

LA APLICACIÓN DEL DERECHO DE SUPERFICIE DE LOS ARTÍCULOS 40 Y 41 DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO 2/2008, DE 20 DE JUNIO: SITUACIÓN EN NAVARRA

M.^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA
Catedrática de Derecho Civil
Universidad Pública de Navarra

RESUMEN. La regulación del derecho de superficie por la legislación del suelo ha sido un tema tradicionalmente polémico. La doctrina ha ofrecido diferentes tesis sobre su ámbito de aplicación, la caracterización de ese derecho, o la posible compatibilidad de esa legislación con las escasas normas que se recogen de esa figura en el Código civil. A estas cuestiones se ha unido la controversia sobre las competencias de las Comunidades Autónomas para disciplinar esta institución civil en su legislación urbanística. La regulación que ofrece el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, abre nuevos caminos de reflexión sobre todas estas cuestiones en las que ha jugado un papel fundamental la jurisprudencia del Tribunal Supremo y el parecer del Tribunal Constitucional.

PALABRAS CLAVE. Derecho de superficie. Ley del suelo. Competencias. Comunidades Autónomas. Navarra.

ABSTRACT. The regulation of the surface right, that take refuges in the legislation of the ground, has been a traditionally controversial subject. The doctrine has offered different theses on its scope of application, the character of that right surface, or the possible compatibility of those norms with the little regulation that welcomes the civil Code. To these questions the controversy has been united on the competitions that Autonomous Communities have to approach the discipline of this civil institution in their city-planning norms. The new regulation that offers the Real Legislative Decree of 2/2008, of 20 of June, lays new ways of reflection on all those questions in which they have played a fundamental role the jurisprudence of the Supreme Court and criterion of the Constitutional Court.

KEYWORDS: Surface right. Legislation of the ground. Competitions. Autonomous Communities. Navarra.

SUMARIO

I. INTRODUCCIÓN. II. RESUMEN DE LA SITUACIÓN NORMATIVA ANTECEDENTE. 1. La regulación civil y administrativa del derecho de superficie: la controversia sobre la dualidad de regímenes. 2. Vicisitudes de la regulación derecho de superficie en la normativa registral. III. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO DE 2/2008, DE 20 DE JUNIO. 1. Ámbito objetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008: ¿Triunfo de la tesis unitaria? 2. La aplicación territorial de los artículos 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo. IV. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN NAVARRA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO Y DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO DE 2/2008, DE 20 DE JUNIO. 1. Competencias de Navarra sobre la disciplina del derecho de superficie. 2. Régimen normativo del derecho de superficie en Navarra. V. BIBLIOGRAFIA.

I. INTRODUCCIÓN

Ha pasado poco más de un año desde que viera la luz la Ley 8/2007, de 28 de mayo, reguladora del suelo, cuando ésta ha sido sustituida por el Real Decreto Legislativo de 2/2008, de 20 de junio. El Gobierno ha cumplido así el mandato que recibió de compendiar en un solo texto legal la disciplina urbanística e integrar en el marco creado por esa nueva legislación la normativa aún vigente del Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992.

La reforma de la normativa estatal de ordenación del suelo era una realidad anunciada en un panorama jurídico que el propio legislador había calificado de confuso. Las sucesivas modificaciones del Texto refundido de la Ley estatal sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 1992 y las decisiones del Tribunal Constitucional (SSTC 61/1997 y 164/2001), en las que se delimitaba el ámbito competencial urbanístico de las Comunidades Autónomas, habían enmarañado una regulación de por sí difícil, aunque básica para la actividad económica de nuestro país. Con la Ley 8/2007, de 28 de mayo, se pretendió enmendar el caos en el que se hallaba sumida la regulación estatal y ajustar dicha normativa a las exigencias que dimanaban de las competencias exclusivas que las Comunidades Autónomas ostentan sobre ordenación del territorio, urbanismo, vivienda y patrimonio público del suelo. El Real Decreto Legislativo de 2/2008, de 20 de junio, constituyó el último hito de este proceso, con el que se quiso lograr un texto normativo estructurado, acabado y armónico que ofreciera mayor seguridad al operador jurídico.

El derecho de superficie es uno de los temas en los que esta nueva legislación del suelo ha pretendido incidir de manera concluyente (arts. 40 y 41 RDL

2/2008), con el ánimo de atajar la larga discusión que, desde hace casi medio siglo, se viene soportando sobre la configuración y aplicación de la normativa administrativa del derecho de superficie¹.

Como se recordará, la Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956 fue la primera ley de corte urbanístico que introdujo en su regulación provisiones específicas sobre ese derecho², destacando la utilidad que podría ofrecer como instrumento al servicio de las Entidades Locales en la construcción y control de la especulación sobre edificaciones y terrenos³. Reformas posteriores ampliaron su disciplina en cuanto al objeto, finalidad, plazo y modalidades de contraprestación, a fin de crear los presupuestos económicos y jurídicos indispensables para que el derecho de superficie satisficiera el papel que se le había atribuido en el Derecho urbanístico.

No se cumplieron las esperanzas que el legislador depositó en esta institución como mecanismo de control del mercado inmobiliario⁴. Las Administraciones apenas utilizaron ese instrumento, pues la apuesta mayoritaria de las familias se inclinó por la compra de viviendas en plena propiedad⁵. No obstante, el legislador no se desalentó y siguió proponiendo esta fórmula, hasta nuestros días, con la esperanza de que pudiera servir como instrumento eficaz para resolver los graves problemas de vivienda que existen en nuestro país. Ello explica que la Ley 8/2007, de 28 de mayo, de Suelo, y el

-
1. La literatura sobre el derecho de superficie es muy extensa. Para una visión global actualizada Cf. DE LA IGLESIA MONJE, M. I, *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 42 y ss; ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000, pp. 59 y ss.; BLANQUER UBEROS, R., *Acerca del Derecho de superficie*, Dykinson, Madrid, 2007.
 2. Artículos 157 a 161.
 3. De manera expresiva se señalaba en el apartado V, párrafo 4º, de su Exposición de Motivos que: "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 facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por Entidades públicas y particulares". Cf. DE LOS MOZO, J.L., "Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana," *Revista de Derecho Urbanístico*, 1970, pp. 13 y ss.
 4. Cf. LATORRE HERNÁNDEZ, M., "El derecho de superficie en la ley del suelo 8/2007. Aplicaciones prácticas en relación con la normativa urbanística valenciana," *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, julio-agosto, 2007, p. 897.
 5. Resultan enormemente significativos los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística en la encuesta continua sobre presupuestos familiares. Según los datos que se ofrecieron en 2005, el 86, 28 % de la población mantiene su vivienda familiar en propiedad, frente al 9,27% de los hogares familiares que la ostentan en alquiler y el 4,45% en cesión. El análisis comparativo muestra, además, la tendencia oscilante hacia una tenencia en propiedad (año 2004 - 84,57 %; año 2003- 84,08 %; año 2002-84,72%; 2001-84,54; 2000-84,07%).

vigente Real Decreto Legislativo de 2/2008, de 20 de junio, que aprueba el Texto Refundido de la Ley de Suelo, hayan ampliado la regulación del derecho de superficie, según se dice en la Exposición de Motivos⁶, para “*superar la deficiente situación de la normativa actual de este derecho*” y “*facilitar el acceso de los ciudadanos a la vivienda y, con carácter general, diversificar y dinamizar las ofertas en el mercado inmobiliario*”. Se mantiene la fe en este mecanismo, aunque resulta incierto que la nueva disciplina alcance los objetivos que se reseñan.

De la lectura de los artículos que regulan el derecho de superficie (arts. 40 y 41 RDL 2/2008) se deduce que la actual regulación, aunque más completa, no introduce novedades sobresalientes que la diferencie de sus disciplinas precedentes (arts. 287.2 y 3, 288.2 y 289 del RDL 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana). Tampoco parece que haya atajado, como se verá, la extensa polémica doctrinal y jurisprudencial suscitada alrededor de su configuración y régimen jurídico⁷. Por ello, el interés sobre los aspectos discutidos de esa disciplina se mantiene vivo y su análisis, a la vista de esas nuevas normas, continúan ofreciendo utilidad. El ámbito de actuación del derecho de superficie regulado en la legislación del suelo, el carácter de ese derecho, o la posible compatibilidad de esas normas con la escasa regulación que acoge el Código civil siguen siendo temas abiertos.

Merece también cierta reflexión la capacidad de las Comunidades Autónomas para introducir regulaciones propias sobre el derecho de superficie, asunto sobre el que se pronunció el Tribunal Constitucional y cuyas últimas consecuencias quedan aún por evaluar.

-
6. Apartado VII, in fine de la Ley 8/2007, y apartado VIII, in fine, del Real Decreto Legislativo 2/2008.
 7. De la abundante bibliografía que ha tratado el tema cabe destacar: GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960; ROCA SASTRE, R., “Ensayo sobre el derecho de superficie”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 392-293, 1961, pp. 7 y ss. ; GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Aranzadi-Fundación J. March, Pamplona, 1966; DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Ministerio de vivienda, Madrid, 1974; CARRASCO PERERA, A., *Ius aedificandi y accesión*, Montecorvo, Madrid, 1986; DE LA IGLESIA MONJE, M. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996, pp. 42 y ss; ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000; MEZQUITA DEL CACHO, J. L., “El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa”, *Revista de Derecho Privado*, junio, 2000, pp. 443 y ss. ; DE SALAS MURILLO, S., “El derecho de superficie en la ley del suelo de 2007: una aproximación inicial”, *El nuevo régimen del suelo*, Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia, Zaragoza, 2007, pp. 328 y ss.

Las claves para comprender y resolver todas estas cuestiones se hallan en la evolución legislativa que ha sufrido el derecho de superficie, así como en los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo relativos a la regulación de ese derecho (Ley del Suelo de 1992 y Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, que modificaba el Reglamento Hipotecario de 1959). A ellas dedicaremos las páginas siguientes.

II. RESUMEN DE LA SITUACIÓN NORMATIVA ANTECEDENTE

1. La regulación civil y administrativa del derecho de superficie: la controversia sobre la dualidad de regímenes

Nuestro ya centenario Código civil ofreció, desde sus albores, una regulación del derecho de superficie escueta y escasa. Los dos únicos preceptos que se consideraron ligados a dicha institución son los artículos 1611 y 1655 del Código civil. El primero, porque excluía expresamente al citado derecho del régimen de redención de los censos. El segundo, porque se interpretó que la referencia a “los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga” podía entenderse que incluía a aquél, lo cual venía a significar su sujeción a la disciplina del censo enfiteútico, si los derechos se constituían por tiempo indefinido⁸, o al régimen del contrato de arrendamiento, cuando tuvieran un carácter temporal o por tiempo limitado.

El cambio de perspectiva se produjo con la regulación del derecho de superficie por la legislación urbanística. La Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956, en el capítulo destinado al “fomento de la edificación” (artículos 157 a 161), sin llegar a definir ese derecho, lo mencionó expresamente. Ello se valoró como la apertura hacia una concepción moderna del mismo en la que se dejaba atrás su identificación con el censo y consideración de dominio dividido -directo

8. Con todo, hay que tener en cuenta que la consideración del derecho de superficie como un derecho con sustantividad propia, no asimilable a la enfiteusis y al arrendamiento, plantea la necesidad de determinar la forma de extinción de esos derechos cuando se constituyan para perpetuo o tiempo indefinido, si éstos se configuraron al margen de la Ley del suelo. En tales casos se viene sosteniendo la aplicabilidad del art. 1655 I Cc y redención según las reglas de la enfiteusis. Cf. O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., “Artículo 1.655”, *Comentario del Código civil*, T.II, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pp. 1288 y 1289.

y útil-, y se concebía éste como un dominio disociado en el que concurren⁹ diversas propiedades: la del suelo y la de su espacio superior o inferior.

Esta primera norma administrativa ya reconocía la posibilidad de que los particulares o las personas jurídicas públicas pudieran constituir este tipo de derechos¹⁰. Previsión normativa que suscitó cierta polémica y fue interpretada de formas diversas¹¹, pues aquella facultad se vinculó a que existiera suelo afectado por algún plan de ordenación urbana y se empleara en la construcción de viviendas u otras edificaciones previstas en el plan. Estas normas sobre el derecho de superficie pasaron, con algunas modificaciones, a los sucesivos textos legislativos que disciplinaron el régimen del suelo (Ley de 2 de mayo de 1975, de Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, al que siguió 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).

La Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre Reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, a la que siguió el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, que aprobó el Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana, varió la línea normativa que se había trazado al introducir novedades significativas. En ella se dispuso el tratamiento diferenciado del derecho de superficie, según si éste era constituido por entidades públicas o entre particulares, y se eliminó la exigencia de que tal derecho tuviera por objeto “la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los planes de ordenación” para los constituidos por particulares (art. 287¹² del TRLS 1/1992)¹³.

El régimen indicado sufrió ciertas alteraciones a partir de la STC 61/1997, de 20 de mayo de 1997, por la declaración de inconstitucionalidad de varios

-
9. Cf. DE LA IGLESIA MONJE, M. I., Ob.cit. pp. 97 y ss.; ALONSO PÉREZ, M. T., Ob. cit., pp. 82; Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., “Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 680, 2003, p. 3101; BLANQUER UBEROS, R., *Acerca del derecho de superficie*, Consejo General del Notariado, Madrid, 2007, pp. 47 y ss.
 10. Artículo 157.1 “El Estado, las Entidades locales y las demás personas públicas, dentro del ámbito de su competencia, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en suelo de su pertenencia con destino a la construcción de viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de ordenación, el dominio de las cuales corresponderán al superficiario”.
 11. Cf. ALONSO PÉREZ, M. T., *La construcción...cit.*, pp. 90 y ss.
 12. “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 de interés social, cuyo derecho corresponderá al superficiario. El mismo derecho asiste a los particulares, sin la limitación del destino prevista en el apartado anterior”.
 13. Cf. BLANQUER UBEROS, R., *Acerca ...cit.*, pp. 49 y ss.

preceptos del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, aquéllos que vulneraban las competencias de las Comunidades Autónomas sobre urbanismo (art. 287-1, 288-1¹⁴ y 290¹⁵ del TRLS 1/1992). Sin embargo, el eje básico de la regulación sustantiva de ese derecho se dejó incólume. Se reconoció la legitimidad del legislador estatal para regular dicha institución, en base a sus competencias sobre la legislación civil –art. 149.1.8 CE–, y se sostuvo la validez de los artículos 287-2, 288-2¹⁶ y 3¹⁷, y 289¹⁸ de la Ley del Suelo de 1992. Esta regulación se mantuvo en la posterior Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre el Régimen del Suelo y Valoraciones, norma dictada para subsanar el despiece normativo causado por la STC 61/1997.

En este contexto se ha desarrollado la ardua polémica doctrinal sobre el alcance de la disciplina del derecho de superficie que se contiene en la legislación estatal del suelo, ya insinuada en la precursora de 1956. Esta discusión ha llevado aparejada, además, otras relativas a la derogación tácita de las reglas del Código civil sobre esta figura, la forma de constitución de ese derecho, el valor de su inscripción en el Registro de la Propiedad, o su duración temporal.

-
14. Artículo 288-1. Procedimiento. 1. “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”. (El capítulo anterior se refería al Patrimonio municipal del suelo).
 15. Artículo 290.- Beneficios. “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”
 16. “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”.
 17. “Cuando se constituyere a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unas u otros, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo que se hubiera pactado al constituir el derecho de superficie”.
 18.
 1. El derecho de superficie se extinguirá si no se edifica en el plazo previsto, de conformidad con el artículo 35.1 de esta Ley.
 2. El plazo del derecho de superficie no podrá exceder de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el convenido entre particulares.
 3. Cuando se extinga el derecho de superficie por haber transcurrido el plazo, el dueño del suelo hará suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiere constituido aquel derecho.
 4. La extinción del derecho de superficie por decurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.
 5. Si por cualquier otra causa se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente.

El juicio de los autores sobre estos temas se ha decantado entre dos posturas, identificadas como tesis unitaria y tesis dualista, en el que se ha tenido presente la normativa civil y administrativa vigente en cada momento.

Para los seguidores de la tesis unitaria sólo existe una clase de derecho de superficie cuya disciplina se halla en la legislación del suelo. Las razones que se han venido alegando a tal fin son sintéticamente las siguientes.

- 1º) El Código civil carece de una regulación institucional del derecho de superficie, y las normas que hacen referencia al mismo son imprecisas y poco claras.
- 2º) El ordenamiento jurídico es un todo completo. No puede concebirse la regulación que ofrece la Ley del suelo sobre el derecho de superficie como ajena o paralela a la normativa existente en el ámbito del Derecho privado. La legislación del suelo complementa la normativa del Código civil, ya que ambas leyes tienen igual rango formal.
- 3º) Resulta clara la voluntad del legislador de crear un único modelo del derecho de superficie con independencia del fin que persiga, pues así se ha regulado en la legislación del suelo.
- 4º) La normativa hipotecaria (artículo 16.1 RH¹⁹) ha observado criterios concordantes con la legislación del suelo para permitir la inscripción del derecho de superficie, acreditando el carácter sustantivo y único de esa regulación.

Otra ha sido la valoración de los que sostienen la existencia de una disciplina dual del derecho de superficie, advirtiendo que es compatible y no excluyente la regulación que se ofrece en la legislación del suelo con la disciplina general que se derivaba para aquél de las reglas generales de Derecho civil²⁰. Han afirmado que la legislación del suelo, como legislación especial, no tiene un alcance general que pueda afectar a todo el fenómeno superficiario. Ambas disciplinas se desenvuelven en paralelo y crean una doble modalidad de derecho de superficie: a) la urbana o común, propia del Derecho privado; y b) la urbanística, perteneciente al Derecho público y disciplinada por la legislación del suelo. Los argumentos que se esgrimen son los siguientes.

19. La regulación del derecho de superficie efectuada en la Ley del Suelo de 1956 planteó la necesidad de ofrecer reglas específicas para la inscripción de este derecho en el Registro de la Propiedad. Para satisfacer esa necesidad, según se declara en la Exposición de Motivos, el Decreto de 17 de marzo de 1959 dio nueva redacción al artículo 16 del Reglamento Hipotecario. Esta norma reglamentaria omitió cualquier precisión sobre los sujetos que constituyeran el derecho de superficie y la finalidad del mismo, lo cual llevó a pensar en una posible aplicabilidad de la norma reglamentaria a todo supuesto. Cf. BLANQUER UBEROS, R., *Acerca...cit*, p. 61.

20. DE LA IGLESIA MONJE, M. I., *El derecho de superficie...cit*, pp. 107 y ss.

- 1º) El Código civil cuenta con previsiones específicas sobre el derecho de superficie, concretamente las dispuestas en su artículo 1655, que no han sido derogadas de forma clara y explícita.
- 2º) La legislación del suelo es una norma de carácter administrativo que parte de la preexistencia de la institución del derecho de superficie que se contempla en el Código civil, por ello la regulación de este derecho en las leyes urbanísticas carece de carácter institucional.
- 3º) La operatividad de la Ley del Suelo se reduce al ámbito que la propia Ley ha establecido y, por tanto, la disciplina del derecho de superficie que en ella se contiene queda circunscrita a ese campo. Tal normativa será de aplicación cuando el derecho de superficie persiga la construcción de viviendas o terrenos afectados por planes de ordenación urbana, en los que ese derecho se emplee como instrumento de intervención en el mercado del suelo, participando la Administración o el resto de entes públicos, pero no se extenderá más allá. Y, por ello, la legislación del suelo no puede haber derogado las disposiciones del derecho de superficie del Código civil.
- 4º) Con la tesis unitaria no cabría la constitución de derechos de superficie que afecten a construcciones que persigan un fin distinto al previsto en la Ley del Suelo, ni tampoco podría crearse esos derechos sobre fincas rústicas, y ambas posibilidades se permiten en la realidad.
- 5º) La regulación del Reglamento Hipotecario ha venido admitiendo la diversidad, pues dispuso exigencias distintas para la inscripción de los derechos de superficie según recayeran sobre construcciones –art. 16-1 RH- o fincas rústicas- art. 30 RH-, y no limitó el tiempo de duración en el rústico y sí en el urbano²¹, lo cual acredita que la regulación del derecho

21. A mi modo de ver esta segunda tesis que distingue entre la superficie urbana o común, regida por las normas del Derecho civil, y la superficie urbanística, sometida a la ley del suelo, es la que cuenta con mayores argumentos. No se puede desconocer que no cabe hablar de un estatuto único de derecho de propiedad en la concepción moderna, sino de propiedades distintas y diversas. En ese contexto se explica la regulación del derecho de superficie que contiene la legislación urbanística, que tiene una clara finalidad de control y articulación del mercado inmobiliario. Por otra parte, no parece propio que la institución del derecho de superficie, a la que nadie niega su carácter civil, se encuentre regulada en sus aspectos básicos por una norma de carácter sectorial y perfil administrativo. Si tal hubiera sido la intención del legislador debería haber derogado explícitamente los artículos 1611 y 1655 del Código civil y ello no se ha hecho. Como señalaba LACRUZ BERDEJO, J.L. (*Elementos de Derecho civil I*, vol I, Bosch, 1988, p. 87) no debe olvidarse que el Código civil constituye Derecho común y, aunque no quepa su aplicación generalizada a las institución de Derecho público, mantiene su virtualidad -art. 4-3- para las leyes especiales del Derecho Administrativo en las que se manejan conceptos como el de propiedad, que sin ser exclusivos del Derecho privado proceden de él. En sentido contrario se pronuncia ALONSO PÉREZ, M.T., (*La construcción...cit*, pp. 103 y 104) obviando el hecho de que la Ley del Suelo es una norma de carácter especial y como tal sus reglas no tienen un alcance general.

de superficie de la legislación del suelo ha tenido un carácter específico y no general.

La STC 61/1997, de 20 de marzo, que resolvió diversos aspectos sobre la constitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992, aportó nuevos argumentos. Aunque no parece²² que pensara en esta cuestión²³, pues trataba de resolver la cuestión de la legitimidad de las Comunidades Autónomas para regular el derecho de superficie sobre la base de sus competencias urbanísticas y la del Estado para disciplinarlo en virtud de las atribuciones del artículo 149.1.8 CE.

El reconocimiento del derecho de superficie como institución civil y la declaración de validez de los artículos 287-2, 288-2 y 3, y 289 TRLS de 1992²⁴ que hizo la citada sentencia se vio, por unos, como la confirmación de la tesis unitaria y la consagración de la idea de la aplicabilidad de la legislación del suelo a todo derecho de superficie²⁵. Otros advirtieron que, a partir de entonces, no cabía negar carácter civil a las normas del derecho de superficie insertas en

-
22. (F.J. 38) "La primera cuestión consiste en determinar si los preceptos impugnados encuentran cobijo en el art. 149.1.8º CE. Importa comenzar por el motivo de impugnación aducido por el Letrado de la Generalidad de Cataluña acerca de la tradicional regulación en el marco del urbanismo del derecho de superficie, porque pone de manifiesto de forma explícita un argumento recurrente que ha estado presente en muchas de las impugnaciones deducidas contra el TRLS y que consiste en sostener que el "contenido tradicional" -de los últimos decenios- del Derecho Urbanístico constituiría una suerte de "título atributivo de competencias", de modo que al corresponderle a las Comunidades Autónomas el urbanismo, según el bloque de la constitucionalidad, se le habrían atribuido también todos los contenidos que esa legislación venía regulando. Una tal concepción, además de "petrificar" o "congelar" el contenido, por definición cambiante en cada tiempo y lugar, del Derecho Urbanístico, desconocería el entero orden constitucional de competencias al otorgarle a la regla del art. 148.1.3º CE, en relación con la legislación urbanística entonces vigente, un valor absoluto susceptible de desplazar y anular los restantes criterios y títulos competenciales que integran el sistema. Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del art. 149.1.8º CE, corresponde al Estado establecer. Por ello, los arts. 287.2 y 3, 288.3, y 289 TRLS (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico-privado; y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna".
23. Otra es la opinión de MEZQUITA DEL CACHO, J.L., Ob. cit., p. 449, quien deduce de la declaración de la competencia del Estado para regular el derecho de superficie por ser institución civil que la legislación estatal del suelo "será directamente aplicable en todo el ámbito del Derecho civil común", cuando en realidad lo que se discute es la competencia del Estado para regular esa materia.
24. MEZQUITA DEL CACHO, J.L., "El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa", *Revista de Derecho Privado*, junio, 2000, p. 446.
25. Cf. ALONSO PÉREZ, T., *La construcción...* cit., p. 98; GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Artículo 35" en *Comentarios a la Ley del suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, vol II, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007, p. 1355.

la legislación urbanística. La configuración general de ese derecho seguiría acomodada a los principios civiles que inspiran la propiedad, basados en la autonomía de la voluntad y la libertad de mercado²⁶. El carácter intervencionista de la legislación del suelo limitaría la regulación del derecho de superficie a su ámbito propio²⁷.

Este cuadro sobre el alcance de la normativa del derecho de superficie acogido en la legislación urbanística no quedaría completo sin la referencia a la postura de los Tribunales sobre esta cuestión.

El Tribunal Supremo, no sin titubeos, se ha venido inclinando por la tesis dualista y ha admitido la existencia de dos modalidades de derecho de superficie -el urbano o común y el urbanístico-²⁸.

En la importante sentencia de 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9935)²⁹ el Alto Tribunal, haciéndose eco de los argumentos esgrimidos por la doctrina, ha

26. DE SALAS MURILLO, S., El derecho de superficie... cit, p. 334; DE LA IGLESIA MONJE, I., "A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre de 2001, pp. 1848 y ss.

27. Cf. DE LA IGLESIA MONJE, I., "El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley del Régimen del suelo y Variaciones y la reforma del Reglamento Hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 1999, pp. 38 y 39.

28. Cf. STS de 15 de junio de 1984 (RAJ 3243), que en su considerando segundo se dirá que "el derecho de superficie, habida cuenta de su singular y específica naturaleza, bien se le considere como un derecho real, enajenable y transmisible, sobre cosa ajena o del grupo de los de naturaleza perpetua o inmobiliaria, ya como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo, considerado como un caso de «dominium utile», ora como relación jurídica descompuesta en que el superficiario respecto del suelo ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el área de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada, o, siguiendo doctrina moderna marcada por el positivo avance de configurarlo como una forma de propiedad, que haciendo decaer el principio «superficies sólo cedit» tiene su razón de ser en estimular y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales, no puede por menos de reconocerse tiene una singularidad diferenciable del censo enfiteutico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado a los que se vino asimilándola, que conduce a que no requiera su necesaria constitución a medio de escritura pública, o sea a modo «ad solemnitatem», salvo concretos supuestos en que así se establezca como vino siendo en normativa referida a Ley del Suelo, rigiendo en consecuencia cuando esta exigencia no venga legalmente establecida, cual sucede en el presente caso, por las reglas generales que al respecto establecen los arts. 1278, 1279 y 1280 del C. Civ., y por tanto por el principio espiritualista de la libertad de contratación que contiene dicho art. 1278, sancionador, según proclama esta Sala en SS. entre otras de 8 julio 1904, 4 febrero 1905, 27 abril 1921, 19 mayo 1945 (RJ 1945\688), 29 noviembre 1950 (RJ 1950\1694), y 9 abril 1956 (RJ 1956\1554)".

29. DE LA IGLESIA MONJE, M. I., "Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 2002", *Cuaderno Civitas de Jurisprudencia Civil*, mayo-septiembre, 2003, n.º 62, pp. 1668 y ss. Cf. ALONSO PÉREZ, T., "Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, noviembre-diciembre, 2003, pp. 3086 y ss.

afirmado la dualidad normativa del derecho de superficie ante la diversa naturaleza de los sujetos que intervienen en cada momento, la actuación que éstos desarrollan y las finalidades que se persiguen. Ha considerado que no basta que se reconozca en la Ley del Suelo que los particulares pueden constituir un derecho de superficie para que se aplique dicha norma imperativamente, pues esa regulación constituye una importante excepción al principio espiritualista de libertad de contratación y autonomía privada de la voluntad, que *“solamente pueden encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas”*. Asimismo ha afirmado que el artículo 1 de la Ley del Suelo de 1992³⁰, no derogó el Código civil, ni sustrajo al mismo *“aquellos actos y negocios que lleven a cabo los ciudadanos para su propio y particular provecho y sin incidencia o interferencia alguna en finalidades u objetivos que por su trascendencia social han de ser tutelados o controlados por la acción de la Administración”*. Los límites competenciales que sujetan al legislador estatal en materia urbanística y que le impiden *“establecer una legislación básica general e indiferenciada sobre la propiedad urbana, bajo el perfil de Derecho Público”*, se ven como una prueba de la diversidad normativa, que queda corroborada por la existencia de una normativa civil específica sobre esta materia en Cataluña y Navarra³¹.

2. Vicisitudes de la regulación del derecho de superficie en la normativa registral

El repaso sobre la situación normativa del derecho de superficie no quedaría completo sin la referencia a las previsiones que sobre el mismo se hicieron en la legislación hipotecaria.

30. Este precepto fue declarado inconstitucional por sentencia de 20 de marzo de 1997 [RTC 1997\61] del Tribunal Constitucional.

31. STS de 26 de noviembre de 2002: “De ahí, que en la Ley 428 del Fuero Nuevo de Navarra se permita la constitución «inter vivos» o «mortis causa» del derecho de superficie y simplemente se afirme que el mismo es inscribible e hipotecable, sin sujetarlo al régimen de inscripción registral constitutiva. A su vez, en el artículo 3 de la Ley 22/2001 (RCL 2002\346 y LCAT 2002\48), de Cataluña se establece que tal derecho habrá de constar por escrito, si bien cuando se atribuya al superficiario legitimación para la realización de construcciones o plantaciones futuras será preciso el otorgamiento de escritura pública”.

La primera mención que se realizó de aquel derecho se encuentra en la Ley Hipotecaria de 1909 y fue a efectos de declararlo hipotecable (art. 107-5 LH).

No será hasta la Reforma del Reglamento Hipotecario de 17 de marzo de 1959 cuando se cuente con una referencia más explícita sobre aquél y se ofrezca un régimen más completo (artículo 16-1 Rh)³², a fin adaptar en este tema la legislación hipotecaria a las exigencias de la legislación suelo de 1956³³.

Esas reglas se aplicarán hasta la reforma del artículo 16-1 RH, introducida por el Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre, y cuya vigencia apenas duró unos años.

Como se recordará, la citada reforma hipotecaria introducía novedades significativas³⁴ que afectaban a las exigencias básicas de la configuración del dere-

-
32. 1. Para poder ser inscrito el título público en el que se establezca dicho derecho deberá reunir:
- A. Plazo de duración del derecho de superficie, que no excederá de cincuenta años. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo pacto en contrario.
 - B. Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.
 - C. Plazo pactado para realizar la edificación; sus características generales, destino y costo del presupuesto.
 - D. Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
 - E. Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.
 - F. No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso”.
33. Cf. DE LA IGLESIA MONJE, Mª ISABEL, *El derecho de superficie... cit.*, pp. 276 y ss.
34. 1. 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. Los títulos públicos en que se establezca dicho derecho de superficie deberán reunir, además de las circunstancias necesarias para la inscripción las siguientes:
- A. Plazo de duración del derecho de superficie que no excederá de setenta y cinco años en el concedido por los Ayuntamientos y demás personas públicas, ni de noventa y nueve en el concedido entre particulares. Transcurrido el plazo, lo edificado pasará a ser propiedad del dueño del suelo, salvo que se hubiese pactado que el superficiario habría de conservar parte de la edificación, fijándose la cuota que le corresponde y las normas de comunidad por la que se rige el inmueble una vez extinguido el derecho de superficie. No obstante, antes de su vencimiento, podrá prorrogarse la situación superficiaria por otro período no superior al máximo legal.
 - B. Determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario, si el derecho se constituyere a título oneroso, pudiéndose estipular la reversión del todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido.
 - C. Plazo pactado para realizar la edificación, que no podrá exceder de cinco años; sus características generales y destino de la construcción. El transcurso del plazo no impedirá, sin embargo, la inscripción de la declaración de la obra nueva, siempre que el régimen del derecho de superficie esté aún vigente e inscrito.
 - D. Pactos relativos a la realización de actos de disposición por el superficiario.
 - E. Garantías de trascendencia real con que se asegure el cumplimiento de los pactos del contrato.
- No serán inscribibles las estipulaciones que sujeten el derecho de superficie a comiso”.

cho de superficie, disponiendo el carácter constitutivo de su inscripción y otras previsiones para su acceso al Registro. La Sentencia del Tribunal Supremo del 31 de enero de 2001 (Sala de lo Contencioso Administrativo)³⁵ consideró que tales previsiones no podían realizarse por vía reglamentaria. La reforma se consideró ilegal “debido a la tradicional reserva de Ley en materia de propiedad y otros derechos civiles, mantenida en la vigente Constitución al exigir que su contenido se delimite de acuerdo con las leyes (art. 33 CE) e incluir entre las competencias del Estado la legislación civil (con las salvedades forales) al igual que la mercantil o la procesal (149.6ª y 8ª)”. Y, desde entonces, el precepto³⁶-art. 16-1 RH- ha quedado sin contenido; ya que, como el propio Tribunal se encargó de aclarar, iguales reproches merecían la regulación precedente, a pesar de no poderse pronunciar sobre ella por el principio de congruencia procesal³⁷.

Hoy por hoy, carecemos de una norma registral que establezca los requisitos que debe satisfacer ese derecho para su acceso al registro y ello otorga una libertad en cuanto a la configuración de ese derecho que no se puede desconocer.

III. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN EL REAL DECRETO LEGISLATIVO DE 2/2008, DE 20 DE JUNIO

1. **Ámbito objetivo de aplicación del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008: ¿Triunfo de la tesis unitaria?**

La Ley del Suelo de 2007 y el vigente Texto Refundido de 2008 han tenido presentes buena parte de los problemas que han marcado las vicisitudes de la

35. Cf. DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley de Régimen del Suelo y Valoraciones y la reforma del Reglamento Hipotecario”, cit., pp. 40 y ss.

36. Cf. DE LA IGLESIA MONJE, M. I., “A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo”, cit., pp. 1844 y 1845; DE SALAS MURILLO, SOFÍA, Ob. cit., p. 335.

37. En el fundamento jurídico 9º de la STS de 31 de enero de 2001 se dirá que “...la regla de la congruencia nos impide pronunciarnos acerca de la legalidad de los preceptos del Reglamento Hipotecario en su redacción anterior, pero su contenido merecerá idénticos reproches u objeciones si incidiera en los vicios o deficiencias observados en los nuevos, y sin que la preconstitucionalidad del Reglamento modificado justifique la conculcación del principio de reserva de ley, pues no cabe permutar definitivamente normas reglamentarias preconstitucionales que infrinjan este principio con el pretexto de que no producen innovaciones en el sistema”.

regulación del derecho de superficie con el lógico propósito de resolver esas cuestiones. Entre ellos se encuentra el tema de la aplicación de las reglas del derecho de superficie. Pero, a pesar de las afirmaciones de algunos autores, no parece que la misma haya quedado definitivamente cerrada³⁸.

El Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 condensa en dos preceptos toda la regulación del derecho de superficie: los artículos 40 y 41. Según se indica en los encabezados de los citados artículos, el primero regula los aspectos relativos al contenido, constitución y régimen de ese derecho, mientras que el segundo atiende a la regulación de su transmisión, gravamen y extinción. En ninguna de sus previsiones hay un pronunciamiento explícito sobre el ámbito de actuación de su disciplina y sólo de la interpretación de algunos aspectos concretos de esas normas, que además se refieren a otros temas, se deriva la idea de que la vigente Ley del Suelo es de aplicación general a todo derecho de superficie. La presumida voluntad del legislador de que ello vaya a ser así, no es tan evidente como se ha pretendido, y puede dudarse que esta legislación haya logrado la caracterización unitaria del derecho de superficie, zanjando la disputa sobre la cuestión.

Los argumentos normativos en los que se apoya la decisión del legislador de someter a todo derecho de superficie a esa normativa urbanística son dos. El primero, la referencia que el art. 40-2 in fine TRLS de 2008 realiza a la posibilidad de que personas públicas y privadas puedan constituir derechos de superficie. El segundo, la novedosa inclusión que se realiza en el texto de la ley de un precepto en el que se detalla el elenco de fuentes por el que se regirá el derecho de superficie, concediendo carácter preferente a sus disposiciones y, supletorio, a la legislación civil y el título constitutivo del derecho (artículo 40-4 TRLS de 2008)³⁹. A esas razones puede sumarse una tercera, el hecho de que la nueva legislación fije un plazo máximo de duración del derecho de superficie de noventa y nueve años (art. 41-2 TRLS de 2008), que varía el criterio de la regulación precedente que establecía un plazo distinto de extinción para los derechos constituidos por la Administración (setenta y cinco años) y los creados por los particulares (noventa y nueve) (art. 289-2 TRLS de 1998).

No se puede negar que la necesidad de seguridad jurídica y el vacío normativo en la disciplina civil común hacen deseable contar con normas gene-

38. GONZÁLEZ PÉREZ, J., Ob. cit., pp. 1354-1355.; DE SALAS MURILLO, S., Ob. cit., p. 340; RAZQUIN LIZARRAGA, M., "La función social de la propiedad y la gestión del suelo", *Comentarios a la Ley del Suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, p. 531; BLANQUER UBEROS, R., Ob. Cit., p. 78 y ss.; NAVAS OLÓRIZ, J. I., "El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo", *Ciudad y Territorio*, 2007, p. 445.

39. BLANQUER UBEROS, R., Ob. cit., p. 78 y ss.; NAVAS OLÓRIZ, J. I., "El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo", *Ciudad y Territorio*, 2007, p. 445.

rales que regulen el derecho de superficie. Quizá, por ello, no extraña que se quiera extender la normativa de la legislación de suelo, aunque quien así lo plantea advierta del distinto alcance que debiera tener ésta según afecte a la Administración o a los particulares. En el primer caso toda la regulación gozaría de carácter imperativo, mientras que en el segundo las normas sobre constitución y limitación temporal de ese derecho serían de aplicación necesaria (párr. 1º del art. 40-2⁴⁰ TRLS de 2008), aunque no el resto⁴¹.

Sin embargo, la claridad meridiana que advierte la doctrina en este tema no resulta tan obvia como se ha pretendido. Existe una valoración cautiva de la lectura de los preceptos en los que se detectan algunos prejuicios.

En primer lugar, se presupone que la referencia que efectúa el artículo 40-2 in fine al “propietario del suelo privado” conlleva la necesaria aplicación de esa legislación especial a todo derecho de superficie, cualquiera que sea el sujeto que lo constituya y finalidad que persiga. En este razonamiento hay un salto interpretativo que trasciende del tenor literal del precepto, que únicamente exige que sea el propietario del suelo, “público o privado”, el que tenga que constituir el derecho de superficie. El precepto, literalmente, dispone la necesidad de que se ostenten facultades dominicales suficientes para su creación, pero no otra cosa. Nada reseña explícitamente sobre su ámbito de actuación, y no debe olvidarse que los particulares también pueden constituir derechos de superficie a favor de las Administraciones; supuesto al que quizá cabría referir el citado precepto.

En segundo lugar, la introducción de un precepto que recoge un elenco de fuentes, artículo 40-4 TRLS de 2008, que sitúa a la legislación del suelo en un primer lugar y dispone su integración con la legislación civil y título constitutivo, no tiene necesariamente que significar que todo derecho de superficie se encuentra sometido a esa regulación. Caben otras lecturas del precepto más acordes con el hecho de que las lagunas normativas se integran por las normas de Derecho común, legislación civil, y las reglas dispuestas por los particulares. Dicha previsión resulta lógica en tanto se reconoce el carácter civil de esa institución, aun cuando quien la emplee sea la Administración con la finalidad de intervenir en el mercado. No debe olvidarse que la legislación civil tiene carácter supletorio como Derecho común⁴², también en el caso de las leyes

40. “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”.

41. BLANQUER UBEROS, R., Ob. Cit., p. 78 y ss; NAVAS OLÓRIZ, J. I., “El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo”, *Ciudad y Territorio*, 2007, p. 445.

42. LACRUZ BERDEJO, J.L., *Elementos de Derecho civil I*, vol I, Bosch, 1988, p. 87

especiales del Derecho administrativo que acogen conceptos civiles, como el de propiedad, que sin ser exclusivos del Derecho privado proceden de él. La conclusión de que la regulación del derecho de superficie, recogida en la Ley del Suelo, tiene carácter exclusivo y excluyente, porque la legislación civil se aplica con carácter supletorio, supone ir más lejos de lo que el propio precepto pretende, la búsqueda de soluciones normativas a los problemas planteados.

Por otra parte, debe tenerse en cuenta que los principios que animan la legislación del suelo, como legislación especial, tienen un carácter intervencionista sobre la propiedad y, por ende, sobre el derecho de superficie, que se compadecen mal con los fundamentos en los que se basa la constitución de los derechos reales en el marco del Derecho Privado: autonomía privada de la voluntad y libertad contractual. Negar que se puedan configurar derechos de superficie sobre el principio de libertad civil, limitados a la esfera más privada de los particulares, llevaría a extender más allá de los confines de la legislación del suelo los principios específicos que animan esa regulación y que piensan, específicamente, en la intervención del mercado en beneficio del ciudadano. Por ello, la referencia al carácter supletorio de la legislación civil no parece que haya conseguido acallar criterios discrepantes sobre la unidad normativa del derecho de superficie regulado en el TRLS de 2008, ni logrado que pierda valor la postura sobre esta materia del Tribunal Supremo. A fin de cuentas, el propio texto refundido de la Ley del Suelo admite la pluralidad normativa en materia de derecho de superficie basada en el reparto de competencias sobre legislación civil (artículo 149.1.8 de la CE) (disposición final primera 5 TRLS de 2008).

Junto a estas consideraciones cabría además otorgar relevancia, en un sentido contrario al que antes se ha planteado, a la unificación del plazo máximo de duración del derecho de superficie, fijado en noventa y nueve años (art. 40-2 TRLS 2008). El cambio normativo en este tema podría interpretarse como la aceptación del legislador de las tesis dualista que planteó el Tribunal Supremo (S. 26 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9935), y la voluntad de aquél de situar fuera de la órbita de actuación de esa ley a los derechos de superficie que se constituyan entre sujetos privados y para fines de interés particular.

En cualquier caso, dado que la construcción doctrinal y jurisprudencial reseñada se basa en la interpretación global del sistema, parece que puede seguir abierto un debate en el que el carácter sectorial y administrativo de la legislación abocan a que no resulte tan evidente que las únicas claves interpretativas que se pueden tomar como referente son las que se contienen en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008⁴³. Sobre todo cuando carecemos de reglas en el ámbito registral que restrinjan el acceso al Registro de la Propiedad de derechos de superficie constituidos bajo parámetros distintos a los que se contemplan en la legislación del suelo.

2. La aplicación territorial de los artículos 40 y 41 del Texto Refundido de la Ley del Suelo

La cuestión parece que ofrece perfiles claros tras la STC 61/1997, de 20 de marzo, en la que se delimitan las competencias del Estado y las Comunidades Autónomas sobre la regulación del derecho de superficie.

Como ya se ha indicado, la competencia para regular el derecho de superficie fue una cuestión controvertida en el TRLS de 1992. La Generalitat de Cataluña planteó el tema en su recurso de inconstitucionalidad, negando que el Estado pudiera disciplinar el derecho de superficie, pues dicha materia –se decía– integraba el contenido tradicional del Derecho urbanístico, cuya competencia corresponde a las Comunidades Autónomas en virtud de sus atribuciones sobre ordenación del territorio. El Tribunal Constitucional dio la razón al Estado y negó que éste se hubiera extralimitado. La regulación del derecho de superficie que se recogía en la legislación estatal del suelo, se dijo, se enmarca “en la legislación civil que, en virtud del art. 149.1.8º CE, corresponde al Estado establecer” y aquella disciplina es conforme “al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna”.

No se dijo nada más, aunque los corolarios de esas afirmaciones resultan bastante obvios desde la perspectiva competencial de las Comunidades Autónomas y la aplicación normativa territorial del derecho de superficie que se acoge en la legislación del suelo.

La Comunidad Autónoma que pretenda incluir una regulación sobre ese derecho en sus normas sectoriales no le bastará con esgrimir sus competencias sobre urbanismo, deberá poseer capacidad legislativa en materia civil, conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE. De ahí el reconocimiento que efectúa la disposición final, n. 6 del TRLS de 2008, cuando señala que “lo dis-

43. En realidad, la mayor parte de los defensores de la tesis unitaria no niegan el carácter dispositivo de las normas que se contemplan en la legislación del suelo sobre el derecho de superficie cuando se crea entre particulares y con finalidad privada, salvo para las reglas atinentes a la constitución del derecho que entienden de carácter imperativo: inscripción constitutiva en el Registro de la propiedad y limitación temporal a noventa y nueve años (artículo 40-2 TRLS de 2008). No se ponen pegas a la caracterización dispositiva del resto de la disciplina y se acepta que sea la voluntad de los particulares la primera fuente normativa (en tal sentido, BLANQUER UBEROS, ROBERTO, Ob. Cit., p. 78 y ss; NAVAS OLÓRIZ, J. I., “El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo”, *Ciudad y Territorio*, 2007, p. 445). Desde esta postura, quizá, podría avanzarse un poco más y considerarse que toda esa regulación que contiene la legislación del suelo deba ser considerada de carácter dispositivo y la inscripción registral deba tener únicamente eficacia frente a terceros si los derechos de superficie operan en la esfera estrictamente privada. Ello resolvería la gran preocupación por la carencia de norma expresa sobre la materia y tendería puentes, aunque nos enfrentara ante el dilema de la extensión normativa de una legislación especial.

puesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existan”.

La competencia para regular el perfil administrativo de ese derecho no habilita para disciplinar sus aspectos jurídico-privados, tesis que sostuvo el Tribunal Constitucional en algunas ocasiones en relación con otras materias⁴⁴ (STC 14/1998, de 22 de enero, referida a la Ley de Caza, de Extremadura, de 21 diciembre 1990)⁴⁵. La regulación del derecho de superficie, incluso en la legislación administrativa, precisa que se ostente competencia legislativa civil, que procede para las Comunidades Autónomas del reconocimiento de sus competencias sobre el Derecho civil foral o especial (art. 149.1.8 CE). Si no se goza de tales competencias, resultará ineludible la aplicación de las reglas contenidas en la legislación del suelo sobre el derecho de superficie, y las Comunidades no podrán incluir una regulación propia sobre dicha cuestión, ni siquiera en su legislación urbanística. El desarrollo de esta idea presenta perfiles interesantes, pues la declaración del Tribunal Constitucional, recogida en su sentencia de 20 de marzo de 1997, se sentía como un intento de frenar la diversidad normativa sobre este punto.

Parece indiscutible que Navarra⁴⁶ y Cataluña⁴⁷, en virtud de sus competencias sobre legislación civil y la regulación sustantiva civil del derecho de superficie que contienen sus Derechos civiles, quedan fuera de la órbita de aplicación de la vigente legislación del suelo (arts 40 y 41 del TRLS 2008). Esta idea ya se había apuntado en Cataluña en relación con la anterior Ley del Suelo, haciéndose hincapié en la naturaleza civil del derecho de superficie y su papel instrumental en la acción urbanística⁴⁸.

44. EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., “Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro”, *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 14 y ss.

45. El Tribunal Constitucional consideró que las previsiones de la ley extremeña de caza, que alteraba la normativa del Código civil sobre arrendamientos de fincas rústicas en cuanto a la duración y resolución del contrato, configuraban “una medida indirecta de protección medioambiental” y gozaba de competencia “la Comunidad Autónoma para efectuar una regulación jurídico-administrativa de los contratos de arrendamiento de caza”. Cf. CASTILLA BAREA, M., “La ley extremeña de caza y su matizada constitucionalidad”, *Derechos civiles de España*, vol. VIII, dirigidos por Bercovitz y Martínez-Simancas, BSCH-Aranzadi, Madrid, 2000, pp. 4599 y ss.

46. En Navarra, el Fuero Nuevo de Navarra o Compilación de Derecho civil Foral de Navarra regula, en su Libro III “De los bienes”, el derecho de superficie en las leyes 427 a 434.

47. La Generalitat de Cataluña dispuso en su Ley 22/2001, de 31 de diciembre, los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente. Esta ley ha sido derogada por la Ley 5/2006, 10 de mayo, del Libro Cinco del Código civil de Cataluña, relativa a los derechos reales, incluyendo su normativa en los artículos 564-1 a 6.

48. BADOSA COLL, F. y LARRONDO LIZARRAGA, J., “Derecho de superficie”, *Comentario al Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 451 y 454, entendían para la anterior regulación estatal del derecho de superficie que no eran de aplicación en Cataluña los arts. 287 a 289 de la Ley del Suelo de 1992, ni siquiera como supletorios, pues el derecho de superficie constituye una institución civil que actúa como un instrumento de acción urbanística.

¿Qué pasa con el resto de las Comunidades Autónomas que gozan de competencia legislativa civil conforme a lo dispuesto en el artículo 149.1.8 CE y carecen de normas civiles propias en este ámbito? ¿Qué sentido debe darse al reconocimiento de la disposición final primera, 5 del TRLS de 2008, que señala que “lo dispuesto en esta Ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen”?

La cuestión nos introduce en el tema clásico de la intelección de los términos del artículo 149.1.8 CE, “conservación, modificación y desarrollo de los Derechos civiles forales o especiales, allí donde existan”, dentro del cual se mueve la atribución competencial de la legislación civil a las Comunidades Autónomas.

El tema ha sido largamente discutido⁴⁹, habiéndose aquilatado su definición por vía doctrinal y jurisprudencial.

Como se recordará, las interpretaciones que se han propuesto de esos términos han sido sustancialmente tres:

- a) La postura más estricta y restrictiva, que ha considerado que sólo las Comunidades con Derecho civil compilado gozaban de competencia legislativa civil y ésta se circunscribe a las instituciones reguladas en sus compilaciones.
- b) El planteamiento intermedio, que ha admitido una visión más amplia de “allí donde existan”, así como que el desarrollo del Derecho civil foral o especial tenga como límites los que se derivan del propio objeto a desarrollar, sus instituciones y sus principios informadores, como sistemas jurídicos autónomos de raíz histórica, que excluiría la ruptura brusca o sin solución de continuidad.
- c) La interpretación amplia, que ha abogado por que se ostente capacidad normativa sobre todo el Derecho civil vigente en una Comunidad Autónoma, considerándolo como Derecho civil foral o especial -más

49. Cf. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R. “Competencias del Estado y de las Comunidades Autónomas en materia de legislación civil”, *Constitución y Derecho Público. Estudios en Homenaje a Santiago Varela*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pp. 17 y ss.; y “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 1, 1993, pp. 15 y ss.; DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, 1994, núm. 1, pp. 37 y ss.; SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M. P., “Competencia de los Parlamentos autónomos en la elaboración del Derecho civil: Estudio del artículo 149.1.8 de la Constitución”, *Anuario de Derecho Civil*, octubre-diciembre, 1986, pp. 1121 y ss.; RAGEL SÁNCHEZ, L.F., “Las competencias legislativas en materia de Derecho civil y su deseable reforma constitucional”, *Revista de Derecho Privado*, julio-agosto, 2005, pp. 7 y ss.

allá de su origen-, afectando a la totalidad de las materias de Derecho civil con excepción de las reservadas expresamente al Estado en el artículo 149.1.8 CE. Debe recordarse que los derechos reales no se encuentran en ese elenco de cuestiones intocables⁵⁰, por tanto, las Comunidades que gozan de las competencias del 149.1.8 CE podrían regular, desde esta perspectiva, el derecho de superficie.

El Tribunal Constitucional, cuando ha tenido que pronunciarse específicamente sobre el sentido del artículo 149.1.8 CE, ha rechazado expresamente la tesis amplia⁵¹.

La jurisprudencia constitucional se ha mostrado partidaria de la postura intermedia, con un talante bastante abierto que ha facultado el progreso normativo de esos Derechos civiles forales o especiales. Para el Tribunal Constitucional (SSTC 88/1993⁵² y 156/199), “el término «allí donde existan» a que se refiere el art. 149.1.8 CE (...) ha de entenderse más por referencia al Derecho foral en su conjunto que a instituciones forales concretas”. Ha considerado que “la noción constitucional de «desarrollo» permite una ordenación legislativa de ámbitos hasta entonces no normados por aquel Derecho, pues lo contrario llevaría a la inadmisibile identificación de tal concepto con el más restringido de «modificación». El «desarrollo» de los Derechos civiles forales o especiales enuncia, pues, una competencia autonómica en la materia que no debe vincularse rígidamente al contenido actual de la Compilación u otras normas de su ordenamiento. Cabe, pues, que las Comunidades Autónomas dotadas de Derecho civil foral o especial regulen instituciones conexas con las ya reguladas en la Compilación dentro de una actualización o innovación de los contenidos de ésta según los principios informadores peculiares del Derecho foral”. Se acepta, así, que el legislador autonómico pueda legislar sobre nuevas materias o instituciones, aunque no se encuentren contempladas en sus legislaciones propias, siempre que exista conexión con alguna de las ya reguladas.

50. Para las Comunidades Autónomas son límites infranqueables del ejercicio de la competencia legislativa civil foral o especial, incuestionablemente, las materias que reserva el art. 149.1.8 CE “en todo caso para el Estado”: “las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial”.

51. Cf. MALUQUER DE MOTES I BERNET, C., “Del 149.1.8. al ordenamiento jurídico catalán: su reciente desarrollo en sistemas”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 1, 1993, pp. 125-150; VAQUER ALOY, A., “Los conceptos de “conservación”, “modificación” y “desarrollo” del art. 149.1.8 de la Constitución: su interpretación por el legislador catalán”, *Derecho Privado y Constitución*, n. 2, 1994, pp. 239-250.

52. Fundamento Jurídico 3º.

No se puede desconocer que el concepto que se maneja de “conexión suficiente”, para enjuiciar la legitimidad de la nueva regulación, es indeterminado y deja un amplio margen a la valoración⁵³. Por ello, resultan interesantes algunas de las consideraciones que se han realizado sobre esta cuestión.

Para Delgado Echeverría⁵⁴, las declaraciones del Tribunal Constitucional demuestran que no es necesario que exista una institución concreta en conexión con la cual se legisle, basta con que haya Derecho foral y alguna vinculación entre la nueva norma y el conjunto de las instituciones preexistentes. Estas consideraciones quedan confirmadas por la aplicación que ha llevado a cabo el Tribunal Constitucional de la idea de conexión.

En la STC 88/1993 se apreció la indiscutible “conexión suficiente” entre la regulación que efectuaron las Cortes de Aragón sobre adopción con el conjunto de normas del Derecho de familia y de sucesiones de su Derecho civil propio, por cuanto aquella definía el “status familiae” del adoptado.

Por su parte, la STC 156/1993 estimó acorde al concepto de “desarrollo” del 149.1.8 CE la regulación balear del artículo 52 de la Compilación, que excluía la intervención de los testigos, dado que mediaba una “conexión orgánica” entre esa norma y las regulaciones originarias de la Compilación de 1961. Esta valoración se hizo a pesar de que no se regulaban las formas testamentarias o el otorgamiento del testamento en la entonces vigente Compilación balear.

Desde esta perspectiva, podemos preguntarnos si las Comunidades Autónomas de Aragón, Baleares, País Vasco y Galicia podrían esgrimir la existencia de “conexiones orgánicas” entre sus instituciones de Derecho civil propio, cuyo desarrollo quedara amparado bajo las competencias del artículo 149.1.8 CE, y una posible regulación del derecho de superficie asumida en su legislación civil o urbanística.

La respuesta a este interrogante parece que podría ser afirmativa en atención a las instituciones y contenido global de los Derechos civiles existentes en cada una de esas Comunidades, aunque en su normativa sustantivo-civil no se contemple una disciplina del derecho de superficie, como acaece en Navarra y Cataluña.

53. BERCOVITZ RODRÍGUEZ CANO, R “La conservación, modificación y desarrollo de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan”, *Derecho Privado y Constitución*, núm. 1, 1993, pp. 60 y ss.

54. DELGADO ECHEVERRÍA, J., “Doctrina reciente del Tribunal Constitucional sobre la competencia legislativa de las Comunidades Autónomas en materia de Derecho civil”, *Iuris: Quaderns de Política Jurídica*, 1994, núm. 1, pp. 58 y ss.

Todas estas Comunidades Autónomas cuentan con regulaciones que atienden, de una forma u otra, a la disciplina de los derechos reales, siendo la propiedad el derecho básico alrededor del cual se estructura el resto.

Así, la Compilación de Derecho civil de Aragón establece, en su Libro III "Derecho de bienes", una regulación específica sobre relaciones de vecindad y servidumbres (arts. 143 a 148).

La Ley 3/1992, de 1 de julio del Derecho civil foral del País Vasco contempla, en el Título V, la saca foral y demás derechos de adquisición preferente (art. 112 a 127) y, en el Título VI, la servidumbre de paso (arts. 128 a 130).

Igualmente, el Decreto Legislativo 79/1990, de 6 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Compilación del Derecho Civil del las Islas Baleares, dispone varias regulaciones atinentes a los derechos reales. Para Mallorca el Título III, "De los derechos reales" (art. 54 a 63), regula el *estatge*, así como "los censos, el alodio y los demás derechos de naturaleza análoga" - art. 55-. En Ibiza y Formentera se dispone, Título III "De los derechos reales", de una regulación sobre el derecho de habitación (art. 85).

Por su parte, la Ley 2/2006, de 14 de junio, de Derecho civil de Galicia, dedica el Título VI "De los derechos reales" (arts. 56 a 98) a disciplinar diversas instituciones relativas a la propiedad y derechos reales, ofreciendo una visión propia del estatuto de la propiedad en Galicia (montes vecinales, montes abertales, comunidad en materia de agua, muñños de herdeiros, agras y vilares, serventías, servidumbres de paso, relaciones de vecindad, retracto de graciosa).

En suma, Aragón y Galicia contemplan en sus Derechos civiles ciertos aspectos del derecho de propiedad, así como alguno de los derechos reales que limitan aquél. La Comunidad Gallega cuenta con un estatuto propio sobre el derecho de propiedad, pero también con una regulación histórica de los foros, figura a la que se aproximó el derecho de superficie. Baleares, por su parte, ha mantenido viva una disciplina sobre el censo y figuras análogas, entre las que tradicionalmente se ha entendido incluido el derecho de superficie. Y, el País Vasco dispone de una legislación civil sobre los derechos reales de servidumbre y adquisición preferente.

Sobre esas bases puede fundamentarse la conexión suficiente que se requiere por el Tribunal Constitucional para que dichas Comunidades avancen en la regulación del derecho de superficie. No se puede desconocer que el derecho de superficie, tal como ha quedado plasmado en el actual art. 40 TRLS de 2008, se aproxima a la idea de una propiedad separada de carácter temporal que encaja con la disciplina de la propiedad, aunque históricamente tal derecho se haya identificado con los derechos reales limitados y asimilado a la figura de los censos. A fin de cuentas, la propiedad no es sino la otra cara de la moneda del reconocimiento del derecho a la herencia que se consagra en el

artículo 33 de la Constitución Española, y en todos los Derechos civiles forales o especiales reseñados existe una amplia normativa sobre la transmisión de la propiedad “mortis causa”.

Por ello, las regulaciones que se ofrecen del derecho de superficie en la legislación urbanística de las citadas Comunidades Autónomas siguen manteniendo todo su vigor⁵⁵, no han quedado desplazadas por la regulación de los arts. 40 y 41 TRLS de 1998, y su desarrollo futuro puede producirse en el sentido que se desee.

IV. EL DERECHO DE SUPERFICIE EN NAVARRA TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE LA LEY 8/2007, DE 28 DE MAYO Y DEL REAL DECRETO LEGISLATIVO DE 2/2008, DE 20 DE JUNIO

1. Competencias de Navarra sobre la disciplina del derecho de superficie

Ya se ha apuntado que Navarra goza de plena capacidad para regular la materia del derecho de superficie dentro de su ordenamiento jurídico, puesto que posee competencia en materia legislativa civil y, según se indicó en la citada STC 61/1997, de 20 de marzo, en ella descansa la facultad de disciplinar esta institución civil.

A este respecto basta recordar que el artículo 48 LORAFNA, apartado primero, reconoce “la competencia exclusiva en materia de Derecho civil foral”, y, su apartado segundo, dispone que “la conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral”. A ello se une el hecho de que el Fuero Nuevo ofrece una regulación completa del derecho de superficie, leyes 427 y ss., que cuenta con unos perfiles propios y diferentes a los que presenta la legislación estatal.

55. Ley de Aragón, 25 de marzo, normas reguladoras de la actividad urbanística (art. 93); Ley de Galicia 9/2002, de 30 de diciembre, ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia (art. 178); Ley del País Vasco 2/2008, 30 de junio, del suelo y urbanismo (arts. 128 a 130).

Esta competencia legislativa civil se ajusta a las previsiones del artículo 1 TRLS 2/2008, de 20 de junio, pues dicho texto reconoce expresamente la diversidad normativa civil y acepta en su disposición final primera, número 5, que “lo dispuesto en esta ley se aplicará sin perjuicio de los regímenes civiles, forales o especiales, allí donde existen”. En este sentido cabe recordar que el Tribunal Constitucional, en su sentencia 206/2000 de 16 de octubre, ya advirtió que no se vulnera el principio de igualdad cuando el legislador foral ejercita “su libertad de configuración normativa dentro de la competencia que tiene reconocida” y dispone un régimen distinto, pues es fruto de las “realidades históricas y legislativas plurales y diferenciadas que han encontrado apoyo, en todo caso, en la vigente Constitución”.

En consecuencia, la regulación en Navarra del derecho de superficie, ya se incluya en la legislación sobre ordenación del suelo como en la normativa civil general del Fuero Nuevo, puede presentar perfiles propios y diferentes a los que contempla la legislación estatal del TRLS 2/2008, de 20 de junio. Su singularidad no se halla limitada por la satisfacción del objetivo previsto en el artículo 1 TRLS 2/2008, de 20 de junio, ya que sus competencias legislativas sobre esta materia amparan la disimilitud respecto a la legislación del Estado.

El legislador foral no se encuentra obligado a modificar la regulación del derecho de superficie contemplada en la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, salvo que esa sea su voluntad. Esta Ley Foral no ha perdido su valor, aun cuando no coincida con las previsiones que se contienen en el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008. Y, si se acomete su modificación, puede no mimetizar la legislación estatal y explorar una disciplina del derecho de superficie más acorde con la tradición jurídica civil navarra y las necesidades sociales, disponiendo por ejemplo un plazo de duración de ese derecho superior al que se establece en el art. 40 TRLS de 2008.

2. Régimen normativo del derecho de superficie en Navarra

Navarra dispone de una regulación completa del derecho de superficie desde que viera la luz el Fuero Nuevo o Compilación de Derecho Civil Foral en 1973. Aquélla fue la única disciplina sustantiva de dicha institución hasta que Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, introdujo una normativa específica sobre ese derecho, que vino a superponerse a la regulación civil general.

La incorporación normativa del derecho de superficie a la legislación urbanística de la Comunidad Foral se había planteando como una suerte de prolongación de la legislación estatal del suelo. Con la derogada Ley Foral 10/1994,

de 4 de julio, de Ordenación del Territorio y Urbanismo⁵⁶, se introdujo la referencia a que la Administración pudiera constituir derechos de superficie sobre terrenos de su propiedad, o integrantes en el patrimonio público del suelo, con destino a la construcción de viviendas sujetas a algún régimen de protección pública u otros usos de interés social, a fin de emplear esa figura como instrumento de intervención en el mercado. La regulación, sin embargo, se limitó a disciplinar los aspectos administrativos que podrían afectar a la constitución por la Administración de ese derecho, como el sometimiento a las reglas previstas sobre constitución del patrimonio público y cesión gratuita u onerosa del mismo, o la extensión a aquél de los beneficios derivados de la legislación de viviendas de protección pública⁵⁷.

La entrada en vigor de la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, supuso un paso más. Dio inicio a la coexistencia de dos modalidades del derecho de superficie: la urbana o común, que se rige por las reglas del Fuero Nuevo, y la urbanística, sujeta a la cita ley administrativa. La primera resultaría de aplicación para el ámbito privado, mientras que la segunda operaría en el sector público como instrumento de intervención del mercado.

La Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, siguiendo la línea marcada por el TRLS de 1998, disciplinó una parte importante de los aspectos sustantivo-civiles de ese derecho, a pesar de que se encontraban ya previstos en el Fuero Nuevo. A diferencia del texto estatal, dispuso que su ámbito de actuación se limitara a aquellos derechos que configurara la Administración sobre terrenos de su propiedad o integrantes en el patrimonio público del suelo, para fines de interés general (art. 275-2)⁵⁸. Des-

56. Artículo 275. *Derecho de superficie*.

1. La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, los Ayuntamientos y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público 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.

2. 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.

57. Artículo 276. *Beneficios*.

La concesión del derecho de superficie por las Administraciones 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.

58. Artículo 236. *Derecho de superficie*.

1. La Administración de la Comunidad Foral de Navarra, los Ayuntamientos y las demás personas públicas podrán constituir el derecho de superficie en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio público 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.

gajó de la disciplina general la aplicable a la Administración, ofreciendo un régimen propio y, como se verá, contradictorio al dispuesto en el Fuero Nuevo.

Tal previsión podría pensarse que fue una apuesta consciente del legislador foral que, sensible a las controversias doctrinales que se habían venido planteando en el marco del Derecho común, quiso consagrar para Navarra una legislación de corte dualista, convencido de la bondad de tal planteamiento y de la mejor adecuación de dichas normas a los fines de interés general que perseguía la utilización de ese mecanismo por parte de la Administración.

No queda del todo claro que ese fuera el motivo que impulsó en 2002 al legislador foral a reproducir el régimen del derecho de superficie que contenía la Ley del Suelo de 1998. La razón de tal actuación parece que estuvo más ligada a valoraciones de otra índole y criterios de oportunidad política, así como a la voluntad de soslayar el quórum reforzado que exige la aprobación legislativa de una institución civil.

Algunas de estas ideas se muestran en el hecho de que la regulación del derecho de superficie, contenida en la Ley Foral de 2002, restringiera la actuación de sus normas al derecho que constituya la Administración para fines de interés general. Parece presuponerse que la utilización de este instrumento por la Administración podía cambiar la naturaleza civil de esta institución, tema importante en Navarra por el sometimiento de la legislación civil al régimen de mayoría cualificada⁵⁹ que se exige en la tramitación de las leyes civiles forales (arts. 48-2⁶⁰ y 20-2⁶¹ del LORAFNA)⁶².

Esta conclusión suscita un cierta perplejidad porque la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, había tenido presente la doctrina del Tribunal Constitucional que, en relación con esta materia, había expuesto de forma clara que el derecho de superficie, aunque se incluya en la legislación urbanística, es una institución civil y la capacidad

59. El Consejo de Navarra ha dictaminado, en relación con las leyes de mayoría absoluta del artículo 20.2 de la LORAFNA, que la exigencia de mayorías puede tener un alcance parcial y no afectar a la totalidad de los preceptos de una ley, cuando así se estime por el Parlamento de Navarra en aras de la seguridad jurídica (Dictamen 3/2005, de 27 de enero).

60. Artículo 48. 2. La conservación, modificación y desarrollo de la vigente Compilación del Derecho Civil Foral o Fuero Nuevo de Navarra se llevará a cabo, en su caso, mediante ley foral.

61. Artículo 20. 2. Requerirán mayoría absoluta para su aprobación, en una votación final sobre el conjunto del proyecto, las leyes forales expresamente citadas en la presente Ley Orgánica y aquellas otras que sobre organización administrativa y territorial determine el Reglamento de la Cámara.

62. Cf. ASCUNCE ELIZAGA, J.J., "La intervención pública en el mercado del suelo", *Derecho urbanístico de Navarra*, dir. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. y ALENZA GARCÍA, J. F., Gobierno de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 727 y ss.

para su regulación descansa en las competencias del art. 149.1.8 CE (STC 61/1997, de 20 de marzo). En consecuencia, la satisfacción de las exigencias que marca la LORAFNA, para la tramitación de la legislación civil foral –art.20-2-, resultaba ineludible en la aprobación de esa “modalidad urbanística” del derecho de superficie⁶³; aunque ello, quizá, hubiera dificultado la agilidad en la respuesta legislativa.

Sea como fuere, en el momento presente Navarra cuenta con dos regímenes sustantivos sobre el derecho de superficie que ofrecen paradojas y contradicciones significativas, poco aconsejables desde la perspectiva global de la coherencia de un ordenamiento único.

El desencuentro normativo de mayor calado, entre Fuero Nuevo y la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, es el relativo a las exigencias que se han de satisfacer para la creación de un derecho de superficie.

En la modalidad urbanística, la Ley Foral 35/2002, de 20 de diciembre, de Ordenación del Territorio y Urbanismo, ha sujetado a la Administración a un régimen sustantivo civil de mayor rigor que el que prescribe el Fuero Nuevo para la constitución del derecho de superficie. A la Administración se le obliga a que la constitución de ese derecho deba “*ser en todo caso formalizada en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia*”, tenga que “*inscribirse en el Registro de la Propiedad*” (art. 236-3 de la Ley Foral 35/2002). Además, se le limita la duración de ese derecho a un plazo máximo de setenta y cinco años (art. 237-2 de la Ley Foral 35/2002). Todo ello se dispone con carácter imperativo y con la advertencia que su normativa se integrará con las reglas fijadas en el título de constitución y, subsidiariamente, con las normas dispuestas en el Derecho privado (art. 236-2 de la Ley Foral 35/2002).

Esa última previsión resulta interesante, ya que las exigencias constitutivas reseñadas en la Ley Foral 35/2002 son claramente contrarias a la configuración que se quiso para el derecho de superficie en el régimen del Fuero Nuevo, lo cual no deja de sorprender.

63. No se ha entendido así por el legislador foral. En su justificación se ha indicado que “obviamente, los particulares también pueden proceder a su constitución, como expresamente reconoce el artículo 287.2 del TRLS/1992. Artículo que, como otros de aplicación plena de dicho texto, ni la LFOTU/94 reprodujo ni lo hace la LFOTU en la implícita inteligencia de que el mismo en Navarra tiene, por su carácter de legislación civil, aplicación supletoria, y que la legislación foral administrativa urbanística no puede modificar el Derecho civil foral, cuyas leyes reguladoras requieren mayoría absoluta para su aprobación en una votación final sobre el conjunto del proyecto (art. 20.2 y 48.2 LORAFNA)” (ASCUNCE ELIZAGA, J.J., “La intervención pública en el mercado del suelo”, *Derecho urbanístico de Navarra*, dir. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. y ALENZA GARCÍA, J. F., Gobierno de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 727 y ss.).

El Fuero Nuevo no impone la inscripción del derecho de superficie a efectos constitutivos, sino como un elemento necesario para lograr su oponibilidad frente a terceros (ley 428, 3 FN), ya que este derecho surge con su acto creador⁶⁴. Además, se permite su constitución con carácter indefinido, presumiéndose tal carácter en caso de que no se fije tiempo de duración (ley 428, 2)⁶⁵; criterio flexible que permite a las partes decidir lo que estimen más conveniente para sus intereses al utilizar dicha figura. Éste ha sido el régimen tradicionalmente aplicado en Navarra hasta el advenimiento de la Ley Foral 35/2002⁶⁶.

La lectura del resto de la disciplina que recoge la Ley Foral 35/2002 sobre el derecho de superficie no queda mejor parada en comparación con la disciplina general y desvela su escasa utilidad. En términos generales, esas normas añaden poco a las disposiciones del Fuero Nuevo, cuando no reiteran previsiones ya señaladas en el mismo o que son deducibles de los principios generales de Derecho civil de aplicación a esta institución.

Son reglas superfluas y nada nuevo aportan a la disciplina general del derecho de superficie en su modalidad urbanística: 1º) las previsiones sobre la transmisibilidad y gravamen del derecho de superficie (artículo 236-2 de la Ley Foral 35/2002), reglas ya contempladas en el apartado 4 de la ley 428 del FN; 2º) la referencia a la contraprestación del derecho de superficie que constituya la Administración a título oneroso (art. 236-4 de la Ley Foral 35/2002), cuestión que se engloba en lo dispuesto en la ley 428-1 del FN; 3º) la alusión a la extin-

64. En la nota a las leyes 438 y 439 de la Recopilación Privado se señalaba que: "La Ley del Suelo concibe el derecho de superficie como temporal, limitado a 50 años, y en cuanto a su constitución exige la inscripción registral. Ahora bien, institucionalmente el derecho de superficie tanto puede ser temporal como indefinido. La praxis romanística preferentemente evoca una duración indefinida, en razón a su originario paralelismo con las concesiones "agri vectigales". En Derecho comparado se permite su posibilidad tanto temporal como indefinida. En Derecho navarro, al recibir la tradición del último derecho romano, la superficie y en general los derechos similares pueden ser por tiempo indefinido.

En cuanto a la constitución del derecho, también la tradición romanista apoya el criterio adoptado en el texto. La inscripción registral parece inexcusable para hacer que el derecho sea oponible a terceros, pero no puede llegar a considerarse constitutiva, ya que el nacimiento surge puramente del acto creador, que nunca precisó constatación registral para su eficacia jurídica."

65. Cf. MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., "Ley 428", Comentarios al Fuero Nuevo. *Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002, p. 1428.

66. Señalaba MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., Ob. cit., p. 1428 el hecho de que "Navarra tiene competencia exclusiva para desarrollar su Derecho civil y habiendo una norma que así lo hace, es evidente la inaplicación en este punto del régimen común, ya sea el citado precepto reglamentario (art. 16.1 a) RH), ya cualquier otra norma de aplicación general que, incluso con rango de ley, viniera a sancionar en el futuro esta materia de modo distinto al establecido en el Fuero para el derecho de superficie".

ción de los derechos reales y personales, impuestos por el superficiario, cuando se extinga el derecho de superficie por decurso del término (art. 237-4 del LFOTU 35/2002), regla general en materia de derechos reales; o 4º) la referencia al mantenimiento de las cargas cuando se produzca la confusión de las titularidades del propietario y superficiario (art. 237-5 LFOTU 35/2002), que es un transcripción literal de lo establecido en la ley 429 del FN.

Mayor sentido puede tener la regulación que la legislación urbanística efectúa sobre la extinción del derecho, cuando no se edifica en el plazo previsto (art. 237-1 del LFOTU 35/2002), y la reversión sin indemnización de lo edificado (art. 237-4 del LFOTU 35/2002); válidas como reglas de interpretación del pacto constitutivo del derecho de superficie en el que intervenga la Administración. En este segundo caso, la norma tiene especial interés por el criterio abierto del Fuero Nuevo, que deja a la voluntad de las partes la decisión sobre si se debe o no compensar la reversión de lo edificado (ley 434). Con todo, una adecuada delimitación del contenido del derecho de superficie en el título constitutivo, como acaece habitualmente en la práctica, haría que tales normas fueran totalmente prescindibles.

Todo lo expuesto lleva a reflexionar sobre la innecesariedad de duplicar, en el presente y en el futuro, el régimen sustantivo civil del derecho de superficie, cuando la LFOTU 35/2002 ni siquiera resulta aplicable a todos los supuestos en los que, existiendo un derecho de superficie, interviene la Administración⁶⁷. Debe recordarse que el artículo 236-1 LFOTU 35/2002 deja fuera de su órbita de actuación la constitución de derechos de superficie para intereses particulares, o el constituido por un particular, persiguiendo o no fines de interés generales, cuyo destinatario sea la Administración. Tales situaciones se encuentran sujetas a la disciplina general del Fuero Nuevo, aun cuando la Administración forme parte de esa relación jurídico real.

La opción por una doble modalidad de derecho de superficie, urbano común y urbanístico, no es el único camino para Navarra. Tampoco parece que sea el más adecuado si se pretende la coherencia del ordenamiento jurídico, dada la insoslayable calificación del derecho de superficie como institución civil (STC 61/1997, de 20 de marzo).

No se trata de negar la necesidad de adecuar la constitución y desarrollo del derecho de superficie a las exigencias administrativas que conlleva la ges-

67. "Las normas previstas en la LFOTU son únicamente aplicables al derecho de superficie constituido por las personas públicas como instrumento urbanístico al servicio de la intervención administrativa en el mercado del suelo" (ASCUNCE ELIZAGA, J.J., "La intervención pública en el mercado del suelo", *Derecho urbanístico de Navarra*, dir. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. y ALENZA GARCÍA, J. F., Gobierno de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 727 y ss.).

tión de los bienes de las entidades públicas o los procedimientos adjudicación; y, en tal sentido, el camino seguido por la legislación urbanística de Cataluña constituye un buen ejemplo⁶⁸. Avanzar más allá, diversificando el régimen sustantivo civil del derecho de superficie, resulta cuestionable si ello no va acompañado de razones de eficiencia normativa y es fruto de una reflexión que vaya más allá del seguimiento acrítico de la legislación urbanística estatal.

V. BIBLIOGRAFIA

ALONSO PÉREZ, M. T, *La construcción en finca ajena. Estudio del derecho de superficie y de los derechos de sobre y de subedificación*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2000.

ALONSO PÉREZ, M. T., “Los requisitos formales de constitución del derecho de superficie: una ocasión más para la polémica entre la tesis unitaria y la dualista”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 680, 2003, pp. 3085 y ss.

ASCUNCE ELIZAGA, J.J., “La intervención pública en el mercado del suelo”, *Derecho urbanístico de Navarra*, dir. RAZQUIN LIZARRAGA, M. M. y ALENZA GARCÍA, J. F., Gobierno de Navarra, Pamplona, 2004, pp. 629 y ss.

BADOSA COLL, F. Y LARRONDO LIZARRAGA, J., “Derecho de superficie” en *Comentario al Derecho Patrimonial Catalán*, Bosch, Barcelona, 2005, pp. 451 y ss.

BLANQUER UBEROS, R., *Acerca del Derecho de superficie*, Dykinson, Madrid, 2007.

BLANQUER UBEROS, R., “El derecho de superficie”, *Urbanismo y Edificación*, n. 16, 2007-2, pp. 169 y ss.

68. En Cataluña la regulación del derecho de superficie en la legislación urbanística se ha limitado a reconocer la capacidad de la Administración para constituir tales derechos y regular los aspectos específicamente ligados al marco administrativo. No se ha adentrado en su configuración sustantiva que se rige por la normativa civil propia (artículo 162 del Decret Legislatiu 1/2005, de 26 de juliol, pel qual s'aprova el Text refós de la Llei d'urbanisme).

CARRASCO PERERA, Á., *Ius aedificandi y accesión*, Montecorvo, Madrid, 1986.

CASTILLA BAREA, M., "La ley extremeña de caza y su matizada constitucionalidad", *Derechos civiles de España*, vol. VIII, dirigidos por BERCOVITZ y MARTÍNEZ-SIMANCAS, BSCH-Aranzadi, Madrid, 2000, pp. 4599 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., *El derecho de superficie. Aspectos civiles y registrales*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1996.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., "El derecho de superficie en la actualidad tras la publicación de la Ley del Régimen del suelo y Variaciones y la reforma del Reglamento Hipotecario", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, enero-febrero, 1999, pp. 27 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., "Comentario a la sentencia de 26 de noviembre de 2002", *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, mayo-septiembre, n.º 62, 2003, pp. 509 y ss.

DE LA IGLESIA MONJE, M. I., "A vueltas con el derecho de superficie, el derecho de elevación, el Reglamento Hipotecario y la sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sala Contencioso-Administrativa del Tribunal Supremo", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, septiembre-octubre, 2001, pp. 1835 y ss.

DE LOS MOZOS, J. L., "Especulación del suelo y derecho real de superficie urbana", *Revista de Derecho urbanístico*, 1970, pp. 13 y ss.

DE LOS MOZOS, J. L., *El derecho de superficie en general y en relación con la planificación urbanística*, Madrid, Ministerio de vivienda, 1974.

DE SALAS MURILLO, S., "El derecho de superficie en la ley del suelo de 2007: una aproximación inicial" en *El nuevo régimen del suelo*, Gobierno de Aragón. Departamento de Presidencia, Zaragoza, 2007, pp. 327 y ss.

EGUSQUIZA BALMASEDA, M. A., "Constitución, Amejoramiento y Derecho civil navarro", *Derecho Privado y Constitución*, nº 21, 2007, pp. 229-274.

GONZÁLEZ PÉREZ, J., "Artículo 35" en *Comentarios a la Ley del suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, vol II, Thomson-Civitas, Pamplona, 2007.

GULLÓN BALLESTEROS, A., *La superficie urbana*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1960.

GUILARTE ZAPATERO, V., *El derecho de superficie*, Aranzadi-Fundación J. March, Pamplona, 1966.

LACRUZ BERDEJO, J. L., *Elementos de Derecho civil I*, vol I, Bosch, 1988.

LATORRE HERNÁNDEZ, M., "El derecho de superficie en la ley del suelo 8/2007. Aplicaciones prácticas en relación con la normativa urbanística valenciana", *Revista de Derecho Urbanístico y Medio Ambiente*, julio-agosto, 2007, pp. 87 y ss.

MEZQUITA DEL CACHO, J. L., "El régimen jurídico del derecho de superficie y su actual diversidad aplicativa", *Revista de Derecho Privado*, junio, 2000, pp. 443 y ss.

MEZQUITA GARCÍA-GRANERO, M. D., "Ley 428", *Comentarios al Fuero Nuevo. Compilación del Derecho civil Foral de Navarra*, Editorial Aranzadi, Cizur Menor, 2002.

NAVAS OLÓRIZ, J. I., "El derecho de superficie en la nueva Ley del Suelo", *Ciudad y Territorio*, 2007, pp. 441 y ss.

O'CALLAGHAM MUÑOZ, X., "Artículo 1.655", *Comentario del Código civil, T.II, Ministerio de Justicia*, Madrid, 1991.

RAZQUIN LIZARRAGA, M., "La función social de la propiedad y la gestión del suelo", *Comentarios a la Ley del Suelo. Ley 8/2007, de 28 de mayo*, Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2008, pp. 481 y ss.

ROCA SASTRE, R., "Ensayo sobre el derecho de superficie", *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, n. 392-293, 1961, pp. 7 y ss;