finalidad pretendía el legislador? La única respuesta posible es la consideración por parte del legislador de la existencia de un equilibrio entre las partes sin necesidad de indemnización alguna en favor del superficiario. Cuestión diferente es que las partes lo pacten expresamente.

Y, ¿cuál es el panorama en el Derecho Comparado? En el Derecho francés, y en relación con el arrendamiento para construir, no se precisa en el art. 251-2 si el arrendador debe o no indemnizar al inquilino. Sin embargo, no se prevé como regla general ninguna carga de indemnización sobre el arrendador.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Art. 173-2º Ley del Suelo de 1976: "Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado sin que deba satisfacer indemnización alguna, cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiese constituido aquel derecho." Precepto que en la actual reforma de 1992 de la Ley del Suelo pasa a forma parte del contenido del art. 289- 3º.

<sup>204</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7

Frente a ello, en el Derecho portugués existe esta obligación, incluso desde la Ley urbanística de 1948, donde se establecía que "el superficiario tiene asegurado el derecho a ser indemnizado en las condiciones pactadas, cuando al término del derecho de superficie la propiedad del edificio pase al propietario del suelo".<sup>205</sup> En el Código civil actual, y para la modalidad urbana, también se contempla la indemnización del superficiario como un derecho de éste, pero sólo cuando se extinga el derecho por el transcurso del plazo. No obstante en el título constitutivo puede pactarse la inexistencia de indemnización.<sup>206</sup>

C.- Derechos reales y personales de los terceros constituidos por el superficiario.

En relación con los DERECHOS REALES CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO debemos distinguir entre:

- aquellos derechos transferidos por el superficiario antes de realizar la construcción como, por ejemplo: el derecho de construir transferido a otro sujeto distinto del primer superficiario; el derecho de sobreedificar la construcción que llevará a cabo el superficiario y la hipoteca constituida sobre el derecho de construir.<sup>207</sup>

- de aquellos que recaén sobre la construcción ya existente como, por ejemplo, el

---

<sup>205</sup> Ley 2030 de 6 de junio de 1948. Art. 24-1º: "Ao superficiário sao assegurados: b) O direito de ser indemnizado, nas condições convencionadas, quando, no termo do direito de superfície, a propriedade do edificio passar para o proprietário do solo ou quando se der a reversão nos termos do nº 2 do artigo 27".

<sup>206</sup> Artigo 1538 Código Civil: "Extinção pelo decurso do prazo: 2º Salvo estipulação em contrário, o superficiário tem, nesse caso, direito a uma indemnização, calculada segundo as regras do enriquecimento sem causa."

<sup>207</sup> La hipoteca constituida por el superficiario puede recaer sobre el derecho a construir o sobre la propiedad superficiaria.

Si la hipoteca recaé sobre el derecho a construir y la edificación se realiza, para que el gravamen se extienda a aquella deberá haberse pactado expresamente en la escritura de hipoteca.

Si así se pacta, y el acreedor hipotecario ejecuta la garantía antes de realizarse la edificación planeada, el titular del derecho real, el superficiario, tendrá que cumplir con la obligación de realizarla de acuerdo "al plazo y modo previstos".

derecho de propiedad sobre la construcción con el correlativo derecho de mantenerla sobre el suelo ajeno; el derecho de sobreedificar sobre la construcción ya completa y preexistente; la propiedad de las nuevas plantas construidas sobre la construcción preexistente que pertenecía al superficiario y el derecho de mantenerlas sobre ésta e indirectamente sobre el suelo; la hipoteca sobre la construcción; el usufructo; el uso; la habitación que gravan parte de la construcción y la servidumbre a cargo de la construcción.

Una vez expuesto los posibles derechos susceptibles de cesión a un tercero debemos estudiar la evolución legislativa de esta cuestión. En el art. 161-3º de la Ley del Suelo de 1956, se determinaba que:

"la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, pero si el superficiario tuviere derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los de garantía".

El matiz fundamental de este precepto se encontraba en que sólo se refiere a la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo pactado. Lo cual parece significar, que en las otras causas extintivas de la figura, los derechos reales podrían seguir gravando separadamente la superficie.<sup>208</sup> De esta forma los efectos serán distintos según la causa que origine la extinción del derecho. Opinión que encuentra su apoyo en el apartado 4º de dicho art. 161, que señalaba para el caso de confusión de derechos, que:

"si se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeran sobre uno y otro continuarán gravándolos separadamente".

Con la Ley del Suelo de 1976 no se solucionó este problema, pues el art. 173 apartado 3º únicamente se limitó a redactar del mismo modo el precepto anteriormente

---

<sup>208</sup> En el mismo sentido, pero no para los que gravan el suelo, la regulación legal italiana: Art. 954 párrafo 1º del Codice Civile: "L'estinzione del diritto di superficie per scadenza del termine importa l'estinzione dei diritti realli imposti dal superficiario. I diritti gravanti sul suolo si estendono alla costruzione, salvo, per le ipoteche, il disposto del primo comma dell'art. 2816".

comentado haciendo referencia a que:

"la extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales (pero añadiéndose éste término al que haremos referencia a continuación) impuestos por el superficiario".

Y en el apartado 4º se señala que:

"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".

Textos que se mantienen iguales en el art. 289- 4º y 5º de la Ley del Suelo de 1992.

A mi juicio la diferenciación entre las distintas causas de extinción puede explicarse en base a que los derechos reales creados por el superficiario nacen con una expectativa de vida temporal, que se supone finalizará cuando se extinga el derecho de superficie que los posibilita. Sin embargo, cuando se produce la confusión del derecho de superficie y de la propiedad del suelo, estos derechos que, como decimos, han nacido por un periodo temporal determinado, pueden continuar existiendo sin que se vea reducido o ampliado su contenido.

En el sistema italiano, el art. 954 del Codice Civile, dispone que la extinción del derecho de superficie por el transcurso del tiempo, supone la de los derechos reales constituidos por el superficiario.

En el Derecho francés también se establece que los privilegios e hipotecas consentidas por el inquilino se extinguen tras la resolución del contrato. (Art. 251-3 C. constr. et hab.). En el mismo sentido el art. 251-6º párrafo 2º aplica este principio disponiendo que si el arrendamiento llega a su fin por resolución judicial o amistosa, los privilegios e hipotecas mencionadas en el apartado anterior e inscritas, según el caso, se resolverán o antes de la publicación de la demanda, o antes de la publicación del acto o del

convenio, no extinguiéndose en la fecha primitivamente convenida para la expiración del arrendamiento.<sup>209</sup> A juicio de Saint-Alary,<sup>210</sup> la razón de esta disposición se encuentra en que el legislador ha tratado de proteger a los acreedores hipotecarios o privilegiados que tienen cierta seguridad temporal, pero que su duración es igual a la inicialmente prevista para el arrendamiento.<sup>211</sup>

En el Código Civil portugués se establece que la extinción del derecho de superficie por el transcurso del plazo fijado, supone la extinción de los derechos de goce o de garantía constituidos por el superficiario en beneficio de tercero.<sup>212</sup> Por otro lado contiene un precepto que salvaguarda a los titulares de los derechos reales constituidos, es el que establece la permanencia de los mismos cuando se produzca la extinción del derecho de

---

<sup>209</sup> Art. 251-6 párrafo 2º C. constr. et hab.

"Si le bail prend fin par résiliation judiciaire ou amiable, les privilèges et hypothèques mentionnés au précédent alinéa et inscrits, suivant le cas, avant la publication de la demande en justice tendant à obtenir cette résiliation ou avant la publication de l'acte ou de la convention la constatant, ne s'éteignent qu'à la date primitivement convenue pour l'expiration du bail".

<sup>210</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 7

<sup>211</sup> Pero esta postura puede crear graves problemas en su aplicación. Y ello porque si el inquilino de un arrendamiento no reembolsa el préstamo hipotecario, el acreedor puede adjudicarse el bien hipotecado, llegando a convertirse en propietario del mismo por el tiempo restante, es decir por el periodo inicialmente previsto para el arrendamiento.

Es posible plantearse sí en este caso el contrato puede resolverse, y el arrendador puede llegar a convertirse en dueño de la construcción gravada. Parece ser que esta situación jamás se ha dado en la práctica jurisprudencial francesa y según Saint-Alary, no es posible que pueda resolverse por un acuerdo entre el arrendador y el adjudicatario sobre la conclusión del arrendamiento por el periodo que falte de transcurrir.

<sup>212</sup> Art. 1539-1º- Código Civil portugués:

"1º.- a extinção do direito de superfície pelo decurso do prazo fixado importa a extinção dos direitos reais de gozo ou de garantia constituídos pelo superficiário em benefício de terceiro".

superficie perpetuo, o el temporal antes del decurso de su plazo.<sup>213</sup>

La cuestión es diferente en relación con los DERECHOS PERSONALES CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO. La Ley del Suelo de 1956 no hacía referencia alguna a ellos como, por ejemplo, al derecho de arrendamiento. ¿Qué es lo que ocurría con estos derechos personales tras la extinción del derecho de superficie? ¿Continuaba existiendo el arrendamiento sobre la construcción superficiaria, tras la extinción del derecho y la reversión de aquella al concedente? La doctrina mantuvo diversas posturas para tratar de resolver el silencio normativo. Así Guilarte,<sup>214</sup> opinaba que los derechos personales, como el arrendamiento, se desenvolvían de manera normal mientras durase el derecho de superficie, surgiendo los problemas con la extinción de éste, pues la regla general establece "resoluto ius dantis resolvitur est ius accipientis".

Sin embargo, continuaba diciendo este autor, que siguiendo la Ley de Arrendamientos Urbanos y la Ley de Arrendamientos Rusticos,<sup>215</sup> esta regla no tenía aplicación. Así, en las fincas urbanas sometidas a la Ley especial, se aplicaría analógicamente la causa 12 del art. 114 en cuanto que establece que en los casos de extinción del usufructo, se resolverá el arrendamiento cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas por el usufructuario anterior fueren notoriamente gravosas para la propiedad. Y en el caso de que el arrendamiento estuviese sometido a la Ley común se aplicaría el art. 1.571 del Código Civil.

---

<sup>213</sup> Art. 1541 Código Civil: "Permanência dos direitos reais: Extinguindo-se o direito de superfície perpétuo, ou temporário antes do decurso do prazo, os direitos reais constituídos sobre a superfície ou sobre o solo continuam a noerar separadamente as duas parcelas, como se nao tivesse havido extinção, sem prejuízo da aplicação das disposições dos artigos anteriores logo que o prazo decorra."

<sup>214</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag. 293 y 294.

<sup>215</sup> Para el supuesto del derecho de superficie rustica.

De los Mozos,<sup>216</sup> entendía que no había que diferenciar el tratamiento de los derechos personales y reales, cómo así se estableció en la Reforma de la Ley del Suelo de 1976. Tras la cual, en principio, parecía que se iban a reducir los problemas, pues con un criterio generalizador el art. 173 apartado 3º señaló que la extinción del derecho de superficie por decurso del término provoca la extinción de toda clase de derechos reales y personales impuestos por el superficiario. Términos idénticos a los recogidos hoy por el art. 289- 4º de la Ley del Suelo de 1992.

Pero si el derecho de superficie se extingue por otra causa, como confusión o consolidación, (o las que afectan a cualquier derecho real: renuncia, mutuo acuerdo, condición resolutoria)... etc, las cargas que recayesen sobre uno u otro derecho, continuarán gravándolos separadamente, como así mismo señala el apartado siguiente.<sup>217</sup>

El ordenamiento jurídico italiano contiene una regla similar.<sup>218</sup> En el momento de extinción de la superficie por el transcurso del término, los contratos de arrendamiento cuyo objeto es la construcción, no cesan inmediatamente, sino que tienen por duración el año en curso en que se produce la extinción del derecho de superficie. Llegado este momento el arrendamiento cesa automáticamente sin necesidad de desahucio.<sup>219</sup> ¿Qué ocurre si el arrendamiento está sometido a prórroga legal? En ese caso el vínculo incide sobre el propietario del suelo, no operando la disposición que estamos viendo. Para que

---

<sup>216</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 342.

<sup>217</sup> Ley del Suelo de 1976: Art. 173-4º: "Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente."

<sup>218</sup> Art. 954-2 Codice Civile: "I contratti di locazione, che hanno per oggetto la costruzione, non durano se non per l'anno in corso alla scadenza del termine."

<sup>219</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 610, Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 57, Cendon: Superficie... Cit. Pag. 270.

el arrendamiento sea oponible al dueño del suelo, aquél debe resultar de acto público o escritura privada de fecha cierta anterior a la extinción del derecho de superficie, por aplicación analógica al supuesto del arrendamiento del usufructuario.

Examinada la distinta regulación del ordenamiento italiano y español, entendemos que la mejor solución es la adoptada por el nuestro, es decir, la extinción de todos los derechos personales impuestos por el superficiario, tras la extinción del derecho de superficie. Y ello porque así se evita la reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente con una carga como es el inquilino con "prórroga legal". No deberá permitirse en ningún momento que el superficiario pacte un derecho de arrendamiento con esta prórroga, en base siempre a que él mismo es un propietario "ad tempus".<sup>220</sup>

En conclusión, el superficiario solamente podrá constituir derechos de carácter real y personal durante la vigencia de su propiedad, salvo que las partes convengan lo contrario. Aunque como ya hemos señalado con anterioridad cuando se produce la extinción "anticipada" del derecho de superficie, y habiendo nacido estos derechos con una expectativa de vida determinada, estos continuarán existiendo sin que se vea reducido o ampliado su contenido, salvo que se hubiese pactado otra cosa.

D.- Derechos reales de los terceros constituidos por el dueño del suelo.

Por último debemos detenernos en el estudio de los **GRAVAMENES EXISTENTES SOBRE EL TERRENO.**

Tal y como ya señalamos cuando hacíamos referencia a los derechos del concedente sobre

---

<sup>220</sup> Y así precisamente lo ha entendido el legislador, en el actual Proyecto de Ley de Arrendamientos Urbanos, pues en el Capítulo segundo del Título II referido a los arrendamientos de viviendas, el artículo 9, que trata el tema de la duración del arrendamiento en casos especiales, establece que:

"Los **arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador**".

el suelo, éste puede gravarlo tanto con anterioridad a la constitución del derecho de superficie como con posterioridad. Vamos a estudiar los dos supuestos separadamente.

- Los derechos reales de garantía<sup>221</sup> que gravan el terreno con **anterioridad a la constitución del derecho de superficie**, tras su extinción, no se extenderán a la propiedad superficiaria, salvo que se haya pactado expresamente en la escritura de hipoteca su extensión. Y ello porque en principio el precepto legal señala que "continuarán gravándose separadamente", pero también hemos de añadir razones de lógica, pues no cabe que un derecho de hipoteca que recaé sobre el suelo, se extienda con posterioridad a la constitución y extinción del derecho de superficie, al ser de un contenido superior al que se pactó, por la existencia de una edificación. Esta cuestión puede resultar más compleja, si dicha hipoteca implica la afección real del ius aedificandi, -lo cual deberá determinarse expresamente. De esta manera, si se constituye con posterioridad el derecho de superficie, que en definitiva supone la transmisión de ese derecho a construir ya gravado al superficiario, se producirá una subrogación real de los nuevos pisos en la garantía hipotecaria tras la extinción del derecho, pues durante la vida del mismo el propietario es otra persona distinta al concedente.<sup>222</sup>

---

<sup>221</sup> Tal y como ya señalé cuando analizamos los derechos del concedente del derecho, entiendo que no es posible que sobre el suelo existan derechos de uso que puedan continuar vigentes cuando se pacte el derecho de superficie; y ello porque para la concesión del mismo, el dueño del suelo debe tener no sólo la propiedad sino también el goce de la superficie que es lo que se transmite en el derecho de superficie: el derecho de edificar y, por consiguiente, el goce del suelo sobre el que se alza la edificación. Sin embargo, no olvidemos que hay autores como Guilarte que mantiene la posibilidad de que existan derechos de uso anteriores al de superficie, compatibles con él, los cuales continuarán vigentes tras la constitución y posterior extinción de éste, salvo que se haya pactado lo contrario.

<sup>222</sup> Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pag. 289) señala que puede no haberse pactado tal extensión a las construcciones, de manera que éstas no caerán dentro del ámbito de la garantía, siéndole "indiferente cualquier tratamiento al acreedor hipotecario". Continúa señalando que "en síntesis, el problema debe ser resuelto si no existe perjuicio

La cuestión en Derecho Comparado es diferente. En la última parte del párrafo 1 del art. 954 del Codice Civile, se dispone que los derechos que gravan al suelo se extienden a la construcción,<sup>223</sup> salvo la cuestión de las hipotecas que sigue un régimen especial establecido en el art 2.816 del Codice Civile.<sup>224</sup> Tanto los derechos como la hipoteca a que se refiere el artículo son los constituidos por el dueño del suelo una vez pactado el derecho de superficie.<sup>225</sup> Además en relación con la hipoteca sobre el derecho de construir o sobre la construcción, hay que señalar que la doctrina italiana,<sup>226</sup> mantiene en el supuesto de reversión de la construcción superficiaria al dueño del suelo, si el superficiario tiene derecho a la indemnización cuantificada en el valor de aquella, la hipoteca se resuelve con la indemnización misma. Porque no se excluye que el derecho a la indemnización sea a su vez garantía de hipoteca, aunque también es posible que el crédito hipotecario no cubra los daños, o que éstos se limiten a la eventual diferencia entre el

---

que disminuya la garantía, en base de los arts. 110 y 112 de la L.H. es decir, sin que se extienda la hipoteca a las construcciones. Si por el contrario, se opera una disminución de la garantía, la solución debe ser, o estimar que el acreedor hipotecario puede ejercitar la acción de devastación o bien entender que el principio de accesión no queda ineficaz frente al acreedor hipotecario..”.

<sup>223</sup> Según la doctrina italiana (Pugliese: Superficie... Cit. pag. 611; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 56), el argumento se encuentra en que al revertir la propiedad superficiaria al dueño del suelo, se convierten suelo y edificación en una sola.

<sup>224</sup> Artículo que dispone que la hipoteca inscrita sobre el terreno no se extenderá a la superficie.

<sup>225</sup> La hipoteca constituida por el dueño del suelo con anterioridad al derecho, sigue los planteamientos del art. 2812 del Codice Civile que considera al superficiario como a cualquier tercero adquirente del suelo. Tal hipoteca si se extiende a la construcción dentro del art. 2811. En cambio el derecho de superficie constituido después de la inscripción de la hipoteca, no es oponible al acreedor hipotecario el cual se beneficia de la extensión de su garantía al extenderse a la construcción.

<sup>226</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag 610, Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 55 y Cendon: Superficie... Cit. Pag. 270.

importe de la indemnización y el valor de la construcción.

Por otro lado, frente al criterio mantenido en nuestro Derecho, en el Código Civil portugués se señala en términos generales que, si estos derechos reales son constituidos por el propietario sobre el suelo, se extienden a la construcción cuando transcurra el plazo por el que se constituyó el derecho.<sup>227</sup>

En el supuesto contrario, es decir si el concedente del derecho pacta su extensión a las construcciones, puede plantearse dos situaciones. Por un lado, que el vencimiento de la hipoteca sea posterior a la duración del derecho de superficie. En tal caso, no se produce ninguna disminución de la garantía hipotecaria.

Por otro lado, esa disminución sí se producirá, si pactada la hipoteca con el dueño del suelo éste concede el derecho de superficie, perteneciendo las edificaciones a personas distintas del deudor hipotecario. En tal supuesto, el acreedor hipotecario tiene dos soluciones, que han sido expuestos por Gullón:<sup>228</sup>

La primera consiste en considerar que frente al acreedor los actos dispositivos realizados por el concedente del derecho con posterioridad a su derecho de hipoteca no son eficaces, en base al vínculo de indisponibilidad que la hipoteca crea sobre el bien gravado. De manera que la derogación de las reglas de la accesión para la creación del derecho de superficie, no se da en relación con el acreedor hipotecario, considerándose la construcción desde la perspectiva del dueño del fondo, es decir como una mejora realizada sobre el suelo. Porque en caso contrario, como señala acertadamente Gullón, la renuncia de la

---

<sup>227</sup> Art. 1540 del Código Civil portugués: "Os direitos reais constituídos pelo proprietário sobre o solo estendem-se à obra e às árvores adquiridas nos termos do artigo 1538".

<sup>228</sup> Gullón Ballesteros: El contenido de la relación jurídica superficiaria... Cit. Pag. 247 y 248.

accesión sería hecha en perjuicio de tercero, es decir del acreedor hipotecario, que en base al art. 6-2 C.C. está privada de eficacia (aunque como Gullón escribe antes de la Reforma del Título Preliminar del Código, hace referencia al art. 4 del citado texto). Además hay que incidir en que al acreedor hipotecario nunca le perjudican los derechos reales que no estén inscritos con anterioridad a su derecho.

La otra solución aportada por Gullón, radica en que el acreedor puede utilizar la acción de devastación del art. 117 L.H., cuya causa se encuentra en la realización de un acto jurídico -el derecho de superficie- que disminuye materialmente la garantía de la hipoteca, y, por consiguiente, no cubre la responsabilidad total asegurada. En tal caso, el acreedor hipotecario puede solicitar que se declare vencido el crédito, o la administración judicial, la ampliación de la hipoteca a otros bienes del deudor, o cualquier otra medida que resulte oportuna.<sup>229</sup>

- Cuando el dominus soli, **después de haber concedido el derecho de superficie**, grava el terreno, es decir, únicamente su propiedad con una hipoteca u otro derecho real, al extinguirse el derecho de superficie por caducidad, o por otras causas, a mi juicio estos gravámenes tampoco tienen por qué extenderse a la propiedad superficiaria (ni en el supuesto de que la hipoteca se extinga con anterioridad o con posterioridad). El porqué radica en que hemos calificado a la propiedad superficiaria como propiedad separada, es

---

<sup>229</sup> Es interesante el estudio que sobre este punto realiza Gullón, al señalar la posibilidad de aplicar el art. 219 R.H. (referente a la constitución del arrendamiento sobre la finca con posterioridad al establecimiento de la hipoteca) al caso concreto del derecho de superficie, sobre todo si tiene la garantía un vencimiento anterior al derecho de superficie. Por ello continúa, que la capitalización exigida por el art. 219 es factible cuando la contraprestación del superficiario se ha pactado en forma de canon periódico, o de reversión gratuita de la propiedad superficiaria al dueño del suelo. Pero si se ha pactado de forma gratuita, o la contraprestación consiste en una cantidad alzada que el concedente-deudor ya percibió, en tal caso si que se puede presumir que se realizó con el fin de producir una disminución en la garantía.

decir distinta del suelo. De manera que a la extinción del derecho de superficie cuando la propiedad del edificio revierta al concedente del derecho, ésta lo hará libre de cargas y, a su vez, no se la podrán imponer las cargas que tengan el suelo, porque estos se han impuesto únicamente sobre la propiedad separada del suelo (siendo indiferente el conocimiento de la existencia del derecho de superficie) y, por consiguiente, de la propiedad superficiaria.<sup>230</sup>

---

<sup>230</sup> Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 66) mantiene el criterio contrario de extensión de cargas y gravámenes a la propiedad superficiaria tras la extinción del derecho por caducidad y su reversión. Pero si ésta se produce por otras causas, en base a lo establecido en la Ley del Suelo, tanto la hipoteca como los derechos reales continuarán gravando separadamente cada derecho.

## CAPITULO QUINTO

### ALGUNAS CUESTIONES PARTICULARES DE LA CONCESION

#### DEL DERECHO DE SUPERFICIE

**I.- TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE.** 1.-Planteamiento del problema: derecho temporal o derecho perpetuo. A.- Fundamento de la temporalidad en nuestro ordenamiento jurídico. B.- Situación en el Derecho Comparado. C.- Conclusiones. 2.- Plazos de duración del derecho A.- Introducción. B.- Regulación legal: Diversidad de plazos y fundamentación de los mismos. C.- Situación en el Derecho Comparado. D.- Naturaleza de los plazos. 3.- Estudio de la validez del pacto de prórroga del plazo. A.- Planteamiento de la cuestión. B.- Situación en el Derecho Comparado.

**II.-REVERSION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA.** 1.- Fundamento de la reversión. A.- Regulación legal, posiciones doctrinales y jurisprudenciales. B.- Posición del Derecho Comparado. 2.- Existencia del pacto de adquisición del suelo por el superficiario. 3.- Reversión parcial. 4.- Pacto de conversión del derecho de superficie en arrendamiento.

**III.- ONEROSIDAD O GRATUIDAD EN EL DERECHO DE SUPERFICIE** 1.- Introducción. 2.- Objeto de la contraprestación en el Derecho español. Exposición y comparación con la situación en Derecho Comparado. A.- Constitución a título oneroso. B.- Cuestiones relacionadas con la contraprestación. a.- Naturaleza de la obligación de pagar el canon. b.- Transmisibilidad de la obligación de pagar el canon. c.- Falta de pago de los cánones vencidos. Efectos. C.- Reversión gratuita de la propiedad superficiaria. D.- Forma de la contraprestación en Derecho Comparado E.- Constitución a título gratuito. 3.- Supresión de la obligación de indemnización.

**IV.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL SUPERFICIARIO Y LIMITACIONES A LA MISMA.** 1.-Facultad de disposición. A.- Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial. B.- Situación en el Derecho Comparado. 3.- Ambito de la facultad de disposición. A.- Constitución de derechos reales de goce. B.- Constitución de derechos reales de garantía. 4.- Limitaciones a la facultad de disponer y gravar. A.- Clases. B.- Contenido, fundamento y efectos de las limitaciones. C.- Acceso de las limitaciones al Registro. Efectos. 5.- Derechos de tanteo y retracto. A.- Regulación legal. a.- Fundamento actual. b.- Situación en el Derecho Comparado.

## I.- TEMPORALIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE

### 1.- Planteamiento del problema: derecho temporal o derecho perpetuo.

Uno de los puntos de estudio esencial para llegar a conocer la configuración del derecho de superficie, radica en el carácter temporal o perpetuo que se le otorgue. De ahí que en torno a la duración del derecho de superficie existan una multitud de problemas que se verán aumentados, además, por la distinta consideración que se tenga de la figura.

La disyuntiva establecida puede originar la desmembración de la propiedad, si se considera como elemento esencial del derecho la perpetuidad; o simplemente, la creación de una propiedad temporal sobre fondo ajeno si le hemos otorgado una duración limitada.

En nuestro ordenamiento jurídico, -tanto en la Ley del Suelo como en el Reglamento Hipotecario- el legislador ha configurado la modalidad urbanística del derecho de superficie, como un derecho real de carácter temporal que origina una propiedad superficiaria separada.<sup>1</sup> En cuanto a la modalidad urbana, además de constituirse el derecho de superficie con carácter temporal, la cuestión a determinar radica en si es posible que las partes pacten su perpetuidad. En principio podría pensarse que la misma resulta innegable en base a la autonomía de la voluntad y a los preceptos existentes en el Código Civil, que la doctrina, aunque no nosotros, aplica a la institución para su regulación.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Nos estamos refiriendo tanto al derecho de superficie otorgado como derecho a edificar en fondo ajeno, como al derecho de superficie con edificación ya existente; es decir, que el edificio sea adquirido y gozado en derecho de superficie en virtud de la transmisión separada del dominio del suelo. En el mismo sentido lo entiende la doctrina italiana. (Quaranta y Preden: Superficie. Commentario teórico-práctico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino. Roma. 1972. Pag. 51; Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Propietta. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976. Pag 605; y Cendon: Superficie. Commentario al Codice Civile. Diretto da Paolo Cendon. Vol.III. Art. 810 - 1172. Utet. 1991. Pag. 268).

<sup>2</sup> No obstante, aunque no creemos que dicho artículo sea aplicable, es necesario señalar como al utilizar el Código Civil en su art. 1655 la expresión que "cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga, cuando sean por tiempo indefinido, se registrarán por las

A juicio de la doctrina es posible mantener el carácter perpetuo en la modalidad urbana por su parecido con los censos. No obstante, a nuestro juicio, tal consideración quiebra por la propia configuración que mantenemos del derecho de superficie como derecho real, autónomo, que tiene una naturaleza distinta de los censos.

Aún manteniendo la diferenciación de ambas instituciones, podríamos afirmar -al menos desde el punto de vista teórico- dicho carácter perpetuo, aunque desde el punto de vista práctico la cuestión como veremos seguidamente es más que dudosa.

No debemos olvidar que la modalidad urbana que surge como consecuencia de la autonomía de la voluntad de las partes no es ilimitada (1255 C.C.). El Código Civil en base a sus caracteres "de un liberalismo conservador y de un individualismo templado", mantiene que la autonomía de la voluntad encontraría como límite el espíritu latente en sus preceptos de ser contrario a la desmembración del derecho de propiedad, y, por consiguiente, de la constitución del derecho de superficie con carácter perpetuo pues se crearía un dominio del vuelo y otro del suelo.<sup>3</sup>

Creemos que dicha constitución tampoco será muy útil, ya que razones económicas hacen

---

disposiciones establecidas para el censo...", entendemos que el carácter **indefinido** significa, término impreciso o indeterminado, frente al concepto de **perpetuidad**, cuyo sentido implica una duración eterna o perenne.

Por otro lado, el art. 1608, relativo a los censos, utiliza ambos términos, aunque no debemos olvidar la actual regulación de los censos en Cataluña, donde el legislador está pensando en la redención de los mismos.

<sup>3</sup> Además la desmembración puede producirse con la utilización de otras figuras jurídicas. El ejemplo más claro de desmembración de dos dominios es la enfiteusis, cuya nota característica es la perpetuidad. Sin embargo, debido a la economía "cambiante e imprevisible incluso a medio plazo, como es la que nosotros vivimos, tal perpetuidad se hace muy difícil". Posibilitándose que el censatario redima el censo a su voluntad aunque se haya pactado su perpetuidad. Díez Picazo y Gullón: Sistema de Derecho Civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 6ª ed. Tecnos. Madrid. 1990. Es el espíritu existente también en la Ley de censos de Cataluña de 1990, que ya se recogía en la de 1945. Redimibilidad que posibilita una regulación menos gravosa para el censatario.

que la misma no resulte interesante, sobre todo para el concedente, pues evidentemente las partes buscarán un equilibrio entre sus intereses.<sup>4</sup>

Sin olvidar que el legislador urbanista, con buen criterio a nuestro juicio, señala el carácter temporal de la institución para su modalidad con plazos amplios. Y extralimitándose de su misión, fija el plazo de 99 años para la constitución del derecho de superficie por los particulares, argumento que unido a los anteriores nos dan la pauta para pensar que desde el punto de vista práctico la figura tendrá siempre un carácter temporal también en la modalidad urbana común.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo también ha recogido el criterio de la temporalidad de la institución, que generalmente es el adoptado por las partes, -pues se había pactado en los supuestos de hecho- como así se ha señalado en sentencias de **13 de febrero de 1942**,<sup>5</sup> **14 de mayo de 1987**,<sup>6</sup> y **6 de octubre de 1987**.<sup>7</sup>

En definitiva podemos concluir que el derecho de superficie se pactará generalmente

---

<sup>4</sup> No hace falta más que ver la escasa utilización de la figura objeto de estudio en nuestro país, hasta hace relativamente pocos años. Hoy no podemos olvidar que es precisamente la Administración pública, y principalmente los Municipios, los que más están haciendo uso de la misma, aunque los particulares que constituyen el derecho, pactan plazos determinados, huyendo del carácter indefinido o de la perpetuidad.

<sup>5</sup> **STS de 13 de febrero de 1942** (Rep. Aran 424). En ella se reconoce la existencia de un derecho de superficie, donde la dueña del suelo cedía al superficiario un solar por un plazo de 99 años, contrayendo el mismo determinadas obligaciones entre las que se encuentran: la de pagar un canon anual, el deber de construir un edificio, la reversión del mismo sin indemnización al expirar el plazo aludido de 99 años, el atender a los gastos de conservación y aseguramiento del edificio, el pago de contribuciones e impuestos recayentes sobre el mismo...

<sup>6</sup> **STS de 14 de mayo de 1987** (Rep. Aran. 3603). Se hace referencia a la constitución de un "derecho temporal de superficie".

<sup>7</sup> **STS de 6 de octubre de 1987** (Rep. Aran. 6720). Donde se concreta la temporalidad del derecho de superficie concedido a favor de la Sociedad recurrente por término de 17 años que vencían conforme a lo pactado el 31 de diciembre de 1981.

con carácter temporal, no sólo en la modalidad urbanística sino también en la modalidad urbana, en base al espíritu contrario del Código Civil a la desmembración de los dominios, además de por las razones económicas contrarias a la perpetuidad. Lo que no significa que no pueda constituirse perpetuamente.

A.- Fundamento de la temporalidad en nuestro ordenamiento jurídico.

La pregunta que cabe hacerse a continuación radica en determinar el fundamento de la limitación temporal, impuesta por las leyes urbanísticas actuales, y, que además, constituye el criterio adoptado generalmente por los particulares.

En el supuesto de que las leyes urbanísticas y el Reglamento Hipotecario, no hubiesen fijado plazo de duración alguno, tal vez no se hubiera pensado en su constitución a perpetuidad y ello principalmente por las razones que hemos expuesto de desmembración de los dominios, y, sobre todo económicas.

Al señalar las normas citadas plazos de duración determinados, entendemos que principalmente al legislador no le interesa dicha desmembración y ello no sólo porque la utilidad de la institución se basa en el fomento de la construcción sobre suelo integrante del Patrimonio Municipal, sino también por razones económicas.

Así encontramos el fundamento de la temporalidad de la institución, en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, donde se recogen las razones que indujeron al Legislador a "reintroducir" y regular la figura, basándose, precisamente en la no perpetuidad de la misma.<sup>8</sup>

A mi juicio la razón de ser de la temporalidad se encuentra en que al aumentar el

---

<sup>8</sup> Se hace constar que "el fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos, basta la constitución del derecho de superficie"... "figura que a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos y reserva el aumento de valor para el propietario".

suelo Patrimonio Municipal, como consecuencia de las adquisiciones realizadas por el Ayuntamiento, se considera conveniente que dicho suelo no salga del Patrimonio, y, a su vez sea productivo. Y ahí es donde entra en juego la institución, pues a través de la cesión de suelo en derecho de superficie, el Ayuntamiento no se desprende de él, cumple los objetivos sociales marcados y, además, queda compensado con la reversión de la propiedad superficiaria, (evitándose costes y los múltiples problemas que supone tanto la edificación como el mantenimiento de la construcción).<sup>9</sup>

Creo que de estas últimas palabras se infiere claramente cómo el legislador está pensando en el propietario del suelo -Corporación Municipal- en el momento en que le revierta la propiedad superficiaria, y, por consiguiente, es lógico mantener la nota temporal de la figura que posibilita este traspaso de la propiedad. Además esta idea se reflejó, con posterioridad, en la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1976.<sup>10</sup>

Por otro lado es necesario señalar la postura adoptada por la **Compilación Foral**

---

<sup>9</sup> Vid: Martín Diez-Quijada (La cesión de solares por la Administración en régimen de derecho superficiario. RAP. 1974. Pag. 23 y ss); y De los Mozos (Urbanismo y Derecho. RDP. 1973. Pag. 989 u ss)

<sup>10</sup> Expresamente señalaba que "...el derecho de superficie como fórmula de disociación de la propiedad y del uso del suelo es una de las figuras que está mereciendo creciente atención en todos los países como instrumento de política del suelo. A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos, (éstos) se obtienen a un menor coste..."Exposición de Motivos de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Apartado VIII.

Los mismos motivos, fueron objeto de discusión parlamentaria en la reforma previa de la Ley. Así, el Sr. **Rivas Guadilla**, señaló como una de las limitaciones a superar a través de esta reforma de la Ley "no sólo mediante la ampliación del objeto, sino también la finalidad y sobre todo, muy importante, la del **plazo**; también muy importante, el dar una mayor agilidad a las modalidades de contraprestación y sobre todo esta otra gran posibilidad de beneficios que se pueden otorgar, que se pueden conceder, que dan una gran agilidad a este derecho de superficie en el que se trata de establecer una fórmula de disociación, como parece que dice el preámbulo del proyecto de ley, entre la propiedad y el uso del suelo". Cortes españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. N.º. 462. Pag 30.

de Navarra la cual no es coincidente con la regulación de la figura para el resto de España, ya que se posibilita tanto la temporalidad como su constitución a perpetuidad.<sup>11</sup>

Según Salinas Quijada,<sup>12</sup> la razón de ser de este precepto se encuentra a su juicio, en que el "Derecho navarro, al recibir la tradición del último Derecho romano, la superficie y en general los derechos similares pueden ser por tiempo indefinido".

Y, ¿cuál puede ser el fundamento actual de tal perpetuidad, después de lo que hemos argumentado respecto al resto del ordenamiento? Su razón de ser se encuentra, a mi juicio, en que se otorga más énfasis al derecho de propiedad objeto del mismo (propiedad superficiaria) que a su constitución como un derecho real sobre cosa ajena. Así, lo deducimos de su Ley 430 en relación con la 434.

En la primera se establece que el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido; y la ley 434 mantiene que cuando la superficie se hubiere establecido por tiempo determinado, a su vencimiento lo edificado revertirá a la propiedad.

En definitiva, el legislador posibilita la desmembración de las dos propiedades, pero teniendo en cuenta que si las partes no desean tal perpetuidad, por ser contraria a sus intereses económicos, la figura se puede constituir temporalmente, y, por consiguiente, estarán interesados en que conste expresamente que la propiedad superficiaria revertirá al dueño del suelo. La perpetuidad se presume únicamente si no se ha dispuesto lo contrario.

La Jurisprudencia en relación con la Compilación se ha hecho eco indirectamente,

---

<sup>11</sup> La Ley 428 párrafo 2 señala que: "pueden establecerse por tiempo determinado o a perpetuidad, presumiéndose esto último si no se dispone lo contrario".

<sup>12</sup> Salinas Quijada: Derecho Civil de Navarra. T.III. Vol. II. Pamplona. 1974. Pag. 32.

de las dos posibilidades de constitución. Así, la STS de 1 de febrero de 1979, señala que "el derecho de superficie, en cuanto significa desmembración o grave limitación del dominio...". Y, la S. Aud. Prov. de Navarra de 30 de abril de 1986, que mantiene que "...el derecho real de superficie, tal como viene definido por la ley 430 del Fuero Nuevo, que no impide al dueño del suelo hacer suya "por reversión" la propiedad de lo edificado...".

#### B.- Situación en el Derecho Comparado

Pero, ¿cuál es la postura adoptada en otras legislaciones?<sup>13</sup> En el derecho italiano se posibilita la constitución de este derecho con carácter perpetuo<sup>14</sup> tesis que se desprende, a sensu contrario, del art. 953 del Codice Civile que, en concreto, acuerda la constitución por tiempo determinado. Así, establece:

"que si la constitución del derecho se ha hecho por un tiempo determinado, al vencimiento del término, el derecho de superficie se extingue y el propietario del suelo se convierte en

---

<sup>13</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985. Pag. 388) recoge la diversidad de plazos existentes en el Derecho comparado, o la ausencia de ellos. "La Ley Belga de 10 de enero de 1824 impone un plazo de duración máximo de 50 años y la Ley austriaca de 26 de abril de 1912 un mínimo de duración de 30 años y máximo de 80. En derecho ruso oscila entre 65 años para las construcciones de piedra y hormigón, 60 años para las mixtas y 50 como máximo para las de madera. El Código Holandés, en cambio, permite que pueda ser perpetuo, aunque el propietario del suelo, cuando nada se haya pactado, pueda después de los 30 años rescindirlo o denunciarlo con un año de antelación. El derecho inglés sigue esta tendencia, ya que el tiempo puede ser indefinido en un principio, aunque determinable posteriormente. Y el francés considera que es perpetuo por naturaleza, aun cuando nada se opone a que se pacte por tiempo limitado."

Vid. Fuentes Lojo (Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación. RJC. 1967. pags. 592 y ss)

<sup>14</sup> Trimarchi (Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione. Milano. 1983. Pag. 573), con buen criterio a mi juicio, afirma que la nota de temporalidad del derecho de superficie presenta el inconveniente de que según se va aproximando el término del plazo, el superficiario se puede sentir inducido a descuidar el mantenimiento de la construcción. No obstante, entiendo que la solución a ese problema puede conseguirse con alguna cláusula de resolución anticipada en el título constitutivo del derecho o algún otro medio coactivo que no haga descuidar sus deberes para con la propiedad superficiaria.

propietario de la construcción".<sup>15</sup>

En el mismo sentido, en el derecho francés, la doctrina<sup>16</sup> considera que el derecho de superficie "es por su naturaleza, un derecho perpetuo". No obstante, la concreción actual de la figura en la regulación existente fija su carácter como temporal. Las excepciones al principio general de perpetuidad, resultan del modo de constitución de la superficie. De forma que, si se ha establecido a través de la figura del arrendamiento (ya sea con facultad para construir, o arrendamiento enfiteúutico o comercial) o, por concesión inmobiliaria, el derecho es necesariamente temporal, mientras que si se ha realizado a través de una venta, el derecho es entonces perpetuo.

La postura del ordenamiento portugués es más amplia. En la Ley de 1948 se introduce por primera vez la modalidad urbanística con una duración temporal aunque con carácter prorrogable. Posteriormente, el Código Civil, que regula la modalidad urbana común, recogerá ambas posibilidades. Así, su artículo 1524, afirma expresamente que consiste en "la facultad de construir o mantener, perpetua o temporalmente, una obra en terreno ajeno.." <sup>17</sup> y el art. 1538, prevé la extinción del derecho de superficie cuando éste

---

<sup>15</sup> Art. 953 Codice Civile:

Costituzione a tempo determinato: "Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario della costruzione".

<sup>16</sup> Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag 3.

<sup>17</sup> En la primera ley que reguló la figura, la Ley 2030 de 6 de junio de 1948, aunque expresamente no se hacía referencia en ningún momento a la duración de la figura, se estaba pensando en la duración determinada, prorrogable (según las circunstancias contenidas en el art. 28, párrafos 1º, 2º y 3º). Con posterioridad el Art. 1524º del Código Civil dispuso:

"Noção: O direito de superficie consiste na facultade de construir ou manter, perpétua ou temporariamente, uma obra em terreno alheio, ou de nele fazer ou manter plantaçoës."

se haya constituido por tiempo cierto.<sup>18</sup>

Además, el derecho de superficie se encuentra también regulado por la Lei dos Solos,<sup>19</sup> donde al igual que en posteriores decretos, -cuya finalidad es la construcción de viviendas o polígonos industriales a través del derecho de superficie-, se constituye por un tiempo determinado.

#### C.- Conclusiones

¿Qué significado tiene la temporalidad en el derecho de superficie? Del análisis que hemos realizado podemos observar cómo, en principio, la doctrina otorgaba un carácter perpetuo a la figura -en el derecho francés y en el derecho italiano- pero no se contenía en ninguna disposición legal. La razón de la perpetuidad en dichos ordenamientos estaba fundamentada en que se configura el derecho de superficie principalmente como una propiedad separada que surgía a través de un derecho real, pero el carácter de éste era secundario.

Las disposiciones posteriores, tanto dentro del ámbito civil -Código civil italiano de 1942, Código Civil portugués de 1966, Reglamento Hipotecario español de 1959 y Compilación de Navarra- como del ámbito urbanístico -legge Tognoli, bail à construction, Lei dos Solos y nuestra Ley del Suelo- imponen expresamente en unos casos el carácter temporal de la institución, matizándose en otros, junto con la posibilidad de perpetuidad ya vigente, su

---

<sup>18</sup> Artigo 1538 Código Civil.

"Extinção pelo decurso do prazo: 1. Sendo o direito de superfície constituído por certo tempo, o proprietário do solo, logo que expire o prazo, adquire a propriedade da obra ou das árvores".

<sup>19</sup> Decreto Lei nº 794/76, de 5 de Noviembre. Lei dos Solos. Tomado del Boletín Oficial del Congreso de los Diputados. Documentación. Suelo. Nº 76. Junio 1989. (Documentación preparada para la tramitación del Proyecto de Ley de Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo. Secretaria General del Congreso de los Diputados. Serie A. Nº 118-1 de 22 de mayo de 1989. Pag. 833.

carácter temporal.

La diferencia estriba en que cuando se pacta el derecho de superficie limitado en el tiempo, se constituye un derecho real en cosa ajena y una propiedad temporal resultante de aquél; mientras que si es por tiempo indefinido, el derecho de superficie aparece predominantemente como una propiedad separada. El ejemplo más claro, donde por sus especiales caracteres puede observarse con mayor nitidez, es en el ordenamiento francés, el cual posibilita el derecho de superficie a perpetuidad cuando se realiza mediante venta; mientras que si es objeto de un arrendamiento o una concesión inmobiliaria, es por tiempo determinado.

El Fuero de Navarra en esta línea, y como hemos visto, acepta y asume ambas posibilidades.

En nuestro ordenamiento tanto la modalidad urbana como la urbanística son esencialmente temporales ya que no se desea la desmembración del suelo, ni la limitación que supone la perpetuidad para la propiedad del suelo, ni resultaría interesante la institución sobre todo para el propietario del suelo, ni tampoco las circunstancias económicas la posibilitan.

Además en nuestro ordenamiento a diferencia de lo que ocurre en otras legislaciones, no se configura el derecho únicamente como una propiedad separada, sino como un derecho real cuyo objeto es una propiedad separada pero de carácter temporal.

De la exposición que hemos realizado, tanto de la legislación extranjera como del estudio de nuestro ordenamiento jurídico, para la resolución de la disyuntiva que planteábamos al inicio, llegamos a la conclusión de que la duración del derecho de superficie se encontrará en íntima relación con el carácter que quieran otorgarle las partes, y siempre dentro de los límites legales propios de cada ordenamiento.

## 2.- Plazos de duración del derecho.

### A.- Introducción

Una vez establecida la constitución temporal del derecho de superficie, debemos analizar, la existencia o no de plazo en cada uno de los ordenamientos, y, el por qué de los mismos.

En conexión con este tema, cabe preguntarse si dichos plazos se hallan inmersos en normas de carácter imperativo o dispositivo.

En nuestro Derecho, y en base a las distintas leyes urbanísticas, la duración se deja al pacto de los contratantes, que son por un lado, las Corporaciones Municipales, el Estado y demás personas públicas, y, por otro lado, los particulares (Aunque obviamente dichos plazos son fijados por la Administración en contratos de adhesión).

En la modalidad urbanística se establece por vía legal un plazo máximo, como límite de la temporalidad, pasado el cual, se revitalizan las reglas de la accesión y la edificación superficiaria revierte al propietario del suelo.

Esta nota es la principal característica, y, consideramos que consustancial del derecho de superficie.

### B.- Regulación legal: Diversidad de plazos y fundamento de los mismos.

La primera Ley del Suelo, estableció como plazo máximo de duración del derecho de superficie, el de cincuenta años para el concedido por "el Estado y las demás personas públicas" (art. 161-1º).<sup>20</sup>

El Reglamento Hipotecario, siguiendo esta regulación marca en su art 16-1º el

---

<sup>20</sup> Aunque el **Proyecto de Ley** previo a dicha ley recogía otro plazo distinto: Art. 176: "El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cuarenta y cinco años en el concedido por el Estado y demás personas públicas." Boletín Cortes españolas. 1955. N° 499. 23 de mayo de 1955. Pag. 9727.

mismo plazo.<sup>21</sup>

Más tarde la Ley del Suelo de 1976,<sup>22</sup> señala unos plazos más amplios para la constitución del derecho, llevando a cabo una regulación más detallada, pues otorga un plazo de setenta y cinco años para los concedidos por el Estado y demás entes públicos, y noventa y nueve para los concedidos por particulares (art. 173-1º). Lo que supone, a mi juicio, una derogación del plazo marcado por el Reglamento Hipotecario<sup>23</sup> además de, una intromisión en la modalidad urbana, al señalar el plazo de duración del derecho de superficie urbano sometido al ámbito del Código Civil.

La actual Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, en su artículo 289 apartado 2º, no modifica ninguno de estos plazos.

Pero, ¿por qué la diversidad de plazos? ¿Se debe a razones históricas?, o ¿cabe pensar que son tan diferentes los intereses de las distintas partes, según haya sido creado

---

<sup>21</sup> Dicho art. 16-1º R.H., señala el límite temporal de la figura en 50 años, pero al no expresar nada más, se puede entender que se extiende dicho plazo no sólo a los derechos de superficie creados por el Estado y demás personas públicas, sino también a los creados por los particulares.

<sup>22</sup> Cuando se discute el Proyecto de Ley de la Reforma de la Ley del Suelo presentado a la Comisión del Congreso para su discusión, y en concreto cuando se está tratando el tema de la prórroga del plazo, el Sr. Martínez Emperador de la Ponencia, hace hincapie en la modificación introducida de elevación de los plazos respecto de la ley anterior. Así señala que "en la antigua ley, como se ha dicho antes, se establecía como plazo del derecho de superficie el de cincuenta años, y en este caso concreto se ha elevado a setenta y cinco para los entes públicos y noventa y nueve para los particulares." Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. Nº 462. 25 de febrero de 1975. Pag. 33

Sin embargo en ningún momento de las discusiones parlamentarias se menciona o se hace referencia al por qué de la distinción de los plazos, ni al por qué de ese límite temporal concreto de 75 o 99 años.

<sup>23</sup> Queremos hacer constar que en ningún momento pasamos por alto el problema que constituye la delimitación del plazo de 50 años establecido por el Reglamento. Sin embargo no hemos querido detenernos en este punto pues ya nos hemos referido a él, en el Cap. Cuarto.

el derecho por el Estado, o por un particular?

En realidad, podemos afirmar que la diversidad de plazos no se debe a razones históricas. Y ello, porque basta recordar cómo inicialmente la superficie fue considerada análoga a los censos constituidos por tiempo perpetuo o indefinido; cómo posteriormente, el Código Civil no concreta nada al respecto al no regular la figura, y, cómo finalmente, la Ley del Suelo de 1956 otorga un plazo de 50 años en el derecho de superficie concedido por el Estado y demás personas públicas, mientras que la de 1976 diferenció entre 75 y 99 años cuando lo constituían el Estado o los particulares, plazos que continuaban vigentes tras la reforma de dicha Ley de 1992.

En cuanto a la segunda cuestión, no creo que haya diferencia de intereses entre los distintos otorgantes, (salvo los económicos ligados a la amortización de la inversión, cuestión a la que nos referiremos más adelante). Incluso a los propios particulares concedentes del derecho de superficie, -debido al propio límite de existencia del ser humano, y, con el fin de que la propiedad superficiaria les revierta durante su vida-, pensamos que, razonablemente, debería haberse fijado un límite máximo menor que el de 99 años señalado por la Ley del Suelo;<sup>24</sup> frente a la persona pública cuya existencia es superior, y, que desde el punto de vista social, podrían interesar unos plazos superiores al máximo fijado de 75 años.

Desde otra perspectiva, atendiendo al diferente objeto de la propiedad superficiaria, tampoco se encuentra el fundamento para la diversidad de los plazos. No es lógico pensar que cualquier centro o instalación creado con fines de interés social, cuya duración debería ser mayor debido a tales fines, tenga un plazo máximo de 75 años, frente a los derechos de superficie creados por los particulares, que normalmente redundarán en su propio

---

<sup>24</sup> Aunque también podría estar pensándose en los herederos.

beneficio, y es donde precisamente el plazo otorgado es mayor.

En principio, creemos que, la razón del aumento de 50 a 75 años en la concesión del derecho de superficie otorgado por la Administración, se debe a la obtención de un mayor plazo de tiempo con el fin de facilitar la amortización del valor del terreno cedido, habiéndose considerado este periodo como un plazo suficientemente largo para poder realizarla. Por otro lado, se deja a los particulares en libertad para la realización de unos plazos de amortización superiores, estableciendo el límite máximo de constitución en 99 años.

Otra cuestión a abordar es si la norma que contiene los plazos para la modalidad urbanística es de carácter imperativo o dispositivo. Aquí hay que distinguir, por un lado, el plazo en sí mismo considerado y, por otro, el límite máximo de plazo fijado legalmente. Entiendo que el primero es de carácter dispositivo, pues el legislador ha dispuesto unos plazos en interés de ambas partes contratantes. Interés que se demuestra, tanto al no establecer un derecho de superficie perpetuo, en beneficio del concedente o dueño del suelo para no dejar inútil económicamente su propiedad sobre el suelo, cómo al establecer unos plazos de constitución del derecho amplios, para que no supongan un obstáculo del superficiario ante los mismos. Pero siempre deberá pactarse un plazo, (pues ha quedado clara la intención del legislador en este sentido) y nunca podrá pactarse a perpetuidad. Por otro lado, considero que el límite máximo del plazo, es de carácter imperativo para la Administración y para los particulares, pues ha sido fijado por el legislador en beneficio de los intereses generales de la Administración y de la comunidad.<sup>25</sup>

Siguiendo este razonamiento, en nuestro derecho, las partes pueden pactar, en ambas modalidades con carácter dispositivo, el plazo de duración del derecho. Mientras

---

<sup>25</sup> Recuerdese la necesidad de redención impuesta por la Ley de Bases del Código Civil, y las leyes que se han dictado en su aplicación relativas a los foros y al censo enfiteútico.

que en la modalidad urbanística, se debe tener en cuenta siempre el límite máximo legal, fijado imperativamente por la Ley del Suelo, cuando el concedente sea el Estado, el Municipio y las demás personas públicas, y los particulares.<sup>26</sup>

C.- Situación en el Derecho Comparado.

La regulación italiana, en el art. 953 C.C., establece la posibilidad de constituir el derecho de superficie por una duración predeterminada, limitada en el tiempo, pero no se establece plazo legal alguno, (ni máximo, ni mínimo).<sup>27</sup> La determinación de tal duración se deja a la autonomía de las partes, quienes fijan el término del derecho. El fundamento de la inexistencia de plazo se halla en que es una regulación donde se proyecta generalmente la constitución de la figura a perpetuidad, por su configuración como propiedad separada, de manera que no es necesaria la imposición de límites máximos.

---

<sup>26</sup> La STS de 4 de febrero de 1993 (Rep. Aran. 782), recoge el supuesto en el que se constituye el derecho de superficie por el Ayuntamiento de Málaga en 1964 para la construcción y explotación de un quiosco-bar por un plazo de 50 años.

El TS establece que el actor-superficiario debe mantenerse en su posesión, en su cualidad de titular de un derecho de superficie sobre la parcela y quiosco en cuestión en tanto no se decreta la extinción de tal derecho por la jurisdicción civil o transcurra el plazo de concesión, "una vez ampliado al tiempo del cual ha estado privado el actor", condenando a la demandada a la reconstrucción del quiosco La Marina así como de la indemnización de daños y perjuicios originados al actor....

El TS no amplia un plazo imperativamente marcado por las Leyes urbanísticas sino que determina el "dies a quo", es decir el momento efectivo desde el cual el superficiario va a poder mantener su propiedad superficiaria en base a su titularidad, ya que es el Ayuntamiento quien debe reconstruir por haber extinguido unilateralmente el derecho y derribado el edificio en cuestión.

<sup>27</sup> La doctrina italiana compara la diferencia que hay entre el derecho de superficie, donde no se establece plazo de duración mínima del mismo, y lo dispuesto para la enfiteusis, figura para la cual el art. 958 del Codice Civile establece que no puede ser constituida por una duración inferior a veinte años.

La razón que aduce Quaranta y Preden (Superficie... Cit. Pag 51 y 52) se basa en la distinta función de la Institución. En la enfiteusis, cuya función es el mejoramiento del fundo, se presupone el otorgamiento mínimo de un plazo, como adecuado término, para su realización. Por el contrario, en la superficie no hay ningún interés de carácter general, otorgando la ley plena autonomía a las partes contratantes.

Sin embargo, y al igual que ocurre en nuestro sistema jurídico, las nuevas leyes de utilización del derecho de superficie, dentro del ámbito urbanístico y referidas a la creación de aparcamientos subterráneos y de viviendas de los ordenamientos vecinos, imponen límites temporales. En el caso de la legge Tognoli, de constitución de aparcamientos subterráneos, el artículo 9-4º a) señala que su duración no podrá ser por un periodo superior a 90 años. Por otro lado, la ley nº 865 de 22 de octubre de 1971, (programmi e coordinamento dell'edilizia residenziale pubblica), dispone en su art. 35 que la concesión del derecho de superficie para la construcción de viviendas de tipo económico y popular, o relativos a servicios urbanos o sociales tendrá una duración no inferior a 60 años ni superior a 99.

En el ordenamiento francés cuando el derecho de superficie se ha constituido a través de concesión o de arrendamiento, en cualquiera de sus vertientes (con facultad para construir, enfiteútico, o arrendamiento comercial), su duración es "esencialmente temporal".<sup>28</sup> Marty señala cómo la reglamentación arrendaticia específica (statuts locatifs speciaux) refleja, de una manera particularmente sensible, la voluntad del legislador de conferir a los arrendamientos una fijación si no objetiva, de fácil automatismo.<sup>29</sup>

Inicialmente, en la ley de 16 de diciembre de 1964, donde se regulaba el arrendamiento con facultad para construir, su duración se establecía entre 18 y 70 años. Posteriormente, con la introducción de esta regulación en el Code de la Construction et de

---

<sup>28</sup> Saint-Alary: Bail à construction. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag 5.

<sup>29</sup> Marty: La dissociation juridique de l'immueble. Contribution a l'etude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979. Pag. 269

l'habitation, se recogió en el art. 251-1 párrafo 3º la duración entre 18 y 99 años.<sup>30</sup> Entre el límite máximo y mínimo legal establecido, las partes son libres de fijar la duración efectiva del arrendamiento.<sup>31</sup>

En el arrendamiento enfiteútico el plazo también oscila entre 18 y 99 años de duración,<sup>32</sup> mientras que en la concesión inmobiliaria, solamente se establece un plazo de duración mínimo que es de veinte años, sin imponerse, en la ley de orientación fundiaria de 30 de diciembre de 1967, una duración máxima.<sup>33</sup>

En el sistema portugués, los plazos vienen fijados en la Ley del Suelo, frente al silencio del Código Civil, que refleja su influencia del Codice Civile. En ella se establecen dos plazos mínimos diferentes, (al contrario que en nuestro sistema), según sean los titulares y la finalidad del derecho de superficie. Así, el derecho de superficie al que se refiere el art. 5º, es decir aquel cuya finalidad consiste en operaciones de renovación urbana (creación de polígonos industriales, de ampliación de espacios verdes, de espacios urbanos de protección y de recreo, o de recuperación de áreas degradadas), será constituido por un plazo no inferior a 50 años, en función de las características de los edificios a levantar durante el periodo necesario para la amortización del capital a invertir y su

---

<sup>30</sup> Art. 251-1 párrafo 3º C. Constr. et hab.:

"Il est conclu pour une durée comprise entre dix-huit et quatre-vingt-dix-neuf ans. Il ne peut se prolonger par tacite reconduction".

<sup>31</sup> Como señala Saint-Alary, la fijación del plazo se hará en función de la duración previsible de la amortización de la construcción, en base a la necesidad del inquilino de pedir un préstamo hipotecario para construir. El crédito fundiario exige que la duración del arrendamiento sobrepase cuarenta años la duración del préstamo solicitado. Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 5

<sup>32</sup> Giverdon: Bail emphytéotique. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1.

<sup>33</sup> Saint-Alary: Concession immobilière. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 2.

adecuada remuneración (art. 19-1).<sup>34</sup> En el caso de cesión del derecho de superficie a cooperativas, o para la construcción de viviendas propias en régimen de propiedad horizontal, el plazo mínimo será de setenta años (art. 19-2º).<sup>35</sup>

En resumen, a mi modo de ver la diferencia de plazos en este ordenamiento estriba, por un lado, en dar más facilidades para la construcción de viviendas a las cooperativas, y por otro lado, que a su vez los particulares que las integran se animen más a su utilización al otorgarse un plazo de duración más amplio (70 años), frente al plazo de 50 años de los derechos de superficie otorgados para la renovación urbana donde el interés se centra más en ser una fórmula de amortización de las obras.

El alcance y la importancia de los plazos señalados por la Ley portuguesa son opuestos a los establecidos por la ley urbanística española, a las disposiciones para la construcción de viviendas populares y aparcamientos subterráneos italianas, y al arrendamiento con facultad para construir francés. Todo ello sin olvidar cómo en el ordenamiento portugués estamos haciendo referencia a **plazos mínimos** mientras que en las otras disposiciones lo que se establecen son **máximos**. No obstante, lo importante es que ambos tipos de plazos centran su interés en la amortización de los edificios.

Pensamos que lo que en realidad se persigue, con la aplicación de un plazo mínimo de 50 años, es impedir una amortización "artificialmente rápida" que redunde en una falta

---

<sup>34</sup> Art. 19-1º. Lei dos Solos;

"O direito de superfície, a que se refere o artigo 5º, será constituído por prazo nao inferior a cinquenta anos, a estabelecer em função das características dos edifícios a erigir, do período necessário para a amortização do capital a investir neles e da sua adequada remuneração".

<sup>35</sup> Art. 19-2º Lei dos Solos:

"No caso de cedencia de diereito de superfície a cooperativas previstas no artigo 4º do Decreto nº 182/72, de 30 de Maio, ou para construção de habitação própria, ainda que em regime de propriedade horizontal, o prazo mínimo será de setenta anos."

de beneficios al comienzo de la constitución del derecho de superficie.<sup>36</sup> De manera que, la amortización y la obtención de rendimientos se produzcan adecuada y proporcionalmente a lo largo del plazo fijado. Mientras que en el ordenamiento español, en las disposiciones urbanísticas italianas mencionadas y en el arrendamiento para construir francés, el legislador lo que pretende con el plazo máximo es dar mayor importancia a la reversión de la propiedad superficiaria (cuyo objeto sea la promoción social de viviendas o la construcción de otros usos de interés social -aparcamientos subterráneos, parques acuáticos, ciudad de la imagen...-), pasando a un segundo plano la importancia que se le otorga a la adecuada y proporcionada amortización.

Otra distinción entre el ordenamiento portugués y el nuestro se encuentra en que en aquél se tiene en cuenta únicamente la concesión del derecho de superficie realizada por la Administración en favor de particulares, ya sean empresas o sociedades con ánimo de lucro -cuyo plazo será de 50 años-; o ya sean particulares o cooperativas de personas físicas sin ánimo de lucro cuya finalidad se encuentra dirigida a la construcción de viviendas protegidas -cuyo plazo será de 70 años-; mientras que en nuestro ordenamiento el plazo máximo es de 75 años en toda concesión por el Estado y demás personas públicas, sin realizar distinciones con relación a la finalidad de la misma. No debemos olvidar que la referencia a la concesión del derecho de superficie entre particulares, se debe a la falta de regulación de la figura en nuestro Código Civil, mientras que en la Lei dos Solos no es necesario hacer referencia a esta circunstancia porque el derecho de superficie concedido entre particulares, se encuentra ampliamente regulado en su Código Civil.

Pero volviendo a la distinción entre ambos plazos, hay que señalar que la diferencia

---

<sup>36</sup> No olvidemos que al hacer referencia la ley a "operaciones de renovación urbana" y "el periodo necesario para la amortización del capital a invertir y su adecuada remuneración" está pensando en todo momento en empresas o sociedades con ánimo de lucro.

se halla en que en el sistema portugués el plazo mínimo es menor -50 años- pues al entrar a formar parte el derecho de superficie dentro de su patrimonio y ser la propiedad superficiaria objeto de una actividad económica, se presupone que la obtención de beneficios facilitará la amortización de la inversión produciéndose con rapidez y, en todo momento, con mayor antelación que cuando el derecho de superficie se otorga a particulares o a cooperativas de viviendas en régimen de propiedad horizontal, cuya finalidad no consiste en una actividad económica lucrativa en sentido estricto, sino que su interés se centra en proteger a determinados sectores sociales más desprotegidos. Además es una actividad sobre la cual se presume una mayor dificultad para la amortización del edificio, fijándose, por consiguiente, un plazo mínimo superior.

En la Lei Portaria nº 954/81 de 6 de noviembre,<sup>37</sup> ley que desarrolla la constitución de los derechos de superficie para la construcción de pabellones en los polígonos industriales, se establecen, en su art. 6º, diferentes plazos de duración del derecho de 20, 40 o 60 años, plazos que como veremos más adelante incluso pueden ser prorrogados.

¿Cuál puede ser el motivo de la existencia de plazos mínimos tanto en la ley nº 865 italiana para la construcción de viviendas, como en los distintos arrendamientos y concesiones inmobiliarias del ordenamiento francés, como en la Lei dos Solos portuguesa? Desde el punto de vista jurídico, la clave se encuentra en su distinción con la figura del

---

<sup>37</sup> Por Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de mayo se crea la Empresa Pública de Polígonos Industriales, a quien competará la creación de los polígonos industriales a través de la constitución de derechos de superficie sobre los terrenos cedidos... (Punto 4 de la Exposición de Motivos del citado Decreto). Posteriormente, se regula minimamente la constitución de tales derechos de superficie señalándose en el art. 3-1º que el plazo mínimo del derecho no será nunca inferior a diez años. En el art. 5 se establece que el Ministerio de Industria y Tecnología fijara por Ley las normas a que deberá obedecer los contratos de constitución de los derechos de superficie y los contratos de utilización de pabellones industriales u otros edificios.

Que es precisamente la Ley que se comenta en el texto.

arrendamiento cuyo plazo de duración, no hay que olvidar, suele ser todavía menor.

También hay que tener en cuenta el interés práctico de la figura, puesto que su creación implica la derogación del principio de accesión siendo, por consiguiente, razonable la imposición de una duración mínima de la figura, cuyo plazo además sea relativamente amplio, en relación con los plazos de los arrendamientos (alrededor de dieciocho-veinte años).

Desde la perspectiva de la amortización a la que venimos haciendo referencia, el plazo mínimo implica una distribución en el tiempo de la misma, y de los rendimientos. En nuestro ordenamiento en modo alguno se hace referencia a la amortización porque se otorga una mayor importancia a la reversión de la propiedad superficiaria, pues no olvidemos su configuración como un derecho real en cosa ajena, que origina la propiedad superficiaria.

En realidad, lo que se persigue con el establecimiento de los plazos mínimos en la constitución del derecho de superficie otorgado por la Administración a empresas con ánimo de lucro, es obligarlas a que la amortización de la inversión la realice en ese plazo mínimo. Lo que en definitiva redunda en una posible prohibición de especulación con la constitución del derecho de superficie, evitando que la amortización se realice verdaderamente en un plazo mínimo (5-10 años), y se refleje en el estado económico real de la empresa, no pudiendo utilizarse la figura jurídica para un enriquecimiento injusto o antisocial.

Sin olvidar que, a su vez, estos plazos mínimos constituyen una obligación para los superficiarios en relación con la construcción de las edificaciones objeto del derecho de superficie. Y ello porque en ninguna de estas regulaciones se ha impuesto un plazo para la realización de las mismas, frente a lo que ocurre en nuestra legislación urbanística (plazo

contenido en cada licencia de edificación), que como vimos impera con carácter general tanto para la modalidad urbana como para la urbanística.

#### D.- Naturaleza de los plazos.

Nuestro próximo punto objeto de estudio van a ser los plazos considerados en sí mismos.

No hay duda en que la Ley del Suelo impone unos plazos máximos muy amplios (75 o 99 años). Pero, ¿por qué se prefieren estos plazos amplios a unos más cortos, como los que se establecían con anterioridad en la ley del Suelo y en el Reglamento Hipotecario, de 50 años?<sup>38</sup> La única razón que hemos encontrado en cuanto a la preferencia en la amplitud de los plazos, y que además ha sido avalada por la práctica y mayor utilización de la figura, es la atracción social que despierta. Plazo, que en el caso de constitución de la figura por un ente público (75 años), tal vez interesaría su alargamiento, pues en la práctica hemos visto como se recurría a la creación de una ficción jurídica para la obtención de plazos más extensos. Nos referimos al caso de cesión del derecho de superficie por un ente público a particulares, donde el concedente se transforma en un particular, como puede ser una Fundación o un Patronato, pasando a ser el plazo de duración de la figura de 75 a 99 años.<sup>39</sup>

---

<sup>38</sup> Al igual que ha ocurrido en otros ordenamientos como el supuesto del bail à construction en el derecho francés y la Lei dos Solos portuguesa.

<sup>39</sup> Pensemos cómo un organismo público puede crear una Fundación (es decir una patrimonio organizado afectado a un fin, sin finalidad lucrativa, al que la ley confiere personalidad jurídica), y ésta, a su vez, disponer de una parte del patrimonio del que está compuesta -por ejemplo, terrenos determinados- cediéndoles en derecho de superficie a los particulares.

Así, el plazo que si directamente fuera concedido por el organismo público sería de 75 puede pasar a ser de 99 años, por que la fundación, como particular, concede un derecho amparado por la Ley del Suelo a otro particular cuyo límite máximo es el señalado. Aunque en realidad, también puede constituirse indefinidamente en base al Código Civil.

El fundamento de esta ficción jurídica se encuentra en el interés social que conllevan plazos cada vez más amplios. Aunque no por ello se utilice más la figura cuando es concedida entre particulares, sino al contrario, es la Administración la que cada vez utiliza más en la práctica, con diversos fines, el derecho de superficie, (sobre todo la Administración Municipal en relación con los terrenos incluidos dentro de su patrimonio) y ello, tal vez, como consecuencia de las facultades cada vez más amplias y extensas (en más ámbitos) que ésta adquiere. Su justificación puede encontrarse en la adquisición, cada vez mayor de terrenos que componen el Patrimonio Municipal de suelo, y del que no quieren "desprenderse". De forma que con la institución superficiaria, se reservan los terrenos, aumentan su plusvalía, sin olvidar que cumplen a su vez objetivos sociales o de interés público.

Y en relación con nuestra doctrina, ¿cuál es su posición en cuanto a la duración de los plazos? En general, únicamente se hace referencia a la necesidad e importancia de los plazos amplios para la creación del derecho de superficie. Sin embargo queremos recoger la postura, mantenida por Cardenaba Coya y García Pumarino.<sup>40</sup>

Dichos autores son partidarios de un derecho de superficie "de carácter temporal para construcciones de carácter transitorio, aunque sean de cierta duración, por ejemplo, edificaciones auxiliares para grandes obras públicas, puertos y pantanos, etc..., las cuales efectuada la obra, no serán necesarias, o construcciones para clubs o instalaciones deportivas, etc, en las que el interés aunque privado, es colectivo y no individual". Y de carácter perpetuo para las constituidas por los particulares, que se retrotraen ante la nota

---

<sup>40</sup> Cardenaba Coya, y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 424.

de temporalidad.<sup>41</sup>

Después del estudio que hemos realizado de la figura, no nos parece aceptable la concepción que estos autores tienen del derecho de superficie y de la propiedad superficiaria, pues otorgan la temporalidad a la propiedad superficiaria urbanística si el carácter de la misma es transitorio, cuando en realidad la finalidad de la figura no es esa, ni creo que pueda serlo. Parece deducirse, del ejemplo expuesto por dichos autores, que se están refiriendo más a un derecho de uso o de goce de una construcción, que a la creación de una verdadera propiedad superficiaria.<sup>42</sup>

Por otro lado, constituir un derecho de superficie actualmente a perpetuidad no parece útil. Y precisamente porque si los particulares se retrotraen ante la nota de temporalidad, con mayor razón no pactarían, la constitución del derecho, y de hecho así ocurre, si su carácter fuera perpetuo o indefinido, puesto que al concedente no le interesaría la desmembración de su dominio. Sin olvidar que ya existen otras figuras jurídicas afines al derecho de superficie -como la enfiteusis- que persiguen tal finalidad.

De hecho, aún siendo los plazos tan largos no son los particulares los que precisamente pactan la constitución del derecho, sino que generalmente el derecho de superficie se crea por el Municipio o por otros entes públicos.

Todo ello sin olvidar todas las razones, ya enumeradas, referentes a la actitud reacia a pactar cualquier figura a perpetuidad debido a motivos económicos propios de una socie-

---

<sup>41</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos señalan que de admitir el derecho de superficie a perpetuidad, el problema a abordar sería el de la redimibilidad por parte del concedente, y, los derechos de tanteo y retracto.

<sup>42</sup> Existe una diferencia entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria y las instalaciones depositadas sobre suelo ajeno (como parecen ser las edificaciones auxiliares de obras a que se refieren los autores), donde en ningún momento se produce una derogación del principio de accesión, ya que el tipo de materiales con el que están realizadas supone una falta de adhesión al suelo, siendo su objeto puramente transitorio.

dad tan cambiante como es la que nos encontramos.

### 3.- Estudio de la validez del pacto de prórroga del plazo

#### A.- Planteamiento de la cuestión

Aunque en la normativa urbanista reguladora del derecho de superficie no se hace referencia en ningún momento a la prórroga del plazo, fue un tema muy debatido en el seno de la Comisión, en concreto en el estudio previo a la modificación de la Ley del Suelo de 1976.

No obstante, ni las propuestas realizadas por varios procuradores de la Comisión, ni sus fundamentaciones,<sup>43</sup> lograron cambiar el informe de la Ponencia que entendía que

---

<sup>43</sup> Las propuestas de prórroga del derecho de superficie partieron del Sr. **Henríquez Hernández** quien mantenía que "vencido el plazo, que se fija en 75 años, cuando es la Administración la que concede el derecho de superficie, en el caso de instalaciones de carácter público o viviendas sociales, que al término de ese periodo de tiempo estén en buenas condiciones de uso y que no signifique para la corporación propietaria del dominio del suelo ningún inconveniente, se pueda, en atención a su interés específico, conceder una prórroga del derecho de superficie, que cabe fijar en quince años o en la forma que la Ponencia sugiera". Continúa señalando que "lo que pretendemos aquí es ceder este derecho, normalmente mediante canon, que compense a la corporación propietaria del terreno de la inversión que ha hecho". Finaliza su exposición señalando que "puede ocurrir que un propietario conserve una vivienda en buen uso y tenga interés en que la sigan habitando sus hijos. En atención a estas consideraciones, se puede establecer una prórroga del derecho de superficie, con lo cual se contempla el problema en su amplitud. Si no establecemos más que dos soluciones, un procedimiento rígido de extinción del derecho de superficie y una cesión gratuita en pleno dominio en otros casos, me parece que se va a forzar a las corporaciones locales para que hagan siempre cesiones gratuitas de los terrenos o por precios inferiores al coste."

Ya con anterioridad a la discusión de éste artículo, el Sr. **Henríquez** había señalado que "sería una buena fórmula que al vencimiento del derecho de superficie, la Administración local, si procediera extinguirlo (porque hubiera de realizar una remodelación urbana, por ejemplo), tenga la facilidad de hacerlo, y, sin embargo, cuando no concurren estas circunstancias y las edificaciones conserven un estado de vida que lo haga aconsejable, poder establecer una prórroga".

El Sr. **Marco Tabar**, en apoyo de esta tesis, afirmó que "me parece que de alguna forma debiera contemplarse la posibilidad de esta prórroga del derecho de superficie en atención, por ejemplo, al estado de salud -llamémosle así- de lo construido encima de este suelo o a que se pudiera producir una especie de cambio de este derecho del adquirente de la vivienda construida sobre ese suelo en función del derecho de superficie... La prórroga, mientras el edificio tenga una vida normal, o su transformación en un derecho de arrenda-

el otorgamiento de prórrogas en la concesión del derecho de superficie suponía una desnaturalización de la institución.<sup>44</sup>

Vamos a ver la opinión de la doctrina y de la Jurisprudencia, qué ocurre en la práctica, y en definitiva a qué conclusiones llegamos.

De los Mozos señala que no parece que sea posible la prórroga del plazo de duración.<sup>45</sup> No obstante, en la práctica, se están dando casos donde se adopta el criterio

---

miento y la fijación de su renta en función de lo que se determine reglamentariamente, podría ser una solución."

El Sr. **Rivas Guadilla** señaló en su discurso que "no me opondría a que se estableciera una posibilidad de prórroga, pero sin olvidar que esas prórrogas no pueden ser indefinidas porque contrarían la naturaleza temporal del derecho de superficie."

Por el contrario, el Sr. **Peralta España**, hizo hincapie en que "el derecho de superficie tiene una característica perfectamente delimitada, que es su temporalidad. En cuanto pensemos en someter el derecho de superficie a la posibilidad de una prórroga, puede perder su naturaleza jurídica propia". Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. N<sup>o</sup>. 462. 25 de febrero de 1975. Pags. 28 a 31.

<sup>44</sup> El Sr. **Martinez Emperador** de la Ponencia entendió que "el derecho de superficie no se puede desnaturalizar por la concesión de unas prórrogas. Uno de los requisitos esenciales en el derecho de superficie es la fijación de un plazo de extinción... el hecho de conceder una prórroga de diez, quince o veinte años también llevaría a la Comisión a la preocupación de que al pasar estos años volvería a plantearse la papeleta de qué pasaba con estos usuarios.

Por otra parte, entendemos que cualquier beneficiario del derecho de superficie se encontrará con que no podrá disfrutarlo en su totalidad, porque los setenta y cinco años parece lógico que sumados a la edad que tenga el adquirente de ese derecho, excedan de cien, y no es probable que los que estamos aquí presentes los podamos vivir, y mucho menos los de las sucesivas generaciones, porque la vida no va a ser tan fácil como para poder alcanzar esa edad". Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. N<sup>o</sup> 462. 25 de febrero de 1975. Pag. 32 y 33.

<sup>45</sup> De los Mozos (El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbana. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974. Pag. 337) mantiene que "lo mismo sucede en Derecho comparado, así en el ordenamiento alemán, tampoco se permite la prórroga del plazo para el que se constituyó el derecho de superficie, pero cabe, sin embargo, un derecho de preferencia en la renovación, si así se ha establecido contractualmente, ya que en este caso constituye < contenido del derecho de superficie >".

contrario.<sup>46</sup>

Cuando estudiábamos las características del arrendamiento complejo, con la finalidad de diferenciarlo del derecho de superficie, ya recogimos la opinión de Porcioles, el cual señalaba que en estos tipos de arrendamientos era imposible la prórroga porque "la principal obligación de mejorar o edificar asumida por el arrendatario -verdadero facere- no puede repetirse una vez cumplida, ni es factible, sin agravio de la equidad contractual, prorrogar la obligación del arrendador a base de un módico canon que sólo representa una parte de las prestaciones asumidas por el arrendatario".<sup>47</sup> Sin embargo, considero que no es posible adoptar dicho criterio en relación con el derecho de superficie, pues la obligación de edificar no es la única, ni considero que la causa principal, ya que también es importante la de mantener la propiedad superficiaria.

Y mantenemos esa opinión, aún conociendo que el derecho de superficie en su modalidad urbanística está preferentemente, aunque no únicamente, configurado para el fomento y la construcción de edificaciones de interés social sobre suelo patrimonio del municipio, y no para el mantenimiento de dichas edificaciones. No obstante, considero lógico pensar que una vez utilizado el suelo para la construcción de cualquier tipo de propiedad superficiaria, se pueda pactar su prórroga, aunque consista únicamente en el mantenimiento de la misma. No estamos de acuerdo con los argumentos señalados en el seno de la Comisión sobre la desnaturalización del derecho de superficie. Aún considerando la temporalidad como su elemento esencial en la actualidad, no creemos que la existencia de prórrogas signifique

---

<sup>46</sup> Por ejemplo "El derecho de superficie que se cede tendrá una duración de 75 años. Durante el último año de vigencia del contrato, podrán acordarse conjuntamente las condiciones en las que se extinga o prorrogue la relación entre las partes". (ARPEGIO).

<sup>47</sup> Porcioles: Arrendamientos complejos. NEJS. T.II. Barcelona. 1950.... Cit. Pag. 928.

ir en contra de dicha temporalidad.

Conectado con este problema se nos plantea la posibilidad de acuerdo entre ambas partes, y si cabe, realizar cualquier otro contrato a la finalización del derecho de superficie. En tal caso sería posible pensar en la posibilidad de pactar la prórroga del derecho de superficie pero con la obligación de mantener el edificio en suelo ajeno, y no sólo, la de edificar.

Entendemos que la conclusión más acertada, es mantener el carácter esencial de la temporalidad del derecho de superficie, para una mayor utilización práctica, lo cual no impide que sea posible el establecimiento de prórrogas pactadas por las partes si se regulan con límites.

En el mismo sentido, es posible a la finalización del derecho de superficie la constitución de otra clase de contrato, como, por ejemplo, un arrendamiento sobre lo que hasta ahora había sido la propiedad superficiaria,<sup>48</sup> o incluso, otro derecho de superficie sobre la misma vivienda,<sup>49</sup> cuyo objeto no sea la construcción sino su mantenimiento o

---

<sup>48</sup> Tema que será tratado más adelante en relación con la reversión de la propiedad superficiaria.

<sup>49</sup> Se nos plantea si es posible **el pacto de preferencia en la renovación del derecho de superficie**. En algunos sistemas del Derecho Comparado, se posibilita la existencia de un derecho del superficiario de preferencia a la renovación, consistente en un derecho condicionado a la conclusión de un contrato de superficie con un tercero. (Como en la aún vigente Ordenanza Alemana de 1919, señalado por Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag 409).

También en la Ley portuguesa de 1948, en su art. 24 se concede entre los derechos del superficiario, un derecho de preferencia para su nueva constitución, en el plazo de tres años, si éste se hubiera extinguido. Aunque, no se mantiene este derecho en la regulación del Código Civil portugués.

Y por lo que corresponde a nuestro derecho, ¿es posible el pacto de preferencia a la renovación, una vez extinguido el derecho de superficie? Entiendo que dicho pacto puede establecerse libremente por las partes en el contrato de constitución del derecho de superficie, al amparo del principio de autonomía de la voluntad pasando a formar parte dicho acuerdo, del contenido del derecho de superficie.

mejora.

Contraria a nuestros argumentos, la **STS de 6 de octubre de 1987**, no estima la posibilidad de prórroga en un derecho de superficie, por ser éste "un derecho real sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente" en nuestro caso la prórroga del derecho.<sup>50</sup>

#### B.- Situación en el Derecho Comparado.

Pero ¿qué es lo que ocurre en los sistemas vecinos? En el ordenamiento italiano, la doctrina,<sup>51</sup> acepta la existencia de prórroga. Su admisión se funda en que puede constituirse la figura a perpetuidad, y sobre todo, en que se da más importancia al vuelo, es decir, a la propiedad separada resultante que al derecho real de superficie según el cual nace dicha propiedad.

En el sistema francés, el artículo 251-1 párrafo 3º Code de la construction et de l'habitation,<sup>52</sup> dispone expresamente cómo el arrendamiento con facultad para construir no puede prorrogarse por tácita reconducción, ni se hace referencia alguna a la existencia

---

<sup>50</sup> **STS de 6 de octubre de 1987** (Rep. Aranz 6720). En dicha sentencia la Entidad superficiaria, construyó en base al derecho de superficie un complejo hotelero, por la duración de 17 años, y pasando, por consiguiente, a ser propietaria superficiaria del mismo. Dicha Sociedad solicitó la prórroga de la duración del contrato que estimase el juzgador precedente, mediante el pago del canon anual que asimismo se estimara apropiado. Todo ello en base a la cláusula <rebus sic stantibus>, en atención a la desorbitante desproporción de las prestaciones recibidas por las partes de acuerdo con lo convenido, "debido al advenimiento de circunstancias económicas en el transcurso del tiempo que hacen irritante el cumplimiento literal del contrato".

El Tribunal Supremo desestima ambas pretensiones, señalándose en el Cuarto Fundamento de Derecho que "por su carácter de derecho real, está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente... no dándose los requisitos exigidos por el ordenamiento y la doctrina legal para el éxito de los motivos del recurso".

<sup>51</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 268.

<sup>52</sup> Tomado del Code de la construction et de l'habitation, commenté et annoté, de Jean Hugot y Daniel Lepeltier. Edición. 1982. Paris.

de prórrogas legales. La razón de no admitirse tal prolongación según Saint-Alary,<sup>53</sup> se basa en que el fundamento y la obligación principal de este tipo de contrato, es la de construir y mantener la edificación por parte del inquilino. Una vez haya sido ejecutada dicha obligación y extinguido el contrato, no tiene razón de existir la prórroga. Esta argumentación se aproxima a la señalada por Porcioles en relación con el arrendamiento ad aedificandum de nuestro ordenamiento.

Otra cuestión es que la norma sea o no de ius cogens, es decir, que el límite temporal y la inexistencia de prórrogas sea fijado por el legislador imperativamente. No obstante, el art. 251-8 del citado Code, que establece expresamente cuales son "las disposiciones de orden público", no señala nada en relación con esta norma. Entendemos que al prohibir la prórroga por tácita reconducción, y la inexistencia de prórroga legal, no es posible la misma.

En cuanto al resto de tipos de arrendamiento hay que señalar, por un lado, que el arrendamiento enfiteúutico no es susceptible de tácita reconducción (art. 937-2º del Código rural), ni tampoco el arrendamiento comercial. En la concesión inmobiliaria, el art. 48 de la Ley de Orientación fundiaria de 1967 dispone que no podrá prolongarse por tácita reconducción, pero según la doctrina, se entiende que será posible su renovación y/o su conversión en un contrato de otro tipo, por ejemplo, un arrendamiento comercial.

En el derecho portugués la Lei 2030 de 6 de junio de 1948, tiene en cuenta la prórroga no sólo pensando en que ésta fuese solicitada por el superficiario sino también por el propietario del suelo. Así, se establece en su artículo 28- 2º y 3º, la posibilidad de prorrogar el derecho de superficie en dos situaciones diferentes: cuando el propietario del suelo quisiera eximirse del pago de la indemnización, puede libremente prorrogar dos o

---

<sup>53</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 5

más veces, y por tiempo no inferior a veinte años, siempre que el concedente lo notifique al superficiario con una antelación mínima de un año; o si la prórroga se hace por acuerdo de ambas partes, en ella debe estipularse el precio que tiene que pagar el superficiario.

En el Código Civil portugués, no se señala nada acerca de la prórroga del plazo de duración pactado.

Sin embargo, en la Lei dos Solos, el artículo 19 dedica dos párrafos a su regulación. Como norma general, establece que el plazo del derecho de superficie deberá fijarse en el acto de constitución, y puede prorrogarse por los periodos que fueren convenidos, salvo que el superficiario renuncie expresamente a su prórroga (art. 19-3º).<sup>54</sup>

A falta de acuerdo sobre el periodo de prórroga, se entiende que será por un periodo igual a la mitad del plazo inicial, salvo en los casos en que la Administración ponga fin al plazo, por necesitar el terreno para obras de renovación urbana u otros fines de interés público. (art. 19-4º).<sup>55</sup>

Por otro lado, la Lei Portaria nº 954/81 de 6 de noviembre señala, en su art. 8-1º, que las prórrogas serán siempre por plazos iguales al inicial, excepto cuando el precio ajustado sea anual o mensual. El párrafo 2º establece que en este caso las prórrogas no podrán ser superiores a veinte años, ni inferiores a un año.<sup>56</sup> De esta manera no sólo se

---

<sup>54</sup> Art. 19-3º. Lei dos Solos:

"O prazo do direito de superfície será fixado no acto de constituição, e pode ser prorrogado pelos períodos que forem convencionados, salvo nos casos em que o superficiário expressamente renuncie à prorrogação."

<sup>55</sup> Art. 19-4º Lei dos Solos:

"Na falta de convenção sobre o período de prorrogação, entende-se que ela se opera por um periodo igual a metade do prazo inicial, salvo nos casos em que a Administração, findo o prazo, necessitar do terreno para obras de renovação urbana ou outro fim de interesse público."

<sup>56</sup> Lei Portaria. N 954/81 de 6 de noviembre. Art. 8º:

1º.- As prorrogações serao sempre por prazos iguais ao inicial, excepto quando o

admite una prórroga sino varias.

A modo de conclusiones, considero que en nuestro ordenamiento el elemento esencial del derecho de superficie en ambas modalidades es la temporalidad (aunque sea posible la perpetuidad en la modalidad urbana común). No obstante mantengo que la admisión de prórrogas, fijadas con limitaciones, no desvirtúa el espíritu del derecho de superficie. Y ello porque la obligación principal del superficiario no es solamente la de edificar, sino también, la de mantener la propiedad separadamente del suelo durante el tiempo establecido en virtud del derecho de superficie. Todo ello a diferencia de lo que ocurre en el arrendamiento ad aedificandum, figura con la que se le ha equiparado por su afinidad, donde la obligación principal es la de construir, de manera que, una vez llegado el término por el que se pactó dicho contrato y habiéndose construido, no es posible su prórroga. Esta idea es la que se encuentra en la mente del legislador francés para desechar la "tácita reconducción", y entiendo que también la prórroga legal, en todos los tipos de arrendamientos (tanto con facultad para construir como enfiteútico) a través del cual nace el derecho de superficie, y en la concesión inmobiliaria.

Por otro lado, donde el legislador suele admitir la prórroga es en el ordenamiento italiano y en el portugués. En este último sobre todo en aquellos supuestos con fines urbanísticos, tanto para la creación de obras de renovación urbana como de creación de polígonos industriales. No dudamos en que es posible que la propiedad superficiaria

---

preço ajustado seja anual ou mensal.

2º.- Neste caso, as prorrogações nao poderao ser por prazos superiores a vinte anos nem inferiores a um ano. Diário da Republica. 6 de Novembro de 1981. I Serie. Nº 256. Pag. 2938 y ss.

Ley que como ya he señalado tiene sus orígenes en el Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de Maio, el cual en su art. 3º-2 señala que: "el plazo podrá ser renovado por voluntad del superficiario, una o más veces, en periodos no superiores al inicial ni inferiores a un año". Diário da Republica. 20 de Maio de 1976. I Serie Nº 118. Pag. 1140.

continúe en manos del que fue superficiario a través de otros tipos de contratos, donde tiene perfecta cabida tanto un arrendamiento, como incluso también un nuevo derecho de superficie (derecho del superficiario de preferencia a la renovación), aunque sólo con obligación de mantener, o mejorar, o reconstruir, o incluso, derribar y volver a construir la edificación ya existente (siempre teniendo en cuenta los términos pactados en el título constitutivo del derecho, según lo que ya hemos visto).

## II.- REVERSION DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA

### 1.- Fundamento de la reversión.<sup>57</sup>

#### A.- Regulación legal, posiciones doctrinales y jurisprudenciales.<sup>58</sup>

El elemento característico de la institución, junto con la nota de temporalidad y consecuencia de ella es la reversión del edificio que constituye la propiedad superficiaria, a manos del concedente o dueño del suelo sobre la cual se alza la construcción. Reversión que tiene lugar, cuando una vez extinguida la relación superficiaria, adquiere plena vigencia el principio de accesión.

Estas consideraciones se desprenden de la Exposición de Motivos de la Ley del Suelo de 1976, donde se señala que:

El derecho de superficie "representa también un mero estímulo para la movilización del suelo por los propietarios privados, que pueden así poner en el mercado estos bienes a disposición de los promotores sin renunciar a su recuperación futura con la revalorización correspondiente".

Continúa diciendo que "desde la perspectiva de los patrimonios públicos de suelo, el derecho de superficie, puede y debe ser un instrumento mediante el que, cada vez más, se procure que el derecho de propiedad sobre suelo urbano, una vez que entre en la esfera patrimonial de la Administración, no salga de la titularidad pública..."

Esta declaración, contenida en la Exposición de Motivos, aparece expresada en el art. 289-3º de la Ley del Suelo actual que, en términos idénticos al artículo 173-2º de la

---

<sup>57</sup> Vamos a utilizar dicho término, para hacer referencia al tránsito de la propiedad superficiaria de manos del superficiario a las del concedente o dueño del suelo. Pero teniendo en cuenta, como Roca señala, (Ensayo sobre el derecho de superficie. R.C.D.I. 1961. Pag. 50) que "el empleo de la palabra reversión es inadecuada, puede utilizarse en ciertos supuestos del derecho de superficie, 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."

<sup>58</sup> En base a la ley urbanística, no hay motivo para dudar, según los plazos existentes señalados con carácter imperativo para el Estado y las demás personas públicas, que la reversión tiene tal carácter. Mientras que es de carácter obligatorio para los particulares, cuando han pactado el derecho de superficie por tiempo determinado.

Ley del Suelo anterior, señala:

"Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho".

La ley urbanística está pensando en el aprovechamiento del suelo público por los particulares, pero "revirtiendo" con el transcurso del tiempo pactado a poder de la Administración.

La reversión es la consunción jurídica de la temporalidad del derecho de superficie, y por consiguiente, un elemento consustancial del mismo que no puede ser derogado por pacto expreso de las partes, en la modalidad urbanística, ya que se ha establecido imperativamente por el legislador.

La reversión de la propiedad superficiaria a poder del cedente del suelo, cuando se ha pactado por tiempo determinado, es también, el criterio adoptado por la Ley 434 de la Compilación Foral de Navarra, que señala que:

"cuando la superficie se hubiere establecido por tiempo determinado o bajo condición resolutoria, al vencimiento de éstos lo edificado revertirá a la propiedad, sin compensación o con ella según se haya pactado".

Roca Sastre, señala que "el tránsito de la propiedad de la edificación al dominus soli constituye un fenómeno semejante al de la accesión, pues si el derecho de superficie paralizó el efecto atributivo de ésta, la paralización fue por todo el tiempo de duración del derecho de superficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido éste recobra la accesión su poder de atribución, y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno".<sup>59</sup>

---

<sup>59</sup> Roca Sastre: Ensayo del derecho de superficie... Cit. Pag. 58.

En el mismo sentido opinan entre otros: Guilarte (El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966. Pag 286); Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 402) y De los Mozos (El derecho de superficie...Cit. Pag 339) quien

La Jurisprudencia, en las escasas sentencias existentes, ha recogido la aplicación de la reversión de la propiedad superficiaria al dominus soli, puesto que se había pactado un plazo de duración temporal del derecho.

Una de las primeras Sentencias que estableció como elemento consustancial al derecho de superficie la reversión, fue la **STS de 3 de julio de 1941**.<sup>60</sup>

En su Tercer Considerando se establece que "ya que la circunstancia de que estuviera construido en suelo ajeno el edificio, no priva de su carácter peculiar a la relación arrendaticio-superficiaria durante el plazo de su vigencia, ni mientras éste no transcurra pertenece en pleno dominio lo edificado al dueño del suelo".

En el mismo sentido, la **STS de 13 de febrero de 1942**,<sup>61</sup> sostiene que se ha constituido un derecho de superficie en el contrato celebrado entre las partes por que del mismo se infiere expresamente que:

"la señora V. lo cedía (el solar) en arrendamiento al señor A. por plazo de 99 años, contrayendo este señor las obligaciones que cabe resumir de... C) el edificio así construido pasaría a pleno dominio de la señora V. o a sus causahabientes sin pago de indemnización alguna al expirar el plazo aludido de 99 años."

Posteriormente, en la **STS de 26 de octubre de 1956**, el Tribunal no duda en admitir en su Segundo Considerando, la existencia de un contrato atípico de arrendamiento en el que se inserta un derecho de superficie, que recaé conjunta e inseparablemente sobre el terreno o solar arrendado y sobre el edificio levantado en él, supuesto en el que se debía declarar la extinción del mismo, el desalojo del solar y del vuelo construido sobre su

---

afirma que la reversión "es consecuencia directa del establecimiento del derecho de superficie y de su carácter temporal, por eso, a la extinción del derecho de superficie, por cualquier causa, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo construido, ipso iure, como consecuencia de la actuación del principio de accesión..."

<sup>60</sup> STS de 3 de julio de 1941 (Rep. Aranz. 891).

<sup>61</sup> STS de 13 de febrero de 1942 (Rep. Aranz. 424).

superficie.<sup>62</sup>

En el Cuarto Considerando se afirma que "se ofrece a la estimación del Juzgador la clara realidad de un contrato único, integrado por estipulaciones nuevas (carta contrato de 1932) y por otras antiguas (contrato de 1912) expresamente aceptadas por los contratantes, pero sin distinguir cuales tienen el carácter de principales y cuales el de accesorias, porque aún prescindiendo de que el contrato primitivo sólo sería prorrogable por cinco años que terminaban en 30 de junio de 1927, y que a pesar de tal pacto se produjeron otras prórrogas; lo cierto es que en la aludida carta, el contrato originario del año 1912, se dá por terminado en 30 de junio de 1932, con reversión por tanto, desde ese momento, a la propiedad de lo edificado, que era el cine construido, y posteriormente arrendado, y por tanto se contrató sobre objeto distinto..."

La Jurisprudencia relativa a la Compilación de Navarra, también ha aplicado la reversión tras la extinción del derecho. Así, la **STS de 1 de febrero de 1979**,<sup>63</sup> señala en su Tercer considerando que:

"hay que partir que en realidad al recurrente no le ampara una relación superficiaria y, además no cabe desconocer que con arreglo a la Ley 434 del Fuero Nuevo Navarro, la extinción del derecho real de superficie no determina el efecto que el recurrente postula en orden a la adquisición del pleno dominio del suelo mediante el pago del precio, sino cabalmente la contraria consecuencia de la reversión de los edificios a la propiedad, sin compensación o con ella, según se haya pactado".

El mismo sentido es el adoptado en sentencias de la Audiencia Provincial y Territorial de Navarra.<sup>64</sup>

---

<sup>62</sup> **STS de 26 de octubre de 1956** (Rep. Aran. 3414). En dicha sentencia se estudia la existencia:

- de un contrato de arrendamiento con derecho de superficie de fecha 1912, y al que hacemos referencia en el texto por dejar claro la sentencia que en dicho caso si existiría la reversión, y - por otro lado, la existencia de un contrato de arrendamiento puro y simple realizado a través de una carta-contrato, objeto de la litis, de fecha 1932 en el que se establecen otras obligaciones alejadas del derecho de superficie. Pero, como a continuación transcribimos, al pactarse un nuevo contrato, y extinguirse el anterior, se producía la reversión de la propiedad del Cine a la cedente del solar, aunque con posterioridad sobre el mismo se haya realizado un arrendamiento puro y simple.

<sup>63</sup> **STS de 1 de febrero de 1979** (Rep. Aranz. 420).

<sup>64</sup> **S. Aud. Terr. de Navarra de 12 de abril de 1977**: "Aunque hubiera de partirse de la existencia de un derecho de superficie sujeto a las leyes 427 y siguientes de la Compilación, no podría llegarse a otra conclusión que la de reconocer que todas las edificaciones queden en beneficio de la finca en su día arrendada, porque, arruinado el

## B.- Posición del Derecho Comparado

En el derecho italiano, y en concreto en el art. 953 del Codice Civile, se establece la extinción del derecho por transcurso del tiempo, (siempre que se haya pactado por un plazo determinado, -no olvidemos la posibilidad de otorgar un carácter perpetuo al derecho de superficie). Dicho precepto dispone que tras el transcurso del término pactado, el derecho de superficie se extinguirá, y, el propietario del suelo, se convertirá en propietario de la construcción.<sup>65</sup>

La doctrina italiana que ha tratado en profundidad el tema,<sup>66</sup> es coincidente en afirmar que tras la extinción del derecho de superficie por cualquier causa, hace revivir el principio de accesión, y se producirá la adquisición de la construcción superficiaria por el

---

negocio de aserradero o serrería montado en la parcela arrendada, cesando en su explotación y en el arrendamiento, la conjugación de la ley 428, apartado 2º en especial y la ley 434, no existiendo otro pacto, hace que por la cesación del derecho de superficie lo edificado revierta a la propiedad".

**S. Aud. Prov. de Navarra de 30 de abril de 1986:** "El derecho de superficie otorgado a los copropietarios de la trilladora y de la nave litigiosa no se sometió a plazo alguno de duración, pero al concederse a aquéllos condóminos para la construcción de la cubierta y la guarda en ella de la máquina común, quedó condicionado a la subsistencia de la comunidad cuya disolución y división se demanda, al amparo de lo dispuesto en la ley 374 del Fuero Nuevo, actuando su extinción como condición resolutoria implícita del derecho en cuestión, cuyo cumplimiento faculta a la dueña del suelo a hacer suya no por accesión, pero si por reversión, conforme a lo dispuesto en la ley 434 del Fuero Nuevo la propiedad de dicha nave sin compensación alguna, aunque por coherencia con el suplico de su demanda haya de establecerse la misma".

Ambas sentencias están tomadas de la obra de De Pablo Contreras y otros: Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho Histórico Concordancias y Jurisprudencia. Pamplona. 1988. Pags. 527 y 528.

<sup>65</sup> Art. 953 Codice civile: *Costituzione a tempo determinato*

"Se la costituzione del diritto è stata fatta per un tempo determinato, allo scadere del termine il diritto di superficie si estingue e il proprietario del suolo diventa proprietario delle costruzione".

<sup>66</sup> Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 52; Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 605; Cendon: Superficie... Cit. Pag. 269.

propietario del suelo.<sup>67</sup>

Salis expresamente señala que tras el transcurso del plazo de duración del derecho, éste se extingue, y la accesión no puede ser obstaculizada con la presencia de otro *ius aedificandi*, operando automática y libremente la expansión del dominio del *dominus soli*.<sup>68</sup> No obstante, como la doctrina señala,<sup>69</sup> tal disposición no tiene carácter imperativo, por lo que las partes, en el contrato constitutivo del derecho de superficie, pueden prever otras soluciones válidas.

---

<sup>67</sup> Aunque también señalan la posibilidad de que no haya nada que revertir, pues puede que la construcción no se haya realizado durante el transcurso del tiempo del derecho de superficie, o por que haya perecido.

La Ley del Suelo declara la extinción automática del derecho de superficie, como causa principal, en el supuesto de que "no se haya edificado en el plazo previsto en el Plan o en el convenido, si fuere menor.." (art. 289-1º). En la práctica la edificación deberá realizarse dentro del plazo marcado en la licencia urbanística, de manera que si éste se incumple se extingue el derecho a edificar (arts. 33 a 36 L.S).

En leyes anteriores se establecía el plazo de 5 años.

No obstante esta limitación también afecta a los derechos de superficie no pactados dentro de las normas de la ley urbanística, pues en todo caso para llevar a cabo la edificación deberá solicitarse la respectiva licencia urbanística, y, por consiguiente, ajustarse al plazo previsto en ella.

Y todo ello porque el propietario del suelo urbano recibe en el contenido de su derecho de propiedad un conjunto de facultades que le permiten edificar y apropiarse de lo edificado dependiendo del cumplimiento de sus deberes urbanísticos. De manera que en base a la Ley del Suelo, sólo adquiere la facultad edificatoria tras la adquisición del derecho a urbanizar y del derecho al aprovechamiento urbanístico, y sólo el derecho a lo edificado por la ejecución de la licencia de obras en tiempo y forma y la adecuación de lo edificado a la propia licencia, a las normas contenidas en los Planes y a la legislación urbanística.

<sup>68</sup> Salis (Superficie. (Dititto vigente). *Novissimo Digesto Italiano*. 1957. Pag. 952) continúa manteniendo que, en caso de que exista una cláusula según la cual a la extinción del derecho de superficie el *dominus soli* no adquiera la propiedad de la construcción, al superficiario deja de considerársele propietario de una propiedad superficiaria, convirtiéndose en una propiedad separada sobre la construcción. Dicha propiedad tendría una duración igual a la del periodo de existencia de la cosa construida. No debemos olvidar que Salis únicamente configura el derecho de superficie como un *ius aedificandi* y no como un derecho a mantener la construcción superficiaria.

<sup>69</sup> Quaranta y Preden: *Superficie...* Cit. Pag 52; Pugliese: *Superficie...* Cit. Pag. 605 y Cendon: *Superficie...* Cit. Pag. 269.

En el derecho francés, y, en concreto, en el arrendamiento para construir, se establece expresamente, en el art. 251-2 del Code de la construction et de l'habitation, que las partes convendrán sus respectivos derechos de propiedad sobre las construcciones existentes, y sobre las construcciones edificadas. A falta de dicho pacto, el arrendador deviene propietario al final del arrendamiento beneficiándose de las mejoras.<sup>70</sup>

Profundizando en el estudio de este tipo de contrato vemos como en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de 27 de mayo de 1964,<sup>71</sup> se establecían las siguientes derogaciones al principio de reversión de la construcción a manos del arrendador:

- Las construcciones pasarán a ser propiedad del arrendador del terreno por accesión diferida y sin indemnización.

-El arrendador deberá pagar todo o parte del valor de las construcciones a la expiración del arrendamiento.

-El arrendamiento podrá, en el momento de su finalización, convertirse en una copropiedad entre el arrendador y el inquilino, lo que supondrá la realización de una asociación entre el propietario del suelo y el constructor.

- El inquilino podrá convertirse en propietario del terreno, si se introdujo dentro del contrato una cláusula de venta del terreno, o también, en arrendatario del mismo, a la expiración del arrendamiento.

De manera que, la disociación del derecho de propiedad, resultante de un

---

<sup>70</sup> Art. 251-2 C. constr et hab:

"Les parties conviennent de leur droits respectifs de propriété sur les constructions existantes et sur les construction édifiées. A défaut d'une telle convention, le bailleur en devient propriétaire en fin de bail et profite des améliorations".

<sup>71</sup> Hugot y Lepeltier: Code de la construction...Cit. Pag. 119.

El arrendamiento con la facultad de construir es un contrato, creado por la Ley de 1964, que fue intruducida junto con el reglamento que la desarrolla dentro del Code de la construction et de l'habitation, pasando a formar parte de los arts. 251-1 a 251-9.

arrendamiento con facultad para construir, puede finalizar en la sola y exclusiva propiedad del inquilino-superficiario tanto sobre el terreno, como sobre las construcciones que él ha edificado.

El fundamento de estos posibles pactos se encuentran, a mi juicio, en que según la relación detallada que se realiza en el art. 251-8 del Code de la construction et de l'habitation la norma incluida en el art 251-2 no es de "orden público". Las partes gozan de una gran libertad, para la mejor realización de la operación de construcción proyectada. Saint-Alary señala que al no ser declaradas de "orden público" ciertas disposiciones, no participan de la esencia misma del arrendamiento con facultad para construir, lo que significa que el contrato no podrá gozar de tal calificación, y que sin ser nulas, no pueden beneficiarse de las ventajas fiscales que el legislador en la ley de 16 de diciembre de 1964 ha reservado únicamente a los arrendamientos que presentan las características esenciales de un arrendamiento para construir.<sup>72</sup> De esta forma se posibilitan en cierta medida, diferentes tipos de arrendamiento para construir.<sup>73</sup>

Por lo que respecta a los demás tipos de arrendamientos, hay que señalar que, la propiedad de las edificaciones se confiere también únicamente por el periodo de duración del arrendamiento y de la concesión, pasando a ser propiedad del dueño del suelo, arrendador o concedente, al término de tales derechos.

---

<sup>72</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 2

<sup>73</sup> Tales como:

- Arrendamiento para construir ordinario dentro de una operación urbanística.
- Arrendamiento para construir con transferencia del terreno al inquilino.
- Arrendamiento con cláusula en la que se establece la mitad del precio del arrendamiento, que esconde una fracción de precio de terreno.(Arrendamiento-venta).
- Arrendamiento con promesa unilateral de venta del terreno por parte del arrendador que puede ser una venta bajo condición suspensiva del pago del precio. (A través de este contrato se podrá beneficiar del régimen fiscal reservado sólo para los arrendamientos para construir).

En el derecho portugués también tiene lugar la reversión de lo edificado al dueño del suelo. Así, la Ley 2030 de 6 de junio de 1948, dedica dos artículos, el 26 y el 27, a su regulación. En el primero se establece la indemnización que el concedente debe satisfacer al superficiario, y el artículo 27, regula la reversión en si misma.

El apartado primero del art. 27 recoge los casos en que el derecho de superficie revierte al dueño del suelo sin que éste tenga que indemnizar (si el superficiario no ha construido el edificio, o no tiene las características acordadas, o si en caso de destrucción del edificio el superficiario no hubiera reconstruido).

En su apartado segundo, se establece que el propietario del suelo sólo puede obtener la reversión mediante el pago de "justa indemnización" en estos dos supuestos: cuando el edificio no tiene las características acordadas pero la diferencia no es sustancial, y cuando el superficiario no ha pagado el canon dos años consecutivos.<sup>74</sup>

Por otro lado, en el Código Civil portugués no hay ninguna norma que mantenga la reversión. Se dá por supuesto o al menos se infiere, a sensu contrario, de su artículo 1538, cuando establece que la extinción del derecho de superficie tendrá lugar por el transcurso del plazo al constituirse por cierto tiempo, y que, una vez transcurrido el periodo fijado, el superficiario tendrá derecho a que se le indemnice siempre que éste no haya deteriorado la construcción. De lo que consideramos que el Código Civil también mantiene que la construcción pasa a propiedad del concedente del derecho.

En el mismo sentido, la Lei dos Solos, al prever la duración y prórroga del plazo, establece la reversión de la propiedad al superficiario. Ocurre lo mismo con las leyes

---

<sup>74</sup> Por ultimo, los siguientes apartados, señalan la posibilidad de reversión de la propiedad superficiaria por declaración judicial, o que la facultad del concedente de la reversión de dicha propiedad se pueda ejercer sin perjuicio de otras sanciones aplicables en términos generales.

posteriores y decretos dictados para la creación de polígonos industriales.

## 2.- Existencia del pacto de adquisición del suelo por el superficiario

En nuestro ordenamiento jurídico, la extinción del derecho beneficia, en principio, al concedente del mismo, ya que las reglas de la accesión recobran todo su vigor pasando a ser de la propiedad del dueño del suelo las construcciones superficiarias.

Pero la pregunta que cabe hacer a continuación, tras el estudio de lo establecido en el ordenamiento francés, es si es posible que el superficiario adquiriera la propiedad del suelo, como así se preveía en el Proyecto de Ley de 12 de mayo de 1956.<sup>75</sup>

La Rica<sup>76</sup> mantenía, al comentar el Reglamento Hipotecario, y tras señalar la amplia libertad de pactos que las partes pueden estipular, que el superficiario se quede con la propiedad superficiaria en concepto de dominio, indemnizando al propietario el valor del suelo.

Con buen criterio, a mi entender, el legislador urbanista (tanto de 1956, como el de 1976) negó esta posibilidad en su modalidad configurando, por consiguiente, uno de los elementos esenciales del derecho de superficie.<sup>77</sup> La Ley del Suelo actual continúa en la

---

<sup>75</sup> Esta facultad era reconocida por el Proyecto de Ley, previo a la Ley de 1956: El art. 175-3º establecía que "podrá otorgarse al superficiario facultad para adquirir la propiedad del suelo, mediante pago de su valor en el momento en que se efectuare la transmisión del mismo". Boletín Cortes españolas. 1955, Nº 499. 23 de mayo de 1955. Pag. 9727.

Posteriormente, este párrafo desapareció, recogiendo únicamente en la Ley los dos primeros párrafos que tratan de los derechos de tanteo y retracto del concedente y del superficiario y que serán tratados más adelante.

<sup>76</sup> La Rica y Arenal: Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T.II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1976. Pag. 28.

<sup>77</sup> No olvidemos que el fundamento de la figura reside en la cesión del suelo y la utilización de la figura con un carácter social, y no, en un tipo de leasing inmobiliario cuya finalidad fuese dar facilidades para la construcción de viviendas en suelo ajeno, y posteriormente, el propietario de las mismas se hiciese dueño del suelo. Además el interés

misma línea.

No obstante, cabría preguntarse si la introducción de tales pactos supondría o no la desnaturalización de la figura, o lo que es lo mismo, si tal pacto tiene cabida en la modalidad urbana común.

El Tribunal Supremo en la Sentencia de 1 de febrero de 1979,<sup>78</sup> señala únicamente que:

"no cabe desconocer que con arreglo a la Ley 434 del Fuero Nuevo navarro, la extinción del derecho real de superficie no determina el efecto que el recurrente postula en orden a la adquisición del pleno dominio del suelo mediante el pago del precio, sino cabalmente la contraria consecuencia de la reversión de lo edificado <a la propiedad, sin compensación o con ella, según se haya pactado >".

Sin embargo, no nos ayuda para llegar a la conclusión de si es posible o no el pacto de adquisición del suelo por el superficiario.

Considero que dentro del contenido del derecho de superficie, en su modalidad urbanística no es posible la existencia de tal pacto, pues el elemento esencial y consustancial del mismo es la reversión de la propiedad superficiaria a manos de la Administración. Esto significa, por un lado, que, tras la extinción del derecho de superficie, las reglas de la accesión, que fueron temporalmente derogadas -debido a la concesión del derecho-, vuelven a entrar en vigor.

Pero, por otro lado, esto no significa que los particulares no puedan acordar dicho pacto, como por ejemplo, una venta del propietario del suelo al superficiario del terreno. Si los particulares pactan la adquisición del suelo por el superficiario, en base al principio de la autonomía de la voluntad, estarían realizando en cierta medida un derecho de superficie con

---

de la Administración se centra en que el suelo sobre el que se concede el derecho de superficie de carácter patrimonial no salga de su propiedad.

<sup>78</sup> STS de 1 de febrero de 1979 (Rep. Aranz. 420).

opción a compra. Diversidades que caben no sólo al amparo de la autonomía de la voluntad, sino que como ya vimos en su momento,<sup>79</sup> están incluso posibilitadas por el art. 16-1 del Reglamento Hipotecario.

Es posible que se pacte no sólo la adquisición del suelo por el superficiario, sino también la no reversión de la propiedad superficiaria al concedente,<sup>80</sup> o su reversión a un tercero, o, como veremos a continuación, el supuesto de reversión parcial.

En el Derecho Comparado, y, únicamente en los supuestos de modalidad urbanística que a continuación vamos a ver, se facilita la obtención del suelo por el superficiario.

Así, en el Derecho francés, -únicamente cuando el derecho de superficie nace a través del arrendamiento con facultad para construir-, se posibilita el pacto, por el cual, el arrendatario al término del contrato se hace propietario del terreno del arrendador. La base se encuentra en el art. 251-2 del Code de la construction et de l'habitation que admite la validez de todo acuerdo contrario al principio por él señalado.<sup>81</sup>

En el Derecho portugués, sólo la Ley de 6 de junio de 1948, prevé en su art. 25, el derecho del superficiario a adquirir la propiedad del suelo en determinadas condiciones.<sup>82</sup>

Sin embargo, ni el Código Civil actual, ni la Lei dos Solos, ni la Lei Portaria, donde se

---

<sup>79</sup> Vid. Cap. III.

<sup>80</sup> Gullón (El contenido de la relación... Cit. Pag. 231) destaca la libertad que tienen las partes para pactar solamente que a la terminación del derecho de superficie la propiedad del suelo no pasará al propietario de éste. Señala que "nace así, en este momento, no antes, una propiedad separada, porque el dueño se obliga propter rem a transmitir la propiedad de la edificación al "ex superficiario". Para que dicha propiedad continúe en manos del superficiario "se requiere un acto de transmisión, ya que el pacto inicial contenido en la superficie no puede suponer una continuación de la derogación de los efectos de la accesión..."

<sup>81</sup> Saint-Alary: Bail à construction. Cit. Pag. 3 y 7.

<sup>82</sup> Art. 25-1º: "Do título de constituição do direito de superficie podem constar: c) O direito de o superficiário adquirir a propriedade do solo em determinadas condições."

regula el derecho de superficie para la creación de polígonos industriales, se señala nada en relación con dicho pacto.

En conclusión podemos observar, cómo en el Derecho Comparado, en las leyes que regulan la modalidad urbanística, se trata o, de una excepción, en el caso del arrendamiento con facultad para edificar, o, la disposición actualmente no se recoge al tratar el derecho de superficie, como ocurre en el derecho portugués. A mi modo de ver, la admisión de tal pacto como posible contenido del derecho de superficie, en su modalidad urbanística, es únicamente una excepción del "bail à construction", en cuyo caso deja de ser un derecho de superficie y se convierte en un arrendamiento simple sin los beneficios fiscales otorgados a esa figura, y también de la ley portuguesa de 1948.

En nuestro ordenamiento no es posible la obtención del suelo por el superficiario, en la modalidad urbanística, puesto que no es esa, precisamente, la finalidad que el legislador pretende con esta figura. Además sería necesario la desafección de su carácter público. Lo cual no significa que no sea posible un contrato de derecho de superficie, pactado entre particulares, al amparo de la autonomía de la voluntad, donde se disponga la adquisición del suelo por el superficiario, además de los otros pactos a los que nos hemos referido.

### **3.- Reversión parcial**

El art. 16-1º apartado b) del Reglamento Hipotecario,<sup>83</sup> alude a la posibilidad de que, mediante pacto, se constituya el derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado, justificado por el antecedente que existía en el precepto 158-3º de la Ley del

---

<sup>83</sup> Art. 16-1º Reglamento Hipotecario:

b).- Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido".

Suelo de 1956.<sup>84</sup>

Según de los Mozos,<sup>85</sup> la razón de esta reversión parcial podría encontrarse en que "el legislador, haya tenido en cuenta ciertas circunstancias que pueden presentarse, en relación con la utilidad práctica del derecho de superficie, así por ejemplo, destino de lo construido a viviendas, en todo o en parte de carácter social, y por ello, se autoriza que contractualmente se modifique lo que constituye una consecuencia, que es conforme a la naturaleza de las cosas, y que de realizarse en una proporción muy elevada, desnaturaría el propio derecho de superficie".

En la misma línea hay algunos autores que son defensores del contrato atípico de cesión de superficie con reversión parcial de lo edificado.<sup>86</sup>

La formulación de este supuesto consistiría en que mientras se construye el edificio se constituyese un derecho de superficie de plazo corto y con reversión parcial, y una vez concluido, se constituye en Régimen de Propiedad Horizontal, desapareciendo el derecho de superficie hasta entonces existente "por agotamiento de su finalidad". Como contraprestación a la concesión del derecho de superficie, se pacta expresamente a favor del concedente, la atribución o reversión en propiedad horizontal definitiva de determinadas

---

<sup>84</sup> Art. 158-3º de la Ley del Suelo.

"Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez".

<sup>85</sup> De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 339.

<sup>86</sup> García-Arango y Díaz-Saavedra: El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 510. Sobre la permuta de solar por derecho de vuelo vid. Merino Hernández: El contrato de permuta. Tecnos. Madrid. 1978.

plantas, locales o plazas de garaje del edificio a construir.

Esta fórmula resulta interesante para el constructor desde el punto de vista económico, ya que le evita los desembolsos por la compra del solar, concentrando el esfuerzo financiero únicamente en la construcción.

También Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos,<sup>87</sup> admiten la posibilidad de constituir un régimen de propiedad horizontal, formado tras la reversión de parte de los pisos al dueño del suelo quedando los restantes en poder del superficiario. Aunque señalan que es justo lo contrario lo que prevé el art. 172-3º de la Ley del Suelo de 1976, que exige la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo.<sup>88</sup> Y que con idéntico contenido es recogido por el actual art. 288-3º de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992.

En el derecho portugués, sin embargo la Ley de 1948, en su art. 29, establece que el superficiario no podrá apropiarse, en caso de reversión o extinción de su derecho, de partes integrantes del edificio.<sup>89</sup>

Del estudio realizado, se desprende que en base a las leyes urbanísticas no es posible que la Corporación Local y demás personas públicas realicen este contrato, pues se establece la obligación de reversión total de la propiedad superficiaria, y además, no encaja con su finalidad de fomento en la construcción de viviendas o para otros usos de interés social. Y no creo que a la Administración le interese desafectar el suelo público

---

<sup>87</sup> Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad... Cit. Pag. 425.

<sup>88</sup> Ley del Suelo de 1976:

Art. 172-3º: "...o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiere pactado al constituir el derecho de superficie".

<sup>89</sup> Art. 29 "O superficiário nao pode epropriar-se, no caso de reversao ou de extinção do seu direito, de partes integrantes do edificio".

para la obtención de parte de la propiedad superficiaria, teniendo en cuenta que la va a conseguir a la finalización del plazo de constitución del derecho.

Sin embargo, considero que los particulares, en la modalidad urbana común, si pueden pactar tal contrato atípico.<sup>90</sup>

Con ello, en definitiva, se reafirma el carácter esencial de las notas más típicas del derecho de superficie actual, como son: la temporalidad, la reversión de la construcción superficiaria al término del derecho, y, sobre todo, la construcción y el mantenimiento de la edificación superficiaria en suelo ajeno. Por lo que admitir este contrato atípico, a mi juicio, en modo alguno supondría desvirtuar la figura, sino que estaría compuesto de notas diferentes a las propias del derecho de superficie. (No olvidemos que en la figura que se propone, existe sólo parcialmente la edificación en suelo ajeno, pues ya se sabe que a muy corto plazo 5-10 años, el constructor va a tener que cambiar el suelo por parte del vuelo, como alguna planta o local).

En conclusión, entiendo que como todo contrato atípico, nace como consecuencia de su aplicación práctica y utilidad social. Aunque no creemos que el legislador urbanista, al regular el derecho de superficie pensara en el otorgamiento de facilidades sobre todo fiscales, (aunque desde la ley de 1976, y actualmente, en la de 1992 éstas se establecen),<sup>91</sup> para la construcción en beneficio de intereses privados como parece ser la

---

<sup>90</sup> Entiendo por contrato atípico el que presenta diferencias notables con el regulado por la ley, y que es utilizado por las partes para unos fines concretos ante las nuevas necesidades del tráfico. En este caso el contrato típico establece la reversión total de lo edificado, sin embargo, debido a las nuevas realidades económicas es posible pactar la reversión parcial como situación atípica.

<sup>91</sup> Los beneficios financieros y fiscales concedidos por la Administración vienen recogidos en el art. 174 de la L.S que establece que "gozará de las ventajas que se establezcan reglamentariamente en la concesión de calificaciones, préstamos y ayudas previstas en la legislación protectora de viviendas". (Art. 11 del Texto Refundido de Viviendas de Protección Oficial, y el art. 16 del Real Decreto-Ley de 21 de octubre y

finalidad de esta figura atípica, sino promover el desarrollo inmobiliario, sobre todo, en terrenos públicos.

Un problema conectado con la reversión, es la posibilidad de pacto entre las partes, consistente en la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto como duración del derecho. Al ser la reversión un elemento consustancial una norma de carácter imperativo, en la modalidad urbanística, tal y como ya hemos argumentado, no es posible, a mi juicio, el pacto de demolición de la construcción, ni cabe tampoco concretar la pertenencia de los materiales tras la destrucción de la propiedad superficiaria.<sup>92</sup> Pactos que si pueden ser válidos en la modalidad urbana común.

Lo que si cabe, en base al principio de la autonomía de la voluntad de las partes, es el supuesto contrario, es decir, la restauración de la propiedad superficiaria (construcción preexistente) a cargo del superficiario antes de la extinción del derecho por el transcurso del tiempo. En este caso, cabría pactarse una indemnización a favor del superficiario por los costos de la reconstrucción pactada cuya ventaja está en que el superficiario no dejará en ningún momento de mantener en buen estado la edificación aunque se vaya acercando el término o plazo de duración previsto en el título constitutivo.

---

concordantes de la legislación del Impuesto sobre transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados).

Y en la actual Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, que establece en su art. 290 que "la concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos".

<sup>92</sup> La cuestión se suscita porque en el derecho italiano, en cambio, si es posible pactar que la construcción se demuela y que los materiales sean del superficiario. Todo ello como consecuencia de la configuración del derecho como creador de una propiedad separada, generalmente con carácter perpetuo, desligada totalmente del suelo sobre el que se alza. El pacto expreso de las partes deberá contenerse en el contrato de constitución del derecho, y ello porque puede perjudicar a terceros.

En una situación intermedia se encuentra el derecho francés, pues, como ya hemos señalado, la reversión de la propiedad de la construcción a manos del arrendador no constituye una norma de carácter imperativo, aunque, parece que en la mente del legislador no ha estado presente en ningún momento otorgar al inquilino la posibilidad de demoler el edificio superficiario objeto y fundamento del arrendamiento para construir.

En el ordenamiento portugués no se señala nada al respecto.

#### **4.- Pacto de conversión del derecho de superficie en arrendamiento.**

El estudio de este punto se encuentra en conexión con la inexistencia de una disposición, en nuestra regulación urbanística, que establezca la prórroga de la propiedad superficiaria. Sin embargo, un criterio práctico de mayor utilización de la figura, a mi juicio, sería la admisión de la conversión del superficiario en arrendatario, tras la reversión de la propiedad, solucionándose, por otro lado, el tema anteriormente estudiado de la prórroga. No sería equitativo, que a la extinción del derecho urbanístico de superficie por término de plazo, y su consiguiente reversión a la administración, se adjudicasen las viviendas a otros sujetos, en concepto de arrendamiento. Tampoco descartamos el supuesto de creación de un nuevo derecho de superficie, tras la finalización del primero o incluso la venta de la propiedad superficiaria y del suelo (aunque esto nos parece más difícil en la modalidad urbanística siguiendo el criterio del legislador).

Todos estos contratos -posibles al amparo de la autonomía de la voluntad, y, por consiguiente, posibles en el ámbito civil- surgirían tras la finalización del derecho de superficie, y aunque no afectan al estudio de la institución, sí resuelven posibles situaciones sociales, y en mayor medida, en relación con la Administración, cuyo fin es la creación del derecho de superficie "con destino a la construcción de viviendas o a otros usos de interés social".

De este modo, entiendo que, es posible que las partes pacten, en ambas modalidades, la conversión del superficiario en arrendatario, tras la finalización del plazo de duración del derecho y la reversión al dueño del suelo de la propiedad superficiaria.<sup>93</sup> La razón de la admisión de este supuesto estriba en que la misma conversión de superficiario (propietario temporal de la construcción) en arrendatario (titular de una relación obligatoria), significa que la reversión ya se ha producido, y por consiguiente, el superficiario ha dejado de ser el propietario temporal de la construcción superficiaria.

En conclusión, tras la extinción del derecho de superficie, y siguiendo las disposiciones de carácter imperativo formuladas por la ley urbanística u obligatorias pactadas por los particulares, la propiedad superficiaria revierte al propietario del suelo (pues aunque se hubiera pactado prórroga o un nuevo derecho de superficie, al fin siempre la construcción será propiedad del concedente del derecho).

---

<sup>93</sup> Por ejemplo, en el PLAN 18.000: "...el Ayuntamiento podrá autorizar al superficiario a permanecer en la ocupación, bajo el régimen de arrendamiento o similar, siempre que tal situación sea coherente con la finalidad de esta actuación municipal."

### III.- ONEROSIDAD O GRATUIDAD EN EL DERECHO DE SUPERFICIE

#### 1.- Introducción

La doctrina, no sólo española sino también extranjera, entiende que el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso (venta, permuta..), o, a título gratuito (donación, legado). Se ha venido considerando la onerosidad como un derecho del concedente, denominado "derecho a la contraprestación".<sup>94</sup> Su origen se encuentra en la tradición histórica, al haber nacido unido al contrato de arrendamiento, donde la principal obligación del arrendatario, y, por consiguiente, derecho del arrendador, es la obtención de la renta a cambio del goce de la cosa arrendada, y al censo enfiteútico, donde una obligación del titular del censo era la de pagar el canon.

El derecho a la contraprestación podía y puede pactarse de múltiples formas, pero debemos señalar que aunque consiste generalmente en el pago de un precio (suma alzada única, canon periódico), en caso de que se constituya a través de permuta, regirán las reglas de la misma.

No obstante, hoy el canon no es un requisito esencial en el derecho de superficie, y así, lo ha puesto de manifiesto tanto las disposiciones urbanísticas, como la doctrina.<sup>95</sup> Las partes quedan en libertad para pactar, o no, la contraprestación.

Por último hemos de exponer como la Jurisprudencia, en un primer momento utilizó dicho requisito para reconducir la institución superficiaria al arrendamiento, cuando ambas eran confundidas.<sup>96</sup>

---

<sup>94</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 47.

<sup>95</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag 265, De los Mozos: El derecho de superficie...Cit. Pag. 333.

<sup>96</sup> Así, la **STS de 3 de julio de 1941** (Rep. Aranz. 891), señala que: "la relación jurídica constituida, por la que se cedió el uso de un solar mediante retribución periódica -

## **2.- Objeto de la contraprestación en el Derecho español. Exposición y comparación con la situación en Derecho Comparado.**

A lo largo de las diferentes leyes urbanísticas que se han ocupado del tema, se ha mantenido esencialmente el carácter oneroso de la institución,<sup>97</sup> pero sin desconocerse su constitución de forma gratuita, aunque esta no se expresaba legalmente (pues podía inferirse a sensu contrario de la letra del artículo).

Así, la primitiva Ley del Suelo de 1956, señalaba en el art. 158 apartado 3º que:

"cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en la concesión de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en varias de estas modalidades a la vez".

Por otro lado, el art. 16-1º del Reglamento Hipotecario en su apartado b) señala la obligación de "determinar el canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido".

El canon periódico al que se hace referencia, debemos suponer que es un canon dinerario, y así se constituye generalmente, salvo que expresamente se disponga otra cosa.<sup>98</sup> El importe del canon deberá determinarse expresamente en el título constitutivo,

---

solarium- con permiso de edificación, se aprecia sin duda alguna que se trata de un arrendamiento en el que se ha injertado un derecho de superficie, con soldadura tan íntima en un sólo nexo que sería inútil pretender que se mantuviera su sustancia jurídica separando los elementos componentes de naturaleza generalmente personal por lo que se refiere al arriendo, y a la vez de naturaleza real, propia del derecho de superficie...".

<sup>97</sup> Con carácter previo a la determinación del contenido de la prestación se establece en la Ley del Suelo un límite mínimo para el caso en que la superficie se constituyese por una entidad pública a título oneroso. En esta hipótesis el valor mínimo de la contraprestación del superficiario será equivalente "al valor urbanístico del aprovechamiento real" que corresponda al bien dado en superficie, tal y como previene el art. 284-1 LS (con carácter de norma subsidiaria a la de las Comunidades Autónomas). Prats Albentosa: Derechos reales y Derecho Inmobiliario registral... Cit. Pag. 599 y 600.

<sup>98</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 385) afirma que "no hay dificultad en admitir que este canon pueda ser en dinero o en frutos, por aplicación

haciéndose referencia a la cantidad a liquidar, por parte del superficiario, durante la existencia del derecho, así como, la forma y los plazos del pago del canon.<sup>99</sup> Igualmente, puede pactarse un aumento progresivo del mismo, e incluso pactar una cláusula de estabilización.<sup>100</sup> De esta forma no se llegaría a plantear el problema contenido de la **STS de 6 de octubre de 1987**.<sup>101</sup>

---

del artículo 1.613 del Código Civil. Debiendo entenderse por frutos los que se puedan ocasionar con motivo de la construcción realizada".

<sup>99</sup> Por ejemplo: "CANON DEL DERECHO DE SUPERFICIE. La contraprestación por la cesión del derecho de superficie sobre las parcelas objeto de esta convocatoria será de nueve mil (9.000) pesetas por cada metro cuadrado de superficie de la parcela.

FORMA DE SATISFACER EL CANON. El superficiario podrá satisfacer el canon de cualquiera de las formas siguientes:

a).- Pago al contado.

b).- Pago diferido.

En todo caso en el momento de la firma del contrato privado de cesión del derecho de superficie se entregará como mínimo el 25% del canon, mediante cheque bancario.

En caso de pago diferido de la cantidad aplazada, que no superará el 75% del total del canon, será satisfecha en un máximo de dos años desde la firma del contrato.

Incluirá el principal y los intereses correspondientes a una tasa del 14% anual y se instrumentará mediante efectos comerciales aceptados y avalados por entidad bancaria."

ARPEGIO (Áreas de Promoción Empresarial. S.A.)

Cesión del derecho de superficie sobre parcelas del área de producción de la "Ciudad de la Imagen" destinadas a la implantación de la industria audiovisual.

<sup>100</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 47 y 48.

<sup>101</sup> **STS de 6 de octubre de 1987** (Rep. Aranz. 6720). Supuesto en el que tras haberse pactado la prórroga de un derecho de superficie entre un particular a favor de una Sociedad que construyó un complejo hotelero y fundamentándose "en el aumento de valor de las edificaciones y la diferencia entre los cánones percibidos y lo que realmente podría haber obtenido como renta arrendaticia por alquiler de temporada de verano". Se pretendía que "el principio de equidad o aplicación de la cláusula rebus sic stantibus como igualmente cualquier fórmula correctora de la simplista aplicación de la regla pacta sunt servanda, en atención a la desorbitante desproporción de las prestaciones recíprocas de las partes de acuerdo con lo convenido, por el advenimiento de circunstancias económicas en el transcurso del tiempo que hacen irritante el cumplimiento del contrato".

El T.S. señala que en base a que el aumento de valor del inmueble es producto de la plus valía, que dicho aumento era circunstancia previsible para ambas partes contratantes y que el derecho de superficie "por su carácter de derecho real, está sometido a un estatuto cuya rigidez no encaja con las doctrinas propugnadas por la recurrente que son propias de las relaciones negociales de índole personal dentro del campo de derecho de obligaciones".

Sin embargo, la nueva redacción de la Ley de 1976 cambió este párrafo 3º del art 158, pasando además a ser el art. 172-3º. Las modificaciones, objeto de largas sesiones en la Comisión,<sup>102</sup> finalizaron con el siguiente texto:

"cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o la adjudicación en viviendas o locales o en derechos de arrendamiento de unas u otras o en varias de estas modalidades a la vez..."

En la actualidad, es recogido el contenido de dicho precepto, sin variación alguna, en el art. 288-3º de la Ley del Suelo de 1992.

Por lo que respecta al *Derecho foral de Navarra*, hay que puntualizar que no se señala nada referente al pago de canon alguno. Lo que de alguna manera confirma la tesis a favor de la consideración del canon, no como un requisito esencial de la institución jurídica que estamos estudiando, sino como un pacto que pueden establecer, o no, las partes.

La situación en el Derecho Comparado, no es uniforme, y, varía según la diferente concepción de la institución.

En el derecho italiano, no hay ningún precepto que prevea la obligación de pago de canon alguno. En caso de que las partes pacten expresamente tal obligación, deberá

---

En conclusión, tras estos razonamientos, el T.S. no estima el recurso.

<sup>102</sup> El texto llevado a la Comisión para su estudio, hacía referencia al hablar de las formas de pago o de la contraprestación a título oneroso, que "podrá consistir en el pago de una suma alzada o en el pago de viviendas o locales". El **Sr Marco Tabar** indicó que debería decirse "en entrega de viviendas o locales o en constitución de derechos arrendaticios".

El **Sr. Martínez Emperador** de la Ponencia, tras las alusiones del Sr. Marco Tabar, señala la corrección de la alegación y que habría que variar este concepto, diciendo "podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión, o de un canon periódico, o entrega de viviendas, locales o derechos de arrendamiento de unas u otros o en varias de estas modalidades a la vez". Cortes Españolas. Sesiones de Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. Nº 462. 25 de febrero de 1975. Pags. 25 a 27.

reglamentarse en el título constitutivo. En la concesión del derecho de superficie ad aedificandum, el canon puede consistir en el pago de una suma global o en un canon periódico. Así mismo, Salis señala que no surge problema alguno con la hipótesis de la enajenación de la construcción ya existente, pues en tal caso el pago no es otra cosa que el precio de una transferencia normal de la propiedad.<sup>103</sup>

Una cuestión importante a destacar aparece recogida en la Ley de 22 de octubre de 1971, referida a la construcción de casas de tipo económico. En su art. 35 se dispone cómo debe preverse en el contrato de concesión del derecho de superficie el canon, así como su revisión periódica, y otras circunstancias relativas al mismo.<sup>104</sup>

En el derecho francés, la existencia del canon se establece expresamente en el supuesto del arrendamiento con facultad para construir.<sup>105</sup> Al igual que cualquier otra variedad de arrendamiento, éste es un contrato a título oneroso, cuya forma de pago puede ser en dinero o en especie, en parte, o en su totalidad (el artículo 251-5 del Code de la construction et de l'habitation establece cierto número de reglas aplicables en uno o en otro

---

<sup>103</sup> Salis: Superficie... Cit. Pag. 951

<sup>104</sup> Ley de 22 de octubre de 1971, Programmi e coordinamenti dell'edilizia residenziale pubblica. Norma sobre la expropiación por utilidad pública (arts. 35, 36 y 37), que modificó la Ley número 167 de 18 de abril de 1962, Disposizione di aree fabbricabili per l'edilizia economica e popolare.

Art. 35: En el acuerdo debe preverse:

a) El canon de la concesión en igual medida al coste de adquisición del suelo, así como el coste relativo a la obra de urbanización si ya se ha realizado.

b) El canon de la obra de urbanización a realizar a cargo del Municipio o del Consorcio, cuando esa obra sea erigida a cargo y expensas del concesionario..."

e) Los criterios para la determinación y la revisión periódica de los cánones, así como la determinación del precio de cesión de la vivienda cuando ésta sea consentida.

g) Los criterios para la determinación de la retribución en caso de la renovación de la concesión, cuya duración no puede ser superior a aquella prevista en el acto originario..."

<sup>105</sup> Sin olvidar en ningún momento que si se constituye a través del contrato de compraventa, siempre es a título oneroso.

caso).

En el ordenamiento portugués, la Ley de 6 de junio de 1948 dispone como un deber del superficiario, el pago de un precio único o de una pensión anual en dinero, tal y como se hubiera establecido inicialmente.<sup>106</sup>

También el Código Civil portugués, dentro de la regulación minuciosa realizada en el Capítulo III de los derechos y obligaciones relativos al superficiario y al propietario del suelo, menciona la obligación de pagar el canon por el superficiario. Así, los artículos 1530 y 1531, inician dicho Capítulo con disposiciones referentes a la cuantía del canon y a la forma de pago del mismo.<sup>107</sup>

Igualmente, la Ley del Suelo señala que el derecho de superficie puede ser cedido contra el pago de una cuantía determinada o en prestaciones periódicas. (art. 21-1º).<sup>108</sup>

En el caso en que el precio se pague en prestaciones periódicas, el mismo será revisado, salvo estipulación en contrario, siempre que se verifiquen alteraciones en las condiciones de aprovechamiento del terreno, por modificaciones en las normas reglamentarias del plano de ocupación del suelo. (art. 21-2º).<sup>109</sup>

---

<sup>106</sup> Ley 2030 de 6 de junio de 1948:

Art. 23-1º e): "O pagamento de um preço único de uma pensão anual, em dinheiro, como for inicialmente estabelecido."

<sup>107</sup> Arts. 1530 y 1531 del Código civil portugués.

El art. 1530 señala que en el acto de constitución del derecho de superficie podrán acordarse la forma de pago, pudiendo el superficiario pagar de una sola vez, o anualmente. El pago siempre se realizará en dinero.

Por su parte el art. 1531 establece la forma de pago. así dispone que en caso de mora o incumplimiento, el propietario del suelo tiene derecho a exigir el triple del canon.

<sup>108</sup> Art. 21-1º Lei dos Solos:

"O direito de superfície pode ser cedido contra o pagamento de uma quantia determinada ou de prestações periódicas".

<sup>109</sup> Art. 21-2º Lei dos Solos:

"No caso em que o preço for pago em prestações periódicas, será o mesmo revisto,

#### A.- Constitución a título oneroso

Mientras que no tiene sentido la existencia de límite sobre aquello en lo que puede consistir la contraprestación, respecto a la modalidad urbana común, si tiene importancia en relación con la modalidad urbanística.

Del artículo 288-3 de la Ley del Suelo se deduce que la contraprestación podrá materializarse en alguna de las siguientes modalidades:

- el pago de una suma alzada.
- el pago de un canon periódico.
- la adjudicación de viviendas o de locales.
- la adjudicación de derechos de arrendamiento de viviendas o de locales
- o, varias de estas modalidades a la vez.

Las *dos primeras modalidades* no presentan ningún problema. Lo único digno de resaltar, y siguiendo a Prats Albentosa,<sup>110</sup> es que las sumas obtenidas por los Ayuntamientos por la concesión en superficie de bienes integrantes del Patrimonio Municipal del Suelo, pertenecen a éste y deberán destinarse a la conservación y ampliación del mismo (arts. 276.2 y 277.1 de la Ley del Suelo).

La Ley del Suelo de 1976 introdujo, también como novedad, otras modalidades de constitución del derecho de superficie a título oneroso. Estas se recogían en la última parte del art. 172-3º donde se hacía referencia a "...la adjudicación en viviendas o locales o en derechos de arrendamiento de unas u otras o en varias de estas modalidades a la vez.."

Esto significaba que la fijación del precio podía considerarse en términos muy

---

salvo estipulação em contrário, sempre que se verifique alteração das condições de aproveitamento do terreno, por modificação das normas regulamentares do plano de ocupação do solo".

<sup>110</sup> Prats Albentosa: Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral... Cit. Pag. 600.

amplios. Por ejemplo, la aportación del suelo en concepto de derecho de superficie, sin contraprestación económica, a cambio de que se entreguen superficies ya edificadas sobre ellas (pisos o locales), de las que pueda disponer el concedente libremente; o por ejemplo la creación de derechos arrendaticios...<sup>111</sup>

O también, como señala Laso Martínez,<sup>112</sup> "es posible que se pacte la conmutación voluntaria del precio o canon mediante la capitalización en un derecho definitivo a favor del concedente".

En la nueva Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, esta modalidad no ha variado, y se encuentra recogida en el art. 288-3º, incluso con los mismos términos ya señalados anteriormente. En relación con la *adjudicación de viviendas o de locales* se pueden plantear distintas cuestiones.

En primer lugar, entendemos que del texto se infiere que el superficiario entregará en pleno dominio a la Administración Municipal viviendas o locales, que entrarán a formar parte del Patrimonio municipal del Suelo.

Prats Albentosa señala la posibilidad de que tales viviendas o locales sean propiedad del superficiario con anterioridad a la concesión del derecho de superficie, pero también puede ser que los bienes que se adjudiquen a la entidad pública sean algunos de los resultantes del procedimiento edificatorio de la propia concesión, "constituyendo éste un

---

<sup>111</sup> Modalidades todas ellas recogidas del derecho francés, en concreto del pago en especies del arrendamiento para construir, como veremos a continuación.

<sup>112</sup> Laso Martínez (El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 358) señala que este supuesto es igual "a la legítima del cónyuge viudo, que el Código Civil permite la conmutación del derecho de percibir unos bienes en usufructo a que se le entreguen como un capital definitivo".

mecanismo semejante a la denominada permuta de solar por obra"<sup>113</sup>

Mayores problemas se plantean en relación con *la adjudicación de derechos de arrendamiento de viviendas o de locales*. De la literalidad del precepto parece deducirse que la contraprestación consiste en la adjudicación del superficiario a la Administración de derechos de arrendamiento sobre viviendas o locales. Sin embargo, la cuestión a determinar radica en si en realidad lo que el legislador quiso fue sugerir un pacto obligacional, o, si pretendió admitir como contraprestación la cesión del superficiario de su posición de arrendatario en contrato de arrendamientos vigentes.<sup>114</sup>

B.- Cuestiones relacionadas con la contraprestación.

a.- Naturaleza de la obligación de pagar el canon.

En cuanto al cobro de esta prestación, la doctrina se ha preguntado si en realidad

---

<sup>113</sup> Prats Albentosa: Derechos reales y derecho inmobiliario registral... Cit. Pag. 600. También señala que en su opinión la opción que mayores beneficios reporta a la entidad pública es la primera, ya que permite el incremento de los bienes patrimoniales de la entidad o del Patrimonio Municipal del Suelo, lo que resulta más acorde con la intención del legislador. De manera que al finalizar el derecho de superficie, le revertirá la edificación superficiaria, sin necesidad de indemnización alguna al superficiario, incremento al que habrá de sumarse el ya producido en el momento del pago de la contraprestación consistente en la adjudicación de viviendas o de locales de propiedad del superficiario.

<sup>114</sup> A juicio de Prats Albentosa, ambas opciones plantean problemas de tipo diverso. Y ello porque "el pacto por el cual se conceda el derecho de arrendar a la entidad pública, unicamente tendrá efectos obligacionales, constituyéndose sobre la base de una prohibición convencional de no disponer (obligación negativa) impuesta al propietario/superficiario, que en modo alguno le priva de capacidad para dar en arrendamiento. En consecuencia podrá, quebrando el pacto, ceder válidamente a un tercero el bien en arrendamiento, sin que el contrato celebrado pueda verse atacado por la Administración, a quien unicamente le quedaría la vía del resarcimiento por el incumplimiento." Continúa señalando que "más factible resulta la cesión a la persona pública del crédito que ostenta el superficiario contra el arrendatario de alguno de sus bienes, cesión del crédito que estará sometida a las reglas del Código Civil y que exigirá al menos la comunicación al arrendatario a fin de que este realice el pago al nuevo acreedor". El inconveniente de esta posibilidad tropieza con la temporalidad de la relación arrendaticia que determinaría el uso muy restringido de este tipo de contraprestación en la práctica.

esta obligación del superficiario atribuye al concedente un derecho de crédito que pueda garantizarse a través de una hipoteca.

Roca,<sup>115</sup> parte de que "el canon periódico sólo atribuye al dominus soli un derecho personal o de crédito, sin que implique una carga real propia de la pensión de los censos, ni menos obligación ob rem". Por otro lado, señala que el art. 16 del R. H. dispone la necesidad de inscripción, en el título público de constitución del derecho de superficie, de las garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.

Continúa haciendo hincapie en que "la única forma de garantizar el pago del canon será a través de hipoteca o prenda, de forma que si el superficiario queda insolvente por enajenar su derecho, sin que el adquirente asuma el débito del canon, el dominus sólo podrá perseguir para el cobro al primer superficiario, sin que el nuevo superficiario quede obligado al pago a pesar de ser él quien haya procedido a edificar, y ser por consiguiente el primer propietario de ella."

De los Mozos,<sup>116</sup> destaca su naturaleza de obligación personal que no se transforma con la inscripción de la garantía (hipoteca), sino que únicamente dicha obligación adquiere eficacia real, eficacia que denomina indirecta "en virtud de la accesoriadad de la hipoteca", diferenciándose así de las obligaciones reales.

Entiendo que estamos ante una obligación que cuando se pacte forma parte del contenido integrante del derecho de superficie, caracterizándole.

En caso de que las partes no hayan pactado ninguna garantía especial para hacer frente al incumplimiento del pacto sobre el pago del canon, la transmisión de esta obligación se

---

<sup>115</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 47 y 48.

<sup>116</sup> De los Mozos: El derecho de superficie.. Cit. Pag. 333.

regirá por las normas generales, requiriéndose el consentimiento del dominus soli.

b.- Transmisibilidad de la obligación de pagar el canon.

En relación con la naturaleza de la obligación de pagar el canon, se ha planteado si se considera como una obligación que debe transmitirse automáticamente a todos los sucesores a título particular, por entenderse conectada la obligación al derecho de superficie, o, sólo le afecta al titular primitivo, por ser una obligación de carácter personal.

En la doctrina italiana,<sup>117</sup> también se ha discutido el tema. Parte de la doctrina,<sup>118</sup> sigue la tesis de la obligación personal, en cuanto que la obligación propter rem presupone la existencia de una precisa disposición legislativa.

Pugliese,<sup>119</sup> al contrario, señala que tal solución no es satisfactoria, ya que debe tenerse en cuenta que la obligación de pagar el canon, en cuanto que resulta de un título inscrito, constituye un límite del derecho de superficie, y que no es concebible que el adquirente obtenga el derecho con un contenido más amplio y más libre que el transferente del que trae causa. Igualmente señala que cuando una obligación sirve para delimitar el contenido de un derecho real sobre cosa ajena respecto a la propiedad de la cosa o respecto de otro derecho real, es obvio que vincula a todos los sucesivos adquirentes a título derivativo, sin que venga con ello a desmentirse la tipicidad de la obligación propter rem.

En nuestro derecho, la doctrina también ha tratado el tema, llegando a la conclusión

---

<sup>117</sup> Cendon: Superficie... Cit. Pag. 265; Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 606; Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pag. 39.

<sup>118</sup> Balbi: Il diritto di superficie... Cit. Pag. 132 y Salis: Superficie... Cit. Pag. 952.

<sup>119</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 604.

Cendon (Superficie... Cit. Pag. 267) sigue la tesis mantenida por Pugliese, es decir la que sustenta que la obligación de pagar el canon se transfiere a los sucesivos adquirentes, señalando que "es la más convincente, y que a su vez dicho argumento es extensible a otras obligaciones establecidas en el título, pues esto concurre a formar parte directamente del objeto del derecho."

de que en ambas modalidades de derecho de superficie, no hay duda de que tales obligaciones forman parte integrante del contenido del derecho real, aunque en su detalle puedan las partes precisarlos como crean conveniente,<sup>120</sup> desplegando sus efectos frente a terceros a través del aseguramiento de la obligación de pago.

Además en el derecho de superficie urbanístico, siendo su inscripción constitutiva, pasa la obligación del superficiario a formar parte del derecho, de manera que despliega sus efectos frente al tercero adquirente.

c.- Falta de pago de los cánones vencidos. Efectos.

A continuación cabe cuestionarse si es posible que la falta de pago pueda producir la resolución del contrato que origina el derecho de superficie.

Fuentes Lojo considera aplicable el art. 1124 C.C., de tal forma que, en el supuesto de que una parte no cumpla lo pactado, se posibilita inmediatamente a la otra a optar, o por exigir su cumplimiento, o por reclamar la resolución del contrato.<sup>121</sup>

Sin embargo Roca,<sup>122</sup> mantiene la analogía del derecho de superficie con el contrato de renta vitalicia donde no cabe la opción del art. 1124. Y ello porque "en este contrato una parte transfiere a la otra un capital en bienes muebles o inmuebles, y la otra constituye una renta vitalicia, de suerte que con esta constitución ha cumplido su prestación; el impago de alguna o algunas rentas o pensiones atribuye unos créditos singulares, pero sin afectar a la subsistencia del contrato, en sí mismo considerado. Lo mismo es

---

<sup>120</sup> Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pags. 267 y 268); Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag 48) y Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 385) señalan la posibilidad de establecer garantías de trascendencia real para asegurar el cumplimiento de los pactos del contrato, como la hipoteca y la prenda.

<sup>121</sup> Fuentes Lojo: Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag 387.

<sup>122</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el Derecho de superficie... Cit. Pag. 49.

aplicable al derecho de superficie, donde el dominus soli concede un derecho de superficie a cambio de una constitución de renta, pensión o canon periódico."

A mi juicio, el canon no es un requisito esencial, institucional o integrante del derecho de superficie, ejemplo de ello es que a veces se pacta su constitución de forma gratuita. Sin embargo, una vez que se ha pactado, forma parte integrante del contenido del contrato y constituye una obligación para el superficiario, y un derecho para el concedente. De esta manera es posible la opción del art. 1124 del C.C. si así se pacta.

La cuestión se ha atajado en la práctica, por los ejemplos que hemos estudiado directamente, a través de la utilización de una condición resolutoria, donde se establece que en caso de impago de plazo, el cedente podrá optar por exigir el cumplimiento del contrato o la extinción del mismo.<sup>123</sup>

---

<sup>123</sup> Por ejemplo: "CONDICIONES RESOLUTORIAS. Tendrán el carácter de condición resolutoria expresa de la presente cesión de Derecho de Superficie, conforme al artículo 1124 del Código Civil, las causas siguientes:

a) La falta de pago, por el SUPERFICIARIO del canon o cualquiera de sus plazos; o de otras cantidades cuyo abono les corresponda. No procederá en caso de letras de cambio o pagarés avalados por entidad Bancaria.

El CEDENTE podrá optar entre exigir el pago de la totalidad del canon aplazado que reste por abonar, la subsanación de defectos o incumplimientos, o bien ejecutar la condición resolutoria con extinción del Derecho de Superficie, para lo cual bastará con una notificación notarial hecha al SUPERFICIARIO, siendo a cargo de éste los gastos que ello origine." ARPEGIO. (Areas de Producción Empresarial. S.A.) Cesión del derecho de Superficie para la creación de "la ciudad de la imagen".

PLAN 18.000 (Oferta de Suelo Municipal para la promoción de V.P.O. 1989-1991. Ayuntamiento de Madrid)

Igualmente se establece que "el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones previstas en este pliego de condiciones, traería consigo la extinción del derecho de superficie y la resolución de la venta, siempre que previamente se hubiera requerido al afectado para su realización y hubiere transcurrido el plazo fijado al efecto sin cumplimiento".

"En consecuencia se produciría la consolidación anticipada de la propiedad del suelo y la superficiaria o la resolución de la venta a favor del Excmo. Ayuntamiento de Madrid, quien se subrogaría en las cargas hipotecarias que hubieren sido impuestas -para financiar las construcciones- sobre la propiedad superficiaria, hasta tanto se procediese a una nueva adjudicación. En el mismo acto, el Excmo. Ayuntamiento de Madrid haría suyo lo

C.- Reversión gratuita de la propiedad superficiaria.

Otra modalidad de contraprestación, que surgía de la aplicación de la Ley del Suelo de 1956 y del Reglamento Hipotecario, era la llamada reversión gratuita de la propiedad de lo edificado por el superficiario. Dicha modalidad consistía en la exoneración para el dominus soli de su obligación de indemnizar al superficiario por la edificación realizada tras la extinción del derecho de superficie.

Así, se establecía en el art. 161-2º de la primitiva Ley del Suelo el "deber de satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión".

Hoy no tiene razón de existir esta antigua forma de "ausencia de contraprestación", pues ha desaparecido la obligación de indemnizar al superficiario, en el campo urbanístico, pero puede pactarse en la modalidad urbana común.<sup>124</sup>

D.- Forma de la contraprestación en Derecho Comparado

El estudio de la contraprestación resulta interesante en el Derecho francés, pues se establecen diversas modalidades en cuanto al pago del canon (art. 251-5 Code de la construction et de l'habitation).

-Pago estipulado en especies.

El art. 251-5 párrafo 1º del Code de la construction et de l'habitation, señala que "el precio del arrendamiento puede consistir, en todo o en parte, en la entrega al arrendador, en las fechas y condiciones convenidas, de inmuebles o fracciones de

---

edificado, sin contraprestación alguna."

<sup>124</sup> Estudiaremos esta cuestión en el último apartado de este capítulo, cuando hablemos de la constitución del derecho de superficie a título gratuito.

inmuebles o de títulos que concedan en propiedad o en goce tales inmuebles".<sup>125</sup>

Así, se da paso al supuesto en que el constructor edifica las construcciones proyectadas, ya sea por él mismo o, por una sociedad de construcción y venta, y de otra parte, al supuesto en que el constructor puede dirigir la operación constituyendo una sociedad cooperativa de construcción.

Señala Saint-Alary,<sup>126</sup> que el legislador ha pensado, en el caso de los inmuebles o fracciones de inmuebles, que la entrega de éstos al arrendador, se comprenderá dentro del programa de la construcción. De modo que, las partes pueden convenir que el precio del arrendamiento consista en la entrega de otros locales pertenecientes al inquilino, o, de los títulos de una sociedad de atribución, llevados a cabo en otra operación realizada por éste último.

En el citado artículo, hemos hecho referencia a "las fechas y dentro de las condiciones convenidas". A mi juicio el plural utilizado no hay que tomarlo literalmente. Y ello porque ciertas entregas podrán ser convenidas sucesivamente, pero podrán igualmente estipularse de otra forma. De manera que, si por ejemplo, los inmuebles o fracciones de inmuebles que se van a entregar al arrendador están comprendidos dentro de las construcciones edificadas sobre su terreno, el contrato podrá prever que la entrega tendrá lugar en bloque, cuando se finalice el edificio.

La libertad que otorga la ley se manifiesta también sobre otro punto, al enunciar que, todo o parte del precio podrá ser en dinero. Entiendo que esto hace posible que sea

---

<sup>125</sup> Art. 251-5 párrafo 1º. C. constr. et hab.

"Le prix du bail peut cosister, en tout ou partie, dans la remise au bailleur, à des dates et dans des conditions convenues, d'immeubles ou de fractions d'immeubles ou de titres donnant vocation à la propriété ou à la jouissance de tels immeubles"

<sup>126</sup> Saint-Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 4.

pagado, de una parte, en dinero, y de otra, en especie, por ejemplo, en dinero hasta la finalización de las construcciones, y a continuación, en especie.

- Pago estipulado en dinero.

En este caso la preocupación mayor del legislador, justificado por la larga duración del arrendamiento, es instituir un sistema de índices de precios favorables al arrendador.

Así el art. 251-5 párrafo 2º Code de la construction et de l'habitation señala que "si se estipula una renta periódica pagadera en dinero, esta renta estará afectada por un coeficiente revisable por periodos trienales contados a partir de la finalización de los trabajos (de construcción). No obstante, la primera revisión tendrá lugar a más tardar, a la expiración de los seis primeros años del arrendamiento".<sup>127</sup>

Entendemos, a la vista del texto legal, que no hay duda que el índice de renta periódica, no es una norma imperativa, por lo que las partes pueden estipular que el precio del arrendamiento sea pagadero de una sola vez en el momento convenido.<sup>128</sup> La variación del coeficiente de la revisión fijada por este párrafo 2º, es proporcional al valor catastral de los inmuebles. (párrafo 3º).<sup>129</sup>

---

<sup>127</sup> Art. 251-5 párrafo 2º. C. constr. et hab:

"S'il est stipulé un loyer périodique payable en espèces, ce loyer est affecté d'un coefficient révisable par périodes triennales comptées à partir de l'achèvement des travaux. Toutefois, la première révision a lieu au plus tard dès l'expiration des six premières années du bail".

<sup>128</sup> Saint-Alary (Bail à construction. Cit. Pag) afirma que la renta se obtiene calculando el valor medio del metro cuadrado obtenido de dividir la renta bruta global por la superficie útil de los locales, o las rentas arrendaticias de las instalaciones que se hayan obtenido durante el año civil señalado en el artículo.

Si estos locales no estuviesen finalizados durante dicho periodo, cualquier ocupación del mismo que dé lugar a la percepción de rentas arrendaticias, será el índice de coste de la construcción que es el precio para la base del cálculo del coeficiente de variación

<sup>129</sup> Art. 251-5 párrafo 3º C. Cosntr. et hab.:

"La variation du coefficient est proportionnelle à celle du revenu brut des immeubles. Le revenu pris pour base de la variation du coefficient est celui de la première année civile

En caso de pérdida de los edificios, el juego del coeficiente se suspende: la renta se mantiene hasta la reconstrucción eventual de los edificios destruidos.<sup>130</sup> El sistema de índices, tiene un carácter supletorio de la voluntad de las partes, las cuales pueden elegir otro sistema, como puede ser, por ejemplo, el aumento de la renta anual en vez de trienal.

En el derecho portugués, y en concreto en el Código Civil, se establece la forma de pago, en el mismo acto de constitución del derecho. Esta puede consistir en una única prestación, o en el pago anual, tanto si se ha constituido el derecho de superficie de forma temporal o perpetua. El canon consistirá siempre en dinero.<sup>131</sup>

En caso de mora o incumplimiento del pago por parte del superficiario, el propietario del suelo tendrá derecho a exigir el triple del canon pactado.<sup>132</sup>

En el mismo sentido se encuentran tanto la Lei dos Solos, que en su art. 21, establece la concesión del derecho de superficie contra el pago de una cuantía determinada, o de prestaciones periódicas, las cuales deberán ser revisadas; como la Lei Portaria que

---

qui suit celle de l'achèvement des travaux".

<sup>130</sup> Art. 251-5º último párrafo C. constr. et hab.

"En cas de perte des bâtiments, le loyer est maintenu au taux qu'il avait atteint à la date de cette perte jusqu'à reconstruction éventuelle des bâtiments détruits."

<sup>131</sup> Art. 1530. Código Civil portugués:

" Preço: 1.- No acto de constituição do direito de superfície, pode convencionar-se, a título de preço, que o supreficiário pague uma única prestação ou pague certa prestação anual, perpétua ou temporária.

2.- O pagamento temporário de uma prestação anual é compatível com a constituição perpétua do direito de superfície.

3.- As prestações são sempre em dinheiro".

<sup>132</sup> Art 1531. Código civil português:

"Pagamento das prestações anuais. 1.- Ao pagamento das prestações anuais é aplicável o disposto nos artigos 1505º e 1506º, com as necessárias adaptações.

2.- Havendo mora no cumprimento, o proprietário do solo tem o direito de exigir o triplo das prestações em dívida."

regula la concesión del derecho de superficie para la creación de polígonos industriales.<sup>133</sup>

#### E.- Constitución a título gratuito

La Ley del Suelo de 1976, introdujo expresamente como novedad, la constitución del derecho de superficie de forma gratuita, cuando el concedente fuera el Estado u otras personas públicas.<sup>134</sup>

Así, en su art. 172-1º se establecía que:

"la adjudicación directa del Estado y demás personas públicas, podrá hacerse gratuitamente o por precio inferior al coste, siempre que los terrenos sean destinados a los fines previstos en los arts. 166 y 169".

Del sentido del texto se infiere que se trata de casos excepcionales. Evidentemente esta gratuidad está pensada concretamente para las Entidades Públicas que pueden desarrollar una gran labor social mediante concesiones de terrenos para la edificación.<sup>135</sup>

La actual regulación de la Ley del Suelo, de 26 de junio de 1992, recoge el mismo espíritu que la ley anterior, aunque ha variado su expresión. Así el art. 288-1º señala que:

---

<sup>133</sup> Lei Portaria nº 954/81 de 6 de Noviembre.

Art. 7: 1º "En los derechos de superficie pueden pactarse precios globales, anuales y mensuales.

2º Los precios anuales y mensuales podrán estipularse cuando el plazo fuera de 20 años, en ese caso podrá ser objeto de actualización de 5 en 5 años...

3º El pago del precio se efectuará al inicio de los periodos.

Por otro lado, el art. 9 señala "que habiéndolo prórrogas, los nuevos precios serán fijados de acuerdo con el precio base en vigor al inicio de la prórroga".

<sup>134</sup> No hay que olvidar que desde el inicio de este capítulo, hemos partido de la posibilidad de constitución del derecho de superficie de forma gratuita, cuando se realiza entre particulares, vease el supuesto de que el título por el que se constituye es un legado o una donación.

Sin embargo, ni la Ley del Suelo de 1956, ni el Reglamento Hipotecario señalaban esta posibilidad, aunque parecía que se admitía "entre líneas". Así la Ley del Suelo hacía referencia a que "cuando se constituyere a título oneroso...", lo cual hace pensar que se podía constituir a título gratuito. En el mismo sentido se encuentra el Reglamento cuando dispone "...si el derecho de superficie se constituyere a título oneroso..."

<sup>135</sup> Artículos que regulan la cesión de terrenos públicos.

"el procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo, se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior (el cual hace referencia al patrimonio municipal del suelo y a sus distintas modalidades de cesión) para los diversos supuestos".<sup>136</sup>

En relación con este punto hay que señalar que algún autor<sup>137</sup> es contrario a la existencia del derecho de superficie de carácter gratuito, señalando que su admisión supone "un lapsus del legislador" ya que no es posible por el carácter esencialmente oneroso de toda relación superficiaria.

Se trata de una opinión que, a mi juicio, no está fundada, pues no es precisamente una característica del derecho de superficie su onerosidad, como ya hemos señalado. Además, no hay más que estudiar la realidad para observar cómo, aunque no la mayoría, si un número elevado de derechos de superficie que se están constituyendo en la actualidad por el Ayuntamiento sobre suelo público, son a título gratuito.

González Pérez,<sup>138</sup> por otro lado, considera que hay dos modalidades de creación del derecho de superficie de forma gratuita:

Por un lado, que la gratuidad sea para ambas partes. El superficiario no tendrá que pagar cantidad alguna por la utilización del suelo. Y el dueño del suelo no tendrá que indemnizar al superficiario cuando se extinga el derecho de superficie. Señala igualmente, que en este

---

<sup>136</sup> Ejemplo de constitución gratuita del derecho de superficie: "El Pleno del Ayuntamiento de Madrid en sesión pública celebrada el 30 de diciembre de 1986, aprobó los pliegos de condiciones para la adjudicación gratuita de la concesión del Derecho de Superficie sobre terrenos de propiedad municipal en el Anillo Verde de Vicálvaro II,... ADJUDICA directamente el DERECHO DE SUPERFICIE a favor de la Cooperativa de viviendas "Viculus Albar, Sociedad Cooperativa"... (Registro de la Propiedad de Madrid Numero 30. Ayuntamiento de Vicálvaro. Sección Primera. Libro 471. Tomo 2229. Finca 23916)

<sup>137</sup> Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español... Cit. Pag. 614.

<sup>138</sup> González Pérez: Comentarios a la Ley del Suelo. 6ª ed. Civitas. Madrid. 1993. Pag. 1521.

caso no existe gratuidad para el superficiario propiamente dicha, pues tendrá que entregar gratuitamente el edificio, construido a sus expensas.

La otra modalidad que recoge es aquella donde la gratuidad es sólo para el superficiario, pero no para el concedente que deberá abonar el valor de la propiedad superficiaria al extinguirse la relación.

De las palabras de González Pérez, se infiere, a mi modo de ver, el supuesto en que el superficiario no ha pagado ningún canon, ha disfrutado del dominio temporal de la propiedad superficiaria, y además el dominus soli se obliga a indemnizarle tras la reversión de la edificación. Creo que es un supuesto que raramente se va a dar en la práctica (aunque es posible) debido al desequilibrio de las prestaciones de ambas partes.

### **3.- Supresión de la obligación de indemnización.**

El derecho del superficiario a la indemnización fue introducido por la primitiva Ley del Suelo de 1956.<sup>139</sup> Su fundamento se encontraba, en un principio, en que la construcción representaba una obra de mejora para el fundo y, en tal sentido, era necesaria la indemnización.

Se entendía que incluso la indemnización debía efectuarse aún cuando el superficiario no hubiese cumplido con su deber de construir en el plazo y modo previstos (art. 159-1º). Incluso tras la extinción del derecho de superficie, como consecuencia de no haber construido (en el plazo y modo previstos), el propietario del suelo estaba obligado a indemnizar, aunque la misma no podía ser de cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

---

<sup>139</sup> Art. 161-2 Ley del Suelo de 1956:

"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".

La Ley del Suelo de 1976 suprimió, como es obvio para la modalidad urbanística, la obligación del concedente de indemnizar al superficiario, tras la reversión de la propiedad superficiaria.<sup>140</sup> Lo que no afectó a la modalidad urbana donde las partes, en base al principio de la autonomía de la voluntad, pueden pactar lo contrario.

La supresión por la Ley urbanística de la obligación de indemnizar da pie al surgimiento de un derecho de superficie que algunos autores han calificado de hiperoneroso, pues el superficiario queda sujeto a pagar durante la vigencia de su titularidad un canon periódico o una suma alzada por la concesión, quedando además afectado por la reversión

---

<sup>140</sup> Este punto fue objeto de discusión en la Comisión tras el informe presentado a la misma, donde ya desaparecía la indemnización presente en el anterior artículo 161-2º de la Ley del Suelo de 1956. Las cuestiones que se planteaban en torno a la indemnización eran diferentes.

Por un lado, la **Srta. Primo de Rivera y Saenz de Heredia**, planteaba en su enmienda si "en ciertos casos de ampliación del derecho de superficie, no en beneficio propio ni para lucro personal, sino para entidades que han establecido instalaciones sociales o culturales, se pudiera pactar que al tener que desalojar esas superficies, se pudiera dar una indemnización."

Por otro lado, el **Sr. Poveda Murcia**, haciendo referencia al texto del informe que se le presenta y que dice "cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización.." con lo cual a su juicio "se establece una posición casi, casi de derecho público el que pueda indemnizarse o no...". Continúa señalando que "si queremos fomentar el derecho de superficie, al primero que hay que animar es al que vaya a construir, y si al constructor (desde luego, es mucho más equitativa la posición de la legislación anterior) no se le asegura nada, si luego no va a recibir nada, es posible que no construya nada y que, por tanto, no solicite la concesión del derecho de superficie."

En último término, y en sentido contrario, el **Sr. Rosillo Herrero**, dudando de la eficacia de la Institución entre particulares entiende que "hay que mantener, desde luego, la temporalidad fundamentalmente y creo que también es necesario no admitir la posibilidad de indemnización, porque en ese caso también endureceríamos el problema o lo haríamos inviable."

El **Sr. Martínez Emperador** de la Ponencia, haciendo alusión únicamente a la enmienda de la Srta. Primo de Rivera, señala que "no ve posibilidad de acceder a esto, porque representaría la propia desnaturalización de este derecho, y eliminaría la ocasión de aplicar un carácter social al derecho que se pretende constituir en estos momentos."

En conclusión, se mantiene el texto en cuanto a la supresión del derecho de indemnización. Cortes Españolas. Sesiones De Comisiones. Legislatura X. 1971-1977. T. 18. Nº 462. 25 de febrero de 1975. Pags. 28, 31, 32 y 33.

sin indemnización.

Entiendo que no estamos ante un derecho que recoga tal calificativo, y ello porque el superficiario se ha convertido en dueño durante un plazo amplio de tiempo, a cambio de un canon.

Sin olvidar en último término, que la supresión de esta obligación afecta a aquellos derechos de superficie constituidos sobre suelo patrimonio municipal, y por consiguiente, su principal interés no es el enriquecimiento municipal, sino la de cubrir una necesidad social como es, por ejemplo, la creación de viviendas, reservandose la propiedad del suelo y obteniendo el plusvalor de las edificaciones.

En el supuesto de que las partes hayan pactado el pago de indemnización no hay duda que la propiedad superficiaria pasa automáticamente al dominus soli, en base al derecho de accesión, independientemente de si se ha efectuado el pago o no.

En el Derecho italiano, la doctrina<sup>141</sup> señala que la adquisición de la propiedad superficiaria por el propietario del suelo no está subordinada al pago de una indemnización. Sin embargo, tal previsión puede haberse pactado por las partes y haberse insertado en el negocio constitutivo del derecho de superficie. También se mantiene que, en el supuesto de haber establecido un derecho de superficie por tiempo determinado, el propietario del terreno consiente en el establecimiento de una indemnización indirecta, en la práctica, por la concesión del derecho. Lo que significa que, en el acto de la constitución del derecho, el concedente no recibe ninguna recompensa, sino que incrementa el propio patrimonio a la extinción de la concesión, adquiriendo la propiedad de la construcción. Y el superficiario, que pierde la construcción adquirida, ha obtenido el valor del uso y del goce durante

---

<sup>141</sup> Pugliese: Superficie... Cit. Pag. 606.

el tiempo de la concesión de la obra alzada sobre el suelo ajeno.<sup>142</sup>

Por otro lado, el Codice Civile, y en concreto en el art. 2816, se tuvo en cuenta el posible pacto de indemnización al superficiario tras la reversión. En dicho precepto se dispone que la hipoteca que tiene por objeto el derecho de superficie, se extingue en el caso de devolución de la superficie al propietario del suelo por el transcurso del término, estableciendo, que "en caso de que el superficiario tenga derecho a una indemnización, la hipoteca inscrita contra él, se resolverá sobre la indemnización misma".

En el sistema portugués, el Código Civil guarda silencio en este punto frente a la Lei de 6 de junio de 1948 donde se establece como, un derecho del superficiario, la indemnización tras la reversión de la propiedad superficiaria al dueño del suelo.<sup>143</sup> La Ley del Suelo, en su art 21-3º, señala la existencia de tal derecho cuando así se hubiere convenido en el título de constitución.<sup>144</sup>

En conclusión, podemos señalar que aunque la indemnización al superficiario tras la reversión de la propiedad superficiaria a manos del concedente no forma parte del contenido del derecho, es posible que se pacte la misma en el título de constitución del mismo. Sin olvidar que, gracias a una indemnización al término del plazo por el valor residual de las inversiones realizadas, sin ir en contra de la institución, podría estimular uno de sus fines esenciales -la reversión- pues si no lo que si se produciría sería una

---

<sup>142</sup> Quaranta y Preden: Superficie... Cit. Pags. 52 y 53.

<sup>143</sup> Lei 2030 de 6 de junio de 1848.

Art. 14-1º: b) O direito de ser indemnizado, nas condições convencionadas, quando, no termo do direito de superficie, a propriedade do edificio passar para o proprietario do solo ou quando se der a reversao nos termos de nº 2 do artigo 27."

<sup>144</sup> Art. 21-3º. Lei dos Solos.

"Os superficiários terao direito a indemnizaçao pela extinçao do direito de superficie, quando assim for convencionado no título de constituiaçao".

progresiva destrucción de las construcciones.

## IV.- FACULTAD DE DISPOSICION DEL SUPERFICIARIO

### Y LIMITACIONES A LA MISMA

#### 1.- Facultad de disposición <sup>145</sup>

La facultad dispositiva del superficiario es la posibilidad que tiene de realizar actos que afecten a la sustancia del derecho o la subsistencia del mismo. De manera que puede enajenar o transmitir el derecho de superficie o la propiedad superficiaria a otra persona ("pasando entero" el derecho a otro titular); puede desglosar del contenido de su derecho un conjunto de facultades, quedando el titular privado de ellas (p. ej: contratar un derecho de arrendamiento en favor de otra persona, quedando limitado el superficiario en el goce de la edificación, aunque no por ello deja de ser propietario), o extinguir libremente su derecho sin atribuírselo a nadie (renuncia del derecho).

A.- Estudio legislativo, doctrinal y jurisprudencial.

Para la modalidad urbanística de derecho de superficie el art. 287-3º de la Ley del Suelo de 1992, reconoce la transmisibilidad del derecho de superficie y, su posibilidad de ser sujeto a gravamen, con las limitaciones que se hubiesen establecido en el título de su constitución.

El antecedente de dicho precepto, lo encontramos en el art. 157- 2º de la Ley del Suelo de 1956 que, con la misma expresión, admitía su transmisibilidad. Aunque en su regulación, señalaba claramente alguna limitación a ésta regla general, como la contenida en el art. 159-3º, que establecía que el superficiario no podía enajenar su derecho sin la autorización del dueño del suelo en tanto no hubiera edificado en la mitad de lo convenido,

---

<sup>145</sup> Recordando lo ya visto, dentro de los derechos del superficiario encontramos en primer lugar, la facultad de realización directa: utilización, goce y disfrute (construcción, conservación, reconstrucción, sobreedificación). En segundo lugar, la facultad dispositiva a la que nos vamos a referir ampliamente a continuación. Y por último, otro conjunto de facultades como la de preferencia, de exclusión y de persecución.

salvo pacto en contrario.

La limitación no era de carácter absoluto, sino que dependía de la autorización del propietario, y de haber edificado al menos la mitad.

De los Mozos,<sup>146</sup> extendía esta limitación no sólo a la posibilidad de enajenar sino también a la de gravar, quedando prohibido, por lo tanto, hipotecar el derecho de superficie, y también, ser objeto de embargo.

No obstante, esta limitación desapareció en la Ley del Suelo de 1976. A mi juicio el fundamento de tal supresión se encuentra -siempre pensando en la modalidad urbanística- en que no tiene justificación, ya que no cabe la posibilidad de que el adquirente del superficiario no se subroge en todas las obligaciones, pues al ser constitutiva su inscripción, pasan a formar parte del contenido propio del derecho de superficie, y todas las obligaciones relativas a los actos de disposición son oponibles frente a todos.<sup>147</sup>

El Reglamento Hipotecario, que no olvidemos desarrolla la Ley del Suelo de 1956, menciona en su art. 16- 1º d), la necesidad de que se reflejen en el título constitutivo todos los pactos relativos a los actos de disposición del superficiario.

Roca Sastre,<sup>148</sup> critica el sentido de este precepto reglamentario, al considerar que siendo la facultad de disposición del superficiario de carácter institucional, no es posible pensar que sólo cabe la realización de actos de disposición, cuando ello se hubiera pactado en el título constitutivo. Del mismo modo, señala la imposibilidad de que tal facultad pueda ser

---

<sup>146</sup> De los Mozos: El derecho de superficie en general... Cit. Pag 311.

<sup>147</sup> No debemos olvidar la existencia de los derechos de adquisición preferente, a los que nos referiremos más tarde, que en parte pueden considerarse como una limitación, y que se establecían en el art. 160-1º de la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. En dicho precepto se concedían los derechos de tanteo y retracto a favor del dueño del suelo en las enajenaciones onerosas efectuadas por el superficiario a terceros.

<sup>148</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho... Cit. Pag. 54 y ss.

directamente prohibida.

Pero ¿qué ocurre con la modalidad urbana? En base al principio de autonomía de la voluntad, las partes pueden pactar tanto la transmisión como el gravamen del derecho de superficie y de su objeto, la propiedad superficiaria. Si dicha modalidad accede al Registro, deberán reflejarse en la inscripción tales pactos, como así expresamente señala el Reglamento, y así ser oponibles a terceros.

Por otro lado, la Jurisprudencia, admite el poder de disposición del superficiario, al considerarlo propietario de la construcción superficiaria. Así, la sentencia de **3 de julio de 1941**,<sup>149</sup> reconoce, a sensu contrario, la facultad de disposición del superficiario o dueño del dominio útil, como expresamente lo califica manteniendo que (en el arriendo):

"quien arrienda ha de tener la facultad dispositiva del uso o goce de toda la cosa arrendada... mientras que en el contrato de referencia (arrendamiento complejo por habersele insertado un derecho de superficie), el arrendador no podía disponer libremente hasta la terminación del plazo de vigencia del contrato del uso del Teatro, va que entretanto pertenecía en dominio útil al arrendatario...".

En idéntico sentido se encuentra la **STS de 5 de enero de 1967**,<sup>150</sup> y posteriormente, la **STS de 1 de febrero de 1979**,<sup>151</sup> que aunque supone una vuelta atrás en la concepción de la figura al tratarla como un supuesto de dominio dividido, que se traduce en la terminología empleada, no por ello niega al superficiario la libertad de disposición.

---

<sup>149</sup> **STS de 3 de julio de 1941** (Rep. Aranz. 891).

<sup>150</sup> **STS de 5 de enero de 1967** (Rep. Aranz. 73) "Se autoriza al cesionario para levantar construcciones sobre obras de fábricas preexistentes así como para la venta de los edificio que construya con la sola condición de hacer constar en la escritura de transmisión que el terreno en que están alzados los edificios es propiedad de la parte cedente..".

<sup>151</sup> **STS de 1 de febrero de 1979** (Rep. Aranz. 420). "En atención a que la superficie divide el dominio, invistiendo al superficiario de la libre disposición, pudiendo dar en anti-tesis, someter a servidumbre y aún enajenar la superficie sin necesidad de consentimiento del otro sujeto de la relación, por lo que fue conceptualizado en los textos históricos de cuasi dominus, non iure directo sed utiliter."

Una de las Sentencias que ha tratado el tema, es la de la **Audiencia Territorial de Oviedo de 11 de junio de 1988**, que declara la existencia de un "derecho de superficie, derecho real que tiene un evidente contenido económico y es transmisible por herencia".<sup>152</sup>

Por lo que respecta a las **Resoluciones de la D.G.R.N., la de 24 de abril de 1913**,<sup>153</sup> también reconoce la posibilidad del superficiario de gravar su propiedad superficiaria, compuesta en este caso por una fábrica y un ferrocarril, con una hipoteca.

La Compilación de Navarra el apartado 4º de la Ley 428, establece que:

"son transmisibles por actos inter vivos y mortis causa, a no ser que se constituyesen como personalísimos<sup>154</sup> o se hubiere condicionado su transmisión al consentimiento del propietario, o limitado de otro modo su transmisibilidad."

Igualmente en su apartado 5º dicha Ley, establece que: "son hipotecables en la misma medida que son transmisibles. Lo edificado o plantado en ejercicio de estos derechos quedará sujeto a la misma hipoteca".

Según Salinas Quijada,<sup>155</sup> la permisión de los actos a que aluden estos apartados obedece al principio de libertad de pacto y a la práctica notarial. Es coincidente con la regulación del Derecho común.

La **STS de 4 de febrero de 1993**,<sup>156</sup> también recoge el poder de disposición del superficiario, aunque de las palabras que se transcriben a continuación entendemos que

---

<sup>152</sup> **S. de la Aud. Terr. de Oviedo (R.G.D. Año 1989. Pags. 3371 y ss)** señala que "este derecho, en cuanto integrante del caudal hereditario, debe ser inventariado y, previa su valoración, ha de ser tenido en cuenta en la partición."

<sup>153</sup> **R. 24 de abril de 1913 (J. C. Parte II. 1913. Pag 167 y ss)**, establece en sus considerandos "que las escrituras en que se hipotequen edificios construidos en suelo ajeno deben expresar esta circunstancia, así como la de entenderse la hipoteca reducida al derecho que tuviere el dueño de lo edificado y de que se constituye sin perjuicio del propietario del terreno."

<sup>154</sup> Supuesto que estudiaremos en el apartado siguiente por un interesante matiz.

<sup>155</sup> Salinas Quijada: Derecho civil foral... Cit. Pag. 32.

<sup>156</sup> **STS de 4 de febrero de 1993 (Rep. Aran. 782)**

había también una cláusula donde se obligaba al superficiario a solicitar con carácter previo la autorización administrativa. Así se señala que:

se "permite en la estipulación tercera de dicha escritura a D. Salvador el derecho de poder ceder, transmitir, enajenar o gravar el derecho de superficie adquirid" ... "posteriormente el cesionario solicita autorización del Ayuntamiento para ceder su derecho, siendo la misma concedida por Acuerdo Plenario municipal..."

#### B.- Situación en el Derecho Comparado.

Con carácter general podemos señalar que la libertad de disposición se admite en todos los sistemas jurídicos.

En el ordenamiento italiano, la doctrina<sup>157</sup> señala que el titular del derecho de superficie tiene la libre disponibilidad de la construcción, pudiendo enajenarla y constituir sobre ella otros derechos reales. Si el derecho de superficie fue constituido por un tiempo determinado, al transcurso del mismo, se extinguen tales derechos.

En el sistema francés, se establece también el derecho de disponer que tiene el superficiario. Así, puede aportar las superficies a una sociedad, enajenarlas, e hipotecarlas, pero no podrá, al ser un derecho inmobiliario, concederlo en prenda. Si podrá tanto gravar, *como constituer en su beneficio servidumbres cuando sean necesarias para el ejercicio del derecho.*<sup>158</sup>

El art. 251-3 párrafo 3º del Code de la construction et de l'habitation, señala que:

"el inquilino podrá ceder todo o parte de sus derechos o aportarlos en sociedad. Los cesionarios o la sociedad no tendrán las mismas obligaciones que el cedente-superficiario, que permanece garante de la finalización del conjunto de las construcciones que se ha comprometido (con el dueño del suelo) a edificar en aplicación del artículo 251-1".<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Torrente, Schlesinger: Manuale di diritto privato. Dodicesima edizione. Milano 1985. Pag. 348.

<sup>158</sup> Saint-Alary: Superficie... Cit. Pag. 3

<sup>159</sup> Art. 251-3 párrafo 3º C. Constr. et hab.:

"Le preneur peut céder tout ou partie de ses droits ou les apporter en société. Les

Saint-Alary,<sup>160</sup> señala que es frecuente que el inquilino, por ejemplo, un promotor, no sea la persona que efectivamente va a realizar la construcción. De ahí, que decida constituir una sociedad de construcción-venta,<sup>161</sup> o una sociedad de atribución,<sup>162</sup> para su realización.

Del precepto expuesto se deduce que el inquilino podrá ceder su derecho en todo o en parte a uno o más cesionarios. Estamos en el supuesto en el que aquél venda cuando estén finalizadas las obras, en todo o en parte los inmuebles o los pisos (fracciones de inmuebles) a los adquirentes. Estos serán los sustitutos del inquilino inicial dentro del arrendamiento.

Sin embargo cuando el inquilino, haciendo uso del derecho que se le reconoce, lo transmite, el arrendador puede encontrarse atado a uno, o varios cesionarios, o incluso, a una sociedad que no conoce, y que no le presentan las mismas garantías que el inquilino-superficiario, según lo dispuesto por el art. 251-3 párrafo 3º.

En un primer momento, dentro del sistema inicial de la ley de 1964, esta obligación de garantía no estaba limitada en el tiempo. Sin embargo, una ley posterior de 1975,<sup>163</sup> precisa que esta obligación cesará con la finalización de las construcciones que el inquilino

---

cessionnaires ou la société sont tenus des mêmes obligations que le cédant qui en reste garnat jusqu'à l'achèvement de l'ensemble des constructions que le preneur s'est engagé à édifier en application de l'article L 251-1".

<sup>160</sup> Saint-Alary: Bail à construction. Cit. Pag. 6

<sup>161</sup> Sociedad de construcción-venta. Definido en el art. 211-1 del Code de la construction et de l'habitation.

<sup>162</sup> Sociedad de atribución. Definido en el art. 212-1 del Code de la construction et de l'habitation.

<sup>163</sup> Ley nº 75-1328 de 31 de diciembre de 1975. Saint- Alary: Bail à construction... Cit. Pag. 6

está comprometido a edificar. Además, esta facultad de disposición del inquilino, es de carácter imperativo (el art. 251-8 declara de orden público el párrafo 3º de la ley 251-3). De esta forma, el arrendador no puede prohibir al inquilino la cesión del arrendamiento, o su aportación a una sociedad, pero este último no puede olvidarse de su obligación de garantía.

En el sistema portugués, también se establece en el art. 1534 del Código civil, la posibilidad de que el superficiario transmita su derecho, tanto por acto inter vivos como mortis causa.<sup>164</sup>

En conclusión, tanto en nuestro ordenamiento jurídico como en los restantes, la regla general es la transmisibilidad del derecho, pero cabe la excepción, si así lo han querido las partes con fundamento en el principio de libertad de pacto, imponiéndose determinadas limitaciones a la libre disposición.

### **3.- Ambito de la facultad de disposición**

En relación con el objeto de la facultad dispositiva del derecho de superficie, (en ambas modalidades) el superficiario puede enajenar su derecho y constituir sobre el mismo, cualquier relación jurídica real o personal, pudiendo incluso constituir sobre su derecho otro de tipo real.<sup>165</sup> Todo ello fundamentado, en que las facultades mínimas del derecho de dominio, se presentan con nitidez en el derecho de superficie,<sup>166</sup> que no es más que

---

<sup>164</sup> Artigo 1534º: "Transmissibilidade dos direitos. O direito de superfície o direito de propriedade do solo são transmissíveis por acto entre vivos ou por morte".

<sup>165</sup> Guilarte ya realizó un estudio acerca de todas las posibilidades que se derivan del poder de disposición del superficiario. (Guilarte: El derecho de superficie. Cit. Pag. 245 a 256)

<sup>166</sup> En el mismo sentido lo exponen, Cabello de los Cobos y Mancha, F. y L. Mª: Derecho de superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico... Cit. Pag. 404.

un derecho real que otorga a su titular la propiedad temporal de un edificio sobre suelo ajeno.

A.- Constitución de derechos reales de goce.<sup>167</sup>

El superficiario puede constituir derechos reales sobre su derecho. De esta manera, y tanto si ya ha sido construida la edificación como si todavía no se ha realizado, puede constituirse un USUFRUCTO. El usufructuario, a efectos del goce del derecho de superficie o de la propiedad superficiaria, se encontrará en la posición que ostente el superficiario.

De todas formas habrá que estar a lo pactado en el título constitutivo. Si se concede el usufructo sobre el derecho de superficie, afecta a la facultad de construir (y, si se pacta, a la de reconstruir en caso de perecer el edificio), y también al goce de la edificación. Si se concede únicamente sobre el edificio superficiario, será el titular del derecho, el facultado para reconstruir.<sup>168</sup>

---

<sup>167</sup> No debemos olvidar, y por eso no referimos a ello en primer lugar, que el superficiario como titular de un derecho puede realizar toda clase de contratos cuyo objeto sea dicho derecho. Así, y como principales contratos frecuentemente realizados en la práctica nos encontramos con la venta y el arrendamiento del derecho de superficie.

En primer lugar, hay que hacer referencia a la VENTA DEL DERECHO DE SUPERFICIE, a través del cual se realiza la transmisión del derecho real íntegro. El nuevo titular se subroga en la posición del superficiario. Se le transmite la facultad de construir en suelo ajeno, y, la de conservar la construcción.

Por otro lado, el superficiario puede que haya hecho uso del derecho de superficie, y haya construido la propiedad superficiaria. En ese caso lo que se procede es a la VENTA DE LA PROPIEDAD SUPERFICIARIA, y del derecho de superficie del que trae causa. Todo ello en base a la consideración de que el dominio de las construcciones corresponde al superficiario.

También es posible que el superficiario pacte un ARRENDAMIENTO con un tercero. Para ello es necesario que el titular del derecho haya realizado ya la propiedad superficiaria, y el arrendamiento se constituya sobre la misma. Al igual que en los supuestos anteriores habrá que estar al título constitutivo y a la duración de la propiedad superficiaria.

<sup>168</sup> Si pereciese el edificio, como bien señala Guilarte, "deberá abonar al usufructuario los intereses correspondientes al valor del suelo y de los materiales", ya que a tenor del art. 517-1º del Código Civil, si el usufructo recayera sobre una finca y el edificio pereciera,

No hay que olvidar que el usufructuario tendrá la posesión del superficiario, pero nunca tendrá la nuda propiedad que la mantendrá siempre el superficiario mientras dure el derecho de superficie.

Al ser la propiedad superficiaria un bien inmueble, podría, a tenor del art. 1628 del Código Civil, ser gravada con el CENSO ENFITEUTICO. No obstante, al constituirse esta figura por tiempo indefinido mientras que el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, que actualmente se utiliza con carácter temporal, resulta difícil su creación (a no ser que se pacte con carácter perpetuo).<sup>169</sup>

Evidentemente, al ser el superficiario el titular de la propiedad superficiaria, puede constituir cuantas SERVIDUMBRES afecten al edificio, siempre que no se extiendan más allá del límite temporal del derecho de superficie, y del límite material de su objeto.

Habrà que coordinar, a la hora de pactar las servidumbres, tanto la regulación legal del derecho de superficie como la legislación urbanística. Por ejemplo, no podrá pactar el superficiario, en favor del fundo vecino, la no construcción del edificio hasta transcurrido diez años, ya que habría una contradicción con la obligación impuesta al titular del derecho de superficie de construir en el plazo convenido.<sup>170</sup> Tampoco podrá constituir una servidumbre de construir a una determinada distancia, o a otra altura, pues podría contradecirse con lo dispuesto en los Planes Urbanísticos, pudiendo constituirse mientras no sea

---

el usufructuario tendrá derecho a disfrutar del suelo y de los materiales.

<sup>169</sup> Guilarte (El derecho de superficie. Cit. Pag 246) opina que en la modalidad urbana común si es posible, pues la superficie se constituye por tiempo indefinido por lo que el censo enfiteútico perpetuo por excelencia, tiene un perfecto encuadre. En la modalidad urbanística no cree que pueda nacer esta figura.

<sup>170</sup> Puede ser inferior a 10 años como limitaba el Reglamento a cinco años, aunque la Ley del Suelo de 1976 no señalaba plazo alguno y hoy, la Ley de 1992, señala que se dispondrá en la correspondiente licencia de edificación.

contrario a los mismos.

También es posible la creación de DERECHOS DE SUPERFICIE constituidos sobre parte del suelo cedido para la creación del primitivo derecho de superficie. Y, la creación de derechos de sobreedificación y subedificación superficiaria sobre la propiedad superficiaria. Ambos casos pueden resultar interesantes desde el punto de vista económico para el superficiario. En el primer supuesto, el superficiario puede ceder, por ejemplo, una vez que él ya ha edificado, el derecho de superficie, como derecho de mantener la edificación, sobre una parte de su derecho. O independientemente de si ya ha edificado o no, puede ceder una parte del terreno que tiene en derecho de superficie, a un tercero constituyéndose sobre el mismo otro derecho de superficie.

El problema surge a la hora de coordinar el goce de los distintos derechos, pues el segundo derecho de superficie no podrá contravenir lo pactado en el título constitutivo del primitivo derecho de superficie, ni perjudicar al dominus soli.

El segundo supuesto, puede también resultar beneficioso para el superficiario. Consiste en la concesión a terceros, por el superficiario, de derechos de sobreedificación y subedificación superficiarios. Para ello es necesario que se proceda a la construcción de la propiedad superficiaria, base material de los mismos. En este supuesto, no debemos perder de vista las limitaciones pactadas por las partes en el título, como tampoco las normas administrativas en cuanto a los límites de alturas.<sup>171</sup>

---

<sup>171</sup> Si se pacta la condición de edificar hasta una altura determinada y el superficiario no ha agotado su derecho, puede transmitir esta facultad de construir a un tercero hasta el tope máximo pactado en el contrato. Lo que está claro es que el dominus soli no podrá hacerlo, porque se ha desprendido de dicha facultad salvo pacto en contrario.

Habría que matizar que ocurre si no se ha pactado nada en el título constitutivo, y el superficiario no ha agotado su derecho respecto a la altura marcada por las leyes urbanísticas, ¿podría el dominus soli, edificar por encima de la esfera pactada? Está claro que en el caso de que en el título constitutivo no se diga nada, el derecho de construir corresponde al superficiario hasta el límite urbanístico admitido por el planeamiento. Por lo que,

## B.- Constitución de derechos reales de garantía.

Además de ser el derecho de superficie transmisible es susceptible de gravamen, y, por tanto, de constitución de HIPOTECA (Art. 107-5º Ley Hipotecaria)<sup>172</sup> y de ANTICRESIS.<sup>173</sup>

El art. 107-5º dispone la posibilidad de hipotecar el derecho de superficie. El antecedente de este precepto lo encontramos en el art. 107 de la L.H. de 1861, en la que se mencionaban los derechos hipotecables con restricciones.<sup>174</sup> Es indudable que hoy, de acuerdo con el actual precepto y el art. 287-3º de la Ley del Suelo (cuyo antecedente está en el art. 157-2º de la Ley del Suelo de 1956), se puede sujetar la garantía hipotecaria al derecho de superficie.

Se puede gravar con hipoteca el derecho de superficie en ambas fases, tanto antes de iniciarse la construcción, como después de surgida la propiedad superficiaria, pues como señala Guilarte,<sup>175</sup> en el primer caso, la hipoteca abarca todas las facultades integrantes

---

respondiendo a la cuestión planteada, el dominus soli debe contar con el permiso del superficiario, es más, es el propio superficiario quien debe otorgarle el derecho para construir hasta la altura determinada por las leyes urbanísticas, ya que debe edificar sobre el edificio base; con los posibles riesgos para el edificio superficiario base de las futuras plantas y molestias para el superficiario.

<sup>172</sup> Supuestos tratados al estudiar el contenido del derecho de superficie.

<sup>173</sup> Mezquita del Cacho (Derecho real de superficie en la Ley de 12 de Mayo de 1956... Cit. Pag 759) sostiene que es susceptible de ser gravada con anticresis, pues "tratándose de edificios explotables, que producen frutos civiles, ya que durante la vida de la superficie ésta adopta la estructura de una propiedad del vuelo, con lo que el gravamen del derecho viene a ser lo mismo que gravamen del edificio."

<sup>174</sup> El art. 107-1º de la LH 1861, señalaba que podía hipotecarse "el edificio construido en suelo ajeno, el cual si se hipotecará por el que lo construyó será sin perjuicio del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado"

<sup>175</sup> Guilarte: El derecho de superficie... Cit. Pag 253.  
Y Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el

del derecho de superficie, extendiéndose automáticamente a la edificación el vínculo superficiario.

#### **4.- Limitaciones a la facultad de disponer y gravar.<sup>176</sup>**

##### **A.- Clases.**

Tras el reconocimiento de la transmisibilidad del derecho de superficie en general, como una de las notas integrantes de su contenido, así como su reconocimiento legal específico en la propia Ley del Suelo, (su art. 287-3º dispone que el derecho de superficie será transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones que se hubieren fijado al constituirlo) hay que hacer referencia a la existencia de pactos que pueden limitarla.<sup>177</sup>

En principio en este punto rige también el principio de libertad contractual, sin más límites que las leyes, la moral y el orden público.

Cabe distinguir que se excluya absolutamente el poder dispositivo al superficiario,

---

ordenamiento jurídico español... Cit. Pag. 604.

<sup>176</sup> En el presente apartado queremos hacer constar la existencia en la práctica de las limitaciones a la facultad de disposición del superficiario con base en la normativa urbanística, y en la autonomía de la voluntad, así como todos los problemas que originan. No obstante, nuestra intención en ningún momento es realizar un estudio pormenorizado de las mismas, pues somos conscientes de las dificultades que plantean y dedicarnos en profundidad a su estudio sobrepasaría los límites del presente trabajo. Sin embargo como este Capítulo está dedicado las cuestiones prácticas de la institución, no queríamos pasar por alto su constancia en la realidad social aunque brevemente.

<sup>177</sup> Todos los pactos limitativos de la facultad de disposición deben ser adoptados de común acuerdo por ambas partes: No obstante, hay determinados supuestos en que el superficiario debe aceptarlas por que se le imponen. Nos referimos a la adjudicación del derecho de superficie por el Estado o entes públicos, donde el derecho se formaliza en contratos de adhesión.

Así, lo reconoce Badía Salillas (Las limitaciones de disponer a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho. Comunicaciones y Ponencias al VI Congreso Internacional de Derecho Registral. Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag 1177) cuando afirma que "estos pactos en los actos onerosos suelen ser partes de un contrato de adhesión, en que una de las partes ha de asentir en bloque al clausulado preparado por la otra, o no contratar."

no pudiendo transmitir validamente, o, que se impongan limitaciones al superficiario en su facultad de enajenar. También es posible que el impedimento puesto por el concedente a la libre disposición tenga su origen en la concesión a un tercero, o, a él mismo de esa facultad de disposición.<sup>178</sup>

También debemos tener en cuenta la modalidad del derecho de superficie,<sup>179</sup> pues tanto la forma como el fundamento de la limitación es diferente.

En general, como ejemplo de las limitaciones a la facultad de disposición del superficiario, podría convenirse que el derecho se hubiese constituido como derecho subjetivado o personalísimo, es decir, como derecho cuya titularidad solamente pueda corresponder a una determinada persona, extinguiéndose con su muerte y, por tanto, siendo imposible su enajenación inter vivos o mortis causa. Puede, así mismo, pactarse la constitución del derecho de superficie durante la vida del superficiario, impidiéndose la transmisión del derecho tras su muerte, aunque no durante su vida.

---

<sup>178</sup> En este caso las restricciones a la libre disponibilidad de los derechos derivan para su titular de la atribución de un derecho correlativo a otra persona. Este segundo derecho confiere normalmente una facultad de adquisición preferente (opción, tanteo, retracto), de manera que más que una prohibición de disponer en sentido estricto, concurre un derecho ajeno. (Derechos que serán tratados más adelante).

Este tipo de prohibiciones de disponer son estudiados por Montes Penades: El modo testamentario y las prohibiciones de disponer. ADC. 1974. Pags. 302 y ss.

<sup>179</sup> **Un ejemplo de limitación en la modalidad urbanística**, lo constituye en el supuesto de cesión gratuita del derecho de superficie por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, a "Vicus Albar. Sociedad Cooperativa", sobre terrenos de propiedad municipal en el Anillo Verde de Vicalvaro II, donde se establece que: "En los actos de disposición inter vivos, sólo podrá realizarse la transmisión a favor de personas físicas, cuyos ingresos familiares no sean superiores a 3,5 veces el salario mínimo interprofesional, y que no sean titulares de otra vivienda en propiedad dentro de los límites territoriales de la Comunidad de Madrid..."

Posteriormente se detalla que "el incumplimiento de las obligaciones previstas anteriormente conllevará la EXTINCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE, siempre que previamente se hubiere requerido al afectado para su realización y hubiere transcurrido el plazo al efecto sin cumplimentarlo".

Junto a estas limitaciones de disponer, se pueden pactar en el título constitutivo de igual modo limitaciones a la facultad de gravar el derecho, con los mismos límites señalados anteriormente (por ejemplo, podemos encontrar la limitación cuantitativa de las hipotecas...)

#### B.- Contenido, fundamento y efectos de las limitaciones

El objeto de estas prohibiciones es restringir el poder de disposición del superficiario, pactándose tanto la invalidez del acto transmisor (porque se ha enajenado cuando estaba prohibido), como limitándose la enajenación (porque se le ha impuesto la obligación de enajenar pero con limitaciones).

La limitación es un pacto obligacional realizado entre las dos partes que configuran la existencia del derecho de superficie, pero que afecta a las dos partes de la transmisión prohibida, es decir, al enajenante-superficiario, que no puede transferir nunca o en determinados supuestos, y, al tercero-adquirente que no puede suceder en el derecho transmitido.

Generalmente en el título constitutivo, la transgresión de las limitaciones de disponer se puede configurar como un incumplimiento que funciona como condición resolutoria expresa,<sup>180</sup> dando lugar a la extinción del derecho de superficie, y produciéndose la reversión de la propiedad superficiaria.<sup>181</sup>

---

<sup>180</sup> "Tendrá el carácter de condición resolutoria expresa de la presente cesión de derecho de superficie, conforme al art. 1.124 del C.C, las causas siguientes:

-Si el superficiario incumpliera alguna de las limitaciones del mantenimiento de la titularidad y de su actividad establecidas en la Estipulación Séptima: Limitaciones a la libre transmisión del Derecho de Superficie". Contrato de cesión del derecho de superficie por ARPEGIO (AREAS DE PROMOCION EMPRESARIAL.S.A.), para la construcción de "La ciudad de la Imagen".

<sup>181</sup> Por ejemplo, en el supuesto de la cesión del derecho de superficie por ARPEGIO, se señala tras la exposición de las Condiciones Resolutorias, que: "El CEDENTE podrá optar entre exigir el pago de la totalidad del canon aplazado que reste por abonar (en caso

En relación con el Derecho Comparado, en el único ordenamiento donde se menciona a las limitaciones de disponer es el portugués. La Lei 2030 de 6 de junio de 1948, en su art. 25-1º, hace referencia a la existencia de las posibles cláusulas del título de constitución del derecho. Así, recoge en su apartado b), la dependencia de la autorización del propietario del suelo para la enajenación del derecho de superficie.<sup>182</sup>

También la Lei dos Solos portuguesa, adopta una limitación temporal de la enajenación del derecho en su artículo 20-2º, donde se señala que podrá convenirse la prohibición de enajenar el derecho durante cierto plazo, sujeto igualmente a la autorización de la Administración.<sup>183</sup> Igualmente en el Decreto 182/72 de 30 de Mayo, cuyo fin es el fomento de la habitación, se dispone, en su art. 10 que:

"en el título constitutivo del derecho de superficie deberá pactarse obligatoriamente que el superficiario, en los casos en que le fuera lícito ceder temporalmente, a título de arrendamiento o cualquier otro... no podrá dársele aplicación diferente a la pactada..."<sup>184</sup>

De la lectura de estas limitaciones, se desprende que su fundamento se encuentra, en la modalidad urbanística, cuando el derecho es concedido con fines de promoción social,<sup>185</sup> o, en ambas modalidades, cuando se concede para un determinado número de

---

de falta de pago), la subsanación de defectos o incumplimientos, o bien ejecutar la condición resolutoria con extinción del Derecho de Superficie".

<sup>182</sup> Art. 25-1º Do título de constituição do direito de superfície podem constar: "b) Dependência de autorização do proprietário do solo para a alienação do direito de superfície."

<sup>183</sup> Art. 20-2º Lei dos Solos:

"Para os fins do disposto na última parte do número anterior poderá convencionar-se, designadamente, a proibição da alienação do direito durante certo prazo e a sujeição da mesma a autorização da Administração."

<sup>184</sup> Decreto 182/72 de 30 de Maio. Diario Da Republica. I Serie. Nº 127. Pags. 719 y 720.

<sup>185</sup> Plan 18.000- viviendas de promoción social

personas con características comunes,<sup>186</sup> con lo que se pretende, que las viviendas superficiares no sean objeto de tráfico jurídico.<sup>187</sup>

Consideramos admisible su constitución cuando estas son temporales o relativas; pero no creemos que sean posibles las limitaciones durante todo el tiempo de duración del derecho de superficie, porque ello equivaldría a la total supresión del poder de disposición de la propiedad superficial.

La cuestión fundamental se centra en si es posible que la transgresión del pacto prohibitivo sobre la disposición o gravamen del derecho de superficie, implique la extinción del mismo. Entendemos que sí, ya que en caso contrario tendría poca virtualidad práctica su imposición, y precisamente por ello se incluye a través de una condición resolutoria. Pero, ¿podría tener otra consecuencia?. Pensamos que en caso de que la prohibición de disponer fuera realizada en la modalidad urbana puede que también se pacte una cláusula penal. No obstante, a la Administración le interesa fundamentalmente la extinción del derecho, para su concesión a otro sujeto (tal y como hemos comprobado en los ejemplos expuestos).

En cuanto a la posición de la doctrina en relación con este tema, Roca Sastre,<sup>188</sup> considera "la facultad dispositiva como algo institucional, de suerte que creemos que no puede ser prohibida directamente con efectos reales...". Admite únicamente la existencia

---

<sup>186</sup> Viviendas sólo para personas vinculadas a la Universidad. PARS- plazas de aparcamiento cedidas en derecho de superficie sólo para personas residentes.

<sup>187</sup> El pliego de condiciones del Plan 18.000 señala: "En atención a la finalidad que rige esta actuación municipal y a su carácter de actividad de fomento, se entenderá que todo fraude en la transmisión de las viviendas y cualquier otra forma de transmitir las mismas que no sea prevista en este Pliego, queda incurso en la tipificación penal aplicable a las subvenciones públicas. La transmisión y cesión de las viviendas y sus condiciones deberá transmitirse fehacientemente al Ayuntamiento."

<sup>188</sup> Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie. Cit. Pag. 55 y ss.

de "limitaciones temporales y racionales de disponer o de limitaciones fideicomisarias o de otra clase, derivadas de un título sucesorio".<sup>189</sup>

Hoy las limitaciones más usuales en la práctica, al ser impuestas generalmente por las Corporaciones Locales en la modalidad urbanística, tienen un carácter relativo, configurándose generalmente tanto a través de la figura usual de la venta<sup>190</sup> como del arrendamiento.<sup>191</sup>

También podemos considerar como una limitación a la facultad de disposición, la obligación de transmisión en favor del concedente, y no respecto a terceros, existente en la modalidad urbanística. (Aunque también se pacten los derechos de tanteo y retracto a favor del concedente).

En conclusión y en cuanto a su funcionamiento debemos decir que la prohibición surge dentro del derecho mismo, actuando sobre una de sus facultades típicas: el ius disponendi. Obedece a diversas causas que hacen necesaria o conveniente la inalienabilidad temporal de ciertos derechos, y actúa sobre el derecho mismo con carácter objetivo, sin atender al sujeto titular con ella gravado.

---

<sup>189</sup> Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag. 407), sigue en esta tesis a Roca.

<sup>190</sup> Por ejemplo: "El derecho de superficie no podrá ser transmitido a terceros hasta tanto no hayan transcurrido, al menos cinco años de actividad ininterrumpida" o "durante los quince primeros años de vigencia del derecho de superficie, a contar desde la entrega de las llaves, los adjudicatarios del mismo solamente podrán enajenarlo al..."

<sup>191</sup> "El alquiler se realizará exclusivamente en casos excepcionales, a favor de ..."

### C.- Acceso de las limitaciones al Registro.<sup>192</sup>

La prohibición de disponer por su propia naturaleza afecta al acto dispositivo, y, por consiguiente, repercute sobre el adquirente de la enajenación. De ahí que en las prohibiciones, la oponibilidad o eficacia erga omnes sea importante y se requiera el apoyo registral.<sup>193</sup>

En base al art. 26-3º de la L.H. las prohibiciones de disponer establecidas en testamentos, y actos a título gratuito, pueden ser inscritas "siempre que la legislación vigente reconozca su validez".

En principio, el derecho de superficie constituido por actos mortis causa, -por ejemplo, a través de testamento-, o aquellos contratos realizados a título gratuito -donación, tanto en la modalidad urbanística<sup>194</sup> como en la modalidad urbana, según el citado precepto, no hay duda alguna de que serán inscribibles, ya que la legislación vigente (Ley del Suelo) reconoce su validez.

Pero el problema que más importancia tiene para nuestro estudio es el que plantea el art. 27 de la Ley Hipotecaria, al establecer que:

"las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior,<sup>195</sup> no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de

---

<sup>192</sup> Aunque los aspectos registrales de la Institución ya han sido tratados, este punto vamos a exponerlo aquí por la unidad del tema objeto de estudio. No obstante, como hemos señalado al principio, nuestra intención únicamente se centra en exponer, sin deseo de profundizar, los problemas que se plantean en relación con el acceso o no de las prohibiciones de disponer al Registro de la Propiedad.

<sup>193</sup> Amorós Guardiola (Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. (Comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 1963). A.D.C. 1965. Pags. 953 y ss), califica su acceso al Registro de esencial.

<sup>194</sup> Que son la mayoría de los ejemplos que hemos recogido, donde la Corporación Municipal, cede sus terrenos en derecho de superficie con un carácter gratuito para la construcción de viviendas de carácter social.

<sup>195</sup> El art. 26 de la Ley Hipotecaria se refiere a aquellas prohibiciones de disponer o enajenar cuyo origen se encuentre en la ley, en alguna resolución judicial o administrativa,

que mediante hipoteca o cualquiera otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento".

Esta disposición hipotecaria parte de que las prohibiciones de disponer son eficaces, aunque sin perjuicio de que su cumplimiento se asegure mediante hipoteca u otra forma de garantía real. Sin embargo, tales limitaciones no poseen eficacia erga omnes pues se prohíbe su acceso al Registro de la Propiedad. De manera que al no ser opuesta frente a terceros queda únicamente como un convenio entre las partes, por el que una de ellas tiene derecho a exigir una determinada conducta negativa de la otra, cuyo incumplimiento puede determinar la exigencia de daños y perjuicios. El tercero no se verá afectado por la adquisición, a menos que tenga conocimiento de la prohibición, en cuyo caso, y como señalan Díez Picazo y Gullón, ha cooperado con el obligado a la frustración del derecho del acreedor de la prestación, debiendo responder también de los daños y perjuicios.<sup>196</sup>

Sin embargo, en el caso de nuestro estudio, la cuestión se complica pues tanto la Ley del Suelo como el Reglamento Hipotecario, y en relación con la modalidad de derecho de superficie urbanístico, posibilitan la existencia de estos pactos limitativos a la capacidad de disponer del superficiario. Dicha complicación reside en el carácter constitutivo de la inscripción en esta modalidad urbanística, pues a la vista de lo dispuesto en el art. 27 de la L.H. ¿qué ocurrirá con tales cláusulas?. La doctrina no es unánime en cuanto a la solución del problema. Por un lado, hay autores que sostienen que los pactos limitativos

---

o las impuestas por el testador o donante en actos a título gratuito.

<sup>196</sup> Díez Picazo y Gullón (Sistema... Vol III. Pag.62) señalan que el problema que entrañan es la obtención de la nulidad de la adquisición del tercero, aunque mantiene que debería ser nulo, puesto que la mala fe nunca puede prevalecer (S. 16 de febrero de 1973).

Estoy de acuerdo con que el problema que plantean estas prohibiciones radica en los efectos que producen frente a los actos transgresores. Consideramos que todas las prohibiciones de disponer suponen una exclusión de la legitimación del afectado por las mismas, de manera que, todos los actos realizados en contra de las limitaciones deberían ser considerados nulos de pleno derecho (art. 6-3º C.C.).

a la libertad de disposición en materia de derecho de superficie, deben adaptarse al régimen general de los citados artículos 26 y 27. Dentro de esta corriente de pensamiento se encuentra Presa de la Cuesta,<sup>197</sup> que sostiene que "aunque el Reglamento esté observando un caso muy concreto, tal como es el del derecho de superficie, y por ello pudiera ser tomado como norma especial, dado que el mismo no declara expresamente la posibilidad de alterar el régimen general de la Ley, a ella habrá que adaptarse por tratarse de una norma de rango superior".

Por otro lado, Badía Salillas,<sup>198</sup> señala que tales limitaciones podrán estipularse con total y plena libertad, como excepción al art. 27, en base a preceptos específicos (hoy art. 287-3º L.S.).

En la práctica las limitaciones de disponer que han sido objeto de estudio, se encuentran garantizadas por una condición resolutoria unida a una cláusula penal que aseguran la prohibición temporal de disponer, sirviendo como un medio de garantía.

Sin embargo, se deniega la inscribibilidad de esta condición, y en consecuencia, el cercenamiento de esa facultad dispositiva, sin perjuicio de sus efectos civiles. El fundamento de esta denegación se encuentra en que el pacto lo que trata de eludir es la falta de acceso al Registro de una prohibición de disponer, persiguiéndose por una vía indirecta este resultado.<sup>199</sup>

---

<sup>197</sup> Presa de la Cuesta: Causas del desinterés social en España por la propiedad superficiaria...Cit. Pag. 644 y ss.

<sup>198</sup> Badía Salillas: Las limitaciones a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico... Cit. Pags. 1202 y ss

<sup>199</sup> Pero, ¿puede considerarse la condición resolutoria como una forma de garantía real? Siguiendo la tesis de **La Rica y Arenal** (Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario... Cit. Pag. 134) "la hipoteca u otra forma de garantía real servirán para asegurar el resarcimiento del perjuicio o el pago de la sanción estipulada si la prohibición temporal de disponer se incumple pero no a la misma prohibición, que en sí y en cuanto a sus

Sin embargo, no debemos olvidar que en nuestro derecho objeto de estudio, la obligación del superficiario consiste en edificar y mantener la construcción en concepto de propietario superficiario, pero originado como un derecho real sobre la finca del concedente. Y dentro de las limitaciones que éste puede imponer, se encuentran la de que no se transmita su derecho hasta haberse efectuado por ejemplo, todo o parte de la edificación, o, la prohibición de enajenación o gravamen por acto inter vivos total o parcialmente, en cuyo caso el dominio de los pisos revertirá al organismo o particular concedente.<sup>200</sup> Lo fundamental en la regulación de las limitaciones es que éstas respondan a un interés lícito, en tal caso, el Derecho debe reconocer la voluntad de las partes y favorecer su eficacia. Así, en el supuesto del derecho de superficie, y teniendo en cuenta las especificidades de la figura en la modalidad urbanística, podría considerarse que tales limitaciones se configuran como obligaciones que forman parte de la estructura del derecho, es decir, como un auténtico deber que recaé en la posición jurídica del sujeto pasivo, por la finalidad y el fundamento de tales limitaciones que modalizan el contenido del derecho de superficie. Argumento que tiene su importancia, junto a los anteriormente expuestos para señalar que para que sean oponibles dichas limitaciones a terceros, y al formar parte del propio derecho

---

efectos reales no cabe asegurar si se le cierra el acceso al Registro". Esta idea se encuentra apoyada por **Chico y Ortiz** (Estudios sobre Derecho Hipotecario. T. 1. 2º ed. Madrid. 1989. Pags. 487 y ss) que mantiene como "el cumplimiento efectivo sólo puede lograrse a través del cierre registral, lo cual supone una ineffectividad de la norma".

En los mismos términos **Badía Salillas** indica que "parece que el art. 27 no admite esta condición en garantía del cumplimiento de la prohibición, pues lo que se garantiza no es el cumplimiento mismo en forma específica de la misma sino la indemnización por su incumplimiento, con lo que la condición resolutoria que garantice el pago de ésta no va contra el art. 27, pues ya no es el enajenar lo que produce la resolución sino el no pagar la indemnización".

<sup>200</sup> **Badía Salillas** mantiene también que se trata de una excepción, señalando que "el fundamento de la admisión de estas limitaciones, ha de ser el carácter de la persona del superficiario, que ha de cumplir lo pactado al adquirir su derecho".

real, y precisamente por su propia trascendencia real, éstas acceden al Registro de la Propiedad. Aunque no hay que olvidar, en modo alguno, el precepto señalado en la propia Ley Hipotecaria.<sup>201</sup>

Y ello no sólo desde el punto de vista formal, debido al criterio claramente prohibitivo mantenido en este artículo 27 de la L.H. sino también desde el punto de vista material, pues, no consideramos que sea posible su inscripción ni siquiera en base a que la decisión de su validez o no, y, por consiguiente, de su inscribibilidad, debe enfocarse desde el punto de vista de la causa genérica del negocio -finalidad de garantía- sino atendiendo a la causa concreta -garantía de intereses merecedores de protección en la contratación inmobiliaria-. Opinión de Gómez Gállego, quien señala que estos elementos se dan en el derecho de superficie, donde además se reconoce legalmente la posibilidad de limitar la capacidad de disponer del superficiario en base a la L.S. Además existe un interés digno de protección por el Ordenamiento jurídico, todo lo cual lleva a poner en cuestión la tradicional negación absoluta en nuestro Derecho de las prohibiciones de disponer en actos a título oneroso.<sup>202</sup>

---

<sup>201</sup> En el mismo sentido ha mantenido ultimamente, Gómez Gállego (Las prohibiciones de disponer en el derecho español. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Registrales. Madrid. 1992. Pag. 168) la conveniencia de las prohibiciones de disponer en ciertos supuestos de negocios onerosos, siguiendo los planteamientos recogidos por Amorós (Prohibición contractual de disponer... Cit. Pags. 986 y ss) apunta como requisitos mínimos para la admisión de la prohibición, a falta de una norma civil básica, "la necesidad de una razón suficiente y seria en atención a la cual se establezca la prohibición, racionalidad del fin como criterio legitimador, temporalidad, por cuanto las prohibiciones que impliquen prohibición perpetua de enajenar están prohibidas por el art. 781, ventaja patrimonial para alguien o para algo; permisión legislativa..."

<sup>202</sup> Gómez Gállego: Las prohibiciones de disponer...Cit. Pag. 168, 169 y 195.

## 5.- Derechos de tanteo y retracto

### A.- Regulación legal.

Estos derechos de tanteo y retracto fueron consagrados para la modalidad urbanística del derecho de superficie en el art 160 de la Ley del Suelo de 1956, que remitía al art. 1637 del Código Civil, es decir, a las normas que regulan la enfiteusis en este punto en cuanto a plazos y efectos.<sup>203</sup>

Parece ser, que la finalidad fundamental de la redacción de este precepto era la concurrencia de ambos dominios, posibilitándose la reversión anticipada de la propiedad superficiaria al dueño del suelo, o la adquisición del suelo por el superficiario.<sup>204</sup>

---

<sup>203</sup> Artículo 160 de la Ley del Suelo de 1956:

"1º.- En toda enajenación onerosa, el concedente ostentará derecho de tanteo y a falta de preaviso formal y expreso, de retracto cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1637 y siguientes del Código Civil.

2º.- En las enajenaciones onerosas efectuadas por el propietario del terreno a favor de particulares, el superficiario también ostentará los mismos derechos de tanteo y, en su caso, retracto."

<sup>204</sup> De ahí que se mantenga que el antecedente histórico de este precepto se encuentra en la Ley 74 de Toro que desarrolla el retracto superficiario.

Debemos recordar, cómo en el Derecho histórico, se consideraba el derecho de superficie como un supuesto de dominio dividido. Idea que ha perdurado hasta la promulgación precisamente, de la Ley del Suelo de 1956 y el Reglamento Hipotecario, en su reforma de 1959; momento en el cual la configuración de la figura comenzó a cambiar. Pero, parece ser, que como reflejo fiel de la tradición histórica, se ha mantenido la existencia de estos derechos de tanteo y retracto.

Además, existen algunas declaraciones jurisprudenciales, que han otorgado esta posibilidad en el caso de propiedades rústicas, donde concurrían la existencia de derechos de vuelo y suelo. Así, la **STS DE 9 DE MARZO DE 1893** donde se señalaba que en caso de concurrencia de titulares de derechos de siembra y arbolado, tiene lugar el retracto. En su Primer Considerando hace referencia al "retracto legal, cuyo objeto es refundir en una sola persona el dominio pleno de una finca, evitando los inconvenientes que la desmembración del mismo produce para la facilidad de las transacciones y el desarrollo de la riqueza inmueble, por cuya razón el Código Civil concede la facultad de retraer,... y en los contratos análogos a la enfiteusis..." (J.C. T. 73. 1983. Pag 445 y ss).

En el mismo sentido, la **STS DE 9 DE JULIO DE 1903**, dispone la admisión del retracto para un caso de concurrencia de titulares de los derechos de agostaderos y siembra sobre una finca. (J.C. T. 96. 1903. Pag. 140 y ss). También la **STS DE 6 DE JULIO DE 1920** (J.C. T. 151. 1920. Pag. 93 y ss) recoge los mismos planteamientos.

La doctrina<sup>205</sup> señaló que este precepto también era aplicable a la modalidad urbana común, tanto si se hubiese constituido por tiempo indefinido (en las mismas condiciones que se dan tales derechos en la enfiteusis, en virtud del art. 1655-1º); como si fueren temporales, o por tiempo limitado, (en los términos en que se conceden a los arrendatarios, art. 1655-2º).

El citado art. 160 otorgaba los derechos de tanteo y retracto, tanto a favor del dominus soli, (art. 160-1º) como a favor del superficiario (art. 160-2º).<sup>206</sup> Sin embargo, existía alguna diferencia entre ambos párrafos, pues, cuando se concedían al superficiario, los derechos de tanteo y retracto, no tenían lugar en toda enajenación onerosa sino cuando el destinatario fuera únicamente un particular, por lo que se excluían las enajenaciones onerosas a favor del Estado y demás Entes públicos.<sup>207</sup>

---

<sup>205</sup> Guilarte (El derecho de superficie... Cit. Pag. 272) justifica la consagración de estos derechos en el régimen común, sin embargo "no se explica la concesión de estos derechos innecesarios desde el punto de vista técnico de la institución". En el mismo sentido, Fuentes Lojo (Suma de la propiedad por apartamentos... Cit. Pag 402 y 403) y Albaladejo García (Derecho Civil III... Pag. 227).

<sup>206</sup> A mi juicio influido por la regulación del Código Civil de la enfiteusis, cuyo principal fundamento se encuentra en que al ser un dominio dividido, la "recomposición del mismo" se realice a través de estas figuras.

<sup>207</sup> Así lo puso de manifiesto Roca Sastre (Ensayo sobre el derecho de superficie... Cit. Pag. 57), sin que expusiese ninguna razón de tal diferenciación. En el mismo sentido, De los Mozos: El derecho de superficie... Cit. Pag. 335 y ss.

En cierta medida considero lógica la desaparición de estos derechos, al menos de la forma que se otorgaban al superficiario. Pues ¿cuál podría ser la finalidad, en la modalidad urbanística de derecho de superficie, donde el Estado, concedente del derecho, posibilita los derechos de tanteo y retracto al superficiario, cuando él mismo enajenase onerosamente a un particular el suelo, y no a otro ente público? Considero que apenas tendría aplicación práctica.

Sin embargo hoy no se regulan tales derechos de tanteo y retracto, pues tal y como está concebido el derecho de superficie urbanístico, de manera más restrictiva, al ser el suelo sobre el que se grava el derecho integrante del patrimonio municipal, es difícil que salga del mismo, (de ahí que precisamente se utilice esta figura para la creación de viviendas sociales).

La Ley del Suelo de 1976, suprimió en su regulación tales derechos de adquisición preferente, espíritu que se ha mantenido en la actual Ley del Suelo de 26 de junio de 1992, pero que no ha supuesto que los mismos hayan dejado de pactarse en la modalidad urbanística. Por otro lado no olvidemos que en virtud del principio de libertad de pacto, es posible su inclusión en la modalidad urbana del derecho de superficie.

Por lo que se refiere a la Compilación Foral de Navarra, se mantiene el criterio seguido en las últimas leyes urbanísticas, señalándose expresamente en su Ley 428 apartado 9º, que:

"en caso de enajenación de estos derechos o de la propiedad, no habrá lugar al tanteo y retracto."<sup>208</sup>

a.- Fundamento actual.

En la modalidad urbanística del derecho de superficie, los derechos de tanteo y retracto suelen formar parte del clausulado de los contratos, donde generalmente se pactan en favor del concedente, tanto si se ha constituido un derecho de superficie de carácter oneroso,<sup>209</sup> como gratuito.<sup>210</sup>

---

<sup>208</sup> Salinas (Derecho Civil de Navarra... Cit. Pag. 33) señala que "la inexistencia de derechos de tanteo y retracto, es también fiel reflejo de la tradición romanística. La Ley del Suelo los ha introducido en su régimen, pero en el Derecho navarro no existe razón alguna que abone su existencia, antes al contrario, la práctica jurídica referente a la propiedad de casas por pisos puso en evidencia lo perturbadores que resultan estos derechos de adquisición para el tráfico jurídico del inmueble, por lo que, la última reforma legal referente a la propiedad horizontal ha procedido a su eliminación y dá efecto retroactivo a la exclusión legal de estos derechos".

<sup>209</sup> **Constitución** del derecho de superficie de forma onerosa y gratuita (hay tres modalidades) por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid. PLAN 18.000 viviendas. Pliego de condiciones. Apartado 7.2 CONTROL MUNICIPAL SOBRE LA CESION Y TRANSMISION DE VIVIENDAS.

"En atención a la finalidad que rige esta actuación municipal y a su carácter de actividad de fomento, se entenderá que todo fraude en la transmisión de las viviendas y cualquier otra forma de transmitir las mismas que no sea la prevista en este Pliego, queda incurso en la tipificación penal aplicable a las subvenciones públicas. La transmisión y cesión de las viviendas y sus condiciones deberá comunicarse fehacientemente al

Por lo que de ser derechos de adquisición preferente legales pasan a tener un carácter convencional (pactados entre las partes, o sometidos a la cláusula de resolución - introducida como medida precautoria- donde son insertados, al formar parte de un contrato de adhesión).<sup>211</sup>

La existencia de estos derechos más que consistir en unas expectativas de adquisición, se configuran como unas obligaciones pactadas bajo el "imperium" de la Administración, que cercenan por completo las posibilidades de disponer del superficiario, tanto de su derecho como de la propiedad superficiaria resultante.

El fundamento de la inclusión de estos derechos, en los contratos constitutivos del derecho de superficie otorgados por la Administración a los particulares, se encuentra en la recuperación del concedente de la propiedad superficiaria o del derecho en sí (si todavía

---

Ayuntamiento.

En cualquier caso el Ayuntamiento se reserva el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto en las transmisiones y cesiones de las viviendas."

<sup>210</sup> **Constitución gratuita** de derecho de superficie realizada por el Excmo. Ayuntamiento de Madrid, sobre terrenos de su propiedad en el Anillo Verde de Vicálvaro II, en favor de la Cooperativa de viviendas "Vicus Albar Sociedad Cooperativa".

"...En consecuencia se constituye a favor del Ayuntamiento de Madrid un DERECHO DE TANTEO, mediante el cual éste podrá adquirir cualquiera de los pisos-viviendas en que se haya dividido la propiedad superficiaria que se venda, adjudique en pago o por cualquier otro título "inter-vivos" se enajene por primera vez o en las sucesivas enajenaciones, subrogándose, en tal caso, en las cargas hipotecarias que hubieran sido impuestas para financiar las construcciones sobre la propiedad superficiaria, hasta tanto se proceda a una nueva adjudicación".

<sup>211</sup> Se ha cuestionado por la doctrina el carácter real o no de este tipo de derechos debido a su naturaleza convencional frente a los que tienen un carácter legal. No hay que olvidar que al mantener la inscripción constitutiva del derecho de superficie precisamente en la modalidad urbanística, y, por consiguiente, tener acceso al Registro de la Propiedad todo su clausulado, los terceros interesados en la adquisición, tanto del derecho de superficie como de la propiedad superficiaria, tendrán conocimiento de la existencia de tales derechos de tanteo y retracto sobre los mismos, siendo, por tanto, oponibles frente a todos. Y, es precisamente por esta razón, por lo que en la práctica se utilizan estas figuras en relación con el derecho de superficie, frente a la escasa incidencia de los derechos de adquisición de carácter convencional.

no se ha comenzado la edificación) para evitar la existencia de las plusvalías, y del posible enriquecimiento injusto logrado por los adjudicatarios de tales derechos (cuya finalidad está en la promoción social de viviendas) a través del tráfico inmobiliario.<sup>212</sup> O simplemente que dichas viviendas constituidas en régimen de derecho de superficie no salgan de las manos de determinadas personas con características comunes.<sup>213</sup>

b.- Situación en el Derecho Comparado.

Ni en el derecho italiano, ni en el derecho francés se señala nada acerca de estos derechos de adquisición preferente,<sup>214</sup> lo que no significa que las partes no puedan pactarlo libremente, al amparo de la autonomía de la voluntad.

Por el contrario, en el ordenamiento portugués, se introducen en todas las disposiciones que regulan la institución superficiaria.

En principio en el art. 24 de la Lei de 6 de junio de 1948, dentro de los derechos del superficiario, se establece en su apartado 1º d) el derecho de preferencia en la enajenación de la propiedad del predio dentro del término de 3 años, desde la consolidación del dominio.<sup>215</sup>

---

<sup>212</sup> De ahí, que aunque tales derechos se pacten generalmente sobre el derecho de compraventa, aunque tenga aplicabilidad a otras enajenaciones como dación en pago, permuta (esencialmente onerosos) o donación, tenga una mayor razón de ser en los supuestos de concesión de un derecho con carácter gratuito, como es el supuesto del derecho de superficie concedido con tal naturaleza a determinadas personas públicas con fines benéfico-sociales; tal y como hemos visto en los ejemplos anteriormente señalados.

<sup>213</sup> Por ejemplo, en el caso de las viviendas de la Universidad Complutense, otorgadas únicamente a personas vinculadas a la misma. O los casos de los aparcamientos para residentes de una determinada zona.

<sup>214</sup> Guilarte (El derecho de Superficie... Cit. Pag. 271), señala que tampoco se introducen ni en la Ordenanza Alemana, ni en la Ley Austriaca.

<sup>215</sup> Art. 24: 1º "Ao superficiário sao assegurados:

d) O direito de preferência na alienação da propriedade do prédio dentro de três anos, contados da consolidação do domínio.

También el art. 1535 del Código Civil, dispone que el propietario del suelo goza del derecho de preferencia en último lugar, en la venta o donación del derecho de superficie; pues aún siendo enfiteútico el edificio incorporado al suelo, prevalece el derecho de preferencia del propietario.<sup>216</sup>

Por lo que respecta a la Lei dos Solos, el art 20-3º y 4º, regula los derechos de preferencia de la Administración. Así, el párrafo 3º señala que la Administración gozará siempre del derecho de preferencia, en primer grado, en la enajenación del derecho por actos inter vivos, y en la adjudicación y participación de sociedades, siendo ese derecho de preferencia ejercido en armonía con las normas reglamentarias establecidas al efecto.<sup>217</sup> En el apartado 4º se matiza, cómo son anulables los actos practicados sin haberse ejercido dicha preferencia.<sup>218</sup> También el Decreto 182/72 de 30 de mayo, de fomento de la vivienda, dispone en su art. 9, la obligación de pactar en el título constitutivo del derecho de superficie la preferencia de la Administración en la enajenación

---

<sup>216</sup> Artículo 1.535 Código Civil (inserto en el Capítulo III que regula los derechos y obligaciones del superficiario y del propietario): "Direitos de preferência.

1. O proprietário do solo goza do direito de preferência, em último lugar, na venda ou dação em cumprimento do direito de superfície; sendo, porém, enfiteútico o prédio incorporado no solo, prevalece o direito de preferência do proprietário.

2. E aplicável ao direito de preferência o disposto nos artigos 416º a 418º e 1410º."

Según Mota Pinto (Direito de superfície. RDES. Pag. 118) este derecho de preferencia se refiere tanto al supuesto de enajenación del derecho de superficie como derecho de construir, como a la enajenación de la propiedad superficial ya realizada en base a dicho derecho.

<sup>217</sup> Art. 20-3º Lei dos Solos:

"A Administração gozará sempre do direito de preferência, em primeiro grau, na alienação do direito por acto inter vivos e na adjudicação em liquidação e partilha de sociedade, sendo esse direito de preferência exercido de harmonia com as normas regulamentares estabelecidas para o efeito".

<sup>218</sup> Art. 20-4º Lei dos Solos:

"Sao anuláveis os actos praticados sem que haja sido facultado o exercício do direito de preferência".

del mismo.<sup>219</sup>

Por otro lado, el Decreto-Lei nº 382/76 de 20 de Maio, cuya finalidad es la creación de polígonos industriales, recoge un precepto curioso. Así, dispone en su art. 4º que los superficiarios no gozarán de preferencia en la enajenación de derechos sobre el suelo o sobre la totalidad del predio, después de la consolidación del dominio, ni en la constitución de nuevos derechos de superficie.<sup>220</sup>

En conclusión, mientras la ley portuguesa de 1948 considera la existencia de estos derechos de tanteo y retracto como derechos del superficiario ante la venta del terreno, en el Código Civil se entienden, únicamente, como derecho del propietario del suelo ante la enajenación (venta o donación) de la propiedad superficiaria. La Ley del Suelo, en el mismo sentido que el Código, otorga el derecho de preferencia a favor de la propietaria del suelo -la Administración-, señalando la anulabilidad de los actos que se realicen transgrediendo tal preferencia. En el mismo sentido se encuentra el Decreto de fomento de la vivienda, matizando que deberá constar en el título constitutivo del derecho de superficie.

Por otro lado, el Decreto de creación de polígonos industriales a través del derecho de superficie, niega la posibilidad de preferencia del superficiario en la adquisición del suelo, que se propician en base a la Ley 2030 de 6 de Junio de 1948.

---

<sup>219</sup> Decreto 182/72 de 30 de maio. Diário da Republica de 30 de mayo de 1972. I Serie. Nº 127. Pags. 719 y ss.

<sup>220</sup> Decreto-Lei 382/76 de 20 de Maio. Diário da Republica. I Serie. Nº. 118. Pag. 1140.

## **CONCLUSIONES**

I.- La rigidez del principio de accesión "superficies solo cedit" se relativizó con el transcurso del tiempo, al ser posible su derogación como se demuestra en alguno de nuestros textos históricos -Código de Eurico, Lex Visigothorum y Liber Iudiciorum.

En el Derecho Alto Medieval, y en concreto en el Fuero de León, va a utilizarse no sólo la figura del dominio dividido, sino que se comprueba también la existencia de dos dominios sobre objetos distintos. Nos referimos al suelo propiedad del Señor feudal y a la construcción propiedad del vasallo.

Posteriormente, va a aparecer timidamente la institución superficiaria en las Partidas muy relacionada con el arrendamiento y con el censo enfiteúutico. Confusión que se va acentuar con la labor de los comentaristas a la Ley 74 de Toro, donde se recoge el retracto superficiario, al afirmarse que el superficiario es dueño útil mientras que el dominus soli es señor del dominio directo. La institución superficiaria también sería recogida en la Novísima Recopilación de las Leyes de España.

En relación con los precedentes más inmediatos al Código Civil, el derecho de superficie aparece relacionado con los censos. Incluso el Proyecto de 1851, contrario a la desmembración del dominio, establece en su art. 1563, la redención de los censos enfiteúuticos, foros, subforos, derechos de superficie o cualesquiera otros gravámenes perpetuos de igual naturaleza.

No obstante, en la legislación hipotecaria -Ley Hipotecaria de 1861 y Reglamento Hipotecario de 1863- la figura aparece con autonomía propia y desligada de los censos.

La doctrina también lo considera como una variedad del censo enfiteúutico, aunque observa ciertas diferencias con aquél. La vacilación doctrinal entre ambas instituciones radica en la confusión entre el dominio útil y el directo con la existencia de dos propiedades separadas e independientes entre sí.

II.- Un análisis comparativo de todos los sistemas estudiados demuestra que el derecho de superficie es un derecho real que nace de la derogación del principio de accesión.

El Code Civile, contrario a la desmembración de los dominios, no recogió una regulación específica de la institución. La doctrina y la Jurisprudencia teniendo en cuenta su utilización en la realidad social posibilitaron su existencia a través del juego del "numerus apertus" de derechos reales y de la flexibilización del principio "superficie solo cedit". Posteriormente, la figura fue introducida legalmente o a través de la publicación de nuevos Códigos (italiano y portugués) o a través de leyes específicas. Así, la concepción de la figura en cada ordenamiento se va a entender de diferente manera, según la importancia que se otorgue al suelo o a la construcción -como derecho real consecuencia de la derogación o renuncia de la accesión hecha por el propietario al suelo -(nuestro sistema), o, como una propiedad limitada -propiedad separada del suelo.

El ejemplo más característico de la propiedad separada y limitada se produce en **Derecho francés**. Al no recogerse la institución en el Código, el derecho de edificar sobre fundo ajeno va a surgir a través del arrendamiento o de la concesión inmobiliaria. Una vez construida la edificación se disociará de su título constitutivo, de forma que, la propiedad superficiaria, como propiedad separada y limitada a la construcción, adquiere sustantividad propia (de ahí el argumento señalado por la doctrina de que el derecho de superficie es un derecho personal que se convierte en real).

En el **sistema italiano**, el Codice de 1942 regula la figura desde la perspectiva de la propiedad limitada, introduciéndose la institución objeto de estudio dentro del Libro dedicado a la propiedad, y considerándola como una forma especial, reconociéndose su existencia, aunque tal vez de manera accesoria, en base a un derecho real restringido.

En esta concepción de la figura va a influir, el hecho de admitirse desde el Código Civil de 1865, la propiedad separada y distinta de los planos horizontales. De esta manera, se configura como un nuevo tipo de derecho real por el cual el superficiario tiene una propiedad separada del suelo, y, a su vez, un derecho de goce sobre el mismo. En el **Derecho portugués**, tanto el Código de 1867 como el de 1966, se sigue una línea similar al ordenamiento italiano.

En conclusión, estos tres ordenamientos consideran a la institución como una propiedad separada y, como tal, con un carácter perpetuo, aunque posibilitan, en base a su especialidad, que pueda tener también un carácter temporal.

En **nuestro ordenamiento**, la evolución de la figura y su configuración va a ser distinta. En un primer momento se consideró únicamente como un derecho real (por la posibilidad de derogación del principio de accesión), derecho que absorbe, casi por completo, el frui del suelo sobre el que recaé. La doctrina va a entenderla en cierto modo análoga al censo enfiteúutico o al arrendamiento, por la referencia del Código Civil a la división de los dominios (el cual impone la analogía, aunque no la identidad, con dichas figuras jurídicas).

III. Tras la regulación existente en la actualidad, a nuestro juicio, existen dos modalidades de derecho de superficie claramente diferenciadas.

Por un lado, **la modalidad urbanística**, desarrollada al amparo de la Ley del Suelo de 1956, y actualmente regulada por el Texto Refundido de la Ley del Suelo y Ordenación urbana de 1992, dirigida a la creación del derecho de superficie principalmente por la Administración, -aunque también se posibilita su constitución por los particulares-, cuyas normas tienen carácter imperativo, y su objeto es tanto el suelo integrante del Patrimonio

Municipal como los bienes de pertenencia pública.

En la legislación urbanística se configura la institución como un derecho que puede originar una propiedad separada aislada jurídicamente de la propiedad del suelo.

El legislador urbanista consideró necesaria la creación de derechos reales inmobiliarios sobre fincas de pertenencia pública, con una duración temporal limitada. De esta manera aproximó el derecho de superficie a la concepción moderna existente en Derecho Comparado, para su mayor y mejor utilización práctica (pues no olvidemos que hasta ese momento el derecho de superficie seguía estando vinculado legalmente al censo enfiteútico por la normativa del Código Civil).

La otra modalidad existente es **la modalidad urbana común**, que tiene plena vigencia al amparo del Código Civil, no solamente porque se le menciona expresamente en el art. 1611-3º, sino además por el juego de la autonomía de la voluntad, el carácter flexible del principio de accesión, y el sistema de *numerus apertus* de derechos reales que posibilitan su existencia.

Frente al criterio doctrinal mayoritario, consideramos, junto con algún autor, que el art. 1655 del Código Civil no es aplicable a la institución superficiaria. Y ello por varias razones. En primer lugar porque el antecedente histórico de dicho precepto se encuentra en el art. 1563 del Proyecto de 1851, el cual únicamente se refería a los foros, y cualesquiera otros gravámenes análogos, figuras con las cuales existe una diferencia considerable. Además en el citado precepto no se menciona a la institución superficiaria expresamente y no creemos que sea posible considerar al derecho de superficie, en modo alguno semejante a un gravamen perpetuo de naturaleza análoga a la enfiteusis, foros o subforos.

Entendemos que tampoco es posible encuadrar el derecho de superficie dentro del art. 1655, tras la STS de 15 de junio de 1984, que alejándose de una interpretación literalista del citado precepto señala como es un derecho real que otorga una propiedad limitada independiente de la propiedad del suelo, y lo que es más importante, diferenciable del censo enfiteútico y del arrendamiento, recalcando su singularidad.

Es difícil, a mi juicio que en la actualidad pueda existir algún derecho de superficie "de carácter censuario", ni siquiera en el supuesto en que el derecho de superficie se constituya por tiempo indefinido y ello porque el superficiario siempre tendrá un derecho de propiedad limitado a su superficie, con independencia de la propiedad del suelo, que en un plano de igualdad tiene el concedente sobre el mismo, y no una propiedad dividida como ocurre en el censo.

No obstante, como consecuencia de la falta de una regulación concreta de la institución en el Código Civil y motivado por este vacío normativo, existe una tendencia a aplicar las normas de la Legislación urbanística y del Reglamento Hipotecario en relación con la modalidad urbana común, lo que en definitiva dificulta su tratamiento y origina, además, una serie de problemas al ser dictadas para ámbitos diferentes.

Consideramos el derecho de superficie como un derecho real sobre fundo (suelo o edificio) ajeno, originado tanto a través de la concesión del ius aedificandi, como de la edificación preexistente, que otorga una propiedad superficiaria separada y limitada a la construcción, de carácter generalmente temporal, (aunque también puede pactarse de forma perpetua o indefinida) a favor de su titular, el superficiario, mientras que el concedente continúa siendo únicamente propietario del suelo.

IV.- Debe distinguirse el **derecho de superficie** de la **propiedad superficiaria**.

El primero es el derecho real de tener y mantener, temporalmente en terreno o inmueble ajeno una edificación en propiedad separada obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar. La propiedad superficiaria es el objeto básico de dicho derecho. Sin la existencia del mismo, el superficiario no estaría legitimado para realizar tal construcción.

Otra cuestión es que el derecho de superficie posibilite la existencia de una propiedad superficiaria separada pero de carácter temporal. Y ello porque nace como una auténtica propiedad que concurre por su necesaria vinculación al suelo con la propiedad que otro sujeto tiene sobre dicho suelo, ya que ambas propiedades se encuentran en un plano de igualdad.

La propiedad superficiaria separada puede ser objeto de tráfico jurídico independiente por su disociación del suelo pero siempre unido a su derecho de superficie, del que trae causa.

En la modalidad urbana el derecho de superficie puede constituirse tanto a través de la concesión del ius aedificandi, como sobre una edificación preexistente. En la modalidad urbanística, debemos tener en cuenta que la institución se introduce como fomento de la construcción, es decir para promover, impulsar y proteger la edificación. De ahí que el legislador urbanista no pensara en la constitución del derecho de superficie sobre edificación preexistente y no lo regulara. En la actual Ley de 1992, el legislador continua pensando en el derecho de superficie como derecho encaminado a la edificación y ello porque siempre piensa en su concesión sobre Suelo Patrimonial de las Entidades Locales. No obstante, una vez finalizado el plazo por el que se otorgó el derecho de superficie, es posible que éste se constituya sobre la edificación que anteriormente había sido propiedad superficiaria, y ello, porque la finalidad de promover e impulsar la construcción ya se ha cumplido. De esta manera el suelo, y, tras la reversión, la edificación también continuarán teniendo el carácter de Bienes Integrantes del Patrimonio

Municipal y se podrá seguir cumpliendo el objetivo de protección de las construcciones ya realizadas.

V.- Como derecho real inmobiliario, en principio, el derecho de superficie tendría acceso al Registro de la Propiedad, considerándose su inscripción meramente declarativa. Esta afirmación válida para la modalidad urbana común, no lo es para la urbanística.

La Ley del Suelo de 1956 introdujo el problema de la inscripción del derecho de superficie cuando señaló que "como requisito constitutivo de su eficacia el derecho de superficie deberá inscribirse en el Registro de la Propiedad".

Posteriormente, el Reglamento Hipotecario de 1959 dispuso que "para su eficaz constitución deberá inscribirse el derecho de superficie".

La Ley urbanística quiso remarcar el carácter constitutivo de los efectos que frente a terceros produce la inscripción. Y el Reglamento Hipotecario, posteriormente puntualizó que la inscripción era necesaria como requisito de existencia.

Considero que el Reglamento no ha sido la vía más adecuada para introducir el carácter constitutivo de la inscripción del derecho de superficie, cuestión que debía haberse realizado a través de la Ley Hipotecaria, pues escapa a su contenido de desarrollarla, convirtiéndose en este sentido en un "reglamento contra legem", aunque podemos entender que su finalidad es válida en el caso de la modalidad que regula la legislación urbanística, donde previamente la Ley había señalado el carácter constitutivo de la inscripción.

En base a la regulación legal existente, la inscripción de la modalidad urbanística del derecho de superficie tiene carácter constitutivo. Esto significa que la inscripción es requisito de su existencia.

Por el contrario, la inscripción de la modalidad urbana es de carácter declarativo. Como cualquier otro derecho real nace a través del título y del modo pudiendo inscribirse en el Registro de la Propiedad (en tal caso, deberán constar todos los requisitos exigidos por el art. 16-1 del R.H.). La razón por la que entendemos que el contenido de la inscripción es declarativo se encuentra en que consideramos que un mero Reglamento no puede afectar al contenido del Código Civil.

En cuanto a los pactos contenidos en la escritura pública y no inscritos, en el supuesto de la modalidad urbanística, tienen efectos obligatorios entre las partes. La eficacia de los pactos contenidos en la escritura pública frente a terceros sólo tendrá lugar cuando el derecho nazca, es decir, cuando se inscriban.

En la modalidad urbana, los pactos contenidos en el título tienen eficacia inter partes y serán oponibles a terceros si los mismos acceden al Registro.

Entendemos que las razones que han impulsado al legislador urbanista a establecer el carácter constitutivo de la inscripción en la modalidad que regula, se debe a la falta de apariencia posesoria diferenciada del derecho de propiedad del suelo sobre el que recaerá durante el periodo existente desde que se pacta su constitución hasta que se comienza la edificación, y posteriormente, al poder considerarse a efectos de terceros, que el superficiario es dueño del edificio y del suelo.

Creemos que convendría que de *lege ferenda* se estableciera la necesidad de la inscripción constitutiva del derecho de superficie también para su modalidad urbana común pero a través de la vía legal adecuada. Y ello porque consideramos conveniente su inscripción debido a la falta de exteriorización del derecho de superficie.

V.- El objeto de la inscripción no es el edificio en sí, pues este no es capaz de constituir una relación jurídica autónoma, ni tampoco el ius aedificandi, pues se puede entender por tal, la facultad única y abstracta de edificar.

Se inscribe el derecho de superficie que implica la facultad de edificar y de mantener en terreno ajeno la propiedad superficiaria, y con posterioridad, se procederá a inscribir el objeto del derecho, esto es, la propiedad superficiaria.

VI.- Para que el derecho de superficie acceda al Registro es necesario además tener en cuenta:

*-Inmatriculación previa del suelo para la inscripción del derecho de superficie y de su objeto, la propiedad superficiaria.* Imposibilidad de inmatriculación de la propiedad superficiaria sin inmatriculación previa del suelo, porque el derecho de superficie se configura como un ius in re aliena. La propiedad superficiaria no puede considerarse como un auténtico dominio, y ello porque es el objeto del derecho real de superficie, esto es un derecho que recaé sobre finca ajena, sin el cual no puede existir jurídicamente, y nunca tendrá la consideración, únicamente, de una propiedad "ad tempus". Sin olvidar, además, la existencia del principio del tracto sucesivo, pues no se puede proceder a la segunda fase del derecho, esto es a la inscripción de la propiedad superficiaria objeto del mismo, sin la inscripción previa de la concesión del derecho.

*- Apertura de folio separado a la propiedad superficiaria con independencia de la inscripción del derecho y de la propiedad superficiaria en el folio matriz.* Todo ello en base a los principios inspiradores del Registro, como son los de claridad y descongestión de los folios registrales, y singularmente el de especialidad, y teniendo en cuenta la configuración de la institución donde se resalta la existencia de una propiedad superficiaria

separada, es decir, un nuevo objeto jurídico susceptible de un tratamiento registral diferenciado del conferido al suelo. De esta forma en el primitivo folio, donde aparece inscrito el suelo, o el suelo y la construcción si el derecho de superficie se constituye sobre edificación preexistente, se deberá indicar por nota al margen de la inscripción relativa a la concesión del derecho de superficie, la existencia de un nuevo folio referido a la propiedad superficiaria, donde además se harán constar todas sus vicisitudes jurídicas.

- *Cancelación del derecho de superficie, así como la de todos los derechos que traigan causa de aquél, tras la extinción del derecho y la reversión de la propiedad superficiaria.* Si el derecho de superficie termina por transcurso del plazo se produce una cancelación automática sin consentimiento del titular registral, basta con acreditar el hecho extintivo. Si se extingue con anterioridad al plazo pactado, es necesario acreditar la causa extintiva del derecho.

Es posible la cancelación de oficio por el Registrador puesto que se pacta expresamente su duración y además se constata registralmente en el asiento, siendo improcedente mantener una situación que se encuentra extinguida y determinada de antemano.

VII.- Entre las cuestiones particulares más interesantes del derecho a edificar sobre fundo ajeno, objeto de nuestro estudio, que a su vez constituyen sus caracteres sustanciales hemos analizado las siguientes:

- El derecho de superficie es esencialmente **temporal**. Esta afirmación clara en la modalidad urbanística, por la regulación legal, pudiera resultar dudosa en la modalidad urbana común pactada bajo las normas del Código Civil.

Consideramos que no es posible (desde el punto de vista práctico, porque en un plano teórico si lo sería) la constitución a perpetuidad de la modalidad urbana y ello

porque iría contra el espíritu del Código Civil, contrario a la desmembración del dominio. Además instituciones que posibilitaban tal desmembración con carácter perpetuo o indefinido -como ocurre con el censo- desde el siglo XIX se tiende a su redimibilidad. Por otro lado, la perpetuidad no resultaría interesante para el concedente del derecho, que vería limitada indefinidamente su propiedad del suelo, siendo además difícil que dicha institución con tal carácter prosperase en una economía cambiante e imprevisible como es la que vivimos.

- Al ser temporal se entiende como elemento consustancial de la figura la **reversión** de la propiedad superficiaria a manos del concedente del derecho y propietario del suelo. Por el contrario, en el supuesto de que se pactase con carácter indefinido se otorgaría un mayor énfasis a la propiedad superficiaria separada al desmembrarla del derecho de propiedad del suelo, dejando en un segundo plano, el derecho real del cual surge (como ocurre en el Código civil italiano, portugués, y cuando el derecho de superficie francés se constituye a través de la venta).

La temporalidad implica la existencia de **plazos de duración del derecho**. La Ley del Suelo establece unos plazos máximos, lo cual equivale a enfatizar el carácter real del derecho de superficie, frente a la propiedad superficiaria separada, y, por consiguiente, a su reversión.

Los plazos mínimos, en torno a 18 o 20 años, (existentes en la Ley del Suelo portuguesa, el "bail a construction francés" y en la Ley para la construcción de viviendas populares italiana) tienen como finalidad amortizar y distribuir los rendimientos durante dicho periodo, y también distinguirlo del arrendamiento. Además constituyen también la obligación para el superficiario de edificar, pues en ninguna de esas regulaciones se ha impuesto un plazo determinado para su realización, a diferencia de lo que ocurre en

nuestro ordenamiento.

Entendemos que aunque el derecho de superficie es temporal, la inclusión de pactos sobre prórrogas del mismo, no desnaturaliza la institución siempre que se preserve su carácter temporal. Y ello porque la prórroga será pactada con las limitaciones deseadas por las partes en el título constitutivo, de modo que a su finalización se revitalizarán las reglas de la accesión y tendrá lugar la reversión. El contenido del derecho del superficiario durante la prórroga será principalmente el de mantener la edificación.

Tras la reversión son posibles, en ambas modalidades, otros pactos como el arrendamiento de lo que antes era la propiedad superficiaria al anterior superficiario, o la constitución de otro derecho de superficie, tanto en favor del anterior titular, como en manos de un tercero.

En cuanto al pacto de la adquisición del suelo por el superficiario, creemos que no es posible en la modalidad urbanística no sólo por el problema de su desafección como suelo público, sino por que esta modalidad tiene como fin únicamente el fomento de las construcciones sin disminuir la reserva del Patrimonio Municipal. Por el contrario, en la modalidad urbana, sí consideramos posible la existencia de dicho pacto, configurándose de este modo un derecho de superficie atípico.

También puede pactarse en la modalidad urbana el contrato atípico de cesión de superficie con reversión parcial de lo edificado, o como supuesto contrario, la demolición de la edificación tras el transcurso del plazo previsto de duración del derecho. En el primero se unen a las notas propias de este contrato, la existencia en suelo ajeno por un corto espacio de tiempo de la propiedad superficiaria, y el posterior intercambio de suelo por vuelo. En la modalidad urbanística no es posible su existencia, ya que la Ley establece la obligación de la reversión total de la propiedad superficiaria, y en base a este argumento

tampoco es posible que se pacte una cláusula de demolición de la propiedad superficiaria.

- En cuanto al **canon o contraprestación**, consideramos que no es un elemento sustancial de la figura, pudiendo constituirse a título gratuito.

Si se pacta el derecho de superficie con carácter oneroso el canon pasa a formar parte del contenido del derecho, teniendo trascendencia real, inscribiéndose y, por consiguiente, afectando a los terceros adquirentes. En base a dicha trascendencia real y para su oponibilidad a los terceros es necesario que consten en el Registro las siguientes circunstancias: si es un canon dinerario, la cantidad a liquidar, la forma de pago, los plazos, el posible aumento progresivo de los mismos, la cláusula de estabilización...

También puede constituirse con carácter gratuito. La gratuidad se refleja no sólo en la ausencia de canon, sino también en la obligación de la desaparición de indemnización al superficiario tras la reversión.

- En base a su consideración de propiedad separada originada a través de un derecho de superficie, **el superficiario puede constituir cualquier derecho tanto de carácter real como personal**: usufructo, censo enfiteútico, servidumbres, nuevos derechos de superficie, o gravámenes como la constitución de hipotecas o anticresis sobre su propiedad.

También es posible que el concedente (en base al principio de libertad contractual en la modalidad urbana, o basándose en los preceptos de la Ley del Suelo en la urbanística) limite esa facultad de disposición o de gravar ya sea a través de una limitación temporal, o imponiéndole la obligación de no enajenar o limitándosela.

Su objeto es restringir el poder del superficiario delimitándose en el título constitutivo. En la práctica se realiza a través de una condición resolutoria expresa donde se establece la invalidez del acto transmisivo.

Su fundamento en la modalidad urbanística se encuentra en que la institución es concedida con fines de interés social; y en ambas modalidades, porque se concede para un número determinado de personas, o para personas con características comunes, con el fin de que no salga de dicho círculo.

- En cuanto a los **derechos de tanteo y retracto**, pasan de ser derechos de adquisición preferente de carácter legal (L.S. de 1956) a tener un carácter convencional. La mayoría de las veces forman parte de los contratos realizados por la Administración. Se configuran como obligaciones pactadas bajo el imperium de la misma, cercenando las posibilidades de disponer del derecho de superficie al superficiario a modo de limitaciones a su facultad de disposición.

Su finalidad se encuentra en la recuperación del concedente del derecho de la propiedad superficiaria, o del derecho si no se ha ejercitado el mismo, para evitar la existencia de plusvalías o el posible enriquecimiento injusto logrado por los adjudicatarios de tales derechos (cuya finalidad está en la promoción social de viviendas) a través del tráfico jurídico inmobiliario. En la modalidad urbana, se encuentra en que el derecho no salga de determinadas manos.

Por último, es necesario poner de relieve los complejos problemas que se plantean como consecuencia de la falta de regulación de la institución superficiaria en el Código Civil y la necesidad de acudir a otras vías como es la de la regulación urbanística o la legislación hipotecaria, las cuales nos sirven de referencia, principalmente para lograr una configuración jurídica adecuada al derecho de superficie.

No obstante, esta referencia no resuelve los problemas que nacen en el derecho de superficie entre particulares ya que ni los objetivos ni la finalidad de ambas modalidades son iguales.

## **BIBLIOGRAFIA**

- Albaladejo García: Derecho Civil III. Derecho de Bienes. Volumen II. Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad. 7ª Ed. Bosch. Barcelona. 1991.
- Albaladejo García: Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales. Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. T. XXV. vol. I. Arts. 1930 a 1960. Edersa. Madrid. 1993. Pag. 240 y ss.
- Almeida Costa: Noções de direito civil. 2º. ed. Coimbra 1985.
- Alvarez Vigaray: Los proyectos del Código Civil en la primera mitad del siglo XIX. Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Madrid 1988.
- Amengual Pons: El derecho de superficie en la Ley del suelo y en la Legislación Hipotecaria. R.C.D.I. 1979. Pags. 621 y ss.
- Amengual Pons: Derecho de superficie y el volumen de construcción en relación con el Registro de la Propiedad. Ponencias y comunicaciones presentadas al III Congreso Internacional de Derecho Registral. Madrid. 1978. Pag. 148 y ss.
- Amorós Guardiola: La publicidad registral de los préstamos hipotecarios. La transmisión de finca hipotecada. Separata Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1992.
- Amorós Guardiola: Prohibición contractual de disponer y derecho de adquisición preferente. (Comentario a la Sentencia de 12 de noviembre de 1963). A.D.C. 1965. Pag. 953.
- Arias Bonet: Lo Codi en castellano. Seminario de Derecho Romano. U.C.M. Madrid. 1982.
- Arnaiz Eguren: Los aparcamientos subterráneos. Notas sobre su organización jurídica y su acceso al Registro de la Propiedad. Civitas. Madrid. 1993.
- Asociación de Profesores de Derecho Civil. Conjunto Inmobiliarios y Multipropiedad. Ponencias y Proyectos de la Ley sobre conjuntos inmobiliarios. Bosch. Barcelona. 1993.
- Aubry, Rau: Droit Civil Français. T. II. Paul Esmein. Septième édition. Paris. 1961.
- Badía Salillas: Las limitaciones de disponer a la facultad de transmitir el contenido del dominio y demás derechos reales impuestos al titular por acto jurídico. Examen crítico de nuestro Derecho. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985.
- Balbi: Il diritto di superficie. Torino. 1947.
- Ballesteros Alonso: Derecho de vuelo. El derecho de sobre y subedificación. R.C.D.I. 1992. Pags. 2055 y ss.
- Barón de Schwerin: Notas sobre la historia del derecho español más antiguo. AHDE. T. I. 1924. Pag. 337 y ss.

- Barrachina Y Pastor: Comentarios al novísimo Reglamento Hipotecario de 6 de Agosto de 1915. T.V. Castellón. 1917.
- Barrachina Y Pastor: Comentarios a la Ley Hipotecaria. T. III. Castellón. 1911.
- Batlle Vazquez: Las casas divididas por pisos y el registro de la Propiedad. R.C.D.I. 1961. Pag. 414 y ss.
- Benavides del Rey: El derecho de superficie sobre inmuebles ya construidos. RCDI. 1992. Pags. 1241 y ss.
- Biondi: I Beni. Trattato di diritto civile italiano de Vassalli. Vol Quarto. T.I. Torino 1953.
- Biscontini: Codice Civile annotato con la dottrina e la giurisprudenza a cura di Perlingieri. Libro III. 2ª ed. Zanichelli. 1991. Pag. 306.
- Bonet Ramón: Comentario a la Sentencia de 3 de julio de 1941. RDP. 1941. Pag. 558.
- Borrell y Soler: Derecho Civil español. T.II. Derechos Reales. Barcelona. 1955.
- Brière de l'isle: Baux commerciaux. Dalloz. Paris. 1979.
- Burgos Bravo y Martín Martín: Problemas registrales del derecho de superficie y de la Propiedad superficiaria. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 353 y ss.
- Burón Garcia: Derecho Civil Español. T. II. Valladolid. 1900.
- Busnelli: Diritto Civile. I diritto reali. Utet. Torino. 1989
- Cabello de los Cobos y Mancha, Luis Mª y Fernando: Derecho de superficie: Diversidad especificativa y régimen jurídico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 375 y ss.
- Campos Porrata: El renacido derecho de superficie. A.A.M.N. T. 17. 1967. Pags. 235 y ss.
- Campuzano y Horma: Principios generales de derecho Inmobiliario y Legislación Hipotecaria. 2ª ed. Madrid. 1941.
- Camy Sánchez-Cañete: Comentarios a la legislación hipotecaria. Tomo IV. Pamplona. 1971.
- Camy Sánchez-Cañete: Tres problemas tributarios en tres leyes recientes: Vivivendas de renta limitada, Hipoteca Mobiliaria y Urbanismo. RCDI. 1957. Pags. 337 y ss.
- Camy Sánchez-Cañete: Propiedad Horizontal: situaciones posibles en orden a su inscripción. RDP. 1966. Pags. 861 y ss.

-Cánovas Coutiño: El pensamiento de Ramón María Roca Sastre sobre la Reforma del Reglamento Hipotecario. RCDI. 1960. Pag. 721 y ss.

-Carbonnier: Droit. Civil. Les Biens. 13<sup>a</sup> Ed. Themis. Paris. 1990.

-Cardenaba Coya y García Pumarino Ramos: El derecho de superficie y el Registro de la Propiedad. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 419 y ss.

-Carrasco Perera: "Ius aedificandi" y accesión. (La construcción del suelo ajeno en el marco de los principios urbanísticos). Montecorvo. Madrid. 1986.

-Castán Tobeñas: Derecho Civil español, común y foral. Tomo 2<sup>o</sup>. Derecho de cosas. Volumen segundo. Los derechos reales restringidos. Decimocuarta edición, revisada y puesta al día por Marín Pérez. Reus. Madrid. 1988.

-Cendon: Superficie. Commentario al Codice Civile. Diretto da Paolo Cendon. Vol.III. Art. 810 - 1172. Utet. 1991. Pags. 263 y ss.

-Cerrillo Quilez: Arrendamientos complejos. RCDI. 1950. Pag. 1193 y ss.

-Clemente Meoro: El arrendamiento urbano con opción de compra como contrato complejo y la transmisión de la propiedad en favor del optante. (Consideraciones a propósito de la Sentencia del T.S. de 3 de octubre de 1992). R.G.D. 1993. Pags. 2791 y ss.

-Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil. T.I. Madrid. 1929.

-Clemente de Diego: Instituciones de Derecho Civil. T.I. Ed. Comentada Alfonso de Cossio y Corral y Antonio Gullón Ballesteros. Madrid. 1959.

-Cobacho Gómez: Estudios sobre la Ley de Arrendamientos Rústicos. 2<sup>a</sup> ed. Universidad de Murcia. 1986.

-Colin y Capitant: Curso elemental de Derecho Civil. Trad. por De Buen. 2<sup>a</sup> ed. Reus. Madrid. 1961.

-Comás: La Revisión del Código civil español. Proyecto de Reforma. Madrid. 1900.

-Corral Gijón: La legislación del suelo en la jurisprudencia registral. R.D.U.. 1992. Pags 13 y ss.

-Cossio y Corral: El arrendamiento de solares y la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos. A.D.C. 1948. Pags. 473 y ss.

-Cossio y Corral: Instituciones de Derecho Civil. T.II. Derechos reales y Derecho Hipotecario. Civitas. Madrid. 1988.

- Coviello: Manuale di diritto civile italiano. Parte Generale. Milano. 1929.
- Coviello: Della Trascrizione. II. Torino. 1924.
- Cupis: Istituzioni di diritto Privato. Milano 1983.
- Cupis: Brevi osservazioni sul diritto di edificare e sulla proprietà superficiaria. Gius. Civ. Giuffrè. Milano. 1986. Pag 23.
- Cupis: Locazione di immobile urbano e costituzione del diritto di superficie. Gius. Civ. Tomo I. Giuffrè. Milano. 1983. Pag 132.
- Cupis: La proprietà superficiaria degli stabilimenti balneari. Riv. Dir. Civ. Padova. 1988. Pag 349.
- Chico y Ortiz: Estudios sobre Derecho Hipotecario. T.II. 2ª ed. Madrid. 1989
- Chico y Ortiz: Teoría, práctica y fórmula de la calificación registral. Madrid. 1977.
- D'Ors: Estudios visigóticos. El Código de Eurico. (Roma-Madrid.) 1960.
- Dalmases y Jordana: El usufructo de derechos. R.D.P. 1903. Madrid.
- De Buen: Derecho Civil Español Común. Vol I. Reus. Madrid. 1931.
- De la Cámara, Garrido Cerdá y Soto Bisquert: Modalidades en la constitución de los regímenes de indivisión de la Propiedad Urbana. R.D.N. 1969. Pag. 200 y ss.
- De Angel Yaguez: La construcción, plantación o siembra en suelo ajeno del art. 361 del Código Civil. La Ley. T. 4. 1985. Pags. 479 y ss.
- De los Mozos: El derecho de propiedad: crisis y retorno a la tradición jurídica. EDERSA. 1993.
- De los Mozos: Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana. R.D.U.. 1970. Pags 13 y ss.
- De los Mozos: La tecnificación del derecho de superficie y sus posibilidades urbanísticas en estudio sobre derecho de los bienes. Montecorvo. Madrid. 1991.
- De los Mozos: El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística. Ministerio de la vivienda. Madrid. 1974.
- De los Mozos: Urbanismo y Derecho. R.D.P. T.LVII. 1973. Pag 989 y ss.
- De Pablo Contreras y otros: Fuero Nuevo. Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. Derecho Histórico Concordancias y Jurisprudencia. Pamplona. 1988.

- De Pablo Contreras: El aprovechamiento del inmueble por turnos (Multipropiedad) en el anteproyecto de ley de conjuntos inmobiliarios del Ministerio de Justicia. A.C. nº4. 1992. Pag 63 y ss.
- De la Plaza: Construcciones sobre suelo ajeno. RDP. 1947. Pags. 439 y ss.
- Despax: Técnicas jurídicas, clásicas y modernas de utilización del suelo, subsuelo y del espacio. RDU. 1968. Pag 63 y ss.
- Diaz Campany: El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo. R.E V.L. 1976. Pag. 257 y ss.
- Diez Picazo y Gullón Ballesteros: Sistema de Derecho Civil. Vol III. Derecho de Cosas y Derecho Inmobiliario Registral. 5ª ed. Tecnos. Madrid. 1990.
- Diez Picazo: Fundamentos de Derecho civil Patrimonial. Vol II. 2ª ed. Tecnos. Madrid. 1986.
- Díez Picazo: La modificación de las relaciones jurídico reales y la teoría de la accesión. RCDI. 1966. Pag. 829 y ss.
- Domenge Amer: El Derecho de sobreedificación y subedificación. Palma de Mallorca. 1983
- Domingo de Morato: Derecho Civil español con las correspondencias del Romano. Valladolid. 1877.
- Doral Garcia de Pazos: Estudio de los Arts. 467 a 529 C.C. en Comentarios al Código Civil y compilaciones forales, dirigidos por Albaladejo y Diaz Alabart. T. VII. Vol. 1º. 2ª ed. EDERSA. Madrid. 1992.
- Doral Garcia y Torres Lana.: El ius aedificandi y el principio de accesión. R.G.L.J.. T. 251. 1981. Pags. 27 y ss.
- Escrivá de Romani: Lo imperativo y lo dispositivo en la propiedad horizontal. R.C.D.I. 1967. Pag. 1249.
- Espín Cánovas: Manual de Derecho Civil Español. Derechos reales. Vol. II. 3ª ed. Edersa. Madrid. 1981.
- Falcón Tellez: Exposición doctrinal del Derecho Civil Español, común y foral. T.II. 2ª ed. Salamanca. 1882.
- Fernández Elias: Novísimo tratado histórico filosófico del Derecho civil español. Madrid. 1880.
- Fernández Martín-Granizo: La Ley de Propiedad Horizontal en el Derecho español. EDERSA. Madrid. 1973.

-Font Boix: El Derecho de vuelo y el derecho de superficie. Especial referencia a sus relaciones con la propiedad horizontal. R.D.N. 1967. Pag. 7 y ss

-Fosar Benlloch: Problemas registrales que plantea la modalidad urbanística del derecho de superficie. A.D.C. 1958.  
Pags. 849 y ss.

-Fuentes Lojo: Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación. R.J.C. 1967. Pag. 560 y ss.

-Fuentes Lojo: Suma de la Propiedad por apartamentos. Nueva problemática legal, doctrinal y jurisprudencial. Bosch. Barcelona. 1985.

-Galgano: Diritto civile e Commerciale. Padova. 1990.

-Galindo de Vera y Escosura Escosura: Comentarios a la Legislación Hipotecaria de España. T.III. 4ª ed. Madrid. 1903.

-García Arango y Díaz Saavedra: El derecho de superficie con reversión parcial de lo edificado como solución aplicable registralmente al cambio de suelo por vuelo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 495 y ss.

-García Arango y Díaz Saavedra: La protección registral de los contratos sobre inmuebles futuros o en construcción. Ponencia del Primer Congreso Internacional de Derecho Registral. R.C.D.I. 1972. Pag 308.

-García Cantero: La finca como objeto de derecho real. R.C.D.I. 1966. Pags. 281 y ss.

-García Gallo: Nacionalidad y territorialidad del Derecho en la época visigoda (1936-1941). AHDE. T. XIII. Pag. 168.

-García Gallo: El Fuero de León. Su historia, textos y redacciones. AHDE. 1969. T. XXXIX. Pag. 5.

-García García: Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario. T.I. Civitas. Madrid. 1988.

-García Goyena: Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español. (Madrid. 1852). Ed. Lacruz. Zaragoza 1974.

-García Goyena: Febrero o librería de Jueces, abogados y escribanos. T. III. 2ª ed. corregida por D. Joaquín Aguirre y Don Juan Manuel Montalbán. Madrid. 1844.

-García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: Curso de Derecho Administrativo. T.I. 3ª ed. Civitas. 1982.

-García de Enterría y Parejo Alfonso: Lecciones de Derecho Urbanístico. Civitas. Madrid. 1981.

- García de Valdeavellano: El Fuero de León. Comentarios. Madrid. 1983.
- García-Granero Fernández: Derechos de sobreedificación y Subedificación, en Conferencias sobre Derecho Foral. Seminario de Derecho Foral. Curso 1975-1976. Facultad de Derecho de San Sebastian. Universidad de Bilbao. 1978. Pags. 119 y ss.
- Garrido Palma: ¿Superficie solo cedit?. El principio de accesión y el Derecho de Superficie. RDN. 1969. Pag. 91 y ss.
- Gilbert: El Derecho Municipal de León y Castilla. AHDE. T. XXXI. 1961.
- Gil Robles y Gil Delgado: Comentarios prácticos a la Ley de Arrendamientos Rústicos. Civitas. Madrid. 1981.
- Gimenez Arnau: Tratado de Legislación Hipotecaria. T. II. Madrid. 1941.
- Giverdon: Bail emphytéotique. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1
- Gómez de la Serna y Montalbán: Elementos de Derecho civil y penal de España. T. II. 9ª Ed. Madrid. 1870.
- Gómez de la Serna: Curso Histórico Exegético del Derecho Romano comparado con el Español. Tomo II. 3ª ed. Madrid. 1874.
- Gómez Gállego: Las prohibiciones de disponer en el derecho español. Centro de estudios Registrales. Madrid. 1992.
- González Enriquez: Arrendamientos complejos. ADC. 1956. Pags. 1193 y ss.
- González Martínez: El derecho real de superficie. Madrid. 1922.
- González Pérez: Comentarios a la Ley del Suelo. 6ª ed. Civitas. Madrid. 1993.
- González Porras: La prescripción extintiva de Cataluña. Modalidades arrendaticias complejas. Los arrendamientos superficiarios y el derecho de superficie. R.J.C. 1972. Pag. 115 y ss.
- González-Berenguer y Urrutia: Teoría y práctica de la Ley del Suelo. Abella. 1964. Pags. 128 y ss.
- Guarnieri: Superficie. Riv. Dir. Civ. Padova. 1991. Pags. 435 y ss.
- Guilarte Zapatero: El derecho de superficie. Aranzadi. Pamplona. 1966.
- Guimerá Peraza: El derecho de subsuelo y las aguas subterráneas. ADC. 1968. Pags 159 y ss.
- Gullón Ballesteros: La superficie urbana. Sevilla. 1960.

- Gullón Ballesteros: El contenido de la relación jurídica superficiaria en la vigente legislación española. R.J.C. 1960. Pag. 218 y ss.
- Gutiérrez Fernández: Códigos o Estudios fundamentales sobre el Derecho Civil Español. T. II. Lex Nova. Madrid. 1863.
- Haenel: Lex Romana Visigothorum. Aalen Seicuitia. 1962.
- Hernández Crespo: La accesión invertida. RCDI. 1972. Pags. 729 y ss.
- Hernández de Marco y Fernández Verdugo: El artículo 37.2 del R.D.Legislativo 1/1992, de 26 de Junio, texto refundido de la ley sobre el régimen del suelo y ordenación urbana: la declaración de obra nueva del Registro de la Propiedad. A.D.C. 1993. Pág 1401 y ss.
- Hidalgo: Ley de Arrendamientos rústicos. Comentario y formulario. Tecnos. Madrid. 1986.
- Huelín Martínez de Velasco: Legislación básica sobre fincas rústicas. Colex. Madrid. 1986.
- Hugot y Lepeltier: Code de la construction et de l'habitation, commenté et annoté. Paris. 1982.
- Iglesias García, Morrel y Terry: Oposiciones al Cuerpo de Aspirantes a la Judicatura y al Ministerio Fiscal. Madrid. 1900.
- Josserand: Derecho Civil I. Vol. III Traducido por Santiago Cunchillos y Manterola. 1950.
- De La Rica y Arenal: Comentarios a la reforma del Reglamento Hipotecario. Libro Homenaje a Ramón de la Rica y Arenal. T.II. Ilustre Colegio Nacional de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Madrid. 1976.
- Lacruz Berdejo, Sancho Rebullida, Luna Serrano, Delgado Echevarría, Rivero Hernández, Rams Albesa y Mendoza Oliva: Elementos de Derecho Civil III. Derechos Reales. Vol. Segundo. Derechos reales limitados. Situaciones de cotitularidad. 2ª ed. Barcelona. 1991.
- Lacruz: La forma constitutiva en la hipoteca mobiliaria y en la prenda sin desplazamiento. A.A.M.N. 1962. Pag. 345.
- Lalinde Abadía :Iniciación Histórica al Derecho Español. Ed. Ariel. Barcelona. 1970.
- Laso Martínez: El derecho de superficie en el ámbito urbanístico. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 519 y ss.
- Lasso Gaité: Crónica de la Codificación española. Codificación Civil. Vol. II. Ministerio de Justicia. Comisión General de Codificación. Madrid. 1970.
- Latours Brotons: La construcción extralimitada. RDP. 1966. Pag. 266 y ss

-López Pellicer y Sanchez Diaz: La concesión administrativa en la esfera local. Servicio, obras y dominio público. Instituto de estudios de la Administración Local. Madrid. 1976.

-López Ferreiro: Fueros Municipales de Santiago y de su tierra. T. I. Santiago. 1895.

-López Fernández: El Subsuelo urbano en relación con el planeamiento urbanístico y con los artículos 348 y 350 del Código Civil. A.D.C. 1991. Pag. 1633 y ss.

-Lopez Lopez, Montés Penades y otros: Derechos reales y Derecho Inmobiliario Registral. Tirant.lo Blanch. Valencia 1994.

-Lucas Fernández: Aspectos civiles de la Ley del suelo. Murcia 1963.

-Lucas Fernández: La contratación sobre edificios futuros. Especial consideración de aportación de solar a cambio de pisos en el edificio a construir. RDN. 1967. Pag. 319 y ss.

-Luna Serrano: Comentario del Código Civil. Arts. 1940 a 1960. T.II. Ministerio de Justicia. Madrid, 1993. Pags. 2095 y ss.

-Llamas Valbuena y Llamas Pombo: Arrendamientos rústicos. Sentencias del Tribunal Supremo y Audiencias Territoriales posteriores a la Ley de 31 de diciembre de 1980. Trivium. Madrid. 1989.

-Machado Carpenter: Algunas cuestiones sobre el derecho de superficie. R.D.P. Madrid 1962. Pag430 y ss.

-Malaurie y Aynès: Cours de droit civil. Les contrats spéciaux. 5<sup>a</sup> ed. Paris. 1991.

-Manresa y Navarro: Comentarios al Código Civil español. T. XI. 6<sup>a</sup> ed. revisada por Bloch. Reus. Madrid. 1972.

-Marichalar y Manrique: Derecho Civil de España. 2<sup>a</sup> Parte de Historia de la Legislación. T. III. Madrid. 1916.

-Martín Blanco: Formas de Propiedad de suelo urbano. El Derecho de superficie. Documento Informativo. n<sup>o</sup> 952. Ministerio de la Vivienda. 1972.

-Martín Blanco: El tráfico de bienes inmuebles en la Ley del Suelo. Madrid. 1964.

-Martín Diez-Quijada: La cesión de solares por la administración en régimen de Derecho Superficiario. RAP. 1974. Pag. 23 y ss.

-Martín Retortillo, Cirilo: Derecho a construir nuevas viviendas sobre la existente. ADC. T. IX. 1956. Pags. 1269 y ss.

-Martín-Retortillo, Cirilo: El derecho de superficie según la Ley del Suelo. R.G.L.J. 1963. Pag. 733 y ss.

- Martinez Valencia: Comentarios de la Ley de Arrendamientos rústicos (Jurisprudencia y formularios). Dykinson. Madrid. 1991.
- Martinez Marina (Ensayo Histórico-crítico sobre la legislación y principales cuerpos legales de los reinos de León y Castilla, especialmente sobre el Código de las Partidas de don Alfonso el Sabio. Madrid. 1808.
- Marty y Raunaud: Droit Civil. Les Biens. 2<sup>o</sup> édition. Paris. 1980.
- Marty: El derecho de superficie en relación con la planificación urbana. RDU. 1972. N<sup>o</sup> 27. Pags. 29 y ss.
- Marty: La dissociation juridique de l'immueble. Contribution a l'etude de droit de superficie. Librairie générale de droit et de jurisprudence. Paris. 1979.
- Mazeaud: Lecciones de Derecho Civil. Parte Segunda. Vol. IV. Traducido por Alcalá Zamora. 1960.
- Menéndez-Valdés Golpe: Sobre el derecho de superficie. RGD. 1974. Pags. 650 y ss.
- Mesa Martín: El derecho de superficie: bosquejo. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 557 y ss.
- Messineo: Manuale di diritto civile e commerciale. Milano 1947.
- Mezquita del Cacho: El derecho real de superficie en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956. R.D.P. 1957. Pag. 753 y ss.
- Miquel Calatayud: Consideraciones sobre el derecho de superficie edificativo en el ordenamiento jurídico español. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 575.
- Montes Penadés: La propiedad horizontal como colectividad organizada. R.D.N. 1972. Pag. 879 y ss.
- Montes Penadés: El modo testamentario y las prohibiciones de disponer. ADC. 1974. Pags. 301 y ss.
- Mota Pinto: Direito de superficie. RDES. n<sup>o</sup> 21. Pag. 116 y ss
- Muñoz de Dios: Aportación de solar y construcción en Comunidad. Espasa Universidad. Madrid. 1987.
- Neto y Martins: Codigo Civil anotado. 7 ed. Lisboa 1990.
- Nuñez Boluda: La accesión en las edificaciones. Bosch. Barcelona. 1994.

- Nuñez Ruiz: Dictamen sobre el Derecho de superficie, la división horizontal del dominio y otras figuras afines. R.D.U. n<sup>a</sup>. 29. 1972. Pags. 101 y ss
- Nuñez Lagos: El Registro de la Propiedad español. R.C.D.I. 1949.
- O'Callaghan Muñoz: Comentarios a los arts. 1611 y 1655. Comentario del Código Civil. Ministerio de Justicia. T.II Secretario General Técnica. Centro de Publicaciones. Madrid. 1991.
- O'Callaghan Muñoz: Comentarios al Código Civil y compilaciones Forales. Arts. 1604 a 1664. T. XX (art. 1655) Dirigidos por Albaladejo y Díaz Alabart. EDERSA. 1982. Pag. 229.
- Oliver y Esteller: Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria. T.I. Madrid. 1892.
- Oliveira Ascensao: O direito de superfície referente a plantações. Rivista di diritto agrario. Milano. 1972. Pag. 260 y ss.
- Pacheco: Comentario Histórico-crítico y jurídico a las leyes de Toro. Madrid. 1876.
- Palermo: Superficie. Giurisprudenza sistematica civile e commerciale de Walter Bigiavi. Torino. 1965.
- Palermo: La superficie. Trattato di diritto privato de Rescigno. Propietta. II. Utet. 1989. Pag. 3 y ss.
- Pantoja y Lloret: Ley Hipotecaria comentada y explicada, concordada con las leyes y códigos extranjeros. T. I y II. Madrid. 1861.
- Pau Pedrón: Eficacia y Publicidad de los derechos reales inmobiliarios. B.I.M.J. Num. 1604. 1991. Pag. 3364.
- Peña Bernaldo de Quirós: Derechos Reales. Derecho Hipotecario. 2<sup>a</sup> ed. U.C.M. Madrid. 1986.
- Peña Bernaldo de Quirós: El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888). Centenario de la Ley del Notariado. Sección IV. Vol. I. Reus. Madrid. 1965.
- Perez Cánovas: Problemas actuales en torno a la delimitación vertical de la propiedad sobre inmuebles por naturaleza. RCDI. 1988. Pags. 735 y ss.
- Perez Cánovas: La disociación jurídica de la plantación y el suelo. (a propósito de los conceptos de bien, parte integrante y accesión). Ed. TAT. Granada. 1988.
- Peset: Dos ensayos sobre la historia de la propiedad de la tierra. 2<sup>o</sup> ed. EDERSA. Madrid. 1988

- Pires de Lima: Direito de propriedade, direito de superfície e usucapiao. RDES. 18. 1971. Pag. 244 y ss.
- Planas y Casals: Derecho Civil Español común y foral. T. II. Barcelona. 1925.
- Planiol y Ripert: Tratado teórico práctico del Derecho Civil Francés. T. III. Biblioteca Universitaria. Trad. por Diaz Cruz. Habana Cultural. 1932.
- Porcioles: Arrendamientos complejos. NEJS. T.II. Barcelona. 1950. Pags. 927 y ss.
- Precis Dalloz: Droit Civil. Les Biens. Paris. 1985.-
- Presa de la Cuesta: Causas del desinterés en España por la propiedad superficiaria. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 635 y ss.
- Pugliese: Superficie. Commentario del Codice civile de Scialoja-Branca. Libro Terzo. Della Propietta. 4ª ed. Bologna-Roma. 1976. Pag. 556 y ss
- Puig Peña: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Vol. I. 2º Ed. EDERSA. Madrid. 1953.
- Puig Peña: Compendio de Derecho Civil Español. T.II. Derechos reales. 3ª ed. Madrid. 1976.
- Puig Brutau: Fundamentos de derecho civil. T. III. Vol. II. 3ª ed. Bosch. Barcelona. 1979.
- Puig Brutau: Compendio de Derecho Civil. T.III. Derechos reales e hipotecario. Barcelona. 1989.
- Quaranta-Preden: Superficie. Commentario teórico-práctico al Codice Civile diretto da Vittorio de Martino. Roma. 1972. Pag. 1 y ss
- Ramos: La Legislación Hipotecaria en forma de sinopsis. Madrid. 1883.
- Ramos Gonzalez: La accesión invertida y el derecho de superficie. su problemática en el Código Civil. Derecho científico y legislación catalana. RJC. Pag 353 y ss.
- Rams Albesa: Uso, habitación y vivienda familiar. Montecorvo. Madrid. 1987.
- Rescigno: Manuale del Diritto Privato italiano. 9ª ed. Napoli. 1991.
- Revilla Ariet: Justificación de la regla superficie solo cedit. Invasión de suelo ajeno. A.D.C. 1982. Pag 267
- Ribeiro Mendes: O direito de superfície. ROA. 1972. Pags.15 y ss.
- Ripert y Boulanger: Traité de Droit civil. D'après le traité de Planiol. T. II. Paris. 1957.

- Roca Sastre: Ensayo sobre el derecho de superficie. R.C.D.I. 1961.
- Roca Sastre y Molina Juyol: Jurisprudencia Registral. Ed. Bosch. Barcelona. 1953.
- Rodríguez García: Retroprogresivismo jurídico y nuevos perfiles del Derecho de Superficie. A.C. 1988-2. Pag. 2935 y ss.
- Rodríguez Navarro: Doctrina Civil del Tribunal Supremo. Madrid. Aguilar. 1961.
- Rodríguez de Alba Madrigal: Análisis del derecho de superficie. Su aplicación a la construcción pública de viviendas. BIMJ. 1987. Pags. 559 y ss.
- Rodríguez de Valcarcel: Comentario a la Sentencia de 13 de diciembre de 1959. Revista de Derecho Procesal. 1953. Pags 623 y ss.
- Ruano Borella: Esquema de la regulación del derecho de superficie en el ordenamiento jurídico español. El Derecho de sobreelevación y profundización. Aspectos sustantivos y registrales. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pag. 718 y ss
- Ruiz de Erenchun: El derecho de superficie y el Registro. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 731 y ss
- Saint Alary: Concession immobilière. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.
- Saint-Alary: Bail à construction. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.
- Saint-Alary: Superficie. Encyclopedie Dalloz. Jurisprudence Generale. Paris. 1989. Pag. 1 y ss.
- Salinas Quijada: Derecho Civil de Navarra. T.III. Vol. II. Pamplona. 1974. Pags. 11 y ss
- Salis: La superficie. 2ª ed. Torino. 1958.
- Salis: Superficie. (Dititto vigente). Novissimo Digesto Italiano. 1957. Pags. 941 y ss.
- Sanahuja Tomás: En torno al vuelo de las fincas urbanas. Trabajos y notas de colaboración del Boletín del Colegio Nacional de Registradores. Años 1966 a 1985. T. I. Ilustre Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Centro de Estudios Hipotecarios. Pag. 137 y ss.
- Sánchez Román: Estudios de Derecho Civil y el Código Civil. Historia de la Legislación española. T. 3º. 2ª ed. Madrid. 1900.

- Sans Buigas: La plusvalía municipal en el derecho de superficie. REVL. Año. XIII. N<sup>a</sup>. 75. 1954. Pags. 343 y ss.
- Santamaria Cristobal: Comentarios al Código Civil. T. II. Revista de Derecho Privado. Madrid. 1958
- Santos Briz: Derecho civil Teoría y práctica. Tomo II. Derecho de cosas. EDERSA. Madrid. 1973.
- Sanz Fernández: Instituciones de Derecho Hipotecario. T.I. Madrid. 1947.
- Savatier: La propiedad del espacio. RDU. 1967. Pags.17 y ss
- Soto Bisquert: El derecho de Vuelo. R.C.D.I. 1971. Pag. 923 y ss.
- Talamanca: Istituzioni di diritto romano. Milano. 1990.
- Tena y Martín: Proyecciones del derecho de accesión en el registro de la propiedad. Curso de conferencias sobre derecho inmobiliario registral. (1951-1952). T.II. Ilustre colegio de Registradores de la Propiedad. Madrid. Pag. 105 y ss.
- Torrente, Schlesinger: Manuale di Diritto Privato. 13<sup>a</sup> ed. Giuffrè. Milano. 1990.
- Torres Lana y Doral García: El "ius aedificandi" y el principio de accesión. RGLJ. 1981. Pag. 27 y ss.
- Torres Lana: La configuración jurídica del volumen de edificabilidad. Eunsa. Pamplona. 1975.
- Trimarchi: Istituzioni di diritto privato. Sesta edizione. Milano. 1983.
- Uriarte Berasátegui: Unificación del Derecho Nacional. RCDI. 1940 Pags. 433 y ss, y 574. Y RCDI. 1941 Pags 79 y s, 211 y ss, 449 y ss, y, 523 y ss.
- Utrera Ravassa: El aprovechamiento urbanístico en suelo sin aprovechamiento. Ponencias y Comunicaciones presentadas al VI Congreso Internacional de Derecho Inmobiliario Registral. Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid. 1985. Pags. 735 y ss.
- Valverde y Valverde: Tratado de Derecho Civil Español. T. II. Valladolid. 1925.
- Vallet de Goytisolo: Dimisión y comiso de finca hipotecada por el enfiteuta. Estudios sobre garantías reales. Madrid. 1973. Pag. 61 y ss.
- Ventura Travesset y Gonzalez: Derecho de edificación sobre finca ajena y la propiedad horizontal. Bosch. Barcelona. 1963.
- Villacañas González: La propiedad en sentido vertical. RCDI. 1953. Pags. 483 y ss.

-Villares Picó: La Ley Hipotecaria de 1861. R.C.D.I. 1960. Pag 147 y ss.

-Villares Picó: La inscripción en nuestro sistema hipotecario es constitutiva a efectos de tercero. R.C.D.I. 1949.  
Pags. 289 y ss.

-Viñas y Mey: El Derecho de superficie y el problema de la vivienda en España. R.C.D.I. 1929 Pags. 431 y ss.

-Weill, Terré y Simler: Droit civil. Troisième édition. Paris. 1985.

## **INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO**

STS. 9 DE MARZO DE 1893 (J.C. T. 53. 1893. Pags. 445 y ss)

STS. 9 DE JULIO DE 1903 (J.C. T. 96. 1903. Pags. 140 y ss)

STS. 27 DE OCTUBRE DE 1909 (J.C. T. 116. 1090. Pags. 170 y ss)

STS. 21 DE FEBRERO DE 1920 (J.C. T. 149. 1920. Pag.422 y ss)

STS. 6 DE JULIO DE 1920 (J.C. T. 151. 1920. Pags. 93 y ss)

STS. 22 DE ENERO DE 1921 (J.C. T. 152. 1921. Pags. 136 y ss)

STS. 15 DE OCTUBRE DE 1924 (J.C. T. 164. 1924. Pags. 422 y ss)

STS. 4 DE JULIO DE 1928 (J.C. T. 183. 1928. Pags 558 y ss)

STS. 26 DE JUNIO DE 1929 (J.C. T. 184. 1929. Pags. 1078 y ss)

STS. 3 DE JULIO DE 1941 (Rep. Aran. 891)

STS. 13 DE FEBRERO DE 1942 (Rep. Aran. 424)

STS 4 DE MAYO DE 1947 (Rep. Aran. 1609)

STS. 27 DE OCTUBRE DE 1947 (J.C. T. Vol. II Pags. 141 y ss)

STS. 17 DE ABRIL DE 1948 (Rep. Aran. 631)

STS. 29 DE MAYO DE 1950 (Rep. Aran. 1008 y 1008 bis)

STS. 21 DE ABRIL DE 1951 (Rep. Aran. 1021)

STS. 5 DE FEBRERO DE 1953 (Rep. Aran. 571)

STS. 26 DE OCTUBRE DE 1956 (Rep. Aran. 3414)

STS. 17 DE MAYO DE 1958 (Rep. Aran. 2091)

STS. 24 DE OCTUBRE DE 1959 (Rep. Aran. 3963)

STS. 12 DE NOVIEMBRE DE 1959 (Rep. Aran. 4443)

STS. 13 DE JUNIO DE 1961 (Rep. Aran. 3008)

STS. 10 DE DICIEMBRE DE 1962 (Rep. Aran. 5060)

STS. 8 DE ABRIL DE 1965 (Rep. Aran. 2151)

STS. 5 DE ENERO DE 1967 (Rep. Aran. 73)

STS. 14 DE OCTUBRE DE 1969 (Rep. Aran. 4622)

STS. 23 DE JUNIO DE 1970 (Rep. Aran. 3586)

STS. 10 DE OCTUBRE DE 1970 (Rep. Aran. 4369)

STS. 20 DE ENERO DE 1971 (Rep. Aran. 221)

STS. 25 DE NOVIEMBRE DE 1971 (Rep. Aran. 5013)

STS. 1 DE FEBRERO DE 1979 (Rep. Aran. 420)

STS. 7 DE NOVIEMBRE DE 1979 (Rep. Aran. 3644)

STS. 31 DE MARZO DE 1980 (Rep. Aran. 1233)

STS. 30 DE ABRIL DE 1982 (Rep. Aran. 1969)

STS. 3 DE ABRIL DE 1984 (Rep. Aran. 1923)

STS. 15 DE JUNIO DE 1984 (Rep. Aran. 3243)

STS. 29 DE DICIEMBRE DE 1986 (Rep. Aran. 7831)

STS. 14 DE MAYO DE 1987 (Rep. Aran. 3603)

STS. 11 DE JUNIO DE 1987 (Rep. Aran. 4290)

STS. 6 DE OCTUBRE DE 1987 (Rep. Aran. 6720)

STS. 9 DE JULIO DE 1988 (Rep. Aran. 5601)

STS. 5 DE DICIEMBRE DE 1989 (Rep. Aran. 9105)

STS. 24 DE ENERO DE 1990 (Rep. Aran. 349)

STS. 10 DE ABRIL DE 1990 (Rep. Aran. 3590)

STS. 23 DE JULIO DE 1990 (Rep. Aran. 6128)

STS. 24 DE MARZO DE 1992 (Rep. Aran. 3384)

STS. DE 28 DE ABRIL DE 1992 (Rep. Aran. 4114)

STS. DE 4 DE FEBRERO DE 1993 (Rep. Aran. 782)

## INDICE CRONOLOGICO DE SENTENCIAS DE LAS AUDIENCIAS

- S. Aud. Prov. Madrid. 14 DE JULIO DE 1990 (R.G.D. 1991. Pags. 471 y ss)
- S. Aud. Terr. Barcelona. 4 DE FEBRERO DE 1980 (R.J.C. 1980 Pag. 609)
- S. Aud. Terr. Pamplona. 17 DE JUNIO DE 1981 (R.G.D. 1982. Pags. 60 y ss)
- S. Aud. Prov de Navarra. 30 DE ABRIL DE 1986 y S. Aud. Terr. de Navarra 12 DE ABRIL DE 1977.
- S. Aud. Terr. Oviedo. 11 DE JUNIO DE 1988 (R.G.D. 1989. Pags. 3371 y ss)
  - S. Jdo. Primera Instancia N° 16 de Madrid de 13 DE DICIEMBRE DE 1950 (R.D.Pro. 1953. Pag. 623 y ss)

## RESOLUCIONES DE LA DIRECCION GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

**Roca Sastre - Molina Juyol: Jurisprudencia Registral. Bosch. Barcelona. 1953.**

- R. 12 DE JUNIO DE 1863 (J.R. I (1862-1882) Pag. 56)
- R. 22 DE FEBRERO DE 1864 (J.R. I (1862-1882) Pag. 191)
- R. 23 DE MARZO DE 1864 (J.R. I (1862-1882) Pag. 207)
- R. 4 DE NOVIEMBRE DE 1867 (J.R. I (1862-1882) Pag. 341)
- R. 29 de abril de 1871 (J.R. I (1862-1882). Pag 410 y ss)
- R. 22 DE JULIO DE 1874 (J.R. I Pags. 493 Y ss)
- R. 2 DE OCTUBRE DE 1884 (J.R. II. Pags. 176 y ss)
- R. 30 DE JULIO DE 1908 (J.R. T. IV. Pags. 188 y ss)
- R. 21 DE SEPTIEMBRE DE 1911 (J.R. T. IV. Pags. 235 y ss)
- R. 24 DE ABRIL DE 1913 (RGLJ. J.C. 1913. II. Pags. 167 y ss)
- R. 19 DE DICIEMBRE DE 1917 (J.R. T. V. Pags. 150 y ss)
- R. 9 DE MARZO DE 1942 (J.R. T. VIII. Pags. 94 y ss)

R. 22 DE OCTUBRE DE 1945 (J.R. T. VIII. Pags. 638 y ss)

R. 27 DE OCTUBRE DE 1947 (RGLJ. J.C. 1947 II. Pags. 141 y ss)

R. 19 DE MAYO DE 1952 (J.R. T IX. Pags. 110 y ss)

**Amorós Guardiola - Pau Pedrón: Jurisprudencia Registral. (1978 -1985).**

**Tecnos. Madrid. 1986.**

R. 7 DE ABRIL DE 1970 (J.R. Pag. 197)

R. 14 DE MAYO DE 1984 (J.R. Pag. 652)

R. 5 DE FEBRERO DE 1986 (Rep. Aran. 1006)

**Amorós Guardiola - Madero Jarabo: Jurisprudencia Registral. II. (1986-1990).**

**Tecnos. Madrid. 1991.**

R. 13 DE MAYO DE 1987 (J.R. Pag. 325 yss)

R. 18 DE ABRIL DE 1988 (J.R. Pag. 650 y ss)

R. 28 DE OCTUBRE DE 1988 (J.R. Pag. 777 y ss)

R. 31 DE OCTUBRE DE 1988 (J.R. Pg. 781 y ss)