



---

**Universidad de Valladolid**

**Facultad de Derecho**

**Grado en Derecho**

**El derecho de superficie**

Presentado por:

***Álvaro Rojas Gil***

Tutelado por:

***Félix Calvo Vidal***

*Valladolid, 15 de julio de 2019*

*2ª Convocatoria*

## **RESUMEN**

El presente Trabajo de Fin de Grado tiene por objeto el análisis del derecho de superficie en España, teniéndose en cuenta además sus antecedentes históricos y su tratamiento en los diferentes Estados europeos. Su asimilación a otras figuras y su regulación en los diversos textos legales han propiciado que los aspectos del derecho de superficie hayan variado con el transcurso del tiempo, por lo que se va a comentar su contenido actual, destacando las consideraciones más importantes respecto a su tratamiento anterior.

Además, el derecho de superficie ha tenido una minuciosa regulación en España hasta la aprobación de la Ley de Suelo. Por tanto, se analizan las diferentes disposiciones que han regulado y que a día de hoy regulan el derecho de superficie, haciendo hincapié en el actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

## **ABSTRACT**

The purpose of this Final Degree Project is to analyse the surface right in Spain, taking into account also its historical background and its treatment in the different European states. Its assimilation to other figures and its regulation in the various legal texts have led to the surface right aspects have varied over time, so it will discuss its current content, highlighting the most important considerations regarding its treatment previous.

In addition, the surface right has had a meticulous regulation in Spain until the approval of the Land Law. Therefore, the different provisions that have regulated and that today regulate the surface right are analysed, emphasizing the current Royal Legislative Decree 7/2015, of October 30, which approves the revised text of the Land and Urban Rehabilitation Law.

## **PALABRAS CLAVE**

Derecho de superficie, Ley de Suelo, superficie urbana, superficie rústica.

## **KEY WORDS**

Surface right, Land Law, urban surface, rustic surface.

# ÍNDICE

<b>1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE</b> .....	5
<b>2. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DERECHO COMPARADO</b> .....	7
2.1. Francia.....	7
2.2. Alemania.....	8
2.3. Italia.....	9
2.4. Suiza.....	10
2.5. Austria.....	11
2.6. Bélgica.....	12
<b>3. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRA LEGISLACIÓN</b> .....	12
<b>3.1. Marco normativo estatal</b> .....	12
3.1.1. Precedentes.....	12
3.1.2. La codificación.....	13
3.1.3. Legislación estatal del suelo.....	15
3.1.4. Legislación hipotecaria.....	18
3.1.5. Regulación actual.....	19
<b>3.2. Tratamiento en la legislación autonómica</b> .....	21
3.2.1. Cataluña.....	22
3.2.2. Navarra.....	22
3.2.3. Galicia.....	23
3.2.4. Castilla y León.....	24
<b>4. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUPERFICIE</b> .....	24
<b>4.1. Concepto del derecho de superficie y sus características</b> .....	24
4.1.1. Definición. La superficie urbana y la superficie rústica.....	24
4.1.2. Características del derecho de superficie.....	26

4.2. La visión unitarista y la visión dualista del derecho de superficie.....	30
<b>5. ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE .....</b>	<b>33</b>
5.1. Elementos personales .....	33
5.2. Elementos reales .....	36
5.3. Elementos formales. Su constitución.....	37
<b>6. CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE .....</b>	<b>39</b>
6.1. Deberes de las partes.....	39
6.2. Derechos de las partes .....	41
<b>7. EXTINCIÓN .....</b>	<b>45</b>
7.1. Principales causas de extinción .....	45
7.1.1. <i>Causas específicas de extinción del derecho de superficie.....</i>	<i>45</i>
7.1.2. <i>Causas generales de extinción de los derechos reales.....</i>	<i>46</i>
7.2. Efectos derivados de la extinción.....	49
<b>8. UTILIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL ASENTAMIENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA.....</b>	<b>51</b>
<b>9. CONCLUSIONES .....</b>	<b>52</b>
<b>10. JURISPRUDENCIA.....</b>	<b>54</b>
<b>11. BIBLIOGRAFÍA.....</b>	<b>54</b>

## 1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE

El derecho de superficie tiene orígenes muy remotos, pues incluso podría llegar a encontrarse un precedente de este derecho en las épocas sumero-babilónica y egipcia. En el periodo neobabilónico, por ejemplo, existía una relación jurídica contractual según la cual los propietarios de las tierras cedían éstas para que fuesen plantadas, y a cambio de ello, adquirirían durante un determinado tiempo el pleno disfrute de la finca durante años, normalmente entre siete y diez, que hace referencia al tiempo en que tardan en nacer los frutos. Por otro lado, existen documentos que datan de la época egipcia referentes a la constitución de derechos de propiedad privada de árboles y plantaciones sobre finca ajena.

Sin embargo, a pesar de que han existido precedentes del derecho de superficie anteriores a la fundación de Roma, fue durante esta época donde se puede hablar con claridad del nacimiento del derecho de superficie. Los romanos llamaron *superficies* al derecho, transmisible por herencia, de conservar por largo tiempo, aunque de forma limitada, sobre un terreno ajeno, un edificio que hubiese construido el superficiario. Es decir, este derecho, concedido en exclusividad por los municipios, se entendía como un arrendamiento que otorgaba al titular del derecho por largo periodo de tiempo el goce de una finca sobre la que se podía edificar, mediante el pago de un canon anual denominado pensión o *solarium*. El superficiario o arrendatario constructor adquiría sobre la construcción un derecho de pleno disfrute, transmisible entre vivos e hipotecable junto con la *superficies*, aunque el edificio pertenecía al propietario del terreno, con el que el superficiario quedaba vinculado a través de una relación contractual de naturaleza arrendaticia<sup>1</sup>.

En el periodo clásico romano, esta práctica se extendió entre aquellos particulares con necesidad de construir en suelo público, lo que supuso la derogación temporal de la regla quiritaria de accesión, debido a que, en ese momento, existía un principio denominado *superficies solo cedit*, entendiéndose por tal que cualquier bien situado en una finca, pertenecería, por accesión, al propietario del suelo. Para derogar este principio, era necesaria la constitución de un arrendamiento de carácter *sui generis*, ya que además de disfrutar del suelo ajeno, se trataba también de construir sobre él y obtener la titularidad o el derecho del uso y disfrute sobre ello, y así, que no perteneciera al dueño de la finca. Ante esta necesidad de

---

<sup>1</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Acercas del derecho de superficie*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2007, p. 17.

protección, el pretor confirió el *interdictum de superficiebus* primero y la *actio de superficie* después, una acción semejante a la reivindicatoria, por lo que se otorgó a los particulares protección frente a terceros. Por tanto, se da lugar a una institución jurídica autónoma, y el principio *superficies solo cedit* es paliado en parte por el derecho de superficie; una excepción que a día de hoy se mantiene.

En el derecho posclásico, llegó a admitirse la propiedad superficiaria; pero no fue así con el paso de los años, pues hasta el Derecho romano vulgar no llegó a consolidarse la propiedad definitivamente. Más tarde, Justiniano consideró la superficie como un derecho real sobre cosa ajena, ya que el edificio construido era objeto del derecho de superficie, aunque en las Novelas la consideró como un caso de enfiteusis.

La protección del superficiario, frente al propietario del terreno, se aseguraba mediante una *actio conducti* cuando estaban vinculados por una relación arrendaticia, y frente a terceros estaba protegido por el *interdictum de superficiebus*. Por lo demás, se le otorgaron los mismos remedios al superficiario como si fuera el propietario, por lo que la *actio de superficie* se calificó de *actio in rem*, a través de la cual podía defender frente a todos su derecho<sup>2</sup>.

En el Derecho germánico, se amplió el campo de incidencia del derecho de superficie, aplicándose, no solo a las construcciones, sino también a las plantaciones que se hicieran en suelo ajeno. De esta manera, se admitió una separación entre la propiedad de edificación o plantación y la propiedad del suelo o terreno. Por tanto, hasta este momento, el derecho de superficie únicamente podía atribuir al superficiario un simple derecho real de goce sobre lo edificado o plantado, lo que imposibilitaba reconocer al constructor en suelo ajeno la propiedad sobre la construcción o plantación, pero a partir de esta época, la propiedad del edificio pertenecerá al superficiario, independiente de la del suelo, y no al propietario de la finca, reconociéndose así la propiedad superficiaria. La glosa entonces recoge el principio de accesión, y afirma que lo que arraiga por construcción o por plantación cede al suelo, pero siendo una excepción a ello el derecho de superficie.

Esta afirmación quedó recogida en el Código de Eurico, la primera fuente de Derecho romano vulgar, contemplándose el problema de una plantación de viña o edificación en una finca ajena. Ante tal cuestión, si el que edifica o planta lo hace contra la voluntad del propietario del suelo, perderá esa edificación o plantación, pero si tiene su consentimiento o desconoce que el suelo es ajeno, la edificación o plantación formará parte

---

<sup>2</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona: Bosch, 2008, p. 29.

de la propiedad del que lo lleva a cabo<sup>3</sup>. De esta manera, quedó contemplada la posible derogación del principio *superficies solo cedit*.

En la práctica y en la doctrina se extendió la confusión entre superficie y censo enfiteútico, más aún con la división de los dominios. En la concepción romanista, el núcleo del dominio residía en el propietario de la finca, mientras que el enfiteuta adquiría facultades sobre este y entonces tenía el dominio útil; sin embargo, la concepción medieval entendía una división de la propiedad en dos dominios, lo cual llevó a entender que el dueño del suelo o *dominus soli* tenía el dominio directo y al superficiario le correspondía el dominio útil en las casas construidas<sup>4</sup>.

## **2. LA REGULACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL DERECHO COMPARADO**

A lo largo de la historia, diversos territorios o Estados han regulado el derecho de superficie en sus ordenamientos jurídicos, observándose en determinados textos una regulación que podría asemejarse a la otorgada en nuestro país aunque, en otros muchos, una concepción de la superficie totalmente diferente a la que se ha dado en España. Por ello, procedemos a un breve estudio de la evolución de este derecho en los cuerpos legales de algunos de los países europeos.

### **2.1. Francia**

La época de la Revolución Francesa supuso la desaparición de las situaciones anteriores respecto a derechos sobre suelo ajeno. Más tarde, el Código de Napoleón estableció regla sobre la accesión inmobiliaria, lo que condujo a que la doctrina dedujese que la regla *superficies solo cedit* no era de orden público y que podía ser desvirtuada por un acuerdo entre las partes entre las partes interesadas. En la Revolución Francesa, defensora del individualismo, no se admitía la propiedad dividida, y por ello el Código no reguló el derecho

---

<sup>3</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *El derecho de superficie: aspectos civiles y registrales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España [etc.], 1996, p. 24 y 25.

<sup>4</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 20.

de superficie<sup>5</sup>, lo que supuso que la doctrina negara a la superficie como un derecho de propiedad.

En la actualidad, el derecho de superficie en Francia se contempla pero no cuenta con una regulación que lo discipline. Sin embargo, tanto doctrina como jurisprudencia han reconocido el derecho de superficie urbana y rústica y consideran que puede constituirse por tiempo determinado o a perpetuidad. Además, engloban al derecho de superficie dentro de los posibles derechos inscribibles y oponibles a terceros citados en el Código, además de considerarlo también inscribible. La doctrina francesa moderna califica el derecho de superficie como una verdadera propiedad.

A pesar de que no cuenta con una regulación propia, en el ámbito urbano, el legislador establece dos negocios jurídicos que proporcionan efectos similares: el *bail à construction* y la *concession immobilière*. El primero, se encuentra regulado por la Ley 64-1247, de 16 de diciembre de 1964, y se trata de un arrendamiento por el que el arrendatario se obliga, a título principal, a edificar unas construcciones sobre el terreno del arrendador y a conservarlas en buen estado de mantenimiento durante la duración del arrendamiento, que puede ser de hasta 70 años, sin prórroga<sup>6</sup>. La concesión inmobiliaria se regula en la Ley 67-1253, de 30 de diciembre de 1967, y es un contrato por el cual el propietario de inmueble o parte de un inmueble, edificado o no, concede su disfrute a una persona denominada concesionaria, por una duración de veinte años como mínimo, y el pago de una renta anual. En la finalización de la concesión, el propietario de la finca deberá reembolsar al concesionario el valor de lo construido<sup>7</sup>.

## 2.2. Alemania

Por influjo del Pandectismo, en el Código prusiano de 1794 se trataba al derecho de superficie como un caso de servidumbre que recaía sobre el suelo, confería el derecho a construir sobre él y a conservar lo construido.

Durante el siglo XIX, se encuentra en el Código Civil alemán por primera vez una regulación propia y autónoma del derecho de superficie. La opinión mayoritaria consideraba el derecho de superficie constituido sobre el suelo como un derecho en cosa ajena,

---

<sup>5</sup> ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles. “El derecho de superficie y el titular catastral”, *CT: Catrasto*, núm. 66, 2009, p. 25-36.

<sup>6</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 51.

<sup>7</sup> *Ibidem*.

atribuyendo al titular del derecho cierta propiedad sobre lo construido por él, mientras que, si se constituyese el derecho de superficie sobre una construcción ya existente, se calificaba de *ius in re aliena* sobre esta construcción, y en este caso, seguía siendo propiedad del señor del suelo<sup>8</sup>. El Código reguló el derecho de superficie en los artículos 1012 a 1017 y en el 1225, pero no hubo previsión para su aplicación a plantaciones y masas forestales. No se regularon determinados aspectos, por ejemplo, aspectos relativos a su duración, aunque suele quedar fijada en el título constitutivo, a la par que la doctrina considera contraria la constitución por tiempo indeterminado, ni tampoco acerca de la contraprestación a favor del dueño del suelo.

Una Ordenanza de 15 de enero de 1919 derogó estos preceptos e introdujo una importante reforma en el Código, ya que estableció que el derecho de superficie es el derecho a tener la totalidad de una edificación en suelo ajeno y, en consecuencia, perteneciendo a la propiedad del superficiario al ser parte integrante del derecho de superficie. Por otra parte, se descartó que el derecho de superficie pudiera constituirse sobre plantaciones. La Ordenanza pasó en 2007 a convertirse en la Ley sobre el Derecho de Superficie, sufriendo pequeñas modificaciones sin mayor importancia, y en la actualidad sigue vigente, tratando su concepto y contenido, normas registrales, financiamiento, entre otros temas<sup>9</sup>.

### 2.3. Italia

Al inicio de la época de la codificación, y al igual que sucedió en España, en Italia no destacaba el derecho de superficie y, por ello, no se elaboró un gran estudio acerca de este derecho, sino que los juristas lo asimilaban a otras instituciones, bien como un caso de enfiteusis, o bien como un caso de arrendamiento con facultad de construir.

El Código Civil italiano, promulgado en el año 1865, contemplaba el derecho de superficie, pero no lo regulaba<sup>10</sup>. Por ello, la doctrina, al amparo de resoluciones judiciales, reconoció tal derecho, catalogándola algunos autores como *ius in re aliena*, mientras que otros lo consideraron como un derecho dominical contrapuesto a la propiedad del suelo<sup>11</sup>. El Código, en su artículo 448, se limitaba a proclamar que cualquier plantación, construcción o

---

<sup>8</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 24.

<sup>9</sup> JOSÉ CARLOS FERNÁNDEZ SALA. “El derecho de superficie”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 62, 2012, p. 248.

<sup>10</sup> Como puede apreciarse, siguió la misma línea que el derecho francés y el derecho español.

<sup>11</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 23-24.

trabajo sobre o debajo del suelo se presumía hecha por el propietario del fundo, sin perjuicio de los demás derechos adquiridos por terceros.

El posterior Código Civil Italiano de 1942 introdujo el derecho de superficie y, actualmente, aparece regulado en los artículos 952 a 956. El derecho de superficie es el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de un tercero que adquiere la propiedad y, además, el derecho a enajenar la propiedad de la construcción ya existente, separadamente de la propiedad del suelo<sup>12</sup>. De esta manera, se observan en el precepto dos planos: el derecho real de construir y la propiedad superficiaria. Si la constitución del derecho se hubiese hecho por tiempo determinado, al vencimiento del término, el derecho se extingue y el propietario del suelo se convierte en propietario de la construcción<sup>13</sup>. Este derecho de superficie también es aplicable a las construcciones bajo el suelo de otro<sup>14</sup>.

Lo más llamativo de su regulación versa sobre las plantaciones, ya que se contempla la facultad de construir o edificar, pero excluye expresamente el supuesto de plantaciones o cultivos sobre fundo ajeno, cuando las Cortes de Casación ya habían reconocido la propiedad superficiaria y el derecho a tener árboles sobre el fundo de otro y de percibir sus frutos<sup>15</sup>, por lo que queda prohibida la constitución o transferencia de la propiedad de las plantaciones separadamente de la propiedad del suelo<sup>16</sup>.

#### **2.4. Suiza**

El Código Civil suizo, a finales del siglo XIX, clasificaba al derecho de superficie entre las servidumbres, y en la actualidad, se desarrolla en una concepción próxima a éstas.

Mediante una Ley de 19 de marzo de 1965, se actualizó y desarrolló el derecho de superficie sobre construcciones en los términos que se conocen actualmente. El Código expresa<sup>17</sup> que el propietario puede establecer en favor de terceros una servidumbre que le confiera el derecho de tener o hacer construcciones encima o debajo de la superficie del inmueble gravado, pudiendo ser transmisible salvo pacto en contrario. Se constituirá en

---

<sup>12</sup> *Vid.* art. 952 CCI.

<sup>13</sup> *Vid.* art. 953 CCI,

<sup>14</sup> *Vid.* art. 955 CCI,

<sup>15</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 57.

<sup>16</sup> *Vid.* art. 956 CCI.

<sup>17</sup> *Vid.* art. 779 CCSuizo.

documento auténtico que se debe inscribir en el Registro inmobiliario. Extinguido el derecho de superficie, las construcciones revierten al propietario del suelo, quien debe indemnizar equitativamente al superficiario, por el montante de tres años, pero si no se hace entrega de la indemnización ni se garantiza, el superficiario podrá exigir que se establezca una hipoteca en garantía y sea inscrita antes de los tres meses de la expiración del derecho de superficie. El derecho no se transfiere de nuevo al propietario hasta que la indemnización no sea entregada o garantizada. La hipoteca puede ser inscrita por todo el tiempo de duración del derecho de superficie, que no puede ser constituido por más de cien años como derecho distinto del de propietario, aunque puede ser prorrogado en la forma prescrita en el título constitutivo por una duración nueva de cien años, aunque el pacto anticipado será nulo<sup>18</sup>.

La ley federal de 20 de junio de 2003, en vigor desde enero de 2004, regula *ex novo* la superficie sobre plantaciones, disponiendo que si alguien introduce en fundo de tercero plantas, éste adquiere los mismos derechos y obligaciones que el construye en solar de tercero. Se contempla el establecimiento de servidumbres sobre esa superficie, por un periodo entre diez años como mínimo y cien años como término máximo<sup>19</sup>.

## 2.5. Austria

En el Código Civil austriaco se consideró el derecho de superficie de manera totalmente diferente a la que se consagró con la Ley de 1912. El artículo 1125 del Código Civil austriaco de 1811 reconocía separadamente la propiedad superficiaria, con el uso del subsuelo, y la superficie, transmisible hereditariamente, soportando esta última la carga del pago de un canon anual, a lo que se consideraba un requisito esencial para la constitución del derecho.

Más tarde, la Ley de 26 de abril de 1912, consideró en su artículo primero al derecho de superficie como un derecho real limitado *sui generis*, un derecho real, enajenable y transmisible por herencia, que puede tener por objeto la construcción de un edificio o recaer sobre uno ya construido. Limita el ámbito de aplicación del derecho a personas o entidades públicas, como el Estado, el municipio... Podía constituirse a título gratuito, mediante un precio, y al concluir el plazo convenido, con un mínimo de treinta años y un máximo de

---

<sup>18</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 54.

<sup>19</sup> *Ib.* p. 55

ochenta años y posibilidad de renovación o prórroga, lo edificado cede al suelo, cuyo dueño deber pagar la indemnización<sup>20</sup>.

## **2.6. Bélgica**

El Código Civil belga reconoce tanto el derecho de superficie urbana como rústica. Ya una Ley de 1824 lo definía como el derecho real que consiste en tener construcciones sobre un predio perteneciente a otro, siendo este derecho enajenable e hipotecable. No puede ser constituido por periodos superiores a cincuenta años, con posibilidad de renovación. A la terminación del plazo, el propietario del predio hace suyo lo construido, pero con la obligación de reembolsar al superficiario el valor actual de la edificación<sup>21</sup>.

Los Estados europeos citados vienen a tratarse de los países en los que el derecho de superficie ha tenido mayor recorrido, a la par que desarrollo, a lo largo de los años. Sin embargo, no han sido los únicos. Holanda reguló en su Código Civil un concepto muy próximo al nuestro. Por otro lado, Portugal ha tenido el cuerpo legislativo con mayor extensión acerca del derecho de superficie. Mientras tanto, en Inglaterra esta categoría jurídica es desconocida, aunque existen figuras próximas, como el *lease*.

Dejando a un lado Europa, el derecho de superficie también se regula en diversos países de diferentes continentes, como es el caso de Argentina, Brasil, Canadá, o Japón.

## **3. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN NUESTRA LEGISLACIÓN**

### **3.1. Marco normativo estatal**

#### *3.1.1. Precedentes*

Aunque no suele citarse por la doctrina, DE LA IGLESIA MONJE señala un antecedente en el Fuero de León durante el Derecho Alto Medieval, al contemplarse la existencia de dos dominios sobre objetos distintos: el suelo propiedad del señor feudal y la construcción propiedad del vasallo<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966, p. 86 y ss.

<sup>21</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 23.

<sup>22</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 399.

El derecho de superficie no fue regulado en las Partidas, sino que, al seguir este cuerpo legal la tradición romanística, que equiparaba esta institución con los arrendamientos o con la enfiteusis, se otorgaba al derecho de superficie un tratamiento a la sombra de estas otras figuras, por lo que perdió su autonomía<sup>23</sup>.

El tema sí que es tratado, aunque minuciosamente, en la Ley 74 de Toro, que hizo referencia al derecho de superficie dentro de la enfiteusis al regular el ejercicio de retracto, otorgando dicha Ley preferencia al derecho dominical frente al derecho de parentesco. Se empezó a distinguir aquí (y a confundir con el censo enfiteútico) al dueño del suelo o *dominus soli* y al superficiario o *utilis domini*, como dueños del dominio directo y del dominio útil, respectivamente, asimilando al último con el enfiteuta; a pesar de que el superficiario tenía derecho únicamente a la superficie, mientras que el enfiteuta gozaba también de la totalidad del fundo ajeno.

Esta Ley se extendió hasta la Novísima Recopilación, donde se mencionan dos propiedades separadas, siendo dueño de una de ellas el dueño de las casas, y la otra perteneciendo al dueño del suelo donde están construidas<sup>24</sup>.

### 3.1.2. La codificación

Como ya sabemos, el Proyecto de Código Civil de 1851 no prosperó, por lo que no se pudo elaborar una nueva regulación del derecho de superficie, por lo que siguió rigiendo el cuerpo legal anterior. A pesar de no contar con una regulación específica, la Ley Hipotecaria de 1861 reconoció este derecho de forma autónoma, y de esta forma se contempló en el artículo 107 que el derecho de superficie podía ser hipotecado<sup>25</sup>. Más tarde, en 1863, se aprobó el Reglamento Hipotecario, en el que a través del artículo 27<sup>26</sup> se afirma una propiedad superficiaria, separada del suelo. La reforma de la Ley Hipotecaria en 1869 no alteró los preceptos citados, pero la modificación del Reglamento hizo desaparecer el citado artículo.

---

<sup>23</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.* p. 72 y ss.

<sup>24</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 38 y ss.

<sup>25</sup> El artículo 107, en su apartado primero, dice “Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan: (...)”. El apartado quinto dispone “Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas, y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad”.

<sup>26</sup> El artículo 27 dice “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”.

Es entonces cuando entra en vigor el Código Civil de 1889. El artículo 1611<sup>27</sup> trata la redención de los censos pero, en su párrafo tercero, establece que “lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, derechos de superficie y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial”. Esta normativa de desarrollo se basaba en el Real Decreto-Ley de 25 de junio de 1926 y en el Reglamento para su aplicación de 23 de agosto de 1926, aunque no todos los autores han visto clara su aplicación.

Por tanto, se prestó atención a la aplicación del principio de voluntad privada y a la remisión por parte de la doctrina al artículo 1655 del Código Civil sobre normas arrendaticias y enfitéuticas para poder aplicar un régimen jurídico al derecho de superficie. El artículo 1655<sup>28</sup> del Código establece que “los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga que se establezcan desde la promulgación de este Código, cuando sean por tiempo indefinido, se regirán por las disposiciones establecidas para el censo enfitéutico en la sección que precede” o, en cambio, “si fueren temporales o por tiempo limitado, se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato”. La STS de 4 de julio 1928 englobó al derecho de superficie en los “gravámenes de naturaleza análoga” del artículo 1655.

A pesar de la concepción que se tiene actualmente del derecho de superficie, ha sido muy discutido si el derecho de superficie podría quedar encuadrado dentro del artículo 1655 del Código o no<sup>29</sup>. NAVARRO VIÑUALES da dos razones para excluirlo. En primer lugar, al ser el foro una figura de carácter censal, no se puede asimilar a la superficie, que es diferente a los censos. En segundo lugar, afirma que el derecho de superficie no es un gravamen, ya que origina una propiedad, ni tampoco tiene duración indefinida<sup>30</sup>, de lo cual hablaré más adelante.

DE LA IGLESIA MONJE tampoco considera aplicable el artículo 1655 al derecho de superficie. Además de hacer los mismos apuntes que, por ejemplo, NAVARRO VIÑUALES, entre otros, se apoya en la STS de 15 de junio de 1984, que señala cómo es un derecho real que otorga una propiedad limitada independiente de la propiedad del suelo y diferenciable del censo enfitéutico y del arrendamiento, recalcando su singularidad.

---

<sup>27</sup> *Vid.* art. 1611 CC, con más detalle.

<sup>28</sup> *Vid.* art. 1655 CC, con más detalle.

<sup>29</sup> Respecto al artículo 1611, no ha habido discusión alguna, pues el precepto cita este derecho de forma literal.

<sup>30</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *El derecho de suelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos Catalana*. Madrid: Fundación Matritense del Notariado, 1998, p. 37 y 38.

Añade que por ello no concibe la posibilidad de un derecho de carácter censuario “ni siquiera en el supuesto en que el derecho de superficie se constituya por tiempo indefinido y ello porque el superficiario siempre tendrá un derecho de propiedad limitado a su superficie, con independencia de la propiedad del suelo, que en un plano de igualdad tiene el concedente sobre el mismo, y no una propiedad dividida como ocurre en el censo”<sup>31</sup>.

GUILARTE ZAPATERO cree que el derecho de superficie tiene más en común con el censo que con el arrendamiento, pero, aun así, son inadecuadas para su aplicación para determinados problemas que pudieran surgir; por ejemplo, todo lo relativo al ejercicio de retracto, sin tener en cuenta las Leyes especiales<sup>32</sup>.

En el caso de los gravámenes de naturaleza análoga, si fuesen temporales o por tiempo limitado, DÍEZ PICAZO y GULLÓN consideran que el derecho de superficie constituido temporalmente en su modalidad de cesión del suelo por su dueño para plantar viñas por el tiempo que vivieren las primeras cepas, pagándole el cesionario una renta o pensión anual en frutos o en dinero, se trata en el Código de manera muy minuciosa en el artículo 1656 y, por tanto, las normas del arrendamiento para este supuesto no parecen suficientes<sup>33</sup>.

Sin embargo, hoy en día se considera al derecho de superficie como un derecho real con autonomía propia, después de haberse promulgado la Ley del Suelo de 1956, para los terrenos sujetos a un Plan de Ordenación Urbana, de acuerdo a STS de 30 de junio de 2006, por lo que se ha considerado al Código Civil no suficientemente dotado de una clara regulación y, más aún, de una regulación muy pobre, acerca del derecho de superficie.

### 3.1.3. Legislación estatal del suelo

El legislador urbanista consideró necesaria la creación de ciertos derechos reales inmobiliarios sobre fincas de pertenencia pública, por lo que una ley urbanística supuso, después de tanto tiempo, una regulación concreta acerca del derecho de superficie, que fue tomada como el principal punto de apoyo sobre este derecho, teniendo en cuenta la escasez tipificada en el Código Civil. La STC 61/1997, de cual hablaré más adelante, supuso la

---

<sup>31</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 402.

<sup>32</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 189 y 190.

<sup>33</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, tomo 2, Madrid: Tecnos, 2016, p. 127.

consideración de la legislación estatal del suelo como la verdadera regulación sobre el derecho de superficie.

La legislación estatal del suelo ha ido actualizándose por las sucesivas leyes:

**a) La Ley de 12 de mayo de 1956.** En esta primera Ley, se califica al derecho de superficie como un derecho real sobre suelo ajeno, el cual es transmisible y susceptible de gravamen, destinado a la construcción de viviendas o a determinadas edificaciones recogidas en Planes de ordenación, facultando al superficiario para construir y para adquirir el dominio de lo edificado, que durará por el plazo de vigencia del contrato, y cuya propiedad, al término del contrato, pertenecerá al dueño del suelo. Para los casos no determinados en los planes, se acudió a las normas generales de Derecho privado, por lo que con ello nació una dualidad de fuentes reguladoras de la superficie, y siendo además estas normas de Derecho privado subsidiarias a la Ley.

**b) La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1975-1976.** Después de la Ley de 2 mayo de 1975, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, llegó el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, que regulaba bajo la rúbrica “cesión de derechos de superficie” en los artículos 171 a 174 este derecho de forma similar a la Ley de 1956.

**c) La Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1990-1992.** La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, fue seguida por el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana. Es importante el artículo 287, titulado “Derecho de superficie”, ya que otorga un tratamiento diferente dependiendo de si es constituido por entidades públicas o si es constituido entre particulares, ya que desaparece respecto de estos últimos el ámbito de aplicación de la Ley de 1956, que mencionaba “solo con destino a la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación”.

Tiempo más tarde de haber entrado en vigor la nueva Ley, tuvo su aparición la Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997 o STC 61/1997. Se trata de una sentencia que tuvo gran repercusión en el derecho de superficie porque derogó casi en su totalidad la Ley de 1992. Diversas Comunidades Autónomas promovieron varios recursos de constitucionalidad entendiendo que la ley invadía sus competencias sobre ordenación del territorio. En lo que respecta al derecho de superficie, se refería a tres artículos. El artículo 287.1 disponía que “las Entidades locales y las demás personas públicas podrán constituir el

derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal del suelo con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública o a otros usos de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario”. El artículo 288.1 decía que “el procedimiento de constitución del derecho de superficie y el carácter oneroso o gratuito del mismo se regirán por lo dispuesto en el capítulo anterior para los diversos supuestos” (referido al Patrimonio municipal del suelo. El artículo 290 contemplaba que “la concesión del derecho de superficie por los Ayuntamientos y demás personas públicas y su constitución por los particulares gozará de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública, siempre que se cumplan los requisitos en ella establecidos”. La Disposición final única de la Ley de 1992 dispuso respecto a estos preceptos que “serán de aplicación supletoria en defecto de regulación específica por las Comunidades Autónomas en ejercicio de sus competencias”.

Según el Tribunal Constitucional, el derecho de superficie se enmarca dentro de la legislación civil, por lo que, de acuerdo con el artículo 149.1.8º de la Constitución Española, aunque es una evidencia que esta figura se haya convertido en una institución típicamente urbanística, forma parte de la competencia del Estado<sup>34</sup>. Por lo tanto, ese aspecto de legislación civil corresponde al Estado, sin perjuicio de los derechos civiles forales allí donde existan.

Por el contrario, esta Sentencia declaró que el artículo 149.3 CE no contiene un título competencial a favor del Estado, por lo que el Estado no puede dictar normas en un determinado sector legislativo, por lo que, una vez que ha resultado asumido monopolísticamente y exclusivamente el sector del urbanismo por las diferentes Comunidades Autónomas, el Estado no puede crear Derecho respecto a ese determinado ámbito, ni aunque fuese de aplicación supletoria. La regulación de este derecho como instrumento de política urbanística no corresponde al Estado, sino a las Comunidades Autónomas, habiéndolo regulado prácticamente todas ellas en sus instrumentos de ordenación territorial y urbanística.

El fallo de la Sentencia declaró inconstitucionales y, por tanto, nulos, los preceptos aprobados por el Estado con eficacia supletoria (entre ellos, estos tres artículos reguladores del derecho de superficie) y la Disposición final de la Ley de 1992.

**d) La Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre Régimen del Suelo y Valoraciones.** Esta Ley derogó el Real Decreto Legislativo 1/1992, aunque no la totalidad de los preceptos, y,

---

<sup>34</sup> STC 61/1997 DE 20 DE MARZO DE 1997 – FUNDAMENTOS DE DERECHOS: TRIGÉSIMO OCTAVO.

en consecuencia, afirmando la legalidad de lo establecido en la STC 61/1997. Se trataba, básicamente, de buscar una nueva regulación tras la fallida Ley anterior.

e) **Ley de Suelo 2007-2008.** Tras la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, llegó el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley de Suelo. El artículo 40 regulaba los aspectos del derecho de superficie referidos a su “contenido, constitución y régimen”, mientras que el artículo 41 se encargaba de su “transmisión, gravamen y extinción”

#### *3.1.4. Legislación hipotecaria*

En 1909 surgió la Ley Hipotecaria con la finalidad de mejorar el sistema registral de nuestro país y, además, otorgar una regulación complementaria al Código Civil. En esta primera ley no llegó a mencionarse el derecho de superficie, aunque podría entenderse implícitamente encuadrado dentro del artículo 2<sup>35</sup>. Sin embargo, se entiende su acceso al Registro de la Propiedad de acuerdo al artículo 107<sup>36</sup>, el cual expresa los bienes que pueden ser hipotecados. Posterior a esta Ley, el Reglamento Hipotecario de 6 de agosto de 1915, no contuvo ninguna referencia expresa al derecho de superficie. Lo más destacado concierne al número 9º del artículo 61, que se refiere a las circunstancias que debe expresar el asiento de inscripción para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba.

Por el Decreto de 8 de febrero de 1946 surgió el Texto Refundido de la Ley Hipotecaria, recogiendo las modificaciones que había producido la Ley de 30 de diciembre de 1944. El artículo 2 y el artículo 107 de la antigua Ley no sufrieron novedades importantes que afectaran al derecho que nos atañe. En realidad, el acceso al Registro y la hipoteca sobre el derecho de superficie que se prevé en esta Ley está vigente, pues no ha sufrido modificaciones. El Reglamento sufrió una nueva modificación el 14 de febrero de 1947; lo citado en el anterior Reglamento en su artículo 61 pasa a regularse en la regla 6ª del artículo 51.

En 1956, entró en vigor la Ley del Suelo. Dicha Ley, como se ha visto anteriormente, ya trataba singularmente el derecho de superficie, por lo que tuvo su repercusión; no en la Ley Hipotecaria, pero sí que se vio su influencia en los Reglamentos Hipotecarios. La reforma por Decreto de 17 de marzo de 1959 introdujo la inscripción del derecho de superficie urbana

---

<sup>35</sup> Al mencionar “cualesquiera otros derechos” que pueden ser inscritos en el Registro de la Propiedad. *Vid.* art. 2 LH de 1947, con más detalle.

<sup>36</sup> *Vid.* art. 107 LH de 1947, con más detalle.

en el artículo 16.1 y del derecho de superficie rústica en el artículo 30.3. El Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, introdujo pequeñas modificaciones en el artículo 16. Sin embargo, el Tribunal Supremo dictó Sentencia el día 31 de enero de 2001 contra el Real Decreto 1867/1998, cuyo fallo declaró nulo, entre otros, y por lo que nos interesa, el artículo 16.1. El Tribunal entendió<sup>37</sup> que el apartado primero iba en contra del principio de libertad contractual, ya que la Ley del Suelo requería la inscripción como un requisito constitutivo frente a los terceros, mientras que el Reglamento imponía esa inscripción como requisito de eficaz constitución. Por otro lado, consideraba que, debido a la reserva de ley, el Reglamento desbordaba los límites en cuanto a su regulación del derecho de superficie, y las cuestiones que se citan en el primer apartado corresponden al derecho de propiedad, reservado a la ley.

En consecuencia, en la actualidad, al derecho de superficie le resulta aplicables los artículos 9, relativo a las circunstancias que deben aparecer en el asiento de inscripción, y 107, en cuanto a la posibilidad de hipoteca del derecho, de la Ley Hipotecaria, y además los artículos 30.3, relativo a los requisitos de inscripción sobre fincas rústicas, y 51, que menciona los requisitos especiales de las inscripciones a que se refiere el artículo 9, del Reglamento Hipotecario.

### *3.1.5. Regulación actual*

El derecho de superficie se encuentra actualmente regulado en el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana. Concretamente, aparece dentro del Título VII (“Función social de la propiedad y gestión del suelo”), en su Capítulo III (“Derecho de superficie”), a lo largo de los artículos 53 y 54.

No hay ninguna diferencia respecto al derecho de superficie como tal entre la Ley anterior y su regulación actual. De hecho, los preceptos regulan los mismos aspectos: el artículo 53 habla de su “contenido, constitución y régimen” y el artículo 54 regula su “transmisión, gravamen y extinción”, a diferencia del antiguo Texto Refundido, que lo ubicaba en los artículos 40 y 41.

Antes de citar lo dispuesto en la Ley, resaltar que los diferentes apartados serán tratados a lo largo del trabajo. También conviene recordar la anteriormente citada STC 61/1997, y por ello, se debe considerar lo dispuesto en este Real Decreto Legislativo 7/2015

---

<sup>37</sup> STS 31 DE ENERO DE 2001 – FUNDAMENTOS DE DERECHO: DECIMOTERCERO.

como legislación civil, al amparo del artículo 149.1.8 CE, y no como legislación urbanística, ya que la regulación del derecho de superficie como instrumento de política urbanística pertenece a las Comunidades Autónomas.

Puede observarse, y llama la atención, que los preceptos no aluden en ningún momento al derecho de superficie rústica y, de hecho, en la Exposición de Motivos, e incluso en su propio nombre, se deja claro que la regulación es de significación urbana. Este Real Decreto Legislativo 7/2015, que puede considerarse el instrumento con mayor acierto o, al menos, en el que puede apreciarse un mayor esfuerzo de tipificación sobre este derecho, no regula el derecho de superficie en general, a pesar de que la modalidad rústica cuenta con otras regulaciones en distintas Leyes.

El artículo 53 de la Ley de Suelo de 2015 dispone lo siguiente:

*“1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.*

*También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.*

*2. Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años.*

*El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.*

*3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.*

*4. El derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho.”*

De este último apartado podemos concluir un orden de las fuentes existentes acerca de este derecho, y es que se aplicará, a efectos civiles, a la hora de constituir el derecho de superficie urbano, estos dos citados preceptos en primer lugar, después las escasas normas de Derecho civil que se ocupan de esta institución de una manera complementaria y, finalmente, al amparo de la autonomía de la voluntad y respecto a lo previsto por Ley, lo dispuesto en el título constitutivo.

Por otro lado, el artículo 54 dispone lo siguiente:

*“1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.*

*2. Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.*

*3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.*

*4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. El subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.*

*5. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.*

*A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie.*

*La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.*

*Si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.”*

### **3.2. Tratamiento en la legislación autonómica**

Además de la existencia de normas civiles reguladoras del derecho de superficie, cuya competencia pertenece al Estado, existen otras normas de competencia de las diversas Comunidades Autónomas en materia urbanística que son calificadas como normas administrativas reguladoras de gestión urbanística. Hay determinadas Comunidades, como

es el caso de Cataluña, Navarra y Galicia, que, a pesar de contar con su propia legislación urbanística, gozan además de una regulación específica.

### *3.2.1. Cataluña*

La Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales, trata el derecho de superficie dentro del Capítulo IV de su Título VI, en los artículos 564-1 a 6. Sin embargo, la institución ya había sido introducida en la Ley 22/2001, de 31 de diciembre. El artículo 564-1 dispone que “la superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en la misma” y añade que “en virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace”. Puede recaer sobre construcciones o plantaciones anteriores o posteriores a la constitución del derecho. Además, su constitución debe constar en escritura pública, y debe inscribirse en el Registro de la Propiedad para ser oponible frente a terceros. Las partes se encargarán de pactar el régimen de su relación jurídica. Por último, su extinción obedecerá a las causas generales de extinción de los derechos reales.

En materia urbanística, encontramos el Decreto Legislativo 1/2010, de 3 de agosto, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Urbanismo. El artículo 171 trata el derecho de superficie.

### *3.2.2. Navarra*

La Comunidad Autónoma de Navarra dispone, en el ámbito civil, por Ley 1/1973, de 1 de marzo, del Fuero Nuevo de Navarra o Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra. En su Libro III, dentro de su Título V, el Capítulo II trata el derecho de superficie urbano en las Leyes 430 a 434. La Ley 430 dispone que “el derecho real de superficie confiere la facultad de construir en suelo ajeno y de mantener separada la propiedad de lo construido, alcanzando a aquella parte del subsuelo que normalmente se precisa para el aprovechamiento de la superficie a los efectos de cimientos, desagües, ventilación y demás necesidades propias del edificio según su naturaleza”. Por tanto, el objeto del derecho es la construcción o edificación sobre o bajo suelo. La extinción del derecho por vencimiento de plazo no genera

indemnización al superficiario, salvo pacto en contrario. Mientras, las Leyes 443 y 444 hablan sobre el derecho de superficie rústico.

Al haber sufrido muy pequeñas modificaciones, recientemente, en el mes de marzo de 2019, el Parlamento de Navarra ha aprobado por unanimidad la Ley Foral de modificación y actualización de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo para adecuar el texto a los nuevos tiempos.

La ley urbanística que se encuentra vigente en la actualidad en la Comunidad Autónoma de Navarra es el Decreto Foral Legislativo 1/2017, de 26 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Foral de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que viene a derogar la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, y las distintas Leyes Forales que la modifican, recogiendo determinadas disposiciones vigentes. Por tanto, el nuevo texto normativo no introduce muchas novedades respecto a la ley derogada, más allá de renumerar artículos o eliminar aquellos que ya no son válidos. El derecho de superficie aparece concretamente en los artículos 239 a 241.

### *3.2.3. Galicia*

Respecto al derecho de superficie, la Comunidad Autónoma de Galicia no cuenta con normativa civil privada propia aplicable a los particulares, pero sí que cuenta con la Ley 13/1989, de 10 de octubre, de Montes vecinales en mano común. Esta Ley permite la constitución de derechos de superficie para favorecer el aprovechamiento de los montes de los vecinos. De acuerdo con su artículo 3, con destino a cultivos agrícolas la duración será un plazo máximo de diez años, mientras que si el objeto son instalaciones o edificaciones su duración máxima será de hasta treinta años. En el caso de aprovechamientos forestales, no se podrá concertar un plazo superior a un único turno de la especie plantada, ni para otra clase de aprovechamiento que no sea la corta del arbolado plantado. La constitución del derecho se formaliza en escritura pública, debiéndose inscribir en el Registro de la Propiedad. Finalizado el plazo, lo cultivado, instalado o edificado pasará a ser propiedad de la comunidad de vecinos, sin derecho a indemnización alguna a favor del superficiario. El derecho se registrará por lo pactado en el título constitutivo, por la propia Ley y, subsidiariamente, por las normas del Derecho privado.

En cuanto a su competencia en materia urbanística, la Comunidad Autónoma de Galicia cuenta con la Ley 2/2016, de 10 de febrero, del Suelo de Galicia, que sustituye a la antigua Ley 9/2002, de 30 de diciembre, de Ordenación Urbanística y Protección del Medio

Rural de Galicia, y las diferentes leyes que la modificaron, y teniendo en cuenta además el Real Decreto Legislativo 7/2015.

#### *3.2.4. Castilla y León*

Al margen de estas tres Comunidades Autónomas citadas, como se ha dicho anteriormente, el resto de ellas únicamente cuenta con legislación urbanística (además de la legislación civil). Por ejemplo, nuestra de Comunidad de Castilla y León regula el derecho de superficie en el artículo 130 de la Ley 5/1999, de 8 de abril, de Urbanismo. Dicho precepto dispone en su apartado primero que “las Administraciones públicas, las entidades de Derecho público dependientes de ellas, los consorcios y las sociedades urbanísticas podrán constituir el derecho de superficie sobre terrenos de su propiedad o integrantes de patrimonios públicos de suelo cuya gestión les corresponda, con destino a la construcción de viviendas con protección pública o a otros usos de interés social previstos en el planeamiento urbanístico o vinculados a su ejecución”.

## **4. DEFINICIÓN Y FUNDAMENTO DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

### **4.1. Concepto del derecho de superficie y sus características**

#### *4.1.1. Definición. La superficie urbana y la superficie rústica*

Cierto es que el derecho de superficie no cuenta con una regulación propia en el Código Civil. Sin embargo, la Ley 8/2007 se encargó de introducir la definición legal actual, que posteriormente ha recogido el Real Decreto Legislativo 7/2015, y, tal y como expresa el apartado primero del artículo 53, “el derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas”. Añade que “también puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo”.

Al margen de este concepto recogido en el citado texto legal, diversos autores han elaborado un concepto próximo a la institución, un concepto que ha variado a lo largo de los

años debido a su tratamiento histórico. Su concepción más aceptada ha sido la aportada por ROCA SASTRE<sup>38</sup>, expresando que el derecho de superficie es “el derecho de tener o mantener, temporalmente, en terreno o inmueble ajeno, una edificación (o plantación o cultivo), en propiedad separada, obtenida mediante el ejercicio del derecho anejo de edificar (o plantar), o por medio de un acto adquisitivo de la edificación (o plantación) preexistente”. NAVARRO VIÑUALES añade que “es el instrumento jurídico adecuado para deslindar la propiedad de lo edificado respecto a la del suelo, de modo que ambas pertenezcan a distintos titulares”<sup>39</sup>.

Por tanto, puede considerarse el derecho de superficie, en definitiva, como un derecho real que permite construir, edificar o plantar al superficiario en un suelo ajeno, y pudiendo hacer suyo dicha construcción, edificación o plantación durante la vigencia de plazo del derecho de superficie.

Como puede apreciarse, en el suelo pueden realizarse construcciones o edificaciones, pero también pueden realizarse plantaciones. Es aquí cuando debemos empezar a diferenciar dos tipos de superficie: la superficie urbana, si nos referimos a construcciones o edificaciones, y la superficie rústica, si nos estamos ocupando de plantaciones.

VILALTA NICUESA distingue dichas superficies. Entiende<sup>40</sup> que la modalidad urbana se refiere al derecho que tiene el superficiario de gozar de las mismas utilidades del bien inmueble de las que dispone el propio propietario, mientras que por rústico<sup>41</sup> entiende todo lo relacionado con el campo y, en consecuencia, considera al derecho de superficie rústica al derecho que recae sobre suelo o terreno rústico. Para DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, el derecho de superficie urbana supone otorgar al titular el poder de construir o edificar en suelo ajeno, haciendo lo construido o edificado de su propiedad durante la vigencia del derecho, pero también cabe que pueda construir o edificar sobre subsuelo o en suelo ajeno, mientras que, en su vertiente rústica, permite al titular sembrar o plantar, y hacer suyo la propiedad de lo sembrado o plantado<sup>42</sup>. NAVARRO VIÑUALES considera que “el derecho de superficie urbano es un derecho real que permite a su titular construir sobre suelo ajeno obteniendo la propiedad temporal de lo edificado”, poniendo de manifiesto que sus dos

---

<sup>38</sup> ROCA SASTRE en *Derecho Hipotecario...*, p. 565, citado en VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 101.

<sup>39</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 40.

<sup>40</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.* p. 18.

<sup>41</sup> *Ib.* p. 220.

<sup>42</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 126.

características principales son, por un lado, el doble carácter de derecho real edificad y como propiedad separada y, por otro lado, el carácter temporal<sup>43</sup>. Por otro lado, define el derecho de superficie rústica de tal manera que “es un derecho que permite a su titular sembrar o plantar sobre predio rústico ajeno, adquiriendo la propiedad separada y temporal de tales siembras o plantaciones”<sup>44</sup>.

#### 4.1.2. Características del derecho de superficie

De acuerdo a las distintas notas acerca del derecho de superficie, y tomando como base su regulación en los artículos 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, el derecho se caracteriza por una serie de rasgos:

a) Es un derecho real limitado sobre cosa ajena. Su naturaleza jurídica ha sido debatido a lo largo del tiempo, debido a su asimilación en la historia con los censos, los arrendamientos, la enfiteusis... Hoy en día, la doctrina mayoritaria opina que se trata de un *iura in re aliena*, de un derecho real limitado de goce sobre cosa ajena (sobre suelo o terreno), debido a que el derecho de superficie atribuye al superficiario una serie de facultades sobre su construcción o plantación como si fuera el verdadero propietario.

GULLÓN dice que es un derecho real de goce sobre el suelo, no exactamente de usufructo, porque se limita únicamente a la construcción, mientras que el derecho de usufructo es el goce más amplio que se puede tener sobre una cosa, facultando al superficiario para construir y hacer suyo lo edificado<sup>45</sup>.

b) Es un derecho autónomo. La concepción tradicional otorgaba al derecho de superficie un carácter censuario, básicamente, por su parecido con la enfiteusis, y porque, según los autores que apoyaban esta teoría, los artículos 1611 y 1655 del Código Civil equiparan el derecho de superficie con la enfiteusis y el arrendamiento. Sin embargo, hoy en día predomina la idea de derecho de superficie como un derecho autónomo que tiene su propia personalidad, teniendo dos elementos básicos: edificar o plantar, gozando el superficiario de las facultades de un derecho real limitado, y también de mantener la propiedad separada de lo edificado o plantado, asimilándosele a un propietario; aunque si el

---

<sup>43</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 39.

<sup>44</sup> *Ib.* p. 84.

<sup>45</sup> GULLÓN, Antonio. *La superficie urbana. (El derecho de superficie en la Ley del suelo y la legislación hipotecaria)*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, 1960, p. 37.

derecho de superficie se constituyese sobre edificios o plantaciones ya existentes únicamente constaría del segundo elemento<sup>46</sup>.

NAVARRO VIÑUALES separa totalmente el censo y la superficie. En primer lugar, porque recaen sobre objetos distintos; en el censo recae sobre la finca censada, mientras que en la superficie existen dos propiedades separadas. Además, el censo siempre tiene carácter oneroso, mientras que el derecho de superficie puede ser gratuito también<sup>47</sup>.

c) Se trata de un derecho de naturaleza temporal. Ciertos países admiten un derecho de superficie perpetuo, como Portugal, y otros Estados establecen un término muy amplio y su posible renovación, como es el caso de Bélgica, lo cual puede conducir de esta manera también a un derecho perpetuo. En nuestro país, sin embargo, el apartado primero del artículo 53 indica que el superficiario mantendrá la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones<sup>48</sup> que hubiera realizado, mientras que apartado segundo deja claro que este derecho no podrá exceder de noventa y nueve años. Pero se refiere al derecho de superficie urbana concretamente.

Por tanto, cierto es, que si se procede a una lectura de su regulación, en ningún momento se prohíbe a las partes pactar una posible prórroga o incluso su duración perpetua, excepto en el caso de que se trate de un derecho de superficie urbana<sup>49</sup>. No obstante, se acepta su naturaleza temporal porque la constitución de este derecho afecta a la propiedad del suelo, impidiendo al dueño del terreno su uso económico, ya sea, por ejemplo, la transferencia de la propiedad del suelo. Aún con todo ello, la Resolución de 5 de febrero de 1986, de la Dirección General de los Registradores y del Notariado, ya consideró a la propiedad superficiaria como una propiedad temporal. Respecto a leyes autonómicas, la Ley 428.2 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra considera al derecho de superficie por tiempo determinado o indefinido.

NAVARRO VIÑUALES considera que si el derecho de superficie se constituye por un plazo inferior al máximo legalmente permitido de noventa y nueve años, las partes podrán prorrogar dicho plazo, pero, si por el contrario, se establece por el máximo legalmente permitido, no cabría prórroga, aunque sí establecer un nuevo derecho de superficie al

---

<sup>46</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 42.

<sup>47</sup> *Ib.* p. 44.

<sup>48</sup> Aunque no se mencionen, incluimos también aquí las plantaciones o siembras, en referencia al derecho de superficie rústica.

<sup>49</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 184.

terminar el anterior. Sin embargo, para este autor, la prórroga y el tiempo inferior al plazo pactado no podrán superar los noventa y nueve años<sup>50</sup>.

ALONSO PÉREZ también se posiciona a favor de una duración limitada, al sostener que la derogación voluntaria de los principios enunciados en los artículos 350 y 358 del Código son posibles en cuanto existe la Ley del Suelo, una norma de rango legal, que reconoce esta posibilidad mediante la constitución del derecho de superficie, y tal derogación solo será posible cuando se encuentre en los límites marcados por la norma que lo permite, por lo que no se puede pactar su perpetuidad<sup>51</sup>.

d) Es una excepción al principio de accesión. El artículo 350 del Código dispone que “El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas y Aguas y en los reglamentos de policía”. Mientras, el artículo 358 del mismo cuerpo establece que “lo edificado, plantado o sembrado en predios ajenos, y las mejoras o reparaciones hechas en ellos, pertenecen al dueño de los mismos con sujeción a lo que se dispone en los artículos siguientes”. También se aprecia en leyes autonómicas, pues la Ley 427 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra contempla que “se presume que lo unido inseparablemente al suelo accede a la propiedad de este, pero puede existir un derecho real sobre lo edificado o plantado en suelo ajeno, como derechos de superficie, de sobreedificación o subedificación, de propiedad horizontal y de plantación”.

Al observar estos preceptos, se entiende que lo edificado o plantado por el superficiario pasaría a ser propiedad del dueño del predio. Sin embargo, el principio *superficies solo cedit* (traducido, “la superficie cede al suelo”) es anulado por el derecho de superficie. Según este principio romano, en concordancia con el de accesión, todos los bienes que se encuentren unidos a un terreno o suelo, pertenecerán, por accesión, al dueño de ese terreno o suelo. Los posibles pactos que pudieran establecer las partes llevan a poder dejar sin efectos este principio, y, bajo la constitución de un derecho de superficie o de cualquier otro derecho real, que lo construido o plantado pertenezca, por tanto, al superficiario que ha construido o plantado. Una vez producida la extinción del derecho, el principio de accesión recobraría su vigencia.

---

<sup>50</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 65.

<sup>51</sup> ALONSO PÉREZ, María Teresa. *La construcción en finca ajena: estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000, p. 171.

e) Es un derecho que manifiesta dos propiedades separadas. La STS 460/2009, de 30 de junio, ya manifestó que había desaparecido la asimilación entre el censo enfiteútico y el derecho de superficie. El dominio directo del constituyente y el dominio útil del enfiteuta cae sobre el mismo objeto (la finca), mientras que en el derecho de superficie pueden apreciarse dos propiedades separadas que recaen sobre objetos distintos: por un lado, la propiedad que recae sobre la finca que corresponde exclusivamente al concedente y, por otro lado, la propiedad que recae sobre la construcción o plantación y que constituye la propiedad superficiaria<sup>52</sup>.

El artículo 564.1 del Código Civil de Cataluña, también, expresa que “en virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de lo que se construye o se planta y el terreno o suelo en que se hace”.

La propiedad superficiaria estará unida al derecho de superficie, y desaparecerá una vez se extinga el derecho, mientras que la propiedad del concedente sobre la finca seguirá perviviendo.

f) Es un derecho que origina dos relaciones jurídicas distintas. De un lado, de la constitución del derecho de superficie nace la relación entre el titular del derecho y su construcción o plantación. De otro lado, se trata de un negocio jurídico que crea una relación entre el dueño del terreno y el superficiario, dotando a ambos de una serie de facultades y obligándoles a cumplir una serie de deberes a su vez. La STS de 4 de febrero de 1993 decía “que la superficie constituye un derecho real sobre el suelo y al mismo tiempo una propiedad superficiaria y separada, es decir, comprende dos relaciones jurídicas distintas, una entre el superficiario y el dueño del suelo ajeno y otra entre el superficiario y la construcción la primera relación íntegra lo que puede llamarse el derecho de superficie en sentido estricto, que se polariza en una verdadera concesión *ad aedificandum*, o sea, el derecho de poder levantar en suelo ajeno una construcción propia, renunciando el dueño del suelo, por esa concesión a la Ley de accesión y facultando a un tercero, mediando o no contraprestación de un canon, para construir<sup>53</sup>.”

---

<sup>52</sup> STS 30 DE JUNIO DE 2009 – FUNDAMENTOS DE DERECHO: TERCERO.

<sup>53</sup> STS 4 DE FEBRERO DE 1993 – ANTECEDENTES DE HECHO: TERCERO.

#### 4.2. *La visión unitarista y la visión dualista del derecho de superficie*

Como ha podido apreciarse, el derecho de superficie se encontraba minuciosamente regulado por el Código Civil. El problema aparece cuando entra en vigor la Ley del Suelo de 1956 y nos encontramos con la situación de que para la misma figura había una regulación civil y una regulación urbanística. Esto es lo que ha llevado a dividir a la doctrina en dos posiciones.

De esta manera, nos encontramos con la posición dualista, la posición más predominante en la actualidad. Para sus defensores, existe en nuestro ordenamiento dos modalidades de derecho de superficie urbana. De un lado, hay una vinculación del derecho de superficie al Derecho privado que resultado regulado por el Código Civil, a lo que se ha denominado superficie urbana común, y, por otro lado, hay un derecho de superficie basado en el Derecho público y al que resulta aplicable la Ley del Suelo, denominado superficie urbanística. Por el contrario, existe una posición unitarista. Según los autores que defienden esta postura, en nuestro país existe un único derecho de superficie urbana, admitiéndose una cierta integración entre los preceptos contenidos en el Código Civil y los artículos mencionados en la Ley del Suelo. La razón principal en la que se apoyan los defensores de esta postura, entre otras muchas, se basa en el artículo 1655 del Código Civil, al entender que el citado precepto parece referirse al derecho de superficie y que, por tanto, goza de una regulación en el Código.

Entre los defensores de la posición dualista, GUILARTE ZAPATERO considera que el ámbito de la Ley del Suelo es muy limitado y por ello no puede abarcar todo el contenido del derecho superficie. Para este autor, la Ley del Suelo debe ser considerada una norma supletoria del derecho de superficie común, siendo, por tanto, complementaria, pero no modificativa de la misma<sup>54</sup>.

DE LA IGLESIA MONJE diferencia una modalidad urbana común, en base al artículo 1611 del Código Civil, a la derogación del principio de accesión y al amparo del *numerus apertus* de derechos reales, pero no en base al artículo 1655 del Código, pues no equipara el derecho de superficie al censo enfiteútico; por otro lado, aprecia una modalidad urbanística, cuyas normas tienen carácter imperativo<sup>55</sup>.

---

<sup>54</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 201.

<sup>55</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 119.

Según GULLÓN, debido a que la Ley del Suelo de 1956 se remite al Derecho privado para suplir lagunas legales, se está obligando al examen de ambas regulaciones para configurar la misma institución<sup>56</sup>.

ROCA SASTRE entiende que el derecho de superficie debe perfilarse atendiendo a la Ley del Suelo y al Reglamento Hipotecario, siendo complementario ambos textos el uno del otro, aunque cree que la Ley del Suelo se inspira en principios que no tienen sentido en un ordenamiento privado, basándose esta Ley en un ámbito urbanístico y teniendo el Reglamento Hipotecario un ámbito más general<sup>57</sup>.

Para FUENTES LOJO, en nuestro país existen dos modalidades del derecho de superficie urbana: la ordinaria, que es Derecho privado, y la urbanística, que es Derecho público administrativo<sup>58</sup>.

VILALTA NICUESA entiende que coexisten dos derechos de superficie, el común y el urbanístico, pero en el caso de la modalidad urbana de la superficie común, ante finalidades urbanísticas, deberá atenderse principalmente al Real Decreto Legislativo 7/2015<sup>59</sup>.

Otros juristas han sido defensores de esta visión dualista, como ALBALADEJO, ESPÍN CÁNOVAS o PUIG PEÑA, entre otros.

Frente a esta corriente, existe otra posición a la cual podríamos denominar unitarista o monista, pues hay autores que han admitido un único derecho de superficie común. El principal argumento que se sostiene a favor de esta posición es la escasa regulación que contiene el Código Civil acerca del derecho de superficie.

Así, DE LOS MOZOS ha manifestado que la Ley del Suelo tiene carácter integrativo en cuanto al derecho aplicable a la superficie común, siendo el ordenamiento de la Ley de Suelo aplicable en suplencia de la laguna legislativa del Derecho privado, no distinguiendo por tanto dos modalidades de derecho de superficie<sup>60</sup>.

---

<sup>56</sup> GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 11.

<sup>57</sup> ROCA SASTRE en “*Ensayo sobre el derecho del derecho de superficie...*”, p. 4 y nota a pie de página n.8, citado en VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 87.

<sup>58</sup> FUENTES LOJO en “*Duración del derecho de superficie... comentario a una importante decisión judicial*”, Revista Jurídica de Catalunya, p. 561, citado *Ib.*, p. 88.

<sup>59</sup> *Ib.* p. 91.

<sup>60</sup> DE LOS MOZOS en “*El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*”, p. 193, citado *Ib.* p. 88.

AMENGUAL PONS afirma que todas las disposiciones legales vigentes acerca del derecho de superficie pueden crear una regulación unitaria acerca de ello, complementándose en todos los aspectos que no sean contradictorios<sup>61</sup>.

NAVARRO VIÑUALES apoyaba su argumentación en el derogado artículo 287.2 de la Ley del Suelo de 1992, puesto que se preveía la constitución del derecho tanto para personas públicas como para particulares, considerando por tanto que la regulación tiene como pretensión ser de general aplicación, sin tener en cuenta quien constituye el derecho, por lo que la persona que lo constituye no puede ser criterio para determinar dos tipos de derecho de superficie<sup>62</sup>.

ALONSO PÉREZ entiende que hay un único derecho de superficie, regulado con carácter general por la Ley del Suelo, pues el artículo 1611 del Código se refiere a un problema de Derecho transitorio para cuya solución remite a otras normas y el artículo 1655 del Código no lo considera de aplicación al derecho de superficie<sup>63</sup>.

MARTÍN BLANCO, MEZQUITA DEL CACHO o SOTO BISQUERT, entre otros muchos, han defendido esta tesis monista o unitarista.

Aunque la mayoría de autores adoptaron una posición dualista o una posición monista, algunos defendieron otras posturas, como por ejemplo O'CALLAGHAN MUÑOZ, que entendía que dependiendo del tipo de derecho de superficie se aplicaba una legislación u otra, y es que si se trata de un derecho de superficie dentro de un plan de ordenación urbana, se debería de aplicar la Ley del Suelo, mientras que para el resto de derechos de superficie urbana se aplicaría el Código Civil<sup>64</sup>.

BLANQUER UBEROS piensa en la existencia de una única fuente legal reguladora del derecho de superficie sometido a la legislación urbanística y del suelo, pero dependiendo si se aplica a la superficie constituida por una entidad o persona pública o a la superficie constituida entre particulares<sup>65</sup>.

Al respecto también se ha pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo a través de STS 1110/2002, admitiendo que “ante la duplicidad normativa de esta forma

---

<sup>61</sup> AMENGUAL PONS en “*El derecho de superficie en la Ley del Suelo y en la legislación hipotecaria*”, p. 635, citado *Ib.* p. 89.

<sup>62</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 47.

<sup>63</sup> ALONSO PÉREZ, María Teresa. *Op. cit.*, p. 122 y 123.

<sup>64</sup> O'CALLAGHAN MUÑOZ en “*Comentario del Código Civil*”, t. II, p. 1288, citado en VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 90.

<sup>65</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 77 y 78.

existente, un importante sector de la doctrina entiende que al presente el derecho de superficie puede revestir dos modalidades: la urbana común o clásica, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer, sobre suelos de esta naturaleza, no tiene por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil, y la urbanística que al constituir uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, ha de someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo”, añadiendo que “ha de concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, de la actuación que los mismos desarrollan y de las finalidades que por ellos se persiguen<sup>66</sup>”. El TS se muestra partidario de la existencia de una dualidad del derecho de superficie, gozando cada modalidad de un régimen jurídico distinto.

## **5. ELEMENTOS DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

A continuación, he de resaltar que se van a tratar los distintos elementos que forman el derecho de superficie, pero en su forma general, pues hay escasas diferencias entre la modalidad urbana y la modalidad rústica, indicando, en todo caso, esos pequeños matices.

### **5.1. Elementos personales**

Necesariamente, el elemento subjetivo del derecho de superficie debe comportar siempre dos sujetos: el propietario del terreno o *dominus soli*, denominado concedente (sujeto pasivo), y el titular del derecho de superficie, denominado superficiario (sujeto activo), pudiendo ser en ambos casos tanto personas físicas como personas jurídicas.

a) El concedente. La denominación de concedente hace referencia a la persona dueña de un terreno o suelo y, en su caso, de subsuelo, sobre el que se va a constituir un derecho de superficie, existiendo una propiedad separada junto con su propiedad del suelo. Por ello, lo que se le exigirá es tener disposición sobre la cosa y gozar de capacidad de obrar y contratar para efectuar el negocio jurídico. De acuerdo al apartado segundo del artículo 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015, “el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el

---

<sup>66</sup> STS 1110/2002 DE 26 DE NOVIEMBRE – FUNDAMENTOS DE DERECHOS: TERCERO.

propietario del suelo, sea público o privado”. Esto es, debe ser el titular del inmueble del terreno u ostentar un derecho de superficie rústica.

Siendo propietario del suelo, aunque no de lo edificado o plantado, la extinción del derecho de superficie hará que lo edificado o plantado pase a ser propiedad suya, mediante la reversión.

En el caso de que se tratara de una copropiedad, será necesario el consentimiento de todos los copropietarios para la constitución de un derecho de propiedad, pues si solo uno de todos ellos presta su consentimiento, no se produciría la suspensión de la accesión y esos sujetos podrían hacer suyo lo edificado o plantado<sup>67</sup>.

¿Está legitimado el enfiteuta para constituir un derecho de superficie? Podríamos decir, en un principio, que no habría ningún problema para que el enfiteuta, el titular del dominio útil del suelo, constituya un derecho de superficie, puesto que el artículo 1633 del Código Civil dispone que “puede el enfiteuta disponer del predio enfiteútico y de sus accesiones, tanto por actos entre vivos como de última voluntad, dejando a salvo los derechos del dueño directo (...)”. GULLÓN también considera esta posibilidad observando el artículo 1632 del Código Civil, que establece que “el enfiteuta hace suyos los productos de la finca y de sus accesiones”, ante lo cual sostiene que “la derogación del principio de accesión la puede realizar él autorizando una construcción que debía de ser de su propiedad según las normas sobre la materia”<sup>68</sup>. Sin embargo, GUILARTE ZAPATERO, en cuanto a la superficie común, considerado el derecho de superficie por el Código como un gravamen, el enfiteuta puede permitir la construcción de una edificación en la finca, propiedad del dueño directo, pero podrá ceder el goce del edificio al constructor en virtud del derecho de superficie, aplicable también al caso en que se constituyera el derecho sobre un edificio preexistente en la finca<sup>69</sup>. DE LA IGLESIA MONJE defiende su argumentación, añadiendo que no puede existir derecho de superficie si no hay propiedad superficiaria<sup>70</sup>.

¿Y puede ser un usufructuario el concedente del derecho de superficie? NAVARRO VIÑUALES entiende que el usufructuario no tiene la facultad de constitución de un derecho de superficie, pues el usufructuario, sobre el edificio que edifica, tiene un mero derecho de goce, pero no un derecho de propiedad<sup>71</sup>. También cree que si usufructuario y nudo

---

<sup>67</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 318.

<sup>68</sup> GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 58.

<sup>69</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 211.

<sup>70</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 190.

<sup>71</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 52.

propietario constituyesen un derecho de superficie, realmente sería el segundo quien lo constituyese, consintiéndolo solamente el usufructuario.

b) El superficiario. Al igual que el concedente, deberá tener capacidad para obligarse. Es la persona que, como titular del derecho, adquirirá la facultad de edificar o plantar, dentro de un plazo establecido, en el terreno o en el vuelo y en el subsuelo de una finca ajena, y de hacer suyo lo edificado o plantado, adquiriendo por tanto la propiedad superficiaria sobre esa edificación o plantación. Durante la vigencia del derecho, por tanto, se convierte en el propietario de esa propiedad, pero no de la del suelo.

Si el derecho de superficie se constituye a título oneroso, y no gratuito, el superficiario deberá abonar un precio al dueño del terreno, de acuerdo al apartado tercero del artículo 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015, que establece que “la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez”.

Antes de la entrada en vigor de la Ley del Suelo de 2007, se discutía si podía constituirse un régimen de propiedad horizontal sobre el edificio construido por el superficiario. BLANQUER UBEROS, por el contrario, señalaba que creía “fundada la opinión favorable a la posible constitución del régimen de propiedad horizontal que sujete a un edificio construido jurídicamente sobre el derecho de superficie y físicamente sobre el suelo gravado; pues el derecho que éste otorga a construir sobre, o bajo, el suelo consiste en la posibilidad de utilizar el suelo como base de construcción; por ello procede atribuir al derecho de superficie el significado y valor propio de un elemento común que merece el trato equivalente al atribuido al suelo en la Ley de Propiedad Horizontal, a la cita o referencia al suelo en dicha legislación debe darse significado genérico y funcional<sup>72</sup>”. Al final, el apartado segundo del artículo 54 ha dotado de cobertura legal a la posibilidad del superficiario de constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal.<sup>73</sup>

---

<sup>72</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 138.

<sup>73</sup> Dice este apartado 2 del artículo 54 que “Cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.”

## 5.2. Elementos reales

El derecho de superficie recae sobre dos elementos:

a) El suelo. Es el terreno ajeno al superficiario sobre el cual se constituye el derecho, que puede ser urbano, urbanizable o rústico, aunque también puede darse en el vuelo y en el subsuelo. La extensión del suelo comprende no solamente al propio terreno, sino que se entiende que forma una unidad con el suelo el volumen edificable sobre el mismo.

El suelo debe reunir todas las características necesarias para poder edificar o plantar en él. De lo contrario, si la edificación o plantación no fuera posible, el contrato del que nació el derecho de superficie sería nulo por imposibilidad de su objeto<sup>74</sup>.

Antes de la actual Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana surgieron dudas acerca de si el derecho de superficie podía constituirse únicamente sobre un suelo o también podía darse la situación de preexistir un edificio o plantación, lo cual era admitido por la doctrina mayoritaria y ha sido afirmado por el Real Decreto Legislativo 7/2015.

De conformidad con el apartado 4 del artículo 54, “el subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie”, por lo que, salvo pacto en contrario, al subsuelo no se extiende el derecho de superficie<sup>75</sup>.

b) La edificación o plantación. El superficiario podrá, a través del ejercicio de su derecho, realizar edificaciones (o construcciones) o plantaciones (o siembras) sobre o bajo suelo ajeno, aunque también cabe la posibilidad de constituir el derecho de superficie sobre edificaciones o plantaciones ya existentes. Esta edificación o plantación será temporalmente propiedad del superficiario, pero a la extinción del derecho pasará a ser propiedad del dueño del terreno en el que se encontraran.

El término construcción se refiere a todas aquellas edificaciones que se encuentren unidas al suelo. Por otro lado, la plantación podría considerarse como el conjunto de plantas que existe en el terreno, mientras que la siembra hace referencia a la acción y resultado de arrojar y esparcir semillas en un terreno preparado para este fin.

---

<sup>74</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 196.

<sup>75</sup> DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 129.

Hay que señalar, por último, que el derecho de superficie puede recaer sobre la totalidad del fundo o sobre una parte, al igual que puede recaer sobre todos los bienes del terreno o sobre determinados aprovechamientos.

### **5.3. Elementos formales. Su constitución**

Teniéndose en cuenta que para esta figura rige la libertad de pacto, la constitución del derecho de superficie se efectúa mediante negocios jurídicos u onerosos (normalmente, compraventa), y puede realizarse tanto *inter vivos* como *mortis causa*, siempre y cuando se reúnan los requisitos necesarios para su validez.

Para acabar con los elementos de este derecho, decir que existen dos requisitos formales para su constitución: escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Para el análisis de estos elementos es necesario recordar una distinción entre modalidad urbana común (a la que se aplica el Código Civil) y modalidad urbanística (a la que se aplica la Ley del Suelo).

La inscripción de este derecho ha pasado en los últimos años de ser un requisito constitutivo a ser considerado como un requisito de oponibilidad frente a terceros. La Ley de Suelo de 1956 establecía en el apartado segundo de su artículo 158 que “en todo caso deberá ser formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad”. Más tarde, el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, en el apartado segundo del artículo 172, modificaba ligeramente el anterior precepto, indicando que “la constitución del derecho de superficie deberá ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad”, dejando claro que se refiere al derecho de superficie. El Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 copió literalmente el enunciado para introducirlo en el artículo 288.2. A su vez, en cuanto a la superficie urbana, el actualizado artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario establecía que “para su eficaz constitución deberá inscribirse a favor del superficiario el derecho de construir edificios en suelo ajeno y el de levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos”, y que “los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción, las siguientes (...)”. Sin embargo, hay que tener en cuenta el Código Civil. La doctrina considera aplicable el artículo 1278 del Código, relativo a la libertad de contratación.

Por ello, hasta ese momento, algunos autores como GUILARTE ZAPATERO<sup>76</sup>, o más recientemente, DE LA IGLESIA MONJE<sup>77</sup>, han afirmado que la modalidad urbanística necesita la inscripción en el Registro como requisito constitutivo del derecho, pero, por el contrario, que la inscripción de la modalidad urbana común tiene efecto declarativo y puede nacer cualquier derecho de superficie sin necesidad de inscripción, ya que el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario contiene un exceso reglamentario, inferior a normas de rango legal, yendo en contra del principio de libertad contractual.

Este motivo fue el que provocó que dicho precepto quedara sin efecto ante la STS de 31 de enero de 2001, por lo que dejó de servir como apoyo a la inscripción como requisito constitutivo. He de resaltar que, actualmente, en cuanto a la superficie rústica, el artículo 30.3 no exige la inscripción del derecho de superficie rústica, sino que se limita a detallar el procedimiento que debe seguir. Por tanto, a día de hoy, el Reglamento Hipotecario no aporta nada respecto a la necesidad de inscripción o no como requisito de constitución.

El apartado segundo del artículo 53 del Real Decreto Legislativo 7/2015 indica que “para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad”. Este precepto se aplicará, en mi opinión, todos los derechos de superficie urbana surgidos con posterioridad a la Ley del Suelo del 2007 (ya que el enunciado del precepto surge en esa Ley) deben formalizarse en escritura pública y ser inscritos en el Registro, aunque, como acabo de expresar, solamente en su modalidad urbana. En cambio, para los derechos de superficie urbana concedidos con anterioridad a la Ley de 2007, entiendo que el artículo 288.2 no exigía la inscripción para la válida constitución del derecho. La STS de 31 de enero de 2001 expresa que “el artículo 288.2 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, vigente según Ley 6/1998, de 13 de abril, requiere para la constitución del derecho de superficie su formalización en escritura pública y, como requisito constitutivo de eficacia, su inscripción en el Registro de la Propiedad, pero de este precepto no se deriva que para la válida constitución de dicho derecho sea preceptiva su inscripción sino que para que tenga eficacia frente a terceros debe inscribirse en el Registro de la Propiedad”, y más adelante vuelve a indicar que “mientras el citado artículo de la Ley del Suelo requiere, como requisito

---

<sup>76</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 232 y 233.

<sup>77</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 404.

constitutivo de su eficacia frente a terceros, su inscripción, el artículo 16.1 del Reglamento recurrido impone la inscripción como requisito de su eficaz constitución<sup>78</sup>”.

## **6. CONTENIDO DEL DERECHO DE SUPERFICIE**

El nacimiento de un negocio jurídico produce la existencia de posiciones jurídicas, y ello genera una serie de deberes, facultades, derechos... Lo cual también se manifiesta en el derecho de superficie, que obliga al concedente y al superficiario al cumplimiento de una serie de obligaciones, a la vez que les son otorgado una serie de derechos.

### **6.1. Deberes de las partes**

Las obligaciones que forman parte del concedente podríamos señalar que son:

1º La obligación de posibilitar el uso del derecho de superficie. El dueño del terreno debe permitir el uso de la finca, pues sin suelo no podría llevarse a cabo el derecho de superficie, por lo que el propietario deberá hacer todo lo posible para facilitar al superficiario llevar a cabo su derecho<sup>79</sup>, incluyendo su deber de abstenerse en los aprovechamientos que pudiera realizar el superficiario respecto a su nueva propiedad superficiaria, y tampoco podrá realizar obras que pudieran perjudicar el ejercicio del derecho.

Esta obligación conlleva, también, entregar las construcciones o las plantaciones que existieran, si el derecho de superficie se hubiera constituido sobre bienes ya preexistentes.

Si el superficiario deseara realizar obras por su propia voluntad, a no ser que se hubiese pactado algo al respecto en el título de constitución, el concedente no tendría la obligación a actuar positivamente<sup>80</sup>. Sin embargo, si el suelo no fuese idóneo para el goce del suelo por parte del superficiario y fuese necesario llevar a cabo una serie de obras para mejorar su estado, salvo pacto en contrario, deberán correr a cargo del superficiario<sup>81</sup>.

2º La obligación de pago de los impuestos que recaigan sobre el suelo. Independientemente de que se produjese el nacimiento del derecho sobre la finca, al disponer una persona de una propiedad, como es el caso del concedente, deberá hacerse de cargo de

---

<sup>78</sup> STS 31 DE ENERO DE 2001 – FUNDAMENTOS DE DERECHO: DECIMOTERCERO.

<sup>79</sup> GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 80.

<sup>80</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 269.

<sup>81</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 204.

las tasas y los gastos que estén afectos a esa superficie; por ejemplo, el Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Y, una vez constituido el derecho, deberá soportar las cargas que afectaran a la parte de la finca no afecta al derecho de superficie<sup>82</sup>. Para VILALTA NICUESA, el reparto de cargas debe repartirse, de manera que las referidas al goce de la cosa gravarían al superficiario, mientras que las derivadas del capital, o con la finalidad de mantener el capital o la cosa, gravarían al propietario del fundo<sup>83</sup>,

Por su parte, el superficiario también deberá hacer frente a una serie de obligaciones:

1º El pago de los impuestos inherentes a la propiedad superficiaria. Como bien acaba de decirse, el superficiario, en calidad de titular de una propiedad separada, debe hacer frente a una serie de gastos. También deberá sufragar los gastos relativos a la finca o a la parte de la finca afecta al derecho, debido al aprovechamiento que tiene de ella, como se acaba de apuntar anteriormente, según VILALTA NICUESA.

La Ley 431 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra establece que “salvo pacto en contrario, el superficiario, desde que inicie la construcción, pagará todos los impuestos, contribuciones y cargas por razón del inmueble”, y añade que “en caso de pluralidad de construcciones, cada titular pagará, íntegra y exclusivamente, las que correspondan a la suya”; siendo una regulación aplicable al Derecho común.

2º El pago de una contraprestación. Puede ocurrir que, en vez de constituirse el derecho de superficie a título gratuito, se haga a título oneroso, lo cual suele normal, tal y como establece el apartado 3 del artículo 53 En este caso, las partes podrán pactar una compensación o contraprestación, que podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, pero también se contempla la posibilidad de adjudicar viviendas o locales y derechos de arrendamiento a favor del propietario; todo ello sin perjudicar el derecho de reversión.

Respecto al posible pago de una cantidad pecuniaria, no se establece ningún límite mínimo ni máximo que pudiera pactarse. En cuanto a la adjudicación o arrendamiento de viviendas o locales, si son parte del edificio construido por el superficiario, y el concedente adquiere la vivienda desde un primer momento, la reversión que produce la extinción no sería total sino parcial, ya que incluirá lo que pertenece al concedente. Y si esas viviendas o esos locales no forman parte del edificio construido, al concedente no le interesaría sino conocer de antemano su contraprestación<sup>84</sup>.

---

<sup>82</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 353 y ss.

<sup>83</sup> *Ib.* p. 354.

<sup>84</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 58.

BLANQUER UBEROS considera que, aunque se constituya el derecho de superficie a título gratuito, el derecho de reversión a favor del propietario en cuanto a la construcción o edificación podría considerarse, al fin y al cabo, una contraprestación del superficiario<sup>85</sup>.

3º La obligación de edificar de conformidad a la legislación de ordenación territorial y urbanística y de acuerdo a lo pactado con el concedente. El apartado quinto del artículo 54 prevé la extinción del derecho “si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución”. Por tanto, el superficiario, aunque goza de un derecho de construir o plantar en la finca, deberá hacerlo respetando las normas establecidas en las leyes y dentro del plazo previsto en el título de constitución y, además, conforme a los pactos que tuviera con el concedente; la extinción conllevaría, por tanto, a la invocación de la accesión a favor del concedente.

4º Conservar lo nuevo construido o plantado, o lo ya construido o plantado, hasta el término del derecho. El superficiario no solo deberá hacer un buen uso de la finca, sino que, actuando como propietario, deberá mantener lo que se construya o plante, o lo que reciba, hasta que se produzca la extinción del derecho, actuando como un buen padre de familia, en concordancia con el artículo 1094 del Código Civil.

## **6.2. Derechos de las partes**

Una vez visto los deberes a los que deben atender los sujetos intervinientes, también ha de decirse que la constitución del derecho de superficie les dota de una serie de derechos.

En el caso del concedente, gozará de los siguientes derechos:

1º Disponer de todas las facultades dominicales. Aunque se constituya un derecho en su propiedad, dejando al margen que el concedente también podrá hacer uso de la parte de la finca no afecta a este derecho, el dueño del terreno seguirá teniendo los derechos que le pertenecían como propietario de una finca. El propietario podrá transmitir su propiedad sin el consentimiento del superficiario, para lo cual el nuevo titular de la finca debería respetar el derecho de superficie constituido.

El concedente podrá realizar actos de goce sobre la cosa pero, una vez se inicie una edificación o plantación por el titular del derecho, y los actos llevados a cabo por el dueño

---

<sup>85</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 105.

del suelo pudieran dificultarlo, debería de impedirse la actividad realizada por el superficiario<sup>86</sup>.

También podrá usar el subsuelo, tanto antes de realizarse la edificación o plantación como después de realizarse, mientras no perjudique la propiedad superficiaria<sup>87</sup>, aunque sobre el espacio aéreo surgen más dudas; la doctrina se ha dividido en justificar su utilización tanto para el concedente como para el superficiario. NAVARRO VIÑUALES entiende que no corresponde, en ausencia de pacto, al concedente, “porque la constitución de la superficie conlleva, para el concedente, la pérdida temporal de la facultad de edificar<sup>88</sup>”; no estoy de acuerdo, pues en ningún momento se prohíbe al dueño del suelo edificar, mientras no perjudique el ejercicio del derecho del superficiario.

De conformidad con el apartado cuarto del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, “el propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste”. Por tanto, podrá el concedente hipotecarlo: si es anterior al derecho de superficie, quedará hipotecada la finca, y en el caso de que sea posterior, únicamente gravará el suelo, no extendiéndose a la propiedad superficiaria porque el edificio o plantación pertenece al superficiario y no al concedente<sup>89</sup>.

2º Derecho de tanteo, retracto y retroventa. En el caso de que el superficiario quisiera establecer un régimen de propiedad horizontal, teniendo el derecho de transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas y los locales que lo conforman, el propietario del suelo podrá pactar con el titular del derecho de superficie acerca de derechos de tanteo, retracto y retroventa a su favor en cuanto a esas posibles transmisiones.

3º Derecho de reversión. El concedente tiene el derecho a recibir, a la extinción del derecho, además de la totalidad de la finca afecta, la propiedad superficiaria. Es, a mi modo de ver, el mayor beneficio de que dispone el concedente en este negocio jurídico. A la extinción del derecho, una vez finalizado el plazo de su duración, el propietario goza de un derecho de reversión, mediante el cual, no solo recibe su finca afectada por el derecho, sino que, también, adquiere la propiedad superficiaria de la que disponía el titular del derecho. Por tanto, las posibles construcciones o plantaciones que hubiera podido hacer el superficiario, pasarán a ser propiedad del dueño del suelo. Ello supone que el principio de accesión vuelve

---

<sup>86</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 270.

<sup>87</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 206.

<sup>88</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 67.

<sup>89</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 206.

a recobrar su sentido. Otro efecto inmediato consiste en que se extinguirán todos los derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

En principio, se menciona en la Ley del Suelo que la reversión es total. Sin embargo, podría pactarse una reversión parcial. Pero pueden realizarse más pactos. Se puede prever una “reversión invertida” al término del derecho, consolidando el superficiario la propiedad del suelo en su favor. También podría el concedente, a cambio de la reversión, satisfacer una indemnización al superficiario<sup>90</sup>.

A ello hay que añadirle que, por esta adquisición, el concedente no tiene la obligación de indemnizar al superficiario, a no ser que se hubiera pactado. Antes no era así, ya que, en la Ley del Suelo de 1956, el artículo 161 contemplaba, en ausencia de pacto, que el dueño del suelo debía pagar una indemnización al superficiario por la adquisición, equivalente al valor que tuviera la edificación en el momento de la transmisión.

4º Percibir la contraprestación, si así se pactó. Se regula en la Ley de Suelo la forma de contraprestación del derecho de superficie porque, en el mayor de los casos, se constituye a título oneroso y no gratuito. Esta contraprestación no influye en el derecho de reversión que también ostenta el concedente.

Por último, el superficiario dispondrá de los derechos mencionados a continuación:

1º La facultad de goce del suelo ajeno. Una vez constituido un derecho de superficie, su titular tendrá acceso al terreno para ejercitar sobre él su derecho. Podrá exigir al dueño del suelo o a cualquier tercero la no realización de actos que pudieran impedir o dificultar el ejercicio de su derecho de superficie. También, si una edificación o plantación llevada a cabo por el dueño del suelo pudiera estorbar su goce, podrá demolerlas<sup>91</sup>.

Además, si el superficiario deseara realizar mejoras y obras útiles en la finca, y si no se pacta nada en contrario, se podría abonar una indemnización al superficiario a la extinción del derecho<sup>92</sup>. GUILARTE ZAPATERO, por el contrario, considera al respecto que estas obras deberían efectuarse por el superficiario a su costa<sup>93</sup>.

2º La construcción o plantación en suelo ajeno y la adquisición de la propiedad superficiaria. Es el principal efecto, y el más fundamental, de los que derivan de la constitución de un derecho de superficie. Ello conlleva a que el superficiario pueda levantar sobre el mismo una edificación o una plantación y, además, mantenerla, constituyéndose así

---

<sup>90</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 70 y 71.

<sup>91</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 208.

<sup>92</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 352.

<sup>93</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 284 y 285.

una propiedad superficiaria. Esta “adquisición” se mantendrá durante el tiempo que dure el derecho de superficie, suponiendo una excepción al principio de accesión, tras lo cual, extinguido el derecho, perderá la propiedad sobre ello y la accesión volverá a recobrar sentido.

La adquisición de la propiedad superficiaria de que dispone el superficiario no tiene por qué ser sobre una edificación o plantación suya, sino que puede constituir su derecho sobre una edificación o plantación ya existente, generándose en este caso también una propiedad superficiaria.

A pesar de que la construcción o plantación se considera como el principal y más importante de los derechos que otorga el derecho de superficie, también es considerado una obligación o, mejor dicho, una carga, puesto que si no se edifica de acuerdo a la ordenación territorial y urbanística dentro del plazo previsto en el título de su constitución, el derecho se extinguirá.

Si el edificio o la plantación fuesen destruidos, en la vigencia del derecho, el superficiario gozará de la facultad de reedificar o replantar<sup>94</sup>. En cuanto a si es una obligación, habrá que estar a lo pactado entre las partes; aunque más tarde se hablará de ello en al tratar las causas de extinción.

3º Facultad de disposición. De acuerdo al apartado primero del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, “el derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo”. Así, estando facultado para enajenar el derecho de superficie, podrá constituir sobre él los tipos de gravámenes que resulten idóneos, como el usufructo, el uso y la habitación, o las servidumbres<sup>95</sup>.

También puede el superficiario establecer una hipoteca sobre el derecho de superficie. El apartado quinto del artículo 107 de la Ley Hipotecaria incluye este derecho entre los que pueden hipotecarse.

El apartado segundo añade que “cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo”. Ha habido un largo debate acerca

---

<sup>94</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 75.

<sup>95</sup> BLANQUER UBEROS, Roberto. *Op. cit.*, p. 89.

de si podía constituirse en régimen de propiedad horizontal, pero la Ley ha despejado todas las dudas.

## **7. EXTINCIÓN**

Por último, han de tratarse los aspectos relativos a la extinción del derecho de superficie. La relación jurídica puede desaparecer en un determinado momento, lo cual conllevaría una serie de consecuencias. Por ello, debemos distinguir entre las causas que conllevan la extinción y los posibles efectos que produce ésta.

### **7.1. Principales causas de extinción**

Podemos definir a estas causas como los acontecimientos, surgidos con posterioridad a la constitución de la relación jurídica superficiaria, de naturaleza extrínseca a la misma, y que de acuerdo a la voluntad expresa o presunta del concedente o del superficiario, dan fin a la relación<sup>96</sup>. La doctrina ha elaborado durante años distintas clasificaciones de las causas de extinción, hasta que se ha llegado a aceptar por la mayoría de autores una clasificación que diferencia dos grupos: por un lado, las causas generales de los derechos reales y, por otro lado, las que sean específicas del derecho de superficie.

#### *7.1.1. Causas específicas de extinción del derecho de superficie*

De acuerdo al apartado quinto del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, el derecho se extinguirá “si no se edifica de conformidad a la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de la duración del derecho”, añadiendo el apartado segundo del artículo 53 que “no podrá exceder de noventa y nueve años”.

Por tanto, conforme al texto legal, la primera causa de extinción del derecho será el transcurso del plazo por el que fue constituido. Una vez transcurridos noventa y nueve años,

---

<sup>96</sup> DÍEZ PICAZO en *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. III, p. 882, citado en DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel de la. *Op. cit.* p. 220 y 221.

el derecho desaparecerá, y lo edificado o plantado, si existiese, pasará a ser propiedad del concedente.

Otra causa de extinción es la resolución del título constitutivo. Las partes podrán pactar al constituir el derecho que el incumplimiento de determinadas obligaciones pudiera conllevar la desaparición del derecho, como puede ser el deber del superficiario de construir o plantar de acuerdo a la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto. Las partes pueden pactar un periodo de tiempo en el cual el superficiario deberá construir o plantar, pero no parece un aspecto esencial; ni siquiera la Ley de Suelo recoge un plazo en el que el superficiario debería edificar o plantar. Por ello, y en todo caso, se atiende más al transcurso del plazo del derecho.

### *7.1.2. Causas generales de extinción de los derechos reales*

Los derechos reales en general, tienen una serie de causas comunes que producen su extinción, aceptando, por tanto, que el derecho de superficie puede también extinguirse por alguna de las causas citadas a continuación:

a) La destrucción o pérdida de la cosa. La pérdida de la cosa puede ser total o parcial; cuando sea parcial, el derecho seguiría existiendo sobre la otra parte de la cosa que subsistiera. Las dudas surgen en torno a la pérdida total, ya que unos autores se han posicionado acerca de la efectiva extinción del derecho por esta causa, mientras que otros se han apoyado en una facultad de reconstrucción, siendo esta última opción la más aceptada por la doctrina.

Según GULLÓN, “la pérdida de la cosa, sea por caso fortuito o por culpa del superficiario, no es causa nunca de muerte del derecho real”, refiriéndose con el término “cosa” a la edificación<sup>97</sup>. GUILARTE ZAPATERO también defiende esta idea, pero no si el perecimiento fuera sobre el suelo ya que, en este caso, existiendo construcción o no existiendo tal, el derecho de superficie desaparecería<sup>98</sup>.

NAVARRO VIÑUALES tampoco cree que el perecimiento del edificio titularidad del superficiario produzca la extinción del derecho, y afirma que el objeto del derecho de superficie no es la cosa que hubiese perecido, sino que trata sobre la posibilidad de edificar en un suelo ajeno y mantener esa edificación, por lo que su destrucción no extingue el derecho ya que tiene una facultad de reedificación<sup>99</sup>. DE LA IGLESIA MONJE considera

---

<sup>97</sup> GULLÓN, Antonio. *Op. cit.*, p. 141.

<sup>98</sup> GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *Op. cit.*, p. 284 y 285.

<sup>99</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 74 y 75.

que en principio habrá de atenderse a lo pactado en el título constitutivo por las partes y, en caso de ausencia de pacto, el superficiario tendría la obligación de reconstruir<sup>100</sup>.

La doctrina se ha apoyado en textos legales y, de conformidad a la Ley 433 de la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra, “si la edificación pereciere, no se extinguirá el derecho de superficie y el superficiario podrá proceder a la reconstrucción”. En la misma línea se expresa el Libro Quinto del Código Civil de Cataluña en el apartado 4 del artículo 564-6, cuando establece que “el derecho no se extingue si la construcción o plantación la han hecho los titulares del derecho de superficie y se pierde”, añadiendo que “en este caso, los titulares la pueden reconstruir o rehacer”.

b) El no uso o la prescripción del derecho. Hace referencia a la ausencia del ejercicio del derecho por parte de su titular en un determinado periodo de tiempo. Los autores de nuestro país admiten esta causa de extinción basándose en la doctrina italiana y francesa, quienes sí contemplan la prescripción como una causa extintiva del derecho de superficie. En Italia, desaparecerá el derecho cuando el titular no construya durante veinte años, y en Francia se considerará su posibilidad de extinción cuando naciese en las reglas de un arrendamiento con facultad de construir.

La Ley del Suelo de 1956 establecía la extinción por no uso del derecho en un plazo de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas. Hoy en día, habría de tomarse como referencia el artículo 1963 del Código Civil, que alude a las acciones reales sobre bienes inmuebles, estableciéndose un plazo de treinta años aunque, hay que tener en cuenta la legislación autonómica, pues el artículo 121-30 del Código Civil de Cataluña establece un plazo de diez años para cualquier clase de pretensión<sup>101</sup>.

c) Renuncia. A pesar de que el abandono del propietario del suelo sobre éste no produce la extinción del derecho, la renuncia por parte del superficiario es considerada una causa extintiva. Si aún no se hubiese construido, el superficiario podrá aun así renunciar a su derecho mediante un acto expreso o agotando el plazo de construcción, produciendo la caducidad del derecho. Su renuncia no requiere ningún consentimiento; solamente no debe contrariar el interés ni el orden público ni perjudicar a terceros, de acuerdo al artículo 6.2 del Código Civil.

La renuncia puede ocurrir antes de la edificación o plantación o cuando ya es titular de la propiedad superficiaria. En el primer caso, el derecho de superficie es considerado una

---

<sup>100</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 230.

<sup>101</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 415 y n. de página 1105 de p. 416.

<sup>101</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 233.

carga sobre la propiedad del concedente, y su renuncia produce la liberación de la propiedad de este gravamen. Si, por el contrario, ya se hubiese construido o plantado, la renuncia por parte del superficiario provoca la accesión, por lo que el concedente adquirirá la propiedad de lo edificado o plantado, lo cual podría considerarse como una reversión anticipada<sup>102</sup>.

d) Consolidación de derechos. Se puede producir una confusión o consolidación de derechos cuando recaigan sobre una misma persona el derecho de superficie y la propiedad del suelo. Puede darse el caso en cualquier de los dos sujetos, por lo que el propietario de un terreno puede adquirir una titularidad de un derecho de superficie o, por el contrario, el superficiario puede adquirir una propiedad, lo que, evidentemente, se considera una causa extintiva del derecho de superficie.

La consolidación se contempla en la Ley 429 de la Compilación del Código Civil Foral de Navarra, estableciendo que “si se reunieran en un mismo titular la propiedad del suelo y uno de estos derechos especiales sobre el mismo, los derechos reales que afecten a una y otros continuarán gravándolos separadamente”.

e) Expropiación forzosa. La expropiación puede ser total o parcial. Sin embargo, el artículo permite que “cuando la expropiación implique sólo la necesidad de ocupación de una parte de finca rústica o urbana, de tal modo que a consecuencia de aquélla resulte antieconómica para el propietario la conservación de la parte de finca no expropiada, podrá éste solicitar de la Administración que dicha expropiación comprenda la totalidad de la finca (...)”. Así lo reafirmó la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra el 23 de mayo de 2006, cuando dice que “el superficiario cuyo derecho queda tan menoscabado a consecuencia de la expropiación que pierde su contenido económico, tiene derecho a que la expropiación se extienda a la totalidad de la superficie sobre la que detenta tal derecho<sup>103</sup>”.

Actualmente, el apartado 3 del artículo 35 del Real Decreto Legislativo 7/2015 establece que las edificaciones o plantaciones en suelo rural se tasarán independientemente de su terreno, mientras que en suelo urbanizado las edificaciones o construcciones se tasarán conjuntamente con el suelo.

Respecto a quién corresponde el justiprecio, si al superficiario o al dueño del suelo, se establecen varios criterios: el valor del suelo y del edificio o de la plantación en el momento de la expropiación, los pactos existentes, etc. Mismamente, DE LA IGLESIA MONJE opta

---

<sup>102</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 78 y 79.

<sup>103</sup> STSJ NA 363/2006 DE 23 DE MAYO DE 2006 – FUNDAMENTOS DE DERECHO: SEGUNDO.

por el criterio de la distribución entre superficiario y concedente de la proporción del valor del derecho que tuviera cada uno en el momento de la expropiación<sup>104</sup>.

## 7.2. Efectos derivados de la extinción

El efecto fundamental de la extinción del derecho de superficie provoca que el propietario del suelo pueda hacer suyo lo edificado o plantado por el superficiario, si existen en el momento de la extinción, sin satisfacer indemnización alguna. Es el derecho de reversión, al que se ha aludido anteriormente entre los posibles derechos del concedente.

Otro efecto puede recaer en los derechos reales o personales que se hubieran constituido en base al derecho de superficie, tanto los constituidos por el superficiario como los constituidos por el concedente.

El titular del derecho de superficie puede constituir derechos reales, lo cual podrá hacer antes de realizar la construcción o plantación (por ejemplo, derecho de sobreedificar sobre su construcción o constituir una hipoteca sobre el derecho a construir) pero también cuando ya existiera una construcción (por ejemplo, derecho de propiedad sobre la construcción, el usufructo, o el uso)<sup>105</sup>. Ante ello, el apartado quinto del artículo 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015 establece que “la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario”. Llama la atención que únicamente se refiere al transcurso del plazo de la duración derecho, sin hacer referencia a la posibilidad de cualquier otra causa de extinción, por lo que si hubiera otra causa los derechos reales podrían seguir gravando separadamente la superficie, como establece el mismo precepto al tratar la confusión de derechos, pues “si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie”. NAVARRO VIÑUALES cree, por el contrario, que si la causa de extinción es otra distinta al transcurso del plazo de duración del derecho, la extinción no puede afectar a los derechos reales o personales, apoyándose en el artículo 6.2 del Código Civil<sup>106</sup>.

Además de derechos reales, el superficiario puede constituir derechos personales, como es el caso de un arrendamiento. Ante el silencio normativo, diversos autores han

---

<sup>104</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 237.

<sup>105</sup> *Ib.* p. 241 y 242.

<sup>106</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 82

manifestado sus opiniones sobre el debate, siendo la regla más aceptada por la doctrina la de que los derechos reales limitados provocan, salvo pacto en contrario, la extinción de todos los derechos reales y personas constituidos sobre el mismo. DE LA IGLESIA MONJE considera que, una vez extinguido el derecho de superficie, deben desaparecer todos los derechos personales impuestos por el superficiario, debido a que así se evitar la reversión de la propiedad superficiario a favor del concedente con una carga<sup>107</sup>.

Aun así, para el caso de fincas urbanas, la Ley 29/1994 de Arrendamientos Urbanos es clara, y en su artículo 13, el apartado segundo establece que “los arrendamientos otorgados por usufructuario, superficiario y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre el inmueble, se extinguirán al término del derecho del arrendador, además de por las demás causas de extinción que resulten de lo dispuesto en la presente ley”; por tanto, la extinción del derecho de superficie provoca la desaparición del arrendamiento. Por otro lado, en el caso de los arrendamientos rústicos, el artículo 10 de la Ley 49/2003 de Arrendamientos Rústicos dispone que “los arrendamientos otorgados por usufructuarios, superficiarios, enfiteutas y cuantos tengan un análogo derecho de goce sobre la finca o la explotación se resolverán al extinguirse el derecho del arrendador, salvo que no haya terminado el año agrícola, en cuyo caso subsistirán hasta que éste concluya”, añadiendo que “también podrán subsistir durante el tiempo concertado en el contrato, cuando éste exceda de la duración de aquellos derechos si a su otorgamiento hubiera concurrido el propietario”.

Por último, de acuerdo al apartado quinto del artículo 107 de la Ley Hipotecaria, el derecho de superficie es susceptible de ser hipotecado. Si el superficiario constituye la hipoteca sobre el derecho de superficie antes de construir, una vez hecha la edificación, la hipoteca se extenderá a ésta, mientras que si ya se hubiese construido la edificación, la hipoteca se constituye directamente sobre la propiedad superficiaria. Por su parte, si el concedente constituye una hipoteca antes del nacimiento del derecho de superficie, posteriormente éste quedará gravado, pero si hipoteca después de conceder el derecho de superficie, el gravamen no se extenderá a éste, puesto que el concedente no puede hipotecar algo que no tiene. El problema surge, una vez extinguido el derecho de superficie, a la hora de determinar si la hipoteca se extiende al edificio en el momento de la reversión, y ante ausencia de pacto. NAVARRO VIÑUALES acude al artículo 107.2º de la Ley Hipotecaria, que establece que en caso de hipoteca de la nuda propiedad, se prevé su extensión al usufructo al tiempo de consolidarse con tal propiedad, interpretando una aplicación analógica del

---

<sup>107</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 245.

precepto, ya que asimila al usufructo con el derecho de superficie en su carácter temporal<sup>108</sup>. Por el contrario, DE LA IGLESIA MONJE no cree que se extienda a la propiedad superficiaria, puesto que es una propiedad separada, y no se la pueden imponer las cargas que tuviera el suelo<sup>109</sup>.

## **8. UTILIDAD DEL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL ASENTAMIENTO DE LAS ENERGÍAS RENOVABLES EN ESPAÑA**

Para acabar con el estudio del derecho de superficie, haré una breve referencia a la utilidad que ha proporcionado este derecho en los últimos años en relación con las energías renovables en España. El suelo rústico ha resultado ser un lugar idóneo para establecer instalaciones fotovoltaicas, debido a su gran tamaño y un tendido eléctrico próximo para evacuar la energía generada a la red. No solamente se obtiene el aprovechamiento de la energía solar, pues también destaca en la energía eólica o geotérmica.

En el sector de la energía solar, el derecho de superficie es considerado un derecho real, enajenable y transmisible, que confiere a su titular durante un plazo determinado por ley (un máximo de noventa y nueve años) la facultad de tener y mantener en cubierta o en terreno ajeno una planta solar fotovoltaica conectada a la red<sup>110</sup>.

El contrato de arrendamiento es el modo usual bajo el que se encuentran las construcciones que acogen energías renovables. Sin embargo, el derecho de superficie ha llamado la atención por sus mayores ventajas frente al arrendamiento<sup>111</sup>. Así pues, no es necesario depositar una fianza en el organismo correspondiente. Tampoco, salvo pacto en contrario, los derechos y las obligaciones de las partes quedarán sujetas a la Ley de Arrendamientos Urbanos. Por último, la publicidad que puede adquirir el derecho de superficie tras su válida inscripción.

---

<sup>108</sup> NAVARRO VIÑUALES, José María. *Op. cit.*, p. 80 y 81.

<sup>109</sup> DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *Op. cit.*, p. 249.

<sup>110</sup> PROMEIN ABOGADOS. *El derecho de superficie como derecho de promover y mantener una planta solar sobre la cubierta o terreno de un tercero. 8 de noviembre de 2008* <<https://suelosolar.com/newsolares/newsol.asp?id=481>> [Consulta: 15 de junio de 2019].

<sup>111</sup> ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles. “El derecho de superficie y el titular catastral”. *CT: Catrasto*, núm. 66, 2009, p. 34.

En cuanto a las obligaciones, el superficiario, en primer lugar, deberá realizar las obras dentro del plazo establecido en el título constitutivo. En segundo lugar, si el contrato se constituye a título oneroso, deberá pagar la contraprestación pactada. Por último, a la extinción del derecho de superficie deberá entregar la construcción al dueño del suelo. Por lo que respecta al concedente, deberá colaborar con el desarrollo de la construcción, lo cual implica además abstenerse de realizar cualquier acto que lo perjudicara. La obligación de indemnizar no es una regla, sino una excepción, de que al término del derecho el dueño del suelo pague una indemnización al superficiario a cambio de la reversión. Además, responderá por evicción<sup>112</sup>.

El mercado energético y la política legislativa han estimulado la producción de energías alternativas, que han llevado a la aparición de nuevos aprovechamientos de los suelos rústicos, como son los huertos solares y los huertos eólicos. Por un lado, los huertos solares, que requieren módulos fotovoltaicos conectados a la red y estructuras de soporte con seguimiento solar sobre los que se instalan los módulos. De la misma manera, en el ámbito de la energía eólica el derecho de superficie ha demostrado ser eficaz para la instalación de parques para su debida explotación<sup>113</sup>.

## 9. CONCLUSIONES

Para finalizar este Trabajo de Fin de Grado, voy a proceder a exponer las conclusiones que he llegado a realizar tomando en consideración el tratamiento que se ha otorgado al derecho de superficie por parte del legislador y por la parte de la doctrina.

No hay ninguna duda de que el derecho de superficie ha sido una figura que ha tenido una enorme evolución lo largo del tiempo. Empezó su andadura en nuestro país, y durante años fue así, recibiendo una asimilación al arrendamiento por influjo del Derecho romano. También se le ha englobado dentro de la enfiteusis e, incluso, el Código Civil lo asemeja a los foros. Sin embargo, hoy en día ha quedado claro que el derecho de superficie es un derecho real de cosa ajena con autonomía propia que tiene su propia regulación a través de la Ley de Suelo.

---

<sup>112</sup> PROMEIN ABOGADOS. *El derecho de superficie como derecho de promover y mantener una planta solar sobre la cubierta o terreno de un tercero*. 8 de noviembre de 2008 <<https://suelosolar.com/newsolares/newsol.asp?id=481>> [Consulta: 15 de junio de 2019].

<sup>113</sup> VILALTA NICUESA, Aura Esther. *Op. cit.*, p. 15 y 16.

De acuerdo al recorrido histórico que ha sufrido en nuestro país, el derecho de superficie no ha gozado de una regulación clara, sino más bien confusa e incluso, me atrevería a decir, pobre. Su asimilación a otras figuras como el arrendamiento o la enfiteusis, como bien se ha visto, permite ver que el derecho de superficie no ha generado gran importancia en España, a diferencia de otros derechos reales, y por ello no ha tenido un desarrollo más preciso en el Código Civil y se han tomado como base otros textos legales, como puede ser la Ley de Suelo, o para algunos aspectos la Ley Hipotecaria y su Reglamento, lo cual al final lleva a una fragmentación en su regulación.

Sin embargo, esta dualidad de fuentes es claramente aceptada hoy en día por la mayoría de la doctrina, y he podido comprobar la existencia de dos clases de superficie: la superficie urbana común se somete al Derecho privado y la superficie urbanística encuentra cabida en el Derecho público.

Hay que partir de una primera afirmación que ya no puede ser debatida: el derecho de superficie es un derecho real con autonomía propia. Ello ya descarta su encuadre dentro de otras figuras, por lo que no me parece correcto situar al derecho de superficie en el artículo 1655 del Código Civil, puesto que no se trata de un gravamen de naturaleza análoga a los foros, pero sí que defendiendo su doble modalidad porque el propio artículo 1611 del Código lo menciona expresamente, por lo que el Código Civil trata, aunque vuelvo a repetir, muy minuciosamente, el derecho de superficie. Por otra parte, la vigente Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana regula el derecho de superficie urbana. Es decir, tanto el Código como la Ley de Suelo regulan el derecho de superficie y por ello soy partidario de la posición dualista.

La STC de 20 de marzo de 1997 puede considerarse un antes y un después en el derecho de superficie, por dos razones. En primer lugar, supuso la derogación en casi toda la totalidad de la Ley de Suelo vigente en ese momento, y de otros preceptos fuera de ella, como ocurrió con el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, dando lugar a la promulgación de una nueva Ley de Suelo. Y, en segundo lugar, se declaró al urbanismo como un sector reservado a las Comunidades Autónomas, que regularon monopolísticamente a través de sus instrumentos de ordenación territorial y urbanística, existiendo entonces una regulación general dada por el Estado sin perjuicio de las propias regulaciones autonómicas allá donde existan. Navarra, Cataluña y Galicia cuentan con unas leyes muy claras acerca del derecho de superficie.

Aun así, considero insuficiente la regulación que hay acerca del tema de este Trabajo. Aunque haya una superficie común y una superficie urbanística, en ambos casos las

disposiciones son muy escasas. Por ejemplo, el derecho de superficie rústica apenas cuenta con referencias en los textos legales, pues la Ley de Suelo se refiere al derecho de superficie urbana y al realizar el Trabajo he comentado la mayoría de los aspectos del derecho de superficie teniendo que englobar a la superficie rústica en la vertiente urbana, a excepción de aquellas ocasiones en las que resultaba inviable.

## 10. JURISPRUDENCIA

- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de julio de 1928.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1984.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 2001.
- Sentencia del Tribunal Supremo 1110/2002, de 26 de noviembre.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de junio de 2006.
- Sentencia del Tribunal Supremo 460/2009, de 30 de junio.
- Sentencia del Tribunal Supremo de 4 de febrero de 1993.
- Sentencia del Tribunal Constitucional de 20 de marzo de 1997.
- Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Navarra 363/2006, de 23 de mayo de 2006.

## 11. BIBLIOGRAFÍA

ALONSO PÉREZ, María Teresa. *La construcción en finca ajena: estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*. Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2000.

BLANQUER UBEROS, Roberto. *Acerca del derecho de superficie*. Madrid: Colegios Notariales de España, 2007.

DÍEZ PICAZO, Luis y GULLÓN, Antonio. *Sistema de Derecho Civil*, volumen III, tomo 2, Madrid: Tecnos, 2016.

ESPILEZ MURCIANO, María Ángeles. “El derecho de superficie y el titular catastral”. *CT: Catastro*, núm. 66, 2009, p. 25-36.

FERNÁNDEZ SALA, José Carlos. “El derecho de superficie”. *THEMIS: Revista de Derecho*, núm. 62, 2012, p. 237-253.

GUILARTE ZAPATERO, Vicente. *El derecho de superficie*. Pamplona: Aranzadi, 1966.

GULLÓN, Antonio. *La superficie urbana. (El derecho de superficie en la Ley del suelo y la legislación hipotecaria)*. Sevilla: Universidad de Sevilla, Instituto García Oviedo, 1960.

DE LA IGLESIA MONJE, María Isabel. *El derecho de superficie: aspectos civiles y registrales*. Madrid: Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España [etc.], 1996.

NAVARRO VIÑUALES, José María. *El derecho de vuelo. El derecho de superficie urbana. Las disposiciones transitorias en la Ley de Censos Catalana*. Madrid: Fundación Matritense del Notariado, 1998.

VILALTA NICUESA, Aura Esther. *El derecho de superficie. La superficie rústica*. Barcelona: Bosch, 2008.

PROMEIN ABOGADOS. *El derecho de superficie como derecho de promover y mantener una planta solar sobre la cubierta o terreno de un tercero. 8 de noviembre de 2008* <<https://suelosolar.com/newsolares/newsol.asp?id=481>> [Consulta: 15 de junio de 2019].