

# ESQUEMA LEGAL SOBRE EL ACCESO AL DISFRUTE DE LA VIVIENDA EN ESPAÑA

## INTRODUCCION

La vivienda o habitación como cobertura humana tiene el carácter de exigencia ineludible; sin embargo, el crecimiento de edificaciones urbanas no está sincronizado con esta necesidad. El desarrollo industrial postula grandes concentraciones de hombres, la economía de mercado no ha exigido una paralela oferta de casas donde vivir. La contradicción es estridente. En este trabajo apuntamos, brevemente, el esquema legal que nuestro Derecho positivo ofrece sobre esta materia, a fin de contrastar su fuerza canalizadora y resolutoria de tan aguda situación.

En el plano del Derecho privado son dos los institutos normativizados para coordinar los contrapuestos intereses de los tres sujetos que en la relación urbanística se enfrentan: el Estado, el constructor de viviendas y el ocupante de las mismas. Estas figuras jurídicas son: 1) el contrato de compra-venta como título adquisitivo de la habitación; y 2) algunas instituciones censales: el extraño arrendamiento contenido en nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos, mixtura, algo incongruente, de derechos obligacionales y derechos reales; el censo enfiteutico de probada eficacia para nuestro problema en Cataluña (aunque en este estudio sólo sea analizado en su vertiente común); y, por último, la nueva propiedad superficiaria, derecho viejo en odres nuevos.

El derecho público ha ofrecido una ley de gran empaque técnico y minuciosa reglamentación: la ley del suelo de 16 de mayo de 1956. Sin embargo, de sus preceptos, sólo algunos, muy pocos, voy a analizar, los referentes al derecho de superficie; pues este código articulado sobre urbanismo no sabemos... si está vigente. Paradoja asaz curiosa. Dos años después de la publicación de la Ley en la circular 2/58 del Ministerio de la Vivienda hubo de recordarse su fuerza normativa. Hoy, después de la serie de retoques, añadidos, sustracciones, derogaciones y contradicciones, plasmados en vehículos jurídicos de dudosa fuerza abrogatoria de las leyes como son los decretos, órdenes, instrucciones, etc., se ha vuelto a preguntar la doctrina, ¿tiene validez la ley del suelo? Dejemos este interrogante para otra ocasión.

## I. PROPIEDAD DE LA VIVIENDA

A) El derecho de propiedad sobre la vivienda.— El concepto de propiedad opera como categoría "apriorística" del pensamiento jurídico. Las cosas, el mundo exterior, ha de ser necesariamente utilizado, explotado o consumido por los hombres. Sobre este nudo dado ha de actuar todo derecho. La duda surge en la concreción o determinación del sujeto que utiliza, explota o consume. Ora puede ser el hombre considerado individualmente (propiedad privada), ora la

comunidad toda (propiedad colectiva). En los ordenamientos jurídicos occidentales, la opción entre uno u otro tipo de señorío, está resuelta a favor del primer término de la disyuntiva. Nuestros derechos funcionan sobre un concepto privatístico del domicilio. Sin embargo, hay que subrayar enérgicamente que en la dogmática jurídica actual, en su doble vertiente teórica y práctica, la propiedad dista mucho de ser el poder absoluto, perpetuo e ilimitado de que nos habló el primer liberalismo. Muy al contrario, la propiedad está sometida a fuertes recortes y restricciones. Podríamos sintetizar éstas en los siguientes puntos:

1) La propiedad privada cumple una función social. La relación dominical se reconoce y protege por el derecho no sólo en cuanto la casa es utilizada por su titular, sino en tanto en cuanto esa utilización se proyecta en el cumplimiento de una finalidad general o social. No se pueden dejar las tierras baldías o sin cultivar, ni destruir las cosechas, incluso una nueva legislación controla el uso y explotación de la riqueza inmobiliaria desde todos sus ángulos. Que estas leyes intervencionistas tengan o no plasmación sociológica es otro problema.

2) Sobre bienes determinados, aquéllos de gran importancia comunitaria, no se puede ostentar titularidad alguna por personas privadas. Las cosas que sirven directa e inmediatamente a los intereses ciudadanos o nacionales sólo pueden dominarlas, poseerlas en concepto de dueño, el Estado o los Entes Públicos, en cuanto supremos veladores de los intereses sociales. Ello ha ocurrido siempre. Nuestra época lo que hace es ampliar la categoría de los bienes sujetos a esta relación estatal o ciudadana. Y así la clásica distinción entre bienes de dominio público o servicio público contrapuesta a bienes de dominio privado, ha quedado desvirtuada. Entre una y otra categoría de cosas se colocan los llamados bienes semi-públicos. Sobre éstos la titularidad es ejercida por las personas privadas; pero el haz de facultades inherente al dominio está tan mediatizado que, en vez de ser portadores de un derecho subjetivo propiamente dicho, se tiene un derecho-función, entendiendo este adjetivo en su sentido más plenario: se es titular del derecho como presupuesto necesario para cumplir una obligación; relación obligatoria con sujeto activo indeterminado, la comunidad.

3) El concepto unitario de dominio se ha atomizado. "No hay propiedad, hay propiedades; porque el interés de la sociedad exige que la apropiación de los bienes se sujete a estatutos en armonía con los fines perseguidos, los cuales varían mucho... no se tienen sobre una finca rústica los mismos derechos ilimitados que se ejerce sobre el mobiliario, un libro o un traje" (Josserand).

En rigor, atendiendo a la naturaleza de los bienes, han ido configurándose diversos estatutos dominicales. Así se constituyen parcelas independientes en el todo unitario del derecho privado: la ordenación jurídica rústica, el derecho urbanístico, etc. Esta autonomía se consigue a través de una reglamentación cada vez más intervencionista por el poder público (la llamada "publicación del derecho privado"). El propietario de un fundo o de una finca urbana está sujeto a normas de "ius cogens" (inderogables por la voluntad de los particulares) que predeterminan desde la posible utilización de la cosa hasta los límites posibles de su división. Efectivamente, al tener los bienes inmuebles en nuestro caso, el dato de esencialidad para la existencia humana misma, las relaciones de señorío sobre ellos han de estar ahormadas atendiendo a la función de las necesidades que cumplen.

Trasladando estas consideraciones a nuestro supuesto, viviendas, observamos la creación de un derecho nuevo: derecho urbanístico. Se ha de construir con determinadas calidades, se ha de aprovechar en la forma precisada el espacio cúbico, la vivienda no puede quedar desocupada (disposición adicional 2ª, letra a) de la Ley de Arrendamientos Urbanos), los solares no pueden quedar sin edificar (Ley del Suelo), las edificaciones han de tener una extensión mínima, etc. Disposiciones todas dirigidas a que la habitación cumpla su destino; ser cobertura adecuada para el vivir humano. Pero no basta con dar control de calidad a las construcciones urbanas para solucionar el tópico problema de la vivienda. El Estado ha de promoverla y fomentarla. La doctrina científica, haciéndose eco del dramático problema, ha llegado a soluciones tan radicales como la proposición de eliminar la relación dominical privatística sobre el suelo o la vivienda. Sea cual fuere la solución óptima en el plano del derecho constituyente, lo cierto es que en España las medidas tomadas hasta ahora (de carácter fiscal o ayudas económicas, preferentemente) han resultado insuficientes. Pero estas cuestiones no constituyen el motivo de nuestro trabajo, Sirvan de propileo introductor.

B) Adquisición de la propiedad de la vivienda.— El mercado urbano es notoriamente caro. Las grandes concentraciones humanas exigidas para la explotación de las nuevas técnicas industriales encarecen el suelo habitable por la obliteración de las sencillas leyes económicas del juego de la oferta y la demanda, inminencia que se traduce en complicadas leyes de obtención de ingresos para poder llegar a adquirir la categoría de demandante o comprador. Una vez sorteadas todas las azarosas aventuras materializadas documentalmente en letras de cambio pagaderas a la vista, reserva de dominio a favor del constructor, escrituras privadas redactadas exclusivamente por el vendedor, etc., se adquiere la vivienda. Pero el



camino que va desde la firma del contrato hasta el último pago constituye una experiencia tan intensa que lo más probable es que no se viva para caminarlo por entero. Un desenlace cardíaco o cordial coloca a la viuda en este interesante itinerario, asumiendo la responsabilidad del pago de los efectos mercantiles vencidos o por vencer. Y después de todo esto, son 60 ó 70 metros cuadrados útiles sobre los cuales se ostenta el título de privilegiado propietario de finca urbana. Los demás, los no titulares no viven debajo de los puentes, las leyes de policía se lo impiden, pero sí cobijados por estructuras arquitectónicas insólitas (barracones de uralita, casas en estado ruinoso, etc.) o defendidos por institutos jurídicos sorprendentes (alquiler con derecho a cocina y servicios).

El sencillo procedimiento de la compra-venta como medio adquisitivo de la propiedad de las casas ha fracasado. El vendedor, sin medios financieros que le respalden, ha de vender en mínimos plazos y construir sobre el suelo más barato posible, baratura que se consigue aprovechando el espacio cúbico hasta el máximo (grandes torres, "rascacielos"): "El usuario ha de abonar, como término medio, aproximadamente, el 80 por ciento del total precio de adquisición a corto y medio plazo" (Comisión de la vivienda, II Plan Económico y Social, Madrid, 1967, pág. 22), han de condensarse en enormes bloques de cemento, semilleros de "múltiples problemas jurídicos y sociales, que, en algún aspecto, pueden contribuir a la incomodidad del alojamiento, disminuyendo su productividad social" (ob. cit. pág. 21). En un último análisis, es dable afirmar que el fracaso de esta institución jurídica, la compra-venta como título adquisitivo de la propiedad, viene predeterminado por una inadecuada política jurídica sobre la vivienda. Si la habitación es un bien indispensable en las asociaciones humanas no puede dejarse su construcción, planificación y venta al arbitrio de los particulares. Son materias que, por su trascendencia social, habrán de ser incluidas bajo el epígrafe de los bienes semi-públicos y en cuanto tales el incremento de su producción ha de ser, también, realizado por el Estado. Política financiera de préstamo a largo plazo a las entidades inmobiliarias, exenciones fiscales, ayudas económicas, etc., son los caminos insinuados por el tantas veces citado trabajo oficial.

## II. ARRENDAMIENTO URBANO

Terminada que fue la I Guerra Mundial, los estados beligerantes se enfrentaron con el problema de paliar la inflación provocada por la contienda. El sistema adoptado fue la progresiva intervención en la maquinaria del mercado. Se fijaron oficialmente los precios de la mayoría de los productos, así como el racionamiento en su utilización. Las situaciones de emergencia se solucionan con medidas excepcionales. Una dura intromisión en los clásicos esquemas del contrato entendido como "lex privata" ("las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes y deben de cumplirse al tenor de los mismos", art. 1.091 del Código Civil Español, Art. 1.134, del Código Civil francés: las convenciones legalmente hechas

tienen fuerza de ley entre los que las convinieron) para convertirlo en una simple cláusula de adhesión. El Estado redacta el contenido obligacional limitándose la voluntad de los particulares a prestar su asentimiento. Dentro de esta línea discursiva fue desvirtuado el contrato de arrendamiento. El legislador entendió que, independientemente de lo contratado, el plazo del alquiler podría ser prorrogado indefinidamente por el arrendatario, sin conceder al arrendador el derecho recíproco de una congruente subida de la renta. Los efectos correctores a estas medidas intervencionistas conseguidos a través de mercados negros o marginales al mercado oficial no pudieron operar en el mundo tan complejo que forman las transacciones inmobiliarias. Es harto dificultoso escapar de los controles del Estado cuando de contratos de prestaciones sucesivas se trata. La decisión tomada para resolver un problema perentorio se hace definitiva. En España, referido al arrendamiento urbano, la política intervencionista se cristaliza en el D. de 21 de julio de 1920 dado por el Ministro Bugallal; y así hasta nuestra Ley de Arrendamientos Urbanos de 1956, modificada, principalmente, en 1964. Los propietarios urbanos que alquilan sus fincas cobran la renta desde... una institución de beneficencia (el dato es real). Las consecuencias económicas son inmediatas. No se arrienda ni se construye para arrendar. Se vende que es lo lucrativo. Nadie quiere invertir su dinero con la idea cierta de que lo va a perder o de que va a colocarlo en una situación permanentemente improductiva. Dicen los economistas que no puede modificarse parcialmente un sistema económico sin grandes alteraciones de lo inmodificado. En una economía liberal o capitalista, socializar o intervenir un determinado sector de la productividad dejando libre al resto trae consigo, automáticamente, el cierre de la parte intervenida. En nuestro caso concreto tenemos una prueba concluyente en las observaciones del estudio oficial citado. "El mantenimiento con carácter forzoso de este tipo de arrendamiento social, frente al arrendamiento abandonado al libre juego de las fuerzas económicas, se ha traducido, en nuestro país, entre otras, en las siguientes consecuencias: reducción de la inversión inmobiliaria, ya que las restricciones impuestas han depreciado notablemente la rentabilidad del capital invertido. Envejecimiento prematuro de nuestro patrimonio inmobiliario, con la consecuente depreciación, por la lógica reacción de los propietarios a sufragar los gastos de mejora y aún los de conservación. Inmovilismo de la ocupación de viviendas, puesto que los inquilinos prefieren continuar en viviendas desproporcionadas a sus necesidades con tal de no pagar una renta más alta en otra vivienda. Injusticia social respecto a los sectores sociales jóvenes, que deben sufrir casi exclusivamente las cargas económicas de las rentas de las nuevas viviendas. Necesidad de inversiones excesivas por parte del Estado para compensar la retracción de la iniciativa privada".

En efecto, obviamente, ha de esperarse que el detentador del capital ocupe otras zonas económicas de alta rentabilidad, dejando la obra de beneficencia o los servicios públicos en manos de sus naturales titulares: el Estado, las Corporaciones Locales, etc. No estoy diciendo

nada nuevo. Alrededor de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1946, base del actual, se plantearon por los juristas estas mismas cuestiones. Se vaticinó el hundimiento del contrato de arrendamiento urbano. En puridad conceptual, entiendo que el arrendamiento propiamente dicho no fue lo arruinado, sino que la oclusión fue para esta heteróclita figura recogida en la ley bajo el antiguo nombre de arrendamiento, mezcla de contrato y de derecho real de enfiteusis. Y no porque el censo enfiteutico sea una institución fenecida, sino porque, creo, ha sido inadecuadamente actualizada.

## III. LA ENFITEUSIS O CENSO ENFITEUTICO

"Es enfiteutico el censo —dice el artículo 1.605 del C.C. español— cuando una persona cede a otra el dominio útil de una finca, reservándose el directo y el derecho a percibir del enfiteuta una pensión anual en reconocimiento de este mismo dominio". Pese a esta amalgama de conceptos medievales, dominio directo, dominio útil, estamos frente a una figura análoga a un arrendamiento inmobiliario a perpetuidad (St. del Tribunal Supremo de 11 de febrero de 1908). El dueño o señor directo es el propietario de la finca que la cede a un tercero (dueño útil) a cambio del pago por éste de un canon anual, así como del cumplimiento de otras obligaciones. Analicemos brevemente la normativa legal de esta figura.

a) Derechos del censalista o dueño directo.— 1) Pensión anual que bien puede ser en dinero o en frutos (puede convenirse otra periodicidad en el pago). 2) Laudemio. "En las enajenaciones a título oneroso de fincas enfiteuticas se pagará laudemio al dueño directo cuando se haya estipulado expresamente en el contrato de enfiteusis (art. 1.644, ap. 1 del C.C.). "El laudemio, dice la st. del T.S. de 6 de junio de 1917, significa la participación que tiene el censalista en el valor de la finca en el momento de ser vendido el dominio útil por su titular. 3) Reconocimiento. "Cada 29 años podrá el dueño directo exigir el reconocimiento de su derecho por el que se encuentre en posesión de la finca enfiteutica (art. 1.647, ap. 1 del cuerpo legal citado). 4) Comiso. Caerá en comiso la finca, y el dueño directo podrá reclamar su devolución: 1. Por falta de pago de la pensión durante tres años consecutivos; 2. Si el enfiteuta no cumple las condiciones estipuladas en el contrato o deteriora gravemente la finca (art. 1.748 del C.P.). El enfiteuta puede enervar el comiso redimiendo el censo. 5) El censatario puede disponer libremente de su derecho. Si la disposición se hace a título de venta o dación en pago ha de avisar al enfiteuta a fin de que éste pueda adquirir el derecho que se transmite mediante el ejercicio de los derechos de adquisición preferente, tanteo o retracto. 6) El dueño directo puede readquirir el dominio útil consolidándose en el dominio pleno por comiso, cumplimiento de la condición resolutoria si la hubiese, tanteo, retracto, renuncia del enfiteuta (se discute la facultad de esta posibilidad) y cuando el censatario fallezca sin haber dispuesto de su derecho por actos "intervivos" o "mortis causa" y sin parientes con condición de heredarlo "ab intestato".



b) Derechos del censatario o enfiteuta.— 1) Utilizar y disfrutar de su dominio. 2) Disponer de él con las siguientes limitaciones: a') No puede dividir la finca acensuada sin el consentimiento del censalista; b') Si dispone por medio de venta o dación en pago deberá avisar al otro dueño directo con el objeto de que éste pueda ejercitar los derechos de adquisición preferente. 3) Redención del censo. Para que el censatario pueda redimir el censo ha de estar al corriente en el pago de sus pensiones. La redención consistirá en la entrega en metálico y de una vez al dueño directo del capital que se hubiese fijado como valor de la finca al tiempo de constituirse el censo sin que pueda exigirse ninguna otra prestación a menos que haya sido estipulada. (Art. 1.651 del C. citado). 4) En el art. 1.652 se regulan los procedentes sobre las mejoras y deterioros ocasionados por el enfiteuta en la finca. 5) El enfiteuta puede adquirir el dominio directo, consolidando el dominio pleno mediante el tanteo, el retracto, la prescripción y la redención. c) Constitución de la enfiteusis.— La enfiteusis puede constituirse mediante contrato, testamento o donación. El contrato ha de constar en escritura pública que no surte efecto frente a terceros si no se inscribe en el Registro de la Propiedad. En este referido documento deberán reflejarse, al margen de las estipulaciones especiales, el valor de la finca dada en enfiteusis y de la pensión que haya de satisfacerse.

Señalados que son los derechos, deberes y forma constituyente de la relación jurídica enfiteuticaria, vamos a ocuparnos de su posible proyección sobre nuestro tema.

En rigor, la enfiteusis es una figura jurídica que sintetiza en sí los más diversos institutos. Justiniano unifica bajo este nombre a la enfiteusis griega (Solom) y a la "conductio agrivectigales". En la Edad Media se mezcla con instituciones, no sólo feudales sino con el colonato y otros contratos agrarios. La Iglesia la utiliza con tal profusión de caracteres que llegó a decirse por Moliner: "verbum emphiteusis est aequivocum". Los doctrinarios de la Revolución Francesa abolieron el instituto; no obstante, resurge en los códigos posteriores al código napoleónico. Sean cualesquiera las vicisitudes históricas de la enfiteusis, lo cierto es que su normativa institucional está intensamente coloreada por la ciencia jurídica medieval (glosadores y comentaristas). Por ello nos preguntamos: ¿es posible que una figura jurídica de sabor arcaico pueda servir para solucionar el problema existente en nuestra época? Indudablemente, sí. Apunta al efecto un importante jurista español (Puig Brutau) lo siguiente: "Esta materia (la enfiteusis) se presta extraordinariamente a la demostración de que ciertas figuras jurídicas o estructuras normativas surgieron al impulso de necesidades concretas que, al desaparecer, dejaron subsistentes aquellas estructuras con capacidad para ser adaptadas a la protección de otras necesidades o intereses". Las instituciones jurídicas surgen para resolver problemas concretos de la vida social. El jurista práctico tiene que dar soluciones a los conflictos de intereses que se le presentan. Luego, el jurista teórico, abstrayendo lo contingente del caso resuelto, elabora concep-

tualmente la figura que al haber quedado purificada de lo histórico o inmediato, actúa como un caparazón normativo capaz de encauzar, encerrar o resolver otros intereses sociales análogos en un plano abstracto con los primitivamente resueltos. Así, la Historia del Derecho nos muestra como institutos jurídicos nacidos en una coyuntura social determinada y ceñidos a resolver conflictos angostados en su época, luego, pasados que sea la situación social generatriz, proyectan su eficacia sobre situaciones nuevas.

Contrastemos esta hipótesis de trabajo con la enfiteusis y sobre una parcela de nuestra sociedad conflictiva: la escasez de la vivienda. Sobre el telón de fondo de una economía liberal o neocapitalista el cuadro de los intereses en pugna se dibuja sobre el siguiente ángulo focal: el interés del constructor de inmuebles urbanos de vender viviendas, el del ciudadano con pretensión de casa y el interés del Estado de que todos sus súbditos tengan habitación.

a) Edificador o constructor.— La "salida" inmediata de su producto en el mercado se consigue ofreciéndolo a un precio adecuado a la capacidad adquisitiva de los demandantes; una renta anual o mensual que traduce los intereses del capital invertido incrementados por una cuota de amortización. El edificador urbano con estas pensiones obtiene su legítima ganancia previniendo con la cuota incrementadora la eventualidad de que el censalista no redima el censo. Durante la vida de la relación enfiteuticaria tiene garantizado el pago del canon así como la correcta utilización de la habitación mediante la enérgica protección que le da el comiso. Incluso, haciendo concesiones a la especulación, puede pactarse en el contrato constitutivo de la enfiteusis que al redimirse el censo se pague por el censatario una cantidad equivalente al valor de la plusvalía. Los inconvenientes que este tipo censal atraen sobre el constructor pueden condensarse en el problema financiero de la necesidad de inmovilizar las inversiones en un plazo presumiblemente largo. En rigor este rasgo negativo puede ser neutralizado mediante dos dispositivos económico-jurídicos existentes en nuestro derecho positivo; por un lado, el dinero para edificar se obtiene de cualquier entidad crediticia a largo plazo (entidades que hay, evidentemente, que fomentar dicho sea de paso); ofreciendo en garantía del pago del préstamo el derecho real de hipoteca sobre lo construido. El préstamo ha de tener una duración lo suficientemente larga como para que sea satisfecho con la parte de pensión constituida por lo que he llamado más arriba cuota de amortización. Si el censalista no redime el censo, el censatario ve incrementado, una vez satisfecha por aquél la deuda garantida, sus ganancias con la cuota. La rentabilidad del capital se traduciría en la obtención libre de la pensión. De otro lado, este tipo de construcción debe ser favorecido por el Estado mediante el sistema ya conocido de incluirlo dentro del régimen jurídico de Viviendas de Protección Oficial: exenciones impositivas, entregas de cantidades a fondo perdido, etc. En este caso, independientemente del ejercicio del derecho de redención, la inmobiliaria urbana obtiene siempre el beneficio consistente en estas cantidades recibidas a fondo perdido.

b) Ciudadano con pretensión de casa.— Es el más favorecido. Puede ocupar la vivienda inmediatamente, le basta con pagar el canon o alquiler. Luego, atendiendo a su propia situación económica determinará el momento de adquirir el señorío directo de la finca mediante el ejercicio de su derecho de redención. Y aún en el supuesto de no modificar su titularidad (dueño útil) tiene siempre el acicate de introducir mejoras en la vivienda pues, extinguido que sea su dominio, ha de ser indemnizado por el importe de las mismas.

#### IV. DERECHO DE SUPERFICIE

El afán desvinculador del siglo XIX se refleja, también, en la posición del legislador frente al derecho de superficie. Al ser concebido este derecho, en virtud de su tradición germanista y señorial, como una variedad más del dominio dividido, el Liberalismo, con su sentido unitario y libre de la propiedad, lo destierra de la normativa legal. Así el C.C. español entiende que el derecho de superficie, si se constituye por tiempo indefinido, se regirá por las disposiciones establecidas para el censo enfiteuticario, si fuesen temporales o por tiempo limitado se estimarán como arrendamientos y se regirán por las disposiciones relativas a este contrato (art. 1.655). En nuestro derecho la superficie aparece, pues, diluida entre la enfiteusis y el arrendamiento. No obstante, el T.S. en st. de 3 de julio de 1941 palia el alcance literal del precepto citado: "...no es regulado por el C.C. pero lo da por subsistente en el art. 1.611, con la trascendental declaración de que hay en él dos dominios, el directo y el útil.

Una ley especial, la Ley Hipotecaria se refiere a nuestro derecho en su art. 107, y, sobre todo, en el art. 16 de su reglamento.

Pero, ¿qué es el derecho de superficie? Roca Sastre lo define como un derecho real de tener o mantener en terreno ajeno una edificación en propiedad conseguida mediante el ejercicio de un derecho anejo de construcción y, a veces, en virtud de un negocio jurídico de adquisición. Definido que ha sido el derecho se le ha interrogado sobre su naturaleza jurídica. Son varias las contestaciones: servidumbre, enfiteusis, dominio dividido, usufructo, etc. La cuestión no es bizantina. Según se catalogue el derecho así ha de conjugarse todo el aparato hermenéutico y su reglamentación subsidiaria. Es decir, si se le incluye por ejemplo en el grupo de los derechos enfiteuticarios, el desenvolvimiento práctico de la institución ha de ser canalizado, a falta de normas superficiares propias, a través de la normativa enfiteuticaria.

Pienso que la superficie es... la superficie. Un derecho autónomo, no asimilable ni subsumible en ninguna otra figura jurídica. Todo el mecanismo de normas supletorias e interpretativas han de buscarse dentro del perfil de esta figura. La comprensión plenaria del instituto, como complejo jurídico independiente, ha de encontrarse en el estudio exclusivo del mismo. Y ello se consigue analizando desde una triple perspectiva: normativa o legal, histórica o genética y finalista o teleológica.



A) *Regulación legal.*— El CC., arts. 1611 y 1655, se limita a reconocer la existencia del derecho. La jurisprudencia del Tribunal Supremo y la de la Dirección General de Registros y del Notariado corroboran su autonomía jurídica. La Ley Hipotecaria nos indica que es un derecho hipotecable (art. 107, núm. 5): ("podrán también hipotecarse... los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real"); el art. 16 del Reglamento Hipotecario, reformado en 17 de marzo de 1959, exige, para la eficaz constitución del derecho de superficie, su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es en este cuerpo reglamentario y adjetivo donde se encuentra su regulación más amplia. En el citado artículo se establece: 1) amplitud objetiva del derecho: construir edificios en suelo ajeno y levantar nuevas construcciones sobre el suelo o efectuarlas bajo el suelo de fundos ajenos. 2) El plazo de duración de ese derecho que no podrá exceder de 50 años, igualmente el plazo señalado para realizar la edificación que tampoco podrá exceder de 5 años. 3) En el título constitutivo ha de constar la determinación del canon o precio que haya de satisfacer el superficiario si el derecho se constituyere a título oneroso. 4) Extinción: "Se puede estipular la reversión de todo o parte de lo edificado a favor del dueño del suelo al expirar el plazo convenido".

Junto al derecho de superficie general o común, una ley administrativa, la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 12 de mayo de 1956 introduce una nueva variedad, la superficie urbanística. A continuación apuntamos el régimen jurídico entronizado por esta ley en sus arts. 157 a 161, ambos inclusive.

En principio hemos de entender que la especificación de este tipo superficiario frente a la superficie común viene determinado por la finalidad de construir viviendas u otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación. El problema de la habitación es planteado por el legislador desde su nivel más radical: superar, sin abolir, la propiedad privada del suelo, freno hasta ahora de una adecuada política de ordenación urbana. El procedimiento encontrado por la ley es asaz atrevido; reconocer una *propiedad temporal* sobre lo edificado reversible, extinguido que sea el tiempo, a favor del propietario del suelo o "dominus soli". Las dificultades técnico-jurídicas provocadas por este remedio de "propiedades ad tempus" no es ni mucho menos desdeñable en el balance radiográfico del fracaso de la institución.

Veamos las principales reglas establecidas en la ley administrativa:

1) Constitución. La superficie ha de constituirse en escritura pública y, como requisito constitutivo de su eficacia, inscribirse en el Registro de la Propiedad, previo cumplimiento de las exigencias establecidas en el art. 16 del Reglamento Hipotecario. Puede constituirse a título lucrativo u oneroso, en este último caso la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada por la concesión o de un canon periódico, en la

reversión gratuita al dueño del suelo, llegado el término convenido, de la propiedad de lo edificado, o en variantes de estas modalidades a la vez (art. 158, 2 y 3 de L.S.).

2) Contenido. El superficiario deberá construir en el plazo y modo que se hubiese señalado, sin que aquél pueda exceder de cinco años en las concesiones otorgadas por el Estado y demás personas públicas. El derecho de superficie es transmisible y susceptible de gravamen; pero en tanto no se hubiese edificado en la mitad por lo menos de lo convenido, el superficiario no podrá enajenar su derecho sin autorización del propietario del suelo, salvo pacto en contrario. Tanto al "dominus soli" como al superficiario corresponderán recíprocamente los derechos de tanteo y retracto en las formas prevenidas en los arts. 1637 y ss. de C.C.

3) Extinción. Se extingue el derecho de superficie: a) Por el transcurso del plazo determinado al constituir, plazo que no podrá exceder de 50 años cuando el derecho a edificar haya sido concedido por el Estado y demás personas públicas. Cuando se extinga el derecho de superficie, el "dueño del suelo" adquirirá la propiedad de la edificación y, en defecto de pacto, deberá satisfacer al superficiario una indemnización equivalente al valor de la construcción según el estado de la misma en el momento de la transmisión. La extinción del derecho de superficie por el transcurso del término provocará la de los derechos reales impuestos por el superficiario, si el superficiario tuviere derecho a indemnizar ésta quedará subrogada en los de garantía. b) Consolidación. Si por cualquier otra causa, concluye el art. 167 de la L.S., se reunieran en la misma persona los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, los derechos reales que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente. c) Incumplimiento de lo convenido. La infracción de este deber provocará siempre la extinción del derecho de superficie sin que el dueño del suelo esté obligado a indemnizar en cuantía superior a los dos tercios de lo que representare la mejora.

B) *Historia.*— El derecho romano parte del principio jurídico "superficies solo cedit". La fuerza integrativa del dominio absorbe, en la propiedad del suelo, las edificaciones y plantaciones sobre el existente, así como todo lo que se encuentre en el subsuelo. Nuestro C.C. recoge este principio en el art. 350: "El propietario de un terreno es dueño de su superficie y de todo lo que esté debajo de ella, y puede hacer en él las obras, plantaciones y excavaciones que le convengan, salvas las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes sobre Minas, Aguas y en los Reglamentos de Policía". Pero los juristas romanos eran lo suficientemente agudos como para no quedar angostados en un axioma, cuando éste significaba un obstáculo a las necesidades prácticas. La Roma Imperial se convirtió en una ciudad escasa de viviendas. Para corregir esta situación el poder del Estado reconoció a los particulares el derecho a edificar el suelo público con la posibilidad de poseer lo edificado. Al efecto, Sohm nos dice estas

esclarecedoras palabras: "El derecho de superficie tiene su origen en el arrendamiento a perpetuidad de un solar, mediante el pago de un canon anual, llamado "solarium". El superficiario construye a su costa en solar ajeno. Según los principios de la accesión vigente en derecho romano —Superficies solo cedit— lo edificado en el suelo de otro se incorpora a la propiedad del dueño del suelo. Mas, por virtud de aquel contrato, el superficiario adquiere para sí y sus herederos el derecho de habitar durante el número de años convenidos —generalmente 99— o a perpetuidad la casa por él construida, ejerciendo sobre ella todos los derechos de un propietario. Luego, cuando el exceso de solares hace innecesaria la figura, ésta va desapareciendo de la escenografía jurídica romana. Justiniano, en el "Corpus iuris" nunca utiliza el término superficie, considerando el derecho hereditario sobre lo edificado como una simple enfiteusis.

Ante nuevas necesidades surgen complejos normativos nuevos. La dogmática jurídica romana se perfila y evoluciona al contacto con las instituciones germánicas del mismo signo: el censo urbano germánico y los building-lease ingleses.

1) El censo urbano germano.— Al fundarse una ciudad el señor de la misma cedía a todo aquél que se estableciese en ella un solar para edificar, adquiriendo el constructor sobre lo edificado un derecho de aprovechamiento heredable y enajenable. En contraprestación a esta adquisición había de satisfacerse al señor un canon o prestación periódica, generalmente en dinero. Ya en el siglo X encontramos esta figura. El Arzobispo de Colonia cede terrenos para urbanizar las riberas del Rhin (H. Planitz). El derecho germánico rompe con la tradición jurídica romana clásica: la propiedad sobre lo edificado es un derecho perfecta y normalmente diferenciado de la propiedad del suelo. La influencia de esta nueva institución es profunda en la Europa Medieval: ciudades italianas, costumbres francesas, derecho inglés.

2) Los building-lease. Inglaterra es influida en su complejo institucional sobre el derecho de superficie por la regulación germánica de las concesiones precarias del suelo. Dice Planitz, en este sentido, que en Londres al estar el suelo en propiedad de unos pocos, la mayor parte de las casas están construidas sobre las tierras de los escasos magnates. El lease-holder (constructor o adquirente de lo edificado) tiene sobre la vivienda un derecho absoluto o inmediato que es eficaz contra todo tercero, incluso contra el nuevo adquirente. Su derecho tiene una limitación temporal; normalmente de 80 a 99 años. Transcurrido que sea el plazo el fundo con todas las construcciones revierte al propietario.

Observemos ahora el influjo de estos institutos forjados en la historia, sobre la legislación europea; si bien limitamos nuestras reseñas por motivos de espacio a Francia, Alemania, Austria e Italia.

Francia.— La Ley Francesa de 16 de diciembre de 1964 y el Reglamento para su aplicación



regulan minuciosamente el derecho de superficie en su dimensión urbanística (aunque el nombre adaptado ha sido el de arrendamiento para la construcción), aparece configurado como un derecho real (poder inmediato del superficiario sobre la edificación y ejercitable "erga omnes", frente a todos), hipotecable y transferible. Como consecuencia de este contrato dice el art. 4º de la Ley, el arrendatario se obliga, a título principal, a construir edificaciones sobre una finca del arrendador, así como a mantenerla en buen estado de conservación por todo el tiempo de duración del contrato, tiempo que habrá de concertarse entre 18 a 70 años sin que sea susceptible de ser prorrogado por tácita reconducción. A falta de pacto, una vez transcurrido el plazo, el arrendador adquirirá la propiedad de lo edificado juntamente con las mejoras introducidas (art. 2º). El precio de arrendamiento puede consistir en una renta periódica, sujeta a un coeficiente de revisión por periodos trienales computables desde la fecha de terminación de las obras o en la entrega al arrendador en las fechas y condiciones en que se acuerden de inmuebles o fracciones de inmuebles o de títulos que otorguen el derecho a la propiedad o el goce a dichos inmuebles (art. 5). También, regula la ley las operaciones referentes a las realizaciones urbanizadoras: programa general para la utilización de los terrenos, así como lo relativo a la asociación de los propietarios.

Alemania.— La B.G.B. (Código Civil alemán) se derogó en esta materia por el Reglamento sobre el derecho de superficie de 15 de enero de 1919. En síntesis, este es su contenido: consiste la superficie en el derecho a tener una edificación en su totalidad sobre suelo ajeno no estando permitido limitarla a una parte de la misma, por ejemplo un piso de una casa. Tanto la edificación levantada en virtud de este derecho como lo existente con anterioridad es parte integrante y esencial de la superficie y, por tanto, propiedad del superficiario. El derecho de superficie es enajenable; facultad transmisiva que puede quedar condicionada al consentimiento del propietario. También puede gravarse con derechos inmobiliarios de toda clase e incluso con superficies. Se extingue conforme a los principios generales, en virtud de abandono, prescripción tabular (registral) extintiva, por expropiación y por expiración del plazo. En este último caso, el propietario ha de indemnizar al superficiario por el valor del edificio. El crédito a la indemnización sujeta al inmueble y sobre él, los acreedores hipotecarios, cuyas hipotecas recaigan sobre el derecho de superficie, tienen el mismo derecho que el que les está conferido sobre el producto de una subasta. El importe de la indemnización puede fijarse por pacto, así como excluirla totalmente.

Austria.— Al igual que el derecho español en el

derecho austríaco se reconoce junto a la superficie común, recogida en el C.C. y definida como una modalidad del dominio dividido, una superficie urbanística, únicamente otorgable por personas o entidades públicas. Esta última modalidad está recogida en la ley de 26 de abril de 1912. Según un autor español (La Rica) esta ley es fuente de inspiración de nuestra Ley de Suelo. Puede constituirse, bien a título gratuito, bien mediante el pago por el superficiario de una renta o pensión, renta no alterable durante la vida del contrato. La duración del derecho no puede ser inferior a 30 años ni superior a 80. No obstante, se admite la prórroga. La falta de pago de la renta dentro de dos años consecutivos da lugar al comiso. Se extingue este derecho por acuerdo de las partes, denuncia, comiso, prescripción, expropiación y vencimiento del término. En este último supuesto el edificio pasa a ser propiedad del dueño del suelo, teniendo el superficiario derecho a cobrar la indemnización pactada y, en defecto de pacto, será la cuarta parte del valor de lo edificado.

Italia.— El Código Civil italiano de 1942 regula la superficie en los arts. 952 a 956, ambos inclusive. El propietario puede constituir el derecho de hacer y mantener sobre el suelo una construcción a favor de otro, el cual adquiere la propiedad de ella. Igualmente puede enajenar la propiedad de su construcción ya existente separadamente de la propiedad del suelo (art. 952). Si la constitución del derecho se ha hecho por un tiempo determinado, al vencimiento del término, el derecho de superficie se extingue y el propietario del suelo se convierte en propietario de la construcción (art. 953). La extinción del derecho de superficie, por el transcurso del término, implica la extinción de los derechos reales constituidos por el superficiario. Los derechos que gravan el suelo se extienden a la construcción, salvo para la hipoteca... El perecimiento de la construcción no implica, salvo pactos en contrario, la extinción del derecho de superficie. El derecho de hacer la construcción sobre el suelo de otro se extingue por prescripción por efecto del no uso prorrogado de 20 años (art. 954).

Las disposiciones precedentes se aplican también en el caso de que lo concedido sea el derecho de hacer y mantener construcciones debajo del suelo de otro (art. 955).

C) *Fin o elemento teleológico.*— El siglo XIX, contrario a toda forma de propiedad dividida, obstruye la vigencia del derecho de superficie. En nuestro siglo se ha vuelto a potenciar la figura, augurándole una importante misión en la política de la vivienda. La trascendencia del derecho de superficie es mucho mayor de la prevista en la época codificadora. Esta importancia, observa Wolff, se manifiesta, especial-

mente, en el servicio que presta a la pequeña vivienda. Varias ciudades y algunos Estados conceden, sistemáticamente, solares en superficie a término en lugar de enajenarlos, lo cual tiene las ventajas de evitar la especulación con edificios y terrenos, de facilitar el aumento del valor del suelo en favor de los propietarios (Estado y Municipio), hacerles posible ejercer una influencia sobre la manera de construir y procurar a la clase obrera y media la posesión de casas propias. Con más fuerza programática nuestra ley fundamental sobre urbanismo, Ley del Suelo de 16 de mayo de 1936, plasma estas observaciones en su Exposición de Motivos: "El fomento de la edificación no precisa, ni a veces aconseja, la enajenación de los terrenos; basta con la constitución del derecho de superficie. La experiencia extranjera demuestra las intensas posibilidades de esta figura jurídica que, a la vez que facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos y reserva al aumento del valor del suelo para el propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por entidades públicas y por particulares". Sin embargo, independientemente de estas enfáticas formulaciones de principios la institución superficiaria ocupa, en la práctica, un modestísimo papel. En general es una figura desconocida. El estudio de los artículos pertinentes de la Ley del Suelo podrían rubricarse como el divorcio entre una dogmática jurídica de gran precisión técnica y una realidad social que le vuelve la espalda. Las ciudades, el Estado o entes públicas en general no han acudido a ella. Teóricamente sus soluciones conflictuales, tanto desde su vertiente histórica como en el campo del derecho comparado, muestran caminos verdaderamente fecundos que recorrer. En España, estas vías ni siquiera se han desbrozado.

## V. CONCLUSION

Esquemáticamente he intentado exponer el derecho positivo español enfocado desde un punto de vista urbano. Ninguno de los institutos jurídicos señalados ha manifestado su utilidad para resolver la grave cuestión de la vivienda. Unos por defectos técnicos (el arrendamiento recogido en la Ley de Arrendamientos Urbanos) y otros por su inadecuación a la situación socio-política española (derechos de superficie) dan un resultado pesimista. En conclusión el derecho español no ofrece medios para enfrentarse, con éxito, con el problema. La solución estará en hipotéticas fórmulas, aún no nacidas, cuya exposición desborda el ámbito de este modesto trabajo.

Francisco MESA MARTIN  
Registrador de la Propiedad