

DR 19 40

Derecho civil 3, el derecho real de superficie. Jesús María Álvarez Carballo, día de grabación 24 de marzo, día de emisión 9 de abril de 1980. Decía Jerónimo González, en 1922, que para los estudiosos españoles esta cuestión no es más que una supervivencia medieval a la que conceden los juristas unas líneas y el Código Civil una mención que casi es un epitafio en el artículo 1611.

Es cierto que en España, durante mucho tiempo, el que va desde 1922 a 1958, no se trató de una manera completa este tema, si bien no dejaron de tocarse puntos parciales, a veces reiteradamente. Que el derecho de superficie no es una cuestión baladí, nos lo demuestran los autores extranjeros con sus numerosos estudios sobre la misma, y alguno de ellos, Salis, justifica la utilidad de todos los intentos para llegar a una adecuada construcción del derecho de superficie debido precisamente al desinterés que el derecho opositivo ha mostrado por esta figura. También se intenta justificar su estudio desde el punto de vista filosófico por ayudar con ello al desarrollo de un nuevo derecho civil como reacción contra el llamado derecho civil burgués del siglo XIX.

Y un poco en esta línea se mueven los últimos estudios hechos en España a partir del año 1958 por Fossar, Gullón, Roca, Lucas Fernández, Gilarte, De los Mozos y Soto Vizquert, quienes toman como base los nuevos acontecimientos legislativos que han invalidado en parte la apreciación de Jerónimo González. Pero resulta que esta línea de revalorización del derecho de superficie se produce con un defectuoso planteamiento legislativo en un sistema complejo de tres cuerpos legales, con finalidades diversas y con orientaciones distintas, lo cual crea la necesidad de proceder a un intento de construcción unitaria y al mismo tiempo a tratar de poner de manifiesto la defectuosa forma de proceder del legislador. Los tres cuerpos legales aludidos son el Código Civil, la Ley del Suelo y el Reglamento Hipotecario.

Si el legislador español fuera más reflexivo y menos motorizado, podría haber caído en la cuenta de que, dado el valor de derecho privado general del derecho civil que expresamente se le otorga en el artículo 4.3 del Código Civil, había una buena oportunidad de congruencia para introducir en él las modificaciones precisas para ponerlo en consonancia con las nuevas directrices que, por medio de una ley especial, se introducían en nuestro derecho positivo sin dejar abandonada esta cuestión al juego, que es un recurso técnico no tan transparente como parece, del artículo 3.1 del propio Código Civil. La regulación del derecho de superficie en el Código Civil. Es importante señalar la diferencia de tratamiento mental a que obedece la regulación del Código Civil, si es que a sus parcas de disposición se les puede llamar regulación, y las nuevas orientaciones, que solamente en parte pueden considerarse ideológicas, aunque más realmente merezcan el tratamiento de simples cambios de orientación político-legislativa, debido a las nuevas realidades sociales y a la renuncia de planteamientos que podrían, con un cierto exceso, encarnarse en el planteamiento político-económico que estaba en vigor realmente en la etapa codificadora española, que no era, por otra parte, muy dispar del resto

del pensar europeo.

El Código Civil alude al derecho de superficie en el tercer párrafo del artículo 1.611, en donde establece una excepción a lo por el mismo artículo dispuesto en sus dos primeros párrafos respecto a la redención de los censos constituidos antes de la promulgación del Código Civil, siendo el artículo 1.655, en donde se establecen unas normas concretas para los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan a partir de la vigencia del Código Civil, sometiendo éstos a la regulación dictada para los censos, en el supuesto de que estén constituidos por tiempo indefinido, y a las disposiciones contenidas en el propio Código Civil para los arrendamientos, en el supuesto de que fueran temporales o constituidos por tiempo determinado. En este momento, y de forma un tanto sorprendente, incide sobre nuestra figura del derecho de superficie, junto a una falta de penetración en las peculiaridades de los censos que no han sido nunca bien estudiados, la generalización excesiva de que todos los censos, lo cual no es exacto, llevan consigo una desmembración del dominio cuando, con solamente leer el texto de los artículos 1604 en su comienzo y los artículos 1606 y 1607, se comprueba la inexactitud de este planteamiento, ya que solamente una de las formas de censo, precisamente el censo enfiteutico, da lugar a ese resultado. La disposición contenida en el artículo 1655 del Código Civil, puesta en conexión con la excepción, en la que no se ha profundizado, del párrafo tercero del artículo 1611, ha llevado como de la mano la jurisprudencia a considerar que el derecho de superficie es muy similar al censo enfiteutico, y las dificultades consiguientes al intento de aplicar analógicamente las disposiciones dictadas para el censo enfiteutico al derecho de superficie, acarrea la muerte de la institución en el Código Civil.

El derecho de superficie en la ley del suelo. Es importante hacer constar que esta ley, de 16 de mayo de 1956, ha sido modificada por la ley de 2 de mayo de 1975, y en ella se regula el derecho de superficie, si bien concretada exclusivamente en el pensamiento de la ley, a los supuestos en que exista, afectando a la zona en que se va a constituir el derecho de superficie, un plan de ordenación urbana. Esta ley manifiesta que el derecho de superficie se regirá por las normas de la propia ley, por el título de su constitución y por las normas de derecho privado.

Para la constitución del derecho de superficie, la ley exige el título de propietario en el constituyente, y que se haga en escritura pública, que habrá de ser inscrita en el registro de la propiedad como requisito constitutivo de su eficacia. La contraprestación otorgada por el beneficiado con el derecho de superficie puede ser de la más variada índole. Entre los derechos del superficiario se puede mencionar el disfrute del suelo para construir, la transformación del superficiario en propietario de lo construido, si bien sea solamente por el plazo de tiempo a que el derecho de superficie se extiende, y las facultades de grabar lo edificado con las únicas limitaciones que serán pactadas en el título constitutivo, la facultad de hipotecar lo edificado, así como la posibilidad de transmisión tanto del derecho de superficie en sí mismo considerado como del resultado del ejercicio del derecho, esto es, la transmisión de lo edificado y de lo que es propietario el superficiario, aunque sea con una propiedad temporal o limitada en el plazo, que los tratadistas, de forma un tanto pedante, califican de propiedad ad tempus.

Como obligaciones del superficiario se cita la de pagar la contraprestación convenida en el documento constitutivo del derecho de superficie y la de construir dentro del plazo fijado, ya sea en el plan de ordenación urbana o en el menor plazo convenido. Como causas de extinción del derecho de superficie deben mencionarse la de no edificar o construir dentro del plazo previsto o la expiración del plazo marcado que como máximo podrá ser, según la ley del suelo, de 75 años si es concedido por el Estado o de 99 años si es concedido por particulares. La extinción por expiración del plazo de concesión acarrea dos consecuencias importantes que son la adquisición automática del dominio sobre lo edificado o construido a favor del concedente del derecho de superficie y la extinción de todos los derechos reales o personales constituidos por el superficiario.

El derecho de superficie en el reglamento hipotecario El reglamento hipotecario, reformado por decreto del 17 de mayo de 1959, plantea múltiples problemas que aquí solamente queremos dejar apuntados. Dedicó el reglamento a dos artículos distintos, de forma congruente con la naturaleza de cada una de ellas, a la inscripción del derecho de superficie de carácter urbano y a la inscripción del derecho de superficie de carácter rústico. La configuración de la inscripción registral como constitutiva del derecho de superficie que ya hemos visto que también impone la ley del suelo tanto antes de su reforma como después, plantea el problema de su virtualidad cuando, según el Código Civil, solamente es necesaria la inscripción con carácter constitutivo para el derecho real de hipoteca.

Y, además, se establece en el propio precepto reglamentario una serie de circunstancias de obligada mención en la inscripción del derecho de superficie que no son exigibles en las demás inscripciones de derechos reales y entre ellas las siguientes. Referentes a la inscripción del derecho de superficie urbano. Primera, el plazo de duración del derecho de superficie que no podrá exceder de 50 años cuando es evidente que, según el artículo 1655 del Código Civil, su duración puede ser indefinida por una parte y, por otra, la propia ley del suelo le otorga una duración de 75 o 99 años según quien sea el constituyente.

Y, además, la admisibilidad del pacto en contrario a la reversión de lo edificado al constituyente es absolutamente inoperante por oponerse a la ley. Segundo, la determinación del canon o precio que haya de satisfacerse por el superficiario si el derecho de superficie se constituye a título oneroso. Y también aquí se prevé un pacto que está absolutamente prohibido por la ley del suelo, aunque yo creo, discrepando de Gullón, que ello es posible siempre que se configure el derecho de superficie como constituido a título gratuito y no a título oneroso.

Tercero, el plazo, señalado para la construcción, que no podrá ser superior a 5 años, sus características generales, su destino y el importe del presupuesto de la edificación, lo que a la luz de la ley reformada es también inoperante. Cuarto, los pactos referentes a la realización de actos dispositivos por parte del superficiario, que es otra pretensión desmedida, ya que el superficiario goza de estas atribuciones respecto de su derecho y respecto al objeto construido en tanto dure su derecho de superficie sin necesidad de pacto previo por imperativo de la propia ley. En cuanto a la superficie rústica, el artículo 30 del reglamento hipotecario exige que

se inscribe en el folio correspondiente la finca sobre la que se constituya, que se mencione la duración del mismo, la plantación o siembra en que consista, el destino de la plantación y el régimen de las mejoras en el momento de la extinción, así como los convenios y prestaciones estipuladas y las garantías pactadas con carácter real.

Se me está escapando el tiempo y así el último punto que yo quería tocar tiene que ser lamentablemente guillotinado, pero al menos deseo apuntarlo, aunque ya haya sido aludido. La posición de Albaladejo, que cree solamente aplicable la ley del suelo a los derechos de superficie de carácter urbanístico existentes en zonas en donde haya plan de ordenación urbana. La posición de Aguilarte, que estima posible la existencia de un derecho de superficie de carácter común, es decir, sin necesidad de estar regulado por la ley del suelo y abandonado a las disposiciones del Código Civil.

La posición de De Los Mozos, que estima posible también la existencia de un derecho de superficie de carácter común, cuya regulación habrá de ser integrada con las normas de la ley del suelo, que las extienda a supuestos no previstos por ella expresamente en su ámbito y para lo cual, de paso que me adhiero a esta construcción que ahora no puedo desarrollar, existe un argumento notable que De Los Mozos no desarrolla, aunque sí otros que yo aquí omito en el artículo 4.1 del Código Civil.