

Ensayo sobre el derecho de superficie

El derecho de superficie, de configuración moderna, constituye uno de los dispositivos posibilitadores de la propiedad separada y la manifestación típica de la propiedad horizontal (1). Su estudio cuenta con bastante literatura jurídica, y a ésta aportamos el presente ensayo (2).

* * *

Según el concepto moderno, el derecho de superficie es el derecho real de tener o mantener, temporal o indefinidamente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación o plantación en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo

(1) El derecho de superficie origina una verdadera propiedad horizontal, más que la propiedad de casas por pisos o departamentos, conocida usualmente como propiedad horizontal.

(2) Entre la bibliografía sobre el derecho de superficie destacamos la obra de SALIS, *La superficie*, en el «Trattato di Diritto civile italiano», bajo la dirección de VASALLI. Además, también es del mismo autor la obra *La proprietà superficiaria*, de aparición anterior.

Siempre que citemos a SALIS sin más indicación, nos referimos a aquel estudio primeramente indicado.

Entre los autores españoles es indispensable tener en cuenta el estudio de JERÓNIMO GONZÁLEZ, *El derecho real de superficie*, publicado en «Estudios de Derecho hipotecario y Derecho civil», que incluyen obras completas de este mismo autor, tomo II, pág. 221.

de edificar o plantar o por medio de un acto adquisitivo de la edificación o plantación preexistente.

* * *

El derecho de superficie, que es una figura jurídica vetusta, tiene una historia relativamente abundante, pues su vida ha sido procelosa. Aquí, por razones de brevedad, explicaremos a grandes trazos, y en cuanto pueda servir a su actual configuración, las variantes que con el tiempo ha tenido el perfil institucional de este Derecho real. Por esto comenzamos por prescindir de hablar de un supuesto contrato superficiario que se dice celebró la reina Dido con los númeridos.

En Roma, ya en tiempos de la República, el Estado concedió a sus ciudadanos terrenos de dominio público (*ager publicus*) próximos al Foro, para la construcción de pequeños edificios (*tabernae*, etc.), a cambio del pago de un canon periódico (*pensio* o *solarium*). Más tarde fueron particulares los que también concedieron derechos de superficie para construcción de edificios, a veces a través de arrendamientos *ad aedificandum*. Generalmente se trataba más bien de edificaciones que de plantaciones.

Primeramente el derecho de superficie tuvo carácter de derecho *personal* u *obligacional*. Después se protegió con interdictos, hasta que en el Derecho romano post-clásico fué considerado como un Derecho *real*, y transmisible. Pero el derecho de superficie no pasó de ser en el Derecho romano un *ius in re aliena* sobre la edificación construida por el superficiario, ya que sólo lo conoció como un derecho de construcción y de goce de lo construido. Esto es importante tenerlo presente.

En el *Corpus* el derecho de superficie solamente atribuye la facultad de aprovechar la edificación construida por el superficiario, pero sin llegar nunca a implicar la figura jurídica de propiedad *separada*, o sea, la *propiedad superficiaria* de la edificación—como modernamente se concibe el derecho de superficie—, ya que la propiedad de lo edificado la adquiere por accesión, a medida que se construye, el *dominus soli*, es decir, el dueño del suelo o terreno.

Esta concepción fué debida a que el Derecho romano no reconoció la figura de la propiedad de la edificación como propiedad

separada horizontalmente de la del suelo o terreno, sencillamente porque siempre actuaba la *accesión* en materia de bienes muebles incorporados a fincas, principio éste de la *accesión*, operante siempre sin excepciones y manifestado en las reglas clásicas *superficies solo cedit* o *quo inaedificatur vel implantatur solo cedit*, dominante en las Fuentes romanas. Esto imposibilitaba reconocer al constructor en suelo ajeno la propiedad sobre lo construido o edificado, aunque lo consintiere el *dominus soli*. Por ello el derecho de superficie únicamente podía atribuir al superficiario un simple *derecho real de goce* sobre lo edificado, un *usus* en sentido amplio. La edificación perdía su individualidad o entidad propia al ser incorporada al suelo o terreno ajeno, haciéndose *pars fundi* y adquiriendo su propiedad el *dominus soli* por título originario de *accesión*. Para el Derecho romano todo cuanto se eleva o construye sobre el suelo o terreno de otro y permanece durablemente conexo con él, pasa a ser parte constitutiva de la finca, y su propiedad pertenece inmediatamente al propietario de ella.

La rigidez de la *accesión* en su fuerza atributiva manifestada en dicha regla *superficies solo cedit*, se explica en Roma, porque —como afirma BARASSI (3)—respondía al concepto romano de la propiedad como pleno dominio o señorío sobre una cosa y, por tanto, sobre una finca, que en especial antes de la *urbs política* implicaba *soberanía* con un poder de absorción integral en sentido vertical, bajo la regla *cuius est solum, eius est a celo usque ad centrum... a sidera usque ad inferos... usque ad superis... ad profundum*.

Esta es la configuración del derecho de superficie en el Derecho romano, además de estas dos otras características suplementarias:

El *ius superficiei* sólo es posible en materia de *edificaciones*, mas no de *plantaciones* u otra superficie vegetal. SALIS ofrece serias razones en favor de esta afirmación (4).

El *ius superficiei* sólo cabe por vía del ejercicio del derecho de *construcción* anejo, que el derecho de superficie atribuye al superficiario, mas no por vía de *compra* u otro *acto adquisitivo* (5).

(3) *Proprietà e comproprietà*, 1951, pág. 608.

(4) *La proprietà superficiaria*, pág. 100.

(5) Así suele afirmarse; pero un texto de POMPONIO (*Digesto*, XXIII, 3. frag. 32) habla de la posibilidad de vender la superficie en una finca edificada.

Se dice que el Derecho germánico aportó la idea inversa de dar mayor valor a la edificación o plantación, o trabajo, que al suelo o terreno, por cuya razón admitió la propiedad de la edificación o plantación separada del suelo o terreno. Pero creemos que más que llegar a éste resultado sembró un ambiente favorable a dicha admisión unido a los residuos consuetudinarios del Derecho local o aborígen y a las influencias del Derecho helénico oriental, impregnando luego al Derecho romano cuando, tiempo después de la invasión bárbara, resurgió en pleno renacimiento, abriendo la amplia fase o período del Derecho común europeo o *ius commune*, denominado también Derecho intermedio.

En el *ius commune* (que termina con la época de las codificaciones) el derecho de superficie alcanza cierta importancia, pero en España y muchos otros países romanizados fué absorbido dentro del esquema o estructura de la *enfiteusis*, a veces con algunas particularidades.

El renacimiento del Derecho romano reinstauró la rigidez de la accesión con su fórmula *superficies solo cedit*, y, si bien el clima germánico había debilitado esta rigidez, la creación de la concepción del *dominium divisum*, producto de Glosa, impidió apurar la evolución hacia el sentido moderno del derecho de superficie, prefiriéndose ver en este derecho algo análogo al establecimiento enfiteutico. El derecho de superficie como *ius in re aliena* no evolucionó hacia la figura de la propiedad separada superficiaria, sino que se detuvo en la configuración del *dominio útil* enfiteutico, que, si bien representó un avance, no fué pleno.

Y así los glosadores y comentaristas afirman que con el derecho de superficie sólo el *utile dominium transit in superficiarium*, el contrato superficiario lo catalogan entre *ex quibus transfertur dominium utile*, y se concluye en proclamar que *superficiarius censetur, de consuetudine, quasi emphyteuta*.

Esta subsunción del derecho de superficie en la enfiteusis no impide que aquél ofrezca algunas diferencias (6).

(6) Por ejemplo:

En la enfiteusis, el canon o pensión es esencial, mas no lo es en la superficie, pues cabe adquirirla por compra, donación, etc.

El derecho de superficie se concreta o localiza a la superficie y no al suelo, mientras que—dice CUIACIO—la enfiteusis abarca toda la finca, el suelo y superficie, ya que *superficiarius habet tantum ius in superficie, emphyteuta*

En la segunda mitad de la época del *ius commune* la rigidez de la regla clásica romana *superficies solo cedit* se va debilitando y el derecho de superficie va asimismo desprendiéndose de la enfiteusis y evolucionando hacia la concepción moderna del derecho de superficie concebido como *propiedad separada*.

Pero el proceso es fatigoso, en contraste con la propiedad de casas por pisos o locales, que en el fondo es otra especie de propiedad separada, ya de antiguo reconocida.

* * *

En la época codificadora o moderna, los Códigos civiles de Prusia (1794) y de Austria (1811) admitieron timidamente la idea del derecho de superficie como propiedad separada.

Los Códigos civiles francés e italiano (de 1865) pasaron en silencio este derecho, si bien hicieron perder a la *accesión* la rigidez romana, de suerte que la regla *superficies solo cedit* es considerada como presunción *iuris tantum*, enervable por pacto.

El Código civil alemán disciplinó el derecho de superficie de una manera franca, pero insuficiente, lo que originó la publicación de la Ordenanza de 15 de enero de 1919, reformadora del derecho de superficie en el tipo moderno.

Lo mismo hizo Austria al regularlo más ampliamente en la ley de 26 de abril de 1912 y Ordenanza de 11 de junio de 1912.

Suiza, en su Código civil, también regula francamente este derecho.

Italia, en su nuevo Código civil de 1942, contiene una amplia regulación del derecho de superficie.

También Inglaterra ha regulado este derecho en cuanto hace relación a los *building lease*.

* * *

in universo predio. Y es que la enfiteusis es un dominio desdoblado en un dominio directo y en un dominio útil, mientras que en la superficie hay dos dominios que recaen sobre objetos distintos en una finca, uno la superficie y otro el suelo, separados horizontalmente.

La superficie se extingue al perecer la edificación, salvo pacto en contrario, mientras que la enfiteusis no. Por esto afirma BALDO: *destructa superficie, puta combusta domo... finitus est contractus superficiei interitu*.

El superficiario, a diferencia del enfiteuta, no pierde las mejoras.

La superficie es predominantemente urbana (edificación), por bien que en el *ius commune* se admite en lo agrario; en cambio, en la enfiteusis ocurre al revés.

En España, el Código civil ha pasado por alto el derecho de superficie, y en su artículo 358, así como el 361, regula la accesión en forma que recuerda la rigidez romana.

Se dirá que nuestro Código civil en su artículo 1.611, párrafo último, habla de los «foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes», es decir, reconoce explícitamente la existencia del derecho de superficie, pero nosotros no lo entendemos así, pues en este precepto se anuncia una Ley que desenvolverá el principio de *redención de dominios*, pero, aparte de que esta Ley ya se ha dictado (con el Real Decreto-ley de 25 de junio de 1926, convertido en Ley) y en ella no se hace referencia alguna a la superficie, hay que concluir que dicho artículo 1.611 no se refiere al derecho de superficie en sentido técnico, sino a lo sumo al tipo medieval absorbido por la enfiteusis, y, para el futuro, el artículo 1.655 del propio Código más bien impide su creación.

Las sentencias de 4 de julio de 1928, 3 de julio de 1941, 13 de febrero de 1942, 21 de abril de 1951 y 24 de octubre de 1959, no significan esfuerzo jurisprudencial alguno dirigido a dar carta de naturaleza en nuestro sistema al derecho de superficie.

Pero con anterioridad al Código civil, la Ley Hipotecaria de 1861, con una visión más amplia que aquél, contempló la existencia del derecho de superficie como derecho autónomo, o sea, desligado del molde enfiteútico, y así en el número 5.º del artículo 107, destinado a determinar los bienes que pueden hipotecarse con restricciones, admitió como susceptibles de hipoteca «los *derechos de superficie*, pastos, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de *los demás partícipes en la propiedad*», palabras, éstas últimas, amputadas en la vigente Ley Hipotecaria. Y fué el artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863, seguido por el de 1870, el que concibió el derecho de superficie como propiedad separada del suelo, al disponer que «en toda inscripción relativa a fincas en que *el suelo pertenezca a una persona y el edificio o plantación a otra*, se expresará con claridad esta circunstancia».

La exposición de motivos de dicha primera Ley Hipotecaria de 1861 barruntó la noción moderna del derecho de superficie y la previa dulcificación del juego de la accesión, ya que en ella se

dice que esta dulcificación puede tener lugar mediante «los *convenios* que pueda haber entre el que es *dueño de la superficie* y el que *lo es de lo alzado*», pues ha de entenderse que aquí con la palabra «superficie» quiso indicar el «suelo».

La doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado demostró que dicho artículo 27 del Reglamento Hipotecario de 1863, y del de 1870, respondía a la realidad vivida, pues varias resoluciones (de 12 de junio de 1863, 23 de marzo de 1864, 4 de noviembre de 1867, 29 de abril de 1871, 22 de julio de 1874, 2 de octubre de 1884, 30 de julio de 1908, y otras) aplican dicho precepto a casos en que se establece como cosa natural que la edificación, arbolado o viñedo pertenece en propiedad a una persona, y el suelo o terreno a otra distinta, reiterando que a la inscripción del vuelo ha de preceder siempre la del suelo.

Pero dicho artículo 27 desapareció en los Reglamentos Hipotecarios posteriores, y los casos de propiedad superficiaria ya no volvieron más a ser objeto de recursos gubernativos a la Dirección. No obstante, la resolución de 24 de abril de 1913 entendió que el artículo 358 del Código civil, regulador de la accesión, establecía una presunción que podía ser destruída mediante prueba en contrario. La de 19 de septiembre de 1917, después de aludir a la legislación extranjera sobre el derecho de superficie, reconoció la carencia de normación del mismo en nuestro ordenamiento legal. Y la de 15 de junio de 1929 declaró que la hipoteca sobre un derecho de arrendamiento *ad aedificandum* inscrito se extendía a las edificaciones levantadas por el arrendatario, por ser accesorias de la industria que el mismo explotaba y hallarse incorporadas o unidas a tal derecho arrendaticio.

Y así, fuera de aquella referencia del artículo 107 de la Ley Hipotecaria actual, el derecho de superficie permaneció en la penumbra en el Derecho español, mientras que la figura de la propiedad de casas por pisos o locales, constitutiva de un viejo supuesto de propiedad separada, fué desarrollándose con amplitud, hasta que se hizo necesaria la reforma del artículo 396 del Código civil por la Ley de 26 de octubre de 1939, que resultaba insuficiente.

Y de este modo continuaron las cosas hasta que una Ley administrativa de urbanismo, Ley sobre régimen del suelo y ordena-

ción urbana de 12 de mayo de 1956, reguló el derecho de superficie de cuño moderno en cinco de sus artículos (los 157 a 161). Posteriormente el Reglamento Hipotecario vigente, después de su reforma del año 1959, se ha ocupado, en su artículo 16, del derecho de superficie a los efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad, así como también, en cierto modo, el artículo 30 del mismo (7) (8).

* * *

Al derecho de superficie moderno se le han atribuido varias *ventajas*, pero nosotros somos escépticos acerca de su éxito. Por esto nos limitamos a reseñar las ventajas más destacadas que se le atribuyen:

1.^a Se dice que el derecho de superficie, al separar jurídicamente la propiedad de la edificación de la propiedad del terreno, permite que *el incremento del valor de los terrenos*, por efecto de la urbanización o de otras causas, lo gane el *dominus soli*, con exclusión del superficiario.

Nosotros no comprendemos esta ventaja, aunque el derecho de superficie sea temporal, pues si es de duración indefinida la ventaja dicha no aprovechará al *dominus soli*.

2.^a A base de puntualizar más, se señala la ventaja de evitar la especulación de solares en las ciudades importantes y de población creciente, donde a veces los capitalistas acaparan los terrenos de los extrarradios, reteniéndolos el tiempo necesario para lucrarse en la plusvalía de los mismos, lo que implica un estan-

(7) Véase ROCA SASTRE, *Derecho Hipotecario* (5.^a edición), tomo IV, pág. 285, donde el derecho de superficie se concibe en sentido moderno.

(8) La Ley del Suelo regula el derecho de superficie a los efectos de «la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación» urbana. Pero el artículo 16 del Reglamento Hipotecario lo regula a los efectos registrales, pero como institución general.

Creemos que no puede estudiarse el derecho de superficie en la Ley del Suelo aisladamente de la regulación de este mismo derecho por el Reglamento Hipotecario, ni inversamente, sino que ambos textos se complementan recíprocamente, aunque, como afirma GULLÓN (*La superficie urbana*, 1960, pág. 10), la primera se inspira en principios que no tienen razón de ser en un ordenamiento privado.

Claro que la Ley del Suelo, como ordenamiento urbanístico de tipo administrativo, contrasta con el sentido del Reglamento Hipotecario, de ámbito más general; pero esto no ha de ser óbice para que englobemos las normas de ambos cuerpos legales referentes al derecho de superficie.

camiento en la construcción urbana y la congestión de la población. Ante esto, el Municipio expropia estos terrenos y los concede a personas modestas en derecho de superficie, y él se lucra del incremento sucesivo de valor.

Esta ventaja ya tiene más consistencia, a pesar de que necesita el auxilio de un medio tan doloroso como la expropiación forzosa, que siempre implica sacrificio para el expropiado. Una vez efectuada la expropiación y concedido el derecho de superficie, el Municipio pasa a ser el *dominus soli*, aprovechándose de la *plusvalía* si el derecho de superficie es temporal, pues si es de duración indefinida se complican las cosas. Seguramente a ello responde la Ley del Suelo.

Claro que si se trata de terrenos que hace tiempo el Municipio es propietario, y éste los concede en derecho de superficie temporal, no requiriéndose, por tanto, el recurso de la expropiación, la concesión del derecho de superficie permite, como afirma NUSBAUM (9), que el Municipio se beneficie del alza del valor de los terrenos, que queda en el Erario público en vez de quedar en poder de los especuladores de terrenos; y a la vez redundará a favor de la solución del problema de la vivienda, que el éxodo de la población rural agrava.

3.ª Hasta aquí en vistas al *dominus soli*, pero hay que tener en cuenta a la otra parte, o sea, al superficiario.

Se sostiene que el derecho de superficie constituye una fórmula magnífica para el superficiario, pues, como afirma HEDEMANN (10), sin necesidad de aprontar el capital necesario para la compra del terreno, se mueve en él como dueño en tanto dura el derecho de superficie. Esto es evidente, sobre todo si el superficiario sólo ha de satisfacer un canon. Pero, para llegar a este resultado, el superficiario ya contaba con el instrumento del censo enfiteutico, despojado del laudemio y del comiso, sobre todo si la superficie es por tiempo indefinido (11).

Además, en el derecho de superficie temporal concurre un fallo que desacreditó ya antes a la enfiteusis temporal. El superficiario

(9) *Tratado de Derecho Hipotecario alemán*, 1929, pág. 140.

(10) *Derechos reales*, 1955, II, pág. 308.

(11) No obstante, históricamente el laudemio ha servido beneficiosamente para reducir el importe del canon.

urbano construye o crea el edificio del mismo modo que el primer enfiteuta creó la finca que anteriormente, por ser un yermo apartado del pueblo, era una tierra casi sin valor. Al terminar el derecho de superficie por vencimiento del plazo, o también la enfiteusis temporal, se produce un hecho incómodo para el superficiario, pues pierde lo edificado, que será el producto de su trabajo y la sede de su familia, lo que hace recordar los graves problemas colectivos a veces de orden público, que originaron la temporalidad de los foros en Galicia y los establecimientos a primeras cepas en Cataluña, así como las luchas de los colonos en el año 1860 en Irlanda, las de Provenza y en tantos lugares de Europa, lo que impuso la intervención legislativa con prórrogas indefinidas y después con la redención de los derechos del dómino o señor.

Por esto, donde se haya empleado el derecho de superficie temporal es de esperar que al vencer el término de la concesión se produzca alguno de estos hechos, cuando abarcan a masas de población.

Como resumen de lo que llevamos dicho, repetiremos lo que expone NUSSBAUM cuando dice que no cree que los esfuerzos del legislador tengan gran éxito en la práctica, porque el derecho de superficie supone una gran subordinación a los derechos del propietario del suelo, no ofrece aliciente alguno para el porvenir y, ni económica ni psicológicamente, encierra para el superficiario el estímulo que supone considerarse dueño del terreno sobre el que construye.

Todo lo expuesto impedirá que el derecho de superficie pueda ser un instrumento tan eficaz de colonización como lo ha sido la enfiteusis, lo que no quiere decir que el problema de la vivienda haya de solucionarse a través de la enfiteusis, a la que tanto deben muchas poblaciones (como Barcelona). Los tiempos han cambiado, y, en definitiva, ha sido una fórmula que ha funcionado en sentido excesivamente favorable para el enfiteuta, el proletario, el económicamente necesitado, especialmente una vez purificada la enfiteusis de elementos feudales.

* * *

El derecho de superficie tiene las características fundamentales siguientes:

1.^a *El derecho de superficie es un derecho real.*—No se discute el carácter de *derecho real* del derecho de superficie, que ya en el Derecho romano se considera como un *ius in re aliena*, o sea, un *poder directo* y «*erga omnes*» sobre una cosa.

Confirma este carácter, en nuestro sistema, no sólo la denominada Ley del Suelo, sino el mismo artículo 16 del Reglamento Hipotecario, al considerarlo *inscribible* en el Registro de la Propiedad, a base de emplear una fórmula más clara en este sentido que respecto del derecho de opción.

2.^a Este derecho real tiene por objeto *tener o mantener* en terreno o inmueble *ajeno* una edificación o plantación *en propiedad separada*, obtenida por medio del ejercicio de un *derecho anejo de construir o plantar*, o en virtud de un *acto de adquisición* de una edificación o plantación preexistente.

Aquí radica el objeto *básico y diferencial* del derecho de superficie. Para mejor exponer la materia prescindiremos del caso de plantaciones y nos concretaremos aquí, de momento, a las *edificaciones*, y edificaciones *sobre el suelo*.

Nuestra Ley del Suelo configura el derecho de superficie como *derecho de construir* (edificaciones) en el suelo ajeno, la *propiedad de cuyas edificaciones corresponderá al superficiario*.

Por tanto, la Ley del Suelo regula un derecho de superficie de tipo moderno, es decir, como un derecho que puede originar la *propiedad separada superficiaria*, o sea, aislada jurídicamente del suelo en sentido horizontal, o sea, como *propiedad horizontal*. Pero olvida destacar que, a diferencia del Código civil italiano, el derecho de superficie entraña el derecho de *mantener* la propiedad de lo edificado, pues éste atribuye al superficiario el derecho de *hacer y mantener* en suelo ajeno la propiedad de lo edificado.

El Reglamento Hipotecario, en su artículo 16, concibe el derecho de superficie como «*derecho de construir edificios en suelo ajeno*», sin destacar con vigor que la propiedad de lo edificado queda de *propiedad del superficiario*, y sin que, además, exprese que confiere el derecho a *tener o mantener* esta propiedad en terreno ajeno. No obstante presupone que la propiedad de lo edificado corresponde al superficiario, ya que dispone que transcurrido el plazo de duración del derecho de superficie, lo edificado

«pasará a ser *propiedad del dueño del suelo*», lo que demuestra que antes esta propiedad pertenecía a otro, que, naturalmente, ha de ser el superficiario. Esto mismo expresa la Ley del Suelo.

Nuestra legislación, al pretender configurar el derecho de superficie, olvida poner de relieve el dato tan esencial y característico como es el derecho a *tener o mantener* en terreno ajeno la *propiedad de una edificación*. Y, además, únicamente admite que la *propiedad de la edificación* sólo pueda obtenerla el superficiario mediante el ejercicio del *derecho anejo de construir o edificar*.

A continuación vamos a exponer este objeto institucional del derecho superficiario moderno:

El derecho de *tener o mantener una edificación propia en terreno ajeno* es el *objeto básico* del derecho de superficie. No puede constituir este objeto el *derecho de construir o edificar*, pues en el derecho de superficie este derecho de construir o edificar tiene un carácter puramente *medial o instrumental*, ya que el superficiario no construye simplemente para construir (como ocurre en el contrato de obra o empresa), sino como simple medio para lograr la plenitud del derecho de superficie, pues éste cabe también por el procedimiento de comprar o de otra manera adquirir, del dueño de una finca edificada, la propiedad del edificio separada de la propiedad del suelo (12).

Tampoco el derecho de superficie puede tener como objeto básico *obtener la propiedad separada de una edificación*, pues ésta podrá ser la *causa, motivo o finalidad* del derecho de superficie, más no su objeto, ya que el derecho de superficie no es un negocio de adquisición, sino un derecho o relación jurídica. Esto aparte de que el derecho de superficie puede obtenerse también por un acto de adquisición.

Queda, por tanto, como elemento fundamental del concepto de derecho de superficie, el ser un derecho de *tener o mantener* en suelo o terreno ajeno una edificación en propiedad.

Una de las legislaciones más expresivas en este sentido es la alemana; el artículo 1.012 del Código civil, mantenido por la ci-

(12) Esto no quiere decir que el derecho de construir pueda ser completamente extraño al derecho de superficie, pues normalmente, aunque la concesión sea por tiempo limitado, el superficiario tiene el derecho de reconstruir la edificación cuando ésta perezca total o parcialmente; pero más bien se trata del *derecho de reconstruir*.

tada Ordenanza de 15 de enero de 1919, dispone que «una finca puede ser *gravada* de modo que a la persona favorecida por la carga le corresponda el derecho transmisible y heredable de *tener* sobre o bajo la superficie una *edificación*». Y, si bien a este derecho de superficie se le denomina *Erbbaurecht*, que más bien indica que es un *derecho hereditario de edificación*, el Derecho alemán admite obtener la propiedad separada de la edificación, además de por vía de un derecho de construir o edificar (que es lo más corriente), por vía de adquisición de lo ya edificado.

Actualmente, abandonadas las demás teorías que querían explicar la esencia del derecho de superficie (13), la doctrina, así como las leyes, tratan de precisar la naturaleza de la *relación jurídica*, en virtud de la cual el superficiario *mantiene* la propiedad de la edificación en terreno de otro, que constituye la sustancia de derecho de superficie (14).

De esta manera puede centrarse el problema. Una cosa es el *derecho de superficie*, que es la expresión de aquella relación jurídica que permite al superficiario *tener* o *mantener* en terreno de otro la propiedad de la edificación, y otra es la *propiedad de esta edificación*, cuya existencia hace posible el derecho de superficie, y que, por esto, se denomina *propiedad superficiaria*. No es que el derecho de superficie tenga una doble naturaleza, unas veces la propiedad de una edificación y otras el derecho a tener esta propiedad en terreno ajeno, pues lo primero es la *propiedad superficiaria*, y lo segundo es propiamente el *derecho de superficie*.

El *derecho de superficie* es el *soporte jurídico* de la *propiedad superficiaria*, y sólo puede ésta subsistir mientras subsista aquél, de suerte que, extinguido el derecho de superficie, desaparece la propiedad superficiaria como tal.

El ejemplo legislativo más expresivo de esta distinción lo ofrece

(13) Fueron varias estas teorías, las cuales, como afirma CARRARA, hicieron de éste un problema *atormetado*. Entre dichas teorías se destacaron:

La que veía en el derecho de superficie un *acto de enajenación del espacio*. Era la adoptada por COVIELLO y que recuerda el denominado «derecho de vuelo», frente al «derecho de suelo».

La que pretendía que implicaba una *venta de cosa futura*, pues el derecho anejo de edificación había de ser ejercitado para la efectividad del edificio, o sea, de la futura edificación. Esta teoría era seguida por SEGRÉ, en la que se prescindía del otro medio de alcanzar la propiedad separada de una edificación.

(14) Véase BARASSI, ob. cit., pág. 612.

el Código civil suizo, que en su artículo 675 establece que «las construcciones u otras obras sobre o bajo una finca, o unidos a ella de alguna manera durable, puede tener un propietario distinto, siempre que sean inscritos como *servidumbre* en el Registro de la Propiedad», y en su artículo 779 dispone que «el propietario puede establecer a favor de tercero una *servidumbre* que le atribuya el derecho de tener o de hacer construcciones sobre o bajo una finca». Ambos preceptos llevan como epígrafe marginal el de «Derecho de superficie».

Y así WIELAND (15) nos dice que, mediante una *servidumbre* autorizando al favorecido para hacer o *mantener* una construcción en finca de otro, aquél pasa a ser propietario de la construcción mientras la *servidumbre* subsista, continuando el terreno de propiedad del concedente.

Esta *servidumbre* puede ser *personal* o *predial*, o sea, a favor de una persona individualmente determinada o a favor de la persona que en cualquier o todo momento sea propietario de otra finca y mientras lo sea. En el primer caso hay una titularidad nominativa de la *servidumbre*, o sea, ordinaria y aisladamente transmisible; en el segundo caso hay un derecho subjetivamente real, cuya transmisión sigue necesariamente a la de la otra finca. En el primer caso el derecho de superficie se *inmatricula* en hoja registral separada y se inscribe la propiedad superficiaria en la misma, y, además, se hace constar como *gravamen* en la hoja registral de la finca del *dominus soli*; en el segundo caso, en lugar de aquella inmatriculación del derecho de superficie en hoja registral separada, se inscribe como *cualidad* del predio dominante, y como *gravamen* en el predio sirviente.

Así, pues, el Código civil suizo, en su afán de simplificación, considera al derecho de superficie como una *servidumbre*, al objeto de que el régimen de ésta sirva de régimen del derecho de superficie.

Evidentemente, aquel *derecho de tener* en terreno ajeno una edificación en propiedad separada en sentido horizontal, parece recordar el juego de la *servidumbre* y, concretamente, de la *servidumbre de apoyo* u *oneris ferendi*.

(15) *Les droits réels dans le Code Civil suisse*, I, pág. 269.

BARASSI (16) ve en la adopción del juego de la servidumbre la ventaja de aplicar el artículo 1.069 del Código civil italiano, que, como el artículo 543 de nuestro Código civil, dispone que el dueño del predio dominante podrá hacer a sus costas en el predio sirviente las obras necesarias para el uso y conservación de la servidumbre; pero entendemos que esta ayuda es inútil si existe un precepto específico que, como el artículo 954 del propio Código civil italiano, disponga que «el perecimiento de la edificación no implica, salvo pacto en contrario, la extinción del derecho de superficie», lo que equivale a reconocer al superficiario el derecho de reconstruir la edificación (17).

Nosotros creemos que, en la función de la servidumbre predial y la del derecho de superficie, hay semejanza, pero no plena identidad, y que cada una de estas dos figuras tiene sus normas u ordenamientos específicos diferenciados.

La semejanza entre el dispositivo de la servidumbre predial y el dispositivo del derecho de superficie nos sirve para poner de manifiesto la *separación* jurídica existente entre la propiedad del suelo y la propiedad de la edificación que radica en él, así como para dar la idea de que en el derecho de superficie se produce un mecanismo algo análogo al de la servidumbre predial *oneris ferendi*. Pero las divergencias son muchas; tantas, que alargaríamos demasiado si las enumeráramos (18).

(16) Ob. cit., pág. 618.

(17) En contra de la adaptación de la figura de la servidumbre en el derecho de superficie, milita, según algunos, la circunstancia de que la servidumbre predial atribuye al predio dominante determinada utilidad del predio sirviente, pues es esencial que en éste subsista, aunque limitado, el goce del respectivo propietario, cosa que no ocurre con el derecho de superficie, en el que el suelo está *completamente destinado a sostener la edificación*. Pero, en contra de esto, se opone que es típico en la servidumbre de apoyo la completa substracción del goce del propietario del predio sirviente en aquella parte de su suelo cubierta por el fundo dominante. BARASSI entiende, además, que al propietario del predio sirviente le queda toda ventaja residual eventual, que se hace actual al extinguirse el derecho de superficie por caducidad u otra causa.

(18) En la servidumbre predial prevalece el criterio de *duración indefinida*, o sea, que ha de tener *causa perpetua*, pues está destinada a satisfacer intereses permanentes del predio y no transitorios o provisionales, conforme resulta del espíritu de nuestro Código civil y de la sentencia de 13 de noviembre de 1929. En cambio, el derecho de superficie lo mismo da que sea temporal o perpetuo.

La servidumbre predial *oneris ferendi* presta una utilidad parcial a otro

Pero aquí si debemos tratar de lo que seguidamente exponemos:

En el derecho de superficie con derecho anejo de construcción, la propiedad superficiaria *no existe aún al tiempo de la constitución* de aquél, sino tan sólo después, una vez efectuada la edificación. Por tanto, hay una fase preliminar en la que, por faltar todavía la edificación, el derecho de superficie no puede desplegar su cometido u objeto que es el de que el superficiario pueda *tener* la edificación de su propiedad en terreno ajeno.

Esto ha hecho decir a algún autor que mientras la edificación no exista no cabe hablar del derecho de superficie como *derecho real* y que, por el contrario, una vez construida *sobra* el derecho de superficie. Y así, en tal fase preliminar, se ha querido ver tan sólo una *obligación real*, o sea, conectada con la propiedad de la finca sobre la que se erigirá la edificación, pues la existencia de ésta es una especie de *conditio iuris* para la *realidad* del derecho de superficie (19). Expresa SALIS que si por tal derecho se entiende el de hacer y mantener una edificación en suelo ajeno, parece que no pueda hablarse ya del *derecho de superficie* hecha que esté la edificación, sino de *propiedad superficiaria* sobre lo edificado, ya que el derecho de superficie presupone una edificación que todavía se ha de construir. Y así el derecho de superficie sólo interesaría, o sea, volvería a interesar, de entenderse (como hace el Código civil italiano) que la destrucción o perecimiento de la edificación no supone la extinción del derecho de superficie, por conservar su titular el derecho de reedificar o reconstruir, derecho éste, que no prevé la Ley del Suelo española.

Creemos que en todo esto hay cierta confusión:

En cuanto a la fase anterior a la edificación, la duda acerca de la *realidad* del derecho de superficie descansa sobre una excesiva equiparación de este derecho hacia la figura de la servidumbre predial. Así BARASSI (20) trae a colación aquí el obstáculo que

fundo o edificación, mientras que en el derecho de superficie la edificación, toda, recae sobre el suelo.

En la servidumbre predial *oneris ferendi* la función de apoyo sirve para permitir situar en el predio sirviente construcciones que sirvan para sostener paredes del edificio construido en finca contigua, mientras que en el derecho de superficie siempre se ha de tratar de edificaciones, o sea, de pisos, locales, departamentos: pero ya hablaremos después de esto.

(19) Véase BARASSI, ob. cit., pág. 615.

(20) Ob. cit., pág. 614.

representa para dicha *realidad* el artículo 1.029 del Código civil italiano (que, aunque no tenga correspondencia en el Código civil español, hay base para sostener la existencia de la misma norma), según el cual cabe la constitución de una servidumbre a favor de un edificio a construir, pero el efecto de esta constitución sólo se producirá cuando el edificio esté ya construido. De este precepto hay que deducir que antes de la construcción del edificio no queda todavía creada la servidumbre, sino la obligación de las partes de respetar la formación futura de la servidumbre cuando la edificación se haya terminado, quedando, por tanto, excluido en esta fase la existencia de un derecho real. Pero esta norma es específica del régimen de las servidumbres prediales y extraña al derecho de superficie cuando la edificación pende de construcción, pues en éste, el ordenamiento jurídico proclama su existencia inmediata como derecho real, que si bien aún no desempeña su función de permitir al superficiario *tener* una edificación en terreno ajeno, está destinado a desempeñarla. Esta razón, fundada en una exigencia de política jurídica en este tipo de derecho de superficie, es lo que requiere la finalidad del mismo. Como afirma SALIS, este derecho de superficie *se constituye con el efecto de que el superficiario adquirirá la propiedad* de lo que efectivamente edifique, sin que durante aquella fase preliminar, ni el *dominus soli* ni otra persona pueda oponerse a la construcción, ni pretender que lo que se construya se haga propiedad del *dominus soli* o de sus sucesores.

El ordenamiento institucional del derecho de superficie quiere este efecto real, y la Ley lo declara inscribible, aunque se encuentre en dicha fase preliminar como lo demuestra en España la propia Ley del Suelo, no sólo con la inscripción inmediata del derecho de superficie con derecho anejo de construcción, sino porque establece la extinción del derecho de superficie si el superficiario no construye en el plazo señalado al constituirse, y cuyo plazo no podrá exceder de cinco años en las concesiones superficiarias hechas por el Estado y otros entes públicos (21).

(21) El Código civil italiano se limita a disponer que «el derecho de hacer la construcción en suelo ajeno se extingue por su prescripción, por efecto del no uso durante veinte años».

Por tanto, en este aspecto, el derecho de superficie es un derecho real *autónomo*.

La Relación Real al Código civil italiano (especie de exposición de motivos), afirma que el derecho de superficie es un derecho real autónomo, pero que «deviene derecho verdadero de *propiedad* sobre lo construido cuando la construcción se realice». Pero esto siembra confusionismo, ya que da la impresión de que el *derecho de superficie* se transforma o metamorfosea en *propiedad superficiaria*, lo que hace decir a SALIS lo indicado antes, esto es, que una vez hecha la edificación, ya no puede hablarse del derecho de superficie, sino tan sólo de la propiedad superficiaria, porque el derecho de superficie presupone una edificación a efectuar todavía. Mas esto no es cierto, pues, como afirmamos antes el derecho de superficie posibilita la existencia constante de la propiedad separada superficiaria, pero no es ni se confunde con la propiedad separada, del mismo modo que no se confunde el soporte como dispositivo, con lo que es soportado. El derecho de superficie, mientras subsista, opera constantemente en su misión impeditiva de los efectos de la accesión, aunque se halle concluida la edificación.

Esta función del derecho de superficie se acusa en alto grado en el Código civil suizo, al adoptar como dispositivo de soporte la servidumbre. El Derecho alemán responde a la misma idea, por más que se considere que la edificación o propiedad separada es *parte esencial integrante del derecho de superficie*. Gracias a esta fórmula alemana se resuelve lógicamente el problema de la conexión del derecho de superficie con la propiedad superficiaria, sin necesidad de considerar el derecho de superficie como un derecho subjetivamente real, o sea, perteneciente al que en cada momento resulte ser propietario de la edificación, que no puede ser otro que el titular de la propiedad separada superficiaria. Ninguna legislación permite enajenar la propiedad superficiaria aisladamente del derecho de superficie, por considerarse inconcuso que la enajenación del derecho de superficie entraña la enajenación de la propiedad superficiaria. Esta conexión la resuelve acertadamente el Derecho alemán, y con ella, la función específica de soporte del derecho de superficie.

El Derecho español no contempla este problema, pero hay base

para sostener la aplicación de lo que acaba de exponerse respecto del Derecho alemán.

Ahora bien, si nos vemos forzados a catalogar el derecho real de superficie en uno de los tres tipos de derechos reales, según sean de goce, de adquisición y de garantía, lo situaremos entre los primeros, pero con atribución de características propias, de suerte que no pueda confundirse con el usufructo, con la servidumbre y demás derechos de goce.

3.^a El derecho de superficie *hace posible la propiedad separada del edificio respecto del terreno donde radica.*

En este cometido, el derecho de superficie se produce de *dos maneras* distintas: una, mediante *enervar o neutralizar* los efectos atributivos de la *accesión*, cuando el derecho de superficie entraña el derecho anejo de construir la edificación en propiedad separada, y otro, mediante *escindir o dejar sin efecto* los efectos atributivos ya realizados de la *accesión*, cuando el derecho de superficie se constituye con la cesión de una edificación ya preexistente.

Hay que examinar ambos supuestos:

a) *Derécho de superficie con derecho anejo de edificar.*—Es el caso más frecuente.

Ya hemos dicho que el Derecho romano no llegó a reconocer la propiedad superficiaria, debido a atribuir a la accesión de muebles a inmuebles plena rigidez, estableciendo la regla *superficies solo cedit* sin excepción. Por esto, el derecho de superficie era en el Derecho romano un derecho real de goce de la edificación construida por el superficiario en suelo ajeno, pues la edificación, a medida que avanzaba su construcción, era automáticamente adquirida por el *dominus soli*.

Esto constituye un obstáculo poderoso para admitir la propiedad separada superficiaria. Conforme expresa SALIS, en la adquisición por accesión de edificaciones unidas al suelo, propio o ajeno, en ningún momento puede surgir una cosa nueva con distinta entidad o individualidad y autonomía en relación al terreno, porque terreno y edificación son considerados como formando una cosa única y no como dos cosas distintas, aunque íntimamente conexas. El derecho de la accesión, hecho *físico* con anterioridad

de *jurídico*, no consiente que pueda pensarse en la coexistencia de dos propiedades sobre dos cosas que forman una cosa sola e indivisible. Los materiales de la construcción pierden su autonomía una vez unidos para formar una edificación, y ésta, en cuanto se halla ligada íntimamente con el suelo por la *inaedificatio*, no adquiere el carácter de cosa autónoma, sino que deviene parte integrante de la finca. Puede afirmarse que, en este caso, la adquisición por el *dominus soli* surge a título originario, es decir, por el hecho de haberse construido o edificado en su terreno adquiere la edificación en virtud de la *expansión* del dominio del suelo a la obra o trabajo productores de una *res nova*. En una palabra, el dominio del suelo absorbe todas las cosas unidas a él. Esta conexión entre el suelo y la edificación, únicamente puede ser rota de dos maneras: una ya admitida implícitamente de antiguo en la figura de la *propiedad de casas por pisos o locales*, y la otra, admitida y disciplinada últimamente, que es el *derecho de superficie* con la propiedad superficiaria separada (22) (23).

Se discute—dice BARASSI—si el principio *superficies solo cedit* es la expresión de una verdadera *necesidad jurídica* o sólo una enunciación de *Derecho positivo*, independiente de la lógica jurídica. En Derecho romano era lo primero. Para el Derecho moderno es lo segundo, y, en consecuencia, el Código civil francés (art. 553) y el italiano del año 1865 (art. 448) ya presumieron que la pro-

(22) Destaca SALIS reiteradamente que en este caso del derecho de superficie, la propiedad superficiaria se adquiere por *modo originario*. Pero para CARRARA la propiedad superficiaria surge por efecto de la voluntad del concedente, dirigida a constituir un derecho de propiedad sobre la superficie en favor del concesionario. Pero este autor hace esta afirmación por entender que no cabe confundir el derecho de superficie y el arrendamiento agrario *ad meliorandum*, porque en este contrato la voluntad del concedente no se dirige a ceder al colono la superficie ni a cederle las mejoras y renunciar al juego de la accesión, así como tampoco conceder al arrendatario el «derecho de apoyo» para las plantaciones a efectuar.

(23) Para BARASSI, además de estas dos excepciones al principio de la accesión, existen otras, tales como:

El *derecho de palco* en un teatro (o de butaca).

Las *construcciones sobre terrenos de dominio o uso público*.

Las *construcciones ferroviarias* sobre suelo o terreno privado o público.

Pero estas dos últimas no son verdaderas excepciones, y la primera hace pensar en la servidumbre personal.

El arrendamiento *ad aedificandum* no implica verdadero derecho de superficie de tipo moderno, sino simple derecho de goce sobre lo que el arrendatario edifique, ya que la propiedad de la edificación la adquiere por efecto de la accesión el propietario del terreno.

piedad de la edificación pertenecía al propietario del suelo, admitiendo, por tanto, el *pacto en contrario*, que es el constitutivo del derecho de superficie. El Código civil italiano de 1942 o vigente, conserva dicha presunción, pues establece el juego de la accesión, pero «salvo que resulte otra cosa de un título o de la Ley», y, además, regula el derecho de superficie. En una palabra, se ha llegado a admitir que por pacto o título, el dueño del suelo *renunciara* a la accesión para el caso de edificar otro en terreno ajeno (propio del renunciante), gracias a lo cual se hizo posible el derecho de superficie, con la consiguiente propiedad separada superficiaria (24).

Pero la postura del Código civil español responde más bien al criterio de rigidez romana. En su artículo 358 dispone que «lo *edificado*, plantado o sembrado en predios ajenos... *pertenece al dueño de los mismos*», con lo que consagra como imperativa la norma *superficies solo cedit*. El artículo 361 del mismo Código no significa excepción alguna. Claro que expresa que «el dueño del terreno en que se *edificare*, plantare o sembrare de buena fe, *sólo tiene el derecho a hacer suya la obra*, plantación o siembra, *previa la indemnización* establecida, de suerte que es libre de hacerla o de no hacerla suya, lo que da la impresión de que no es una norma de *ius cogens*; pero este mismo precepto dispone que, para el caso de que no quiera hacerla suya, *obligará al que la fabricó* o plantó *a pagarle el precio del terreno*, y al que sembró, la renta correspondiente. Es decir, de todos modos el Código mantiene la *integridad* de la propiedad de la finca, edificada, pues, o lo edificado se lo queda el *dominus soli*, o se lo queda el constructor, lo que es indicio de la negativa absoluta del Código de permitir la posibi-

(24) Se discute acerca de si la renuncia de la accesión por el *dominus soli* produce efectos únicamente *inter partes*, o si los produce *erga omnes*. El problema queda reducido a dilucidar qué ocurre con la edificación construida por un tercero en el terreno del *dominus soli*, sobre todo cuando este tercero ha procedido de buena fe, sin que pueda privar esta buena fe la circunstancia de constar inscrito el derecho de superficie, cosa necesaria, pues en él la inscripción es indispensable.

Nosotros creemos, con SALIS, que la accesión en este caso se produce, pero en favor del superficiario, lo que equivale a afirmar que la renuncia de la accesión por el *dominus soli* elimina a éste del proceso de la accesión, en tanto subsiste el derecho de superficie, y pasa a ocupar su lugar vacío el superficiario.

Véase en este punto GULLÓN, ob. cit., pág. 26.

lidad de la propiedad separada, base vital del derecho de superficie (25).

De ahí que de no hacer perder a dichos artículos 358 y 361 su rigidez e imperatividad no hay cabida para el derecho de superficie de estructura moderna en nuestro sistema jurídico, pues si siempre ha de producirse la accesión únicamente cabe como posible el derecho de superficie de tipo romano, que es el que atribuye al superficiario la simple facultad de goce de lo edificado, sin que de ningún modo pueda hablarse de la propiedad separada superficiaria.

Lo extraño del caso es que al promulgarse el Código civil era admitida la propiedad separada superficiaria, y la Ley Hipotecaria anterior lo suponía, así como era ampliamente reconocido por el mismo Código otro tipo de propiedad separada en régimen de propiedad de casas por pisos o locales, cuyo ulterior desarrollo se ha producido en nuestros días, manifestado por la reforma en 1939 del artículo 396 del Código y de la otra reforma introducida por la Ley de 21 de julio de 1960.

Pero a pesar de todo lo dicho, la Ley del Suelo del año 1956 ha implantado en España el derecho de superficie de tipo moderno, sin cuidar siquiera de prepararle el terreno, haciéndole perder previamente la rigidez a dichos artículos 358 y 361 del Código civil; es decir, ha legislado en esta materia teniéndole sin cuidado el obstáculo que para este derecho de superficie representaba el régimen de la accesión en nuestro Código, dándose el caso cho-

(25) Y esto aun en el caso del *constructor de buena fe*, pues si es de *mala fe*, la incorporación de la edificación al terreno impone siempre el paso de la propiedad de aquélla al *dominus soli*, conforme resulta del artículo 362 del Código civil, que dispone en este caso que el constructor *pierda* lo edificado.

Sin embargo, en el caso del constructor de *buena fe*, la jurisprudencia y un sector de la doctrina española entienden que la adquisición de lo edificado no se produce automáticamente a favor del *dominus soli*, pues de momento surge una opción a favor de éste, que, mientras no se ejercite, hace que lo edificado permanezca sin atribuir, de suerte que incluso cuando el *dominus soli* opte por adquirir lo edificado, se requiere la *previa indemnización*. Así lo declaran las sentencias de 2 de enero de 1928 y 23 de marzo de 1943, sentencia esta última favorablemente comentada por BONET y por HERNÁNDEZ GIL. De esta forma también lo entienden PÉREZ y ALGUER, para quienes el *dominus soli* no adquiere *ipso iure* la propiedad de lo edificado. Pero todo esto es inadmisibles porque, entre otras razones, de no ser así, sobraría el derecho de retención a favor del constructor. Lo mismo afirma SALIS (en *La propiedad superficiaria*, 1939, pág. 99, nota).

cante de ser una Ley de urbanismo, o sea, de orden administrativo, la que ha introducido una figura de Derecho privado a espaldas del contenido de nuestro Código civil.

Sin embargo, nosotros tenemos que entender que dicho artículo 358 del Código es como si estuviera actualmente redactado así: «Lo edificado... en predios ajenos... pertenece al dueño de los mismos..., *salvo lo dispuesto en la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 y demás disposiciones sobre la materia.*»

b) *Derecho de superficie constituido en la cesión de una edificación preexistente.*—Tiene lugar cuando se constituye el derecho de superficie para posibilitar que el dueño de una *finca edificada* pueda eficazmente *enajenar* al superficiario *la edificación reservándose la propiedad del terreno*. O bien, inversamente, que enajene el terreno a tercero reservándose la propiedad de la edificación, o que enajene a tercero la edificación y a otro el terreno.

En estos casos el derecho de superficie se constituye en contemplación a una *edificación preexistente*, respecto de la cual el juego atributivo de la *accesión*, con la regla *superficies solo cedit*, ya actuó a su tiempo, y ahora, con el derecho de superficie y consiguiente enajenación se *escinde*, quedando resueltos entre partes aquellos efectos de la accesión.

Aquí, tomando ideas de SALIS (si bien éste las refiere a la propiedad separada simple), en el primer caso de derecho de superficie, o con derecho anejo de construir, el superficiario obtiene la propiedad superficiaria de la edificación de *modo originario*, a título de especificación, mientras que en el caso que examinamos el superficiario adquiere la propiedad superficiaria por *modo derivativo*, en virtud de un acto de enajenación. Allí, el superficiario adquiriría una *res nova*, que él, con el derecho de construir, hizo surgir; en el caso presente la cosa o edificación ya preexistía.

En el Derecho alemán, estas dos maneras de obtener la propiedad superficiaria de la edificación, previa constitución del derecho de superficie, aparece clara en WOLFF, quien expresa que según el Código civil alemán, el titular de la superficie sólo es propietario de la edificación *cuando él la ha construido*. Si, por el contrario, *al constituirse el derecho de superficie hubiera encontrado ya fabricada la edificación*, entonces ésta conserva el ca-

rácter de parte integrante esencial de la finca, siendo, por consiguiente, propiedad del dueño del suelo. Con razón la Ordenanza del derecho de superficie, en su artículo 12, ha modificado este particular, y, a su tenor, tanto la *edificación levantada en virtud del derecho de superficie*, como la *existente con anterioridad*, es parte integrante esencial del derecho de superficie y propiedad del superficiario. La edificación preexistente cesa con ello de ser parte integrante de la finca.

El Código civil italiano, bajo el título *Della superficie*, en su artículo 952, que lleva por epígrafe *Constituzione del diritto di superficie*, dispone lo siguiente:

«El propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo (26) una construcción a favor de otro, cuya propiedad adquiere.»

«Igualmente puede enajenar la propiedad de la construcción ya existente, separadamente de la propiedad del suelo.»

Consideramos poco expresivo este segundo párrafo por cuanto no exige la previa o simultánea constitución del derecho de superficie. Pero la exposición de motivos de dicho Código (mejor dicho de la Relación real) es algo más expresiva, pues afirma que el Código *delinea el derecho de superficie en su doble perfil*, distinguiendo el caso en que el *dominus soli* conceda a otro el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una nueva construcción (concesión *ad aedificandum*), del caso en que el propietario de la construcción ya existente en su finca enajene la propiedad de lo edificado separadamente de la propiedad del suelo.

Pero SALIS no es de esta opinión, por bien que ha evolucionado bastante (27). Según este autor, hay que distinguir entre la *propiedad superficiaria* y la *propiedad separada* (que en el fondo es la distinción entre la *propiedad separada superficiaria* y la *propiedad separada simple* o no superficiaria). En los dos supuestos, por tratarse de propiedades separadas, en la *finca edificada* la *propiedad del suelo* pertenece a una persona y la *propiedad de la edificación* a otra, quedando *separada* jurídicamente la propiedad

(26) En otro artículo permite la concesión del derecho de hacer y mantener construcciones debajo del suelo.

(27) Hablamos de SALIS repetidamente porque es el autor que, nosotros sepamos, ha examinado más a fondo el derecho de superficie y la propiedad superficiaria.

de estas dos cosas—físicamente unidas—por una *línea horizontal*. En una palabra, en ambos casos—dice—se produce el fenómeno de la *propiedad horizontal* (28).

La hipótesis de *propiedad superficiaria* tiene lugar—según dicho autor—cuando en virtud de un derecho de superficie el superficiario edifica o construye, adquiriendo en propiedad lo construido o edificado.

La hipótesis de *propiedad separada* tiene lugar cuando el dueño de la finca edificada *enajena* la propiedad de la construcción ya existente a otra persona, reteniendo para sí la propiedad del suelo o terreno, o inversamente, o enajena separadamente ambas cosas a personas distintas.

Este segundo supuesto ya se daba, según SALIS, antes del Código civil de 1942 en la propiedad de casas por pisos o locales. El primero, en cambio, ha necesitado dicho Código de 1942.

Y así, este autor sostiene que, mientras con la constitución del derecho de superficie se llega a la formación de la propiedad superficiaria, en cambio, la propiedad separada puede existir independientemente de la constitución y existencia del derecho de superficie. El Código civil italiano se produce con cierta ambigüedad en este punto, cosa que no han visto PUGLIESE, SIMONCELLI y BALBI. La diferencia entre la propiedad superficiaria y la separada—dice—radica en aquélla indicada antes; en la primera, la propiedad superficiaria se adquiere por *modo originario*, mientras que en

(28) Evidentemente, en la propiedad superficiaria hay una propiedad separada horizontal, de suerte que la denominación de *propiedad horizontal* cuadra mejor a la propiedad separada superficiaria que a la propiedad separada por pisos o locales. En esta última, la propiedad separada de los distintos pisos o locales se halla dispuesta orgánicamente dentro de la finca edificada global, con sus partes en copropiedad. Es decir, los varios pisos o locales se hallan integrados diferencialmente en propiedad separada dentro de un todo orgánico, pues forma parte de una finca unitaria, sin que la posibilidad de inscribirse cada piso o local bajo hoja registral separada o distinta destruya la unidad del inmueble, ya que es una simple prevención destinada exclusivamente a descongestionar el Registro de la Propiedad. En cambio, la propiedad superficiaria, por más temporal que sea el derecho de superficie que la soporta, desdobra la propiedad de un inmueble en dos propiedades distintas dispuestas horizontalmente, con objetos separados, cada uno de los cuales vive su vida, sin interferencias de elementos comunes.

En una palabra, la propiedad superficiaria es una propiedad separada *horizontal*, en tanto que la propiedad por pisos o locales es una propiedad separada *orgánica*. Sin embargo, la denominación de esta segunda como propiedad horizontal ha tomado carta de naturaleza y la adopta la Ley reguladora de la misma, de fecha 21 de julio de 1960.

la segunda la propiedad separada se adquiere por *modo derivativo*. Pero donde tal autor pretende encontrar diferencias, es en caso de perecimiento de la edificación, pues entiende que en la propiedad superficiaria dicho perecimiento no extingue el derecho de superficie, que continúa presente a pesar del perecimiento; en cambio, en la propiedad separada el perecimiento de la edificación extingue el derecho, y, por ende, su antiguo propietario no podrá reconstruirla, salvo que el *dominus soli* le hubiera concedido un *derecho de superficie*. Y es que—afirma—este *dominus soli* sólo le ha concedido puramente la propiedad separada de la edificación, que se extingue al perecer ésta, y con ello ha entendido reservarse alguna eventualidad futura, eventualidad imposible si la concesión de la propiedad separada fuese perpetua. En la propiedad superficiaria el *dominus soli* ya ha pensado y puntualizado si la concesión era temporal o perpetua. Sin embargo, BARASSI no lo entiende así, por considerar que conforme al Código civil italiano hay propiedad superficiaria en uno y otro caso.

El pensamiento de SALIS parece claro. Si el dueño de una finca edificada vende, por ejemplo, la edificación, enajena una cosa que puede perecer y, como mientras no perece subsiste, cuando perece se extingue la propiedad separada, pues su titular compró una cosa determinada. En cambio, en la propiedad superficiaria el derecho de superficie tiene una duración limitada o ilimitada, pero una duración preestablecida, y hasta agotado el plazo subsiste el derecho de superficie y, por ende, aunque perezca la edificación, surge el derecho de reconstruirla. Pero dicho autor admite que, en la hipótesis de propiedad separada, ésta se troca en superficiaria cuando al enajenar la edificación el *dominus soli* faculta al adquirente para poder reconstruirla si perece. Pero más tarde SALIS (29) va desprendiéndose de su criterio y admite que hay propiedad superficiaria (no propiedad separada simple), siempre que en caso de enajenación de lo edificado no se prohíba al adquirente la facultad de reconstruir en caso de perecer la edificación.

Nuestro parecer es que no cabe admitir la figura de la *propiedad separada simple*, o sea, sin el soporte jurídico del *derecho de superficie* o del sistema de *propiedad por pisos o locales*. Y esto,

(29) En: el *Condominio negli edifici*, año 1956.

porque el edificio es elemento esencial integrante de la finca sobre la que se ha edificado, como unidad global orgánica, y, por tanto, inseparable en su propiedad de ella, a menos que esta compenetración jurídica en una propiedad única permita separarla por la constitución de un *derecho de superficie*, o por la adopción del régimen de *propiedad de casas por pisos o locales*. Fuera de estos casos (y otros semejantes) no cabe hablar de propiedad separada simple de una edificación.

Este, creemos, es el criterio imperante en la legislación española (30), puesto de relieve con cierta inflexibilidad por la resolución de 4 de noviembre de 1925, recaída en un caso en que por escritura pública el propietario de una finca edificada vende dos habitaciones de ella. En dicha resolución se declara que en nuestro sistema hipotecario el edificio viene a formar con su solar un todo único, en el sentido económico y jurídico, compuesto de partes íntimamente relacionadas y materialmente enlazadas, que se prestan tan poco a ser objeto de una propiedad aislada, como los materiales empleados en la construcción, las ruedas de un reloj en marcha o los órganos de un animal vivo, y esto no por capricho del legislador o por exagerada orientación doctrinal, sino porque desde el momento en que las partes integrantes de un objeto se presentan como necesarias para la existencia del todo y son, más que cosas independientes, verdaderos trozos que se encuentran en reciproca dependencia corporal, carecen de las condiciones presupuestas o exigidas por el mismo carácter absorbente e ilimitado del derecho de dominio, tal y como aparece reflejado en nuestras Leyes civiles (31).

(30) En lo que respecta al régimen de propiedad de casas por pisos o locales, la Ley de 21 de julio de 1960 confirma nuestro criterio acerca del carácter esencialmente previo de la constitución o establecimiento de dicho régimen, para poder ser objeto de enajenación los diferentes pisos o locales, del mismo modo que el derecho de superficie es presupuesto esencial previo para que el dueño de una finca edificada pueda eficazmente enajenar al superficiario la edificación preexistente, que subsistirá como propiedad separada superficial en tanto no venza el término de duración del derecho de superficie. Por tanto, toda enajenación de un piso o local o de un edificio o planta de éste, sin antes haberse respectivamente establecido el sistema de propiedad de casas por pisos o locales o constituido el derecho de superficie, tal enajenación será radicalmente nula.

(31) Claro que esta resolución parece no prever el derecho de superficie de cuño o molde moderno, y si bien insinúa el sistema de propiedad de casas por pisos o locales, se aferra a la doctrina del Tribunal Supremo cuando ex-

Hay, pues, que concluir que nuestro Derecho es contrario a admitir la propiedad separada simple de edificaciones, pues sólo cabe admitirla en virtud de la constitución de un *derecho de superficie* o del establecimiento de un *régimen de propiedad de casas por pisos o locales* (32) y otros análogos.

Pero es que, además, creemos que en el estado actual de la legislación española *tampoco cabe el derecho de superficie constituido en la cesión de una edificación preexistente*, o sea, la propiedad separada obtenida mediante un acto de adquisición y mantenida por virtud del derecho de superficie. Y no cabe porque nuestro Derecho sólo ha pensado en el derecho de superficie con derecho anejo de edificación (33).

Es lógico que la Ley del Suelo sólo haya pensado en esta clase de derecho de superficie, porque es una *Ley de fomento de la construcción urbana*, o sea, de incrementación de las edificaciones, y

presa que, según ésta, el mero hecho de estar dividida en pisos o habitaciones una casa no borra la comunidad real y efectiva, ya que el derecho de cada partícipe, por ser absolutamente inseparable del edificio entero, lejos de destruir, presupone la existencia de la comunidad y está subordinado a la misma.

(32) Dice acertadamente SALIS (en su obra *Il condominio negli edifici*, 1956, pág. 21) que del *condominio del suelo* no deriva necesariamente que la edificación que construyan los condóminos sea una propiedad de casas por pisos, pues del *condominio del suelo* derivaría necesariamente el *condominio de lo edificado*, precisamente en virtud del principio *quod inaedificatur solo cedit*, o sea, que la cualidad o situación jurídica de una finca sin edificar se contamina a lo que sobre ella se edifique. Por tanto, para evitar este fenómeno no hay más remedio que establecer previamente el régimen de casas por pisos o locales, por cuya razón este régimen tiene la virtud de evitar el juego de la accesión, pues de lo contrario, la comunidad del suelo se extendería a lo edificado.

Y es que la propiedad de casas por pisos o locales tiene lugar de dos maneras: comprando un piso al dueño de la finca edificada, siempre previo establecimiento del régimen de propiedad por pisos o locales, ya que de no ser así, la compra sería imposible, pues estaríamos ante un caso de propiedad separada simple, que es inadmisibles; o bien los condueños de un terreno sin edificar acuerdan hacerlo, previo pacto del régimen de propiedad de casas por pisos o locales, de manera que sin este trámite la comunidad del suelo o terreno contaminaría la edificación.

El régimen de propiedad de casas por pisos o locales tiene, pues, la misma virtud del derecho de superficie: evitar el juego atributivo de la accesión y posibilitar la existencia del régimen de propiedad de casas por pisos o locales. Nuestro artículo 396 impone la copropiedad del suelo en la propiedad de casas por pisos, mientras que el Código civil italiano sólo la presume. Por tanto, en nuestro Derecho no será posible que sobre un edificio en propiedad superficial existiera el régimen de propiedad de la edificación por pisos o locales.

(33) Véase nuestro *Suplemento al Derecho Hipotecario*, pág. 64. Compárese con lo que en el mismo se expone en la página 23.

el derecho de superficie de esta clase que examinamos ahora es natural que no le interese. Lo que es criticable es que, desde el momento que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario quiso regular el derecho de superficie, supliendo incluso normas de la Ley del Suelo, no hubiera tenido del derecho de superficie una visión más amplia o comprensiva de ambas clases examinadas.

Por tanto, en lo sucesivo únicamente nos ocuparemos del derecho de superficie con derecho anejo de edificar en suelo ajeno.

4.^a El derecho de superficie, institucionalmente, puede ser de *duración temporal* y de *duración indefinida*.

En Alemania, Suiza e Italia caben una y otra duración, si bien generalmente es temporal, con plazos variables, que a veces llegan a noventa y nueve años. Se comprende que, incluso temporal, el espacio de tiempo ha de ser largo, pues ha de ser suficiente para que el superficiario goce del edificio en su vida normal.

La Ley del Suelo admite únicamente el derecho de superficie de duración temporal, debiéndose determinar ésta al tiempo de constituirlo; pero creemos caben prórrogas. Sin embargo, esta misma Ley del Suelo no permite que la duración exceda de cincuenta años cuando el derecho de superficie lo conceda el Estado u otros entes públicos.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario sólo permite la inscripción del derecho de superficie cuando el plazo de su duración no exceda de cincuenta años. Este precepto reglamentario viene a modificar la Ley del Suelo, pues si, según ésta, la inscripción es constitutiva en materia de derecho de superficie, y también lo es, según dicho artículo 16, del Reglamento Hipotecario, prácticamente equivale a preceptuar que nunca el derecho de superficie podrá en España tener una duración superior a cincuenta años.

5.^a El derecho de superficie puede referirse a edificaciones *sobre el suelo* y a edificaciones *debajo de él*. Por tanto, lo correcto, desde el punto de vista doctrinal, es que en este derecho la edificación sea *en terreno ajeno*. Se afirma que el Derecho romano, atento al sentido literal de la palabra *superficie*, solamente admitió dicho derecho sobre el suelo.

La doctrina italiana también admite el derecho de superficie *sobre una propiedad superficiaria* (derecho de mayor elevación o

de sobre elevación) y *debajo de una propiedad superficiaria* subterránea o en el subsuelo. Lo que no cabe todavía es un derecho de superficie sobre un derecho de superficie sin propiedad superficiaria.

El derecho de superficie sobre el suelo y el de debajo del suelo pueden pertenecer a personas distintas.

Es normal el derecho de superficie *sobre* suelo ajeno, pero no hay razón para no admitir el derecho de superficie *bajo* el suelo ajeno, como bodegas, sótanos u otras edificaciones en el subsuelo.

La Ley del Suelo prevé solamente el derecho de superficie relativo a edificaciones *sobre* el suelo de finca ajena. En cambio, el mencionado artículo 16 del Reglamento Hipotecario admite el derecho de superficie respecto de «edificios *en* suelo ajeno», relativo a nuevas construcciones *«bajo el suelo* de fundos ajenos» y referente al levantamiento de «nuevas construcciones *sobre el suelo*» de fundos ajenos. Lo que no prevé es la edificación debajo de una edificación subterránea. Por ello empleamos la fórmula de edificaciones *en terreno o inmueble* ajeno.

Merece atención especial el denominado *derecho de mayor elevación* o de *sobreedificación* concedido a tercero que, en rigor, es un verdadero *derecho de superficie* sujeto al régimen específico de éste, a menos que se le someta al *régimen de propiedad de casas por pisos o locales*, en cuyo caso se tratará de un caso de propiedad separada, pero sujeta a este régimen especial. Este doble régimen del derecho de mayor elevación lo adopta el repetido artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Pero aquí tratamos exclusivamente del derecho de sobreelevación en régimen de derecho de superficie.

El derecho de mayor elevación presupone un derecho de superficie con derecho anejo de construir, y no un derecho de superficie en vistas a una enajenación de una planta superior.

Sin embargo, para que se trate propiamente de un derecho de mayor elevación de tipo superficiario, es preciso que el propietario de la finca edificada lo conceda a tercero, pues si él, el mismo propietario, es quien eleva su edificio, más que un derecho superficiario de mayor elevación, se tratará de una *facultad* que todo propietario de un edificio tiene de elevarlo con nuevas plantas, o sea, una facultad integrante del dominio.

Acerca de quién puede conceder este derecho de superficie de mayor elevación nos ocuparemos después.

6.^a Al dar, al principio, el concepto del derecho de superficie nos hemos referido tanto al relativo a una *edificación* como a una *plantación*.

Debemos observar que bajo la palabra *plantación* comprendemos tanto el arbolado como el viñedo u otra superficie vegetal, y que, en este caso, la propiedad separada de la plantación presupone un derecho de superficie *sobre el suelo*, sin que sea posible hablar del subsuelo ni del derecho de mayor elevación.

Algunas legislaciones, como la alemana, suiza e italiana, sólo admiten el derecho de superficie respecto de *edificaciones*, y se afirma que lo mismo ocurría en Derecho romano.

En cambio, afirma MAROI (34) que la forma primordial y más espontánea de propiedad es la que recae sobre arbolado, como propiedad separada de la del suelo en que están radicados, de suerte que la difusión de esta figura, ignorada por el Derecho romano, estuvo muy extendida en la antigüedad y también en la misma época moderna. Insiste en que es la más antigua forma de propiedad individual, la que recae sobre el arbolado, cuya propiedad separada se adquiere plantando. Se dice que la misma es de origen germánico, pero—observa—que es absurdo considerar que es germánico todo cuanto se desvía del Derecho romano.

Sin embargo, MAROI más que al derecho de superficie se refiere a la propiedad de finca rústica perteneciente a varias personas, a cada una de las cuales les corresponde el goce de una determinada clase de árboles y demás vegetales, explotando, por ejemplo, unos, el arbolado, otros, el viñedo, y otros, la siembra de legumbres o cereales. En una palabra, es una especie de finca en común, o mejor dicho, el dominio de la finca está en condominio, pero con distribución del aprovechamiento de productos. Dicho autor cita, entre otros países donde suele darse esta especialidad, a Extremadura, con su derecho de *apostar*. Es decir, se trata de lo que CASTÁN califica de comunidad entre copropietarios con derecho a aprovechamientos diferentes, que tiene la particularidad de que, a diferencia de la indivisión pura, cada participa-

(34) *Scritti giuridici*, I, pág. 50.

ción es de igual cualidad en cuanto al dominio, pero distinta en cuanto al disfrute. Varias sentencias del Tribunal Supremo han calificado de comunidad estas situaciones, a fines de hacer funcionar el retracto. Pero el derecho de superficie es otra cosa.

La aplicación del derecho de superficie a las plantaciones, que ya hemos visto que varias legislaciones rechazan, doctrinalmente tiene muchos adversarios. Según éstos, en materia de superficie vegetal la accesión opera sin contemplaciones, conforme a la regla *quod plantatur solo cedit*, sin perjuicio de aquellos contratos agrarios productores de un derecho personal (arrendamiento, aparcería, etc.) o de un derecho real (enfiteusis, establecimiento a primeras cepas), que permiten aprovechar agricolamente fincas ajenas.

Y es que las reglas de la accesión son distintas según se trate de la *plantatio* o de la *in aedificatio*, pues en aquella las raíces y otras circunstancias imponen una unidad orgánica con la tierra, sobre todo tratándose de la siembra, como lo demuestra el mismo artículo 361 del Código civil español.

SALIS se ha esforzado, con éxito, en demostrar la diferencia existente entre la edificación y la plantación, por ser diferente el ligamen existente para la plantación en contraste con la construcción, pues la plantación y el terreno se compenetran íntimamente. La Relación real al Código civil italiano de 1942 opone como obstáculos la promiscuidad que la plantación origina y los peligros que para la agricultura representaría la admisión de la propiedad superficiaria vegetal. Sólo excepcionalmente en materia de viveros, y también, como dice PUGLIESE, en materia de árboles plantados por el dueño de un edificio alrededor de éste, puede admitirse cierta separación. Y lo mismo cabe afirmar de la venta de plantas o arbustos destinados a ser trasplantados o cortados. Pero son casos excepcionales. En general, la propiedad separada no se presta en materia de superficie vegetal.

Pero, además, su admisión sería superflua desde el momento que el cultivo y el aprovechamiento agrícola permiten conseguir la misma finalidad mediante contratos agrarios y constitución de derechos reales. Además, de tener que ser temporal, el derecho de superficie podría originar aquellos problemas de desarraigo de

familias campesinas que cuando son en masa plantean graves problemas.

Nuestra Ley del Suelo sólo regula el derecho de superficie respecto de edificaciones, cosa muy natural, dada su índole urbanística. El citado artículo 16 del Reglamento Hipotecario parece seguir igual sistema, pero, en rigor, no es así, pues el propio Reglamento Hipotecario, en su artículo 30, número 3.º, permite la inscripción del «derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas», debiéndose practicar la inscripción «en el folio de aquélla sobre la que se constituya» dicho derecho.

A pesar de la denominación que emplea este Reglamento, el derecho real de vuelo sobre fincas rústicas ajenas es un derecho de superficie sobre plantaciones o superficie vegetal, aunque no utilice materialmente el concepto de «superficie». Y es que el derecho de superficie es siempre un *derecho real de vuelo* sobre finca ajena, conforme resulta del tan repetido artículo 16 del mismo Reglamento al calificar de «derecho de superficie» al derecho de «levantar nuevas construcciones sobre el vuelo» de fundos ajenos.

Este concepto mismo de «derecho de vuelo» lo emplea también del Reglamento del Patrimonio Forestal del Estado de 30 de mayo de 1941, en cuyo artículo 58 dispone que «*el vuelo* de las masas arbóreas creadas deberá en todo caso ser inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre del Estado, sin perjuicio de los derechos sobre el mismo que se reserven al propietario del suelo». Y la Ley de Montes de 8 de junio de 1957 dispone, en su artículo 11, que «se inscribirá obligatoriamente a favor del Patrimonio Forestal del Estado en el Registro de la Propiedad competente el *derecho real de vuelo* adquirido por dicho organismo mediante consorcios...»

Así pues, dicho artículo 30 del Reglamento Hipotecario admite, aunque sea con otro nombre, el derecho de superficie sobre plantaciones u otra superficie vegetal, si bien éste se registrará por las normas generales y las que permita extraer de dicho precepto reglamentario.

El referido artículo 30 del Reglamento Hipotecario establece que en la inscripción de este derecho se hará constar: su duración, la plantación o siembra en que consista, el destino de éstas y de

las mejoras en el momento de la extinción del derecho, los convenios y prestaciones estipuladas, y, si las hubiere, las garantías pactadas con carácter real. Y añade que iguales circunstancias deberán constar en las inscripciones de consorcios a favor de la Administración forestal o de los particulares (35).

* * *

Para la constitución del derecho de superficie hay que distinguir sus requisitos o elementos:

1. Como *elemento personal*, por parte del *concedente*, la concesión del derecho de superficie equivale a un *acto de gravamen*, que requiere la *capacidad de disponer* inmuebles y el *poder de disposición* de los mismos.

Solamente podrá conceder el derecho de superficie el *propietario de la finca*, y si ésta se hallaba en condominio se requerirá la unanimidad de todos los condóminos (36).

De tratarse de la concesión de un *derecho superficiario de mayor elevación*, también podrá únicamente concederlo el propietario de la finca edificada o todos sus condueños. Sin embargo, si en la finca edificada el edificio perteneciere en propiedad superficiaria, es dudoso a quién corresponde la concesión: ¿Al propietario del suelo? ¿Al propietario de la edificación? ¿A ambos?

Para SALIS corresponde concederlo al superficiario de la edificación, porque, según él, una vez el *dominus soli* haya concedido el derecho de superficie a un tercero, surgiendo por virtud del derecho de construcción la correspondiente propiedad superficiaria del edificio, quedó neutralizado el efecto de la accesión respecto del suelo, pues en lo sucesivo el área donde la accesión podrá operar será la propiedad superficiaria, de suerte que la accesión favorecerá al propietario de la edificación y no al *dominus soli*, como si situara más alto la planta de la propiedad en la que actúa la accesión, produciéndose el mismo resultado que se pro-

(35) Sin embargo, aquí nos limitaremos al derecho de superficie relativo a edificaciones.

(36) Se discute sobre si puede constituir o conceder un derecho de superficie el enfiteuta, pero entendemos que no hay obstáculo para ello, sobre todo si en lugar del criterio del dominio dividido se estima que el enfiteuta es el propietario de la finca, aunque sujeto al gravamen del censo enfiteúico.

vocaría si otro estrato del terreno se situara cubriendo el edificio objeto de propiedad superficiaria.

Nosotros no lo entendemos así, pues creemos que la concesión del derecho superficiario de mayor elevación debe emanar de la propiedad total, es decir, necesita el consentimiento conjunto del *dominus soli* y del superficiario.

Y lo mismo creemos ha de entenderse cuando se trata de un derecho superficiario de mayor elevación sobre una casa cuya propiedad se distribuye por pisos o locales, de suerte que en este caso sólo podrá constituirse tal derecho con el consentimiento de todos los propietarios de los distintos pisos o locales y que conjuntamente representan la propiedad de la finca edificada (37).

2. Como *elemento real*, ya hemos visto que el derecho de superficie puede recaer *sobre o bajo* suelo ajeno, e incluso *sobre la edificación ya construida*, así como en rigor *debajo de la edificación construida en el subsuelo*.

Asimismo, ha de tratarse de *edificaciones* en general.

WOLFF (38) afirma que por edificación se entiende toda construcción que represente un todo independiente, e incluye aquí no sólo los edificios, bodegas o sótanos, sino los puentes, diques, muros, monumentos, fuentes y esclusas. En semejante sentido se produce WIELAND (39) (40).

En la doctrina italiana prevalece un criterio amplio, pues si lo corriente es que el derecho de superficie se refiere a edificios, se extiende a otras construcciones adheridas al suelo y en las que se empleen materiales propios de la construcción. SALIS habla a estos efectos de la necesidad de emplear materiales a fin de obtener una nueva cosa apta para proporcionar en sí misma

(37) La Ley sobre propiedad horizontal, de 21 de julio de 1960, en su artículo 11, complementado por el artículo 16, prevé la construcción de nuevas plantas en una finca edificada sujeta al régimen de propiedad horizontal, y para ello requiere el acuerdo unánime de los propietarios todos de los pisos o locales de la finca. Sin embargo, hay que entender que dicho artículo 11 no alude al derecho superficiario de mayor elevación, sino a la sobreelevación en régimen de propiedad horizontal, y como ejercicio del poder dominical que compete al conjunto de la masa de propietarios de pisos o locales.

(38) Ob. cit., III, 2, pág. 3.

(39) Ob. cit., pág. 270.

(40) En cambio, el derecho de superficie solamente cabe respecto de edificaciones en su totalidad; prohíbe respecto de los pisos, locales y departamentos de un edificio.

una utilidad diversa de los materiales singularmente contemplados.

Es, pues, esencial que se trate de algo incorporado al suelo, de suerte que sin el derecho de superficie sería absorbido por el suelo por el proceso de accesión. Lo epidérmico o transitorio, como quioscos, baños y otras instalaciones sobre cuyos materiales no pueda normalmente operar la accesión a favor del *dominus soli*, por ser desmontables.

Las concesiones de tranvías, ferrocarriles y otras cosas destinadas al servicio público son concesiones administrativas, regidas por el Derecho administrativo, y no derecho de superficie. No lo son los nichos, sepulcros, panteones, capillas funerarias y otras obras o construcciones en los cementerios, pues son cosas reguladas por leyes de policía. Y tampoco los bancos en iglesias, que son cosas religiosas. Ni tienen tal carácter las líneas de conducción eléctrica, telegráficas, telefónicas, oleoductos, etc.

Los palcos de un teatro, son casos de propiedad separada, mas no superficiaria.

Estas exclusiones se producen automáticamente como consecuencia de que no se trata de edificaciones susceptibles de servir de base para un derecho de superficie. Y, además, este criterio permite establecer una distinción fundamental entre el derecho de superficie y las servidumbres prediales. Por tanto, no seguimos a WOLFF (41) cuando afirma que por edificación se entiende toda construcción que represente un todo independiente, e incluye aquí, no sólo los edificios, bodegas o sótanos, sino los puentes, diques, muros, monumentos, fuentes y esclusas. En el mismo sentido WIELAND, en el Derecho suizo.

Por último, el derecho de superficie, en caso de edificación, puede extenderse a una porción de terreno no edificada, siempre que por su destino útil sea *accesorio* de la edificación, como, por ejemplo, un jardín, corral, espacio de separación de edificios, patios comunes para luces y ventilación, etc. En el caso del jardín, el derecho de superficie se referirá a una superficie vegetal o espacio verde; pero lo decisivo será que la edificación sea lo principal y el jardín lo accesorio (42).

(41) Ob. cit., pág. 3.

(42) GULLÓN (ob. cit., pág. 81) empieza por configurar en estos casos un derecho de servidumbre y alude a la buena doctrina seguida por el Derecho

3. En cuanto a los *modos y forma* de adquisición del derecho de superficie, distinguiremos estos aspectos:

El modo normal de adquisición del derecho de superficie es, por la declaración de voluntad del *dominus soli*, concertada o aceptada por el superficiario, es decir, por *negocio jurídico*. Este negocio jurídico puede ser un *contrato o donación* y también un *testamento*.

Si atendemos al modo de producirse la vigente Ley de Expropiación forzosa el derecho de superficie puede constituirse también por *expropiación*.

¿Pero puede originarse por *usucapión*? Hay mucho que hablar de esta cuestión.

Empecemos con el *derecho de superficie con derecho conectado de construir*. Si, como hemos visto antes, la existencia *previa* del derecho de superficie es lo que neutraliza el efecto de la accesión y posibilita la formación de la propiedad superficiaria de la edificación, la usucapión no podrá darse, porque a medida que el usucapiente construya en predio ajeno, en virtud del ejercicio de aquel derecho anejo de construcción, todo lo que vaya edificando lo adquiere el *dominus soli* por efecto de la accesión, de suerte que, aun admitiendo la usucapibilidad del derecho de superficie, en este caso se encontraría siempre sin posibilidad de obtener la propiedad superficiaria de la edificación.

Esto es la *usucapión ordinaria*, o sea, cuando un *non domino* produce un título idóneo de constitución de un derecho de superficie, o sea que es un título correcto como tal a favor de otra persona que procede de buena fe, y que realmente le atribuiría este derecho de ser aquél un *verus dominus*, defecto éste que hay que superar por medio de la *posesión o ejercicio* de dicho presunto derecho de superficie por el tiempo que para la usucapión ordinaria señale la ley. Esta posesión o ejercicio del derecho de superficie podría admitirse a base de considerar que la envuelve

alemán, que es la del texto. Véase en este punto WOLFF (en el *Tratado de Derecho civil* de ENNECCERUS, KIPP y WOLFF, II, 2, página 4), donde, además, trata del problema sobre si se convierte también en propietario el superficiario, cuando ha edificado más allá de los límites de su derecho de superficie, ya porque construyó un piso más de los que podía construir, a tenor del contenido de su derecho de superficie, o ya porque construye más allá de la parte del terreno asignado al efecto.

el hecho de construir la edificación el pretendido superficiario o de pagar periódicamente el canon al *dominus soli*, de consignarse esta prestación en dicho título idóneo; pero así y todo siempre tropezaríamos con el referido obstáculo de que sin previa existencia legal del derecho de superficie, todo cuanto se construyera se haría automáticamente propiedad del *dominus soli* por efecto de la accesión (43).

En la usucapión extraordinaria sólo se requiere la posesión en concepto de titular durante el tiempo fijado por la ley, pero ocurriría lo mismo, y, además, si el pretendido usucapiente construyera en el terreno ajeno, entrañaría la ejecución de actos dominicales que implicarían posesión en concepto de dueño que podría ocasionar la usucapión del dominio de la finca, y no tan sólo la usucapión del derecho de superficie.

¿Y en el *derecho de superficie en vistas de la enajenación de edificación preexistente*?

En este caso parece que el esfuerzo no es tan grande, pues no se trata de neutralizar los efectos atributivos de la accesión, sino tan sólo de escindir los efectos de una accesión ya operada. Y si esta escisión puede producirse por negocio jurídico, parece que la usucapión, al menos la ordinaria, podrá funcionar, en el sentido de producir esta escisión una vez consumada.

Nosotros creemos que aquí cabe la usucapión ordinaria y la extraordinaria (44).

Por último, el derecho de superficie puede adquirirse por efecto de la *fe pública registral* sobre la base del art. 34 de la ley Hipotecaria.

—Respecto del *título instrumental* en que conste la constitu-

(43) Este criterio obstativo de la usucapión ordinaria en nuestro caso es señalado también por SALIS, pero de otra manera, pues como, según él, en esta clase de derecho de superficie, éste consiste en el derecho de construir, la construcción cedería en favor del *dominus soli*. Mas nosotros centramos el obstáculo en el carácter previo que el derecho de superficie tiene para la existencia de la propiedad separada superficiaria, sólo posible por neutralización de la fuerza atributiva de la accesión. Para SALIS, como para la usucapión ordinaria también se requiere la posesión del derecho de superficie, posesión que no es más que la actividad correspondiente al ejercicio de un derecho real inexistente, esta actividad correspondiente al ejercicio del derecho de superficie consiste en construir.

(44) En cambio, es más clara la posibilidad de usucapión de un piso o local de una edificación en régimen de propiedad de casas por pisos o locales, pues, como afirma SALIS, el piso o local ya existe como propiedad separada.

ción o adquisición del derecho de superficie, debe ser el adecuado al modo de adquisición de este derecho.

Nuestra Ley del Suelo dispone que la concesión del derecho de superficie deberá ser formalizada en *escritura pública* y previa *subasta o adquisición directa* cuando el concedente sea el Estado u otro ente público (45).

La Ley del Suelo parte de la premisa de que el derecho de superficie sólo puede ser objeto de concesión por *contrato*, sin pensar en los otros posibles modos de adquisición. El artículo 16 del Reglamento Hipotecario, con más amplitud, emplea el concepto de *título público*, en que se establezca el derecho de superficie, dentro del cual entran aquellos modos de adquirir este derecho, si bien alude a pactos o estipulaciones contenidos en dicho título público, lo que denota que también este precepto sólo piensa en el negocio jurídico contractual como único modo de constitución del derecho de superficie. Evidentemente, en todo esto hay cierta imprecisión.

Además, según dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario, para poder ser inscrito dicho título público en que se establezca el derecho de superficie, deberá el mismo reunir o contener, además de las circunstancias generales necesarias para la inscripción, estas siguientes:

Fijación del *plazo de su duración*, que, como hemos dicho antes, no puede ser superior a cincuenta años.

Determinación del *canon o precio* que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituye a *título oneroso*.

Plazo señalado para realizar la edificación (que no podrá exceder de cinco años), sus *características generales, destino y costo* del presupuesto.

Pactos relativos a la realización del *acto de disposición* por el superficiario.

Garantías de trascendencia real con que asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, sin que sean inscribibles las

(45) Aunque la Ley del Suelo disponga que la concesión del derecho de superficie «*en todo caso deberá ser formalizada en escritura pública*», no creemos haya de darse a este precepto otro alcance que el de considerar incluida la constitución del derecho de superficie entre la lista de actos comprendidos en el primer párrafo del artículo 1.280 del Código civil en relación con el 1.279 del mismo.

estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso (46).

—La *inscripción* del título en que se establezca el derecho de superficie tiene carácter *constitutivo*, como en las hipotecas (47).

La Ley del Suelo dispone que la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie, se requiere «como *requisito constitutivo de su eficacia*», y el citado art. 16 del Reglamento Hipotecario preceptúa que el mismo deberá inscribirse «para su *eficaz constitución*» (48).

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

* * *

(46) La Ley del Suelo calla en este extremo

(47) Ni la Ley del Suelo ni el Reglamento Hipotecario después de su última reforma del año 1959, han dispuesto que el derecho de superficie, con la propiedad separada superficiaria, deban o puedan figurar registralmente en hoja separada, como si se tratara de una finca independiente, al menos a los solos efectos registrales, a pesar de militar más serias razones institucionales para ello en el derecho de superficie que en el régimen de propiedad de casas por pisos o locales, pues bien mirado hay superior dosis de separación o aislamiento en aquél que en éste. Tanto es así, que, según el Derecho alemán, al derecho de superficie hay que abrirle imperativamente una hoja distinta del Registro de la Propiedad, como si se tratase de finca diferenciada del suelo. Lo mismo ocurre con el Derecho suizo. Seguramente este silencio de nuestra legislación obedeció a la circunstancia de admitir sólo el derecho de superficie con una duración máxima de cincuenta años, a pesar de no ser ésta una razón suficiente. No obstante, LA RICA (*Comentarios a la Reforma del Reglamento Hipotecario*, pág. 33) admite como potestativa la inscripción del derecho de superficie en hoja registral separada, cosa que dudamos.

(48) Aunque nosotros no estemos conformes en generalizar el sistema de *inscripción constitutiva*, creemos que en el derecho de superficie está justificado adoptarlo, debido a la índole propia de este derecho, pues mientras no se construye no está materializado, y una vez hecha la edificación es normal pensar que ésta pertenece al dueño del suelo. Estimamos estéril la controversia entre GULLÓN (ob. cit., pág. 70) y FOSAR BENLLOCH (*El derecho de superficie*, en «Anales de la Universidad de Valencia», 1954-55), sobre la necesidad de la tradición como factor constitutivo coadyuvante del derecho de superficie, requisito éste que consideramos superfluo por la propia esencia del derecho de superficie, razón que confirma la necesidad de que su inscripción tenga carácter constitutivo.

Entremos ahora en el examen de los *efectos* del derecho de superficie. Son los *derechos* a favor del *dominus soli* y del *superficiario*, que recíprocamente implican obligaciones (49).

A) *Derechos del dominus soli*.—Los más característicos son los siguientes:

1) Derecho a la *contraprestación*.—Este derecho no existe cuando el derecho de superficie se constituye por legado o donación, o sea, *gratuitamente*.

Cuando el derecho de superficie se constituya a *título oneroso*, la contraprestación podrá consistir:

En el percibo de un *precio*, en caso de venta, o de *otra cosa* no dineraria en caso de permuta, en cuyos supuestos rigen las reglas de la compraventa o de la permuta respectivamente (50).

En el derecho a percibir un *canon periódico*. Es el antiguo *solarium* o pensión superficiaria. Hay que suponer que será un canon dinerario.

En la constitución del derecho de superficie se determinará el importe de este canon superficiario por toda la duración de dicho derecho. Este importe puede pactarse progresivamente, o sea, con un aumento gradual periódico. Creemos que cabe in-crustar una cláusula de estabilización.

Ante el silencio de nuestra legislación, hay que entender que este canon periódico sólo atribuye al *dominus soli* un derecho personal o de crédito, de carácter también periódico, sin que implique la *carga real* propia de la pensión en los censos, ni menos obligación *ob rem*. Confirma esta consideración la circunstancia de que el artículo 16 del Reglamento Hipotecario expresa que

(49) Bajo el concepto de *dominus soli* comprendemos el dueño del terreno objeto del derecho de superficie y también el dueño de la edificación en propiedad superficiaria en caso de derecho superficiario de sobreelevación.

(50) El artículo 16 del Reglamento Hipotecario habla de *precio*, mientras la Ley del Suelo habla del pago de una *suma alzada*, lo que es lo mismo.

SALIS plantea el problema del caso de proceder la acción rescisoria por lesión *ultra dimidium*. Para este autor, esta rescisión no puede implicar la transmisión—nosotros decimos *reversión*—de la propiedad superficiaria al *dominus soli*, porque entonces el derecho de superficie se extingue *ex tunc* (salvo terceros subadquirentes) y el superficiario se encontraría en la misma situación del edificante en suelo ajeno. Y afirma que, si el edificio está concluso, el *dominus soli* no podrá pedir su demolición, pues se aplicarán las reglas de la accesión como si se tratase de un edificante de buena fe, pues éste construyó a ciencia y paciencia del *dominus soli*.

en el título público de constitución del derecho de superficie podrán establecerse las *garantías de trascendencia* real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato, garantías que, entendemos, sólo podrán ser la hipoteca o prenda, más no el pacto comisario, pues precisamente este artículo rechaza la inscripción del pacto de comiso en la superficie. Si se trata de una hipoteca será de renta, con los efectos que la misma produzca. No creemos que pueda pactarse que el canon periódico implique carga real de tipo pensión de censo (51).

Esto así, convendrá garantizar el pago del canon mediante hipoteca o prenda; de lo contrario, si el superficiario queda insolvente por enajenar su derecho, sin que el adquirente asuma el débito del canon periódico, el *dominus soli* sólo podrá perseguir para el cobro al primer superficiario, sin que el nuevo superficiario quede obligado al pago, a pesar de ser él quien proceda a construir la edificación, y, por tanto, ser el primer propietario de ella.

La falta de pago de los cánones vencidos sólo autorizará al *dominus soli* para reclamar judicialmente el pago de los cánones atrasados. Es lo mismo que viene a decir el artículo 1.805 del Código Civil sobre la renta vitalicia, con la diferencia de no estar previsto, como lo está en este precepto, el derecho del percceptor de exigir el aseguramiento de los cánones futuros.

Nuestra legislación sobre el derecho de superficie, no establece expresamente esta norma, pero cabe deducirla del tan citado art. 16 del Reglamento Hipotecario cuando preceptúa que no serán inscribibles las estipulaciones que sujeten al derecho de superficie al *comiso*, de modo que se rechaza el *pacto de comiso*, con mayor razón no lo establece *de iure*. Se dirá que el comiso no se identifica con la acción de resolución del contrato, pero el resultado es parecido, y si no se admite el comiso, hay

(51) Es un olvido imperdonable que la Ley del Suelo o el Reglamento Hipotecario no regularan este supuesto, como otros análogos, en el sentido de implicar obligaciones *ob rem*, o sea, que su titular pasivo no fuese subjetivado, sino determinado por la circunstancia de ser a la sazón titular del derecho de superficie, es decir, que el obligado personalmente fuese el que sea titular del derecho de superficie al surgir cada obligación, y en el caso del canon o pensión, al tiempo de devengarse ésta. Este es un vacío evidente de la legislación española en general.

que entender que rechaza también la acción resolutoria por impago de pensiones.

Pero, además, hay una razón fundamental para llegar a la misma conclusión: En general, en los contratos con prestaciones recíprocas rige la norma encarnada en el art. 1.124 del Código Civil, de que el incumplimiento por una parte contratante de su prestación, faculta a la otra para optar, bien por exigir el cumplimiento, bien por reclamar la resolución del contrato. Pero en el contrato oneroso de renta vitalicia, esta opción no cabe por impago de la renta o pensiones debidas, porque en este contrato una parte transfiere a la otra un capital en bienes muebles o inmuebles, y la otra constituye la renta vitalicia, de suerte que con esta constitución ha cumplido su prestación; el impago de alguna o algunas rentas o pensiones atribuye unos créditos singulares, pero sin afectar a la subsistencia del contrato, en sí mismo considerado, pues éste ha quedado cumplido como tal (52). Lo mismo es aplicable a nuestro caso, en el que el *dominus soli* concede un derecho de superficie a cambio de una constitución de renta, pensión o canon periódico (53).

La contraprestación también puede consistir en *exonerar* de la obligación que normalmente tiene el *dominus soli* a indemnizar al superficiario el valor de la edificación cuando se extinga el derecho de superficie por transcurso del tiempo fijado de su duración, exoneración que podrá ser total o parcial.

La Ley del Suelo califica este caso de *reversión gratuita* de la propiedad de lo edificado, una vez llegado el término conve-

(52) Véase ENNECERUS, KIPP y WOLFF, II-2, pág. 481.

(53) Para SALIS, en caso de impago del canon el *dominus soli* tiene dos caminos: la acción resolutoria del contrato de concesión de derecho de superficie, con resarcimiento de daños, o la acción de cumplimiento, o sea, proceder ejecutivamente sobre los bienes del superficiario para el cobro de los cánones debidos y resarcimiento de daños. Si el *dominus soli*—afirma—sigue el primer camino, la resolución es de efectos *ex nunc*, o sea, desde el primer día de la falta de pago, mas no *ex tunc*, o sea, desde el día del contrato. Por tanto, a diferencia del caso de resolución *ex tunc*, la edificación construida no pasa por accesión al *dominus soli*, o sea, a título *originario*, sino que *ex nunc* la adquiere por adquisición *derivativa*, esto es, por transferimiento, sin que el *dominus soli* pueda pretender la demolición, pero debe indemnizar el valor pericial de la edificación, detrayendo naturalmente el importe de los cánones debidos y los daños. Si el *dominus*—dice—opta por el segundo camino, podrá ejercitar la acción ejecutiva, con resarcimiento de daños, pudiendo ejecutar incluso el mismo derecho de superficie, que, junto con la propiedad superficiaria, hará tránsito al que resulte adjudicatario en el proceso de ejecución.

nido. El art. 16 del Reglamento Hipotecario habla de que podrá estipularse «la *reversión* del todo o parte de lo edificado en favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido».

El empleo aquí de la palabra *reversión* es inadecuada; puede utilizarse en ciertos supuestos del derecho de superficie (como hace la legislación alemana), pero si existe uno en que no procede hacerlo, es precisamente cuando el derecho de superficie se extingue por caducidad, o sea, por extinción del plazo de duración. Y más inadecuado es, como hace el Reglamento Hipotecario, no emplear el concepto de *reversión gratuita*, sino simplemente el de *reversión*, ya que si entiende que al expirar el plazo revierte la propiedad de lo edificado al *dominus soli*, no es necesario pactar este resultado, pues lo establece la Ley y la lógica jurídica.

Pero ya hablaremos de aquella indemnización y de la reversión en otro lugar oportuno (54).

Por último, la contraprestación puede consistir en «varias de estas modalidades a la vez», dice la Ley del Suelo, y a ello no hay que oponer objeción alguna.

2) Derecho sobre las circunstancias de la *construcción, mejoras, destino, uso y conservación de la edificación*.

En cuanto a la *construcción*, el propietario del terreno tiene derecho:

A exigir que la edificación se construya en el plazo señalado en el acto de la constitución del derecho de superficie, sin que este plazo pueda exceder de cinco años cuando haya sido concedido por el Estado u otros entes públicos, de suerte que la infracción traerá consigo la extinción del derecho de superficie,

(54) Queda por indicar aquí que de faltar los otros tipos de contraprestaciones y, además, esta exoneración de la indemnización, la constitución del derecho de superficie será a título gratuito, pues precisamente esta indemnización, normalmente obligada, mantiene la gratuidad, debido a ser meramente compensatoria del tránsito de la propiedad de la edificación que a favor del *dominus soli* se produce al caducar la superficie por transcurso del plazo.

La constitución gratuita del derecho de superficie sólo puede tener lugar por vía de donación o de legado. Pero creemos que, también por donación o legado, puede constituirse en cierto sentido a título oneroso si el donante o causante dispone del terreno a favor de una persona y del derecho de superficie a favor de otra, con las contraprestaciones que establezca entre ellas, siempre que los legatarios o donatarios lo acepten. La prueba está en que la enfiteusis puede constituirse por legado, y la enfiteusis es esencialmente onerosa.

sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios del importe de la mejora que representare la parte construida. Así resulta de la Ley del Suelo y del art. 16 del Reglamento Hipotecario, si bien éste impone el tope general de cinco años de plazo para construir como requisito para la inscripción del título público constitutivo del derecho de superficie.

A exigir que la edificación se construya del *modo* o bajo las *características generales* determinadas en el acto constitutivo del derecho de superficie. Así resulta de la Ley del Suelo y del citado art. 16 del Reglamento Hipotecario. Entrará, pues, aquí la fijación de la altura de la edificación y demás medidas de la misma, tipo de edificio y su estilo, empleo de determinados materiales, etc.

Previsiones sobre la *reconstrucción* en caso de perecimiento de la edificación ya construida, a menos que se haya vetado el derecho de reconstruir.

—En cuanto a *mejoras*, el *dominus soli* podrá exigir el cumplimiento de lo pactado sobre obras de mejoramiento de la edificación y podrá impedir que con ellas se altere el aspecto arquitectónico del edificio y demás características fijadas al mismo en el acto de la constitución.

Respecto del *destino* de la edificación, el dueño del suelo podrá exigir el cumplimiento de lo pactado en este punto, como, por ejemplo, la prohibición de destinar el edificio a actividades comerciales o industriales, o a determinadas actividades industriales nocivas, a clínicas u hospitales, a profesiones inmorales, etc.

El citado artículo 16 del Reglamento Hipotecario prevé el pacto o cláusula referente al *destino* de la edificación.

Relativamente, al *uso y conservación* de lo edificado, el dueño del suelo puede exigir el cumplimiento de lo pactado sobre:

La prohibición de colocar maquinaria o instrumentos sonoros.

Exigir las reparaciones y obras de conservación necesarias.

El pago de contribuciones, impuestos y arbitrios.

La obligación de asegurar la edificación y pago de las primas correspondientes etc. (55).

(55) Para lograr la efectividad de estos derechos, el *dominus soli* contará lógicamente con un derecho accesorio de inspección, control o verificación.

El problema básico respecto de este tipo de derechos del *dominus soli* es el valor que respecto de terceros subadquirentes puedan tener estos pactos o cláusulas contenidos en la constitución del derecho de superficie. En el Derecho alemán las relaciones contractuales derivadas de estos pactos o cláusulas forman parte del *contenido* del derecho de superficie y, por tanto, se impondrán como limitaciones estatutarias a todo sucesor universal o singular, incluso a compradores.

La doctrina se hace eco de la necesidad de atribuir trascendencia real a todos estos pactos, como si impusieran obligaciones *ob rem*, o sea, conectadas con la cosa, y exigibles a cualquier persona que a la sazón sea propietaria de la edificación, sin necesidad de configurarlas como servidumbres prediales a favor de la propiedad del suelo o terreno.

En nuestro Derecho, el mencionado artículo 16 del Reglamento Hipotecario permite que las partes o interesados establezcan «*garantías de trascendencia real* con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato». Pero: ¿qué clase de garantías son éstas? Nosotros entendemos que se tratará del derecho real de hipoteca o de prenda, pero en este caso estas garantías sólo podrán asegurar una cantidad importe de una indemnización o cláusula penal dineraria, pues no creemos que en dicho precepto se autorice a revestir tales pactos de eficacia real, como si se tratase de dichas obligaciones *ob rem*. Esto último sería lo deseable para llenar un evidente vacío de nuestra legislación en el caso de derecho de superficie, pues en el régimen de propiedad de casas por pisos, el artículo 5.º de la vigente Ley de 21 de julio de 1960 llega al mismo resultado.

3) Derecho de *tanteo* y de *retracto*.

Nuestro legislador, aficionado a los tanteos, retractos y derechos de adquisición, establece en la Ley del Suelo que «en toda enajenación onerosa (del derecho de superficie), el concedente ostentará el derecho de *tanteo* y, a falta de preaviso formal y expreso, de *retracto*, cuyos plazos y efectos serán los previstos por los artículos 1.637 y siguientes del Código civil». Conforme veremos después, también lo concede en el caso inverso al superficiario.

Somos enemigos de tanto retracto y tanteo, que constituyen un

elemento perturbador del tráfico jurídico y producen más perjuicios que ventajas, pero quizá en el derecho de superficie son tan aceptables como lo son en el censo enfiteutico. Pero ni Alemania, ni Suiza e Italia establecen este tanteo y retracto superficiario (56).

4) El *dominus soli* tiene otros derechos derivados de normas que examinamos en otros lugares del presente estudio, entre ellos, por ejemplo, el de *adquirir o hacer suya la edificación* en los casos de extinción del derecho de superficie o de reversión propiamente dicha, así como el *derecho de autorizar al superficiario para enajenar su derecho de superficie* mientras no hubiere edificado en la mitad por lo menos de lo convenido, salvo pacto en contra, etc.

B) *Derechos del superficiario*.—Los más característicos son los siguientes:

1. Derecho de *construir* la edificación.

Este derecho corresponde propiamente al titular del derecho de superficie con *derecho anejo de construcción*, pero en éste y en el otro tipo, naturalmente, corresponde al superficiario el *derecho de reconstrucción* en caso de perecimiento de la edificación, total o en su mayor parte, salvo que se hubiere pactado este perecimiento como condición resolutoria del derecho de superficie.

Como facultades integrantes de dicho derecho de construir el superficiario, dentro del espacio fijado, puede realizar por si y por medio de los directores, técnicos y operarios de la obra todos los actos preparatorios y directos dirigidos a efectuar la edificación. Por consiguiente, puede colocar andamios, excavar fundamen-

(56) Lo absurdo era conceder el derecho de tanteo por el artículo 396 del Código civil en materia de propiedad de casas por pisos, y el derecho de retracto añadido por el Tribunal Supremo. Estos tanteo y retracto eran inconcebibles, pues si bien está que estos derechos de adquisición preferente se den en el condominio indiviso puro, e incluso en la enfiteusis y derecho de superficie, pero no en la propiedad de casas por pisos, en que dicho precepto del Código proclamaba el principio de propiedad privativa o exclusiva de cada piso, y a la que la Ley facilita su expansión como medio para resolver el angustioso problema de los arrendamientos urbanos, constituyendo esta propiedad una fórmula recomendada oficialmente, que debe ser estimulada, procurando que en el tráfico de pisos o locales la contratación se desenvuelva con plena normalidad y por su precio real, cosa que dichos tanteos y retractos perturbaban.

Esto, que hace tiempo venimos diciendo, ha tenido eco en las alturas donde se preparan o confeccionan las Leyes. La Ley de 21 de julio de 1960 suprime radicalmente dichos derechos en la propiedad por pisos o locales.

tos (57), depositar herramientas y materiales, preparar éstos, transportar estos elementos, etc.

A este objeto, el propietario del suelo está obligado a eliminar a sus costas todos los obstáculos que puedan dificultar u obstruir este derecho del superficiario, verificando todo lo necesario para dejar apto el terreno para la construcción.

2. Derecho de *tener o mantener* en el terreno o inmueble ajeno la propiedad separada superficiaria de la edificación, que es la función básica y típica del derecho de superficie. En consecuencia, corresponden al superficiario sobre la edificación todos los derechos inherentes al derecho de propiedad de la misma, siempre dentro de las limitaciones establecidas y las derivadas de la duración del derecho de superficie y de las demás circunstancias de este derecho.

Ya hemos hablado antes suficientemente de este derecho fundamental.

3. Derecho de *enajenar, gravar y de otro modo disponer* del derecho de superficie, tanto por actos entre vivos como por causa de muerte.

La Ley del Suelo preceptúa que el *derecho de superficie* «será transmisible y susceptible de gravamen, con las limitaciones que se hubieren fijado al concederlo». Pero la misma Ley establece una limitación consistente en que, en tanto no se haya edificado la mitad, por lo menos, de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario.

El artículo 16 del Reglamento Hipotecario se limita a prever los «pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario».

El contraste en este punto entre la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario muestra la superioridad de la primera en este aspecto.

En primer lugar aquélla proclama el principio de disponibilidad del derecho de superficie, limitándose el Reglamento Hipote-

(57) El superficiario puede al construir utilizar el derecho de medianería cuando ésta sea forzosa, y convenir la medianería con el dueño del predio vecino, pues en este orden el superficiario se produce como si fuese el propietario del suelo.

cario a hablar de los pactos relativos a la realización de los actos dispositivos del superficiario. Claro que puede que el Reglamento Hipotecario pensara en la innecesidad de repetir una norma ya proclamada por la Ley del Suelo (58), pero valía la pena de producirse de otra manera, y, sobre todo, precisar el alcance en estos pactos, pues no cabe pensar que el Reglamento Hipotecario sólo atribuya la facultad de disponer del derecho de superficie cuando ello se hubiera pactado con el título constitutivo, ya que esta facultad dispositiva ha de considerarse institucional (59), de suerte que creemos no puede ser prohibida directamente (60) con efectos reales, o al menos la prohibición de su disposición encontraría en su acceso al Registro de la Propiedad el obstáculo que impone el artículo 27 de la Ley Hipotecaria (61).

Sin embargo, cabe discutir si el derecho de superficie puede ser constituido como derecho subjetivado o personalísimo, es decir, como derecho cuya titularidad solamente pueda corresponder a una determinada persona, extinguiéndose, por tanto, al fallecer ésta, en cuyo caso sería imposible su enajenación entre vivos y

(58) De ser así, debemos concluir que la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario se complementan en este punto, sin que, en general pueda hacerse discriminaciones fundadas en que la primera mira exclusivamente al aspecto urbanístico de carácter administrativo.

(59) El artículo 107 de la Ley Hipotecaria permite su hipoteca.

(60) En cambio, puede sujetarse a prohibiciones temporales y racionales de disponer o de limitaciones fideicomisarias o de otra clase, derivadas de un título sucesorio, por ejemplo.

(61) Este precepto de la Ley Hipotecaria no impide naturalmente aquella limitación establecida por la Ley del Suelo de que el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo en tanto no se hubiera edificado en la mitad de lo convenido, salvo pacto en contrario; y no la impide porque se trata de una limitación legal.

Sin embargo, es una limitación legal que deja amplio margen al pacto, pues permite pactar su eliminación. Además, aunque subsista, puede el propietario del suelo autorizar la enajenación, y creemos que en todo caso puede renunciar este derecho de control, pues está establecido a su favor.

Pero esta limitación, de existir, plantea varios problemas. Uno de ellos es que la misma obliga a tener que acreditar en todo caso de disposición del derecho de superficie que se ha cumplido la circunstancia de haberse edificado al menos la mitad de lo previsto, salvo que ya figure registrada como terminada la obra nueva consistente en la edificación o que se acompañe la autorización del propietario. La forma natural de acreditar tal circunstancia es la certificación del arquitecto.

Otro problema es si esta limitación impide la transmisión por causa de muerte, problema que opinamos hay que resolver negativamente. En cambio, entendemos que la enajenación forzosa por ejecución judicial queda imposibilitada, salvo que se trate de ejecución en méritos de hipoteca autorizada por el dueño del suelo.

por causa de muerte. En cambio, creemos que podrá pactarse el tiempo de duración del derecho de superficie por durante la vida del superficiario, lo que impedirá su transmisión por causa de muerte, mas no la entre vivos, aunque ésta quedará dificultada. Entendemos que no será admisible el pacto de que la transmisión o gravamen del derecho de superficie implique la extinción del mismo.

La Ley del Suelo, además, se produce aquí con correcto tecnicismo, pues establece la disponibilidad del *derecho de superficie*, o sea que es este derecho el que propiamente se transmite, grava o de otra manera se dispone, independientemente de si está o no terminada la edificación correspondiente. Esta puntualización es importante. No se enajena o grava la propiedad superficiaria sino el derecho de superficie, con el que se halla inseparablemente conectada la propiedad separada superficiaria, si existe.

Sin embargo, la Ley del Suelo, como el Reglamento Hipotecario, debían precisar más la relación que la propiedad superficiaria guarda respecto del derecho de superficie, que es su soporte. Hubiera sido recomendable que a semejanza del Derecho alemán se hubiere dispuesto que la edificación o propiedad separada superficiaria era parte esencial integrante del derecho de superficie.

Por tanto, todo adquirente del derecho de superficie adquirirá con él la propiedad superficiaria sobre la edificación (62).

El titular del derecho de superficie, ¿podrá constituir un derecho de superficie sobre el suyo propio? En nuestra legislación no se prohíbe, pero entendemos que para ello debe existir la propiedad superficiaria, o sea, existir la edificación.

También el superficiario podrá gravar con servidumbre su derecho de superficie con propiedad superficiaria, pero su subsis-

(62) Hay autores que dudan acerca de si el objeto del acto dispositivo es el derecho de superficie o la propiedad superficiaria, mas olvidan que antes de la edificación puede ser enajenado el derecho de superficie, aunque se requiera en principio la autorización del *dominus soli*, y además que el derecho de superficie es el factor básico que posibilita la existencia de la propiedad superficiaria, pues constituye su soporte y factor impeditivo de la accesión. GULLÓN (ob. cit., pág. 16) vacila, pero es que parte de la idea de que cuando el superficiario ha hipotecado la construcción y renuncia el derecho de superficie a favor del dueño del suelo, la hipoteca sigue gravando exclusivamente el edificio. Pero después vuelve al buen camino.

tencia quedará supeditada a la extinción del derecho de superficie (63).

No cabe duda que entre las facultades dispositivas del superficiario entra la renuncia propiamente dicha, o sea, no traslativa, del derecho de superficie, aunque no exista edificación alguna construida y exista dicha limitación de disponer sin autorización del dueño del suelo, en tanto no se haya construido la mitad de la edificación convenida.

Por último, no puede considerarse que la inscripción del acto dispositivo tenga valor constitutivo para la trascendencia real del acto porque la inscripción constitutiva la exige la Ley en el derecho de superficie para que éste nazca o exista, así como para sus modificaciones que alteren su extensión o substancia, mas no para su enajenación y gravamen (64).

4. Derecho de *tanteo* y de *retracto*.

La Ley del Suelo dispone que «en las *enajenaciones onerosas* efectuadas por el propietario del terreno *a favor de los particulares*, el superficiario también ostentará los mismos derechos de *tanteo* y, en su caso, de *retracto*», que antes se ha concedido al dueño del suelo.

Lo dicho antes para el caso inverso es aplicable aquí, pero obsérvese que en el caso que nos ocupa, estos derechos de adquisición preferente no proceden en toda enajenación onerosa, sino tan sólo en las que sean a favor de particulares, es decir, se excluyen las enajenaciones onerosas a favor del Estado y demás entes públicos.

5. El superficiario tiene otros derechos, como, por ejemplo, el de percibir la indemnización que corresponda cuando el derecho de superficie caduque y haga tránsito al *dominus soli*.

* * *

Por último, entremos en el estudio de los supuestos más importantes de extinción del derecho de superficie.

(63) Igualmente puede adquirirlas en beneficio de su derecho de superficie con propiedad superficiaria existente. Véase GULLÓN, ob. cit., pág. 85.

(64) Si el gravamen consiste en el derecho real de hipoteca, la inscripción será naturalmente constitutiva por exigencias de la regulación de la hipoteca misma.

A) Extinción del derecho de superficie *por transcurso del tiempo de duración* fijado.

Es el clásico supuesto de extinción de un derecho por caducidad, es decir, por haberse agotado el tiempo de vida que se le señaló al ser constituido, dentro del tiempo máximo determinado por la Ley.

La Ley del Suelo dispone que «el derecho de superficie se extinguirá por transcurso del plazo que se hubiere determinado al constituirlo». Ya hemos visto que para poder ser inscrito y, por tanto, para existir, la duración del derecho de superficie no puede exceder de cincuenta años. Y agrega esta Ley que «cuando se extinga el derecho de superficie, el dueño del suelo adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto del pacto, deberá satisfacer al superficiario una *indemnización* equivalente al valor de la construcción según el *estado* de la misma en el nombre de la *transmisión*». El artículo 16 del Reglamento Hipotecario dispone que, «transcurrido el plazo, lo edificado *pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario*».

Sobre esta caducidad del derecho de superficie por vencimiento del término resolutorio, es decir, por decurso del plazo de su duración, examinaremos primeramente sus efectos normales y después el alcance de los pactos en este supuesto.

Al vencer el término fijado para la duración del derecho de superficie, éste queda *automáticamente extinguido*.

Si en tal momento *no existe edificación* construida, el *dominus soli* recobra su antigua libertad de movimientos y, aunque sea otro el que construya en lo sucesivo, operará perfectamente la *accesión* con la regla *superficies solo cedit*. Extinguido el derecho de superficie, nadie puede obstaculizar ya su facultad dominical de construir fundado en la anterior existencia del derecho de superficie. En cambio, si la *edificación existe*, la propiedad de la misma *hace tránsito* al *dominus soli*, y éste deberá *indemnizar* al superficiario el valor que la edificación tenga al tiempo de caducar el derecho de superficie.

El *tránsito de la propiedad* de la edificación al *dominus soli* constituye un fenómeno semejante al de la *accesión*, pues si el derecho de superficie paralizó el efecto atributivo de ésta, la paralización fué por todo el tiempo de duración del derecho de super-

ficie, que constituía el obstáculo, de modo que una vez extinguido éste recobra la accesión su poder de atribución, y la propiedad de la edificación deja de ser una propiedad separada superficiaria y a ella se extiende la propiedad del terreno (65).

En cuanto a la obligación del *dominus soli* de indemnizar al superficiario, su exigencia es lógica, pues en el fondo es una resultancia de la actuación de la accesión, al quedar descongelada, ya que hay que asimilar este caso al en que concurre buena fe.

No creemos que esta indemnización haya de ser previa al tránsito de la propiedad de lo edificado al *dominus soli*, pues éste queda obligado a indemnizar, y dicho tránsito es automático.

La Ley del Suelo dice que esta indemnización deberá satisfacerla el *dueño del suelo* al *superficiario*, pero habría sido mejor referirse al que a la sazón sea *dueño del suelo*, como persona obligada a indemnizar al que también a la sazón sea el *superficiario*. Así debe entenderse. Si la propiedad del terreno y el derecho de superficie han cambiado de titulares, aunque sea por venta u otro título no hereditario, hay que estar a la titularidad de uno y otro que se halle vigente al tiempo de caducar el derecho de superficie, como si la obligación de satisfacer dicha indemnización fuese una obligación *ob rem*, en su aspecto activo y pasivo, aunque la misma cristalice al tiempo de extinguirse el derecho de superficie. Sería absurdo que el que en este tiempo fuese propietario del suelo, obtuviera la propiedad de la edificación y que la indemnización tuviera que pagarla el primer *dominus soli*.

Por ello no estimamos necesario normalmente garantizar con hipoteca el pago de tal indemnización (66). El obligado a su pago será el que al caducar el derecho de superficie sea el *dominus soli*. Si acaso, la hipoteca se requerirá a partir de este momento.

(65) En nuestra opinión, el superficiario carece del *ius tollendi*.

(66) SALIS parte de la idea de que se trata de una obligación personal del primer *dominus soli*, y que para afectar la finca precisa constituir hipoteca en garantía del pago de la indemnización. Y añade que en el supuesto de haberse constituido esta hipoteca y de que se haga la misma valer ejecutivamente por el superficiario, una vez caducado el derecho de superficie, de ello resultará la consecuencia extraña siguiente: como dicha hipoteca sólo afecta al terreno, ya que no se extiende a la edificación, de procederse a la adjudicación por subasta del terreno, el *dominus soli* se verá privado del mismo, pero conservará la propiedad de la edificación, a menos que se entienda que al hacer tránsito de ésta al *dominus soli*, la hipoteca se extiende asimismo a la propiedad de la misma.

Claro que si por pacto se exoneró al *dominus soli* de la obligación de satisfacer dicha indemnización, ésta no procederá. Aunque cambiara la titularidad del derecho de superficie por título que no sea de herencia, el nuevo superficiario carecerá de acción para exigir la indemnización (67).

Podrán establecerse pactos o prevenciones referentes a dicho tránsito de la propiedad superficiaria al *dominus soli* por caducidad del derecho de superficie, aparte de la estipulación relativa a dicha exoneración de la obligación de indemnizar; pero estos pactos, prevenciones y estipulaciones no podrán excluir la extinción automática del derecho de superficie, ya que la temporalidad de este derecho constituye una norma de *ius cogens*, pues nuestra legislación no permite la duración indefinida de este derecho. Mas esto no impedirá que al tiempo de su extinción puedan los interesados acordar la renovación o prórroga del derecho de superficie. También será admisible el pacto originario de que, al caducar el derecho de superficie, el superficiario deberá adquirir la propiedad del terreno (68).

No obstante, el artículo 16 del Reglamento parece admitir el pacto en contrario a dicho tránsito de la propiedad superficiaria al *dominus soli*, pero creemos que debe querer referirse a los demás supuestos de pacto ya indicados (69).

(67) Como este pacto o cláusula de exoneración constará normalmente en la inscripción del derecho de superficie, surtirá efectos reales, esto es, respecto de terceros, pues sería injusto que, a pesar de esta exoneración, el superficiario tuviera acción para reclamar el importe de la indemnización.

Todos estos pactos, estipulaciones o prevenciones deberían surtir efectos reales y ser inscribibles o constables en el Registro de la Propiedad, sin necesidad de asegurar su cumplimiento con garantías reales. De garantías hemos visto que habla dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario, las cuales como tales no funcionarían bien del todo. Tales pactos, estipulaciones o prevenciones la Ley debe considerarlas como integrantes del contenido del derecho de superficie, como formando su estatuto jurídico y provistas, por ende, de efectos reales. Esto constituye un grave vacío de nuestra legislación, que en materia de propiedad de casas por pisos empieza a desaparecer.

(68) Admite SALIS que, dada la independencia existente entre el derecho de superficie y la propiedad superficiaria, cabe pactar que, al caducar el derecho de superficie, no se produzca aquel tránsito de la propiedad superficiaria al *dominus soli*, sino que ésta subsista como *propiedad separada* no superficiaria, si bien cuando perezca la edificación quedará extinguida esta propiedad, sin derecho a reconstruirla. Mas como nosotros rechazamos este tipo de propiedad separada simple, no estamos de acuerdo con esta opinión.

(69) Evidentemente, este «pacto en contrario» de que habla dicho artículo 16 del Reglamento Hipotecario es algo conturbador. GULLÓN (ob. cit., página 13) da a entender que se trata del pacto de que, a la terminación del

B) Extinción del derecho de superficie por *infracción de la obligación de tener concluida la edificación dentro del plazo pactado*, que no podrá exceder de cinco años, contados desde la constitución de dicho derecho.

Según la Ley del Suelo, esta infracción provocará *siempre* la extinción del derecho de superficie, sin que el dueño del suelo quede obligado a indemnizar al superficiario en cuantía inferior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

Creemos que, en este supuesto, será de aplicación lo expuesto sobre la caducidad del derecho de superficie por decurso de plazo, con la variante de que la indemnización no deberá satisfacerse sino cuando la parte construida signifique una mejora, y aun así, no podrá exceder de dichas dos terceras partes del valor de esta mejora al tiempo de extinguirse dicho derecho superficiario.

C) Extinción del derecho de superficie por *abandono del superficiario*.

Nuestra legislación no prevé esta hipótesis. La legislación alemana la admite, pero siempre que lo consiente el *dominus soli*.

Nuestro parecer es que cabrá la renuncia o abandono unilateral si el acto constitutivo del derecho de superficie lo permite, pero, a falta de este pacto, deberán aplicarse por analogía las normas del Código civil sobre la enfiteusis, especialmente cuando las contraprestaciones de la concesión superficiaria consista en el pago de un canon periódico. ¿Y en los demás casos? Hay base para estimar que si la concesión superficiaria fué gratuita o cuando, siendo onerosa, la contraprestación no consista en un canon, debería admitirse la renuncia o abandono unilateral.

derecho de superficie, el superficiario seguirá siendo dueño de la obra. Pero nosotros estimamos que esto no es admisible. Este autor (ob. cit., pág. 40) afirma que tal precepto contempla el supuesto de que a la terminación de la superficie la propiedad separada del suelo sea del ex superficiario y no del *dominus soli*, si bien no de una manera exclusivamente centrada a ello, sino comprensiva de los diversos pactos que sobre la propiedad de la edificación se pueden hacer, siendo indudable que no excluye la propiedad separada, cuyo nacimiento se producirá en el momento del derecho real de superficie. El mismo autor concluye que las partes tienen libertad para pactar solamente que a la terminación del derecho de superficie la propiedad no pasará al propietario del suelo, pero nada más, naciendo en este momento, no antes, una propiedad separada, porque el dueño se obliga *propter rem* a transmitir la propiedad de la edificación al superficiario.

Claro que los efectos de la renuncia o abandono serán la extinción del derecho de superficie y el tránsito de la propiedad superficiaria de la edificación a favor del *dominus soli*, si estuviere construida (70).

D) Extinción del derecho de superficie por *mutuo disenso*.— Este supuesto no admite discusión sobre su procedencia y efectos.

E) Extinción del derecho de superficie por *expropiación forzosa*.

Puede ser total o parcial, pero en uno y otro caso el precio de la indemnización se distribuirá entre el superficiario y el *dominus soli*, a proporción del respectivo valor que el derecho de uno y otro tuviere al tiempo de la expropiación.

F) Extinción del derecho de superficie por *confusión*.

Tiene lugar cuando se reúnan en una misma persona la cualidad de superficiario y la de *dominus soli*.

Esta reunión se produce cuando el superficiario adquiere el dominio del terreno por compra, legado, herencia u otro título, o inversamente, y también cuando un tercero adquiere por cualquier título uno y otro derecho.

Impedirá que la confusión sea definitiva cuando, por ejemplo, el *dominus soli* sea propietario del terreno, pero gravado de sustitución fideicomisaria o por derecho de recobrar derivado de una venta con pacto de retrovender, o por una reserva sucesoria, o por cualquier otra condición, de especie resolutoria.

G) Extinción del derecho de superficie por *perecimiento de la edificación*.

Esta extinción sólo tendrá lugar cuando se hubiere pactado.

El derecho de superficie subsiste durante todo el tiempo de su duración, de suerte que si la edificación en propiedad superficiaria perece totalmente o en parte considerable que la haga inservible, el superficiario podrá reconstruirla, pues es regla admitida

(70) Para SALIS, después de hecha la construcción, la propiedad no puede extinguirse con la renuncia o abandono del superficiario ni puede ser adquirida por el *dominus soli*, ya que falta un acto de transferencia. El efecto de la renuncia no se manifestará sino en lo futuro y precisamente cuando perezca la edificación, pues entonces operará la accesión. El pensamiento de este autor es que, a pesar de dicha renuncia, subsiste la propiedad de la edificación como propiedad separada, cosa que nosotros no admitimos.

que el perecimiento de la edificación no implica la extinción del derecho de superficie. El Código civil italiano así lo preceptúa, pero admite el *pacto en contrario*, en cuyo supuesto dicho perecimiento originará la extinción del derecho de superficie.

Consideramos aplicable a nuestro Derecho esta doctrina.

* * *

Para completar esta materia relativa a la extinción del derecho de superficie es necesario tratar: primero, de las causas que no implican extinción del derecho de superficie o cuya aplicación es dudosa, y, segundo, de los efectos de la extinción del derecho de superficie respecto de las hipotecas y demás Derechos reales impuestos sobre el derecho de superficie.

Primero. ¿En nuestro ordenamiento legal, cabe propiamente hablar de la *prescripción* como causa de extinción del derecho de superficie?

En rigor, esta causa sólo sería aplicable especialmente al derecho de superficie con derecho anejo de construir. El Código civil italiano admite esta prescripción por el no uso durante veinte años de la facultad o derecho de construir.

De admitirse esta causa en nuestro Derecho, el tiempo de prescripción debería ser el general de treinta años. Pero, ¿cabe esta prescripción? Todo depende de si el plazo para realizar la construcción (que no puede exceder de cinco años) es de imposición preceptiva, y que, aun de no adoptarse, regirá dicho plazo de cinco años. Considerándolo así, no cabrá dicha prescripción del derecho de superficie, pues el transcurso de este plazo implicará más bien la resolución automática del derecho de superficie.

Otro caso dudoso es el relativo a si cabe pactar como causa de extinción del derecho de superficie una *condición resolutoria*.

Nosotros creemos que sí, pero siempre que, con el cumplimiento de la condición resolutoria pactada no se consiga un resultado equivalente al del *comiso*, ya que del tan repetido art. 16 del Reglamento Hipotecario resulta su exclusión.

Ha de tenerse en cuenta que, según el art. 1.648 de nuestro Código civil, el comiso procede por *falta de pago de pensiones* de tres años consecutivos, por *incumplimiento de pactos* o por *dete-*

rioro de la finca. Luego si en el derecho de superficie no cabe el comiso, la condición resolutoria sólo extinguirá el derecho de superficie en los casos en que no se trate de falta de pago de pensiones, de incumplimiento de pactos o de deterioro de la finca (71).

Segundo. ¿Qué efectos produce la extinción del derecho de superficie sobre las *hipotecas y demás Derechos reales* impuestos sobre el mismo?

La Ley del Suelo dispone que «la *extinción* del derecho de superficie por *decurso del término* provocará la de los *Derechos reales* impuestos por el superficiario, pero si éste tuviera derecho a indemnización, ésta quedará subrogada en los [derechos] de garantía». Y añade que «si por cualquier *otra causa* se *reunieran* 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» (72).

(71) En Alemania ha preocupado esta materia de la extinción del derecho de superficie por cumplimiento de condiciones resolutorias. La Ley ha puesto coto a las pretensiones de los propietarios de los terrenos dirigidos a conseguir cuanto antes la extinción del derecho de superficie mediante exigir estipulaciones que funcionasen como verdaderas condiciones resolutorias, lo que redundaría en perjuicio de los superficiarios, haciendo poco apto para el crédito hipotecario el derecho de superficie.

Sin embargo, admite pactar que el superficiario vendrá obligado a transmitir al *dominus soli* el derecho de superficie, con la propiedad superficiaria, cuando no cumpla determinadas obligaciones integrantes del contenido del derecho de superficie, entre ellas las obligaciones de pagar cierto número de pensiones vencidas. El incumplimiento de estas obligaciones origina, pues, dicha obligación de transmitir, al modo de una *reversión*, no de efectos automáticos reales, sino atributiva al *dominus soli* de una pretensión de reversión. En este caso, el derecho de superficie y la propiedad superficiaria de la edificación son adquiridos por el *dominus soli* gracias a la transmisión obligada por parte del superficiario, y, por tanto, el derecho de superficie subsiste, sin extinguirse por confusión, a pesar de tener como titular el mismo *dominus soli*, como si se tratara de un derecho real sobre cosa propia.

Esta reversión tiene la ventaja de que las hipotecas sobre el derecho de superficie subsisten. Pero en nuestro Derecho no parece posible aplicar este criterio a pesar de que tanto la Ley del Suelo como el artículo 16 del Reglamento Hipotecario emplean la palabra «reversión» precisamente en caso impropio de caducidad; esto aparte de que, como vamos a ver seguidamente, no se requiere este rodeo para lograr aquella subsistencia en las hipotecas.

Además, esta subsistencia en una misma persona de la propiedad del suelo y de la titularidad del derecho de superficie es inadmisibles en nuestro sistema, salvo en casos excepcionales, como el que veremos seguidamente.

(72) Este modo de expresarse la Ley del Suelo es correcto, pues los Derechos reales recaen propiamente sobre el derecho de superficie y sólo por extensión afectan a la propiedad superficiaria. Por tanto, no cabe afirmar que la hipoteca u otro derecho real se constituye sobre la propiedad superficiaria, pues recaen directamente sobre el derecho de superficie.

Por tanto, los efectos son distintos según que el derecho de superficie se extinga por caducidad, o sea por vencimiento del término de su duración, o que se extinga por otras causas; en el primer caso, la extinción del derecho de superficie y consiguiente tránsito de la propiedad superficiaria de la edificación al *dominus soli*, produce la extinción del derecho de hipoteca y demás Derechos reales, mientras que subsisten en otro caso.

Pero esto sugiere algunas consideraciones:

No es de pensar que esta subsistencia de la hipoteca y demás Derechos reales sea siempre independiente de la duración del derecho de superficie, ya que es lógico que se extingan cuando venza el tiempo en que naturalmente habría caducado automáticamente el derecho de superficie.

Cuanto se dice de la extinción del derecho de superficie por decurso del plazo de su duración, ha de estimarse igualmente aplicable al caso de que el superficiario infrinja su obligación de edificar en el plazo, no superior a cinco años, antes de mencionada, ya que este incumplimiento origina también dicha caducidad.

La subsistencia de la hipoteca y demás Derechos reales, fuera de los casos de caducidad del derecho de superficie, hace naturalmente que este derecho subsista, con la propiedad superficiaria de la edificación, a los exclusivos efectos de dicha hipoteca y demás Derechos reales, y por mientras se hallen vigentes, produciéndose entonces un supuesto de derecho en cosa propia (73) y (74).

(73) SALIS distingue según se trate de una hipoteca sobre el derecho de superficie o sobre la propiedad superficiaria. Pero esta distinción es inadmisibles.

(74) Hay bastante semejanza en este caso con el previsto por el número 1.º del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, que proclama la subsistencia de la hipoteca sobre el derecho de usufructo cuando éste concluya por voluntad del usufructuario. Pero la Ley del Suelo en estos casos no habla de conclusión del derecho de superficie, ni de extinción de este derecho por su confusión con la propiedad del suelo, sino de la *reunión* de uno y otra en una misma persona, reunión esta que no implicará la extinción del derecho de superficie mientras la subsistencia del derecho de superficie, y por ende, de la propiedad separada, resulte útil para el titular de la hipoteca u otro derecho real afectante a este derecho superficiario. A veces la subsistencia podrá también resultar útil para el *dominus soli*, como por ejemplo, cuando después de constituido el derecho de superficie fallece el propietario del terreno y adquiere éste su heredero o legatario con el gravamen de sustitución fideicomisaria. Si este heredero o legatario compran al superficiario el derecho de superficie con la consiguiente propiedad de la edificación, será de interés para ellos que la extinción no se produzca, pues entre tanto el fideicomiso del suelo no contamina a la superficie.

Véase en este punto a GULLÓN, ob. cit., pág. 19.

Hablemos ahora de los gravámenes existentes sobre el terreno.

Cuando el *dominus soli*, después de haberse concedido el derecho de superficie, grava el terreno con hipoteca u otro derecho real, estos gravámenes se extenderán a la edificación superficiaria existente si el derecho de superficie se extingue por caducidad. Lo mismo ocurrirá cuando esta extinción se produzca por otras causas, salvo que el superficiario haya gravado su derecho con hipoteca u otro derecho real, pues mientras éstos subsistan la Ley del Suelo dispone que los Derechos reales que recayeren sobre los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario continuarán gravando *separadamente* sobre uno y otro derecho respectivamente.

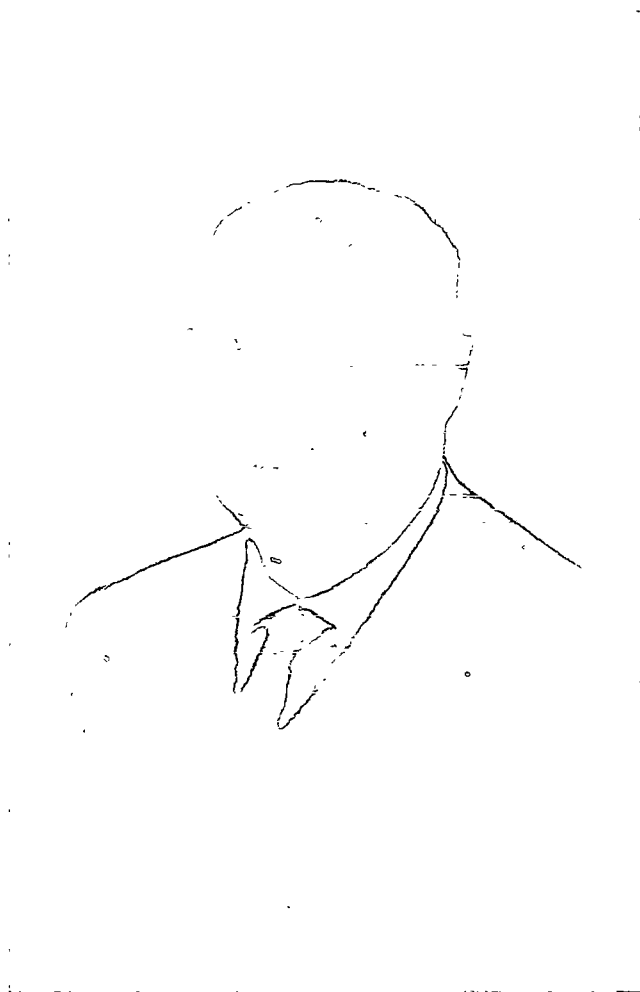
Respecto de la hipoteca y demás Derechos reales que ya graven el terreno al tiempo de concederse el derecho de superficie, hay que estimar, por regla general, que se extienden o propagan a éste y, por tanto, a la propiedad superficiaria sobre la edificación que posteriormente se efectúa (75), a menos que el titular de la hipoteca u otro derecho real consientan lo contrario. Además, en caso de hipoteca, por aplicación analógica de lo dispuesto en el artículo 112 de la Ley Hipotecaria, no se producirá tal extensión cuando la finca hipotecada pasare a un tercer poseedor y éste concediere a otro el derecho de superficie, base de la nueva edificación que, como propiedad superficiaria, se construyere sobre el terreno hipotecado (76).

RAMÓN MARÍA ROCA SASTRE,

Notario de Barcelona
y Registrador de la Propiedad.

(75) El artículo 2.816 del Código civil italiano dispone que la hipoteca inscrita sobre el terreno no se extenderá a la superficie.

(76) Respecto del derecho arrendaticio, regido por la Ley especial de arrendamientos urbanos, que recaiga sobre la propiedad superficiaria, cabe sostener su subsistencia en todo caso, incluso en el de extinción por caducidad del derecho de superficie, salvo que se dé el supuesto previsto en el número 12 del artículo 114 de dicha Ley arrendaticia, que permite la resolución del arrendamiento constituido por el usufructuario, en el caso de extinción del usufructo, cuando el titular dominical pruebe que las condiciones pactadas para el arrendamiento por el usufructuario fueren notoriamente gravosas para la propiedad. Puede verse con más extensión este problema en nuestro *Suplemento al Derecho Hipotecario*, 1960, pág. 155.



Ilustrísimo señor don Francisco Cervera y Jiménez-Alfaro,
Decano del Colegio de Registradores de la Propiedad

LEY HIPOTECARIA

A QUE SE REFIERE

LA AUTORIZACION PEDIDA POR EL GOBIERNO.

A LAS CORTES

Convencido el Ministro que soberbio de la urgente necesidad de reformar nuestra defectuosa legislación hipotecaria, el tal nombre merece el estímulo de disposiciones incoherentes que la forman, deducidas una de las principales del derecho romano, lo reduce a una de las instituciones del sistema feudal, considero como una de sus primeras deberes el de acudir á la necesidad de Código para que con el celo é inteligencia que tanto la distinguen en la ley sea cuanto antes el proyecto de ley hipotecaria que le es debido.

Ya los Ministros sus predecesores, con la perspectiva de una idea, habian presentado en dos legislaturas anteriores las bases que habian de servir de fundamento al proyecto de reforma. En las bases, el bien reducido en número, dejaban ya comprender que en vista del desarrollo de la industria y del comercio, del espíritu de especulación que agita á las sociedades modernas, y del prodigioso aumento de la riqueza pública, la nueva ley debería a la propiedad inmueble, al capital y al trabajo los tres elementos de la riqueza social. La nueva ley debía, por lo tanto, ser una ley que se adaptara á las necesidades de la vida social y económica, que se adaptara á las necesidades de la vida social y económica, que se adaptara á las necesidades de la vida social y económica.

Esta consideración arraigada en el ánimo de todos, y la razón empírica por poner cuanto antes de las necesidades de una legislación á la altura de las necesidades modernas, no consiguieron que se acordara á la publicación del código civil, del que esta ley habia de formar una de sus partes; ley por otra parte del código civil y de sus pro-

ve, y modificaciones, que los pueblos mas adelantados en civilización están continuamente y con sumo estudio retocando para mejorarla.

El Gobierno ha en esto preferido al sistema de hacer sigilo hasta ahora, presentar la ley íntegra á la deliberación de la Corte, para que examinando el conjunto de las disposiciones, y remediando mejor sus tendencias, pudieran con tranquilo ánimo producirse sus efectos. En consecuencia de lo dicho, respondiendo con laudable celo á la petición del Gobierno, presento en esta sesión, acompañándola de una exposición de los motivos que le sirven de fundamento, que a la vez expone la extensión, espíritu y alcance de las disposiciones.

Examinados ambos documentos, y conforme con su doctrina y el fin que se persigue, tiene la honra de presentar a las Cortes, competentemente autorizado por S. M. el adjunto proyecto de ley hipotecaria. Como dicho documento para ilustrar la discusión, acompaña la consulta y posesión de nuestros, que estimamos como el mayor preámbulo y la autorización de la ley.

Madrid 5 de Julio de 1863.—Benigno Fernandez S. Jefe de la Secretaría.

EXPOSICION

de los motivos y fundamentos del proyecto de ley hipotecaria.

La comisión de Codificación tiene la honra de elevar a V. E. el adjunto proyecto de ley hipotecaria. Al cumplir con este deber, cree que está en el caso de manifestar los fundamentos cardinales del proyecto y de las disposiciones mas importantes que contiene.

No necesita la comisión examinar las vicisitudes de nuestro actual sistema hipotecario. El Codigo anterior de 1801, que alcanzó á S. M. el Real decreto de 11 de Agosto de 1803, respecto á inscripciones y la necesidad de inscripciones de la reforma. Con respecto a los motivos de la reforma, los tipos hipotecarios están condenados por la ciencia y por la práctica, porque el sistema actual no garantiza la propiedad.

Leyenda: Facsímil del DIARIO DE LAS SESIONES DE CORTES, en el que se inserta la Ley Hipotecaria, y en el que puede leerse la autorización pedida por el Gobierno y el comienzo de la famosa Exposición de Motivos.

DIARIO

DE LAS

SESIONES DE CORTES.

CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.

Proyecto de ley, remitido por el Senado, autorizando al Gobierno para plantear la ley hipotecaria.

AL CONGRESO DE LOS DIPUTADOS.

El Senado, habiendo tomado en consideración lo propuesto por el Gobierno de S. M., ha aprobado el siguiente

PROYECTO DE LEY

Artículo 1.º El proyecto de ley hipotecaria, presentado por el Gobierno á las Cortes, se publicará desde luego como ley en la Península é islas adyacentes

Art. 2.º Esta ley empezará á regir dentro del año siguiente á su promulgación en el día que señale el Gobierno. Y el Senado lo pasa al Congreso, acompañando el expediente, para los efectos prescritos en la Constitución.

Palacio del Senado 29 de Noviembre de 1868.—El marqués del Duero, Presidente.—Manuel Cantero, Senador Secretario.—El marqués de Santa Cruz, Senador Secretario.

Leyenda Facsimil del DIARIO DE LAS SESIONES DE CORTES, relativo al proyecto de ley remitido por el Senado al Congreso de los Diputados autorizando al Gobierno para plantear la Ley Hipotecaria.