

Dictamen sobre construcción en suelo ajeno por sociedades de *Leasing*, emitido a encargo de A., S. A.

SUMARIO: 1. *Planteamiento*.—2. *Análisis del Derecho positivo*: 2.1. Figuras jurídicas a considerar. 2.2. La accesión de inmuebles en nuestro ordenamiento jurídico. 2.3. Estudio de las distintas figuras jurídicas: 2.3.1. El derecho de superficie. 2.3.2. El censo enfiteútico. 2.3.3. Derecho de levante. 2.3.4. Cesión del dominio del suelo con obligación de edificar. 2.4. Conclusiones.—3. *Modelo de contrato que se propone*.—4. *Comentarios al modelo de contrato propuesto*.

1. PLANTEAMIENTO

Por A., S. A., se desea, en términos generales, establecer la fórmula jurídica más adecuada para instrumentar operaciones de construcción, a fin de contratar sobre las edificaciones resultantes un arrendamiento financiero, cuando dicha construcción se efectúa en terreno propiedad del futuro arrendatario y no de la Sociedad de *Leasing*. Asimismo interesa la redacción del correspondiente modelo contractual.

Para ello propone el estudio de la figura del «derecho de superficie», u otras afines de nuestro ordenamiento jurídico.

A fin de atender dicho encargo, procede en primer término efectuar el estudio y delimitación de las posibilidades que, a juicio del Letrado que suscribe, ofrece al respecto nuestro Derecho positivo, sin perjuicio de apuntar posibles soluciones de *lege ferenda*.

Es obvio que si la propiedad del suelo es ajena debe resolverse el problema de adquisición del dominio de lo construido por la Sociedad de

Leasing (S. de L. en adelante), a fin de que sea posible su cesión mediante este tipo de contrato, sea el suelo propiedad del arrendatario-adquirente o de un tercero.

Se pretende además resolver el problema de la consolidación o confusión de derechos sobre suelo y vuelo en favor de la S. de L., de forma que si se produce un fallo de las obligaciones del arrendatario pueda hacerse aquélla con la propiedad del solar y deshacer la situación de separación del dominio.

En segundo lugar se concretará el correspondiente modelo de contrato, comentando su contenido.

2. ANALISIS DEL DERECHO POSITIVO

2.1. FIGURAS JURÍDICAS A CONSIDERAR

Las posibilidades que ofrece en principio nuestro Derecho positivo, de disociación de la propiedad del suelo y la construcción efectuada en el mismo, pueden considerarse las siguientes:

- Derecho de superficie.
- Censo enfiteútico.

Hay otras figuras estrechamente relacionadas con el Derecho de superficie, que aún partiendo de tal disociación temporal —con reservas en cuanto a la segunda que citamos— desembocan en un régimen de propiedad horizontal, que son:

- El derecho de elevación o de levante.
- La cesión del dominio del suelo para edificar como condición resolutoria.

2.2. LA ACCESIÓN DE INMUEBLES EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

La cuestión de la consolidación o confusión de derechos sobre suelo y vuelo se rige en principio por la regla «superficies solo cedit», enunciada en el artículo 358 del Código Civil. Ahora bien, dicha regla ha tenido excepciones expresas y tácitas en el propio cuerpo legal.

Antes de la reforma de 7 de julio de 1981, se preveía de forma expresa, en el artículo 1.404, un supuesto de inversión del principio, convirtiéndolo en «solo cedit superficies». Ocurría así cuando la sociedad conyugal construía en suelo propio de uno de los cónyuges. En este supuesto, vuelo y suelo tenían el carácter de «gananciales», abonándose el valor del suelo al cónyuge a quien pertenezca.

Es interesante hacer constar las siguientes opiniones doctrinales favorables a esta solución, más que nada porque debilitan el carácter dogmático, casi un «tabú», que tal principio tiene en nuestra general doctrina.

GARCÍA GOYENA funda la excepción al principio normal de la accesión en consideraciones de interés público, que aconsejan promover la edificación, sobre todo en las capitales y grandes poblaciones. Dando la seguridad de que se reputarán gananciales al concluir la sociedad conyugal, el edificio y el suelo donde se encuentre, se favorece la construcción con caudal común en solar privativo de uno de los cónyuges.

MANRESA añade que aunque el edificio no pueda subsistir sin el suelo, *tiene siempre mucho más valor* e importancia que éste, por lo que, si la doctrina del párrafo segundo del artículo 1.404 no se conforma con los principios, *satisface más la razón*. Más adelante veremos como esta opinión concuerda y anticipa la actual concepción de la propiedad del suelo, totalmente configurada *ex novo* desde la Ley general urbanística de 12 de mayo de 1956.

Según BONET no se da, en dicho precepto del Código Civil, un derecho de superficie sino un caso de «accesión inversa», *tal como lo ha configurado la jurisprudencia italiana en caso de tener el suelo más valor que el suelo*.

Ahora bien, la Ley 30/1981, de 7 de julio, ha modificado el régimen económico del matrimonio y derogado el artículo en cuestión, estableciendo el nuevo artículo 1.359 un derecho al reembolso del valor satisfecho por la sociedad conyugal o un cónyuge en bienes privativos, más el aumento de valor que los bienes tengan por razón de la mejora. Pretende volverse con ello a la accesión normal, olvidando sin embargo que la regulación del derecho de propiedad del suelo ya no está en el Código Civil, sino en las leyes urbanísticas. Persiste no obstante el valor de ejemplo del antiguo artículo 1.404, de larga vigencia.

Otra excepción al principio tradicional de la accesión de inmuebles, la ve GULLÓN BALLESTEROS en el derecho de superficie, al que luego nos referiremos. Considera GULLÓN que dicho derecho implica «una evidente derogación al principio reconocido en nuestro Código Civil en su artículo 358», afirmando que supone una renuncia al derecho de accesión hecha por el propietario del suelo ajeno en favor del superficiario. También opina que el Código Civil permite la constitución del derecho de superficie por el «enfiteuta», lo que asimismo constituye una derogación del principio de accesión *que puede realizar el propio enfiteuta* autorizando una construcción que debía ser de su propiedad según las normas sobre la materia (art. 1.632 del Código Civil, según el cual el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y *sus accesiones*).

No parece, no obstante, acertada la opinión de GULLÓN BALLESTE-

ROS, teniendo en cuenta que en el derecho de superficie la propiedad del vuelo vuelve siempre al propietario del suelo al término de la duración del derecho. Se trata por tanto de una situación transitoria, aunque de larga duración, y de una derogación únicamente temporal del derecho de accesión tradicional.

La propia regulación del Código Civil contiene otra excepción genérica al principio tradicional de la accesión de inmuebles, puesto que puede quebrar voluntariamente cuando la construcción en suelo ajeno se hace de buena fe —supuesto del que partimos aquí, ya que la construcción se autoriza en un contrato del tipo que sea—; así, el artículo 361 del Código Civil establece:

«El dueño del suelo en que se edificare..., tendrá derecho a hacer suya la obra... previa la indemnización establecida en los artículos 453 y 454, o a obligar al que fabricó... a pagarle el precio del terreno...»

Voluntariamente cabe, por tanto, invertir la regla y parece claro que, partiendo de un contrato, el dueño del suelo puede renunciar al derecho a hacer suya la obra y pactar, para el supuesto de incumplimiento, que el suelo pase, en condiciones también pactadas, al que realizó la construcción. Como hemos visto antes, GULLÓN BALLESTEROS está de acuerdo, como no podía ser menos, con la posibilidad de derogación voluntaria del derecho de accesión del vuelo a favor del titular del suelo.

El repaso a la normativa y doctrina civil, siquiera sucinto, era obligado en este estudio para reforzar el punto de vista que se mantiene, dado el sentido reverencial imperante respecto al Derecho común.

Sin embargo, actualmente se abre paso la opinión doctrinal de que el derecho de propiedad precisa una profunda revisión a la vista de las leyes urbanísticas. Las numerosas revisiones del Código Civil, generalmente accesorias e intranscendentes, precisan complementarse con una reconsideración en profundidad de los preceptos consagrados a la propiedad inmobiliaria.

Autores como GARCÍA ENTERRÍA y PAREJO ALFONSO, son de la opinión de que, a partir de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956, la regulación del derecho de propiedad del Código Civil ha sido derogada totalmente, en lo que respecta a la propiedad inmueble y al derecho de edificar. Y la opinión no puede ser más acertada si se examinan aquella Ley y su modificación de 2 de mayo de 1975 que ha dado lugar al texto refundido de 9 de abril de 1976.

Según dichos autores, la Ley del Suelo de 1956 configuró ya la ordenación urbanística como función pública, lo que supuso la *publicatio* del

ámbito delimitado por la transformación, aprovechamiento y utilización del suelo más allá de lo que se deriva directamente de su naturaleza propia, dejando reducido el derecho de propiedad a su contenido nuclear de uso y disfrute del bien conforme a su naturaleza intrínseca. Dicho texto legal, si bien no vino a alterar la preexistente definición legal genérica de aquel derecho, contenida en el artículo 348 del Código Civil, sí sustituyó, *derogándola*, la regulación civil del mismo cuando recae sobre el bien inmueble, tierra o suelo, establecida en el artículo 350 del citado Código, por una nueva regulación material de dicho contenido que responde a la especial estructura de la ordenación urbanística.

A la redacción del artículo 350, según el cual, el propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones *que le convenga...*, se opone frontalmente el artículo 61 de la Ley del Suelo, hoy 76 del Texto Refundido vigente, al señalar éste:

«Las facultades del derecho de propiedad se ejercerán dentro de los límites y con el cumplimiento de los deberes establecidos en esta Ley o, en virtud de la misma, por los Planes de Ordenación, con arreglo a la clasificación urbanística de los predios.»

Dicho precepto se complementa con la declaración del artículo 70 de la Ley de 1956, reiterada en el 87.1 del vigente texto, según el cual:

«La ordenación del uso de los terrenos y construcciones enunciada en los artículos precedentes no conferirá derecho a los propietarios a exigir indemnización, por implicar meras limitaciones y deberes que definen el contenido normal de la propiedad según su calificación urbanística.»

DÍEZ PICAZO ha visto certeramente la evolución del contenido jurídico de la propiedad, señalando que ha producido una inversión de la relación existente entre la tierra y las construcciones... La concepción romanista definía esta relación a través de la máxima «superficie solo cedit», que todavía hoy recoge el artículo 358 del Código Civil. Hay una especie de *vis* atractiva del suelo sobre lo establecido en él. *Hoy tiene que admitirse que el suelo posee un puro valor instrumental*. El suelo es un puro elemento de radicación o localización. Esto es perfectamente claro respecto de las construcciones o edificaciones destinadas a viviendas, a usos industriales, a instalaciones recreativas o de cualquier otro tipo de actividad análoga. Es también claro en el suelo rústico. El suelo rústico es sólo un punto de localización de una empresa agraria. Si esto es así, tendremos que admitir dos cosas que parecen extraordinariamente im-

portantes. La primera es que *no es el suelo el valor fundamental y el que debe tener la vis atractiva, sino la capacidad de crear riqueza sobre él*. En segundo lugar, que el hecho de que un suelo determinado sea un punto óptimo o un punto ventajoso para la radicación de una empresa social *de cualquier tipo* no es nunca una obra individual, sino una obra social.

Parece por tanto clara la crisis del principio tradicional de accesión de inmuebles regulado en el Código Civil, que hoy día, para ser coherente con la nueva configuración de la propiedad, debería modificarse sustancialmente. En este sentido es un retroceso y un anacronismo la derogación del artículo 1.404 del Código Civil que hemos comentado al principio.

Con mayor razón ha de admitirse sin ninguna duda, la derogación voluntaria, a través de la contratación, del referido Derecho, que sirve de punto de partida a este estudio, puesto que es admisible partiendo de la mera normativa del Código.

2.3. ESTUDIO DE LAS DISTINTAS FIGURAS JURÍDICAS

2.3.1. *El derecho de superficie*

Pasando ya al examen de las figuras disociadoras del dominio sobre suelo y vuelo, veamos en primer lugar el derecho de superficie.

Dicha institución, con tradición jurídica en nuestro Derecho, carece de regulación positiva hasta la aparición de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956. Existe sin embargo polémica doctrinal sobre la existencia de dos regulaciones del derecho de superficie, una de Derecho común y otra de Derecho especial (la de la Ley del Suelo). La cuestión tiene un interés secundario para este estudio pues, como veremos, la normativa que nos afecta es la urbanística.

Ahora bien, estima el que suscribe, que tal doble regulación no existe y que realmente lo que hace el Código Civil en sus artículos 1.611 y 1.655, es enterrar la figura en una labor de síntesis y limpieza general de las muchas de este tipo fruto de la dispersión foral.

Así, el artículo 1.611, dentro de las disposiciones generales relativas a los censos y en concreto a la *redención de los constituidos antes de la promulgación del Código*, se limita a señalar que la redención del dominio en los derechos de superficie se regulará por una Ley especial, marcando con ello el final de la vida jurídica de esta institución, dado lo que luego establece el artículo 1.655. Este precepto, al regular los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga —y hay que entender aquí incluidos los derechos de superficie dados los términos del artículo 1.611— *constituidos después del Código*, los equipara a la enfitéu-

sis si se constituyen por tiempo indefinido y al arrendamiento si son temporales, puesto que dice: «... se *entenderán* como arrendamientos...»

Esta interpretación de los preceptos indicados es consecuente con lo dispuesto en la Base 26 de la Ley de 11 de mayo de 1888, de la que se desprende la intención del legislador de terminar con la disociación de la propiedad provocada por dichas figuras,

«... mediante la reunión de los dominios en los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, constituidos sobre la propiedad inmueble.»

Tal propósito lo encomienda dicha Base a una Ley especial y esto lo recoge el artículo 1.611 del Código Civil.

Abona esta tesis la propia historia de la codificación, que incluso pretendió en un principio suprimir la «enfitéusis» —Proyecto de 1851—, siendo posteriormente muy criticado el Código por incluir dicha institución.

Es cierto que la jurisprudencia y la doctrina han pretendido resucitar la institución del derecho de superficie, con base en el principio de libertad de pacto, en menciones aisladas y no sustantivas de otras disposiciones —como el artículo 107 de la Ley Hipotecaria, etc.—, pero esto no es más que una manifestación de la gran inercia de las instituciones jurídicas y de cierta tendencia de los juristas al bizantinismo.

La realidad es que el derecho de superficie lo resucita la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y que su única regulación válida positiva en la actualidad se contiene en el Texto Refundido de 9 de abril de 1976, que modifica sustancialmente la regulación anterior, y en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario —según Decreto de 17 de marzo de 1959—, si bien este precepto, que desarrolló la regulación de la Ley del Suelo de 1956, no puede desligarse del actual contenido de la Ley del Suelo reformada de 1975 y por tanto debe considerarse modificado por esta nueva regulación sustantiva. Sobre este último precepto del Reglamento Hipotecario volveremos luego al examinar otras figuras, debiendo señalarse ahora que desarrolló correctamente la Ley del Suelo al configurar una variedad del derecho de superficie no contemplado directamente por ésta, la que resulta no sobre suelo sino sobre o bajo construcciones existentes.

Entrando en las características actuales del derecho de superficie hay que decir, en primer lugar, que se configura como *institución urbanística*, justificándose su revitalización como instrumento al servicio del desarrollo urbano; recordemos al respecto la glosa que hemos hecho de GARCÍA GOYENA y la opinión de JERÓNIMO GONZÁLEZ en *El derecho real de superficie*, publicado en 1922, según el cual este derecho,

«... es uno de tantos medios utilizados para resolver el problema de la vivienda, que ahora entra en una fase aguda... problema eminentemente social, de cuya solución depende... el más equitativo reparto natural de la «plusvalía» de los terrenos urbanizables, que las legislaciones del pasado, atribuyeron al propietario exclusivamente.»

De forma que la normativa de la Ley del Suelo sobre este derecho es imperativa cuando se trata de construcciones urbanas; así se desprende del actual artículo 117.1 de la Ley del Suelo cuando determina que podrá constituirse,

«... con destino a la construcción de viviendas, servicios complementarios, instalaciones industriales y comerciales y otras edificaciones *determinadas en los Planes de ordenación...*»

Como las actividades de las Sociedades de *Leasing* se desarrollan en su casi integridad en núcleos urbanos y por tanto con sujeción a la normativa y planeamiento urbanísticos, del que ninguna ciudad española importante se encuentra hoy al margen, es indudable que la regulación de la Ley del Suelo sobre el derecho de superficie es la que preponderantemente interesa a los efectos de este estudio.

En segundo lugar, el mismo precepto de la Ley del Suelo sienta el principio de prioridad de la Ley sobre la voluntad de los contratantes, lo que elimina la libertad de pacto en cuestiones reguladas por la Ley del Suelo —siguiendo en esto la tónica de la Ley anterior— al establecer:

«... y se regirá por las disposiciones contenidas en esta Sección, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado.»

La cuestión quedó clara en el proceso de elaboración de la Ley, en el informe de la Ponencia de la Comisión de Vivienda de las Cortes que estudió el Proyecto, al examinar las enmiendas al artículo 157 (hoy 171 del Texto Refundido), señalando que:

«... en el orden jerárquico de normas por las que se rige el Derecho, las contenidas en esta Ley priman sobre el título constitutivo.»

Partiendo de dicho principio deben examinarse las determinaciones concretas de la regulación del derecho de superficie.

Constituye determinación esencial la *imperativa obligación de construir en el plazo señalado por el Plan* (art. 173), aunque se hubiese pactado un plazo mayor —«... norma que siempre primará», según señaló en su informe la citada Ponencia—, *cuyo incumplimiento extingue el derecho sin indemnización al superficiario*.

Es obvia la importancia que tal determinación legal tiene para la actividad de las S. de L. en estos casos. Ahora bien, entiende el Letrado que suscribe que la rigidez del precepto no impide, puesto que la Ley del Suelo lo permite en sus artículos 154, etc., *la prórroga de dichos plazos* señalados en el planeamiento, pudiendo obtenerla el superficiario de los órganos urbanísticos siempre que se fundamente en una justa causa, en la fuerza mayor o en la imposibilidad del cumplimiento, cuando ésta no dependa del superficiario —ejemplo típico constituye la demora en otorgarse por la Administración municipal la necesaria licencia de construcción—, así opina, entre otros, DE LOS MOZOS.

Igualmente esencial es la previsión de los artículos 172.3 y 173.2, según los cuales se produce la *reversión total de lo edificado al dueño del suelo al extinguirse el derecho por transcurso del plazo para el que se constituyó, sin indemnización alguna por dicha construcción*. Respecto de esta cuestión, la citada Ponencia rechazó expresamente enmiendas que propugnaban la indemnización de lo construido por su valor en el momento de la reversión, en los siguientes términos:

«La Ponencia considera que las enmiendas no deben ser aceptadas, pues se trata de configurar el derecho de superficie de manera que el propietario (del suelo) ceda la propiedad (del vuelo) con la expectativa de adquirir lo edificado en su totalidad, creando así los presupuestos económicos para que esta figura pueda ser una nueva posibilidad.» (El texto dice «deje de ser» en vez de «pueda ser», pero es evidente el error material padecido.)

Asimismo rechazó la Ponencia una enmienda que proponía la posibilidad de redimir el derecho de superficie, consolidando a favor del superficiario el dominio del suelo y vuelo, por considerar que

«... era contrario a los principios y supuestos bajo los que se pretendía configurar este derecho.»

Desde dichos presupuestos legales, claramente afirmados por la interpretación auténtica, es dudoso que pueda pactarse en el contrato puro de superficie la inversión del principio de accesión a favor del superficiario, dado además el fortalecimiento de dicho principio en la reforma del Código Civil de 7 de julio de 1981 antes citada.

También parece dudosa la compatibilidad del derecho de superficie con un pacto de arrendamiento financiero, puesto que es esencial a este contrato el establecimiento de una opción final de compra por un valor residual de la construcción (art. 19 del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero y art. 2.º del Real Decreto 1.669/1980, de 31 de julio) y ya hemos visto como en el derecho de superficie urbanístico la construcción se adquiere gratuitamente al término de duración del derecho de superficie constituido. Además, hay que tener en cuenta que el ejercicio de la opción de compra es potestativo del arrendatario en las operaciones de arrendamiento financiero (art. 25.5 del citado Real Decreto-ley).

Sin embargo, estima el Letrado que suscribe, que ambos derechos *podrían compatibilizarse*, teniendo en cuenta que según el artículo 173.4 de la Ley del Suelo cabe que, por causa distinta a la extinción por incumplimiento del superficiario del plazo de construcción o transcurso del término de duración del derecho, *puedan reunirse en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario*. Se produciría entonces la extinción del derecho de superficie por consolidación o confusión, y ésta es posible, pues la Ley no distingue, tanto a favor de un tercero como del propietario del suelo o el superficiario.

Así, siendo enajenable el derecho de superficie y la construcción realizada, por el superficiario (art. 171.1 de la Ley del Suelo), así como el dominio del suelo, ambos dominios pueden reunirse sin duda en una tercera persona.

De igual forma puede el superficiario adquirir el dominio del suelo de su titular, voluntariamente, puesto que no cabe la redención.

Y también puede el dueño del suelo *anticipar la adquisición de la construcción*, con carácter oneroso, al transcurso del plazo de duración del derecho, *puesto que la adquisición gratuita sólo se produce necesariamente si dicho plazo se agota*. El establecimiento de un pacto de esta clase debe reputarse lícito, pues no contradice ni la letra ni el espíritu de la institución, y en el mismo cabría incluso acordar la inversión del principio de accesión para el supuesto de incumplimiento por el propietario del suelo.

En consecuencia se estima posible articular una operación de este tipo sobre el siguiente esquema:

- Constitución de un derecho de superficie a favor de la S. de L., que puede hacerse gratuitamente (art. 172 de la Ley del Suelo) y por un plazo determinado. El plazo de construcción no precisa pacto expreso cuando se derive de la normativa urbanística, salvo que se pretenda uno de inferior duración al señalado por el planeamiento, y sería prorrogable por causa justificada y con autorización, en su caso, de los órganos urbanísticos.

- Contratación de arrendamiento financiero de la construcción que se realice por la S. de L., siempre con un plazo de amortización inferior al de duración del derecho de superficie, siendo posible por tanto suscribir la correspondiente opción de compra. En este contrato cabría precisar cuestiones como la adquisición pactada del suelo por incumplimiento del propietario del suelo.

Las cuestiones de compatibilización de ambos derechos, no encuentran obstáculo insuperable en la normativa que hemos analizado, aunque posiblemente sería conveniente que fuesen precisadas en una norma de rango reglamentario.

2.3.2. *El censo enfiteútico*

La figura del censo enfiteútico, basada en la división de dominio directo y dominio útil, ambos inscribibles en el Registro de la Propiedad, pero que realmente consiste en una mera transmisión de la propiedad de una finca mediante contraprestación de una pensión anual, es perfectamente aplicable a la propiedad urbana. Según PELLA este derecho ha contribuido enormemente al impulso de la edificación en Cataluña y a él se debe el crecimiento de Barcelona.

Sin embargo no parece que pueda resolver los problemas objeto de esta consulta, centrada sobre todo en garantizar el dominio de la construcción por la S. de L. para que pueda cederla en arrendamiento financiero al dueño del suelo.

En primer lugar, tanto en el censo general como en el enfiteútico, es característico de su naturaleza jurídica la *cesión perpetua o por tiempo indefinido* del inmueble (arts. 1.608 y 1.655 del Código Civil), debiendo, si fuesen temporales, estimarse arrendamientos (art. 1.655 del Código Civil), con lo que queda irresuelta la adquisición del dominio del suelo por la S. de L., que no puede por tanto transmitirlo. Siendo la cesión por tiempo indefinido es claro que el anterior dueño del suelo no puede recuperarlo a través del contrato de arrendamiento financiero.

Es cierto que cabe la redención del censo en cualquier tiempo, siempre que no se limite por pacto, pero este derecho consolida el dominio directo y útil a favor del censatario enfiteuta (la S. de L.) si acudiese a esta figura; para que se produjese dicha consolidación a favor del censalista, resolviendo el problema de la recuperación del dominio útil con sus mejoras (lo construido) es necesario acudir al comiso, que tiene carácter penalizador (condición resolutoria) y no puede ser pactado. Esta consolidación cabría también a través de otro tipo de condición resolutoria, así como por renuncia del enfiteuta (cuya admisibilidad se discute por la

doctrina), desvirtuando notoriamente el derecho, con peligro de nulidad o calificación jurídica diferente.

Es también requisito esencial a la constitución de este derecho el señalamiento de pensión (art. 1.629 del Código Civil) sin que pueda, a diferencia del derecho de superficie, constituirse gratuitamente.

No parece por tanto que esta figura jurídica pueda resolver la problemática que se plantea con mayor facilidad que el derecho de superficie.

2.3.3. *Derecho de levante*

En relación con el derecho de elevación o levante, que autoriza a elevar plantas sobre un edificio o a realizarlas bajo el mismo, parece obvio que se parte de la preexistencia de una construcción objeto de la propiedad del dueño del suelo o de propiedad horizontal.

Su regulación se encuentra en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario al que ya se ha hecho referencia, configurándose como un derecho a utilizar para construir el espacio aéreo situado sobre una construcción o el subsuelo de la misma. El citado precepto desarrolla dos especies de este derecho, una como variedad del derecho de superficie (apartado primero) y otra sin dicho carácter (apartado segundo).

En el supuesto de variedad del derecho de superficie es claro que se le aplicarán las reglas actualmente derivadas de la Ley del Suelo, no las establecidas en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, párrafo primero, puesto que deben estimarse modificadas por el actual Texto Refundido de aquella Ley. En consecuencia reiteramos lo indicado anteriormente para el derecho de superficie.

La segunda categoría, excluida por el artículo 16 del Reglamento Hipotecario de la normativa del derecho de superficie, es realmente un contrato de propiedad horizontal, de duración indefinida.

La aplicabilidad de ambas especies de derecho de levante al supuesto que nos ocupa es clara, pues nada impide que la construcción añadida o bajo otra ya existente o sobre la misma, sea cedida en arrendamiento financiero al dueño de ésta, pero no parece que constituya el supuesto normal de la problemática que estudiamos. No obstante, hay que tenerla en cuenta como posibilidad en algún caso concreto.

Hay que señalar que en ambas especies de este derecho es preciso constituir un régimen de propiedad horizontal que articule las relaciones jurídicas entre construcciones de distinto dueño. En el primer supuesto dicho régimen será temporal, en tanto no transcurra el plazo por el que se constituyó el derecho de superficie o en tanto se adquiere la nueva construcción por el arrendatario financiero. Adquirida la nueva construcción desaparece, en el supuesto normal, la propiedad horizontal, consoli-

dándose el dominio sobre suelo y vuelo en el primitivo propietario. La propiedad horizontal, en este primer supuesto, no incluirá entre los elementos comunes el suelo de la finca que seguirá perteneciendo al primitivo propietario.

En el segundo supuesto debe incluirse el suelo como elemento común en el Régimen de Propiedad Horizontal que se constituya, volviendo a consolidarse el dominio del suelo y la totalidad de la construcción a través del pacto de arrendamiento financiero. En este sentido entronca con la figura que seguidamente examinamos.

2.3.4. *Cesión del dominio del suelo con obligación de edificar*

Existe por último la posibilidad de acudir a la figura jurídica de cesión del dominio del suelo con la obligación de edificar en plazo determinado, que operaría como condición resolutoria, y la contraprestación de adquirir el cedente, en pago, parte de lo construido. Evidentemente, el constructor, la S. de L. en este caso, adquiere la propiedad de lo edificado y la correspondiente cuota de copropiedad del suelo puesto que su articulación sería también, como en los casos del epígrafe anterior, la constitución temporal de una propiedad horizontal. Lógicamente habría de suscribirse simultáneamente un contrato de arrendamiento financiero por el que el cedente del suelo para edificar volviese a consolidar el dominio total del inmueble en su momento.

Esta figura jurídica carece de las limitaciones legales a que está sujeto el derecho de superficie, pero en realidad opera de la misma forma que la variedad o especie de éste regulada en el artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al derivar en un Régimen de Propiedad Horizontal, siquiera de carácter temporal dada su combinación con el arrendamiento financiero. Es indudable, no obstante, que al transmitirse el dominio del suelo queda excluido de las normas rígidas señaladas en la Ley del Suelo. De esta forma no ofrece duda que el plazo de construcción puede pactarse al margen de la normativa urbanística —si bien no hay que olvidar que ésta obligará en todo caso, con la consiguiente posibilidad de prórroga ya aludida— y con fórmulas flexibles como puede ser su iniciación a partir de la obtención de la licencia de construcción. De igual forma puede pactarse la adquisición por la S. de L. del dominio total de suelo y vuelo en caso de incumplimiento por el cedente-arrendatario.

2.4. CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta el objetivo práctico de este estudio, parece lo más prudente ceñirse, como hemos hecho, a las figuras jurídicas legalmente

admitidas, sobre todo teniendo en cuenta la corriente doctrinal dominante (J. GONZÁLEZ, ROCA SASTRE, etc.), que rechaza la autonomía de la voluntad en la creación y configuración de derechos reales. Los sistemas jurídicos en que generalmente se admite la doctrina contraria, como el francés, no pueden por ello facilitar soluciones útiles. La legislación francesa que se ha manejado para contrastar este estudio se limita a utilizar el censo enfiteútico y a articular un rudimentario derecho de superficie, a partir de los cuales se ha de desenvolver la autonomía de la voluntad de los interesados.

Partiendo de tal premisa y como conclusión, estima el Letrado que suscribe que cualquiera de las figuras estudiadas, salvo el censo enfiteútico, podrían resolver los problemas planteados en este estudio, con preferencia el derecho de superficie en su doble modalidad, pura o como derecho de levante, dada la posibilidad de su constitución con carácter gratuito eludiendo por tanto la necesidad de ceder en pago parte de lo construido. La utilización de dicha institución jurídica puede hacerse partiendo de la normativa vigente, la de la Ley del Suelo, en la forma que se ha especificado en el epígrafe 2.3.1, pero, no obstante, la cuestión quedaría más expedita si pudiese gestionarse una norma general que no tiene que tener necesariamente rango de Ley, sino mero carácter reglamentario, Real Decreto por tanto y si se considerase que su objetivo es simplemente aclaratorio, como en definitiva estima el que suscribe, Orden Ministerial. Con independencia de lo dicho, entendemos que deberían incorporarse las correspondientes modificaciones al Reglamento Hipotecario como se ha hecho en otras ocasiones con figuras acuñadas por la práctica.

Ciñéndonos a lo expuesto, en el siguiente apartado se desarrolla un modelo de contrato sobre la base del derecho de superficie.

3. MODELO DE CONTRATO QUE SE PROPONE

El modelo de contrato que se inserta a continuación, desarrolla el supuesto propuesto por A., S. A. sobre los siguientes datos:

- Edificio a construir según memoria con un presupuesto de cincuenta millones de pesetas.
- Solar con un valor teórico de 10.000.000 de pesetas.
- Plazo del arrendamiento financiero, siete años.
- Valor residual de un 2 %; se cifra en 2.016.000 pesetas.
- Valor del arrendamiento: 1.200.000 pesetas/mes durante ochenta y cuatro meses.
- Duración de la construcción, diez meses.

CONTRATO DE CESION DEL DERECHO DE SUPERFICIE Y ARRENDAMIENTO FINANCIERO DE LA CONSTRUCCION RESULTANTE

En Madrid, a

Ante mí don... Notario...

COMPARECEN:

De una parte don... mayor de edad, etc....

Y de otra don... mayor de edad, etc....

El primero en su propio nombre y derecho y el segundo como Consejero-Delegado de A., S. A. (LEASING), constituida por escritura...

Su representación resulta de... que uno a la presente para testimoniar en sus copias.

Tienen a mi juicio capacidad legal suficiente para otorgar esta escritura de cesión del derecho de superficie y arrendamiento financiero de la construcción resultante.

EXPONEN:

I. Que don... es dueño de la siguiente finca:

«Solar en Madrid, calle... n.º..., de... metros cuadrados de superficie, etc.»

Fue adquirido por don... por compra mediante escritura...

Libre de cargas y gravámenes.

Su valor es de 3.000.000 de pesetas.

II. Según cédula urbanística expedida por la Gerencia Municipal de Urbanismo del Ayuntamiento de Madrid el..., sobre dicho solar puede construirse una edificación de cinco plantas, con destino a locales comerciales y oficinas, de acuerdo con el Plan Parcial de Ordenación del Polígono... aprobado el...; dicha construcción habrá de iniciarse en el plazo de cinco años a partir de la aprobación de la normativa urbanística indicada y continuarse a ritmo normal hasta su terminación. Copia de dicha cédula urbanística, averada por mí, que ha sido aportada por don..., se une a esta matriz para ser testimoniada en sus copias.

III. Y habiendo convenido los comparecientes, el segundo en la representación que ostenta, la concesión de un derecho de superficie sobre el solar indicado en el expositivo I y el arrendamiento financiero de la construcción a realizar en el mismo, al efecto,

OTORGAN:

Primera.—Don... cede a A., S. A., con carácter gratuito, el derecho de superficie sobre el solar descrito en el expositivo I de esta escritura, con destino a la construcción de un edificio para locales comerciales y oficinas. Este derecho tendrá de duración un plazo de diez años, transcurridos los cuales lo edificado en el descrito solar, pasará a ser propiedad de don..., sin derecho a indemnización alguna para el superficiario, cancelándose todos los derechos reales y personales impuestos por éste.

Segunda.—El superficiario se obliga a construir en el solar descrito un edificio de las siguientes características, según proyecto propiedad de don..., que lo aporta, redactado por el Arquitecto don..., que se une a la presente:

(... características del Proyecto...)

El presupuesto de construcción según dicho Proyecto es de 50 millones de pesetas.

El indicado proyecto cuenta con licencia municipal de construcción, concedida por el Ayuntamiento de Madrid el..., expediente n.º..., y por tanto en plena vigencia, de la que se une copia adverbada por mí a la presente, aportada por don...

Tercera.—La construcción para la que se concede el derecho de superficie indicado, habrá de realizarse en el plazo máximo de dos años, contados a partir del presente otorgamiento.

Ahora bien, el indicado plazo deberá prorrogarse por justa causa, fuerza mayor o imposibilidad de cumplimiento por causas ajenas a la voluntad del superficiario, con el límite señalado en la normativa urbanística que resulta de la cédula reseñada en el expositivo II de esta escritura. Para la justificación de dichas causas, las partes, con renuncia a la jurisdicción de los Tribunales, acuerdan someter al arbitraje privado la determinación de su concurrencia, debiendo actuar como Arbitro, que fallará con arreglo a su leal saber y entender, un Perito, Doctor Arquitecto, designado de mutuo acuerdo por los contratantes, previa insaculación de seis nombres.

Asimismo, cabrán las prórrogas de los plazos señalados en la normativa urbanística por las causas establecidas en los artículos 154 y siguientes del vigente Texto Refundido de la Ley de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, siempre que sean autorizadas por los órganos urbanísticos competentes.

Los nuevos plazos, una vez acordados o concedidos, en su caso, habrán de hacerse constar en escritura pública para su inscripción en el Registro de la Propiedad, sin que ello constituya novación de la concesión del derecho de superficie.

Cuarta.—El superficiario podrá verificar actos de enajenación y gravamen de su derecho, aunque no hubiese iniciado la edificación.

Quinta.—Si por cualquier causa que no sea la extinción del derecho de superficie por transcurso del plazo de su duración, se reunieren en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

Sexta.—El derecho de superficie concedido deberá ser inscrito en el Registro de la Propiedad para su eficaz constitución.

Séptima.—Por su parte, A., S. A., cede a don..., en arrendamiento financiero, conforme se regula en el Real Decreto-ley 15 de 1977, de 25 de febrero, y Real Decreto 1.689 de 1980, de 31 de julio, y disposiciones concordantes, la construcción objeto de este contrato, por un plazo de siete años, señalándose una cuota mensual de 1.200.000 pesetas, a pagar por don... por meses vencidos y una opción de compra al término de dicho período, por un precio de 2.016.000 pesetas.

Dicho arrendamiento financiero se perfeccionará en el mismo momento de inscribirse en el Registro de la Propiedad la declaración de obra nueva terminada, iniciándose en dicho momento el cómputo del primer mes a efectos de pago de la cuota de arrendamiento.

Octava.—Como garantías del pago de las cuotas del arrendamiento, se establecen las siguientes:

1.^a El compromiso de venta forzosa que adquiere don... en favor de A., S. A., del solar sobre el que se concede el derecho de superficie y se realizará la construcción cedida en *leasing*, totalmente libre de cargas, a cuyo efecto se señala como precio el de 3.000.000 de pesetas designado como valor del solar en el expositivo I de esta escritura. Podrá efectuarse dicha venta forzosa en el momento en que deje de abonarse una de las cuotas de arrendamiento, realizándose el pago por entregas parciales iguales, sin acumulación de intereses, en tantos meses como

cuotas de arrendamiento resten por satisfacer, liberándose previamente, con cargo al precio, las cargas que pudieran haberse impuesto sobre el solar por el dueño del mismo.

2.^a Asimismo, la falta de pago de cualquier cuota mensual o del precio residual señalado para la opción de compra, dará lugar a la resolución del contrato de arrendamiento financiado, haciendo suyas A., S. A., las cuotas percibidas.

El arrendatario podrá evitar la resolución y venta forzosa pagando lo adeudado aún después de vencido el plazo, siempre que no haya sido requerido para ello por acta notarial y transcurrido el plazo reglamentario para contestarla, sin haber efectuado el pago.

Novena.—A los exclusivos efectos del compromiso de venta forzosa establecido en la cláusula anterior, don... otorga mandato irrevocable a A., S. A., para cuyo ejercicio deberá justificar el requerimiento notarial y la falta de pago, dentro del plazo de contestación indicado en el párrafo último de dicha cláusula, que habrán de recogerse íntegramente en la escritura correspondiente.

Décima.—Los otorgantes convienen y solicitan la inscripción en el Registro de la Propiedad de los pactos consignados en esta escritura.

Undécima.—Todos los gastos, arbitrios, contribuciones e impuestos derivados de esta escritura o que por razón de los pactos contenidos en la misma procedan, serán de cuenta de las partes con arreglo a la Ley.

Los derivados de la condición resolutoria y la cancelación en su día serán de cuenta del arrendatario.

Se hace constar que la transmisión del edificio al término del arrendamiento financiero, no está sujeta al impuesto de transmisiones patrimoniales por constituir acto habitual de la sociedad transmitente, conforme a lo dispuesto en el artículo 7.º-5 del Reglamento de Impuesto, ni, por igual razón, la condición resolutoria establecida en la cláusula octava de esta escritura.

Así lo otorgan...

4. COMENTARIOS AL MODELO DE CONTRATO PROPUESTO

El contrato que se propone, transcrito en el epígrafe anterior, regula las dos relaciones contractuales, en primer lugar la cesión del derecho de superficie, y en segundo el arrendamiento financiero de la construcción.

La regulación del derecho de superficie se efectúa sobre las bases mínimas exigidas por la Ley del Suelo como garantías del *dominus soli*, pero se hace especial hincapié en las garantías del superficiario.

Especialmente se cuida que la construcción que se compromete a realizar el superficiario se adecúe a la normativa urbanística y para ello se pide al dueño del suelo la aportación de la cédula urbanística y de la licencia de construcción de un Proyecto encargado por él, supuesto que parece lógico puesto que va a adquirir la construcción resultante.

Asimismo se toman las precauciones adecuadas en cuanto al plazo de construcción, que es condición determinante en el derecho de superficie, pues su incumplimiento extingue el derecho sin indemnización para el superficiario, según hemos expuesto. Por ello se establece un plazo de dos años prorrogable por los procedimientos indicados en la cláusula tercera, a pesar de que se parte de una previsión de diez meses; se hace así para prever cualquier eventualidad y retraso corrientes en las obras. Al establecerse dos años prorrogables incluso sin intervención del dueño del suelo, parece sobradamente garantizado el superficiario, evitándose la caducidad automática del derecho de superficie.

La duración del derecho de superficie se establece en diez años a fin de que sea superior a la duración del contrato de *leasing*. De ninguna forma puede coincidir con la duración de este contrato, pues se perdería el valor o precio residual, ya que a la terminación del plazo por el que se concede el derecho de superficie, el dueño del suelo hace suya la construcción sin indemnización.

La única manera de compatibilizar los dos contratos es prever una adquisición anticipada a la terminación de dicho plazo, que de esta forma puede ser onerosa. En otro caso sería nula por ir contra la normativa del derecho de superficie.

Las cláusulas octava y novena garantizan sobradamente la adquisición del suelo por el superficiario —la S. de L.— en caso de fallar el pago de una cuota y en cualquier caso, en opinión del que suscribe, mejor que una opción de compra, por las siguientes razones:

- En primer lugar se establece la resolución por falta de pago de una cuota, con lo cual la S. de L. hace suyas las cuotas ya percibidas (cláusula octava, garantía 2.^a).
- En cuanto al solar, se establece un compromiso de venta forzosa que se puede hacer efectivo por la S. de L. al fallar el pago de una cuota con facilidad, puesto que en la cláusula novena se le otorga a estos efectos un mandato irrevocable por el dueño del suelo. La adquisición se haría por un valor inferior al teórico, que podría ser el indicado de 3.000.000 de pesetas, en el que se valora el solar en la escritura. La adquisición se hace además en tantos plazos como cuotas falten por pagar del arrendamiento financiero y sin intereses. Por otra parte, el precio indicado responde de las

cargas que haya podido imponer el dueño del suelo. Para ello únicamente hay que justificar la falta de pago en el plazo de contestación al requerimiento notarial que ha de hacerse cuando se produzca el impago de una cuota; hecho esto, puede otorgarse la escritura por la propia S. de L. a su favor, reteniendo el importe de las cargas que pueda haber impuesto el dueño del suelo.

Expositivo I.—La estabilidad de las complejas relaciones jurídicas que se establecen en el contrato, aconseja operar con las mayores garantías en cuanto a la edificabilidad y características de la edificación permitida en el terreno base de la contratación. Por ello debe ser siempre un solar edificable, de características urbanísticas perfectamente claras y libre de cargas.

La libertad de cargas y gravámenes ha de exigirse en sentido amplio. Según GULLÓN BALLESTEROS existe una obligación del concedente de dejar el terreno apto para la construcción. Si en el mismo existen obras, plantaciones, etc., que la dificulten o la impidan, los destruirá en la medida que reclame la superficie. Los gastos que se originen por este motivo serán satisfechos por el propietario del suelo, y no por el superficiario, ya que sobre aquél pesa la obligación de proporcionar el objeto del derecho real en condiciones de servir al uso a que se le destina.

Se plantea el problema de la constitución de gravámenes por el propietario del suelo después de conceder el derecho de superficie. Es obvio que este derecho lo mantiene el *dominus soli* si no se prohibiese contractualmente y hay que tener en cuenta que el pacto de prohibición de la constitución de gravámenes, como la prohibición de enajenar, no se consideran inscribibles en el Registro de la Propiedad. Claro que, tratándose del derecho de superficie posiblemente debería revisarse esa doctrina, puesto que dicho derecho, que se mantiene durante el tiempo en que se es titular de la propiedad superficiaria, lleva implícito el goce pacífico del mismo, a lo que se opondría la disponibilidad indiscriminada del suelo por parte de su propietario. Se trata por tanto de una cuestión muy conflictiva, por ello en la cláusula octava del contrato se incluye el compromiso de venta forzosa libre de cargas, autorizando la liberación de gravámenes con cargo al precio pactado.

Expositivo II.—Se trata de determinar en el mismo las condiciones legales señaladas para la edificación con las mayores garantías de certeza —certeza no muy frecuente, dada la complicada situación urbanística, con revisión y adaptación general del planeamiento a la nueva Ley del Suelo—, teniendo en cuenta la capital importancia que reviste en el derecho de superficie la construcción dentro del plazo pactado. La situación óptima de partida es el suelo urbano, debidamente urbanizado y sin obli-

gaciones urbanísticas pendientes, es decir, el solar como ya se ha indicado. Por ello es conveniente partir de un documento oficial que especifique la situación urbanística del terreno, que puede ser la «cédula urbanística» regulada por el artículo 63 de la Ley del Suelo vigente, o bien una certificación administrativa, dado que dicha cédula urbanística únicamente es de creación obligatoria para los Ayuntamientos en polígonos en vías de urbanización. De dicho documento debe resultar la condición de solar del terreno, sin obligaciones urbanísticas pendientes (como cesiones de suelo para viales, equipamiento y zonas verdes, obras de urbanización, etc.), aunque no se descarta que pueda operarse también en terrenos de este tipo bajo condiciones muy estudiadas y específicas.

Según el artículo 168.3 del Reglamento de Planeamiento Urbanístico (Real Decreto 2.159/1978, de 23 de junio), la cédula urbanística deberá especificar:

- a) Situación de la finca, con expresión de sus linderos y si está o no edificada.
- b) Plan de Ordenación o Norma Complementaria o Subsidiaria por cuyas determinaciones se encuentra afectada y fecha de aprobación.
- c) Clase y categoría de suelo en la que se halla enclavado, determinación clave en orden a la condición de solar.
.....
.....
- e) Uso e intensidad que tenga atribuida por el Plan o Normas (fundamental a efectos de concretar la posible construcción).

De dicha cédula urbanística resultará por tanto el Plan de Ordenación, Normas, Ordenanzas, etc., y su fecha de aprobación, que se prevé consignar en este expositivo II del contrato.

También deberá resultar de la misma cédula el plazo de construcción obligatorio, si está determinado. Este plazo puede ser reducido en el contrato, pero no ampliado, salvo que medie prórroga debidamente concedida (art. 173.1 de la Ley del Suelo). La cuestión de los plazos de edificación se regula en la vigente Ley del Suelo en sus artículos 154 y ss. En realidad la Ley únicamente señala plazos para «iniciar» la edificación —si no lo determina el Plan de Ordenación, será de dos años a partir del momento en que la parcela merezca la calificación de solar, o sea cuando esté urbanizada—. Sin embargo, los Planes de Ordenación y demás instrumentos de planeamiento y su ejecución (Proyectos de Reparcelación, Compensación, etc.), pueden señalar también plazos de terminación, según resulta de algunas disposiciones especiales como la Ley de 3 de diciembre de 1953 (Ley Castellana), cuyo artículo 5.º lo prevé expresa-

mente. Pues bien, el artículo 155 de la Ley del Suelo señala las circunstancias en que procede la prórroga por uno, dos o más años, y el Organismo que puede concederla, según su duración (Ayuntamiento, Comisión Provincial de Urbanismo y Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo, respectivamente).

Parece lógico, por último, que el propietario del suelo sea quien justifique la aptitud del mismo para la edificación que se pretende, por ello se ha previsto la aportación por dicho propietario de la referida «cédula urbanística».

Cláusula primera.—El derecho de superficie no tiene limitaciones de uso en cuanto a la construcción, siempre que sea la prevista en la normativa urbanística (art. 171.1 de la Ley del Suelo). No cabe, en cambio, la cesión del arrendamiento financiero para construcciones destinadas a viviendas. Dada la redacción del artículo 1.º del Real Decreto de 31 de julio de 1980, no cabría el arrendamiento financiero de las plantas comerciales de un edificio de uso mixto si contiene el de vivienda.

El plazo máximo de duración entre particulares del derecho de superficie es de noventa y nueve años (art. 173.1 de la Ley del Suelo). En todo caso el señalado en el contrato debe ser superior al período del arrendamiento financiero, a fin de que pueda formalizarse este pacto como adquisición voluntaria y anticipada de la construcción por el dueño del suelo, ya que si concluye el plazo señalado para el derecho de superficie, la adquisición de lo edificado por el dueño del suelo es de carácter gratuito (artículo 173.2 de la Ley del Suelo). La extinción de derechos reales y personales la establece el artículo 173.3 de dicha Ley.

Cláusula segunda.—La determinación de las características de la edificación a construir es sustancial en el derecho de superficie, que se constituye para esto, es decir para construir, en la forma prevista en el planeamiento (art. 171.1 de la Ley del Suelo). Según el artículo 16 del Reglamento Hipotecario debe establecerse, además del plazo de construcción, las características generales de la obra, su destino y el costo del presupuesto de construcción. Evidentemente, la mejor forma de concretar dichas circunstancias es contar con un proyecto de construcción que debe incorporarse al contrato, si bien no basta con hacer referencia al mismo y hay que describir las características principales en la escritura. Para VENTURA-TRAVERSESET, dichas características han de ser: número de plantas, viviendas —en este caso, locales de oficina o uso general de la planta correspondiente—, superficie y linderos de cada local, altura de la edificación en cada planta y superficie edificada.

La existencia de licencia de construcción para la edificación proyectada cierra el sistema de garantías sobre la adecuación a planeamiento y

características de la misma. Con un mismo planeamiento se pueden proyectar distintas construcciones, e incluso el proyecto puede no adaptarse a las normas, por eso es conveniente que exista licencia municipal de construcción para llevarlo a cabo, licencia que, además, debe estar vigente teniendo en cuenta que muchas Ordenanzas Municipales de Construcción señalan para las mismas un plazo de caducidad (seis meses en las de Madrid y otras muchas).

Por otra parte, la fecha de concesión de licencia es muchas veces determinante de la iniciación de los plazos de construcción, cuestión como hemos visto fundamental en este contrato.

Cláusula tercera.—Dada la importancia del plazo de construcción, es también necesario prever los supuestos de prórroga. El plazo que se hace constar en la cláusula tercera se supone inferior al legalmente establecido en el planeamiento, por ello cabe, dentro de dicho límite legal, prever voluntariamente su prórroga por causa justificada. Contractualmente se señala la obligación de prorrogar dicho plazo por justa causa, fuerza mayor o imposibilidad y a fin de hacer efectiva dicha obligación se ha previsto el dictamen previo de un Perito designado por ambas partes.

Cuando las prórrogas necesarias superen el plazo legal habrá que acudir a los órganos urbanísticos competentes para otorgarlas, según se ha indicado anteriormente. Como los supuestos legales previstos para la concesión de dichas prórrogas pueden reconducirse a justa causa (art. 155.2 de la Ley del Suelo) no parece exigible la conformidad para solicitarlas del propietario del suelo.

Parece obligado que la modificación del plazo se inscriba en el Registro de la Propiedad, puesto que constituye determinación esencial del derecho, pero, previstas las prórrogas en el contrato, hay que dejar constancia de que se trata de la misma concesión y no de una nueva.

Cláusula cuarta.—Esta facultad resulta del artículo 171.2 de la Ley del Suelo, aunque puede ser limitada contractualmente.

Cláusula quinta.—Su contenido se deriva del artículo 173.4 de la Ley del Suelo, que expresamente lo determina.

Cláusula sexta.—Lo establece el artículo 172.2 de la Ley del Suelo, con carácter constitutivo del derecho. Siendo tan poco usual el derecho de superficie se debe consignar en el contrato, como el tratamiento de los gravámenes de la cláusula anterior.

Cláusula séptima.—El pacto es inscribible, conforme al artículo segundo de la Ley Hipotecaria, si el arrendamiento fuese por más de seis años o se hubiese convenido entre las partes, convenio que se establece

en la cláusula décima del contrato. Con esto se ahorra la discusión sobre si el arrendamiento financiero constituye un nuevo derecho real, al que no sería aplicable aquella limitación de plazo para acceder al Registro.

Cláusula octava.—Las dos garantías que se establecen son necesarias, la primera para facilitar a la S. de L. la adquisición del suelo; la segunda para resolver el contrato de arrendamiento financiero.

Es conveniente hacer constar en esta cláusula que el compromiso de venta es «libre de cargas» y que las que se hayan impuesto por el dueño del suelo se liberarán con cargo al precio señalado.

Parece obligado prever la posibilidad de impedir la resolución y venta forzosa mediante el pago de las cuotas, ya que este pago es el objetivo que se pretende y es de aplicación en el arrendamiento normal.

Cláusula novena.—Es el único procedimiento eficaz para hacer efectivo el compromiso de venta forzosa de la cláusula anterior (art. 234.1.º del Reglamento Hipotecario).

Cláusula décima.—Ya hemos indicado la conveniencia de consignar este pacto si el arrendamiento financiero es por plazo inferior a seis años (artículo 2.º de la Ley Hipotecaria).

Cláusula undécima.—En cuanto al arbitrio sobre incremento del valor de los terrenos —Plus valía— se rige por el Real Decreto 3.250/1976, de 30 de diciembre, modificado por el Real Decreto-ley 15/1978, de 1 de junio, y la Ordenanza General aprobada por Orden de 20 de diciembre de 1978, en cuanto a capitales de provincia y ciudades de más de 20.000 habitantes, salvo Madrid y Barcelona que tienen su propio régimen, vigente hasta que se revise la legislación local especial de ambas, si bien coincide con la normativa general indicada. El sujeto pasivo es el adquirente cuando lo es a título lucrativo como sería el caso (art. 7.º b de la Ordenanza de 1978).

Al tratarse de un derecho de superficie temporal, la base imponible será un 10 por 100 por cada cinco años, sin exceder del 70 por 100 del incremento de valor (diferencia entre el valor de adquisición y el valor final). El sistema es el mismo señalado en el Impuesto de Sucesiones (Texto Refundido de 6 de junio de 1967, art. 70.10).

En cuanto a Transmisiones Patrimoniales, según el Reglamento vigente (Real Decreto 3.494/1981, de 29 de diciembre), el obligado al pago es aquel a cuyo favor se constituye el derecho real de superficie (artículo 8.º, a) y c)).

La adquisición derivada del arrendamiento financiero no está sujeta, conforme resulta del artículo 7.º-5 del citado Reglamento.

Hay que entender derogada la exención de la adquisición del derecho de superficie por la S. de L., que resultaba del artículo 26.3 del Real Decreto-ley 15/1977, de 25 de febrero, por la nueva normativa del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales constituida por la Ley 2/1980, de 21 de junio, y el Reglamento de 1981 antes citado, puesto que no se recoge expresamente.

La condición resolutoria y su cancelación están exentas del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales a tenor del artículo 7.º-3 del Reglamento de 1981, por constituir más bien un supuesto de no sujeción.

Hay que hacer constar, por último, que redactado el modelo de contrato desde el punto de vista de la S. de L., no se ha previsto ningún procedimiento para la declaración de extinción del derecho de superficie por incumplimiento del deber de edificar en el plazo establecido. Este procedimiento no lo señala la Ley y en general se sujeta a la fórmula siguiente:

«Si transcurridos los dos años fijados para la edificación, y las prórrogas establecidas en su caso, no constare en el Registro de la Propiedad inscrita la declaración de obra nueva terminada de la edificación convenida, don... podrá solicitar mediante la presentación de copia de esta escritura que se cancele el derecho de superficie concedido, sin que proceda indemnizar al superficiario cualquiera que sea el estado de la edificación. Los derechos reales sobre el mismo constituidos, quedarán subsistentes. La petición de cancelación se hará por acta notarial que se acompañará a la copia de la presente.»

Dicha cláusula se entiende que opera como condición resolutoria y es aplicable el artículo 56 del Reglamento Hipotecario. Ahora bien, para ROCA SASTRE debe establecerse expresamente en el contrato para su eficacia, por lo que, tratándose de una garantía para el dueño del suelo, no la hemos incluido, aunque no debe descartarse que así lo interese la otra parte.

* * *

No obstante, someto lo expuesto a cualquier criterio mejor fundado.
Madrid, 4 de agosto de 1983.

FRANCISCO JAVIER DíEZ MONTERO
Abogado