

El inadecuado régimen urbanístico del derecho de superficie*

LUIS MIGUEL LÓPEZ FERNÁNDEZ
Profesor Titular de Derecho civil
Universidad Autónoma de Madrid

*«Cada uno recobrará su propiedad¹...
por ser el año quincuagésimo, año del Jubileo»*

Levítico 25,10

RESUMEN

Análisis crítico sobre la inadecuada regulación del derecho de superficie contenida en la legislación urbanística española y su incompatibilidad con los principios del Derecho civil.

PALABRAS CLAVE

Derecho de superficie; derechos reales; legislación de suelo; legislación de ordenación urbanística.

ABSTRACT

Critical analysis about the inappropriate regulation of surface right according the spanish planning and land law, and his incompatibility with the principles of Civil law.

* El presente trabajo ha sido realizado en el marco del Proyecto de I+D del programa estatal de fomento de la investigación científica y técnica de excelencia, subprograma estatal de generación de conocimiento: «Reformando las tenencias de la vivienda: nuevas reglas para una eficiencia jurídica y económica en el acceso a la propiedad», DER2014-55033-C3-2-P, cuya investigadora principal es Esther Muñiz Espada.

¹ Hemos traducido «propiedad» y no «posesión», como suele hacerse usualmente en las traducciones de la Biblia, porque del contexto, relacionado con la recuperación de la tierra vendida por razones de necesidad y que no hubiera sido rescatada antes por un familiar próximo, se desprende claramente ese significado.

KEYWORDS

Surface right; property rights; land law; planning law.

SUMARIO: 1. «Conclusiones preliminares» sobre el régimen urbanístico del derecho de superficie para edificar.–2. El régimen jurídico-privado general: la autonomía de la voluntad como principio central y el derecho de superficie para edificar. 2.1 El título constitutivo como principal fuente reguladora. 2.2 Aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad a los derechos y situaciones jurídico-reales. 2.3 Aplicación concreta del principio de autonomía de la voluntad a los derechos y situaciones jurídico-reales.–3. Estructura jurídica-privada del derecho de superficie para edificar. 3.1 Sujetos y capacidad. 3.2 Objeto del gravamen. 3.2.1 La finca. 3.2.2 Especial alusión al vuelo o subsuelo de un terreno. 3.2.3 Constitución de superficie en parte de una finca y parcelación urbanística: doctrina de la DGRN. 3.2.4 Superficie sobre derechos reales limitados de goce: regla y excepciones. 3.2.5 La superficie y el dominio público. 3.3 El Derecho civil y la temporalidad de la superficie. 3.3.1 La perpetuidad «impropia», en tanto referida a la edificación superficiaria. 3.3.2 La perpetuidad en sentido propio y el censo enfiteútico como eventual marco jurídico.–4. El derecho de superficie para edificar en la legislación urbanística. 4.1 Origen y objetivos de la regulación urbanística de la superficie para edificar. 4.2 Primera evolución: la trascendental reforma derivada de la Ley 19/75 y el plazo para edificar.–5. Predominio del principio de legalidad o necesidad en los orígenes de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie. 5.1 Posposición de la autonomía de la voluntad en la legislación urbanística anterior a la vigente. 5.2 La influencia originaria del principio de necesidad o legalidad del Derecho administrativo. 5.3 Dos manifestaciones de la falta de sintonía: el plazo de duración en el marco de la propiedad separada del vuelo y el subsuelo, y el plazo para edificar.–6. La inscripción del derecho de superficie en el reglamento hipotecario. 6.1 Redacción original: problemas de legalidad. 6.2 La modificación por RD 1867/1998 y su ulterior declaración de ilegalidad.–7. La tesis dualista sobre el régimen jurídico del derecho de superficie para edificar. 7.1 Alcance y justificación de esta tesis: nuestra postura personal. 7.2 El dualismo y el monismo en las resoluciones judiciales. 7.3 La Sentencia del Tribunal Constitucional 61/97, de 20 de marzo. 7.4 Las sentencias del Tribunal Supremo de 15-6-1984 y de 26-11-2002. 7.5 La distinción entre la eficacia frente a terceros o entre partes de un derecho real.–8. El régimen urbanístico del derecho de superficie en la Ley 8/2007 y el *TRLS de 2015*. 8.1 Mantenimiento del carácter imperativo general pese al aumento de las excepciones. 8.2. Generalización insuficiente de las finalidades contempladas en el régimen urbanístico del derecho de superficie. 8.3 El derecho imperativo sobre la duración máxima de la superficie. 8.4 Los requisitos formales imperativos para la constitución de superficie. 8.5 La incomprensible ampliación del ámbito de la extinción «ex lege» por incumplimiento del plazo para edificar. 8.6 El problema de la propiedad de las obras tras la extinción de la superficie por disconformidad con la legislación urbanística. 8.7 Extinción por disconformidad con la legislación urbanística y

derechos constituidos por el superficiario.—9. *La destrucción de la edificación durante la vigencia del derecho de superficie.* 9.1 Aspectos generales sobre un eventual derecho a reedificar del superficiario. 9.2 Supuestos en que el derecho a reedificar podría entenderse implícitamente concedido. 9.3 Supuestos en que la reedificación, siendo de interés general, no interesará al superficiario.—10. *Relación de sentencias y resoluciones de la DGRN utilizadas.* 10.1 Sentencias del Tribunal Constitucional. 10.2 Sentencias del Tribunal Supremo. 10.3 Sentencias del Tribunal Superior de Justicia. 10.4 Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado.—11. *Relación de bibliografía utilizada.*

1. «CONCLUSIONES PRELIMINARES» SOBRE EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR

Para comenzar este trabajo hemos elegido un epígrafe sorprendente y contradictorio; en realidad creemos que esas características encajan perfectamente con la opinión que puede merecer a un civilista la regulación del derecho de superficie llevada a cabo por la legislación urbanístico-administrativa²; a menos, claro está, que ese civilista intente reconducirla a los esquemas propios del Derecho privado, realizando una labor de traducción que consideramos incompatible con el tenor de aquella legislación, con su espíritu, y con las finalidades que dice perseguir; como, en definitiva, nuestra postura básica es que el ámbito de aplicación directa de esa legislación urbanística ha de reducirse al derecho de superficie para edificar constituido por personas públicas, donde la veloz recuperación en vía administrativa del suelo gravado parece ser el objetivo fundamental (en el caso de que el superficiario infrinja de cualquier modo la ordenación urbanística o el deber de edificar en plazo), preferimos adelantar aquellas ideas que constituyeron meras intuiciones al iniciar nuestra labor, para irse confirmando luego hasta llegar a convertirse en conclusiones; de este modo esperamos ahorrar trabajo a aquellos lectores que puedan considerar nuestro

² Deseamos aclarar, desde ahora mismo, que cuando hagamos alusión en este trabajo a la «legislación urbanística», «régimen urbanístico», o expresiones similares, referidas todas ellas al derecho real de superficie, no estaremos queriendo decir que cualitativamente no se trate de legislación civil, como ha dicho ya el Tribunal Constitucional; simplemente estaremos tratando de identificar el conjunto normativo al cual referimos nuestras observaciones, sin prejuzgar tampoco por ello su ámbito concreto de aplicación; sobre la medida en que la declaración del Alto Tribunal a que hacemos referencia no impide, necesariamente al menos, que el ámbito de directa aplicación de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie pueda restringirse al otorgado por personas públicas, remitimos al lector al epígrafe 7.3 de este trabajo.

punto de partida totalmente inasumible. Esas «premisas conclusivas» pueden resumirse en las siguientes:

1.^a El esquema de fuentes de regulación del derecho de superficie establecido por la legislación urbanística, en cuanto otorga carácter imperativo a la totalidad de sus preceptos, es absolutamente incompatible con los principios rectores del Derecho privado, que como regla general otorgan preeminencia al título constitutivo en la regulación de las situaciones jurídico-reales; por ello no es extraño que se intenten interpretar como dispositivas algunas soluciones aportadas por la citada legislación, aunque sea forzando su inequívoco tenor literal.

2.^a La extinción automática, prevista hoy para el caso de cualquier disconformidad entre la edificación superficiaria y la ordenación urbanística, constituye una medida sorprendente que presenta, entre otros, los siguientes problemas:

– Incrementa el creciente número de cuestiones prejudiciales administrativas que vienen irrumpiendo en los procesos civiles, porque la extinción se basa en lo que no es sino una infracción urbanística.

– No tiene en cuenta la abultada serie de casos en que las infracciones urbanísticas prescriben sin ser eficazmente perseguidas, en especial tratándose de edificaciones terminadas.

– En el actual panorama inmobiliario existen situaciones jurídicas y derechos reales en cuyo desenvolvimiento se puede producir la misma infracción de la ordenación urbanística que en ejercicio de un derecho de superficie, resultando tan ilógico asumir la diferencia de tratamiento como perturbador el aplicarles analógicamente la extinción automática.

– Cuando el propietario del suelo sea promotor de la edificación futura, sobre la cual constituye y transmite derechos de superficie, la extinción automática puede favorecer al promotor infractor, o bien a sus acreedores, en perjuicio de los adquirentes de la edificación superficiaria; el interés público tutelado por esa extinción impedirá invocar las cláusulas genéricas del Derecho privado para impedir tal efecto.

– Siendo el dueño del suelo una persona privada, no se entiende el beneficio que puede reportar la extinción del derecho de superficie a un interés público que, por hipótesis, ya ha sido lesionado.

3.^a Existen aspectos absolutamente fundamentales que, sin embargo, no han sido objeto de atención por el legislador, mereciendo ser destacados los siguientes:

– No se dice nada sobre los efectos de la extinción automática por disconformidad con el planeamiento, mencionada con anterioridad, en cuanto a la propiedad de la edificación superficiaria parcial o totalmente realizada.

– En ese mismo caso de extinción automática por disconformidad con el planeamiento tampoco se establece con claridad si los derechos reales constituidos sobre el derecho de superficie se extinguen o se mantienen, puesto que la primera alternativa se prevé para la extinción por transcurso del plazo de duración, mientras que la segunda se aplica a cualquier otra causa por la cual *se reúnan los derechos del dueño del suelo y del superficiario*; como parece que la extinción del derecho de superficie no resulta compatible con su consolidación en el derecho de propiedad, aparece la duda acerca de la solución aplicable en caso de extinción por disconformidad con la legislación urbanística.

– Tampoco hay regulación alguna del problema representado por la destrucción de la edificación estando aún vigente el plazo de duración del derecho de superficie; en especial del problema que planteará la inexistencia de interés alguno en reconstruir por parte del superficiario, y de la consiguiente paralización del proceso edificatorio que la admisión de tal derecho, o el litigio sobre su existencia, pueden provocar; naturalmente la extinción automática decretada en vía administrativa no plantea esa cuestión, pero si se trata de superficie otorgada por personas privadas el tema es muy diferente.

4.^a La inseguridad jurídica en que se mueve el derecho de superficie hace que sea muy poco atractivo como objeto de garantías reales, dificultando al superficiario el acceso al crédito hipotecario para financiar la construcción y representando, por consiguiente, un importante obstáculo para el eficaz desenvolvimiento de este derecho real.

5.^a El derecho de superficie presenta muy distintos matices cuando se trata de realizar edificaciones de reducido valor económico y que el superficiario va a incorporar a un proceso productivo del cual constituyen meros accesorios; si la regulación administrativa resulta ya ineficiente cuando se aplica a la actividad de promoción inmobiliaria, que es la tenida en cuenta por el legislador, aplicada a estos otros supuestos los problemas se agravan; especialmente podemos preguntarnos por el sentido que tiene, en esos otros supuestos, el establecimiento de plazos para edificar en el título constitutivo (que en la legislación urbanística parecen preceptivos), o la exigencia de rigurosos requisitos formales, cuyos beneficios son evidentes cuando el derecho se utiliza para la promoción inmo-

biliaria pero que quizá sean prescindibles tratándose de esas otras utilidades.

Esta relación podría prolongarse mucho más, pero como resumen de este resumen podríamos afirmar que la regulación urbanística del derecho de superficie para edificar es imperativa cuando no debe serlo, carece de preceptos dispositivos donde debería tenerlos, y, con todo ello, contribuye a incrementar la inseguridad jurídica de este derecho real más que a reducirla; por si ello fuera poco ha quedado absolutamente desfasada, ante la aparición de nuevas utilidades del derecho de superficie no previstas en esa legislación, y de nuevas soluciones jurídicas para las previstas, sin que estas últimas alternativas estén directamente sometidas a las consecuencias de la restrictiva regulación del derecho de superficie llevada a cabo por esa legislación urbanística. Si tal régimen jurídico sirve para la actividad administrativa, cosa que también dudamos, reservémoslo para ella, porque quizá nunca fue tan cierta como en este ámbito la afirmación de que la mejor regulación es la que no existe.

2. EL RÉGIMEN JURÍDICO-PRIVADO GENERAL: LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD COMO PRINCIPIO CENTRAL Y EL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR³

2.1 CONCEPTO Y ESTRUCTURA

A falta de una definición general en el Código Civil (en lo sucesivo CC), la doctrina y la jurisprudencia vienen considerando al derecho de superficie como un derecho real que, en lo que podríamos considerar como su versión normal o íntegra, permite a su titu-

³ Parece necesario precisar que el concepto de edificación utilizado en este trabajo ha de entenderse en sentido muy amplio, incluyéndose supuestos que encajarían más propiamente en el término «instalación», frecuente ya en la legislación urbanística; sin embargo, por respeto a la denominación clásica y más usual, hemos preferido mantener la referencia a la superficie para edificar.

DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, Madrid, 2012, p. 158, plantean la conveniencia de utilizar el término construcción, en tanto más amplio que edificación, al analizar los supuestos de accesión contemplados en el Código Civil; concretamente afirman, con cita de jurisprudencia, que «El artículo 361 y siguientes, referidos a la edificación en suelo ajeno, abarca todas las hipótesis en que hay una incorporación permanente al suelo, a las construcciones de todo género a él adheridas, según el artículo 334.1.º». Con todo, el alcance del término «adheridas» no deja de plantear problemas interpretativos en relación con nuestro trabajo, cuando se trata de instalaciones de fácil separación que, sin embargo, consideramos adecuado encuadrar entre las finalidades que pueden albergarse bajo el derecho de superficie. Por eso tampoco utilizamos el término «superficie para construir».

lar edificar, sembrar o plantar, en suelo ajeno, haciendo suya temporalmente la propiedad de lo edificado, sembrado o plantado⁴.

Se suele aludir también a la existencia de una doble fase en el desenvolvimiento de este derecho: en la primera etapa la edificación, plantación o siembra, aún no han comenzado, pasando a primer plano la facultad otorgada al superficiario para desarrollar esas actividades sobre el suelo ajeno y el plazo que se haya podido establecer a tal efecto; posteriormente, a medida que se va desarrollando la edificación, plantación o siembra, y muy especialmente tras su culminación dentro del plazo previsto y hasta la extinción del derecho de superficie, ese lugar prioritario pasa a ocuparlo la situación conocida como «propiedad superficiaria», cuyo objeto inmediato es lo edificado, sembrado o plantado, por el titular; no está tan claro si la primera fase se consume y agota con la edificación, o bien continúa en estado de «latencia», para el caso de que se destruya esta última antes de extinguirse el derecho de superficie⁵.

En esta segunda fase es frecuente aludir a la derogación que supone el principio de superficie respecto al principio jurídico de la accesión, proclamado en el artículo 358 CC»⁶.

2.2 EL TÍTULO CONSTITUTIVO COMO PRINCIPAL FUENTE REGULADORA

Como es sabido el CC se limita a mencionar el derecho de superficie en su artículo 1611 párrafo tercero; lo hace para asimilarlo a los foros y subforos, cuya regulación se remite a su vez, mediante el artículo 1655 del propio CC, a las disposiciones del censo enfiteútico o de los arrendamientos (según la superficie haya sido constituida por tiempo indefinido o por tiempo limitado, respectivamente). La falta de una regulación expresa se puede resolver, en línea de principio y sin perjuicio de lo que diremos más adelante sobre esta cuestión, mediante el recurso a los pactos con-

⁴ Por todos: CÁMARA ÁGUILA, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, p. 313, Madrid, 2013, lo define como «el derecho real de tener y mantener sobre un inmueble ajeno una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida, normalmente, mediante el ejercicio del derecho anejo de sembrar o plantar».

⁵ Cuestión fundamental que abordaremos en el epígrafe 9 de este trabajo.

⁶ CÁMARA ÁGUILA, ob. cit., p. 313; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, Madrid, 2012, p. 124, especifican que se trata de una derogación *convencional* del citado principio de accesión, sin duda porque esa separación de la propiedad del suelo y de lo construido, sembrado o plantado, también puede darse en el caso de que tales actividades se hayan desarrollado de buena fe en suelo ajeno, al menos hasta que el dueño del suelo opte por adquirir la edificación, plantación o siembra y efectivamente pague el importe correspondiente a quien, hasta entonces, ha de ser considerado como su propietario, como los citados autores destacan en la p. 159.

tenidos en el contrato, o, por utilizar un término más amplio y usual, en el título constitutivo del derecho de superficie.

De acuerdo con la regla general y fundamental del Derecho civil patrimonial, esos pactos configuradores del derecho de superficie no estarán sometidos a más limitaciones que las propias del principio de autonomía privada, contemplado en el artículo 1255 CC⁷; aunque dicho precepto se refiere directamente al perfeccionamiento de contratos, se trata de un principio erigido en piedra angular de todo el Derecho civil patrimonial, aplicable también a los contratos orientados a constituir derechos reales (al menos como regla general, de acuerdo con lo que veremos en el epígrafe siguiente).

2.3 APLICACIÓN CONCRETA DEL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD A LOS DERECHOS Y SITUACIONES JURÍDICO-REALES

Como ya adelantamos el principio de autonomía de la voluntad, contemplado en el artículo 1255 CC, también resulta aplicable a los contratos en virtud de los cuales se crean, transmiten, modifican o extinguen, derechos o situaciones jurídico-reales; de hecho se incluye, incluso de manera expresa, en el régimen civil sustantivo aplicable a algunas de esas situaciones jurídico-reales concretas, entre las que podemos citar, a título de meros ejemplos, las siguientes:

1. En relación con el derecho real de usufructo, el artículo 467 CC establece claramente la prioridad de los pactos contenidos en el título de su constitución.

2. Tratándose de los derechos de uso y habitación, el artículo 523 CC también remite la regulación de las facultades y obligaciones del usuario, y del que tiene derecho a habitación, al título constitutivo de esos derechos, y solo en defecto de previsión concreta se remite al contenido del propio CC.

3. En el caso de las servidumbres, el artículo 598 CC destaca igualmente la preeminencia del título constitutivo, cuando se trata de la determinación de los derechos del predio dominante y las

⁷ La consideración de la autonomía privada como principio general del Derecho, en tanto idea fundamental que inspira toda la organización de nuestro Derecho Privado, así como su relación directa con el artículo 1.255 CC (sin olvidar tampoco el artículo 1.092 del propio texto legal), ha sido una constante entre los autores procedentes de este ámbito del Derecho. Consideramos que ese principio básico de autonomía privada, así como su relación con la libertad individual y los derechos de la personalidad, ha sido magistralmente perfilada y sistematizada en Díez-PiCAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil, volumen I*, Madrid, 2012, pp. 367 a 383.

obligaciones del sirviente, otorgando carácter supletorio a las prescripciones del Código Civil.

4. Refiriéndose a la comunidad de bienes, el artículo 392 CC dispone asimismo que las prescripciones del Código Civil solo se aplican a falta de contratos entre los comuneros, o de disposiciones especiales.

Los argumentos citados han llevado a la doctrina a afirmar la falta de necesidad de acudir a la creación de derechos reales atípicos de goce sobre bienes inmuebles, en tanto el legislador permite indubitadamente el recurso a la modificación o apertura de los derechos reales típicos, para adaptarlos a los intereses concretos perseguidos por las partes⁸. Esto no significa que no hayan de respetarse aquellas normas que tengan carácter de imperativas y cuya modificación quedaría, por tanto, al margen de la autonomía de la voluntad, de acuerdo con la redacción del propio artículo 1255 CC; pero la consideración de una norma como imperativa constituye la excepción y no la regla, al contrario de lo que nos encontraremos al analizar el régimen urbanístico del derecho de superficie⁹.

3. ESTRUCTURA JURÍDICO-PRIVADA DEL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR

3.1 SUJETOS Y CAPACIDAD

Los sujetos principales son el concedente del derecho, que en la mayoría estadística de supuestos será el propietario del inmueble gravado, y el superficiario, o titular del derecho de superficie; la capacidad precisa para constituir este derecho es la necesaria para realizar actos de disposición sobre bienes inmuebles, vinculada a su vez a la mayoría de edad por aplicación de lo dispuesto en el artículo 322 CC; tratándose de menores sometidos a patria potestad o tutela, los padres o tutores precisarán autorización judicial para constituir el derecho de superficie sobre los bienes inmuebles

⁸ Como destaca Díez-PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 513, abril-julio 1976, pp. 273 y ss.

⁹ La cuestión sobre el predominio de la autonomía de la voluntad en la regulación de los derechos reales, cuando ha sido clara y terminantemente manifestada en el título constitutivo de los mismos, no ha de confundirse con el problema relativo al alcance de las manifestaciones de las partes en cuanto a la constitución de un derecho real o de una mera obligación, ya que en este caso la propiedad se presume libre. Sobre la importante diferencia a que estamos aludiendo, ver, por todos: BERCOVITZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, Madrid, 2013, p. 33, o Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general. vol. III, tomo I*, Madrid, 2012, p. 42.

de sus hijos o pupilos, según los artículos 166 y 271.2.º CC; en caso de representación voluntaria, el representante necesitará mandato expreso, de acuerdo con el artículo 1713 del propio CC.

3.2 OBJETO DEL GRAVAMEN

3.2.1 La finca

Obviamente el objeto afectado por el derecho de superficie ha de ser un bien inmueble; durante lo que hemos dado en considerar como primera fase en el desarrollo del derecho de superficie, y hasta que la propiedad separada de la edificación pase a primer plano, el objeto inmediato de este derecho será, normalmente, esa porción de superficie terrestre delimitada por una línea poligonal cerrada que tradicionalmente se venía identificando con la finca en sentido material o real; tampoco parece posible rechazar la constitución de un derecho de superficie para edificar (o, más bien, para «mejorar») sobre elementos privativos de un edificio preexistente en régimen de propiedad horizontal (por ejemplo: para convertir el local comercial en una vivienda).

Parece además indiscutible la posibilidad de establecer este derecho sobre o bajo edificaciones preexistentes, en concepto de sobreelevación o subedificación superficiaria¹⁰ y en el marco de la propiedad horizontal o del complejo inmobiliario; todo ello sin perjuicio de las alternativas representadas por los derechos reales de vuelo y subsuelo de un edificio.

Y, por supuesto también parece viable que la propia superficie tenga por objeto el derecho real de vuelo o subsuelo de un edificio,

¹⁰ Siempre en relación con su acceso al Registro podemos citar la RDGRN de 15-2-2012 (RJ 2012/5948); se trataba de la constitución de derecho de superficie sobre algunas naves de una finca y para la instalación de placas fotovoltaicas; el registrador rechazó la inscripción, entre otros motivos porque el derecho no se constituía sobre la totalidad de la finca ni se individualizaban previamente las porciones de la misma afectadas por aquél, como exige el principio de especialidad; la Dirección General admitió el recurso planteado por los presentantes del título, afirmando que «para la inscripción del derecho de superficie constituido en el presente caso –sobre la cubierta de determinada nave industrial que se describe íntegramente– no es necesaria la segregación o individualización a que se refiere el Registrador en su calificación, ya que cumple las exigencias derivadas del principio de especialidad y de la concreta regulación legal en esta materia (arts. 9 y 30 LH art. 9 EDL 1946/59 art. 30 EDL 1946/59 y 51 Reglamento Hipotecario), al constar suficientemente definida la finca cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende, de modo que conforme a lo anteriormente expuesto resulta compatible con la claridad y certeza que debe presidir la regulación de los derechos reales y el desenvolvimiento de la institución registral». La DGRN alude a la inexistencia de actividad urbanizadora y por ello de riesgo para la formación de núcleo de población, pero precisamente para garantizar que es la administración urbanística la llamada a decidir cuándo existe o no ese riesgo se estableció la certificación de innecesidad de licencia de segregación, como alternativa a la propia licencia.

o bien la eventual constitución de superficie sobre un derecho de superficie, aunque a estas últimas figuras, claramente diferenciables de la sobreelevación o subedificación superficiaria, y del propio vuelo o subsuelo de un edificio aludidos en el párrafo anterior, nos referiremos luego desde la perspectiva de la constitución de superficie por el titular de un derecho real limitado¹¹.

3.2.2 Especial alusión al vuelo o subsuelo de un terreno

El artículo 350 CC contempla el vuelo y el subsuelo como extensiones naturales de las facultades o del objeto del derecho de propiedad de un terreno, sin que tampoco existan límites o linderos verticales precisos que concreten esa extensión; los operadores jurídicos venían entendiendo dicho precepto como una norma imperativa, vinculada al principio de accesión recogido, a su vez, en el artículo 358 CC; también se tendía a considerar que las únicas excepciones a tal principio eran el derecho de vuelo o subsuelo de un edificio (que se desarrollaba en el marco jurídico de la propiedad horizontal, siendo el suelo elemento común), y el derecho de superficie¹².

Pero eso sucedía en un tiempo durante el cual el Derecho aspiró a ser coherente y a desarrollarse como ciencia; en el panorama actual la orientación de esos operadores jurídicos parece estarse dirigiendo definitivamente hacia tesis más bien favorables a considerar dicho precepto como mera presunción, y no como norma imperativa. La ampliación de excepciones al principio de accesión se inicia entre los difusos contornos de las situaciones de prehorizontalidad, mediante la admisión de los pactos constitutivos de una comunidad de bienes, con distribución de las edificaciones futuras entre los comuneros y pacto de adquisición de sus respectivas propiedades privativas a medida que se construyesen; la inscripción de tan peculiar situación jurídica se admitió por la RDGRN de 18-4-1988 (RJ 1988/3358)¹³.

¹¹ En el apartado 3.2.4 de este trabajo.

¹² De hecho, como destacara brillantemente SOTO BISQUERT: «El derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 485, julio-agosto 1971, p. 932: «El principio de accesión inmobiliaria que el CC recoge en el artículo 358, puede tener modalidades e incluso supuestos de inversión (caso del 1404, párr. 2.º del C.c.), pero solo tiene dos excepciones fundamentales: el derecho de superficie y la propiedad horizontal» (marco de desenvolvimiento normal del derecho de vuelo para el citado autor que, obviamente, no parecía apoyar la posibilidad de segregar el vuelo y el subsuelo de un terreno como objetos independientes).

¹³ En el supuesto decidido por dicha resolución de 18-4-1988 estaba inscrita una finca como objeto de comunidad, así como unos pactos entre los comuneros sobre la distribución entre ellos de edificaciones futuras; todo ello de acuerdo con la generalizada tendencia a admitir la inscripción de meras obligaciones, contra lo dispuesto en la regla

Hoy parece haberse afirmado definitivamente la posibilidad jurídica de que el propio vuelo o el subsuelo de un terreno, no ya necesariamente de un edificio preexistente, constituyan fincas independientes, previa la correspondiente «segregación vertical» y mediante la constitución de esa extraña figura denominada complejo inmobiliario, cuyos límites y alcance concreto se desconocen más allá de la imprecisa definición contenida en el artículo 24 de la LPH¹⁴. Incluso es posible que tal independencia pueda darse prescindiendo del establecimiento del citado complejo, aunque para resolver los complicados problemas de interrelación entre el vuelo y el subsuelo tengamos que recurrir a aplicar analógicamente las normas sobre la servidumbre de medianería, constituyendo su objeto, en estos casos, una «franja medianera horizontal» de grosor inconcreto. Esta corriente favorable a la «propiedad del espacio», que hemos expuesto críticamente en otro trabajo¹⁵, ha sido asumida por la DGRN¹⁶ y ha encontrado apoyo en la doctrina del Tribu-

general del artículo 98 LH, y, en el caso concreto, tratándose de una comunidad ordinaria (no de un supuesto en el cual pudiera aplicarse la regla especial contenida en el artículo 5 de la LPH para los estatutos). Solicitada la inscripción directa de las respectivas edificaciones, una vez realizadas, a nombre de cada uno de los comuneros, el registrador la denegó; entendía, a nuestro juicio con correcto criterio, que, de acuerdo con el principio de accesión, habían de inscribirse todas a nombre de la comunidad propietaria del suelo. La DGRN admitió el recurso gubernativo, con la consiguiente admisión de la eficacia de dichos pactos entre los comuneros para disponer del citado principio. Tal resolución fue citada en nuestro trabajo: LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 219, julio-agosto 2005, pp. 33-35, como fundamento de una posible alternativa a los fines perseguidos con la constitución de un derecho de superficie; obviamente sin que a la mencionada comunidad le fuera aplicable el régimen urbanístico de este último derecho con sus carencias, limitaciones e incertidumbres.

¹⁴ Como sabemos, el mencionado artículo 24 LPH establece que: «1. El régimen especial de propiedad establecido en el artículo 396 del CC será aplicable aquellos complejos inmobiliarios privados que reúnan los siguientes requisitos: a) Estar integrados por dos o más edificaciones o parcelas independientes entre sí cuyo destino principal sea la vivienda o locales. b) Participar los titulares de estos inmuebles, o de las viviendas o locales en que se encuentren divididos horizontalmente, con carácter inherente a dicho derecho, en una copropiedad indivisible sobre otros elementos inmobiliarios, viales, instalaciones o servicios». Pero: ¿puede ser parcela el vuelo o el subsuelo?: según el artículo 17 de la Ley 8/2007 (26 del vigente TRLS de 2015), la respuesta es positiva. Por otro lado: ¿la instalación o servicio base del elemento comunitario puede tener una duración o carácter meramente temporal (por ejemplo: un local, un piso o, más aún, una instalación desmontable)?; en caso afirmativo: ¿qué sucede si se destruye y nos quedamos sin «elemento comunitario», sin existir tampoco previsión alguna al respecto? Demasiadas preguntas sin respuesta para que sean soportadas por el «principio de especialidad» que habría de presidir la materia de derechos reales.

¹⁵ LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», ob. cit., especialmente, pp. 11-58.

¹⁶ Especialmente interesante es la RDGRN de 13-5-1987 (RJ 1987/3855), referida al subsuelo pero perfectamente extrapolable al vuelo, en la cual se admitió la inscripción de una unidad subterránea formada por la agrupación de diversas porciones de subsuelo previamente segregadas de otras fincas; con mayor imprecisión en cuanto al alcance del derecho transmitido también pueden citarse los precedentes de las resoluciones de la DGRN de 5-2-1986 (RJ 1986/1006) y 28-10-1988 (RJ 1988/8002). En esta última resolución citada, de 28-10-1988, se había cedido una finca al Ayuntamiento de Palafrugell por

nal Supremo¹⁷; más recientemente tal línea de pensamiento se ha incorporado también al concepto material de finca, y no al meramente registral, a través de la legislación urbanística¹⁸.

Superando claramente cualquier vestigio de comunidad en relación con el suelo, imposible en el caso que vamos a plantear, esta misma legislación urbanística ha acudido al citado complejo inmobiliario para consagrar otra línea doctrinal de la DGRN que, siempre bajo la exclusiva guía de lo que a simple vista parece más conveniente, admitió incluso la superposición de instituciones tan distintas en nuestra tradición jurídica como puedan serlo el dominio público del vuelo y la propiedad privada del subsuelo¹⁹.

una sociedad inmobiliaria, reservándose esta el derecho a construir en el subsuelo de la finca un garaje o almacén de unos 408 m². De la Resolución se deduce que el derecho constituido (que el titular procedió a vender luego por cuotas, sin poderse saber si lo transmitido era el derecho a construir o plazas futuras) era un derecho transmisible y perpetuo, similar al derecho de superficie, cuya constitución limitada al subsuelo resulta perfectamente posible. Es cierto que la DGRN solo resolvió sobre la posibilidad de inscribir la venta de las cuotas antes de constar la declaración de obra nueva del garaje, partiendo de la previa inscripción de ese derecho real atípico similar a una superficie perpetua y sin plazo para construir que no fue ni podía ser impugnada, pero también que no hizo ninguna observación sobre ese particular, como normalmente sucede en tales casos.

¹⁷ En el fundamento de derecho segundo de la STS de 23-6-1998 (RJ 1998/4744), relativa a un supuesto de usucapición *contra tabulas* del vuelo de una finca, puede leerse literalmente que «*En todo caso, el derecho de propiedad se extiende al vuelo y si éste está desgajado del anterior, el vuelo queda configurado como derecho real inscribible en el Registro de la Propiedad*».

¹⁸ El artículo 26.1.a) del TRLS de 2015, siguiendo fielmente la regulación establecida en el artículo 17.1.a) de la Ley 8/2007, establece que: «*Constituye: a) Finca: la unidad de suelo o de edificación atribuida exclusiva y excluyentemente a un propietario o varios en proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo. Cuando, conforme a la legislación hipotecaria, pueda abrir folio en el Registro de la Propiedad, tiene la consideración de finca registral*». Parece extraña la posibilidad, derivada del tenor literal de dicho precepto, de una segregación que diera lugar a la existencia de una finca situada exclusivamente en la rasante, otra en el vuelo (del terreno, no confundir con el derecho real de vuelo sobre un edificio preexistente), y otra en el subsuelo, ya que la situada en la rasante carecería de grosor y utilidad alguna; también parece criticable introducir la posibilidad de segregaciones por planos perpendiculares a un eje vertical, en un sistema cualificado por la inexistencia de linderos fijos relativos a la extensión del dominio hacia arriba o abajo cuando se trata de inmuebles por naturaleza, es decir de porciones de superficie terrestre. Lo cierto, pese a las críticas que ya hemos expuesto en LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El subsuelo...», ob. cit., pp. 11-58, es que la situación de la finca en la rasante, en el vuelo, o en el subsuelo, no parece limitarse, en la Ley 8/2007 y en el TRLS de 2015, a la «unidad de edificación», sino también a la «unidad de suelo», ya que tal interpretación es coherente con la doctrina anterior de la DGRN; además de que, de referirse el precepto a la «unidad de edificación», solo se estaría destacando la obviedad de que la misma puede situarse sobre o bajo la rasante. Pero hasta esta interpretación resulta dudosa en la vaguedad, quizá deliberada, con que se expresa la legislación urbanística vigente.

¹⁹ Concretamente el artículo 26.5 del TRLS de 2015, en su redacción actual, establece que: «*Cuando los instrumentos de ordenación urbanística destinen superficies superpuestas, en la rasante y el subsuelo o el vuelo, a la edificación o uso privado y al dominio público se constituirá un complejo inmobiliario en el que aquéllas y ésta tendrán el carácter de fincas especiales de atribución privativa, previa la desafectación y con las limitaciones y servidumbres que procedan para la protección del dominio público. Tales fincas podrán estar constituidas, tanto por edificaciones ya realizadas, como por suelos no edificados, siempre que su configuración física se ajuste al sistema parcelario previsto en el instrumento de ordenación*». Su precedente está en la resolución de la DGRN de 5-4-2002

Probablemente esa individualización de espacios, sobre y bajo un terreno, exija la previsión de edificabilidad en el subsuelo por el planeamiento, ya que de otro modo la utilidad de la finca subterránea residual sería nula y la segregación carecería de sentido, como afirmaremos más adelante; pero tampoco esta condición, ni ninguna otra que circunscriba el citado complejo inmobiliario a una comunidad especial sobre la totalidad del suelo sobre el cual se proyecta, o a una situación de prehorizontalidad, con inscripción previa de declaración de obra nueva en construcción, así como del correspondiente título constitutivo, quedan claramente establecidas.

Parece entonces que tales situaciones jurídicas pueden configurarse como indefinidas o ser sometidas a término final, estableciendo en el correspondiente título constitutivo el momento y las condiciones de la «consolidación» de la propiedad de las edificaciones situadas en vuelo y subsuelo, o del mismo vuelo o subsuelo, cuando esas edificaciones desaparezcan o queden en situación de ruina; todo ello podrá tener lugar en el ejercicio de la autonomía de la voluntad aplicada a las situaciones jurídico-reales en general; otra cuestión será la necesidad de que ese mismo título constitutivo, que pudiera incluso remitirse a un concreto proyecto técnico, regule los problemas derivados de una más que posible interrelación arquitectónica entre las construcciones respectivas, estableciendo en su caso las servidumbres correspondientes; porque el folio registral lo soporta todo, pero en el mundo real no suele suceder lo mismo²⁰. Parece también indudable la necesidad de admitir que el dueño de cada uno de esos espacios, cuando sean objeto de las correspondientes «propiedades separadas», pueda a su vez otorgar a un tercero un derecho de superficie, para que sea el superficiario quien realice las construcciones correspondientes.

3.2.3 Constitución de superficie en parte de una finca y parcelación urbanística: doctrina de la DGRN

La doctrina sentada en la resolución de la DGRN de 16-6-2012 (RJ 2012/10062) entendió que no constituía segregación la consti-

(RJ 2002/8121), presentada y criticada ampliamente en nuestro trabajo LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Apuntes de «jurisprudencia registral», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 204, septiembre de 2003, pp. 102-115; más resumidamente en LÓPEZ FERNÁNDEZ: «El subsuelo...» ob. cit., pp. 43-52.

²⁰ En medio de esta panorámica establecer plazos máximos de duración del derecho de superficie, o imponer otros plazos o requisitos al superficiario bajo amenaza de extinción automática de su derecho, como luego veremos que hace la legislación urbanística reguladora de la superficie, parecen soluciones bastante discordantes; por ello consideramos que dicha regulación urbanística, sin perjuicio de los demás inconvenientes que le iremos atribuyendo, puede calificarse como rotundamente desfasada.

tución de derechos de superficie, aunque fuera sobre partes perfectamente determinadas de unas fincas, para la instalación por el superficiario de un parque eólico; el registrador, por el contrario, había denegado la inscripción, por considerar que era necesaria licencia municipal de segregación para constituir derechos que atribuyan el uso exclusivo sobre porciones determinadas de terreno, ya que a su juicio se trataba de un supuesto de parcelación encubierta.

El problema es que la DGRN resolvió el supuesto por acumulación de razones diversas y quizá no demasiado bien coordinadas entre sí, al afirmar que:

«...conforme a la legislación de Galicia, sólo la división de terrenos que se haga con la finalidad de urbanizarlos o edificarlos cae dentro del supuesto legal de parcelación, lo que lleva al inmediato rechazo de la exigencia de acreditación de licencia de parcelación para que pueda llevarse a cabo la inscripción... no puede afirmarse que estemos en presencia de un negocio equiparable al de parcelación urbanística: si se tiene en cuenta que la constitución de un derecho de superficie en los términos expresados, aunque implique una división del aprovechamiento de las fincas sobre que se constituye, carece de carácter permanente pues viene determinado por la duración temporal del derecho y que por otro lado aunque existe división de aprovechamiento no se hace de modo exclusivo pues, salvado el contenido propio del derecho del superficiario, el propietario mantiene facultades de uso y aprovechamiento sobre la porción respecto de la que se constituye el derecho, es forzoso concluir que no estamos ante un supuesto equiparable al previsto legalmente de parcelación... no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce –reales o personales– concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen (vid. arts. 469, 517, 523 y siguientes, 545, 553, 564 y 1.582 del CC y 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. arts. 1261 y 1273 y siguientes del CC, 9-1.º de la LH y 51 del Reglamento Hipotecario)».

No está claro, por tanto, si la verdadera razón de la resolución adoptada se debió a todos o solamente a alguno de los siguientes motivos:

- a) Al concepto de parcelación establecido en la legislación gallega, dado que es la competente para indicar las sometidas a licencia según el artículo 17.2 de la Ley 8/2007 (26.2 del TRLS de 2015); recordemos que tal legislación identifica ese concepto exclusivamente con las divisiones para «urbanizar» o «edificar».
- b) A que el derecho constituido es meramente temporal.

c) A que el propietario del suelo también se reserva aprovechamientos parciales del terreno ocupado por las instalaciones superficiarias.

d) A que el Derecho privado no plantea inconveniente para el establecimiento de derechos reales sobre parte de una finca.

En este sentido parece necesario resumir que la legislación urbanística ha regulado desde sus inicios las parcelaciones, imponiendo que las realizadas en suelos urbanizados se adaptasen a la estructura parcelaria prevista en el planeamiento, y prohibiendo las parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizado; por parcelaciones urbanísticas se han entendido, también tradicionalmente, aquellas que por su estructura y circunstancias pudieran dar lugar a la formación de núcleos de población (las usualmente denominadas «urbanizaciones ilegales»). Con independencia de que podamos estar o no de acuerdo con su contenido, lo cierto es que la legislación urbanística autonómica, así como la estatal actualmente vigente²¹, imponen la necesidad de que las divisiones y segregaciones de terrenos, en tanto van a dar lugar a una nueva configuración parcelaria, se adapten al régimen establecido para las parcelaciones; pero se añade también una relación de actos que se consideran equivalentes a la división o segregación por sus efectos, tales como la formación de comunidad de bienes, o sociedades titulares de un terreno, que distribuyan el uso exclusivo de espacios determinados entre los comuneros o socios.

En la legislación estatal se ha impuesto además a notarios y registradores, al otorgar e inscribir las correspondientes escrituras, el testimonio y verificación de la acreditación documental de las autorizaciones a que pudieran estar sometidos esos actos, de acuerdo con la legislación autonómica aplicable²²; la extensión, por vía legal, de los requisitos para escriturar e inscribir divisiones y segregaciones a esos otros actos de efecto equivalente, tuvo su origen en una acertada doctrina de la DGRN sobre las comunidades con distribución exclusiva de espacios entre los comuneros²³; aunque luego llegara al exceso de aplicar también esos requisitos a la transmisión de cuotas de una comunidad preexistente, sin distribución exclusiva de espacios y siempre que la legislación autonómica aplicable estableciera también para tales comunidades una presunción de parcelación²⁴; pero posteriormente recondujo su doctrina en cuanto a esas comunidades previamente constituidas²⁵.

²¹ Artículo 17.2 de la Ley 8/2007 (26.2 del TRLS de 2015).

²² Actualmente, en el párrafo segundo del artículo 26.2 del TRLS de 2015.

²³ RDGRN de 2-9-2000 (RJ 2000/10196), entre otras muchas.

²⁴ RDGRN de 23-7-2005 (RJ 2005/6873).

²⁵ RDGRN de 24-5-2012 (RJ 2012/7940).

También se excedió la DGRN del tenor literal de la legislación existente al extender la exigencia de control administrativo previo, impuesto para las escrituras, a la inscripción de segregaciones derivadas de sentencia firme²⁶; luego rectificó igualmente este criterio²⁷. Este vaivén puede ser comprensible por la complejidad que plantea adaptar el elaborado Derecho registral a la cada vez más inaprensible, dispersa y un tanto caótica legislación urbanística, pero no por ello deja de ser criticable²⁸.

Lo que resulta con claridad de esos precedentes es que las exigencias legales impuestas a notarios y registradores de acreditar y verificar, respectivamente, la existencia del control administrativo previo, no se entendieron nunca por la DGRN como supuestos excepcionales, aunque fueran restrictivas de las facultades dominicales²⁹ (en el caso concreto, del libre acceso al Registro de la Propiedad). Por eso resulta del todo razonable la duda en cuanto a si también la constitución de derechos reales relacionados con el uso exclusivo de una finca, como pudiera ser el usufructo, o, en el supuesto que nos ocupa, el derecho de superficie, en tanto se refieran solamente a una parte de aquella, podían considerarse como parcelaciones encubiertas, siendo por tanto exigible la acreditación del control administrativo previo.

A nuestro juicio parece que la razón determinante del rechazo a esa asimilación, en el caso que diera lugar a la RDGRN de 16-6-2012 (RJ 2012/10062), fue que, si bien la finalidad del derecho de superficie consistía en realizar edificaciones, al menos entendido el término en el sentido amplio que venimos utilizando e incluso de las construcciones e instalaciones en general, en este supuesto no se trataba de instalaciones destinadas a usos que pudieran dar lugar a

²⁶ RDGRN de 29-4-2003 (RJ 2003/4472).

²⁷ RDGRN de 4-10-2005 (RJ 2005/7284).

²⁸ Para un análisis detallado de todas estas cuestiones puede consultarse nuestro trabajo: LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Legislación urbanística e inscripción registral*, Pamplona, 2009, pp. 97-151.

²⁹ En contraste sorprendente con la doctrina de la propia Dirección General sobre la licencia exigida por esa misma legislación urbanística para inscribir declaraciones de obra nueva; porque incluso habiéndose extendido esta última exigencia expresamente y mediante una norma reglamentaria, como es el RD 1093/1997, a los títulos constitutivos de la Propiedad horizontal que modificaran dicha declaración de obra nueva, la RDGRN de 16-1-2002 (RJ 2002/4587) afirmó que tal reglamento era ilegal en este punto y no debía ser aplicado, todo ello pese a la falta de declaración alguna en tal sentido por la Jurisdicción Contencioso-administrativa (?); lo hizo afirmando también que «*dado el principio de libertad que rige el dominio, las limitaciones al mismo han de resultar de la ley y ser interpretadas restrictivamente*»; es decir, que las exigencias para inscribir declaraciones de obra nueva no podían ser aplicadas a la modificación de las mismas mediante un acto distinto, aunque de efecto equivalente, como es el título constitutivo de la Propiedad horizontal. Ha sido necesario que la Ley 8/2013 diera nueva redacción al artículo 10 de la LPH para terminar con esta curiosa y sostenida tesis de la DGRN, totalmente contradictoria con la que mantenía sobre divisiones y segregaciones.

núcleos de población imprevistos en el planeamiento; creemos que así debe interpretarse la oscura norma autonómica gallega, de acuerdo con la cual se consideran parcelaciones las divisiones para «urbanizar o edificar», una vez considerados los precedentes históricos y legislativos que entroncan con la finalidad perseguida por el Derecho urbanístico y consistente en evitar asentamientos ilegales. Distinto habría de ser el tratamiento del caso, o al menos eso creemos, si se hubiera tratado de la superficie constituida sobre una parte de la finca para la mera instalación de una vivienda prefabricada, que tampoco encajaría en el término «edificación» en su sentido más estricto, pero que sí podría incluirse en un significado más amplio; este supuesto sí tendría que considerarse infracción de la normativa urbanística sobre parcelaciones.

No parece que la posibilidad de constituir derechos reales limitados a una parte de la finca, contemplada por el Derecho Civil e invocada también en la citada RDGRN de 16-6-2012, resulte determinante en estos casos; tal posibilidad debe adaptarse, también en este punto, a la legislación especial promulgada en desarrollo de la función social de la propiedad; tampoco parece ser definitiva, de acuerdo con la propia doctrina de la DGRN, la alusión que hace acerca del carácter meramente temporal de ese derecho de superficie; sobre esta última alegación ha de decirse que la Dirección General admitió que la cesión de participaciones indivisas del usufructo constituido sobre una finca no era división sometida a licencia urbanística, aunque el título constitutivo estableciera que cada usufructuario ejercería su derecho exclusivamente sobre una parte de la finca y que el mismo se transmitiría a los herederos, dentro de los límites del artículo 781 CC «hasta que un cambio normativo permita la división», aunque también ha de considerarse que esa concreción de las cuotas usufructuarias sobre parte de la finca no se inscribió en el caso concreto por entender el citado Centro Directivo que carecía de carácter o trascendencia real³⁰.

Esperamos, con todo, que se haya superado la forma de actuar de algún registro concreto, puesta de manifiesto en la RDGRN de 25-6-1993 (RJ 1993/5324), que admitió el recurso contra la denegación de inscripción de una escritura de declaración de obra nueva de una vivienda unifamiliar, realizada al amparo de un derecho de superficie constituido sobre una parte de la finca; el citado

³⁰ RDGRN de 29-1-2003 (RJ 2003/2201). En LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Legislación urbanística e inscripción...* ob. cit., pp. 141-142, criticamos esta resolución, porque en el caso planteado la falta de trascendencia real del pacto sobre concreción del uso en partes concretas de la finca, y la consecuente solución consistente en no inscribirlo, no evitaba su plena eficacia; porque los únicos terceros que adquirirán el usufructo, al menos hasta el límite de la sustitución fideicomisaria, son los herederos de los usufructuarios, que como tales quedan también obligados a respetar dicho pacto.

derecho había sido inscrito en el Registro, sin la previa segregación de la porción de terreno afectada por tal derecho. La Dirección General entendió que *«de ser la segregación necesaria, ello debería haber sido invocado antes de practicar los asientos registrales referidos y no ahora, cuando ya de ellos se desprende, con la fuerza que otorga el principio de legitimación registral, que a todos los efectos, determinada persona tiene, respecto de la finca a que el folio registral se refiere, el derecho a construir en parte de ella la vivienda unifamiliar contemplada en la escritura»*; parece claro que era necesaria la segregación, al tratarse en este caso de superficie destinada a un uso residencial, pero lo cierto es que para saberlo ha de analizarse la clase de edificación que se permite al superficiario en el título constitutivo del derecho de superficie. El efecto equivalente a una parcelación urbanística, y la consecuente necesidad de la licencia de segregación impuesta por la normativa aplicable, se producirán si la superficie se concede para una edificación que, a través del otorgamiento de otros derechos análogos en otras partes de la finca, pueda dar lugar a un núcleo de población.

3.2.4 Superficie sobre derechos reales limitados de goce: regla y excepciones

a) *El concedente no ha de ser siempre «propietario del suelo»*

Acerca de la cuestión relativa a si el derecho de superficie puede constituirse sobre derechos reales limitados de goce, hemos de comenzar diciendo que algunos de los autores que niegan tal posibilidad se basan, fundamentalmente, en la regulación urbanística del derecho de superficie para edificar; más concretamente en la redacción del artículo 53.2 del vigente TRLS de 2015, igual a la de textos precedentes y según la cual *«el derecho de superficie solo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado»*³¹. Ello nos obliga a aludir aquí a esa cuestión, aunque suponga anticipar otra vez la cita de textos legales que más adelante habremos de analizar con más profundidad.

Lo primero que podemos aducir es que, obviamente, y para quienes no compartan la tesis llamada monista según la cual todo derecho de superficie para edificar está regulado prioritariamente por la legislación urbanística, el argumento solo podría utilizarse

³¹ Sobre esta cuestión y las diferentes posiciones doctrinales, remitimos al cuidadoso resumen efectuado por GARCÍA GARCÍA: «El derecho de superficie», en *Bienes en común*, coordinado por NASARRE AZNAR, Valencia, 2015, pp. 743-745.

en el caso de la superficie con fines edificatorios y a la cual le sea plenamente aplicable la mencionada legislación.

Pero, aparte de no dudar que los mismos autores que recurren a la letra de la legislación urbanística sobre la legitimación activa para constituir superficie admiten la eventual *adquisición a non domino* de tal derecho, al menos cuando se trate de la derivada del titular registral no propietario³², también habríamos de considerar lo peligroso que resulta acudir a interpretaciones literales de las normas urbanísticas que utilizan determinados conceptos civiles, porque no es infrecuente que en las mismas se identifiquen los términos «propietario» y «titular de un derecho», especialmente si se trata de un derecho real³³.

Siguiendo con la redacción del artículo 53.2 del TRLS de 2015, no podemos obviar que no legitima activamente para constituir superficie a cualquier propietario, sino solamente al «propietario del suelo»; una interpretación demasiado ceñida a la terminología utilizada por la norma urbanística impediría la constitución de derechos de superficie por el propietario de edificaciones o partes de las mismas, entrando en flagrante contradicción con lo dispuesto inmediatamente antes, en el artículo 53.1 del propio TRLS de 2015, que admite la superficie sobre edificaciones terminadas (ya que el propietario de una parte del edificio solo sería copropietario del suelo).

Para evitar que se nos diga que la superficie sobre edificaciones terminadas no lo es para edificar, y que por lo tanto la norma de que el concedente de esta última clase de superficie haya de ser dueño del suelo no es contradicha por el régimen de la superficie sobre edificaciones, hemos de destacar que tampoco tendría cabida, en interpretación tan literal, la posibilidad de constituir el derecho de superficie por los titulares de elementos privativos de un edificio, en este último caso para rehabilitarlo o reformarlo (por

³² Como destaca la doctrina en relación con la disposición análoga del artículo 1857.2.º CC, que exige la cualidad de propietario para constituir prenda o hipoteca, pudiendo consultarse, en este sentido y por todos, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, 1999, pp. 58-59; también ROCA SASTRE y ROCA SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario*, VII, Barcelona, 1998, p. 361, o CORDERO LOBATO: *Comentarios al Código Civil*, coordinados por BERCOVITZ, Navarra, 2001, p. 2078, con cita de los anteriores.

³³ El propio CC, en el citado artículo 1.857 y cuando exige que la cosa dada en prenda o hipoteca pertenezca «en propiedad» al que la empeña o hipoteca, no rechaza la prenda o hipoteca de un derecho real limitado, cuya «propiedad» (en el sentido de titularidad) pertenezca a quien la pignora o hipoteca; *mutatis mutandis*, lo mismo podría afirmarse en cuanto al artículo 53.2 TRLS de 2015. El derecho de superficie que grave directamente la propiedad es el que habrá de constituirse por el propietario «sin perjuicio de lo dispuesto en la LH» (que es como tendría que haberse redactado el reiterado artículo 53.2 TRLS); en cualquier caso, la pregunta que seguiría en pie es si el derecho de superficie puede constituirse sobre un derecho real limitado.

ejemplo, convirtiendo un local en vivienda), posibilidad que parece recomendable admitir; sin duda se trata, en estos casos, de derechos de superficie destinados a permitir la «edificación o construcción», por muy rígidos que queramos ser en nuestro apego a la literalidad³⁴.

Además no habría de pasarse por alto la curiosa admisión, por la mismísima Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, aunque sea de modo algo anecdótico, de un derecho de superficie constituido por el titular de una concesión de Dominio Público (no por el dueño del suelo)³⁵.

Por cerrar el catálogo de objeciones al argumento literal, recordaremos que, una vez admitida la difundida corriente partidaria de entender que el vuelo y el subsuelo pueden constituir fincas dotadas de alto grado de independencia³⁶, parece lógico deducir que el propietario de esas fincas pueda otorgar derecho de superficie para realizar las correspondientes edificaciones, a pesar de no ser el «propietario del suelo» al que alude literalmente el artículo 53.2 del TRLS de 2015; quizá también pueda hacerlo el miembro de una comunidad de propietarios de un terreno en la cual se ha incluido el pacto sobre la asignación de edificaciones concretas que cada uno se propone realizar, y que, según la doctrina asumida por la RDGRN de 18-4-1988 (RJ 1988/8002), examinada con anterioridad³⁷, ha dispuesto así válidamente del efecto de la accesión. Por todo lo expuesto, y con el mayor respeto a autores cuya opinión pueda estar mejor fundada que la nuestra, el argumento para negar la constitución de superficie sobre derechos reales limitados ha de basarse en otros criterios; no basta, en modo alguno, con acudir a la redacción literal de un precepto como el reiterado artículo 53.2 del TRLS de 2015, salvo para ampliar aún más la necesidad de sostener la tesis dualista, para lo cual, como veremos, existen otros y sobrados argumentos.

³⁴ Nótese además que el artículo 53.1 TRLS de 2015 dice, tras un punto y seguido situado al final del párrafo referido a la superficie para construir, que «*También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas*»; literalmente interpretado, el precepto no parece autorizar la constitución de derecho de superficie para rehabilitar o mejorar parte de una edificación. Solo parece referirse a la constitución de derecho de superficie sobre edificaciones ya terminadas o partes de las mismas, obviamente también terminadas. O el precepto se reinterpreta, o se añade un elemento más para defender la tesis dualista, o el derecho de superficie no serviría para algo tan frecuente en nuestras fechas como realizar las obras destinadas a convertir locales y naves industriales en los modernos *lofts*, que tanta aceptación están teniendo en el mercado inmobiliario.

³⁵ Se trata de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27-3-1995 (RJ 1995/2542), a la cual aludiremos con mayor detalle en el apartado 3.2.5 de este trabajo.

³⁶ Epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

³⁷ Epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

Mucho mayor entidad podría tener, en esta fase de nuestro estudio y por su evidente naturaleza civil, el alegato de que el derecho de superficie constituye un régimen excepcional respecto al principio de accesión, de manera que solo el propietario tendría legitimación para derogar tal efecto³⁸; pero esta aguda observación tampoco impone que quien constituye directamente el derecho de superficie sea precisamente el propietario del suelo, sino solo que ese acto dispositivo sobre el efecto de la accesión, procedente del citado propietario, se haya producido a favor del concedente de dicha superficie; aunque fuera en un acto jurídico independiente al de constitución de la misma (como sucede en la mayoría de los supuestos que relatamos con anterioridad).

b) *Regla general: no basta la titularidad de cualquier derecho real, aunque sea de goce*

Una cosa es afirmar que el derecho de superficie para edificar no tenga que ser necesariamente otorgado por el propietario «del suelo», pudiendo serlo de edificaciones y partes de las mismas, y otra muy distinta que pueda concederlo el titular de cualquier derecho real limitado; para comenzar, y teniendo en cuenta la finalidad perseguida con el derecho de superficie, esta cuestión solo podría plantearse en relación con derechos reales de goce que atribuyan a su titular facultades edificatorias en relación con un terreno o parte del mismo: se trata, simplemente, de aplicar el principio general de que nadie puede otorgar a otro un derecho que no tiene; pero incluso dándose tal presupuesto la respuesta general ha de ser negativa, al menos por las siguientes razones interrelacionadas entre sí:

1. La constitución de un derecho real limitado, cuando tenga por objeto un terreno, no implica normalmente que el dueño del mismo renuncie a los efectos de la accesión; por tanto tampoco cabría una propiedad separada del «superficiario» que pudiera traer causa del titular del derecho real limitado, de acuerdo con la tesis doctrinal que admitimos en el apartado anterior³⁹.

2. La eventual atribución de algún derecho sobre la edificación por el titular de un derecho real limitado de goce, se produciría sobre la base del citado derecho real, de acuerdo con el principio general plasmado con toda claridad en la propia regulación del usufructo⁴⁰; se trataría de una mera sustitución parcial del conce-

³⁸ GUILARTE: *El derecho de superficie*, 1966, pp. 206-207.

³⁹ GUILARTE: ob. y p. cit.

⁴⁰ El usufructuario solo tiene el derecho que le confiere el artículo 471 CC, y no puede otorgar a otro más derechos que los mencionados en el artículo 480 CC: arrendar la

sionario en el derecho del concedente, y solo en la medida en que dicho derecho de goce se extendiera también a la edificación⁴¹.

3. Tampoco se altera esta regla general por la consideración de que la propiedad de la edificación correspondería provisionalmente al pretendido superficiario, si tuviera la consideración de constructor de buena fe en suelo ajeno y de acuerdo con la mejor interpretación de lo dispuesto en el artículo 361 CC⁴²; porque, aunque el citado precepto fuera aplicable en el caso concreto⁴³, la atribución de esa propiedad al edificante no traería causa del título constitutivo otorgado por el titular de un derecho de goce, sino por ministerio de la ley.

c) *Eventuales excepciones: la constitución de superficie para edificar por los titulares de derechos de vuelo o subsuelo de un edificio y la subsuperficie*

Creemos que ambos casos pueden considerarse como excepciones a la regla general, anteriormente defendida, según la cual los titulares de derechos reales de goce no pueden constituir superficie a favor de terceros; siempre, claro está, que en el título constitutivo de tales derechos el propietario no lo haya prohibido, o bien que de la interpretación del mencionado título no pueda deducirse la relevancia causal que tuvieron las circunstancias personales de sus titulares. Aunque la complejidad de las situaciones que ahora contemplamos reducirán su aplicación, muy probablemente, a casos de laboratorio, parece conveniente que nos refiramos, aunque sea de manera superficial, a su eventual viabilidad⁴⁴. Tratándose

cosa a otro y enajenar a otro su derecho de usufructo (también parcialmente, porque quien puede lo más puede lo menos).

⁴¹ Como destaca muy acertadamente, en alusión expresa a la superficie que pretendiera conceder el enfiteuta DE LA IGLESIA MONJE: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Madrid, 2000, p. 200.

⁴² Díez-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general. Vol. III, tomo I*, Madrid, 2012, p. 159.

⁴³ La doctrina entiende que la normativa sobre la edificación en suelo ajeno, así como la propiedad separada del edificante que transitoriamente pudiera derivarse de ella, no resulta aplicable cuando la actuación se realizó al amparo de una relación jurídica previa en que hubieran intervenido el dueño del suelo y el edificante, manifestándose en tal sentido, por poner solamente algún ejemplo, Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general. Vol. III, tomo I*, Madrid, 2012, p. 159, y ORDÁS ALONSO, *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 195. No obstante en el caso planteado no existe esa relación entre propietario y edificante, aunque ambos tengan relaciones jurídicas distintas con el concedente del pretendido derecho de superficie.

⁴⁴ Tampoco deben confundirse los supuestos a que ahora nos referimos con la eventual existencia de propiedad separada del vuelo o del subsuelo de un terreno, que son los casos analizados en el epígrafe 3.2.2 de este trabajo, ya que en ellos el otorgamiento de superficie lo sería por el propietario de dichos espacios.

del titular de un derecho real que tenga por objeto inmediato el vuelo o el subsuelo de un edificio, no encontramos razones de peso para impedir que pueda otorgar un derecho de superficie con el fin de que sea el superficiario quien sobreleve o subedifique, manteniendo temporalmente la propiedad de las correspondientes construcciones; muy al contrario, tal posibilidad resultaría plenamente conforme con el principio de obtener el máximo rendimiento económico de los bienes inmuebles, posibilitando la efectiva materialización de tales edificaciones aunque el titular del derecho real de vuelo carezca de medios económicos para realizarlas por sí mismo. Tampoco podría alegarse que solo el dueño del suelo puede disponer del principio o derecho de accesión⁴⁵; dicho acto se habría producido ya, con la propia concesión del derecho de vuelo o subsuelo del edificio.

Podría alegarse que en estos casos se trata también de derechos de superficie otorgados por el propietario, ya que el titular del derecho de vuelo o subsuelo de un edificio reúne tal condición, en tanto las edificaciones están llamadas a ser de su propiedad exclusiva, en el marco de un régimen de propiedad horizontal preexistente o proyectado; pero bajo nuestro punto de vista esa propiedad privativa solo existirá cuando la sobreelevación o subedificación haya sido efectivamente materializada, en los términos previstos en el título constitutivo del correspondiente derecho, y atribuida al titular del derecho de vuelo o subsuelo (o, en el caso que estamos planteando, al superficiario).

En cuanto a la subsuperficie, o derecho de superficie constituido sobre la base de otro derecho de superficie⁴⁶, podemos encontrar algún apoyo jurídico para su viabilidad en la genérica posibilidad de que el derecho de superficie puede ser objeto de gravamen «con las limitaciones fijadas al constituirlo», aunque tal previsión se contenga en una legislación urbanística cuyo ámbito de aplicación es discutible, como veremos con más detalle en epígrafes sucesivos; en cualquier caso dicho precepto tampoco añade demasiado a la genérica admisión por el Código Civil de la disponibilidad de todos los derechos subjetivos no personalísimos⁴⁷.

⁴⁵ Según opinión expuesta anteriormente de GUILARTE: *El derecho de superficie*, ob. cit., pp. 206-207.

⁴⁶ Un excelente resumen del estado de la cuestión y de las opiniones doctrinales puede consultarse en VILALTA NICUESA, *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Barcelona, 2008, pp. 172 a 174.

⁴⁷ Concretamente, y según el apartado 1 del artículo 41 del vigente TRLS de 2015: «El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo». Por su parte, y como es sabido, el artículo 1112 CC establece que «Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario».

Tratando de profundizar un poco, y entre esos límites tan genéricamente invocados por la citada legislación urbanística, nos encontraríamos en primer lugar con los derivados de la aplicación de los principios generales del derecho, considerados fuente del ordenamiento jurídico por el artículo 1.º CC; en cuanto al propio objeto de la subsuperficie, y a las facultades atribuidas al subsuperficiario, habría de aplicarse también ahora la regla según la cual nadie puede transmitir a otro derechos que no tiene (salvo lo dispuesto en la Ley Hipotecaria)⁴⁸. Tratándose de derechos reales sobre cosas ajenas que no suponen una transmisión general de utilidades, resultará también especialmente relevante el principio de libertad del dominio, entendido aquí en el sentido de que las facultades del superficiario transmisibles al subsuperficiario, en tanto reducen el poder que normalmente corresponde al dueño, nunca deberán ser objeto de interpretación extensiva, sino más bien restrictiva⁴⁹.

Estas coordenadas constituyen los primeros límites o limitaciones que han de entenderse vigentes al constituir un derecho de subsuperficie: ni puede constituirse sobre un objeto «ampliado» en cuanto al propio de la superficie, ni por más tiempo, ni que tenga como finalidad la realización de edificaciones cualitativamente distintas, o cuantitativamente mayores, de las contempladas en el título constitutivo del derecho de superficie sobre el cual se asienta⁵⁰.

⁴⁸ Coincidimos plenamente con VILALTA NICUESA, *El derecho de superficie...*, cit., p. 173.

⁴⁹ El principio de libertad del dominio se utilizó, en la clásica STS de 9-11-1965 (ROJ: STS 3241/1965), para decidir si las expresiones utilizadas en un contrato podían interpretarse en el sentido de constituir un derecho real o una mera obligación personal (que en el caso era de no competencia), inclinando al TS hacia la mera obligación; esa función, consistente en decidir si existen o no derechos reales a favor de terceros, es reiterada en la jurisprudencia relativa al ejercicio de acciones negatorias como fundamento para imponer al demandado la carga de la prueba de su derecho, cuando la propiedad ha sido demostrada por el demandante; la doctrina también suele aludir más frecuentemente a esa faceta del principio de libertad del dominio. Sin embargo ALBALADEJO, *Derecho Civil III, Derecho de bienes, volumen II*, Barcelona, 1994, p. 102, en referencia expresa al derecho real de servidumbre pero que entendemos aplicable a los derechos reales que, como parece también el caso de la superficie, no tengan alcance general, deja traslucir claramente otra faceta de este principio, afirmando, con apoyo jurisprudencial, que «*Como se trata de una limitación que reduce el poder que normalmente corresponde al dueño sobre su cosa, constituye una excepción al caso general, que es el de ser libre la propiedad (es decir, carecer de gravámenes). Por ello si el dueño sirviente lo niega, la servidumbre ha de probarse por quien la alega. Con base en la misma razón hay que entender que son de interpretación restrictiva, tanto las disposiciones legales relativas a servidumbres como los negocios jurídicos que las establecen. Es decir, en un caso y en otro, en la duda, hay que inclinarse por el menor alcance del texto que establezca el gravamen y la menor extensión de este*» (el subrayado es nuestro).

⁵⁰ Por poner un ejemplo, creemos que en el caso que fuera objeto de la RDGRN de 15-2-2012 (RJ 2012/5948), narrada en el epígrafe 3.2.3 de este trabajo, si las naves sobre las cuales se pretendían instalar las placas fotovoltaicas hubieran sido construidas sobre la base de un derecho de superficie y el derecho para instalar las placas se otorgara a un tercero que las incorporase a una actividad consistente en la producción de energía eléctrica, no sería el superficiario dueño de las naves quien vendría legitimado para conceder subsuperficie a dicho tercero, sino el propietario del suelo, quien podría otorgar otro derecho de superficie para instalar las reitera-

Además de los límites y limitaciones genéricos, citados en los epígrafes anteriores, la subsuperficie añadirá una nueva perspectiva a los problemas relativos a la concreta definición de los deberes y derechos del propietario y del superficiario, carentes de suficiente concreción legal y que habrían de integrarse atendiendo al título constitutivo del derecho y a su causa concreta; dicho más claramente, tendremos que buscar las reglas aplicables a la posición del subsuperficiario en relación con esos derechos y deberes que vinculan al propietario y al superficiario. Quizá la respuesta a estos problemas, ante la evidente laguna legislativa, consistiría en aplicar análogicamente las normas previstas para supuestos similares, o quizá la propia remisión legal indirecta que se deriva de los artículos 1611 y 1655 CC; en este último sentido, y tratándose de derechos de superficie constituidos por tiempo limitado, la aplicación de las disposiciones sobre el contrato de arrendamiento contenidas en el Código Civil nos llevarían a asimilar, a estos meros efectos, la subsuperficie y el subarriendo, permitiendo al superficiario constituir subsuperficie, salvo disposición expresa en contrario, y quedando también obligado el subsuperficiario a favor del propietario por el uso y conservación de la edificación superficiaria, en los términos pactados entre propietario y superficiario, así como por las contraprestaciones que se encontrara debiendo el superficiario al tiempo del requerimiento; todo ello habría de entenderse sin perjuicio de la responsabilidad directa que incumbe al citado superficiario, de acuerdo con la aplicación, *mutatis mutandis*, de lo establecido en los artículos 1550 a 1552 CC⁵¹. A solución similar se llegaría, al menos en cuanto al deterioro de la edificación superficiaria, de aplicar la regla contenida en el artículo 498 CC, que hace responder del mismo al usufructua-

das placas; siempre, claro está, que no perjudicara el derecho de superficie concedido al dueño de las naves (aplicación análogica del artículo 489 CC para el usufructo). Otra cosa es que se tratase de placas meramente accesorias de las referidas naves y destinadas a mejorar la eficiencia energética de las mismas, en cuyo caso la facultad de que el superficiario las instalara podría entenderse incluida en el derecho de superficie relativo a las propias naves.

⁵¹ En cuanto a la constitución de subsuperficie antes de que se realice la edificación, habría que considerar, según exponemos, cuál era la causa del derecho de superficie constituido, con el fin de determinar si la edificación se realizaría en exclusivo interés del superficiario (como sucede normalmente en el caso de la superficie para la instalación de placas de energía solar o «huertos solares»), o si también el propietario concedente tiene interés en dicha edificación (como sucede en el caso general de superficie para edificación de viviendas, locales u oficinas, cuando el tiempo de duración de la superficie, considerado junto con la atribución de las edificaciones al propietario al cumplirse el citado término, permite deducir el mencionado interés). Si la edificación interesaba también al dueño concedente, y las condiciones personales del superficiario no fueron determinantes, los elementos de contrato de obra existentes en tal derecho de superficie permitirían entender que el superficiario puede constituir subsuperficie, de modo que sea el subsuperficiario quien realice la edificación; pero también que el superficiario respondería frente al concedente del derecho de superficie de la actuación del subsuperficiario, en cuanto persona que ocupó en la obra y por aplicación del artículo 1596 CC, *mutatis mutandis*.

rio frente al nudo propietario en caso de enajenación del usufructo, sin perjuicio de la responsabilidad de la persona que le sustituyera.

Ahora bien, respondiendo el título constitutivo del derecho de superficie a causas muy diversas, a menudo complejas, y no pudiendo en modo alguno reconducirse al modelo unívoco contemplado en la legislación urbanística, creemos que nunca podrá hablarse de unos efectos uniformes derivados de la constitución de subsuperficie, ni de la propia posibilidad de constituir la en un caso concreto, sin atender a una cuestión tan fundamental como el análisis del también concreto título constitutivo, otorgando siempre preeminencia a su articulado y a la finalidad práctica perseguida por los intervinientes; bastaría, por ejemplo, que el propietario no tuviera interés alguno en adquirir la edificación superficiaria al extinguirse la duración de la superficie, para que el deterioro debido a culpa o dolo, ya sea suya o del subsuperficiario, no otorgara acción alguna al propietario frente a ninguno de ellos⁵².

3.2.5 La superficie y el dominio público

Sabíamos que sobre un bien de dominio público no cabe la constitución de derechos reales civiles, sino que el otorgamiento del uso privativo de estos bienes a particulares solo resulta posible mediante derechos reales de naturaleza especial jurídico-administrativa, cuya fuente cualificada es la concesión, aunque en casos un tanto excepcionales puedan también establecerse directamente por la ley, u obtenerse por prescripción⁵³.

⁵² Tratándose de una figura tan próxima a la superficie para edificar como la del arrendamiento *ad meliorandum* o *ad aedificandum*, el interesante caso objeto de la STS de 14-4-1998 (RJ 1998/2145) nos presenta un buen ejemplo de cómo los contratos, ya sean títulos constitutivos de un derecho real o se limiten a establecer una relación obligatoria, suelen apartarse de la causa típica para incluir causas mixtas o complejas; en el supuesto objeto de dicha resolución se había cedido el uso de unas fincas en una de las islas Cíes, a cambio de que el cesionario transformara una edificación ruinoso situada allí en un bar restaurante, encargándose ulteriormente de su explotación sin abonar al cedente cantidad alguna; el problema era que no se había fijado plazo para el uso cedido, pidiendo los herederos del cedente la restitución de las fincas por estimarlo cumplido. Como destacó agudamente FENOY PICÓN, en su comentario a la citada resolución judicial, en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, septiembre-diciembre de 1998, pp. 1075-1096, interpretando la alusión hecha por el TS y que se refería a la existencia de cierta «onerosidad asimétrica» en el contrato, no se trataba solamente de ceder el uso temporal de las fincas a cambio de que el cesionario rehabilitara la edificación ruinoso, reintegrándose de su inversión con la explotación temporal del bar-restaurante (lo cual nos habría situado en el esquema causal característico del arrendamiento *ad meliorandum*), sino que la propia prestación del servicio de bar-restaurante por el cesionario (y la consiguiente rehabilitación) se constituían en obligaciones destinadas a hacer más atractiva la isla para el turismo, incrementando así los pasajeros de los barcos que realizaban el trayecto a la isla y que, a su vez, eran propiedad de una sociedad de la cual era socio mayoritario el cedente.

⁵³ Como destaca GONZÁLEZ PÉREZ, en *Los derechos reales administrativos*, 2.ª edición, Madrid, 1984, pp. 34-35 y 57-62, principalmente.

También sabíamos, o creíamos saber, que el régimen legal de esos derechos reales sobre dominio público se caracteriza porque el titular de ese dominio no es un mero propietario, sino una persona jurídica que interviene en una posición «exorbitante del Derecho común»⁵⁴, asistida, consecuentemente, por una serie de facultades dispositivas sobre el propio derecho real limitado que son incompatibles con el régimen derivado del Derecho civil⁵⁵; es decir, que entre la concesión entendida como un derecho real administrativo, y los derechos reales civiles en general, incluido obviamente el derecho de superficie, existe un verdadero abismo normativo.

La jurisprudencia Contencioso-administrativa ha mantenido, como lógica consecuencia y en una línea que podemos considerar mayoritaria, que no cabe constituir derechos de superficie sobre un bien de dominio público; sin embargo, y aunque fuera para considerar al superficiario sujeto pasivo del Impuesto de construcciones, instalaciones y obras, ha llegado a admitir la constitución de derecho de superficie sobre una concesión administrativa para uso privativo del dominio público⁵⁶.

Conviene además recordar la eventualidad aludida en el epígrafe 3.2.2 de este trabajo, relativa a la posibilidad jurídica de superposición entre esas instituciones tan distintas en nuestra tradición jurídica, y más en concreto del dominio público del vuelo y la pro-

⁵⁴ GONZÁLEZ PÉREZ, en *Los derechos reales administrativos*, cit., p. 37.

⁵⁵ Sin embargo lo definitivo es que la concesión esté efectivamente gravando el dominio público, pues si se pretendiera establecer sobre un bien patrimonial de la Administración, y con independencia de la denominación que le dieran las partes y de los problemas derivados del procedimiento elegido para su adjudicación, tendría la naturaleza de un derecho real civil; al menos eso es lo que parece derivarse de la RDGRN de 16-7-2002 (RJ 2002/9317), recaída en un supuesto en el cual el Ayuntamiento de Aranjuez y una sociedad otorgaron escritura de elevación a público de contrato de concesión administrativa de cesión de derechos y autorización para edificar sobre el edificio Palacio de Godoy, con el fin de proceder a su rehabilitación y explotación como hotel, mediante el pago por la sociedad de un canon del 10% del valor catastral de la finca durante 55 años. La Registradora denegó la inscripción, por entender que la concesión ha de recaer sobre bienes de Dominio Público, no sobre inmuebles patrimoniales de la Administración; la DGRN, sin embargo, estimó el recurso, por entender que «Nuestro sistema registral establece el sistema de «*numerus apertus*» para la constitución de derechos reales, siendo inscribibles los derechos que son reales aunque no sean típicos o nominados... el derecho configurado tiene todas las características que permiten su inscripción... no siendo relevante la denominación que las partes den al contrato si los derechos y obligaciones de ambas están correctamente establecidos».

⁵⁶ Se trata de la curiosa STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27-3-1995 (RJ 1995/2542), aludida con anterioridad. Pese a la reiterada declaración sobre la imposibilidad de constituir derecho de superficie sobre bienes de dominio público, hecha por la propia Jurisdicción contenciosa, en la citada resolución se rechaza que tal imposibilidad incluya la constitución de tal derecho sobre una concesión administrativa para el uso privativo de dichos bienes; en el caso concreto se trataba de la liquidación del ICIO correspondiente a la edificación de un Centro de Acogida por la empresa «superficiaria», en unos terrenos de la zona de servicio del Puerto de Santander, cedidos por el Estado mediante concesión administrativa a la Diputación de Cantabria. La empresa constructora alegaba que la propietaria de la edificación, y por tanto sujeto pasivo del impuesto municipal, era la citada Diputación Regional, pero el TS entendió que lo era la reiterada empresa en virtud del derecho de superficie constituido.

piedad privada del subsuelo bajo la figura del complejo inmobiliario; como también dijimos, tal posibilidad se inició en la doctrina de la DGRN y ha pasado al artículo 17.4 del vigente TRLS. En este nuevo esquema legal, y dando por supuesta una eventual desafectación previa de la edificación superficiaria, la pregunta es si cabe seguir manteniendo la imposibilidad de que se constituya derecho de superficie sobre una finca de dominio público, mientras se admite la eventual existencia de propiedad privada y perpetua del suelo o subsuelo de dicha finca, y por tanto de las edificaciones realizadas en dichos espacios (ya se sabe: «quien puede lo más...»).

3.3 EL DERECHO CIVIL Y LA TEMPORALIDAD DE LA SUPERFICIE

3.3.1. **La perpetuidad «impropia», en tanto referida a la edificación superficiaria**

La limitación temporal es, como luego veremos, un aspecto esencial de la legislación urbanística relativa al derecho de superficie; pero la cuestión no es tan clara desde la perspectiva del Derecho privado, donde continúa siendo objeto de debate la viabilidad de un derecho de superficie perpetuo; existiendo dudas acerca de la existencia de una modalidad del derecho de superficie para edificar que no se rija por la legislación urbanística, o al menos que no considere la totalidad de esa legislación como norma imperativa (cuestión que volvemos a diferir para más adelante), esta cuestión merece ser mínimamente abordada.

Como ya vimos, el párrafo tercero del artículo 1611 CC asimila el derecho de superficie a derechos reales tendencialmente perpetuos, como los foros y subforos; por su parte el reenvío contenido en el párrafo primero del artículo 1655 CC, en cuanto a la regulación de estos derechos, distingue entre los constituidos por tiempo indefinido y los temporales. Parece que el legislador estaba identificando en esos preceptos los conceptos de «perpetuidad» y «tiempo indefinido», y por ello resulta también plenamente comprensible que un sector doctrinal los asimile para defender la posibilidad de constituir derechos de superficie perpetuos⁵⁷.

⁵⁷ Así, FUENTES LOJO, en «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», *RJC*, 1967, p. 578. También VILALTA NICUESA, en *El derecho de Superficie. La superficie rústica*, ob. cit., pp. 182-185, se inclina por admitir la perpetuidad del derecho de superficie constituido según las reglas del Derecho Civil, aunque la citada autora (como monista coherente) limite sus conclusiones en este aspecto a la superficie rústica, que tiene por objeto sembrar o plantar, citando como argumento adicional la admisión de tal posibilidad en algunas normas de Derecho comparado.

Pero si aplicáramos la perpetuidad al derecho de superficie para edificar, tendríamos que incluir entre las facultades del superficiario la de reedificar sucesiva e indefinidamente, cada vez que la edificación superficiaria desapareciera o se arruinase como consecuencia inexorable del paso del tiempo y de la finitud de toda obra humana; como lo que se puede edificar depende, a su vez, del planeamiento vigente en cada momento, la superficie perpetua podría exigir también una notable indefinición de las características de la edificación superficiaria, o al menos la previsión de una respuesta para el caso de que el citado planeamiento hiciera imposible volver a construir la misma edificación descrita en el título constitutivo del derecho; con ello se deja entrever la existencia de un derecho de superficie para una edificación concreta, y otro referido a «lo que se pueda edificar en cada momento», sin saber si esta última modalidad sería compatible con las exigencias del principio de especialidad, vigente en materia de derechos reales limitados.

Si estas cuestiones no han planteado problemas es, sin duda, porque en la práctica se establecen plazos para edificar y también para mantener la propiedad de la edificación superficiaria, aunque se trate de hábitos un tanto «forzados», dirigidos a cumplir las exigencias impuestas por el Reglamento Hipotecario para la inscripción del derecho de superficie (como veremos después). También al hecho insoslayable de que, en gran parte de los supuestos, la superficie para edificar perpetua agotaría todo el contenido de la propiedad (incidiendo así en el otro límite que inmediatamente abordaremos), o bien de que existe el molde del complejo inmobiliario como alternativa ventajosa para obtener una finalidad análoga al de una superficie perpetua, consiguiendo que el vuelo y el subsuelo del terreno constituyan fincas privativas independientes (aunque esta alternativa pueda plantear los mismos problemas en el caso de tener que reedificar solo en uno de esos espacios, existiendo interdependencia arquitectónica con la construcción existente en el otro).

Pero volviendo a nuestro derecho de superficie, lo cierto es que sin esa facultad perpetua de reedificar nunca podría hablarse de perpetuidad en sentido propio, sino como máximo limitada a la duración de la edificación superficiaria; tampoco resulta extraña esta oscuridad conceptual entre los autores, dada la creciente tendencia a identificar y confundir el único objeto inmueble permanente, que es el suelo o inmueble por naturaleza, con las edificaciones, cuyo carácter meramente temporal y transitorio se ignora demasiado a menudo (aunque sucesos como el incendio del edificio Windsor, en Madrid, nos saque ocasionalmente de ese sopor).

De admitirse que, en la superficie para edificar, la perpetuidad se refiere exclusivamente a la edificación superficiaria, deberíamos

referirnos más bien a un derecho sometido a término incierto de extinción, resultando preferible calificar su duración de indefinida; el mismo Código Civil Portugués, pese a su carácter relativamente reciente, deja traslucir la misma duda que estamos denunciando, al considerar que el derecho de superficie consiste en la facultad de construir o mantener perpetua o temporalmente una obra⁵⁸, incurriendo con ello en evidente imprecisión; porque la perpetuidad no puede predicarse en modo alguno ni de la actividad de construir, que tendrá un límite temporal entre el inicio y la finalización de la obra, ni de su mantenimiento, que también tendrá un final llegada la hora de su destrucción o declaración de ruina.

Para recuperar el necesario rigor, nuevamente hemos de echar la vista atrás y volver a los más clásicos cultivadores del Derecho Hipotecario, que parecían diferenciar mejor entre la perpetuidad en sentido propio y la que se refiere a todo el tiempo de duración de la edificación superficiaria, considerando este último caso como un supuesto de superficie de duración indefinida, al destacar que cuando se tratase de superficie para edificaciones de gran duración (como iglesias o edificios públicos), el plazo sería indefinido y se prolongaría mientras los edificios sirvieran para el fin a que se destinasen⁵⁹.

3.3.2 **La perpetuidad en sentido propio y el censo enfiteútico como eventual marco jurídico**

a) *Superficie perpetua que agota la utilidad del suelo*

Cuando el derecho de superficie para edificar agote toda la utilidad del suelo, habremos de considerar que la perpetuidad en sentido propio, a la cual hemos aludido con anterioridad y que necesariamente habría de incluir el derecho a reedificar cuantas veces fuera preciso o lo estimase oportuno el superficiario, sería un derecho enormemente asimilable a la propiedad de aquel; en realidad limitaría tan intensamente las facultades del *dominus soli*, que el residuo atribuido a este último no merecería la consideración de derecho de propiedad desde la perspectiva del Código Civil⁶⁰.

⁵⁸ Artículo 1524 del Citado Código Civil portugués. En dicho texto la perpetuidad parece referirse a la configuración normal del propio derecho, salvo si hubiera sido establecido por tiempo determinado, resultando coherente el otorgamiento al superficiario del derecho a reedificar en caso de destrucción de la edificación superficiaria (artículo 1536.1.b) del propio Código citado).

⁵⁹ GONZÁLEZ: «El derecho real de superficie», *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1992, p. 270.

⁶⁰ Como dijimos en LÓPEZ FERNÁNDEZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 141, haciendo referencia al carácter abstracto del derecho de propiedad: «este carácter de abstracción ha de tener un límite, por-

Lo cierto es que el derecho residual del propietario concedente se habría convertido en un cascarón vacío que, además de haber quedado desnaturalizado como genuino derecho de propiedad, permanecería privado de cualquier contenido útil para proteger los intereses del dueño del inmueble; recordemos además que los términos que estamos utilizando se corresponden perfectamente con la doble vía utilizada por el Tribunal Constitucional, en su clásica STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11), para determinar cuándo se habrá de entender afectado el contenido esencial del derecho de propiedad por la legislación que delimite su contenido, produciéndose así la consiguiente infracción de la tutela constitucional garantizada por el artículo 53 CE. Si ese «núcleo duro» ha de resultar intangible para el legislador, tampoco parece admisible que se permita su afectación por los particulares en uso de la autonomía de la voluntad que la propia ley les otorga, y por ello creemos que la imposibilidad de admitir una superficie perpetua, en estos supuestos de agotamiento de toda la utilidad del propietario, es un lugar común para todos los sectores del ordenamiento jurídico.

En todo caso, una de las alternativas para apoyar estos derechos de superficie perpetuos consistiría en su asimilación al censo enfiteutico, al amparo de lo dispuesto en el artículo 1655 CC, en relación con el 1611 párrafo 3.º del propio texto citado; claro que en el título constitutivo debería constar, bajo pena de nulidad, el valor de la finca a efectos de una eventual redención por el enfiteuta, como dispone el artículo 1629 CC; no obstante, aunque admitiéramos el uso de la enfiteusis en particular, y de los censos en general, con fines edificatorios, parece que el derecho así constituido sería una figura mixta y, en cualquier caso, una alternativa más que el Derecho pone a disposición de los particulares para la autorregulación de sus intereses (si admitimos el sistema de número abierto de derechos reales de goce)⁶¹.

b) *Superficie perpetua que no agota la utilidad del suelo*

El agotamiento de toda la utilidad del suelo por el derecho de superficie, como límite a la perpetuidad que destacamos en el apar-

que no parece que la propiedad sea compatible con el vaciamiento perpetuo de todas las facultades atribuidas a su titular. Las servidumbres pueden ser perpetuas (art. 546.4.º CC interpretado sensu contrario), pero no agotan la utilidad del fundo sirviente, mientras que el usufructo atribuye al usufructuario prácticamente todas las utilidades del bien, y por eso mismo está sometido a límites temporales (arts. 513 y 515 CC)». Entendemos que esta afirmación resulta aplicable a todo derecho real «de amplio espectro», como lo sería un derecho de superficie para edificar que absorbiera todas las utilidades de la finca con carácter perpetuo.

⁶¹ Recordemos, nuevamente, la posibilidad alternativa de separación perpetua del suelo y del subsuelo, bajo el esquema del complejo inmobiliario, a la cual nos referimos en el apartado 3.2.2 de este trabajo.

tado anterior, no se produciría cuando se tratase de la superficie dirigida a realizar y mantener edificaciones en una parte determinada de la finca, aludida con anterioridad en este trabajo⁶²; tampoco si el derecho de superficie se extendiera a la totalidad del terreno pero no afectase más que a alguna de sus utilidades (como la superficie otorgada a una empresa eléctrica para instalar placas solares sobre las edificaciones construidas o por construir por el dueño de ese suelo, pero sin constituir derecho de vuelo). En casos como los mencionados podría admitirse el carácter perpetuo en sentido propio de la superficie, aunque nuevamente estaríamos ante un título constitutivo con causa mixta, a mitad de camino entre la superficie y el derecho real de servidumbre, en el cual se ha querido dejar clara la cuestión relativa a la propiedad de los elementos inmovilizados mediante la correspondiente instalación, para el caso de embargos o ejecuciones hipotecarias dirigidas contra el dueño del suelo⁶³.

Parece obvio que la viabilidad de las servidumbres perpetuas, así como la general admisión de los derechos reales atípicos de goce, o al menos de la posibilidad de adaptar los tipos legalmente establecidos, constituiría un apoyo adicional para estos derechos de superficie, cuando el interés de las partes les indujera a constituirlos de tal modo; siempre, claro está, que nos orientemos hacia la tesis dualista de la superficie para edificar, y no se trate de un supuesto de aplicación necesaria de la legislación urbanística.

4. EL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

4.1 ORIGEN Y OBJETIVOS DE LA REGULACIÓN URBANÍSTICA DE LA SUPERFICIE PARA EDIFICAR

El Derecho de superficie para edificar se contemplaba en el Título IV de la Ley de 12 de mayo de 1956 sobre régimen del suelo y ordenación urbana, denominado «Ejercicio de las facultades rela-

⁶² Supuestos a los que aludimos en el epígrafe 3.2.3 de este trabajo.

⁶³ Las figuras que estamos relacionando se aproximan también a la comunidad con distribución exclusiva del uso de espacios determinados y al complejo inmobiliario; pero la grandeza de la «ingeniería de derechos reales» consiste precisamente en esa variedad del ámbito de elección, para que el instrumento jurídico elegido se ajuste a los intereses de las partes; bastaría con que apareciera un tesoro oculto en el subsuelo, para que las reglas sobre atribución de su propiedad al dueño del lugar en que se encontraba nos pusieran de manifiesto las profundas diferencias entre todos esos supuestos aparentemente similares: si hay comunidad en cuanto al suelo, el tesoro pertenece a los comuneros, sin que la distribución del uso de espacios influya en ello; si se trata de complejo inmobiliario, y el espacio subterráneo es elemento privativo de uno de los propietarios, a ese corresponderá el tesoro en exclusiva; y si se trata de derecho de superficie, al dueño del suelo.

tivas al uso y edificación del suelo», y más concretamente en los artículos 157 a 161, que configuraban la sección tercera del capítulo I del citado título, llamado significativamente «Fomento de la edificación»; el apartado V de la Exposición de Motivos de la mencionada norma decía, en relación con el derecho de superficie, que *«El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos: basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación en edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por Entidades públicas y por particulares»*.

También resulta de suma utilidad, para comprender los motivos por los que se establecía una regulación del derecho de superficie en la legislación urbanística, el apartado VIII de la Ley 19/1975, de 2 de mayo, de Reforma de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, según el cual: *«A cambio de una limitación temporal en el uso de los terrenos se obtienen éstos a un menor coste, con lo que se reduce el volumen inicial de recursos necesarios en el sector inmobiliario o en otras actividades productivas para atender a las necesidades de la demanda. Representa también un 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. La promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler pueden encontrar en el derecho de superficie un complemento de gran interés.»*

Como puede observarse, se trataba de establecer un mecanismo jurídico que permitiera la cooperación entre los propietarios de terrenos y los promotores inmobiliarios para la satisfacción de tres objetivos fundamentales:

1. Reducir los costes de la promoción inmobiliaria, puesto que el precio de obtener un derecho temporal sobre ellos habría de ser menor que el de adquirir su propiedad.
2. Abaratar el precio de las edificaciones, como consecuencia de la mencionada reducción de costes para el promotor y también de la disminución de la demanda, derivándose esta última del menor atractivo que tendría una propiedad meramente temporal como instrumento para la especulación.
3. Facilitar la posibilidad de que los propietarios del suelo lo pusieran a disposición de los promotores sin renunciar a su recupe-

ración futura, y con ella a las plusvalías que en esos momentos generaba la propiedad inmobiliaria⁶⁴.

Resulta necesario destacar que se trataba de utilizar el derecho de superficie para complementar «la promoción industrial y el fomento de las viviendas en alquiler», con lo cual parece que las edificaciones en que estaba pensando el legislador eran viviendas y naves industriales. Se pensaba, por tanto, en edificaciones de larga duración y que se realizarían en terrenos cuya exclusiva finalidad consistiría en servirles de soporte, agotándose así toda su utilidad. También resulta claro, por último, que la Ley pretendía facilitar la actuación del promotor inmobiliario, cuyo beneficio se obtiene mediante la directa comercialización de las edificaciones resultantes; no se previó para la realización de construcciones meramente accesorias de otras actividades empresariales, que solo contribuirían de manera indirecta, junto con otros factores productivos y en escasa proporción respecto al conjunto de ellos, a la obtención del correspondiente lucro (cosa que, como luego veremos, puede tener importancia en cuanto al otorgamiento tácito al superficiario del derecho a reedificar).

En cuanto a su régimen jurídico concreto, debemos destacar que la ley de 1956 ya consagraba el carácter imperativo de todas sus normas relativas al derecho de superficie, situando el título constitutivo y el Derecho privado en un plano subordinado⁶⁵; imponía también el deber del superficiario de construir «en el plazo y del modo que se hubiese señalado», sin que aquél plazo pudiera exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por personas públicas; la infracción de dicho deber provocaría «siempre» la extinción del derecho de superficie.

Parecía por tanto presupuesta la existencia de un plazo para edificar en el título constitutivo (aunque esa necesidad se estableciera indirectamente), siendo tal imposición absolutamente ajena al Derecho civil; pero también era cierto que el límite máximo de ese plazo solo operaba en la superficie otorgada por personas públicas,

⁶⁴ Los tres objetivos tomaban como presupuesto implícito el carácter temporal de la propiedad del superficiario sobre la edificación, cosa que además quedaba clara en la Ley del Suelo de 1956, al afirmarse la extinción de ese derecho por el transcurso del plazo que se hubiere determinado; sin embargo, en esta primera versión legislativa, solo se fijaba el plazo máximo en caso de otorgamiento por administraciones públicas, quedando indeterminado el plazo máximo que pudiera establecerse en el constituido entre particulares. En efecto, el artículo 161.1 de la Ley del Suelo de 1956 establecía 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*». Otra cosa es que, como veremos, el desarrollo llevado a cabo por el Reglamento Hipotecario impusiera ese plazo máximo para inscribir cualquier derecho de superficie, en un ejemplo más de la «extralimitación» a que son propensos estos texto reglamentarios.

⁶⁵ Artículo 157.3 de la Ley del suelo de 1956.

de manera que, al menos hipotéticamente, el plazo para edificar de la superficie constituida entre particulares podía extenderse a todo el periodo de duración del derecho, sin que ello supusiera vulneración del citado régimen legal.

También estaba claro que la infracción de ese plazo para edificar suponía, por prescripción directa de la ley derivada de los rigurosos términos en que se expresaba, la extinción del derecho de superficie; sin embargo tal extinción automática resultaba aplicable también a la infracción del «modo que se hubiese señalado» para hacer la edificación⁶⁶; semejante remedio puede entenderse cuando sea una persona pública la concedente del derecho y si el interés prioritario consistía en limitar al máximo la discrecionalidad de la Administración (de acuerdo con los principios rectores de la legislación urbanística, cuyo análisis desarrollaremos más adelante). Sin embargo la extinción automática era, y como veremos sigue siendo, una solución muy discutible tratándose de la superficie constituida entre particulares, al poder solaparse con un incumplimiento contractual e impedir que el perjudicado opte por exigir el cumplimiento; incluso puede favorecer al incumplidor, si fuera el propietario quien había de encargarse de construir la edificación objeto de superficie.

4.2 PRIMERA EVOLUCIÓN: LA TRASCENDENTAL REFORMA DERIVADA DE LA LEY 19/1975 Y EL PLAZO PARA EDIFICAR

a) Aspectos generales de esta reforma

La reforma llevada a cabo por la Ley 19/1975 ha sido la más importante, entre la sucesión de normas urbanísticas estatales referidas al régimen del derecho de superficie⁶⁷; se puede afirmar que las modificaciones sucesivas son vicarias de la regulación derivada de esta reforma, compartiendo casi todas sus lagunas e imprecisiones.

En primer lugar, la citada Ley 19/1975 amplió las alternativas que podía revestir la contraprestación del superficiario y la tipología de las edificaciones que podían realizarse sobre la base de este derecho; en este último caso para incluir, junto a las viviendas u otras determinadas en los planes urbanísticos, servicios comple-

⁶⁶ Artículo 159, apartados 1 y 2 de la Ley del Suelo de 1956.

⁶⁷ COBACHO GÓMEZ, en «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, noviembre-diciembre de 2008, p. 2283, no parece compartir nuestra opinión, limitándose a indicar que los artículos 171 a 174 del TRLS de 1976 (derivados directamente de la reforma operada por la Ley 19/1975) «regulan la cesión de derechos de superficie de forma muy parecida a como lo hace la Ley del Suelo de 1956».

mentarios e instalaciones industriales y comerciales. Se suprimieron además los derechos de adquisición previstos a favor del propietario y del superficiario, para el caso de transmisión onerosa de sus respectivos derechos; la reforma de la Ley 19/1975 incidió también sobre el plazo máximo de duración del derecho de superficie, que inicialmente era de 50 años y solo afectaba al concedido por personas públicas, incrementándose dicho plazo hasta los 75 años, al tiempo que se establecía un novedoso límite temporal de 99 años para la superficie otorgada entre particulares.

b) *El plazo para edificar y la extinción derivada de su incumplimiento*

En relación con estos aspectos plantean especial interés las siguientes modificaciones:

1. Desaparece el establecimiento de un límite máximo concreto para el plazo de edificación: dicho límite se difería al planeamiento, mediante la previsión de que el derecho de superficie se extinguiría si no se edificase en el plazo previsto en el plan, o en el convenido si fuera menor⁶⁸; sigue presuponiéndose la existencia de un plazo convenido, pero tampoco se alude directamente a su necesidad, como veremos que sí se hizo en el Reglamento Hipotecario.

2. El interés que pretendía proteger el plazo máximo para edificar parece ser el interés público, relacionado con la ejecución del planeamiento e indisponible por las partes; al menos eso es lo que parecía deducirse de la previsión expresa y relativa a que el plazo convenido solo prevalecería sobre el previsto en el plan cuando aquél fuera menor⁶⁹.

3. La limitación del plazo máximo para edificar ya no se refería exclusivamente a la superficie constituida por personas públicas, si bien tampoco se decía expresamente que se aplicase a la otorgada entre particulares.

4. En la reforma operada por la Ley 19/1975 desapareció la única alusión clara de la legislación urbanística a alguno de los efectos que pudieran derivarse de la extinción automática por incumplimiento del plazo máximo para edificar. Así, el artículo 159.2 de la Ley del Suelo de 1956 establecía que, en caso de extinción del derecho de superficie por infracción del deber del superficiario de construir «en el plazo y del modo que se hubiese señalado», el dueño del

⁶⁸ Artículo 159.1 de la Ley 19/1975.

⁶⁹ Menos comprensible resulta que esa misma extinción, automática e imperativa, se aplique también a la infracción del plazo pactado para edificar cuando este sea menor al previsto en el planeamiento, como claramente se deducía del citado artículo 159.1 de la Ley 19/1975.

suelo no podía ser obligado a indemnizar en cuantía superior a los 2/3 de lo que representase la mejora⁷⁰.

5. El ámbito de la extinción automática del derecho de superficie se restringió, sin embargo, al transcurso del plazo de duración y al incumplimiento del plazo para edificar; se eliminaba así su aplicación generalizada a cualquier infracción del «modo que se hubiese señalado» al superficiario para realizar la edificación.

5. PREDOMINIO DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD O NECESIDAD EN LOS ORÍGENES DE LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA SOBRE EL DERECHO DE SUPERFICIE

5.1 POSPOSICIÓN DE LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA ANTERIOR A LA VIGENTE

Como ya vimos en el apartado 4.1 de este trabajo, desde la primera regulación del derecho de superficie para edificar llevada a cabo por la legislación urbanística se ha mantenido una misma regla de principio: la consideración de todo el régimen legal contenido en dicha legislación como derecho imperativo; la autonomía de la voluntad y los demás preceptos contenidos en el Derecho Privado se han contemplado siempre como fuentes subsidiarias o de segundo grado, cuya utilización quedaba circunscrita a los aspectos no contemplados expresamente por el legislador. Aunque esa normativa urbanística desplace tal aplicación prioritaria en favor de los acuerdos adoptados por las partes en el título constitutivo, en determinados y concretos supuestos, siempre ha quedado claro que el carácter necesario de aquella normativa es la regla general, y la autonomía de la voluntad constituye la excepción, con las importantes consecuencias interpretativas que de ello se derivan.

5.2 LA INFLUENCIA ORIGINARIA DEL PRINCIPIO DE NECESIDAD O LEGALIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La legislación urbanística es uno de los productos del proceso de «descodificación», así como de la progresiva irrupción del con-

⁷⁰ No decía, ni se ha dicho después, el concepto concreto de esa indemnización, cuestión directamente relacionada con el trascendental aspecto, tampoco abordado nunca por la regulación urbanística del derecho de superficie, de cuál es el patrimonio en que se sitúa la edificación parcial o totalmente realizada, como consecuencia de la extinción automática y hasta el efectivo pago de la reiterada indemnización. Esta cuestión preferimos abordarla en la crítica de la legislación urbanística actual, que tampoco contiene ninguna norma al respecto, y más concretamente en el apartado 8.6 de este trabajo.

cepto de función social en el régimen de la propiedad privada⁷¹; aunque resulte políticamente incorrecto recordarlo, el origen de todo este sector jurídico se encuentra en las ideologías totalitarias sobre la planificación y dirección estatal de la actividad privada⁷², sin que ese principio se haya suavizado en las sucesivas regulaciones (más bien ha sucedido lo contrario)⁷³. Sin perjuicio de que nuestro análisis pueda calificarse en cierto modo de simplista, hemos de destacar que en España los más cualificados especialistas en Derecho urbanístico han procedido fundamentalmente del Derecho administrativo, ya sea directamente, en cuanto cultivadores de dicho sector jurídico, o indirectamente, al tratarse de técnicos formados por aquellos; además, cuando se produce la aparición de la legislación estatal urbanística en España, como desarrollo de las anteriores leyes para el ensanche de poblaciones, la tendencia predominante entre la doctrina administrativista se orientaba con rotundidad hacia la consideración de la Administración como mero apéndice del poder ejecutivo, cuyos actos debían estar rigurosamente sometidos a la norma.

Tales ideas parecen entroncar con el origen mismo del Derecho administrativo, radicado a su vez en los ideales de la Revolución Francesa y en una de sus coordenadas fundamentales, apuntada por la doctrina administrativista: que toda acción del poder esté justificada en una Ley previa⁷⁴. En este entorno ideológico se situó la propia Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrati-

⁷¹ En este sentido cabe recordar que el propio apartado III del preámbulo de la Ley del Suelo de 1956 aludía ya expresamente a la función social de la propiedad como fundamento de los límites y deberes impuestos a los propietarios de suelo, diciendo textualmente que «*El régimen jurídico del suelo encaminado a asegurar su utilización conforme a la función social que tiene la propiedad, resulta el cometido más delicado y difícil que ha de afrontar la ordenación urbanística. Y se impone, sin embargo, efectuarlo, precisamente porque si la propiedad privada ha de ser reconocida y amparada por el Poder público, también debe armonizarse el ejercicio de sus facultades con los intereses de la colectividad.*»

⁷² Según afirmación de DE TERÁN, F.: *Planeamiento urbano en la España Contemporánea*, Alianza Universidad, Madrid, 1980, p. 246, la primera ley urbanística moderna fue promulgada durante la Segunda Guerra Mundial, el 17 de agosto de 1942, y suscrita por Dino Grandi, presidente de la Cámara del Fascio (Camera dei Fasci e delle Corporazioni), con la afirmación expresa hecha por este último de que «... *Se trata del primer texto de amplio enfoque general del problema urbanístico, donde el planeamiento tiene tratamiento protagonista. Toda la actividad urbanística debe estar realizada a través de un jerarquizado sistema de planes, acompañados de un conjunto de normas sobre la actividad constructiva...*»

⁷³ Más bien está sucediendo todo lo contrario; en todo caso la apertura de la intervención de los particulares en la iniciativa planificadora y en la efectiva ejecución de los planes, ya sean aquellos propietarios o no, como dice el TRLS de 2015, marcada siempre por una fuerte subordinación a las potestades administrativas, ha dado lugar a una terrible red clientelar de corrupción, en perjuicio del pequeño propietario de suelo, que en nada ha servido para abaratar las viviendas y que solo ha detenido, nos tememos que provisionalmente, la ruptura de la «burbuja inmobiliaria».

⁷⁴ Sobre estas cuestiones nos guiamos por el espléndido trabajo de GARCÍA DE ENTE-RRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Pamplona, 2013, pp. 485-497.

va de 27-12-1956 (promulgada el mismo año que la primera Ley del suelo), que vino precisamente a contradecir una corriente ampliadora de los poderes discrecionales de la Administración; esta última tendencia, manifestada en la legislación anterior y que hundía sus raíces en la doctrina de la «vinculación negativa» de la Administración, pretendía otorgar a ésta última autonomía decisoria en aquellos extremos no regulados expresamente por la Ley, excluyéndolos del control judicial.

Mediante dicho cambio de óptica se consagró a nivel legislativo la doctrina de la «vinculación positiva», sometiéndose al control judicial todas las actuaciones administrativas; tampoco la Constitución española iba a alterar posteriormente esa perspectiva general, estableciendo en su artículo 103.1 que la Administración Pública ha de actuar «*con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho*», llegando a afirmar la mejor doctrina administrativista que: «*El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa que señale hacia fuera una zona de prohibición y dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio. Por el contrario, el Derecho condiciona y determina, de manera positiva, la acción administrativa, la cual no es válida si no responde a una previsión normativa*»⁷⁵; Desde la citada perspectiva parece obvia la correlativa necesidad de que esas previsiones normativas, en tanto destinadas a regular la acción administrativa, tengan carácter imperativo, pues de otro modo se estarían estableciendo cláusulas de habilitación de la voluntad administrativa implícitas, que solo formalmente respetarían el proclamado sometimiento a la Ley.

La colisión de estos esquemas con el principio general de autonomía de la voluntad, en cuanto fundamento esencial del Derecho privado patrimonial, se manifiesta así con toda su crudeza; en toda actuación administrativa, entendido el término en un sentido amplio que incluye tanto actos como contratos, y a diferencia de lo que sucede en el ámbito del referido Derecho privado «*lo que no está expresamente permitido ha de entenderse prohibido*»⁷⁶; la sombra de los cultivadores del Derecho administrativo y sus tesis es, pues, alargada, y a nuestro juicio se erige en el motivo fundamental de la solución adoptada en cuanto a la jerarquización del sistema de fuentes reguladoras del derecho de superficie, cuya pretensión es limitar los poderes discrecionales en el otorgado por personas públicas⁷⁷.

⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: Ob. cit., p. 484.

⁷⁶ GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: Ob. cit., p. 484, con cita de BALLBE.

⁷⁷ Este entendimiento parece haber cambiado a partir de los años ochenta del siglo pasado, generalizándose el convenio urbanístico como mecanismo de gestión prioritario (en lo que se ha dado en conocer como «urbanismo concertado»), o introduciéndose la

Nuestra conclusión, quizá en exceso atrevida, se refuerza si tenemos en cuenta el intervencionismo imperante y el predominio de la iniciativa pública en los procesos urbanísticos al promulgarse la Ley del suelo de 1956; predominio determinado por la falta de recursos y financiación en que se movía la iniciativa privada en ese periodo, pero cuya consecuencia era la fundada convicción de que la mayor parte de los derechos de superficie serían otorgados por entes públicos. Otra cosa es que los esquemas jurídicos resultantes de esas lógicas premisas puedan integrarse, sin más, en los destinados a regir las relaciones jurídico-privadas, siendo asumidos sin pestañear por el conjunto de lo que hoy suele conocerse como «operadores jurídicos», cuando esos operadores procedan y hayan sido correctamente formados en el estudio del Derecho privado.

Esta es, creemos, la clave que ha hecho indispensable el recurso a la «válvula de presión» constituida por la tesis dualista sobre el derecho de superficie para edificar: se trata de un necesario instrumento jurídico para restringir la aplicación directa del régimen contenido en la legislación urbanística, dando entrada al principio de autonomía de la voluntad cuando los intereses implicados son fundamentalmente privados; o incluso cuando se trate de intereses públicos que tienen mecanismos alternativos de protección, los cuales a su vez solo pueden ser eficazmente reforzados o complementados por la legislación urbanística sobre el derecho de superficie cuando el constituyente de tal derecho ha sido una persona pública.

Claro que el intérprete también puede proclamarse monista para acudir luego a mecanismos tales como el de extender el ámbito de la superficie «rústica» artificialmente, o bien restringir la aplicación de la legislación urbanística mediante reducción al mínimo de los términos «construcción» y «edificación» (con el riesgo de tratar de manera diferente la edificación de una vivienda y la instalación de una prefabricada); incluso se puede acudir a calificar como meramente dispositivas aquellas normas previstas en dicha legislación urbanística cuyo grado de contradicción con los esquemas del Derecho privado *patrimonial* superen cualquier posibilidad de coordinación. Pero quienes acudan a esos mecanismos estarán, al propio tiempo y al ser monistas, trasladando su espíritu aperturista al derecho de superficie constituido por personas públicas, cosa que tal vez pueda resultar contraproducente.

mismísima autonomía de la voluntad en la rigidez que presidía anteriormente el régimen de la contratación administrativa; pero, curiosamente, esa evolución no se ha manifestado en el régimen general del derecho de superficie contenido en la legislación urbanística actualmente vigente, que reitera la jerarquía relativa a las fuentes de su regulación contenida en los textos precedentes, aunque sí se deja entrever en algunos aspectos concretos que citaremos más adelante.

Para ello tendrán, además, que violentar el único precepto claro e inequívoco que siempre se ha establecido en la regulación urbanística del derecho de superficie: el que considera toda esa regulación como fuente principal, otorgando carácter subsidiario al régimen contenido en el título constitutivo; cosa que, además, resulta perfectamente coherente con las raíces de dicho régimen urbanístico, que hemos intentado localizar en los epígrafes anteriores.

5.3 DOS MANIFESTACIONES DE LA FALTA DE SINTONÍA: EL PLAZO DE DURACIÓN EN EL MARCO DE LA PROPIEDAD SEPARADA DEL VUELO Y EL SUBSUELO Y EL PLAZO PARA EDIFICAR

a) *Plazo máximo de duración y propiedad del vuelo y del subsuelo*

Nos remitimos a lo que ya hemos afirmado anteriormente en cuanto a la posibilidad, generalizada en los momentos actuales, de que el vuelo o el subsuelo de un terreno puedan ser dotados de un elevado grado de independencia, siempre que ambos espacios presenten la correspondiente utilidad para su dueño⁷⁸; las construcciones realizadas en los correspondientes espacios pertenecerán, por accesión, a los propietarios de aquellos, originándose un efecto absolutamente equivalente al de una superficie perpetua en sentido propio (con derecho a reedificarlas cuantas veces se estime conveniente).

Si lo que pretendemos es un efecto análogo al de un derecho de superficie cuya duración coincida con la edificación a realizar por el dueño del espacio respectivo, de manera que luego la propiedad de ese espacio vuelva a consolidarse en la de otro u otros, basta con establecer la correspondiente previsión en el título constitutivo de esas situaciones jurídico-reales, que no son objeto de un rígido derecho imperativo como el que pretende imponerse sobre el derecho de superficie. La pregunta es, por tanto, si tiene sentido que la legislación urbanística sobre el derecho de superficie establezca, con plena eficacia para el constituido entre particulares y no solo para el que constituyan las administraciones públicas, todos esos plazos y requisitos; podría tenerlo cuando la superficie era considerada como una figura excepcional respecto del principio de accesión, junto con el derecho de vuelo sobre un edificio o de subsuelo bajo el mismo⁷⁹; no creemos que lo tenga, sin embargo, ante el panorama del Derecho inmobiliario que hoy se abre ante nuestra atónita mirada.

⁷⁸ Apartado 3.2.2.

⁷⁹ Como ya dijimos en el epígrafe 3.2.2 de este trabajo.

De esta manera, o bien se considera que las limitaciones al plazo máximo de duración del derecho de superficie se han de extender a figuras de efecto equivalente, como las que hemos apuntado (alternativa que no parece defendible en la tendencia actual del Derecho inmobiliario), o la ley que establezca tales cortapisas a la autonomía de la voluntad, pero referidas solamente al derecho de superficie, no puede entenderse en modo alguno como imperativa. Con la excepción, claro está, de que se trate con ellas de reforzar aún más el sometimiento de las administraciones públicas a todo el ordenamiento jurídico, previéndose fundamentalmente para regular la superficie constituida por personas públicas.

b) *El plazo para edificar y la extinción por su incumplimiento*

b1) Aspectos generales

Ya observamos que la primera evolución de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie introdujo una regulación muy similar a la actualmente vigente en los aspectos relativos al citado plazo⁸⁰, imponiendo la extinción del derecho de superficie si no se cumplía con el establecido en la legislación urbanística⁸¹. Un sector doctrinal entiende, con estimables fundamentos⁸², que la necesidad del establecimiento de un plazo para edificar en el título constitutivo del derecho de superficie no es una norma imperativa, sino que cualquier cuestión relacionada con el mencionado plazo queda dentro del ámbito privado cuando no existe un interés público de que se construya en uno determinado; también se apuntan lógicas dudas en cuanto al carácter imperativo de la extinción automática del derecho de superficie vinculada al incumplimiento del citado plazo para edificar, que si no existe ese interés público implicado se considera limitada al caso de que las partes no hayan previsto una consecuencia alternativa para tal eventualidad⁸³.

Por nuestra parte compartimos la perplejidad que inspira a todo civilista la imposición del establecimiento de un plazo para que el

⁸⁰ En el apartado 4.2 de este trabajo.

⁸¹ El artículo 36.5 de la Ley 8/2007, idéntico al actualmente vigente artículo 41.5 del TRLS de 2015, mantiene la estructura pero complica aún más el tema, al ampliar la extinción del derecho de superficie para el caso de cualquier contravención de la ordenación territorial y urbanística, no solo del plazo para edificar que pudiera preverse en aquella.

⁸² Por ejemplo, ALONSO PÉREZ, *La construcción en finca ajena*, Madrid, 2000, p. 146.

⁸³ CÁMARA ÁGUILA, «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 649, noviembre-diciembre de 1998, p. 2008. Acepta su planteamiento en este punto ALONSO PÉREZ, ob. cit., pp. 146-147.

superficiario edifique⁸⁴, y más aún la consideración de su incumplimiento como causa de extinción automática del derecho de superficie⁸⁵; estamos de acuerdo también en que esa misma legislación urbanística hace prevalecer, exista o no plazo pactado, el que pueda contemplarse en el planeamiento aplicable⁸⁶, cuyo mero transcurso sin que concluya la edificación desencadena, inevitablemente, la

⁸⁴ Sin embargo, consideramos que la legislación urbanística sobre el derecho de superficie parte, efectivamente, de la presuposición de que en el título constitutivo ha de establecerse, siempre y necesariamente, un plazo para que el superficiario edifique. Entre otras cosas, porque la regulación vigente en la actualidad deriva directamente, en este aspecto concreto, de la reforma de la legislación urbanística llevada a cabo por la Ley 19/1975, como ya vimos en el apartado 4.2 de este trabajo, habiendo sido promulgada cuando el Reglamento Hipotecario imponía tal plazo para la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie, como veremos en el apartado 6.1 del mismo, y siendo este un dato que no podía ignorar el legislador.

⁸⁵ Porque suponemos que nadie pensará que la falta de terminación en plazo supone, en el mundo real, la adopción de medidas disciplinarias dirigidas a derribar la edificación para que el propietario la inicie de nuevo en el plazo previsto por el planeamiento, que suele contarse desde el otorgamiento de licencia. Esta destrucción de la riqueza ya creada sería inasumible, en especial si además existen subadquirentes de la edificación que no se terminó en plazo.

⁸⁶ Matizamos en este aspecto la opinión de ALONSO PÉREZ, ob. cit., p. 146, en el sentido de que esa prevalencia del interés público solo se dará cuando la legislación urbanística que impone un plazo para edificar vincule su incumplimiento a la pérdida del derecho a edificar. Porque la extinción del derecho del superficiario por no edificar en el plazo previsto por el planeamiento apareció en la reforma de la legislación de suelo operada por la Ley 19/1975, sin que en tal legislación se contemplase la extinción del derecho a edificar del dueño, sino meramente del derecho de superficie; pese a ello ya se proclamaba, en su artículo 159.1, la existencia de un interés público en el mero cumplimiento de los plazos previstos por el planeamiento y la situación de dicho interés más allá de la disponibilidad de las partes, al decir el citado precepto que «*El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el Plan o en el convenio, si fuera menor*»: por tanto el plazo convenido, si fuera mayor que el del plan, no evita la extinción automática al transcurrir este último término; solo durante la fugaz vigencia de la Ley 8/1990 y del TRLS de 1992 se estableció una adquisición escalonada de facultades, mediante el cumplimiento de sucesivos deberes por el propietario cuyo incumplimiento, por el contrario, podía conllevar la extinción de su derecho a edificar. Concretamente el artículo 35.2 del TRLS de 1992 establecía que «*El derecho a edificar se pierde por incumplimiento de los plazos fijados, mediante su declaración formal, en expediente tramitado con audiencia del interesado*». Esa fugaz regulación, derogada por la posterior Ley 6/98, siempre debió haberse interpretado como restringida a las relaciones que median entre el propietario y la administración, y más concretamente a la valoración del suelo en caso de expropiación por incumplimiento de la función social de la propiedad; trasladarla a las relaciones entre particulares suponía entender que todo lo edificado fuera del plazo previsto en el planeamiento, aunque se tratara de construcciones conformes con el mismo, serían edificaciones sin dueño, cuya titularidad habría de corresponder al Estado en aplicación de la legislación sobre bienes inmuebles carentes de propietario; pensamos en la expresión de un Juez civil si el demandado en una acción reivindicatoria alegase tal argumento para fundamentar una excepción por falta de legitimación del actor. Si consideramos además que esa legislación ha de aplicarse en un entorno socio-jurídico como el del urbanismo, que se caracteriza por un notable descuido de la disciplina urbanística, la traslación de los preceptos de la Ley 8/1990 a las relaciones entre particulares resultaría especialmente perturbadora; todo ello, sin embargo, era perfectamente evitable mediante la adecuada interpretación de la citada legislación urbanística desde el propio título de la Ley 8/1990, denominada «sobre reforma del régimen urbanístico y valoraciones», que no pretendía revolucionar el régimen urbanístico anterior sino reformarlo, y que fundamentalmente trataba de acometer el problema relativo a las valoraciones del suelo en caso de expropiación forzosa. Desde luego no puede servir para apoyar la reducción de la norma que impone el cumplimiento del plazo para edificar previsto en el planeamiento por el superficiario, con la consiguiente extinción automática de su derecho para el caso de incumplimiento.

extinción de la superficie. Esa extinción puede ser declarada, además, a instancia de la Administración o de cualquiera de los intervinientes en el título constitutivo, incluyendo la parte responsable del incumplimiento (porque el interés lesionado es público e indisponible para las partes)⁸⁷. Precisamente se trata de una de las diferencias entre esta extinción y la condición resolutoria explícita, regulada como sabemos en el artículo 1504 CC; esta última solo puede ser activada por la parte *in bonis*, que además puede optar por requerir a la otra parte el cumplimiento y no la resolución.

En el marco de aplicación de la legislación urbanística, y existiendo plazo para edificar en el planeamiento, la sustitución de la extinción automática por la citada condición resolutoria solo sería posible en relación con el plazo que pudiera mediar entre el otorgado al superficiario y el previsto por el plan, cuando este último sea mayor que aquel⁸⁸; quizá también podría extenderse el título constitutivo a regular los efectos que entre las partes ha de implicar el juego de la extinción automática del derecho de superficie, ya que los mismos, como hemos apuntado y desarrollaremos algo más en relación con la legislación urbanística vigente, no aparecen contemplados en dicha legislación.

b2) La incoherencia de aplicar la extinción por incumplimiento del plazo para edificar establecido en el planeamiento a la superficie otorgada entre particulares

Si la normativa urbanística solo se aplicase imperativamente a la superficie otorgada por una persona pública, todas las alternativas destacadas anteriormente podrían aplicarse, sin restricción alguna y aunque el planeamiento señalase un plazo para edificar, al

⁸⁷ Porque la extinción automática parece pensar en el interés superior del cumplimiento del plan, mientras que el propietario del suelo puede ser el obligado a construir por encargo del superficiario.

⁸⁸ Es decir que, por poner un ejemplo, si la legislación urbanística aludida se aplicase a la superficie constituida por una persona privada, se hubiera pactado un plazo para edificar de dos años, con condición resolutoria expresa para el caso de incumplimiento por el superficiario, y el plan estableciera un máximo de seis para realizar la edificación, la situación sería la siguiente: como la condición resolutoria queda a disposición del concedente de superficie, nada impediría que pasados los dos años requiriese el cumplimiento al superficiario y no la resolución, así como que no pudiera instar la resolución si la infracción del plazo fuera debida a su propio incumplimiento. Pero pasados seis años la extinción automática operaría y podría instar su declaración el propio superficiario (con independencia de los efectos contractuales), la Administración, o incluso el propietario cuyo incumplimiento hubiera causado la infracción del plazo (también con independencia de los efectos contractuales); porque el interés protegido se impone al de las partes y consiste en la ejecución del plan. Ya veremos lo grave y perturbador que puede ser esto cuando se pretende aplicar al derecho constituido por un particular que puede ser, incluso, el promotor encargado de realizar la edificación por el superficiario. Pero la extinción automática opera así, y forma parte de la legislación urbanística: cualquier esfuerzo por interpretar esta última evitando el juego de dicha extinción es, simplemente, inviable.

derecho de superficie otorgado entre particulares. Sin perjuicio, claro está, de la aplicación de la legislación sobre disciplina urbanística establecida para garantizar el cumplimiento de dichos plazos, así como de las consecuencias contractuales que de esas medidas disciplinarias puedan derivarse, estén previstas o no en el reiterado título constitutivo del derecho de superficie.

El obstáculo representado por el hecho de que la extinción automática por transcurso del plazo previsto en el planeamiento proteja un interés indisponible para los particulares, cual es la ejecución temporánea de los planes, puede superarse mediante una interpretación teleológica de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie; porque la tremenda problemática que implica asumir el uso del régimen legal del derecho de superficie como refuerzo de la disciplina urbanística, sobre todo en un marco caracterizado por la frecuente inaplicación de esta, solo se ve compensado con alguna ventaja en el caso del constituido por personas públicas; tratándose del constituido entre particulares no existirá beneficio alguno para el interés general, por las siguientes consideraciones:

1. Si la edificación no se terminó en el plazo contemplado por el planeamiento, hacer que el derecho de superficie se extinga no va a favorecer su efectiva ejecución con el menor retraso posible⁸⁹; entre otras cosas porque eso dependerá, en el mejor de los casos, de la voluntad y de los medios de que disponga el dueño del suelo, que no tienen por qué ser mejores que los del superficiario⁹⁰. Si existiera edificación parcial, y habida cuenta del silencio de la legislación urbanística sobre todos los efectos derivados de la extinción automática, lo que se producirá será un litigio civil entre el dueño del suelo y el superficiario, que en nada vendría a favorecer esa rápida terminación sino más bien todo lo contrario⁹¹.

⁸⁹ Interés general que sustituye al lesionado definitivamente, porque sea quien sea el otorgante del derecho de superficie extinguido por incumplimiento del plazo para edificar, está claro que ya no se va a poder satisfacer el interés consistente en que se construya en plazo.

⁹⁰ Si el concedente del derecho fuera una administración pública, por el contrario, esa extinción sí tendría algunas ventajas: permitiría la recuperación de la plena disponibilidad del suelo muy ágilmente, mediante la declaración de extinción del derecho de superficie en vía administrativa y a partir de la presunción de validez de los correspondientes actos, que muy probablemente incluirán la ocupación material de la edificación parcialmente realizada. Al propio tiempo, y como ha de suponerse que la Administración es la mejor garante del interés público, esa rapidez favorecerá la adopción de medidas tendentes a que la edificación concluya con el menor retraso posible. En cualquier caso, evitaría o limitaría drásticamente la discrecionalidad de la Administración para conceder aplazamientos en unos casos y no en otros, dado que, siendo automática y por interés general, cualquier interesado podría invocar la extinción del derecho; quizá incluso ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en ejercicio de la acción pública urbanística, al tener como consecuencia una infracción del planeamiento.

⁹¹ Como ya vimos en el apartado 4.2 de este trabajo la legislación urbanística nunca se ha referido a la situación de la obra parcialmente realizada por el superficiario al extinguirse el plazo de que dispusiera para realizarla, o incluso terminada pero fuera del mismo.

2. Si la edificación se terminó efectivamente, aunque fuera del plazo previsto en el planeamiento y sin que la Administración adoptase ninguna medida disciplinaria, la cuestión que plantea nuestra extinción automática es si resulta admisible que el dueño del suelo, o sus acreedores, puedan instar la declaración de extinción del derecho de superficie; ignoramos cuál sería el beneficio que semejante «sanción» del superficiario, y de quienes adquiriesen de éste pisos y locales en régimen de superficie, habría de reportar al interés público⁹².

3. Supongamos, por último, que el interés público implicado en el efectivo cumplimiento de los plazos edificatorios del planeamiento exigiera, efectivamente, la extinción de cualquier derecho de superficie, aunque se hubiera establecido entre particulares y como mecanismo de lo que los penalistas consideran como prevención general, es decir para escarmiento de otros superficiarios que pretendieran incumplir esos plazos. Si ello fuera así se entendería mal que la medida no haya de ser aplicada, analógicamente o a través de los principios generales del derecho, a cualquier otro derecho real en cuyo ejercicio se pueda producir el mismo incumplimiento de tan indisponible interés público; basta con que fijemos nuestra atención en un derecho de usufructo para edificar⁹³ y cómo, a través de esa figura, el usufructuario podría vulnerar también el plazo para construir establecido en el planeamiento; pero extender la extinción automática de tal manera supone alterar drásticamente el principio de autonomía de la voluntad en la constitución de derechos reales entre particulares (quizá también de derechos de crédito, si pensamos en el arrendamiento para mejorar o edificar). La única manera de evitar la propagación de semejante virus, procedente de los principios del Derecho administrativo, en el Derecho privado, es restringir también la extinción por incumplimiento del plazo de edificación del planeamiento a la superficie otorgada por personas públicas.

4. Ha de considerarse además que el establecimiento de un plazo para edificar, vinculado a la extinción automática del dere-

⁹² Si ese propietario fuera la Administración, en tanto tutora del interés lesionado por el retraso, la apropiación de lo edificado podría explicarse, al menos, como sanción por la lesión de dicho interés, o bien como indemnización compensatoria del perjuicio causado al mismo; si se trata de un propietario particular, solo provoca una aleatoria transmisión de bienes. Pero es que todo esto es el resultado de una legislación urbanística que solo merece el piadoso calificativo de «discutible», y que sin embargo permanece en tal situación desde hace 60 años, gracias a que la superficie para edificar tiene muy escasa aplicación entre particulares.

⁹³ Sabemos que el usufructuario puede hacer cuantas «mejoras útiles o de recreo» estime convenientes en la cosa usufrutuada (art. 487 CC), y que el límite del derecho de usufructo, consistente en conservar la forma y sustancia de la misma, puede ser removido mediante el título constitutivo (art. 467 CC); de manera que el usufructo que utilizamos como mero ejemplo sería perfectamente viable, desde la perspectiva del Derecho civil, sin necesidad de acudir tan siquiera a la tesis del número abierto de derechos reales.

cho de superficie en caso de incumplimiento, puede dar lugar a la curiosa paradoja de que el concedente, cuando a la vez sea el promotor de la edificación, resulte beneficiado con su propio incumplimiento⁹⁴, en claro perjuicio de los adquirentes de derechos de superficie sobre pisos y locales en construcción o terminados; todo ello, como ya demostramos, sin beneficio o compensación alguna para el interés público lesionado⁹⁵.

Creemos que los anteriores argumentos permiten afirmar lo ineficiente y perturbadora que puede ser la extinción automática del derecho de superficie para edificar otorgado entre particulares, cuando se trata de proteger el interés público consistente en que se edifique en los plazos previstos por el planeamiento; quizá autoricen también a pretender, mediante el recurso a los criterios lógico y teleológico aplicables para la interpretación de las normas jurídicas, que dicha extinción automática quede limitada a la superficie otorgada por personas públicas⁹⁶.

6. LA INSCRIPCIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL REGLAMENTO HIPOTECARIO

6.1 REDACCIÓN ORIGINAL: PROBLEMAS DE LEGALIDAD

Mediante el Decreto 393/1959, de 17 de marzo, por el que se modificaron determinados artículos del Reglamento para la ejecución de la LH, se incorporó en el mencionado texto normativo, y más

⁹⁴ Como ejemplo podemos citar el supuesto de hecho abordado en la interesante STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), relacionada en el posterior apartado 7.4 de este trabajo entre las que proclaman la tesis dualista. Se trataba de un derecho de superficie otorgado en documento privado y relativo a un local comercial futuro, autorizándose por el superficiario a la comunidad de propietarios concedente para contratar su construcción. Seguramente se trataba de construcción mediante la llamada «gestión de comunidades», en que el promotor aparece difuminado bajo una entidad gestora; pero el caso es que, si la comunidad constituyente del derecho de superficie no construyera en plazo, la aplicación de la extinción automática nos llevaría a dar por extinguido el derecho del superficiario, que quedaría con una mera acción personal indemnizatoria y no como titular de un derecho real, en beneficio de la citada comunidad o de sus acreedores.

⁹⁵ Resulta bastante evidente que tal situación no podrá darse en el caso de superficie constituida por una persona pública, dado que el derecho se concede precisamente para que el superficiario sea quien edifique, bien por sí mismo o contratando la obra con un tercero.

⁹⁶ Entre otras muchas, que seguramente habremos pasado por alto, quedaría sin resolver la cuestión relativa a si la voluntaria previsión de un plazo para edificar que no establezca las consecuencias de su contravención, tratándose de superficie constituida entre particulares, habría de suponer la aplicación de la extinción automática prevista en la legislación urbanística, si bien en un papel de mero derecho supletorio para tales supuestos; entendemos que tal regulación quedaría también desplazada por los remedios generales del Derecho Civil para el caso de incumplimiento de los contratos, dado que parece más adecuada para la protección de los intereses en conflicto y que la extinción automática nos conduce al callejón sin salida derivado de la falta de previsión sobre sus efectos concretos.

concretamente en su artículo 16, una regulación de la inscripción registral del derecho de superficie que, en alguna medida, pretendía ampararse en el régimen sustantivo contemplado para dicho derecho por la Ley del suelo de 1956. Como aspectos fundamentales de ese régimen registral relacionado directamente con las previsiones de la legislación urbanística, y sin entrar por tanto en aquellos otros que podrían ampararse en el principio de especialidad contemplado en el artículo 9 de la LH, podríamos citar los siguientes:

1. En el apartado A del citado artículo 16 se establecía la adquisición de la edificación superficiaria por el dueño del suelo, al transcurrir el plazo de duración del derecho de superficie; coincidía en tal punto con lo dispuesto en el artículo 161.2 de la Ley del suelo de 1956, pero al propio tiempo se incorporaba la posibilidad de un «pacto en contrario» en relación con dicho efecto, sin amparo alguno en la mencionada ley⁹⁷.

2. El apartado C de ese mismo precepto reglamentario imponía un límite de 5 años al plazo pactado para realizar la edificación, que necesariamente había de incluirse en el título constitutivo del derecho; con ello la norma reglamentaria podía estar incurriendo en una nueva extralimitación, al extender ese plazo máximo a cualquier derecho de superficie (recordemos que el artículo 159.1 de la Ley del suelo de 1956 solo lo imponía en el caso de superficie otorgada por el Estado y demás personas públicas). Y si no criticamos la propia necesidad de que constara en el título constitutivo algún plazo para edificar es porque nosotros creemos que esa necesidad siempre ha estado presupuesta en la legislación urbanística, siendo una razón más para inclinarse por su inaplicación al otorgado entre particulares.

3. También se contemplaba, por esta vía reglamentaria, la imposibilidad absoluta de inscribir las estipulaciones que sometieran el derecho de superficie a comiso.

6.2 LA MODIFICACIÓN POR RD 1867/1998 Y SU ULTERIOR DECLARACIÓN DE ILEGALIDAD

El RD 1867/1998, de 4 de septiembre, por el que se modificaban determinados artículos del Reglamento Hipotecario, dio nueva regulación al derecho de superficie; la norma trataba de ampararse en la necesidad de homologar los plazos de duración del derecho

⁹⁷ Lo que sí se establecía en la citada norma urbanística era que, salvo pacto en contrario, el dueño del suelo habría de satisfacer una indemnización equivalente al valor de la edificación superficiaria, según el estado de la misma.

con los establecidos por la legislación urbanística reguladora del derecho de superficie, a partir de la trascendental reforma operada en esta última por la Ley 19/75 y el Texto Refundido de 1976 (75 años si se concedía por personas públicas y 99 si se otorgaba entre particulares).

Aprovechando esa ocasión, el Reglamento pasaba a admitir el pacto de retención de parte de la edificación por el superficiario al extinguirse el usufructo, pese a la redacción literal e inequívoca de la legislación urbanística vigente y según la cual el dueño del suelo adquiriría su propiedad «sin que deba satisfacer indemnización alguna al superficiario»; también preveía la prórroga de la situación superficiaria antes de su vencimiento «por otro período no superior al máximo legal», no quedando demasiado claro, como de costumbre, si ese límite se refería al periodo de la prórroga (¡otros 75 o 99 años!), o más bien a que la suma del plazo fijado inicialmente y el de la prórroga no superasen los 75 o 99 años. Hemos de mencionar también la previsión relativa a que el transcurso del plazo establecido para realizar la edificación no impediría la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie estuviera aún vigente e inscrito, pareciendo claro que el ejecutivo se refería a la inscripción de la obra nueva solicitada por el «superficiario» y aunque constara su terminación después del reiterado plazo (por difícil que resultase compatibilizar la «vigencia» del derecho de superficie, con la extinción automática prevista en la legislación urbanística para semejante supuesto).

Podríamos entender que la nueva redacción del Reglamento Hipotecario era vicaria de la tesis dualista sobre el derecho de superficie para edificar, de modo que sus preceptos, manifiestamente contrarios a las previsiones de la legislación urbanística, se destinarían exclusivamente a regular la inscripción registral del derecho de superficie constituido entre particulares; pero, aparte de que no creemos que esa fuera la posición de los redactores del citado reglamento, tampoco en el Derecho civil podríamos encontrar cobertura alguna de rango legal para un Real Decreto que establecía una regulación detallada de un derecho real limitativo del dominio, y por lo tanto de las facultades dispositivas del propietario de bienes inmuebles en cuanto al establecimiento de gravámenes reales⁹⁸.

⁹⁸ Sería interminable la relación de los autores que han criticado esta tendencia del Reglamento Hipotecario y los numerosos ámbitos en que se ha aplicado, incluidos nosotros mismos. Vamos a limitarnos a mencionar los términos rotundos en que se manifiestan, en alusión expresa al artículo 16.1 del Decreto de 17-3-1959, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en particular*, vol. III, tomo II, Madrid, 2012, p. 128: «decía cómo había de constituirse el derecho para que se pudiera inscribir, invadiendo así el ámbito de la Ley, que es la que ha de hacerlo. En realidad, quiso regular sustantivamente el derecho de superficie».

La inclinación por regular la propiedad mediante reglamentos *contra*, o como mínimo *extra legem*, se ha ido convirtiendo en una constante del Reglamento Hipotecario⁹⁹, y también de otras normas del mismo rango relativas a la inscripción de bienes inmuebles¹⁰⁰; a menudo esa tendencia tiene su origen en la tensión entre lo que se considera que «hay que hacer» y la legislación vigente, entendida como un obstáculo a remover por métodos expeditivos e incompatibles con el procedimiento de elaboración de las leyes¹⁰¹. Esta tendencia, sin embargo, fue parcialmente frenada por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 31-1-2001 (RJ 2001/1083), que declaró ilegal la regulación del derecho de superficie contenida en el RD 1867/1998 con la rotunda afirmación de que «*La coherencia y armonía de un sistema jurídico permite diferentes significantes siempre que no se altere el significado del signo jurídico, y sin que el factor tiempo, que impulsa el cambio y la evolución de éste, justifique que la transformación se produzca a través de un método inadecuado, como podría ser la vía reglamentaria praeter aut contra legem, pues, de procederse así, se arrumbarían principios en los que el propio sistema se asienta, cual son los de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, proclamados en el artículo 9 de la Constitución, que requieren que el ejercicio de la potestad regla-*

⁹⁹ Nosotros añadiríamos, a los problemas planteados por este modo de actuar del Ejecutivo, que entre las acciones contempladas en el artículo 66 de la LH para impugnar las calificaciones registrales en vía gubernativa no parece preverse el acceso al recurso contencioso-administrativo, sino en todo caso el recurso ante el Juzgado de Primera Instancia; este dato podría afectar a la tutela judicial efectiva, y por ello a la propia constitucionalidad de la Ley Hipotecaria, en tanto pudiera implicar la imposibilidad de impugnar el Reglamento Hipotecario mediante la vía indirecta desarrollada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

¹⁰⁰ Nos referimos, concretamente, al Real Decreto 1093/1997, sobre normas complementarias al Reglamento Hipotecario sobre la inscripción de actos de «naturaleza urbanística» que, sin embargo, también incluye el régimen para la inscripción de actos tan exquisitamente privados como la declaración de obra nueva y las divisiones y segregaciones de terrenos. Sobre la aplicación práctica de toda esa normativa reglamentaria, situada sistemáticamente al margen del Reglamento Hipotecario, puede consultarse nuestro trabajo LÓPEZ FERNÁNDEZ, *Legislación urbanística e inscripción...*, cit.

¹⁰¹ El fundamento se busca ocasionalmente en axiomas clásicos que han logrado fortuna, como aquel en el cual se destaca que «*no se hizo el hombre para el Derecho, sino el Derecho para el hombre*»; curiosamente el texto parece trasposición de la manifestación de Jesús citada en Marcos 2:27: «*El sábado por causa del hombre es hecho; no el hombre por causa del sábado*». Decimos que es curioso este paralelismo, porque con dicha afirmación Jesús no pretendía disculpar el incumplimiento de la Ley de Dios, sino precisamente el exceso en que había incurrido la *Mishná* en su pretendido desarrollo «reglamentario», incluyendo nada menos que 39 categorías de actividades prohibidas en sábado y desarrollando las permitidas minuciosamente. Como es sabido esos excesos reglamentarios condujeron a los partidarios de la corriente interpretativa más extremista (llamada *halaká*), a morir a manos de los sirios, por abandonar sus fortificaciones en sábado durante la etapa histórica de los Macabeos. Fue el exceso reglamentario, no la Ley, que por otro lado era mucho más inamovible que las procedentes de cualquier órgano parlamentario, lo que provocaba la tragedia.

mentaria respete la Constitución y las leyes (artículo 97 de la propia Constitución)».

En cualquier caso las características que ha de reunir el derecho de superficie para ser inscrito siguen estando, en la práctica, sometidas a la doctrina emanada de las resoluciones de la DGRN y a las prescripciones establecidas en la legislación urbanística, representada en los momentos actuales por el TRLS de 2015 al cual luego habremos de hacer referencia; pero recordemos, una vez más, que no resulta indubitada la aplicación de esa legislación urbanística a todo derecho de superficie para edificar, y que su contenido sigue dejando enormes lagunas precisadas de integración.

7. LA TESIS DUALISTA SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE PARA EDIFICAR

7.1 ALCANCE Y JUSTIFICACIÓN DE ESTA TESIS: NUESTRA POSTURA PERSONAL

Como se deducirá de lo que ya hemos venido diciendo, al hablar de la tesis dualista no nos estamos refiriendo a la existencia de una superficie regida principalmente por el Derecho civil y a otra en la cual este Derecho es meramente supletorio del régimen contemplado en la legislación urbanística; esta clase de «dualismo» se deriva directamente de la mencionada legislación, cuyo ámbito se relaciona de manera expresa y exclusiva con la superficie para fines constructivos o edificatorios; el dualismo al que nos referimos alude, más concretamente, a la existencia de un doble régimen en el propio ámbito del derecho de superficie para edificar usualmente conocido como «superficie urbana»¹⁰².

Los autores y la jurisprudencia partidarios del dualismo llaman «superficie urbana común», o simplemente «superficie civil», a la superficie para edificar regida por el Derecho civil (al menos prioritariamente), reservando la calificación de «superficie urbanística» para la regulada por la legislación de tal carácter. El criterio que quizá podríamos considerar como mayoritario, para adscribir un concreto derecho de superficie para edificar a alguna de esas dos categorías, parte de considerar si la construcción se va a desa-

¹⁰² Por todos: CÁMARA ÁGUILA, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, pp. 313-314, circunscribiendo al propio ámbito de la superficie urbana la cuestión sobre la tesis dualista o la tesis unitaria (también conocida como monista).

rrollar dentro del marco de los planes de ordenación o no, calificándolo en el primero de los supuestos como urbanístico.

El problema de acudir al citado método de clasificación es que una de las funciones principales del plan general, o del instrumento de ejecución correspondiente de nivel municipal, consiste en clasificar el suelo en urbanizado y rural, de manera que cualquier actividad edificatoria, entendida en el sentido más amplio, ha de verificarse según los criterios legales establecidos para cada una de esas clases de suelo y someterse siempre a licencia urbanística¹⁰³; de ello se deriva que todas las edificaciones e instalaciones se efectuarán, más o menos directamente, «dentro del marco de los planes de ordenación»¹⁰⁴. Nosotros ya hemos argumentado nuestra postura sobre la necesidad de acudir al dualismo por la radical diferencia de principios existente entre la autonomía de la voluntad, vigente en Derecho civil patrimonial, y el principio de legalidad, entendido, como ya vimos, a la luz de la doctrina de la vinculación positiva de la actuación administrativa; esa legalidad estricta viene siendo progresivamente abandonada por una normativa urbanística sobre la ejecución de los planes que se ha ido orientando hacia la tendencia conocida como «urbanismo concertado», cuya cúspide se encuentra en el convenio urbanístico; sin embargo, curiosa y contradictoriamente, el régimen urbanístico sobre el derecho de superficie sigue manteniendo las líneas generales derivadas de su primera redacción y de la reforma llevada a cabo por la Ley 19/1975¹⁰⁵, con los problemas y contradicciones que también hemos relatado cuando se intenta aplicar a la superficie otorgada entre particulares.

Precisamente por entender así el origen de la naturaleza imperativa del régimen urbanístico de la superficie es por lo que hemos de mostrar nuestro acuerdo con quienes marcan la línea divisoria para la aplicación de la legislación urbanística en atención a la naturaleza, pública o privada, de los intervinientes; dicha legislación está pensada por y para regular la máxima sujeción de la actuación administrativa a la Ley, así como para dotar a dicha administración, en tanto titular de los bienes públicos gravados, de expeditivos métodos de reacción ante determinados incumplimientos del superficiario (señaladamente el del plazo para edificar). Por

¹⁰³ Como destaca, certeramente, CÁMARA ÁGUILA, ob. cit., p. 316.

¹⁰⁴ Otra cosa es que la edificación en concreto ya esté previamente prevista en el planeamiento de nivel municipal, que sea necesario un plan o instrumento de desarrollo de ese planeamiento general que la prevea, o, en su caso, que pueda acudirse directamente a la autorización de la misma (como en el caso de la vivienda unifamiliar en suelo rural común); todo ello será siempre de acuerdo con los criterios establecidos en la legislación urbanística.

¹⁰⁵ Epígrafe 5.2 de este trabajo.

consiguiente consideramos que la mencionada legislación ha de tener carácter meramente dispositivo, como regla general, cuando el derecho de superficie se establezca entre particulares; con la única excepción de que el precepto de la legislación urbanística en cuestión afirme expresamente su aplicación a tales supuestos, o bien que una cuidadosa interpretación del mismo, llevada a cabo a la luz de los principios del Derecho privado patrimonial, nos lleve a tal conclusión¹⁰⁶.

No pretendemos ir más allá, ni apuntar una respuesta para todas las combinaciones posibles entre el carácter público o privado de cada uno de esos intervinientes y de los intereses implicados¹⁰⁷; pero, como ya hemos visto al analizar la regulación anterior, y como veremos también al fijarnos en la actualmente vigente, incluso tratándose del derecho de superficie concedido por personas públicas la regulación urbanística del derecho de superficie resulta deficiente: siendo excesivamente reglamentista donde no debería serlo, no aporta ninguna regla dispositiva para cuestiones tan trascendentales como la situación concreta de la edificación parcialmente realizada por el superficiario, en caso de extinción de su derecho por no terminarla en plazo, o la solución aplicable en caso de destrucción fortuita de la edificación superficiaria durante la vigencia del plazo de duración de la superficie¹⁰⁸.

7.2 EL DUALISMO Y EL MONISMO EN LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Lo cierto es que el derecho de superficie no ha tenido demasiada difusión, especialmente como instrumento para edificaciones de coste muy elevado en relación con el beneficio que espera extraer de ellas el superficiario; esta circunstancia se traduce, a su vez, en una presencia escasa de tal derecho en el conjunto de las resoluciones judiciales; no obstante vamos a seleccionar algunas de las conclusiones más relevantes de dichas resoluciones en relación con el

¹⁰⁶ Como sucedía en la legislación urbanística anteriormente vigente, desde la reforma operada por la Ley del suelo 19/1975 y en cuanto al plazo de duración máxima de 99 años, que se establecía expresamente para el derecho de superficie otorgado entre particulares (ver apartado 4.2 de este trabajo).

¹⁰⁷ Especialmente interesantes resultan las cuestiones relativas a si las administraciones públicas pueden sustituir el régimen urbanístico por el pacto, cuando actúen como particulares y sin estar implicado el interés público (cosa que, por otro lado, resulta difícil de entender), o aquella otra de si la administración pública, interviniendo como superficiaria en una relación llamada a satisfacer un interés público, podrá imponer la aplicación imperativa de la legislación urbanística, aunque hubiera admitido pactos o cláusulas incompatibles con dicha regulación.

¹⁰⁸ Cuestiones que abordaremos en los epígrafes 8.6 y 9 de este trabajo.

dualismo o monismo (también llamado unitarismo) del régimen aplicable a la superficie para edificar; adelantaremos, no obstante, que en nuestro análisis hemos procurado evitar cualquier prejuicio derivado de nuestra tendencia hacia el dualismo, intentando argumentar como lo haría un autor partidario del carácter unitario del derecho de superficie para edificar. Actuando así, la conclusión final de nuestro análisis es que no existen elementos definitivos a favor de una u otra postura, al menos si consideramos que la jurisprudencia debe entenderse concentrada en el fallo emitido para el caso concreto, sin extenderse también a los fundamentos empleados para llegar al mismo; en cuanto a los citados fundamentos, no obstante, parece cierto el predominio de las proclamaciones favorables a la tesis dualista en las resoluciones procedentes de la Jurisdicción civil.

7.3 LA SENTENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 61/97, DE 20 DE MARZO

Como sabemos la STC 61/97 (RTC 1997/61) mantuvo las previsiones sustantivas contenidas en el TRLS de 1992 sobre el derecho de superficie, por considerar que se amparaban en la competencia del Estado relativa a la legislación civil; concretamente, en su fundamento 38, afirmó el Alto Tribunal que: *«es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del art. 149.1.8.º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los arts. 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna»*.

No es extraño, por tanto, que los autores partidarios de la tesis monista aludan a esta sentencia, porque si la regulación del derecho de superficie para edificar contenida en la legislación urbanística es materialmente civil, parece lógico que resulte también aplicable a la constituida entre particulares¹⁰⁹.

Contra esa razonable afirmación puede argumentarse, no obstante, que no sería la primera vez que el Derecho civil establece un régimen jurídico diverso o «modalizado», en atención al carácter público o privado de las personas intervinientes en una situación jurídica con-

¹⁰⁹ Como afirman los defensores de dicha tesis unitaria o monista, cuyos argumentos resume CÁMARA ÁGUILA, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, pp. 315-316, Madrid, 2013.

creta, y que por lo tanto la afirmación del carácter civil de una norma no supone necesariamente que su destinatario principal o exclusivo no sea una administración pública. Así se hace, por ejemplo, cuando el Código Civil regula la sucesión a favor del Estado; también en la Ley Hipotecaria, al contemplar la certificación administrativa como título inmatriculador, pero solo cuando se trata de bienes inmuebles cuyo titular es una administración pública. Las normas citadas no pierden su naturaleza civil por el hecho de que su destinatario sea una persona pública que va a actuar en una relación jurídica sustantivamente privada, es decir en lo que el Tribunal Constitucional definió como «tráfico jurídico-privado» del derecho de superficie.

El Tribunal Constitucional podría haber llegado, por tanto, a la misma declaración de que el régimen del derecho de superficie contenido en la legislación urbanística es sustantivamente legislación civil, aunque de una manera clara y terminante se hubiera hecho constar en los preceptos objeto de impugnación que solo se aplicarían al derecho de superficie constituido por las administraciones públicas, cuando éstas intervinieran en relaciones de derecho privado; no pretendemos afirmar que fuera eso lo que efectivamente quiso decir el Tribunal Constitucional, pero lo cierto es que el tema relativo a los destinatarios de los preceptos que fueron declarados conformes con la Constitución española no fue parte del fallo, ni tampoco constituyó el objeto del recurso de inconstitucionalidad planteado, que como siempre ha sucedido en relación con el Derecho urbanístico del Estado español oscilaba en torno al aburrido y recurrente tema competencial.

Con ello queremos decir que no pensamos que los jueces y tribunales de la Jurisdicción Ordinaria, al mantenerse en los postulados de la tesis dualista, estén incumpliendo el mandato del artículo 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, que les impone adaptar su doctrina a la del Tribunal Constitucional¹¹⁰.

7.4 LAS SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 15-6-1984 Y DE 26-11-2002¹¹¹

En el caso que dio lugar a la STS de 15-6-1984 (RJ 1984/3243) se trataba de la acción dirigida a la disolución de la relación jurídi-

¹¹⁰ Como es sabido, y según el citado artículo 40.2 de la Ley Orgánica 2/1979: «*En todo caso, la jurisprudencia de los tribunales de justicia recaída sobre leyes, disposiciones o actos enjuiciados por el Tribunal Constitucional habrá de entenderse corregida por la doctrina derivada de las sentencias y autos que resuelvan los procesos constitucionales.*».

¹¹¹ Al parecer la STS de 4 julio 1928, citada por el Alto Tribunal en la de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), había proclamado también que para reconocer la existencia legal del derecho de superficie *es menester que se demuestre con la escritura de creación o con algún*

ca creada para la explotación de una granja porcina, situada a mitad de camino entre la comunidad y la sociedad civil (de hecho en la resolución se habla algunas veces de sociedad y otras de comunidad); el «socio» demandado había aportado una finca agrícola, reservándose el derecho de superficie para determinadas edificaciones y tratándose, por tanto, de una inequívoca superficie para edificar o construir; promovida subasta por los demás, como medio de extinción de la «comunidad social», el demandado superficiario pretendía que esas edificaciones quedaran excluidas de la venta pública; los demandantes alegaban que las construcciones debían ser enajenadas junto con la finca, porque no podía estimarse la existencia de un derecho de superficie que no constaba en escritura pública ni había sido inscrito en el Registro de la Propiedad.

En primera instancia se estimó la pretensión de estos últimos socios, pero la Audiencia Provincial estimó el recurso de apelación promovido por el socio demandado, admitiendo que la forma no es requisito esencial para la constitución del derecho de superficie; el Tribunal Supremo desestimó el recurso de casación, quedando claro por sus argumentos que asumía la tesis dualista relativa al derecho de superficie; más concretamente, y en su considerando número dos, afirmó con rotundidad que el mencionado derecho: *«tiene una singularidad diferenciable del censo enfitéutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea a modo “ad solemnitatem”, salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no*

*otro documento justificativo; no se trae a colación aquí por el evidente motivo de que, al producirse, no existía regulación alguna del derecho de superficie en la legislación urbanística estatal. Podría tener también interés la STS de 1-2-1979 (RJ 1979/420), cuyo considerando número dos afirma (textualmente) que «aun sin generalizar la exigencia formal de la escritura pública y la inscripción en el Registro ordenada como constitutiva en el art. 172, párr. 2.º, de la Ley sobre Régimen del Suelo –refundición aprobada por R. D. de 9 abril 1976– y en el art. 16, ap. 1.º, del Regl. H., teniendo en cuenta que 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»; pero, por un lado, se interpone en el debate la legislación foral de Navarra, de manera que podríamos entender que el motivo de no generalizar la exigencia de escritura e inscripción previstas en la legislación urbanística no radica en que dicha legislación se limite a la modalidad urbanística del mencionado derecho, sino en la prevalencia de la mencionada legislación foral; además, en este último caso, no se consideró probada la existencia de negocio jurídico alguno orientado a constituir un derecho de superficie, sino que la relación jurídica existente entre demandante y demandado se calificó como arrendamiento; estas razones nos impiden entender las manifestaciones del Tribunal Supremo, hechas en la citada sentencia de 1-2-79 y relativas a la imposibilidad de generalizar los requisitos documentales establecidos en la regulación urbanística del derecho de superficie, como algo más que meros *obiter dicta*.*

venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1278, 1279 y 1280 del C. Civ., y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación»¹¹².

En la interesante STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935) se abordó el caso de un derecho de superficie otorgado en documento privado y relativo a un local comercial futuro, autorizándose por el superficiario a la comunidad de propietarios concedente para contratar su construcción; finalizada la obra, y otorgada escritura de cesión del derecho de superficie, se rechazó su inscripción en el Registro, por no constar inscrito el local como finca independiente y porque no se consideró posible constituir el derecho de superficie sobre un local ya construido; se basaba la calificación negativa en la regulación contenida en el Reglamento Hipotecario y en el TRLS de 1992; en vista de ello, y también probablemente de que el local no podía destinarse al uso que pretendía¹¹³, el superficiario planteó demanda sobre declaración de nulidad del contrato frente a la comunidad de propietarios.

El Juzgado de Primera Instancia desestimó la demanda, pero la Audiencia estimó el recurso planteado por el demandante; el recurso de casación, planteado por la comunidad de propietarios, fue estimado por el TS. Bajo nuestro punto de vista resultan especialmente destacables los siguientes razonamientos de esta resolución judicial:

1. «... no ha llegado a exigirse por esta Sala, para la creación entre particulares de un derecho de superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al

¹¹² La STSJ de Galicia de 29-4-1999 (RJ 1999/4624) también acepta formalmente la tesis dualista proclamada en este fundamento de la STS de 15-6-1984; pero en aquel supuesto se trataba de superficie pretendidamente constituida a favor de un Ayuntamiento y sobre un monte vecinal en mano común, y por tanto entendió que resultaba aplicable la regulación especial establecida en el apartado 4 del artículo 3 de la Ley 5/1980, de 11 de noviembre, de Montes Vecinales en Mano Común, según el cual el derecho de superficie ha de constituirse necesariamente en escritura pública, que, como requisito imprescindible para su eficacia, ha de inscribirse en el Registro de la Propiedad. También parecía inclinarse por la prevalencia de la legislación urbanística en tal caso, en atención a la cualidad de las personas intervinientes y los intereses públicos implicados. En consecuencia, y entendiendo aplicables las excepciones contenidas en la citada STS de 15-6-1984, sobre los supuestos en que la escritura e inscripción son requisitos constitutivos, se estimó que no existía derecho de superficie. El interés de esta STSJ radica también en que, tras subrayar la inexistencia de superficie, deja a salvo los efectos obligacionales de la voluntad común manifestada por las partes, aunque sin referirse claramente a la eventual eficacia *inter partes* del propio derecho de superficie.

¹¹³ Según los hechos probados el demandante había adquirido el derecho para la instalación de una farmacia, comprometiéndose él a obtener los permisos necesarios. Luego resultó que no era posible tal destino, de acuerdo con la normativa administrativa sobre el particular, y quizás ello influyó más que notablemente en la demanda de declaración de nulidad; la acción se fundaba en que el contrato carecía de objeto (el derecho no se constituía sobre una parcela de la Asociación, sino sobre un local de la misma), de causa, ante la imposibilidad administrativa de destinar tal local a la finalidad prevista, y de forma, al no haberse logrado la inscripción en el Registro de la Propiedad, que se consideraba por el demandante como requisito esencial para la existencia del derecho de superficie.

principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del CC... En cuanto se refiere a la institución que nos ocupa, aún cuando el CC carece de una regulación concreta de la misma su mención expresa en el artículo 1611.3.º, la aplicación del principio de autonomía de la voluntad privada y la admisión del sistema de «*numerus apertus*» en materia de creación de derechos reales, han venido permitiendo sin la menor dificultad la constitución de derechos de superficie cuando así convenía a los sujetos interesados».

2. «... Es a partir de 1956 cuando el legislador concede un especial relieve a esta figura al considerarla de utilidad para promover la edificación sobre terrenos pertenecientes a la Administración, incluyéndole en el texto de la Ley del Suelo... Ante la duplicidad normativa de esta forma existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por que verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que... ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo. Esta Sala no comparte la tesis de la sentencia recurrida, contraria a la admisión de la existencia de esa dualidad de posibilidades o versiones del derecho de superficie, cada una de ellas con su propio régimen jurídico».
3. «... Ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen. Tal diversidad explica la subsistencia de una diferente normativa, debiendo resaltarse en cuanto se refiere a la contenida en la Ley del Suelo, las siguientes circunstancias... B) Que los preceptos imperativos de la normativa mencionada, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente pueden encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas...».

El Alto Tribunal extrae de todo ello la conclusión de que, en el caso planteado, «*la operación concertada por la Asociación de Propietarios recurrente y el actor, al no rebasar la esfera de los intereses particulares de una y otro, no se hallaba sujeta a la exigencia de inscripción registral constitutiva que para que el derecho de superficie alcance existencia y eficacia jurídica, establece la Ley del suelo, pues ésta no es aplicable al supuesto aquí debatido, ya que los intervinientes en el mismo no son los destinatarios de dicha norma...*». A partir de ahí destaca que la escritura no era sino una fase posterior de un documento privado anterior, en el

cual lo cedido era el derecho de superficie sobre el suelo de la parte de parcela sobre la que habría de edificarse el local, y que, aunque el superficiario no realizó la construcción, autorizó a la asociación concedente para que contratase la realización de las obras; de todo ello deduce que el motivo de casación alegado por esta última había de ser estimado, considerando innecesario el análisis de los demás.

Situados en la tesis dualista, y una vez admitido el predominio de la autonomía de la voluntad en la constitución de derechos reales entre particulares, parece claro que la sentencia también podría haber destacado la posibilidad de constituir superficie, u otro derecho real atípico semejante, sobre edificaciones previamente realizadas¹¹⁴; pero tampoco puede deducirse de esta resolución que estuviera rechazando tal posibilidad, sino que simplemente resolvió el recurso ateniéndose de forma rigurosa al modo en que fue planteado por la asociación concedente. Pero el motivo concreto por el que fue estimado el recurso no deja de tener importancia, porque en la legislación urbanística vigente a la sazón, y de acuerdo con la interpretación de la misma llevada a cabo por la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo que pasaremos a analizar inmediatamente, no se descartaba la existencia de derecho de superficie entre las partes previa a la escritura e inscripción, sino solamente su eficacia frente a terceros.

7.5 LA DISTINCIÓN ENTRE LA EFICACIA FRENTE A TERCEROS O ENTRE PARTES DE UN DERECHO REAL

Uno de los motivos por los cuales la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en su sentencia comentada anteriormente de 31-1-2001(RJ 2001/1083)¹¹⁵, declaró ilegal la regulación reglamentaria del derecho de superficie, fue que imponía la inscripción como requisito de validez. Entendió el Alto Tribunal que tal interpretación era incorrecta, porque la legislación urbanística entonces vigente, constituida por el TRLS de 1992, solo imponía la inscripción registral del derecho de superficie como requisito de eficacia, entendiendo la Sala que el legislador se refería a la eficacia frente a terceros y no a la que se produce entre el concedente y el superficiario¹¹⁶.

¹¹⁴ Posibilidad que no se contemplaba en el TRLS de 1992, vigente al producirse la sentencia comentada, aunque se admitiera luego, en el artículo 35.1 de la Ley 8/2007, y en el actualmente vigente artículo 53.1 del TRLS de 2015.

¹¹⁵ En el apartado 6.2 de este trabajo.

¹¹⁶ Lo cierto es que la cuestión relativa a la eficacia frente a terceros de los derechos subjetivos en general tampoco está resuelta, ni mucho menos, entre los cultivadores del Derecho privado en general y del civil en particular. En estricta dogmática, y si el derecho

La cuestión es importante para el tema que nos ocupa, porque en los casos que dieron lugar a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15-6-1984(RJ 1984/3243) y de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), vistas anteriormente, el litigio se planteaba entre concedente y superficiario¹¹⁷; ante tal circunstancia es inevitable admitir que no era necesario invocar la tesis dualista para entender que el derecho de superficie establecido en el documento privado tenía eficacia entre las partes, por muy indudable que fuera la proclamación de dicha tesis en los fundamentos de las citadas sentencias, ya que a la misma solución podía haberse llegado mediante la interpretación de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie para edificar llevada a cabo por la Sala de lo Contencioso-administrativo.

Siguiendo con este camino argumental y si entendiéramos, como dijimos antes, que la jurisprudencia solo viene constituida por el fallo emitido en el caso concreto, la invocación de la tesis dualista sería un mero *obiter dicta* que no tendría carácter de jurisprudencia, puesto que el fallo habría sido el mismo de aplicar la tesis monista¹¹⁸; de aquí la importancia que dimos al hecho de que la Sentencia de la Sala de lo Civil de 26-11-2002 casara la de la Audiencia provincial por estimar constituido el derecho de superficie sin los requisitos formales exigidos por la legislación urbanística, cosa que no era rotundamente incompatible con dicha legislación¹¹⁹, en lugar

real tiene como característica fundamental diferenciadora la de ser eficaz frente a terceros, resultaría absurdo hablar de un derecho real con eficacia limitada a los intervinientes en el negocio jurídico dirigido a constituirlo; pero la casuística jurisprudencial y la doctrina, buscando a veces una imposible justicia material de casos concretos, aunque sea a costa de sacrificar el valor que tiene la seguridad jurídica, utilizan criterios como el de la «vocación al derecho real», para otorgar algunos efectos entre las partes a los derechos reales pendientes de algún trámite para su «plena eficacia». Al tiempo, la tesis sobre la necesidad de que todos respeten los derechos subjetivos ajenos, sean de la clase que sean y en la medida en que los conozcan efectivamente o hubieran podido conocerlos, ha ido configurando una situación un tanto confusa: junto a un sistema de Derecho civil que parte de radicales diferencias entre los derechos reales y los meramente obligatorios (en cuanto a modos de adquirir, usucapión o plazos para la prescripción extintiva de las correspondientes acciones, entre otros muchos aspectos), se viene apreciando una progresiva confusión entre los efectos jurídico-reales y los meramente obligatorios (por naturaleza relativos o *inter partes*), que a su vez va borrando los claros límites que habrían de permitir separar derechos sometidos a un régimen tan diferenciado.

¹¹⁷ En la STS de 15-6-1984 (RJ 1984/3243) se trataba de aportación a una comunidad con reserva del derecho de superficie por el transmitente, y la cuestión se planteó con motivo de la división de la comunidad sin que constara, ni fuera alegado, el hecho de que algún comunero hubiera transmitido su cuota. En la STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935) se abordó un caso todavía más claro de litigio planteado exclusivamente entre el concedente y el superficiario.

¹¹⁸ CÁMARA ÁGUILA, ob. cit., pp. 316-317, entendiendo obviamente que también los fundamentos jurídicos del fallo constituyen jurisprudencia, observa la discrepancia que existe entre la doctrina sentada en la STS (Sala 1.ª), de 26-11-2002 (RJ 2002/9935), y la de la Sala 4.ª del propio TS, de 31-1-2001 (RJ 2001/1083).

¹¹⁹ La Ley 8/2007 cambió la situación, ya que en su artículo 40.2 estableció la escritura e inscripción como requisitos para que el derecho de superficie quedase «*válidamente constituido*».

de hacerlo por considerar perfectamente válida la constitución de un derecho de superficie sobre una edificación ya terminada, puesto que esta última posibilidad no estaba prevista en la normativa urbanística y solo podría haberse amparado en la aplicación preferente del Derecho privado, pese al carácter meramente supletorio que a éste Derecho le ha otorgado siempre aquella legislación.

Por todo lo expuesto consideramos que las dudas sobre el unitarismo o dualismo del derecho de superficie no están resueltas en las resoluciones de los tribunales; esto añade mayor inseguridad jurídica al régimen legal aplicable al derecho de superficie para edificar otorgado entre particulares y, sin duda alguna, contribuye a su más que escasa utilización como instrumento jurídico.

8. EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN LA LEY 8/2007 Y EL TRLS DE 2015¹²⁰

8.1 MANTENIMIENTO DEL CARÁCTER IMPERATIVO GENERAL PESE AL AUMENTO DE LAS EXCEPCIONES

El artículo 35.4 de la Ley 8/2007 (53.4 TRLS de 2015) mantiene, como regla general, el carácter imperativo de toda su regulación del derecho de superficie, al disponer que «*El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este Capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho*»¹²¹; se reitera así el error más grave de este régimen legal, en tanto impide el recurso a la autonomía de la voluntad para evitar la aplicación de sus preceptos más perturbadores.

Es cierto, no obstante, que esa regla general se ha combinado con un ligero incremento de las excepciones, es decir de la llamada expresa a lo dispuesto en el título constitutivo para la regulación de algunas cuestiones en concreto. Pero ese pequeño aumento de las

¹²⁰ Ante la sucesión de textos refundidos que no han alterado el régimen del derecho de superficie contenido en la Ley 8/2007, hemos optado por citar los preceptos de dicha ley y, entre paréntesis, los números correspondientes del texto actualmente vigente, que es el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, citado como TRLS de 2015.

¹²¹ Carece de interés el cambio consistente en llamar al Derecho civil como legislación subsidiaria en lugar de referirse al Derecho privado, como se hacía en el TRLS de 1992, puesto que el Derecho privado relativo a la propiedad y los derechos reales limitados ha sido siempre y tradicionalmente el Derecho civil; tampoco es demasiado relevante alterar el orden existente entre el Derecho civil y el título constitutivo, anteponiendo el primero a lo dispuesto en el segundo (aunque técnicamente la solución sea más correcta), puesto que los mismos principios inspiradores de la legislación civil dan prevalencia al título constitutivo del derecho real, como vimos sobradamente con anterioridad, salvo las excepciones constituidas por las normas civiles imperativas.

excepciones tiene la desventaja interpretativa de confirmar la plena vigencia de la regla general, desautorizando las interpretaciones doctrinales que huyen formalmente de la tesis dualista y, al mismo tiempo, consideran muchos otros preceptos del régimen urbanístico como dispositivos; de ser así, no habría sido necesario que la propia Ley 8/2007 diera prioridad al título constitutivo en esos escasos aspectos adicionales.

Algunas de las citadas apelaciones al título constitutivo son mero desarrollo de las que ya existían en el TRLS de 1992¹²², mientras que otras proceden de la regulación que se contenía en el Reglamento Hipotecario; en este último supuesto se encontraría la previsión incluida en el párrafo segundo del artículo 36.5 de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015), relativa a la admisión de pactos sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie cuando se extinga su plazo de duración¹²³.

A mitad de camino entre estas normas especiales, destinadas a incrementar el juego de la autonomía de la voluntad, y la ampliación de las actuaciones que pueden incluirse en el derecho de superficie, podemos citar la posibilidad de que el referido derecho se constituya sobre edificaciones previamente realizadas¹²⁴; el hecho mismo de que haya sido precisa una reforma legal para que

¹²² Como es el caso de las previsiones relativas a supuestos concretos de transmisión o gravamen del derecho de superficie, contenidas en los apartados 2, 3 y 4, del artículo 36 de la Ley 8/2007, cuyo contenido pasaría al 41 del TRLS de 2008 y luego al 54 del TRLS de 2015, según los cuales: «2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo. 3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores. 4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie».

¹²³ La posibilidad de esos pactos se contemplaba, concretamente, en los artículos 16.1.º A del D 393/1959 y 16.1. A del RD 1867/1998; la ilegalidad de este último fue declarada expresamente, como ya vimos, por la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31-1-2001 (RJ 2001/1083); luego dichos convenios se admitieron en el citado artículo 36.5 de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015). A falta de esos pactos, la solución es la misma que se establecía en el artículo 289.3 del TRLS de 1992 con carácter exclusivo e imperativo: la adquisición de la edificación por el propietario del suelo, sin tener que abonar indemnización alguna al superficiario.

¹²⁴ Llevada a cabo por el artículo 35.1 Ley 8/2007 (53.1 TRLS de 2015); el carácter imperativo de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie, unido a la ausencia de toda referencia, en la legislación urbanística anterior, a la posibilidad de que se constituyera sobre edificaciones ya terminadas, conllevaba la inviabilidad jurídica de dicha alternativa. Personalmente creemos que la superficie sobre edificaciones terminadas es una posibilidad jurídica muy interesante para quien pretende asegurarse la utilización de edificaciones e instalaciones durante un tiempo relativamente largo; sobre todo considerando

los pactos sobre liquidación de la superficie o su constitución sobre edificaciones previas resulten admisibles sería, por sí solo, una buena muestra de la rigidez del régimen urbanístico sobre el derecho de superficie y de lo absurda que resulta su aplicación al constituido entre particulares.

8.2 GENERALIZACIÓN INSUFICIENTE DE LAS FINALIDADES CONTEMPLADAS EN EL RÉGIMEN URBANÍSTICO DEL DERECHO DE SUPERFICIE

La reforma de la legislación urbanística estatal, llevada a cabo por la Ley 8/2007 profundizó en el proceso de generalización de las actuaciones realizables al amparo de la tradicional superficie para edificar; el artículo 35.1 de la citada Ley 8/2007 (53.1 TRLS de 2015) se refirió a cualquier tipo de construcciones y edificaciones, sin establecer ya diferencia alguna en atención al carácter público o privado del superficiario; permanece, no obstante, la duda acerca de si en esas actuaciones se incluye el concepto más amplio de «instalación», lo cual resulta particularmente importante para delimitar el ámbito material de esta legislación especial; incluso si se es partidario de la tesis unitaria o monista, no sabremos si los «huertos solares», por poner un solo ejemplo de situaciones a mitad de camino entre la plantación y la edificación, son superficie «rústica» (regida prioritariamente por el CC, incluso para dichos autores), o «urbana» (regulada siempre por la legislación urbanística, según esa misma doctrina monista).

8.3 EL DERECHO IMPERATIVO SOBRE LA DURACIÓN MÁXIMA DE LA SUPERFICIE

En cuanto a la duración del derecho de superficie para edificar, la novedad de la Ley 8/2007 consistió en el establecimiento de un único plazo máximo de 99 años, sin hacer ya referencia alguna a si el derecho se establece entre particulares o entre personas públicas; seguimos preguntándonos el motivo por el cual no puede pactarse que se establezca simplemente por el tiempo indefinido que dure la edificación superficiaria; o por qué no puede ser perpetuo, en el caso de limitarse a una parte de la finca que no extraiga sino una pequeña parte de su utilidad, como ya expusimos en su momento y

que la legislación especial sobre arrendamientos, aunque resultara aplicable al caso, ya no garantiza esa estabilidad.

por la similitud planteada entre tal superficie y el derecho real de servidumbre¹²⁵. Todo ello son motivos que, indudablemente, habrán de llevar a un civilista formado en el principio general de libertad de pactos, o meramente en la admisión de la apertura de los tipos de derechos reales previstos por el legislador, a defender la tesis dualista.

Pero es que además, si el establecimiento de un plazo máximo de duración constituye una exigencia tan fundamental del sistema, no entendemos que la legislación urbanística nunca haya determinado algo tan importante como el *dies a quo*, a partir del cual habrá de computarse; en especial cuando, en el marco de la legislación anterior, el problema se complicaba con el establecimiento de determinados requisitos formales para la «efectiva constitución», entendiéndose que los mismos no afectaban a la eficacia entre las partes: ¿se contaba el plazo desde esta eficacia, o desde la eficacia frente a todos?

Incluso si los requisitos formales lo son para la «validez» del derecho de superficie, como sucede desde la Ley 8/2007, la cuestión plantea otra arista; porque en el citado texto se permite la constitución del derecho de superficie sobre edificaciones ya realizadas, sin diferencia alguna en cuanto al plazo de duración máxima. En estas circunstancias, y si quisiéramos apurar el plazo máximo de duración de un derecho de superficie para edificar, la pregunta será si puede pactarse que el plazo de 99 años no comience a correr hasta que se termine la edificación, o bien hasta que se extinga el plazo para edificar otorgado al superficiario (términos que, obviamente, no tienen por qué coincidir).

Admitir solo la primera alternativa supondría superar el plazo de 99 años y dejar inicialmente indeterminada la duración del derecho, ya que es incierto el día en que se terminará la edificación; admitir solamente la segunda, supondrá la posibilidad de que se supere el plazo de 99 años de la propiedad superficiaria sobre el edificio terminado; negar las dos posibilidades propuestas supone permitir, de hecho, una duración mayor de la propiedad superficiaria cuando se constituya sobre edificaciones ya terminadas, en relación con el establecido para la servidumbre *ad aedificandum*.

Sabemos que seguirán siendo escasos, por no decir virtualmente inexistentes, los derechos de superficie constituidos entre particulares para edificaciones destinadas a venta o arrendamiento por el superficiario; también que en los derechos de superficie destinados a instalaciones accesorias de la actividad empresarial del superficiario, mucho más numerosos, se pactará un plazo muy inferior al máximo contenido en la legislación urbanística. Pero

¹²⁵ Apartado 3.3.2 de este trabajo.

esos argumentos no parecen disculpar la imprecisión del legislador, porque ante ellos resulta posible responder con otra pregunta: ¿para qué se establece, entonces, una cifra concreta y tan elevada como plazo máximo?; sobre todo considerando que eso afecta a la posibilidad de establecer el derecho de superficie por todo el tiempo de duración de la edificación superficiaria, de acuerdo con lo que hemos denominado en este trabajo como perpetuidad «impropi», en tanto limitada al citado término incierto¹²⁶.

8.4 LOS REQUISITOS FORMALES IMPERATIVOS PARA LA CONSTITUCIÓN DE SUPERFICIE

La Ley 8/2007 iba a mantener, e incluso reavivar, el debate entre dualistas y monistas, al establecer, en el apartado primero de su artículo 35.2 (53.2 TRLS 2015), que: «*Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad*»¹²⁷. Porque el TRLS de 1992, como la legislación anterior, se refería al deber de hacer constar la constitución del derecho de superficie en escritura pública, mientras que la inscripción registral se contemplaba como requisito constitutivo de su eficacia.

La legislación anterior, por tanto y con su habitual imprecisión, hablaba de una *constitución previa a la escritura*, de manera que la evidente contradicción con esa *otra eficacia que se constituía mediante la inscripción registral* podía salvarse distinguiendo entre la eficacia entre las partes y frente a terceros¹²⁸. La validez a la que se refiere la Ley 8/2007, que se vincula a la acumulación de escritura e inscripción registral, ha pretendido, obviamente, evitar esta última interpretación; aunque la misma aún podría ampararse en la lógica y siempre indeterminada eficacia entre partes de «la promesa de constituir superficie»¹²⁹, complementada en su caso con la

¹²⁶ Apartado 3.3.1 de este trabajo.

¹²⁷ Por el contrario, COBACHO GÓMEZ, en «Reflexiones...», cit., p. 2289, entiende que «*En la actualidad no hay duda de que el artículo 35-2 LSU se aplica a la constitución del derecho de superficie por los particulares*», en el marco de su entendimiento general de que la Ley 8/2007 y el TRLS de 2008 consagran la tesis monista.

¹²⁸ Recordemos que el impreciso tenor del artículo 288.2 del TRLS de 1992 establecía que: «*La constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad*».

¹²⁹ Por aplicación del principio general contenido en el artículo 1862 CC, para la promesa de constituir prenda o hipoteca; en realidad, en esos casos citados, lo que subyace es la tensión entre la eficacia que siempre ha tenido entre las partes el contrato, perfeccionado de acuerdo con el principio espiritualista tradicional en nuestro Derecho civil histórico y consagrado en el artículo 1278 CC, y el establecimiento, con carácter excepcional, de una forma sustancial o solemne en casos excepcionales. En la donación no existe esa dia-

tutela aquiliana del correspondiente derecho frente a quienes conocieran su existencia, o, siempre tal vez, de quienes hubieran podido conocerla con facilidad; queremos decir con ello que la cuestión no tiene por qué estar cerrada, ni siquiera en el ámbito de aplicación de la legislación urbanística sobre la superficie, porque el debate entre los civilistas acerca del deber de respetar las relaciones jurídicas y derechos subjetivos de todo tipo está borrando los contornos entre los derechos reales y los de crédito.

Pero desde luego, y para los partidarios de la tesis dualista en la que se situó formalmente la Jurisprudencia sentada por las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo de 15-6-1984 (RJ 1984/3243) y de 26-11-2002 (RJ 2002/9935)¹³⁰, la nueva regulación establecida en la legislación urbanística habría de resultar intrascendente cuando la superficie se constituyera entre particulares. La cuestión no deja de tener importancia, ante la propagación de derechos de superficie para realizar instalaciones en suelo rústico que van más allá de las meras plantaciones o siembras; porque este suelo, todavía con bastante frecuencia, suele incluir numerosos terrenos no inmatriculados, cuyos dueños pueden verse obligados a dicho trámite si desean constituir derecho de superficie para extraer el mejor rendimiento de su propiedad¹³¹; está claro que seguramente el derecho de usufructo, que no requiere tales requisitos formales para su constitución, sería una buena alternativa, pero no deja de ser lamentable la absoluta falta de sincronía entre distintos regímenes legales, así como la vinculación de la libertad para optar por el derecho más adecuado a la necesidad de evitar obstáculos demasiado formalistas.

8.5 LA INCOMPENSABLE AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE LA EXTINCIÓN «EX LEGE» POR INCUMPLIMIENTO DEL PLAZO PARA EDIFICAR

El artículo 36.5 párrafo primero de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015) proclamó la extinción del derecho de superficie «*si no se*

léctica, ya que en la del CC no hay diferencia entre el momento obligacional y el dispositivo ni el interés del donatario merece una especial tutela frente al donante; de ahí la plena vigencia de la regla del artículo 633 CC para la donación de inmuebles.

¹³⁰ Referidas en el apartado 7.4 de este trabajo.

¹³¹ Refiriéndose al interés dispensado por la legislación urbanística a la inscripción del derecho de superficie, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en particular*, Vol. III, tomo II, Madrid, 2012, p.126, afirman, con el acierto que les caracteriza, que «*Dar naturaleza constitutiva a la inscripción no parece tener justificación intrínseca, pues es un derecho real que puede ser constituido mediante título y modo (art. 609); no se ve la razón por la que sea más importante entre particulares el derecho de superficie que el de usufructo, por ejemplo*».

*edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución»*¹³². Esta extinción es automática, como hemos venido fundamentando en relación con su tradicional establecimiento en la legislación urbanística anterior, y opera por ministerio de la ley, siendo este uno de los aspectos que la diferencia de la condición resolutoria explícita o implícita para el caso de incumplimiento (aunque no el único, porque el incumplimiento del título constitutivo puede no existir, o incluso ser el incumplidor quien se vea favorecido por la extinción de la superficie, como también creemos haber probado¹³³). En el ámbito de aplicación de la legislación urbanística, por tanto, no parece posible evitar su aplicación o sustituirla por otros remedios, al venir amparada por la preferente aplicación, como derecho imperativo, de toda la regulación contenida en la legislación urbanística; además su finalidad supera el mero interés de las partes, como también se demuestra por su origen histórico y la prioridad que siempre se dispensó al plazo para edificar del planeamiento frente al fijado en el título constitutivo.

Ya comentamos lo perturbadora, además de inútil para la tutela del interés público, que puede ser la extinción automática cuando se trata de aplicar a un derecho de superficie constituido entre particulares; con la legislación urbanística vigente se ha llegado aún más lejos, ampliando el ámbito de esa extinción imperativa mucho más allá del incumplimiento del plazo para edificar que pudiera contemplarse en el planeamiento. Ahora esa extinción se extiende nada menos que a *cualquier disconformidad entre la edificación superficiaria y la ordenación urbanística*; ya no existe derecho de superficie que no se vea afectado por la amenaza de la extinción imperativa, puesto que la ordenación urbanística siempre impondrá una serie interminable de características que la edificación ha de reunir, aunque no establezca plazos para edificar.

La crítica que merece tal extinción imperativa, si se pretendiera su aplicación a la superficie constituida entre particulares, se agudiza aún más si consideramos que la causa desencadenante de dicha extinción puede ser constitutiva de una infracción urbanística ya prescrita. Porque tampoco sabemos si la acción para que se declare la extinción imperativa por disconformidad con la ordena-

¹³² Se resuelven así las dificultades planteadas por la redacción del precedente artículo 289.1 TRLS 1992, que disponía la extinción del derecho de superficie si no se edificaba en el plazo previsto, «de conformidad con el artículo 35.1 de esta ley», y por la declaración de inconstitucionalidad de ese último precepto, que llevó a defender la referencia al «plazo previsto en la legislación urbanística aplicable».

¹³³ Todas las afirmaciones previas que realizamos en este apartado son consecuencia de los argumentos desarrollados en el epígrafe 5.3 de este trabajo, sobre la extinción por incumplimiento del plazo para edificar previsto en el planeamiento.

ción urbanística prescribe o caduca, ni el término a partir del cual comenzaría a correr su eventual plazo, que de existir no tendría por qué coincidir con el de la prescripción de la infracción urbanística correspondiente; claro que, como vamos a ver inmediatamente, tampoco sabemos cuáles son los efectos de la extinción imperativa sobre la propiedad de la edificación «disconforme», por no mencionar que la propia «disconformidad» es una cuestión sometida al control de los tribunales integrantes de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, mientras que la extinción del derecho de superficie derivada de la misma ha de ser cuestión civil; sin olvidar que la «disconformidad con la ordenación territorial y urbanística» también podría darse aún estando la obra amparada por licencia, pues no son precisamente escasos, en los momentos actuales, los supuestos de licencias concedidas ilegalmente, viéndose el tribunal civil ante la tesitura de asumir o no la presunción de validez de esos actos administrativos, o bien de las resoluciones judiciales firmes que declararon su ilegalidad (veamos, por ejemplo, el caso de los desarrollos urbanísticos madrileños correspondientes a los programas de actuación urbanística de Valdebebas, y pensemos que algunos edificios se hubieran construido y vendido bajo el régimen del derecho de superficie).

Nos parece innecesario seguir con esta relación adicional, en cuanto a la que expusimos con anterioridad¹³⁴, de los inconvenientes planteados por la utilización del régimen aplicable a las relaciones jurídico-privadas para tutelar el interés público consistente en el cumplimiento de los planes; en especial cuando el uso de las medidas disciplinarias, específicamente dispuestas por el Derecho administrativo para tal finalidad, no pasa de una mera anécdota relacionada casi siempre con las obras de ampliación de viviendas unifamiliares realizadas por personas con relevancia pública. Simplemente es una razón más para aferrarse firmemente a la tesis dualista, limitando el ámbito de la «regulación civil del derecho de superficie contenido en la legislación urbanística», y reservándolo para el otorgado por personas públicas, dada la evidente finalidad de limitar su discrecionalidad que inspiró su inicial promulgación¹³⁵; ni siquiera en tal caso, como hemos ido viendo, contiene una regulación razonable y que responda a cuestiones que serían más frecuentes si el derecho existiera en la práctica. En cuanto a la superficie constituida entre particulares, consideramos preferible la ausencia de regulación, perfectamente subsanable mediante los

¹³⁴ «Adicional», en cuanto a la crítica que merecía la extinción imperativa cuando se trataba de la mera infracción del plazo para edificar que pudiera establecerse en el planeamiento, que expusimos en el apartado 5.3 de este trabajo.

¹³⁵ Ver epígrafe 5.2 de este trabajo.

mecanismos dispuestos por el sistema de Derecho civil para integrar las lagunas, al intento de incorporar un régimen jurídico en el cual esas lagunas siguen existiendo, pero que además contiene unas soluciones inadecuadas y traslada unos principios potencialmente destructores del citado sistema jurídico privado.

8.6 EL PROBLEMA DE LA PROPIEDAD DE LAS OBRAS TRAS LA EXTINCIÓN DE LA SUPERFICIE POR DISCONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA

La primera versión de la Ley del suelo de 1956 se introducía insuficientemente en esta cuestión, absolutamente fundamental cuando se regula la automática extinción de un derecho real, pero desatendida tras 59 años y cuatro modificaciones de la legislación urbanística; concretamente, el artículo 159.2 de la Ley de 1956 se limitaba a decir que la infracción del deber de construir en el plazo y modo que se hubiese señalado *«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»*; el problema no consiste tanto en el límite indemnizatorio que establecía la mencionada Ley, como en la ausencia de definición sobre el concepto indemnizado; esta última cuestión ha de ponerse, a su vez, en relación directa con la situación jurídico-real creada tras la extinción de la superficie y, a nuestro juicio, cabían dos alternativas sobre la interpretación del citado precepto:

1. El límite indemnizatorio parte de la automática adquisición por el propietario del suelo de lo parcialmente construido; sobre la base, claro está, de que tal construcción constituyese una «mejora», es decir que incrementara el valor del suelo y fuera útil para el dueño de este¹³⁶. Partiría esta alternativa de aplicar, al incumplimiento del plazo para edificar regulado en el artículo 159 de la Ley del suelo de 1956, los mismos efectos, en cuanto a la propiedad de lo edificado, previstos en el artículo 161 del propio texto legal para el caso de extinción de la superficie por el transcurso del plazo de duración¹³⁷.

¹³⁶ Se trataría así de limitar la indemnización derivada de lo que, desde la perspectiva civil, sería un incumplimiento contractual, porque no podemos olvidar que en el esquema de la Ley de 1956 no existía vinculación alguna entre el plazo para edificar y el del planeamiento, ni exigencia de plazo o límite al mismo para la superficie constituida entre particulares (eso, como vimos, fueron interpretaciones creativas del principio de especialidad llevadas a cabo por el Reglamento Hipotecario).

¹³⁷ De acuerdo con los dos primeros apartados del citado artículo 161 de la Ley del Suelo de 1956: *«1. El derecho de superficie se extinguirá por el transcurso del plazo que*

2. El propietario del suelo no adquiriría automáticamente la edificación parcialmente realizada, porque lo que se decía clara e inequívocamente para la extinción de la superficie por transcurso de su plazo de duración no se afirmaba también para el caso de no edificarse en el plazo previsto. De este modo una diferencia de redacción tan manifiesta permitiría, aunque sea por excepción, la siempre difícil interpretación *a contrario* de la norma urbanística sobre el efecto jurídico real derivado de la falta de edificación en plazo por el superficiario, para deducir que en el caso de incumplimiento del plazo previsto no se produce la atribución automática de lo edificado al dueño del suelo. Tendríamos que acudir entonces a la aplicación de las normas sobre la accesión¹³⁸, y así, siendo el edificante de buena fe y en virtud de lo dispuesto en el artículo 361 CC, la edificación seguiría siendo del constructor hasta que el dueño del suelo ejercitase alguna de las opciones previstas en este último precepto¹³⁹; por tanto el límite indemnizatorio contemplado en el artículo 159 de la Ley del suelo de 1956 lo sería para el caso de que el dueño del suelo optase por adquirir la edificación pagando el incremento de valor que se aportó a su finca.

se hubiere determinado al constituirlo, que no podrá exceder de cincuenta años en el concedido por el Estado y demás personas públicas. 2. 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». Nótese que también el montante de la indemnización resulta distinto al establecido para el caso de extinción por transcurso del plazo fijado para edificar.

¹³⁸ Es cierto que las reglas generales de la accesión no se aplican cuando existiera una relación jurídica entre el edificante y el dueño del suelo que posteriormente se extingue, anula o resuelve, como ha destacado la doctrina, y, por todos: DíEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 1, Derechos Reales en general*, pp. 159, Madrid, 2012, con cita de abundante jurisprudencia; según dichos autores, si esa relación jurídica no previera los efectos subsiguientes a dichos eventos se aplicarían supletoriamente las normas sobre liquidación del estado posesorio, que no atribuyen al poseedor de buena fe nada más que un derecho de retención, hasta que se le abone la indemnización correspondiente por el gasto útil. También ORDÁS ALONSO, en *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 195, especifica que las reglas de la accesión se aplican cuando no existiera una relación jurídica previa entre los dueños de cosas unidas inseparablemente. Pero aquí no se trata de una causa de extinción relacionada con el agotamiento de la relación jurídica, la nulidad o la resolución del título que atribuía la propiedad al adquirente, en un sistema jurídico causal; se trata de una causa de extinción anormal y «externa» a los vicios del título determinante de su ineficacia, derivada además de una norma que, cuando ha querido afirmar la adquisición de lo edificado por el dueño del suelo, lo ha hecho expresamente, y por tanto de una norma cuya interpretación permite incluso deducir que ha excluido la adquisición automática del dueño del suelo en el caso de incumplimiento del plazo para edificar.

¹³⁹ La actuación del superficiario que sigue construyendo, pese a la evidencia de que no le será posible la terminación en plazo y con el exclusivo fin de dificultar la adquisición del propietario, obteniendo así una situación fáctica que le permita «renegociar» favorablemente, podría considerarse constitutiva de mala fe, a efectos de aplicar el artículo 362 CC, según el cual «El que edifica, planta o siembra de mala fe en terreno ajeno, pierde lo edificado, plantado o sembrado sin derecho a indemnización». Lo mismo podría lograrse mediante la aplicación conjunta de los artículos 6.2, 6.4 y 7.2 CC.

Pero si en la Ley del suelo de 1956 ya se podía plantear esta duda interpretativa, la evolución posterior de la legislación urbanística parece apoyar todavía más las razones para inclinarse por la alternativa consistente en el rechazo de la atribución automática de la propiedad de lo edificado al dueño del suelo en el caso que estamos tratando; al menos ese sería el resultado de una interpretación de dicha evolución legislativa fundada en sus cambios de redacción y sistemáticos, puestos en relación con cada uno de sus precedentes legislativos. Esos criterios pueden ser resumidos en los puntos siguientes:

1.º La reforma operada por la Ley 19/75 agrupó, en el artículo 159, los aspectos relativos a la extinción del derecho de superficie; el primer apartado del citado precepto reunió las causas de extinción, considerando como tales la ausencia de edificación en plazo y la extinción del plazo de duración, mientras que el segundo solo vinculaba la adquisición de la edificación por el dueño del suelo al supuesto de extinción por transcurso del plazo de duración; dada la unidad sistemática que se establecía entre las dos previsiones, la diferencia literal resultaba mucho más llamativa que en la primitiva redacción de la Ley del suelo de 1956 y otorgaba mayor apoyo a la interpretación *a contrario*¹⁴⁰.

2.º Esa misma Ley 19/1975 cambió también la redacción definitoria del supuesto de hecho que daba lugar a la adquisición de la propiedad de lo edificado por el dueño del suelo, ya que la primitiva redacción de la ley del suelo de 1956 entendía producido dicho efecto «cuando se extinga el derecho de superficie», sin mayores precisiones; aunque lo dijera en su artículo 161, destinado a regular la extinción por cumplimiento del plazo de duración y no del de edificar, la posibilidad de aplicar esa adquisición también a la extinción derivada del transcurso de este último plazo podía ser planteada. Sin embargo tras la reforma del artículo 159 por la Ley 19/1975, la adquisición automática por el dueño del suelo se preveía expresamente para «cuando se extinguiese el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo», que solo parecía posible relacionar con el de duración, aunque este aspecto interpretati-

¹⁴⁰ Decían así los mencionados párrafos del artículo 159 de la Ley 19/1975: «Uno. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto en el Plan o en el convenio, si fuera menor, o por el transcurso del plazo que se hubiera pactado al constituirlo, que 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 convenio entre los particulares. Dos. 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».

vo todavía pudiera merecer alguna duda¹⁴¹; la citada redacción del artículo 159 pasó al artículo 173 del TRLS de 1976.

3.º El artículo 289.3 del TRLS de 1992 mantuvo la misma redacción en su artículo 289.3, pero precisamente ese mantenimiento constituye el argumento histórico definitivo para entender que la adquisición de lo edificado por el dueño del suelo siempre se refirió, en el Derecho urbanístico, única y exclusivamente a la extinción de la superficie por transcurso del plazo para edificar. Porque en el esquema de la adquisición escalonada de facultades, contemplado en la Ley 8/1990 y que dio lugar al TRLS de 1992, si no se edificaba en el plazo previsto por el planeamiento el derecho a la edificación no podía ser adquirido ni por el propietario ni por el superficiario, de acuerdo con el artículo 25.1 de la Ley 8/90 que dio lugar al 37.1 del propio TRLS de 1992¹⁴².

4.º Tampoco cabe duda alguna de que, en el artículo 36.5 de la Ley 8/2007 (54.5 TRLS de 2015), la atribución directa de lo edificado al dueño del suelo solo puede entenderse referida al caso de «transcurso de su plazo de duración» (del derecho de superficie), y no de falta de edificación en el plazo resultante de la ordenación urbanística o de cualquier otra disconformidad entre lo edificado y la citada ordenación; porque esta última reforma ni siquiera ha sido una mera transcripción de la anterior, donde esto ya era claro, sino que se ha prestado especial atención a la atribución automática por transcurso del plazo de duración del derecho, para permitir expresamente su exclusión o alteración mediante pactos contenidos en el título constitutivo.

Por todo ello, bajo nuestro punto de vista y pese a la admiración que nos merecen autores que defienden la asimilación de efectos en todos los casos de extinción imperativa y automática del derecho de

¹⁴¹ En la reforma operada por la Ley 19/1975 también desaparece el límite indemnizatorio que establecía el artículo 159.2 de la Ley de 1956, cosa que admitiría múltiples explicaciones que renunciamos a relacionar, dado que tampoco se supo nunca lo que se estaba indemnizando.

¹⁴² Según el cual «*El derecho a la edificación se adquiere por la conclusión de las obras al amparo de licencia no caducada y conforme con la ordenación urbanística*»; por su parte el artículo 35.1 del citado texto legal, que aunque fuera declarado inconstitucional ha de servir para interpretar la intención del legislador, contemplaba como plazo para edificar el que constara en la licencia de obras, siendo ese el que se establecía en el artículo 289.1 como plazo máximo cuyo incumplimiento conllevaba la extinción del derecho de superficie. Luego el propietario nunca podría adquirir derecho alguno sobre la edificación si la superficie se extinguía por no terminar la obra el superficiario en el plazo previsto en la licencia. Esa adquisición por el propietario solo podría referirse a la extinción de la superficie por transcurso del plazo de duración del derecho. Que el sistema de adquisición escalonada contemplado por el TRLS de 1992, como consecuencia de la Ley 8/1990, sea inasumible, entre otras cosas porque la edificación terminada fuera de los plazos legales tendría que considerarse como una cosa sin dueño y atribuirse a la Administración del Estado, no impide que ese extraño esquema sirva para interpretar la intención del legislador al regular las consecuencias de la extinción del derecho de superficie.

superficie¹⁴³, creemos que tal solución no está exenta de graves dudas; desde la tesis dualista no parece discutible la posibilidad de regular estos aspectos mediante el título constitutivo del derecho de superficie, que bien podría contener una condición resolutoria expresa con cláusula penal sobre la atribución automática al dueño del suelo de lo parcialmente edificado, según dijimos con anterioridad. El problema será para la superficie concedida por una administración pública, o para el derecho constituido entre particulares si hubiera de aplicarse la solución legal como derecho dispositivo.

8.7 EXTINCIÓN POR DISCONFORMIDAD CON LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA Y DERECHOS CONSTITUIDOS POR EL SUPERFICIARIO

Sobre los efectos de la extinción del derecho de superficie en relación con los derechos constituidos por el superficiario a favor de terceros, la solución contemplada por la legislación urbanística también es y ha sido siempre muy compleja, aunque al menos antes el problema solo se planteaba por incumplimiento del plazo de edificación que pudiera prever el planeamiento. Ahora el problema se agrava con la generalización de la extinción automática a cualquier disconformidad entre lo edificado y la ordenación territorial y urbanística. La citada legislación urbanística diferencia, en relación con los derechos constituidos por el superficiario, solo dos supuestos, tal vez alternativos:

1. La extinción del derecho por el transcurso del plazo¹⁴⁴.
2. La reunión, por cualquier otra causa en la misma persona, de los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario¹⁴⁵.

Ante esta confusa redacción podrían plantearse al menos dos interpretaciones alternativas:

- 1.^a Que, cuando alude a la reunión de los derechos de propiedad y del superficiario, la legislación urbanística se está refiriendo

¹⁴³ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, p. 128, Madrid, 2012. La posibilidad de que el superficiario extinguiese su derecho por renuncia poco antes del vencimiento del plazo, para obtener así una indemnización por las edificaciones a la cual no tendría derecho, que era la base utilizada por los citados autores en ediciones anteriores para trasladar la solución prevista en caso de finalización del plazo de duración del derecho a todo supuesto de extinción, no parece suficiente, dada la enorme diferencia entre la renuncia y el caso que ahora nos ocupa; sin olvidar que, el caso apuntado, supone un fraude de ley tan evidente, y un abuso del derecho a renunciar tan palmario, que tendría un tratamiento más oportuno y matizado aplicando los artículos 6.2, 6.4 y 7.2 del CC.

¹⁴⁴ En la actualidad: artículo 54.5, párrafo 3 del TRLS de 2015.

¹⁴⁵ En la actualidad: artículo 54.5, párrafo 4 del TRLS de 2015.

exclusivamente a lo que la doctrina y jurisprudencia civilista entiende como consolidación, figura jurídica que tampoco desde la perspectiva del Derecho civil puede perjudicar a titulares de derechos constituidos sobre el que se consolida¹⁴⁶.

De asumirse esta alternativa, en el caso de extinguirse el derecho de superficie por no construir de conformidad con la ordenación territorial y urbanística, incluido el plazo que pudiera preverse en la misma y/o el previsto en el título constitutivo, la legislación urbanística carecería de regulación alguna sobre los efectos de esa extinción en los derechos constituidos por el superficiario¹⁴⁷; se podría acudir entonces a las fuentes de regulación subsidiarias previstas en el artículo 35.4 de la Ley 8/2007 (53.4 TRLS de 2015), lo cual nos conduciría también a la extinción de todos los derechos reales constituidos sobre el derecho de superficie extinguido¹⁴⁸; sin embargo la prevalencia, según ese mismo Derecho civil aplicable, de lo dispuesto en el título constitutivo, supondría la posibilidad de un pacto expreso sobre el particular, que podría orientarse por el mantenimiento de esos derechos para el citado supuesto, con pleno respeto de la legislación urbanística.

2.^a Que la reunión de los derechos de propiedad y del superficiario incluye también la «unión» derivada de extinguirse el derecho de superficie por disconformidad de lo edificado con la ordenación urbanística o incumplimiento del plazo establecido para edificar. En realidad estos supuestos no se pueden considerar como variedades de la consolidación, sino que más bien son consecuen-

¹⁴⁶ La consolidación es una figura basada en el principio general del derecho de que nadie puede ostentar un derecho real en cosa ajena sobre cosa propia, como destacan BERCOVITZ ÁLVAREZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, coordinado por BERCOVITZ, Madrid, 2013, p. 59. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo I, Derechos Reales en general*, Madrid, 2012, p. 64. Los mismos autores afirman el mantenimiento de los derechos reales de terceros constituidos sobre el que se consolida, invocando para ello el principio general contenido en el artículo 107.1.º de la LH, según el cual: «Podrán también hipotecarse: Primero. El derecho de usufructo, pero quedando extinguida la hipoteca, cuando concluya el mismo usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario. Si concluyere por su voluntad, subsistirá la hipoteca hasta que se cumpla la obligación asegurada, o hasta que venza el tiempo en que el usufructo habría naturalmente concluido a no mediar el hecho que le puso fin».

¹⁴⁷ Como máximo podría extenderse el supuesto a cualquier caso en que la superficie se extinga por voluntad del superficiario, para incluir la renuncia cuando ella sea posible y de acuerdo con la diferencia establecida por el artículo 107.1.º de la LH, transcrito en la nota anterior, entre extinción por voluntad del titular del derecho real o por un hecho ajeno a esta.

¹⁴⁸ Por aplicación del mismo principio ya reiterado del artículo 107.1.º de la LH, según el cual la hipoteca constituida sobre un usufructo se extingue cuando concluya dicho usufructo por un hecho ajeno a la voluntad del usufructuario, siempre que consideremos como tal la falta de edificación en plazo (salvo que se probara la deliberada intención de dejarlo transcurrir). El mismo principio parece estar en la base del artículo 513.6.º CC, según el cual el usufructo se extingue por «resolución» del derecho del constituyente, pareciendo que el término «resolución» ha de entenderse en sentido amplio y equivalente a extinción involuntaria; se trata, en general, de aplicar la regla según la cual extinguido el derecho del otorgante se extinguen también los derechos procedentes del mismo.

cia del principio conocido por la doctrina civilista como «elasticidad» del dominio, que se extiende para abarcar las facultades atribuidas en virtud del derecho real extinguido. Pese a esta criticable imprecisión, mantenida a través de sucesivas redacciones de la legislación urbanística estatal, parece que esta es la alternativa más razonable según el sentido de sus términos, al menos por interpretación sistemática y en vista de la relación existente entre los párrafos 3 y 4 del artículo 36.4 de la Ley 8/2007 (54.5 del TRLS de 2015). Porque en ellos esa «cualquier otra causa» de reunión de los derechos de propietario y superficiario en una persona, se contrapone a la causa consistente en la extinción del derecho del superficiario por disconformidad con la ordenación urbanística o transcurso del plazo previsto en el título de constitución.

Ni siquiera merece la pena, creemos, adentrarse en el debate sobre la mayor o menor fundamentación de ambas alternativas; a falta de jurisprudencia sobre este aspecto concreto, emanada por la Sala 1.^a del Tribunal Supremo que es la competente en la materia, basta con destacar esta nueva fuente de incertidumbre para que nos preguntemos cómo puede mantenerse todo este descuido y pretender, al mismo tiempo, que el derecho de superficie para edificar sirva para obtener la financiación precisa para su desenvolvimiento práctico. El acreedor hipotecario simplemente no sabe si su derecho se mantiene o se extingue y, en este último caso, la indemnización en la que se subrogará o si tiene derecho a alguna¹⁴⁹.

9. LA DESTRUCCIÓN DE LA EDIFICACIÓN DURANTE LA VIGENCIA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

9.1 ASPECTOS GENERALES SOBRE UN EVENTUAL DERECHO A REEDIFICAR DEL SUPERFICIARIO

En torno a esta trascendental cuestión las puertas hacia la aplicación del Derecho civil y del título constitutivo están totalmente

¹⁴⁹ El argumento para afirmar esta subrogación real sería aplicar el principio contemplado en el artículo 110. 2.º de la LH, según el cual se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario: «Segundo. Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motive haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del CC».

abiertas, ya que esta importante eventualidad ni siquiera se ha planteado en la ya dilatada historia de la legislación urbanística sobre el derecho de superficie; tampoco en el Derecho civil podemos encontrar soluciones directamente aplicables.

La Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, en sentencia de 4-2-1993 (RJ 1993/1782), asumió los fundamentos del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, en los cuales se consideraba como doctrina civil la atribución del derecho a reedificar al superficiario¹⁵⁰; pero la edificación superficiaria, en el caso concreto, era un modesto quiosco-bar, y la administración concedente fue condenada a reconstruirlo debido a que ella misma lo había derribado, como resultado final de una serie de actos que fueron declarados nulos (denegación de licencia para obras de conservación y subsiguiente orden de derribo por motivos de seguridad, entre otros). Por tanto la declaración acerca del derecho a reedificar del superficiario, además de provenir del Orden Jurisdiccional Contencioso-administrativo, bien podría considerarse como un mero *obiter dicta*, siendo la condena a la reedificación mera consecuencia de la necesidad de retrotraer la situación al momento anterior a la ejecución de los actos nulos, o bien constituir una indemnización en especie, derivada de la responsabilidad patrimonial de la administración ejecutora del derribo ilegal.

Es cierto que, como se apuntaba en la sentencia referida, civilistas de la máxima solvencia han mantenido la existencia de ese derecho a reedificar, sobre la base de que el derecho a construir en suelo ajeno del superficiario renace mientras dicho suelo subsista, debiendo reedificar en los plazos marcados por la legislación urbanística¹⁵¹. Nuestra posición, no obstante, es algo más matizada; en primer lugar tendríamos que descartar, probablemente, el supuesto de superficie sobre edificaciones previamente realizadas por el propietario, pues nunca tuvo el superficiario derecho a edificar que pueda renacer¹⁵². En la superficie para edificar, y ante la duda sobre

¹⁵⁰ Concretamente, el fundamento de derecho quinto de la sentencia apelada decía que «el derecho “ad aedificandum” que ha hecho posible la propiedad separada sigue perdurando, como lo demuestra el hecho de que en el caso de destrucción de lo edificado, el superficiario o concesionario continuará teniendo el derecho a construir nuevamente, en tanto en cuando no transcurra el plazo».

¹⁵¹ DÍEZ-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos Reales en particular*, Madrid, 2012, p. 128.

¹⁵² Si la superficie no se adquirió del propietario de tales edificaciones, sino del superficiario que las construyó bajo tal régimen, podría plantearse la duda de si, en caso de admitirse la facultad de reedificar, estos subadquirentes también lo serían de la citada facultad. Personalmente creemos que ni siquiera en tal caso, porque nunca pretendieron adquirir tal facultad sino solo el derecho sobre la edificación, pero entonces habría de asumirse que el hipotético derecho a reedificar queda en el superficiario promotor, que ningún interés tendrá en hacerlo para otros en caso de destrucción fortuita de una edificación que ya les ha transmitido.

si se quiso otorgar derecho a reedificar o no, quizá habríamos de tener en cuenta el principio de libertad del dominio¹⁵³; de esta manera la destrucción fortuita de la edificación, producida durante el plazo de vigencia del derecho de superficie¹⁵⁴, solo otorgaría al superficiario el derecho a reedificar cuando, mediante una cuidadosa interpretación del título constitutivo, pudiera deducirse que tal facultad se le quiso otorgar aunque fuera de modo tácito; para llevar a cabo esa interpretación habrá de considerarse, muy especialmente, la incidencia de esa reedificación en el proyecto económico del superficiario, para deducir si era razonable entender que pretendió adquirir el correspondiente derecho, y que el propietario del suelo no podía ignorar tal pretensión hasta el punto de entenderse incorporada al contrato¹⁵⁵. En cuanto al plazo para reedificar, parece más razonable otorgar otro igual al que se hubiera previsto para edificar¹⁵⁶, comenzando a correr a partir de la destrucción fortuita, entre otras cosas porque siempre es posible que la ordenación urbanística no establezca un plazo para la edificación.

Tampoco se ha de olvidar el grave problema de que la ordenación urbanística no permita reedificar la misma construcción, por haberse alterado los usos previstos en el planeamiento; pasando, por ejemplo, de lo que era vivienda unifamiliar aislada a uso residencial intensivo; con anterioridad hemos indicado la escasa conveniencia de utilizar el sistema de derechos reales del Derecho privado para asegurar el cumplimiento de la ordenación urbanística, criticando los graves efectos de la extinción automática cuando una

¹⁵³ Como ya dijimos, ALBALADEJO, *Derecho Civil III, Derecho de bienes, volumen II*, Barcelona, 1994, p. 102, en referencia expresa al derecho real de servidumbre, pero que entendemos aplicable a los derechos reales que no tengan alcance general como el usufructo, deja traslucir claramente la doble faceta de este principio, al decir que «*Como se trata de una limitación que reduce el poder que normalmente corresponde al dueño sobre su cosa, constituye una excepción al caso general, que es el de ser libre la propiedad (es decir, carecer de gravámenes). Por ello si el dueño sirviente lo niega, la servidumbre ha de probarse por quien la alega. Con base en la misma razón hay que entender que son de interpretación restrictiva, tanto las disposiciones legales relativas a servidumbres como los negocios jurídicos que las establecen. Es decir, en un caso y en otro, en la duda, hay que inclinarse por el menor alcance del texto que establezca el gravamen y la menor extensión de este*» (el subrayado es nuestro); cita el referido autor, en defensa de su tesis, una copiosa jurisprudencia.

¹⁵⁴ Especificamos que se trata, obviamente, de la destrucción no imputable a propietario o superficiario, pues de otro modo, como sucedía en el caso de la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4-2-1993 (RJ 1993/782), la alternativa entre reedificación o extinción del derecho de superficie se podría resolver aplicando las reglas relativas a la responsabilidad por incumplimiento de los deberes y obligaciones *propter-rem* existentes entre el dueño del suelo y el superficiario.

¹⁵⁵ En los términos que analizaremos en el apartado siguiente de este trabajo.

¹⁵⁶ Si no existiera tampoco plazo en el título constitutivo, entendiendo que su señalamiento no es indispensable como nosotros creemos, porque no en vano nos hemos proclamado dualistas, el plazo para reedificar quedaría en el ámbito de decisión del superficiario, como quedó el relativo a la primera edificación.

parte, o incluso toda la edificación, se hubiera materializado efectivamente, aunque fuera una vez extinguido el plazo o incumpliendo las demás condiciones del planeamiento. Pero eso lo dijimos en referencia a una situación fáctica ya creada por el superficiario a vista, ciencia y paciencia del propietario, o incluso realizada por ese mismo propietario como promotor y contratista del superficiario, habiendo fallado ya, por los motivos que sean, los controles administrativos establecidos para impedir la disconformidad con el planeamiento; muy distinto nos parece admitir el derecho a reedificar algo manifiestamente contrario a dicho planeamiento, cuando aún no se ha iniciado esa reedificación y los controles administrativos pueden desplegar toda su eficacia para evitar que comience, incluyendo una probable denegación de la correspondiente licencia de obras. Solo una definición amplísima de la edificación permitida al superficiario por el título constitutivo, que incluyera toda aquella permitida por el planeamiento en cada momento y se moviera en el límite del principio de especialidad, podría inclinar hacia el mantenimiento del derecho a reedificar en estos supuestos.

En cualquier caso la inseguridad jurídica planteada por el silencio de la normativa urbanística, también sobre esta cuestión, resulta evidente y criticable.

9.2 SUPUESTOS EN QUE EL DERECHO A REEDIFICAR PODRÍA ENTENDERSE IMPLÍCITAMENTE CONCEDIDO

Atendiendo a los criterios que postulamos en el apartado anterior, creemos que se trataría de los casos en que el beneficio a obtener por el superficiario con la edificación o instalación superficial no procedan de la directa comercialización de ésta, sino que esa instalación o edificación sea un mero elemento accesorio más, entre otros muchos factores integrantes de la actividad lucrativa de dicho superficiario; si además ese accesorio tuviera un coste de instalación o edificación reducido, cuando se compara con el lucro a cuya obtención contribuye, parece evidente el interés del superficiario en una eventual reconstrucción, y por tanto la incorporación al título constitutivo de ese interés a menos que la reedificación hubiera sido excluida expresamente por el propietario. Pensamos en casos similares a los del quiosco-bar, examinado anteriormente¹⁵⁷, los «huertos solares», o, en general, las instalaciones fácil-

¹⁵⁷ Nos referimos al caso resuelto por la STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4-2-1993 (RJ 1993/782), mencionada en el apartado 9.1 de este trabajo.

mente desmontables cuya propiedad vaya a quedar en manos del superficiario (viviendas y demás locales prefabricados).

Además en estos supuestos que ahora abordamos tampoco suele existir un notable interés público relacionado con la reconstrucción en el tiempo más breve posible, sino que ese interés es fundamentalmente privado; de hecho la legislación urbanística no se promulgó previendo esas utilidades del derecho de superficie, lo cual también provoca que las consideraciones desarrolladas en el apartado siguiente no resulten aplicables.

9.3 SUPUESTOS EN QUE LA REEDIFICACIÓN, SIENDO DE INTERÉS GENERAL, NO INTERESARÁ AL SUPERFICIARIO

En los supuestos de utilización del derecho de superficie para realizar precisamente las edificaciones tenidas en cuenta por la normativa urbanística, lo normal será que el superficiario no tenga interés alguno en reedificar, por resultar antieconómica tal actividad en atención al elevado desembolso que conllevaría, al menor tiempo de duración que aún quedara por cumplir (respecto al inicialmente previsto), y al beneficio que dicho superficiario pudiera obtener con la reedificación durante ese periodo restante¹⁵⁸. Eso sin olvidar que muy a menudo el superficiario inicial será un promotor, que habrá enajenado las edificaciones superficiales a sus destinatarios finales, sin que sepamos siquiera si ese pretendido derecho a reedificar, en caso de existir, quedaría en poder del enajenante o se transmitiría con las citadas edificaciones.

En estos supuestos parece que el superficiario pretendía realizar una edificación dotada de un elevado grado de permanencia y cuyo

¹⁵⁸ Pongamos un sencillo ejemplo: supongamos que se tratase de adquirir un derecho de superficie de 30 años de duración, esperando el superficiario obtener una utilidad total, tras impuestos y gastos derivados de su actividad, de 1.500.000 euros, y estimándose el coste total de la edificación superficial en 1.000.000 de euros; la diferencia entre utilidad total y coste de edificación es de 500.000 euros, de manera que ese sería el valor máximo que podría pagar al dueño del suelo por el derecho de superficie para no tener pérdidas, debiendo deducir el beneficio empresarial que esperase obtener con su actividad. Si a la mitad del tiempo de duración, obtenida ya la mitad de la utilidad, el edificio se destruyese, tendría que invertir otro 1.000.000 de euros para obtener 750.000 euros de beneficio; la diferencia entre utilidad y coste de edificación sería negativa (-250.000 euros), pareciendo que el superficiario no tendría interés alguno en reedificar, ya que perdería dinero (y eso que no consideramos la imposibilidad de obtener rendimiento alguno de la edificación mientras se construye). En cuanto a la posibilidad de transmitir su derecho de superficie, lo normal es que ello fuera imposible, y por tanto que dicho derecho carezca de valor alguno, salvo que existan demandantes capaces de obtener una rentabilidad muy superior a la que estaba consiguiendo nuestro superficiario, siendo el valor de cambio de esa superficie la diferencia entre esa rentabilidad tan superior y el coste de reedificar, menos el beneficio empresarial que espere lograr nuestro potencial adquirente.

coste de construcción, elevado en proporción al beneficio que esperaba obtener, no podría ser desembolsado nuevamente sin convertir en ruinoso la operación prevista, porque la reedificación supondría, aproximadamente, la duplicación de ese coste, salvo las diferencias derivadas de la evolución del precio de los factores implicados en el proceso edificatorio. En tales circunstancias, la consecuencia proyectada sobre la interpretación del título constitutivo será la de reforzar el criterio restrictivo en cuanto a las facultades transmitidas por el dueño del suelo al superficiario, apuntado con anterioridad; por lo tanto, a falta de pacto expreso u otros datos que pudieran fundamentar un evidente interés del superficiario en reedificar que pudiera entenderse incorporado al contrato, habrá de considerarse que el superficiario no puede apoyar la existencia de un pretendido derecho a reedificar en el Derecho privado, y más concretamente en las reglas de este sector del ordenamiento jurídico relativas a la interpretación de los contratos¹⁵⁹.

Mucho menos razonable sería buscar apoyo para el derecho a reedificar en la legislación urbanística relativa al derecho de superficie, ya que la ralentización del proceso edificatorio que se derivaría de admitir el derecho a reedificar en quien no deseará hacerlo iría en contra de los fines que siempre ha procurado perseguir la mencionada legislación, consistentes en incrementar la oferta de viviendas y locales realizados de conformidad con el planeamiento urbanístico; por tanto en el ámbito de aplicación de dicha normativa, y de acuerdo con una interpretación atenta a su espíritu y finalidad, tampoco podremos hallar ningún amparo para ese derecho a

¹⁵⁹ De admitirse la existencia de derecho a reedificar en un superficiario que no tendrá interés alguno en hacerlo, llegaríamos a una situación muy parecida a la contemplada en el artículo 517 párrafo 2.º del CC, relativa al usufructo constituido sobre un edificio que se destruye; aún tratándose de un precepto de Derecho privado, y pese a que la plasticidad y el alcance general del derecho de usufructo permite afirmar al legislador que el usufructo se mantendrá sobre los residuos (suelo y materiales), también se ha atendido a la tensión entre el interés general, consistente en la creación de riqueza derivada de la efectiva construcción en suelos aptos para ello, y la insatisfacción de ese interés que puede producirse en el supuesto de hecho previsto por la citada norma. Parece claro que el desinterés del usufructuario en reedificar reside en que es titular de un derecho meramente temporal, sin que el régimen jurídico dispositivo del usufructo le otorgue indemnización alguna por la mejora. Tampoco tendrá ese interés el propietario, si el usufructo se mantiene sobre el edificio futuro hasta agotar el plazo de duración previsto inicialmente, ya que el disfrute durante ese tiempo sería para el usufructuario; por ello prevé que «*si el propietario quisiere construir otro edificio, tendrá derecho a ocupar el suelo y a servirse de los materiales, quedando obligado a pagar al usufructuario, mientras dure el usufructo, los intereses correspondientes al valor del suelo y de los materiales*». Como afirman Díez-PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, en *Sistema de Derecho Civil, volumen III, tomo 2, Derechos reales en particular*, Madrid, 2012, p. 49: «*Se convierte entonces el usufructuario en titular de un derecho de crédito contra el propietario por esos intereses... No parece que el usufructuario disfrute del edificio reconstruido, pues la norma dice que el pago de los intereses ha de hacerse «mientras dure el usufructo», lo que significa que no hay otra variación del objeto durante ese periodo*».

reedificar; en cualquier caso, y como venimos diciendo, estamos ante un ejemplo más de absoluta inadecuación de la legislación urbanística para ser utilizada incluso como mero régimen dispositivo, destinado a cubrir las lagunas del Derecho privado y proporcionar alguna seguridad jurídica.

10. RELACIÓN DE SENTENCIAS Y RESOLUCIONES DE LA DGRN UTILIZADAS

10.1 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 11/1981, de 8 de abril (RTC 1981/11)
STC 61/97 (RTC 1997/61)

10.2 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

STS de 9-11-1965 (ROJ: STS 3241/1965)
STS de 15-6-1984 (RJ 1984/3243)
STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 4-2-1993 (RJ 1993/782)
STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 27-3-1995 (RJ 1995/2542)
STS de 14-4-1998 (RJ 1998/2145)
STS de 23-6-1998 (RJ 1998/4744)
STS (Sala de lo Contencioso-administrativo) de 31-1-2001 (RJ 2001/1083)
STS de 26-11-2002 (RJ 2002/9935)

10.3 SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

STSJ de Galicia de 29-4-1999 (RJ 1999/4624)

10.4 RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO

RDGRN de 5-2-1986 (RJ 1986/1006)
RDGRN de 13-5-1987 (RJ 1987/3855)
RDGRN de 18-4-1988 (RJ 1988/3358)
RDGRN de 28-10-1988 (RJ 1988/8002)

RDGRN de 25-6-1993 (RJ 1993/5324)
RDGRN de 2-9-2000 (RJ 2000/10196)
RDGRN de 16-1-2002 (RJ 2002/4587)
RDGRN de 5-4-2002 (RJ 2002/8121)
RDGRN de 16-7-2002 (RJ 2002/9317)
RDGRN de 29-1-2003 (RJ 2003/2201)
RDGRN de 29-4-2003 (RJ 2003/4472)
RDGRN de 23-7-2005 (RJ 2005/6873)
RDGRN de 4-10-2005 (RJ 2005/7284)
RDGRN de 15-2-2012 (RJ 2012/5948)
RDGRN de 24-5-2012 (RJ 2012/7940)
RDGRN de 16-6-2012 (RJ 2012/10062)

11. RELACIÓN DE BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

- ALBALADEJO: *Derecho Civil III, Derecho de bienes*, volumen II, Barcelona, 1994.
- ALONSO PÉREZ: *La construcción en finca ajena*, Madrid, 2000.
- BERCOVITZ ÁLVAREZ: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- CÁMARA ÁGUILA: *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- «Derecho de superficie urbano: Breves consideraciones acerca de la reforma del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 649, noviembre-diciembre de 1998, pp. 2003-2010.
- COBACHO GÓMEZ: «Reflexiones sobre el derecho de superficie urbana», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, noviembre-diciembre 2008, pp. 2281-2295.
- CORDERO LOBATO: *Comentarios al Código Civil*, coordinados por Bercovitz Rodríguez-Cano, Navarra, 2001.
- DE LA IGLESIA MONJE: *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Madrid, 2000.
- DE TERÁN, F.: *Planeamiento urbano en la España Contemporánea*, Madrid, 1980.
- DÍEZ-PICAZO: «Autonomía privada y derechos reales», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 513, abril-julio 1976, pp. 273 y ss.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en general*. Volumen III, tomo 1, Madrid, 2012.
- *Sistema de Derecho Civil. Derechos reales en particular*. Volumen III, Tomo 2, Madrid, 2012.
- *Sistema de Derecho Civil. Introducción. Derecho de la persona. Autonomía privada. Persona jurídica*. Volumen I, Madrid, 2012.
- FENOY PICÓN: «Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 14-4-1998», en *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, número 48, septiembre-diciembre 1998, pp. 1075-1096.
- FUENTES LOJO: «Duración del derecho de superficie y del de sobreelevación», *Revista Jurídica de Cataluña*, número 3, julio-septiembre 1967, pp. 560-596.

- GARCÍA DE ENTERRÍA y RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho Administrativo I*, Pamplona, 2013.
- GARCÍA GARCÍA: «El derecho de superficie», en *Bienes en común*, coordinado por Nasarre Aznar, Valencia, 2015, pp. 726-775.
- GONZÁLEZ PÉREZ: *Los derechos reales administrativos*, 2.^a edición, Madrid, 1984.
- GONZÁLEZ y MARTÍNEZ: «El derecho real de superficie», *Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*, tomo II, Madrid, 1992.
- GUILARTE ZAPATERO: *El derecho de superficie*, Navarra, 1966.
- LÓPEZ FERNÁNDEZ: «Régimen jurídico de la utilización urbanística del subsuelo», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 219, julio-agosto 2005, pp. 11-58.
- «Apuntes de jurisprudencia registral», *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, número 204, septiembre de 2003, pp. 71-120.
- *Legislación urbanística e inscripción registral*, Pamplona, 2009.
- *Manual de Derecho Civil. Derechos reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- ORDÁS ALONSO: *Manual de Derecho Civil. Derechos Reales*, VV. AA., coordinado por Bercovitz Rodríguez-Cano, Madrid, 2013.
- PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS: *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Vol. II, Madrid, 1999.
- ROCA SASTRE y ROCA-SASTRE MUNCUNILL: *Derecho hipotecario, VII*, Barcelona, 1998.
- SOTO BISQUERT: «El derecho de vuelo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n.º 485, julio-agosto 1971, pp. 923-958.
- VILALTA NICUESA: *El derecho de superficie. La superficie rústica*, Barcelona, 2008.