

El derecho de superficie y el titular catastral

María Ángeles Espilez Murciano

*Técnico Superior Catastral
Gerencia Territorial de Cádiz
Dirección General del Catastro*

El derecho de superficie no puede ser visto como un derecho vetusto perteneciente a tiempos pasados, sino, al contrario, como una institución que puede resultar muy interesante para el tráfico inmobiliario, en el sentido de verla como una alternativa a otras figuras jurídicas, como el arrendamiento o el derecho de propiedad, en determinadas situaciones y circunstancias.

Sin embargo, en torno a la idea de la utilidad o no del derecho de superficie existen varias posiciones encontradas.

Por un lado los que de forma optimista, consideran a esta institución, como un elemento necesario a la hora de afrontar la crisis inmobiliaria. Un ejemplo de esta corriente, lo constituye sin duda, el pasaje final del apartado VIII del Preámbulo del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Suelo (en adelante TRLS-2008), que expresa esta idea: *“el contenido del Título se cierra con una regulación del régimen del derecho de superficie dirigida a superar la deficiente situación normativa actual de este derecho y favorecer su operatividad para facilitar el acceso de los ciu-*

dadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario”.

Por otro lado aquellos, como Manuel Albaladejo (1), que opinan que en la práctica hay muchos caminos que conducen a las ventajas que aporta el derecho de superficie, razón por la que mucho es de temer que la figura, dice él, prospere poco en la realidad.

En el presente trabajo se mostrarán algunas reflexiones sobre el derecho de superficie, visto desde distintas perspectivas: Sus antecedentes históricos, la regulación actual, su tratamiento en el ámbito del Catastro Inmobiliario y por último una breve referencia a su utilidad en el asentamiento de las energías renovables en nuestro país. La visión del conjunto de las distintas partes de este trabajo, sólo quiere mostrar las múltiples posibilidades que ofrece esta institución y la potenciali-

(1) Véase: ALBALADEJO, MANUEL. *Derecho Civil III*. Página 683.

dad que ésta puede tener para los diferentes agentes que intervienen en el tráfico inmobiliario.

Antecedentes históricos del derecho de superficie

Para entender con plenitud una institución jurídica, y como consecuencia sus posibles utilidades, un ejercicio muy interesante es conocer la razón por la que nació.

El derecho de propiedad sobre la tierra, ha sido desde tiempo inmemorables, lo que ha distinguido económicamente a los hombres. Los romanos concededores de esta situación, protegieron a la propiedad mediante el principio superficies solo cedit, es decir, lo que técnicamente conocemos con el nombre de accesión.

La accesión consiste en que lo edificado, plantado o sembrado se presume realizado por el dueño del suelo, de tal manera que éste hará suyo todo lo edificado, plantado o sembrado en el suelo de su propiedad, aunque haya sido realizado por otra persona.

Es importante exponer esta situación ya que ésta va a ser la esencia del derecho de superficie. Y esto es así, porque llegados a este punto, parece deducirse que el propietario del suelo tiene dos facultades: De un lado el derecho de propiedad sobre el suelo, y de otro el derecho de propiedad sobre edificado, plantado o sembrado en ese suelo.

Fue por esta razón que los romanos (por las circunstancias económico-sociales que más tarde se comentarán) consideraron que si el propietario podía negociar o transmitir el suelo de su propiedad, también podía hacer lo mismo con ese derecho a permitir que alguien edificase o plantase en su finca, facultando a esa persona para que use y disfrute esa construcción o plantación, por un determinado período de tiempo, naturalmente a cambio del pago

de un precio o canon. Y eso es el derecho de superficie.

Pero, ¿cuál fue la razón que llevó a los romanos a esta conclusión?, es decir, ¿qué impulso a los propietarios a negociar con su derecho de accesión? Debemos situarnos en la época republicana. En ese momento llegaban muchas personas a la ciudad, y aunque Roma crecía en territorio, el aumento de la densidad poblacional generó un grave problema de escasez de viviendas. La superficie se constituyó, en ese contexto histórico y socio-económico, como la solución al problema.

Pero del planteamiento expuesto: ¿qué entendemos que es la superficie?, ¿una especie de propiedad que puede transmitirse? O por el contrario: ¿se trata de un gravamen, autoimpuesto por el propietario dueño del suelo, a cambio de un precio?. Pues esta pregunta tiene respuestas diferentes, según el momento histórico en que se realice. Siguiendo con los romanos, éstos entendieron a la superficie, no como una propiedad separada, sino como un gravamen del suelo.

El derecho de superficie fue evolucionando y ganando identidad propia hasta que Justiniano la consideró como un derecho real equiparable a las servidumbres y a la enfiteusis. Además, y al igual que se hacía con otros derechos como el de propiedad, se empezó a proteger a los superficiarios. Esta protección surgió, en relación con la concesión de terrenos públicos a los particulares para construir. Los magistrados concedían a los banqueros parcelas en el foro para construir sus oficinas: Livio, 26.27.2; Ulpiano 44 Sab.D. 18.1.32: *“El que vende el establecimiento de banca u otros de los que se hallan en terreno público, no vende el suelo, sino el derecho, porque estos establecimientos son de propiedad pública, aunque su uso pertenece a los particulares”*. (2) Esta práctica se extendió a los municii-

(2) Véase: GARCÍA GARRIDO, M.J. *Derecho privado romano*. Páginas 370 y 371.

pios y también a los particulares. Si el derecho de superficie era la solución al problema de escasez de viviendas, era lógico que poco a poco se protegiese a los superficiarios.

Ya se ha avanzado que la superficie ha sido considerada de formas diferentes a lo largo de la historia. Después de la época romana, empezó a concebirse a la superficie como una propiedad separada. Fue por esta razón que en la Revolución Francesa, defensora del individualismo, no se admitieron restricciones al derecho de propiedad, lo que captado por el Código de Napoleón, tuvo como consecuencia, el no reconocimiento del derecho de superficie. Esta fue en general la política de los códigos decimonónicos, de corte liberal e individualista, que eran, por lo general, contrarios a la propiedad dividida.

El resurgimiento de esta institución se produjo como consecuencia de la desolación y ruina ciudadanas que trajeron consigo las guerras mundiales, sobre todo la segunda, ya que se hacía necesario regenerar el parque de viviendas en las ciudades. Por esta razón la mayor parte de los países europeos actualizarían normativamente el derecho de superficie. Por lo que se refiere al caso concreto de España, hay que esperar a la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, de 16 de mayo de 1956, para que se regule autónomamente la llamada superficie relativa al sector urbanístico. Así se expresaba en la propia Exposición de Motivos de la Ley: *“El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera muestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos de reserva. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades públicas y por particulares”*. Nuevamente resurgía el derecho de superficie, en un contexto histórico de crisis inmobiliaria.

El derecho de superficie en nuestra legislación

- *Normativa vigente:* El Código Civil menciona, pero no regula, el derecho de superficie. Podemos decir que, hasta 2007, existía una parca regulación de ese derecho en la legislación urbanística y en el Reglamento Hipotecario. Sin embargo este derecho si ha tenido acogida en alguna de las legislaciones forales, sólo a modo de ejemplo citar la Ley 22/2001 de 31 de diciembre, donde el derecho civil catalán realiza una completa regulación de los derechos de superficie, servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente, habiendo sido objeto de refundición posterior en la Ley catalana 5/2006, de 10 de mayo, del Libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales. En conclusión, hasta hace poco la regulación del derecho de superficie era escasa y asistemática. Por esta razón, cuando en octubre de 2007 salió a la luz pública el borrador de Ley del Suelo del Ministerio de Vivienda, fue una grata sorpresa para muchos juristas, comprobar que se pretendía sistematizar la regulación de este derecho. Y así fue, la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo (en adelante LS-2007), reguló el derecho de superficie en sus artículos 35 y 36, dentro del título V, que llevaba por título “Función social de la propiedad y gestión del suelo”, dedicándole su capítulo III. Posteriormente esta regulación se transcribió idéntica al nuevo TRLS-2008, dentro del mismo título V y capítulo III, pero en los artículos 40 y 41.
- *Definición y contenido del derecho de superficie:* El artículo 40.1 del TRLS-2008 dispone que *“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". Este artículo no sólo enumera el contenido del derecho de superficie sino que además realiza una definición descriptiva del mismo.

Por lo demás, sería importante detenernos en algunos aspectos importantes. Por ejemplo, que el legislador ha optado por considerar a la superficie como un derecho real que atribuye una propiedad separada (aunque sea temporal), y no como un gravamen sobre el suelo. Por otra parte, el superficiario puede construir o edificar adquiriendo la propiedad temporal, o bien puede adquirir la propiedad temporal de lo que ya está construido o edificado. Por lo tanto la Ley establece dos posibles modalidades en el régimen del derecho de superficie. Por último destacar que el legislador se refiere a construcciones y a edificaciones, lo que para la mayoría de autores parece querer incluir, no sólo a las viviendas, sino también a los emplazamientos aptos para asentar instalaciones y maquinaria, como por ejemplo parques eólicos, centrales eléctricas, etc.

Por lo que a las facultades del superficiario se refiere, del contenido de la Ley se desprende que serían básicamente las siguientes:

- El derecho de construir o edificar.
- Transmitir o gravar el derecho de superficie, con las limitaciones fijadas en el título constitutivo.
- Constituir en lo edificado un régimen de propiedad horizontal, con separación del suelo, pudiendo gravarlo o

transmitirlo como fincas independientes, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Por otra parte el dueño del suelo dispone de las siguientes facultades:

- Transmitir y gravar su derecho de propiedad de forma separada, y sin necesidad de recabar el consentimiento del superficiario.
- El propietario podrá establecer en el título constitutivo los derechos de tanteo, retracto y retroventa a su favor. Llama la atención que la Ley no establezca la posibilidad de pactar estos derechos de adquisición preferente a favor del superficiario.
- Por último mencionar una de las facultades más atractivas de las que dispone el propietario, se trata sin ninguna duda de la reversión a su patrimonio de lo edificado o construido. Así, si se considera este derecho o beneficio a largo plazo, podemos concluir que el sustrato económico de la superficie se asienta, básicamente, en esta reversión. Ahora bien, esta facultad tan atractiva, a priori, puede ser todo lo contrario. Pensemos por ejemplo que al término de la superficie la construcción esté obsoleta. El legislador, en el artículo 41.5 del TRLS-2008, ha previsto la posibilidad de que las partes acuerden un régimen de liquidación del derecho, de tal manera que el propietario del suelo que tenga interés en recibir la construcción, puede pactar una liquidación que le permita resarcirse de las obras de puesta al día de la misma.

- **Marco regulador:** Las relaciones jurídicas en el derecho de superficie, se regirán por lo dispuesto en los artículos 40 y 41 del TRLS-2008, supletoriamente por lo dispuesto en la legislación civil y por el título constitutivo del derecho.

- *Elementos personales:* Hay que distinguir, en lo que a sus elementos personales se refiere, por un lado al dueño del suelo que mantiene la titularidad separada del mismo, y que es el que concede el derecho por lo que también se le denomina concedente o superficiante. Por otro lado al superficiario, que podrá o bien construir o edificar en suelo ajeno, manteniendo la propiedad temporal de lo construido o edificado, o bien constituir el derecho de superficie en construcciones o edificaciones ya realizadas. El superficiante como propietario del terreno, puede ser una persona privada o pública (Estado, CCAA, municipios o en general cualquiera entes públicos). En cualquier caso necesitará gozar de su plena titularidad dominical. Al superficiario sólo se le exigirá la capacidad general para obligarse.
- *Elementos reales:* El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso y de acuerdo con el artículo 40.3 del TRLS-2008: *“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”*. Después de la lectura detenida de este artículo parece normal que cierto sector doctrinal, afirme que el derecho de superficie siempre tiene carácter oneroso, puesto que aunque el superficiario no asuma la contraprestación del canon, una vez se extinga el derecho por finalización del plazo pactado, se producirá una reversión posterior de lo edificado a favor del propietario del suelo.
- *Elementos temporales:* De lo que no cabe duda, con la nueva regulación, es que la

superficie es un derecho temporal y a tenor del artículo 40.2 del TRLS-2008 su duración máxima es de noventa y nueve años, a diferencia de la legislación anterior que establecía una diferencia temporal, dependiendo de si el cedente era una persona pública o privada.

- *Elementos formales:* El derecho de superficie constituye una excepción dentro de nuestro ordenamiento jurídico, en cuanto que su inscripción es de carácter constitutivo. El legislador de 2007 al igual que lo hiciera en el 2008 ha optado por la inscripción constitutiva. El artículo 40.2 del TRLS-2008 no deja lugar a dudas: *“Para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización es 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”*.

La cuestión a plantearse es la razón que ha llevado al legislador a decidir que el derecho de superficie, no se constituya en tanto no tenga entrada en el Registro de la Propiedad. Una posible respuesta puede ser que el legislador comparte las razones argumentadas por ciertos sectores doctrinales partidarios de la inscripción constitutiva y que giran, fundamentalmente, en torno a la apariencia o falta de apariencia posesoria.

Tal y como expone Sofía De Salas (3), analicemos el tema imaginando una situación muy común: Por una parte la existencia de una finca que tiene un derecho de superficie y por otra la exis-

(3) Véase: DE SALAS, D. *El Derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007: Una aproximación inicial*. Páginas 345 a 362, donde realiza una amplia exposición sobre la apariencia posesoria, además de un análisis sobre la validez jurídica del título constitutivo antes de elevarlo a escritura pública e inscribirlo en el Registro de la Propiedad.

tencia de un tercero, interesado en la adquisición de esa finca, que acude al Registro a conocer la situación jurídica de la misma. Partiendo de esta situación, Sofía De Salas expone dos supuestos que pueden producirse, para comprobar que papel puede jugar la existencia o falta de apariencia posesoria:

- Supongamos que el tercero ve en el Registro que la finca aparece inscrita a nombre de un propietario, pero visitando la finca descubre a terceras personas construyendo, u observa que el edificio está ocupado por personas distintas al propietario inscrito. En ese mismo momento ya existe una situación posesoria, que ha sido apreciada por el tercero y que puede enervar su buena fe, ya que a poco que observara una buena diligencia, tendría que preguntar acerca del título que justifica esa situación posesoria de quienes no figuran como propietarios en el Registro. Dicho de otro modo, aquí sí que habría cierta apariencia posesoria cuyo conocimiento por el tercero determina la oponibilidad del derecho.
- Sin embargo imaginemos que en la finca no se ha empezado a construir, y por lo tanto no hay ninguna apariencia posesoria. En este supuesto no hay diligencia que valga y por tanto no puede esgrimirse la oponibilidad derivada de dicho conocimiento. En casos como éste, de falta absoluta de apariencia posesoria, si la inscripción se concibiera como meramente declarativa de un derecho que ya existe con el título constitutivo, y se permitiera que el superficiario probara la existencia de su derecho presentando el título constitutivo, entonces los que resultarían desprotegidos son los terceros de buena fe que casi con total seguridad, desconocerán la existencia de dicho título.

La inscripción constitutiva se presenta como adecuada para este tipo de casos: los superficiarios se ven abocados a inscribir, pero al mismo tiempo están protegidos porque su derecho será oponible erga omnes con independencia del conocimiento (prácticamente imposible en el caso de falta de apariencia posesoria) de los terceros.

– **Extinción:** Las causas de extinción, enumeradas en el artículo 41.5, son las siguientes:

- La no edificación o construcción por parte del superficiario, en el plazo establecido en el título constitutivo.
- El transcurso del plazo del derecho de superficie, máximo noventa y nueve años, lo que supone que en ese momento el propietario adquiere también la propiedad de lo que el superficiario ha edificado o construido sin tener que indemnizar por ello. Es interesante que el legislador parta de la idea de que no hay nada que indemnizar, lo que lleva a la conclusión de que es recomendable desde el punto de vista económico, pactar unas estudiadas normas de liquidación para que ninguna de las partes pueda resultar perjudicada, o menos beneficiada que la otra.

La extinción del derecho de superficie conlleva la extinción de todos los derechos que el superficiario hubiera concedido sobre la cosa objeto de su propiedad, por ejemplo el artículo 13.2 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos ha previsto que los arrendamientos otorgados por el superficiario se extinguirán al término del derecho del arrendador. Esta situación no ocurrirá si la extinción del derecho de superficie fuera por consolidación de la persona del propietario del suelo y superficiario en una misma persona, piénsese por ejemplo en el

supuesto de que el propietario del suelo ejerza las facultades de tanteo y retracto y se haga con la propiedad de lo construido o edificado por el superficiario. Pues bien, en estos casos continuará existiendo el derecho de superficie por el tiempo que falte. Se trata de una situación peculiar puesto que en principio si se reúnen en una misma persona la condición de concedente y superficiario, se produce una confusión de derechos, y por tanto deja de tener sentido el cuadro de derechos y obligaciones. Sin embargo, la previa existencia por separado de la propiedad del suelo y la propiedad superficiaria puede, y suele, haber generado derechos a favor de terceros, piénsese por ejemplo en el caso expuesto del arrendamiento, y estos derechos naturalmente deben ser respetados.

Por último y por lo que se refiere a la extinción sería interesante comentar la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado, de 27 de octubre de 2008, que aborda el problema consiste en dilucidar si, concedido por un Ayuntamiento un derecho de superficie en cumplimiento de un plan de ordenación, y sometida tal concesión a la condición resolutoria del cumplimiento de determinadas condiciones por el superficiario, el incumplimiento de las obligaciones pactadas faculta al Ayuntamiento, por sí solo para resolver el derecho concedido, vía administrativa, o bien resulta imprescindible acudir a los Tribunales de Justicia.

Y es interesante, ya que el derecho de superficie es una institución muy utilizada por las Administraciones Públicas, sobre todo por los Ayuntamientos. De hecho algunos centros comerciales (como por ejemplo el caso de La Vaguada, en Madrid) se han construido en terrenos pertenecientes a las Administraciones Públicas.

Pues bien, la DGRN declara que nos encontramos realmente ante un contra-

to administrativo especial, en el que se concede el derecho de superficie sobre un terreno (patrimonio municipal del suelo) para subvenir a necesidades impuestas por el planeamiento urbanístico. Tal contrato se instrumentalizó a través de licitación pública y conforme a un pliego de condiciones, cuyo incumplimiento es la causa de la resolución, por lo que, siguiendo el artículo 5.2.b) del Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas (norma aplicable en este supuesto por el momento de la constitución del derecho, y hoy ya superada por la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), ha de aplicarse el artículo 59 del mismo Texto (la prerrogativa administrativa de la resolución de los contratos). Por ello, el órgano administrativo puede acordar la resolución del contrato, poniendo fin a la vía administrativa, y siendo tal acuerdo inmediatamente ejecutivo, sin perjuicio de la vía contencioso-administrativa.

El derecho de superficie en el ámbito del Catastro Inmobiliario

En el apartado de normativa y jurisprudencia del número 60 de la revista CT/Catastro, ya se hacía alusión a la regulación expresa del derecho de superficie, contenida entonces en los artículos 35 y 36 de la LS-2007. El citado artículo resaltaba el interés de esta regulación expresa dado que el ámbito espacial del derecho de superficie tiene la consideración de inmueble a efectos catastrales, además de que la titularidad de este derecho real constituye uno de los supuestos de realización del hecho imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

Por tanto vamos a centrarnos en estos aspectos: consideración de inmueble del derecho de superficie en el ámbito del Catastro Inmobiliario y la titularidad catastral de este derecho y su incidencia en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles.

- *Consideración de inmueble del derecho de superficie en el ámbito del Catastro Inmobiliario:* El artículo 6.2.c) del Real Decreto Legislativo 1/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Catastro Inmobiliario (en adelante TRLCI) dispone que: “*Tendrán la consideración de bienes inmuebles ... c) El ámbito espacial de un derecho de superficie ...*”.

Por lo tanto la primera conclusión es que la constitución de un derecho de superficie origina un inmueble a efectos catastrales, lo que trae como consecuencia inmediata la asignación de una referencia catastral.

La Instrucción quinta de la Circular 07.04/06 sobre criterios de asignación de referencias catastrales, establece el método a seguir para la asignación de esta referencia catastral, distinguiendo los dos supuestos que pueden darse. Efectivamente pensemos que existe un bien inmueble, el cual ya tiene su referencia catastral. Posteriormente se constituye un derecho de superficie sobre dicho bien, pero: ese derecho puede constituirse sobre todo el ámbito espacial del bien inmueble o simplemente sobre una parte del mismo. El tratamiento a la hora de asignar la referencia catastral es distinto:

- Si constituimos el derecho de superficie sobre la totalidad del suelo del bien inmueble, se mantendrá la referencia catastral que ya tuviera asignada dicho bien.
- Sin embargo si el derecho de superficie se constituye sobre parte del suelo, se asignarán dos referencias cata-

trales: una para la parte ocupada por la superficie y otra para el bien inmueble original. Así:

- La parte ocupada por la superficie, se le asignará una nueva referencia catastral que mantendrá las catorce primeras posiciones de la referencia original. Las cuatro siguientes posiciones se le asignarán de forma secuencial. Y por último se calcularán los nuevos caracteres de control.
- La parte ocupada por el bien inmueble original mantendrá su referencia catastral.

No puede dejarse de mencionar que todo lo dicho hasta ahora, respecto a la asignación de referencia catastral, queda exceptuado para los bienes inmuebles de características especiales, precisamente porque el derecho de superficie puede resultar una figura muy atractiva para este tipo de bienes, los cuales tienen un régimen especial.

- *La titularidad catastral del derecho de superficie y su incidencia en el Impuesto sobre Bienes Inmuebles:* El artículo 9 del TRLCI dispone que: “*Son titulares catastrales las personas naturales o jurídicas, dadas de alta en el Catastro Inmobiliario por ostentar, sobre la totalidad o parte de un bien inmueble, la titularidad de alguno de los siguientes derechos: ... c) derecho real de superficie*”.

Por tanto el derecho de superficie, ya sea sobre la totalidad como sobre parte de un bien inmueble, da lugar a la titularidad catastral. El hecho de que la superficie fuese un derecho que origina la titularidad catastral no es nuevo, y si bien, en el ámbito del derecho civil, el derecho de superficie ha sido discutido por varias razones: en sus elementos, forma de constitución, etc., no ha ocurrido lo mismo en el ámbito tributario.

Carlos Lasarte (4) considera que la indefinición normativa y la falta de nomen legis no se ha dado en el ámbito tributario, que con independencia de la mayor o menor definición normativa de la figura, dando por hecho que se trataba de una titularidad jurídico-real que otorga poder sobre los bienes inmuebles, cuando censaron los derechos reales consideraron a la superficie como un derecho real más. C.fr., por ejemplo, la Ley 48/2002, de 23 de diciembre, del Catastro Inmobiliario, derogada casi de inmediato por el TRLCI.

Pero con independencia de otro tipo de consideraciones, y centrándonos en la realidad actual del Catastro Inmobiliario, el artículo 16 del TRLCI establece una regulación de hechos, actos o negocios que afectan a la descripción de los bienes inmuebles, y deben ser objeto de comunicación o declaración ante el Catastro Inmobiliario, y entre los que se encuentra la constitución, modificación o adquisición de la titularidad del derecho real de superficie.

La Orden EHA/3482/2006, de 19 de octubre, por la que se aprueban los modelos de declaración de alteraciones catastrales de los bienes inmuebles y se determina la información gráfica y alfanumérica necesaria para la tramitación de determinadas comunicaciones catastrales, requiere una documentación específica, en el caso de la superficie, consistente en aquella que refleje la descripción gráfica del inmueble original antes de la constitución de la superficie y la descripción gráfica del inmueble resultante sobre el que recae el derecho de superficie, con planos a escala que reflejen todas las cotas necesarias para realizar el cálculo de las superficies. Documentación que se presentará junto

a la que, con carácter general y también descrita en la citada Orden Ministerial, debe acompañar a los modelos 901-N.

En lo que se refiere a los medios de prueba que acrediten la constitución del derecho de superficie, el artículo 24 del Real Decreto 417/2006, de 7 de abril, por el que se desarrolla el TRLCI, dispone que se podrá utilizar cualquier medio de prueba admitido en derecho que sea suficiente, para acreditar la realidad de los hechos, actos o negocios que las motiven. Ya ha sido objeto de exposición que el artículo 40.2 del TRLS-2008 no deja lugar a dudas y establece unos requisitos para la constitución de la superficie, que constituyen para muchos juristas el ejemplo paradigmático de inscripción constitutiva, es decir, formalización en escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Por esta razón parece que el medio de prueba que resulta suficiente para acreditar la realidad de la constitución del derecho de superficie, consiste en una escritura pública inscrita en el Registro de la Propiedad. Y ello por dos razones:

- En primer lugar porque la inscripción de la superficie no es de carácter voluntario, como la mayoría de los negocios jurídicos que se producen en nuestro ordenamiento jurídico, y el nacimiento del derecho real está supeditado a su previa entrada en el Registro de la Propiedad. La realización de un contrato previo-título constitutivo, o incluso la elevación de este título a escritura pública, puede producir ciertos efectos obligaciones entre las partes, entre ellos, el que ambas puedan compelerse a la inscripción en el Registro de la Propiedad, pero lo cierto es que no producen el efecto fundamental que aquí nos interesa: producir el nacimiento del derecho real.

(4) Véase: LASARTE, C. *Propiedad y derechos reales de goce*. Página 347.

- En segundo lugar porque la inscripción de la superficie no es de carácter obligatorio como por ejemplo ocurre con las transmisiones de fincas en régimen de concentración parcelaria. En este último caso, a pesar de que estas operaciones están sujetas al requisito formal de otorgamiento de escritura pública y de inscripción en el Registro, a pesar de no cumplir estos requisitos formales, se produce el negocio jurídico. Pero en el caso de la superficie, ésta sólo nace, a tenor de su nueva regulación, cuando accede al Registro de la Propiedad.

La titularidad del derecho de superficie constituye, de acuerdo con el artículo 61 del Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales, uno de los supuestos de realización del hecho imponible del Impuesto sobre Bienes Inmuebles. Es importante destacar que si bien en la titularidad catastral el bien inmueble figurará en el Catastro Inmobiliario con dos titulares, consistentes en los dos derechos que se ejercen sobre el bien inmueble, es decir, el propietario y el superficiario, en el caso del Impuesto sobre Bienes Inmuebles será exclusivamente el superficiario quien realice el hecho imponible, ya que el citado artículo 61 dispone en su punto segundo que: *“La realización del hecho imponible que corresponda de entre los definidos en el apartado anterior por el orden en él establecido determinará la no sujeción del inmueble a las restantes modalidades en él previstas”*, y en este sentido el apartado primero de este mismo artículo establece como orden de preferencia en su letra b) al derecho real de superficie, y en su letra d) al derecho de propiedad. Por tanto, existe una clara prelación del derecho de superficie que hace que sea el superficiario quien deba pagar este impuesto, por el derecho que ejerce sobre el bien inmueble.

Breve referencia a la utilidad del derecho de superficie en el asentamiento de las energías renovables en España

Una de las mayores utilidades del derecho de superficie puede darse en el campo de las energías renovables.

Recordemos que el Plan de Energías Renovables para España 2005-2010 pretende mediante el uso de energías renovables, fomentar el ahorro energético y reducir las emisiones de CO₂. Este Plan pretende impulsar varios sectores, pero vamos a centrar el tema en la energía solar y el derecho de superficie, como ejemplo para otras clases de construcciones, que acojan energías renovables, pues recordemos que el derecho de superficie no se limita a las edificaciones sino que también se da en el supuesto de las construcciones, es decir, emplazamientos aptos para asentar instalaciones y maquinaria.

En la actualidad este tipo de construcciones se explotaban bajo el régimen de arrendamiento, pero lo cierto es que la superficie constituye una alternativa muy viable (5), pues cuenta con algunas ventajas, como por ejemplo, que no es necesario depositar la fianza en el organismo correspondiente, o la no sujeción a los derechos y obligaciones que establece la Ley de Arrendamientos.

En conclusión: para los promotores solares el hecho de constituir el derecho de superficie puede resultar el medio más idóneo para promover sobre él una planta solar fotovoltaica.

Poco se puede añadir, a lo ya expuesto con ocasión del análisis de la regulación actual del derecho de superficie, pero si hacer una mención a alguna peculiaridad respecto del propietario del espacio sobre el

(5) Visítese la página Web: www.suelosolar.es donde se podrá encontrar todo tipo de información relativa a la energía solar, entre otras, información de tipo fiscal dirigida a los promotores solares.

que se proyecta la planta solar, que consiste en un deber de colaboración en el desarrollo de la construcción, lo que implica que no debe obstaculizar la realización de la construcción por parte del superficiario, debiendo remover cualquier tipo de barrera existente para que el superficiario pueda desarrollar con normalidad el ejercicio de su actividad.

Este deber es correlativo a la facultad del propietario que se produce con ocasión del incumplimiento por parte del superficiario del plazo para la realización de la construcción. Como se ha expuesto con anterioridad, ésta es una causa de extinción del derecho de superficie pero con la particularidad de que revierte al propietario de la finca, lo construido hasta el momento, salvo pacto en contrario.

Conclusiones

El derecho real de superficie es una institución, que no podemos dejar de tener en cuenta, ya que está llamada a cumplir una función económica dentro del tráfico inmobiliario.

Solo a modo de ejemplo y sin considerarlo, ni mucho menos, una lista cerrada, estas son algunas de las posibles utilidades de la superficie:

- El derecho real de superficie permite construir sobre suelo ajeno, sin embargo no es necesario realizar un reembolso inicial en la compra de ese suelo, lo que inevitablemente hace que disminuyan los costes de las construcciones, al sustituir el alto precio que comporta la compra del suelo por el pago del canon correspondiente.
- El superficiario, como propietario de lo construido, puede gravarlo para obtener recursos financieros o explotarlo. En cualquier caso el cedente, que no olvidemos recuperará en el plazo de tiempo marcado por el título constitutivo, la propiedad de lo construido, hará suya la plusvalía tácita que se produce con el incremento del valor del suelo.
- También posibilita para que los propietarios del suelo que no quieran emprender proyectos empresariales o carezcan de fondos para ello, puedan constituir un derecho de superficie. Así el superficiario podrá realizar las inversiones que necesite ese negocio y al término de la superficie el cedente recuperará la propiedad plena del suelo.
- No podemos olvidarnos de que el derecho real de superficie es la institución más eficaz para la realización de obras poco perdurables. Por ejemplo, a cualquier empresa puede interesarle construir su edificio mediante el derecho de superficie ya que, a su término la edificación sabe que estará obsoleta, o bien se trata de construcciones con una maquinaria llamada a ser renovada o incluso a desaparecer. De esta manera el superficiario reduce costes en el terreno. Por su parte el cedente puede pactar un régimen liquidatorio apropiado y también obtener un beneficio.
- La utilización de la superficie es muy frecuente en relación con la construcción de grandes centros comerciales, pero también puede ser útil como alternativa a las permutas de suelo por edificación futura. Se trataría de pactar en el título constitutivo un régimen liquidatorio en el que el superficiario tuviera que constituir un régimen de propiedad horizontal y entregarle al cedente alguno o algunos de los pisos resultantes.
- Unos de los principales problemas de calado social a los que actualmente nos enfrentamos es el elevado coste de acceso a la vivienda. Esta situación nos está llevando a una paulatina paralización del mercado inmobilia-

rio. Naturalmente a esto han contribuido otros muchos factores, pero lo que no cabe duda es que la edificación, lo que viene a llamarse obra nueva, ha sufrido un grave revés. Por lo tanto, tenemos dos problemas: Uno: Que existen familias, con escasos recursos económicos, y con un complicado acceso a la compra o al alquiler de una vivienda, ya que su acceso excede de la tercera parte de sus ingresos, lo que para muchos economistas es el importe máximo que una familia debe destinar a vivienda. No olvidemos que el arrendamiento, expuesto a la ley del mercado, ha experimentado en los últimos tiempos un aumento desproporcionado al que este grupo de personas no se puede enfrentar. Dos: La edificación ha descendido de forma drástica al existir demasiada oferta de inmuebles y poca demanda a causa, entre otras cosas, del elevado coste de los mismos. En este contexto, la construcción en ejercicio de un derecho de superficie, sobre suelo propiedad de las administraciones públicas, y excluido a priori del mercado especulativo se podría plantear como un instrumento útil a estos dos problemas. Por un lado fomentaría la edificación y por otro disminuiría el precio en la compra de la vivienda. De hecho muchas de las medidas económicas que han sido propuestas o que están en marcha, están orientadas en este sentido. Y es importante destacar que en casi todas ellas tiene cabida el derecho de superficie, justificando su utilización precisamente en la disminución de los costes de las construcciones.

La lista de utilidades podría seguir y de hecho el desarrollo de proyectos relaciona-

dos con el derecho de superficie es una figura muy utilizada en varios países de Europa.

Ya se ha comentado que la Alemania devastada de la posguerra tuvo en el derecho de superficie uno de los sustentos fundamentales para posibilitar su sorprendente reconstrucción. Igualmente, se puede traer a colación el caso del palacio de las Naciones Unidas, en Ginebra, levantado en superficie, y el caso de algunas ciudades, como Berna, asentadas sobre ese derecho. En España tendremos que esperar un tiempo para comprobar la repercusión, de la nueva regulación de este derecho, en las operaciones que se realicen en el ámbito inmobiliario.

Bibliografía

- (1) ALBADALEJO, M. *Derecho Civil III*. Pág. 683.
- (2) AZINOVIC, I. *Derecho de superficie y acceso a la vivienda*.
- (3) CT/Catastro, número 60. *Apartado Normativa y Jurisprudencia*.
- (4) DE SALAS, S. *El derecho de superficie en la Ley del Suelo de 2007: Una aproximación inicial*. Págs. 327 a 385
- (5) GARCÍA GARRIDO, M.J. *Derecho Privado Romano*. Págs. 370 y 371
- (6) GENÉ R. *Utilidad actual del derecho de superficie*. En *La Vanguardia*.
- (7) LACRUZ BERDEJO-LUNA. *Elementos del Derecho Civil*. Págs. 262 a 264
- (8) LASARTE, C. *Propiedad y Derechos reales de goce*. Págs. 344 a 359
- (9) MELO TRUJILLO, A. *El derecho de superficie*.
- (10) MERELO ABELA, J.M. *Patrimonios públicos de suelo, derecho de superficie y calificación VPP en la Ley del Suelo 8/2007*.
- (11) ORTEGA MONTORO, RODRIGO J. *Derecho de superficie y prerrogativas administrativas*.
- (12) PRETEL SERRANO, J.J. *Urbanismo y Registro de la Propiedad*.
- (13) SIEIRA NIETO, J. *Tributación del derecho de superficie*.
- (14) www.suelosolar.es. *El derecho de superficie como derecho de promover y mantener una planta solar sobre la cubierta o terreno de un tercero*. ■