

**EL DRET DE SUPERFÍCIE:
UN NOU RÈGIM DE TINENÇA PER A L'HABITATGE PROTEGIT A BARCELONA**

QÜESTIONS D'HABITATGE



sumari PRESENTACIÓ 2 EL DRET DE SUPERFÍCIE: LA NOVA FÓRMULA DE L'AJUNTAMENT DE BARCELONA PER ACCEDIR A UN HABITATGE PROTEGIT 4 EL DRET DE SUPERFÍCIE I EL REGISTRE DE LA PROPIETAT 11 EL DRET DE SUPERFÍCIE: UNA ALTERNATIVA PER FACILITAR L'ACCÉS A L'HABITATGE 17 ANNEXOS 20 VERSIÓ CASTELLANA 25

presentació



La dificultat per obtenir sòl per a habitatge protegit a la ciutat de Barcelona ens ha fet valorar la necessitat de conservar-lo en mans públiques per mantenir-ne el destí social. D'altra banda, hem de cercar fórmules que millorin l'accessibilitat a aquest tipus d'habitatge. Aquests motius van portar l'Ajuntament de Barcelona, l'any 2007, a adoptar el compromís d'introduir el dret de superfície com una nova fórmula per accedir als habitatges protegits.

Aquest sistema és possible a Catalunya des que el Govern de la Generalitat va aprovar el Decret 255/2005, en què, per primera vegada, es reconeixia aquesta figura com un règim de tinença que, a tots els efectes, s'assimila als altres règims d'habitatge protegit. Posteriorment, la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge, ha establert definitivament el dret de superfície com una de les tipologies prioritàries en les polítiques d'habitatge.

El criteri ha estat recollit en el nou Pla de l'habitatge de Barcelona 2008-2016, que el plenari de l'Ajuntament de Barcelona va aprovar el mes de maig passat.

El procés per definir i regular el dret de superfície ha durat dos anys i s'ha desenvolupat de forma paral·lela a la programació de diverses actuacions que el Patronat Municipal de l'Habitatge, com a promotor de l'Ajuntament de Barcelona, ha de portar a terme en els propers anys. Fins a l'any 2011, està prevista la construcció de quasi 900 habitatges de cessió en dret de superfície.

L'objectiu d'aquest monogràfic és reflexionar i recollir els principals trets que defineixen el dret de superfície i fer-ho des de tres perspectives i centres d'interès totalment diferents: des de l'Administració, és a dir, des del Patronat Municipal de l'Habitatge, que és qui ha de promoure i gestionar els habitatges; des de l'àmbit registral, donada la importància que té assegurar-ne l'accés al Registre de la Propietat; i des de la universitat, per donar una visió més acadèmica del que suposa l'admissió del dret de superfície com un nou tipus de propietat.

Tal com exposa el Patronat en aquest *Qüestions*, el dret de superfície pot constituir una alternativa d'habitatge que sigui més accessible per a l'usuari, més estable, que superi els problemes d'endeutament i de gestió de l'Administració i que sigui compatible amb els requeriments de rotació del parc social i del manteniment de la titularitat pública del sòl. En l'actual situació de crisi financera i econòmica, aquestes virtuts donen encara més valor al dret de

superfície i el situen, per davant d'altres models de tinença clàssics, com una nova alternativa perquè l'Administració pugui continuar nodrint la ciutat d'habitatge protegit. Així, aquests plantejaments fan que, en aquests moments, l'impuls d'aquesta nova figura per part de l'Ajuntament de Barcelona sigui prioritari.

Per acabar, vull recordar que aquesta nova fórmula, innovadora a Catalunya i a l'Estat espanyol, és també conseqüència de les reflexions, l'estudi i les consideracions fetes en el si del grup de treball de lloguer del Consell de l'Habitatge Social de Barcelona que es va crear ja el 2007 arran de la preocupació compartida per moltes entitats de la ciutat de reflexionar a l'entorn del mercat de lloguer i de les seves alternatives. Aquest va ser el tema central del seminari sobre mesures de foment del lloguer i alternatives a la venda, organitzat l'octubre de 2008 per l'esmentat grup de treball del Consell de l'Habitatge Social de Barcelona per abordar les mesures de foment del mercat de lloguer. En aquella sessió de treball es van presentar l'experiència basca i holandesa per contextualitzar el dret de superfície com una alternativa a la venda.

Ara, la ferma aposta per construir habitatges en dret de superfície situa l'Ajuntament de Barcelona i el Patronat Municipal de l'Habitatge, un cop més, com a pioners en l'aplicació de noves fórmules actives en el marc de l'habitatge públic a Barcelona.

Desitjo i confio molt sincerament que aquest nou repte serveixi per donar un pas més cap a la qualitat de vida i la cohesió social i per avançar cap a l'exercici del dret a un habitatge digne per a tota la ciutadania, amb la qual cosa estem compromesos.

Antoni Sorolla i Edo
Delegat d'Habitatge
Ajuntament de Barcelona

El dret de superfície: la nova fórmula de l'Ajuntament de Barcelona per accedir a un habitatge protegit

Jaume Fornt i Paradell

Gerent del Patronat Municipal de l'Habitatge de Barcelona

El mes de novembre de 2007, l'Ajuntament de Barcelona va prendre l'acord d'utilitzar únicament dos règims de tinença en les promocions del Patronat Municipal de l'Habitatge: lloguer o dret de superfície. Per tant, la figura de la compravenda restava únicament aplicable per als casos d'afectats urbanístics.

Com és obvi, aquesta decisió es va prendre des del convenciment que calia donar un tomb als règims tradicionals de tinença de l'habitatge protegit i que el dret de superfície constituïa la millor alternativa.

Durant tot aquest temps s'han programat actuacions en aquest règim, algunes de les quals estan ja en construcció i s'ha pogut aprofundir en molts dels aspectes que incideixen en aquesta nova figura. També la crisi econòmica actual ha incorporat elements nous i sovint imprevistos en els debats sobre l'habitatge protegit i en general sobre les polítiques d'habitatge.

Amb tot plegat, continuem pensant que la figura del dret de superfície és una alternativa clau en la promoció d'habitatge protegit i que la crisi actual no només no ha perjudicat, sinó que ha enfortit el seu paper potencial. Tot això, intentaré explicar-ho responnent les que considero que són les deu preguntes fonamentals que permeten explicar la proposta.

La figura del dret de superfície és una alternativa clau en la promoció d'habitatge protegit.

1. Què és el dret de superfície i quina ha estat la seva utilització fins al moment?

L'article 564-1 del Codi civil de Catalunya (CCC) ens defineix perfectament el dret de superfície en aquests termes: «La superfície és el dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses. En virtut del dret de superfície, es manté una separació entre la propietat d'allò que es construeix o es planta i el terreny o el sòl en què es fa.»

Per tant, en virtut d'aquesta figura, es pot ser propietari d'un habitatge amb plens efectes, i que la propietat del sòl la mantingui una persona diferent, en aquest cas, l'Administració pública.

No cal dir que aquesta és una excepció prevista en el nostre ordenament jurídic civil, al principi de que qui és propietari del sòl també ho és del vol i del subsòl.

Només la mateixa definició de la figura ja ens dóna una idea del potencial que té des del punt de vista del manteniment dels patrimonis públics del sòl. No obstant això, cal aclarir que fins el moment i en l'àmbit de Catalunya, la figura només s'ha utilitzat com una fórmula de promoure habitatge en règim de lloguer a través de tercers operadors. En aquest sentit, ha estat relativament habitual que els ajuntaments cedissin drets de superfície a promotors públics o privats perquè construïssin habitatges en règim de lloguer. Igualment, s'ha utilitzat com a fórmula per a la promoció d'habitatges dotacionals.

Cal deixar clar d'entrada que si bé la voluntat és seguir utilitzant el dret de superfície per promoure el lloguer, el que plantejem en aquest article és una fórmula absolutament diferent de l'anterior i que no es pot confondre amb aquesta, com a vegades ha succeït.

Fixem-nos que en el model de lloguer l'usuari de l'habitatge és llogater, el promotor és el titular del dret de superfície i, per tant, propietari de l'edifici i l'Administració pública és propietària del sòl. Per tant, en l'esquema intervenen tres agents.

En virtut d'aquesta figura, es pot ser propietari d'un habitatge amb plens efectes, i que la propietat del sòl la mantingui una persona diferent, en aquest cas, l'Administració pública.

Nosaltres plantejarem que l'usuari de l'habitatge en sigui el propietari i que l'Administració pública resti com a propietària del sòl. En el nostre model es transmet la propietat superficial i, per tant, una vegada lliurat l'habitatge el promotor desapareix i la relació queda establerta únicament entre l'usuari/ adjudicatari de l'habitatge i el titular del sòl. Aquesta és una consideració molt important i amb molts efectes, com després s'explicarà.

Fixem-nos també que la posició de l'Administració pública titular del sòl és idèntica en un cas i en l'altre (l'Administració és propietària del sòl i la propietat del vol correspon a un altre). La diferència és la posició i la condició de l'usuari. En un cas és llogater i el propietari és el promotor i en el nostre model l'usuari és l'autèntic propietari de l'habitatge.

2. Quina fórmula proposa l'Ajuntament de Barcelona?

La fórmula proposada és la següent:

- El titular del sòl (en aquest cas el Patronat Municipal de l'Habitatge) transmet a l'adjudicatari de l'habitatge el dret de superfície i, per tant, la propietat d'aquest, i l'Administració retén la propietat del sòl.
- Aquesta transmissió és per a un període de 75 anys (la normativa civil estableix que el dret de superfície té un caràcter necessàriament temporal). Transcorreguts els 75 anys, l'habitatge retorna al propietari del sòl sense cap indemnització a favor de l'usuari.
- L'Administració cobra un preu alçat per la transmissió del dret de superfície per 75 anys. Aquest preu el cobra al comptat l'Administració (no és un cànon) i el superficiari paga aquest preu, que se subroga en el préstec hipotecari obtingut per la construcció de l'habitatge. Aquesta mecànica és, per tant, idèntica a l'habitual en qualsevol transmissió en règim de compravenda. Per tant, l'adjudicatari de l'habitatge amortitza durant 25 o 30 anys un préstec hipotecari normal i quan acaba l'amortització, deixa de pagar.
- El propietari de l'habitatge o superficiari s'integra en una comunitat de propietaris i ha d'atendre el manteniment de l'habitatge i dels elements comuns, com és habitual en qualsevol propietari.
- Com és lògic, el valor del dret de superfície va baixant a mesura que transcorre el temps i és zero quan es compleixen els 75 anys, moment en què la propietat de l'habitatge retorna a l'Administració. En l'escriptura pública es regula i es defineix quin és el valor de l'habitatge en cada moment i fins als 75 anys. Igualment, l'Ajuntament garanteix que si el titular de l'habitatge el retorna dins dels primers 15 anys no hi ha pèrdua de valor i es retorna al superficiari tot el que ha pagat per l'habitatge (llevat dels interessos, lògicament) actualitzat amb l'IPC. És una mesura pensada especialment per als joves que saben que poden accedir a aquests habitatges i recuperar gran part d'allò que han invertit si milloren la seva condició econòmica i volen optar per una altra opció d'habitatge lliure. La finalitat perseguida és incentivar la rotació d'aquests habitatges i que puguin servir per atendre altres necessitats.
- Aquest habitatge pot ser transmès pel seu titular en herència.
- De la mateixa manera, el titular pot vendre l'habitatge, però aquesta transmissió està subjecta a l'autorització del titular del sòl. Per tant, acaba sent l'Administració titular del sòl qui recompra els habitatges que es vulguin vendre i retorna al seu titular les quantitats que es pactin en l'escriptura en funció del temps que resti per complir el termini de 75 anys.

El valor del dret de superfície va baixant a mesura que transcorre el temps i és zero quan es compleixen els 75 anys, moment en què la propietat de l'habitatge retorna a l'Administració.

- També el contracte conté algunes clàusules resolutòries del dret de superfície abans del termini estipulat, que es poden veure en el model de contracte adjunt. Totes responen a la voluntat de preservar per tota la durada del dret el destí social de l'habitatge.
- Finalment cal destacar que dins d'aquestes clàusules resolutòries hi ha la del mal manteniment de l'habitatge i/o dels seus elements comuns. Igualment s'incentiva el bon manteniment en el contracte i es possibilita una pròrroga del dret de superfície una vegada acabat el termini si el manteniment ha estat correcte.

3. Un nou enfocament de l'ús habitual i tradicional de la figura del dret de superfície

Tal com ens diu la professora Chantal Moll en el seu article publicat en aquest mateix *Qüestions*, el dret de superfície ha deixat de ser només un dret a construir en sòl aliè i apropiat-se de la construcció, per constituir una autèntica propietat separada entre el sòl i el vol.

Aquest canvi d'enfocament (amb conseqüències pràctiques importants, com veurem) deriva directament del Codi civil de Catalunya, de l'article ja esmentat, 564.1, pel que fa al mateix concepte, i del 564.2, que permet que el dret de superfície es constitueixi sobre construccions ja existents.

Encara amb més claredat, el Text refós de la Llei del sòl, en l'article 40.1, admet que el dret de superfície pot constituir-se sobre construccions o edificacions ja fetes o sobre habitatges, locals o elements privatis de construccions o edificacions, i n'atribueix al superficiari la propietat temporal, sens perjudici de la propietat separada del titular del sòl.

Podem continuar constituint drets de superfície sobre un sòl que tinguem perquè algú altre hi construeixi, però ara també podem constituir drets de superfície sobre habitatges ja construïts i resultants d'una divisió horitzontal.

Dit d'una altra manera, podem continuar constituint drets de superfície sobre un sòl que tinguem perquè algú altre hi construeixi, però ara també podem constituir drets de superfície sobre habitatges ja construïts i resultants d'una divisió horitzontal. És des d'aquesta segona opció que el dret de superfície es converteix en un nou règim de tinença de l'habitatge. El dret de superfície ha deixat de tenir per objecte únic i exclusiu el sòl i ara pot tenir per objecte també l'habitatge.

Sens dubte, aquest és el mateix plantejament de la Llei del dret a l'habitatge quan estableix (art. 82.1) que «Es pot transmetre la propietat plena dels habitatges amb protecció oficial, o bé formalitzar drets de superfície, venda a carta de gràcia o altres drets reals, i també cedir-los en arrendament».

Quines conseqüències pràctiques té el que s'acaba d'explicar?

- a) En primer lloc, si podem constituir drets de superfície sobre habitatges concrets, res impediria que en una mateixa promoció coexistissin habitatges en compravenda, lloguer o dret de superfície. No cal qüestionar-se ara si aquesta situació seria desitjable des d'altres punts de vista o no. El que és clar és que és una opció possible.
- b) En segon terme, si podem constituir drets de superfície sobre habitatges, en cadascun d'aquests podem fixar els terminis de durada del dret que tinguem per convenient. D'aquesta manera, si recuperem un habitatge transmès en dret de superfície, es pot transmetre de nou a un nou adjudicatari pel mateix termini que es va transmetre inicialment al primer adjudicatari.

La possibilitat de readjudicar els habitatges en dret de superfície pel mateix termini de l'adjudicació inicial té, com es pot intuir, efectes econòmics importants, però també repercussions interessants pel que fa a un dels temes que més s'ha qüestionat de la figura, com és el manteniment de l'immoble

quan es va acostant el termini de finalització del dret. Efectivament, tenir els habitatges que componen un mateix immoble amb terminis de venciment diferents del dret de superfície pot jugar a favor d'un manteniment millor.

4. Per què cal incorporar un nou règim de tinença per a l'habitatge protegit?

Vist com s'ha vist fins ara què és el que es pretén i quin encaix legal té, convé ara que ens aturem i reflexionem sobre el perquè d'un nou règim de tinença de l'habitatge protegit.

De fet, cadascun dels dos sistemes clàssics vigents fins ara han tingut tradicionalment els problemes següents:

- El lloguer, per a l'Administració, ha tingut tradicionalment el gravíssim problema no resolt de l'acumulació il·limitada d'endeutament i de la seva complexa gestió. Des de la perspectiva de l'usuari, el lloguer, amb la durada habitual de cinc anys, no li dóna prou garanties d'estabilitat a l'habitatge.
- La compra, d'altra banda, sempre ha tingut el problema, per a l'usuari, de l'accessibilitat: dificultats per tenir l'entrada més l'IVA, i sovint també dificultats per la subrogació. No oblidem que parlem d'habitatge social i, per tant, d'habitatge adreçat a les persones amb menys recursos. No cal dir que la incorporació de figures d'habitatge protegit de preu més elevat, com és l'habitatge concertat, encara comporten més aquest problema.

En aquest marc, la crisi econòmica actual no és que hagi fet qüestionar els models tradicionals de la compra o el lloguer, però podríem dir que ha accentuat notablement els problemes que ja s'arrossegaven. Així:

- El lloguer està tenint especials dificultats de finançament, fins i tot si els promotors són entitats públiques. Per tant, al tradicional problema de l'acumulació d'endeutament i la gestió s'afegeix ara la dificultat de l'obtenció de crèdits.
- D'altra banda, l'accessibilitat a l'habitatge de compra s'ha vist molt perjudicada tant per la mateixa situació personal dels possibles adjudicataris d'habitatges protegits com per les dificultats o la impossibilitat de finançament de l'entrada necessària o la restricció de les subrogacions. Tant és així que en determinats indrets considerats de forta demanda residencial s'ha començat a notar una claríssima i molt important disminució de les sol·licituds d'habitatge protegit de compra.

El dret de superfície pot constituir una alternativa d'habitatge més accessible per a l'usuari, més estable, que superi els problemes d'endeutament i de gestió de l'Administració i que, d'altra banda, sigui compatible amb els requeriments de rotació del parc social i del manteniment de la titularitat pública del sòl.

Per tancar aquest capítol, el dret de superfície pot constituir una alternativa d'habitatge més accessible per a l'usuari, més estable, que superi els problemes d'endeutament i de gestió de l'Administració i que, d'altra banda, sigui compatible amb els requeriments de rotació del parc social i del manteniment de la titularitat pública del sòl.

5. Tractament del dret de superfície al nou Pla de l'habitatge

L'article 80.6 de la Llei del dret a l'habitatge estableix: «La constitució i la transmissió de drets de superfície, el lloguer a llarg termini i la concessió administrativa són instruments d'interès especial, en el marc d'aquesta llei, per a promoure habitatges amb protecció oficial en sòl de titularitat pública obtingut pel compliment del deure de cessió d'aprofitament urbanístic o en sòl públic. Les promocions fetes amb aquests instruments han de tenir un tractament favorable en la política de subvencions dels plans d'habitatge.»

Els costos de construcció de l'habitatge i de producció del sòl són idèntics en l'habitatge de compra que en l'habitatge en dret de superfície i, per tant, el tractament favorable dels plans de l'habitatge, ja avalat per la llei, és el que ha de permetre facilitar l'accessibilitat de l'usuari.

Tal com hem dit abans, la figura del dret de superfície ha de ser més assequible per a l'usuari que l'habitatge de compra. De fet, aquest article de la Llei del dret a l'habitatge aproxima el tractament de les subvencions per la figura que ens ocupa a la promoció d'habitatge de lloguer.

No oblidem que els costos de construcció de l'habitatge i de producció del sòl són idèntics en l'habitatge de compra que en l'habitatge en dret de superfície i, per tant, el tractament favorable dels plans de l'habitatge, ja avalat per la llei, és el que ha de permetre facilitar l'accessibilitat de l'usuari.

Nosaltres entenem que aquesta major accessibilitat hauria de suposar la pràctica eliminació de l'entrada en la figura del dret de superfície, de tal manera que es pogués accedir a aquests habitatges pràcticament amb el pagament únic de l'IVA i el pagament de les quotes d'amortització de la hipoteca (que se situen aproximadament entre els 400 i els 500 euros mensuals per un habitatge de 60 m² amb aparcament).

Amb l'aplicació a la figura de subvencions equivalents a les ja existents pel lloguer a deu anys pràcticament estaria garantit aquest efecte. Per la nostra part, considerem molt rellevant que el Projecte de decret del nou Pla de l'habitatge de Catalunya que s'ha fet públic en el moment de redactar aquest article hagi recollit aquest plantejament, cosa que sens dubte serà molt important per a la utilització de la figura del dret de superfície.

6. Per què el dret de superfície és una figura intermèdia entre la compravenda i el lloguer?

L'article 541.1 del Codi civil de Catalunya ens defineix el concepte del dret de propietat: «La propietat adquirida legalment atorga als titulars el dret a usar de forma plena els béns que en constitueixen l'objecte i a gaudir-ne i disposar-ne».

D'acord amb això, hi ha tres idees clau que configuren el concepte i que traduïdes a l'habitatge, podríem explicar d'aquesta manera:

- El dret a l'ús il·limitat del bé en el cas de l'habitatge té molt a veure amb l'estabilitat en aquest. Si s'és propietari de l'habitatge ja no cal preocupar-se'n més.
- El dret a gaudir-ne, que és sinònim d'apropiar-se'n els fruits, lliga en el cas de l'habitatge amb aquest com a bé d'inversió. Si se n'és propietari, hi ha la possibilitat de beneficiar-se de les plusvàlues que pugui experimentar el seu valor i, des d'una altra perspectiva, si és necessari en una edat més avançada es pot desinvertir (hipoteca inversa).
- Finalment, el dret a disposar-ne implica la capacitat de vendre o cedir l'habitatge entre vius o disposar-ne per causa de mort.

Òbviament, el lloguer com a règim de tinença se situa a les antípodes d'aquest concepte, tant des del punt de vista de l'estabilitat en l'ús de l'habitatge, del seu valor com a inversió o de l'inexistent poder de disposició.

Lògicament, en la mesura que s'han anat endurint les limitacions aplicables als habitatges protegits de compra, la distància entre el lloguer i la compra s'ha reduït, ja que avui dia ni es pot fer un ús il·limitat dels habitatges protegits, ni aquests funcionen ja tant com abans com un bé d'inversió, i també hi ha restriccions importants a la facultat de disposició.

Partint d'aquesta mateixa anàlisi, on situem el dret de superfície?

- Des de la perspectiva de l'ús i l'estabilitat a l'habitatge, el dret de superfície funciona de forma similar a la compravenda. Atorga un dret d'ús durant

75 anys, que abasten sobrerament tota la vida de l'adjudicatari i part de la de la seva posterior generació, fins i tot sense considerar les possibles pròrrogues.

- Com a bé d'inversió evidentment el dret de superfície s'aproxima molt més al lloguer. Amb el dret de superfície no és possible ni apropiat-se possibles plusvàlues (el valor de l'habitatge no puja, sinó que baixa a mesura que s'aproxima el termini de finalització), ni tampoc pensar en desinversions futures. La hipoteca inversa no és possible amb aquesta figura. En canvi, a diferència del lloguer, les quantitats pagades com a quota d'amortització del préstec es recuperen si es retorna l'habitatge en un termini (15 anys en el nostre model), la qual cosa torna a ser una diferència clara amb el lloguer.
- Finalment, des del punt de vista de la facultat de disposició, el dret de superfície torna a aproximar-se més a la compravenda. El dret es pot transmetre encara que amb limitacions, entre vius; es pot vendre, es pot deixar en herència i es pot gravar.

7. Quins avantatges té la utilització d'aquesta figura per a l'Administració i especialment per a l'Administració local?

Un cop feta l'anàlisi del dret de superfície des dels drets i les facultats que confereix al seu titular (paràgraf anterior), convé ara relacionar els avantatges d'utilitzar-lo per a l'Administració, alguns dels quals ja s'han anat desgranant.

1. En primer lloc i el més important, el dret de superfície permet mantenir la titularitat pública del sòl.
2. El dret de superfície suposa promoure una figura intermèdia entre el lloguer i la compra sense augmentar l'endeutament, que es trasllada.
3. El manteniment dels habitatges correspon als usuaris i no a l'Administració.
4. La prioritització del valor d'ús de l'habitatge per sobre del seu valor d'inversió, que com s'ha vist abans és propi del dret de superfície, juntament amb més facilitat per accedir a aquests habitatges, fa pensar en una rotació més freqüent d'aquest parc, més propera al lloguer que a la compra.
5. El dret de superfície és una alternativa més assequible d'habitatge que la compra, especialment per als joves.
6. El dret de superfície té una regulació civil molt desenvolupada, que permet blindar les limitacions d'aquell habitatge des de l'escriptura i amb inscripció al Registre de la Propietat, amb independència de la qualificació o desqualificació de l'habitatge des d'un punt de vista administratiu.
7. El dret de superfície és una figura que permet controlar millor que la venda les transmissions ulteriors de l'habitatge. Cal tenir en compte, per esmentar una referència, el que preveu l'article 564.4 del Codi civil de Catalunya, que permet pactar «La limitació de la disponibilitat dels superficiaris sobre llur dret, en concret, sotmetent-la al consentiment dels propietaris de la finca». Aquest article (impensable en el cas de la compra convencional) permet a l'Administració local controlar directament les transmissions.
8. Finalment, la figura del dret de superfície permet l'aplicació dels mecanismes legals de protecció dels patrimonis públics de sòl, especialment l'article 39 del Text refós de la Llei del sòl pel que fa a l'exercici de les condicions resolutòries.

8. Quins avantatges té aquesta figura per a l'usuari?

1. En primer lloc, li dona estabilitat a l'habitatge durant un període de 75 anys. Durant aquest període, si segueix necessitant l'habitatge, hi té garantida la permanència.
2. Durant aquest període, pot deixar l'habitatge en herència, sense cap limitació.

La prioritització del valor d'ús de l'habitatge per sobre del seu valor d'inversió, juntament amb més facilitat per accedir a aquests habitatges, fa pensar en una rotació més freqüent d'aquest parc.

Durant els primers 15 anys, si retorna l'habitatge a l'Administració, aquesta li garanteix el retornament de la part de capital que ha amortitzat sense reduccions o devaluacions.

3. Des del punt de vista de l'accessibilitat, li suposa poder accedir a l'habitatge pràcticament sense entrada (pagament únic de l'IVA) i amb unes quotes d'amortització del crèdit similars a les d'un lloguer protegit, amb la diferència que després de 25 o 30 anys d'amortització ja no cal fer més pagaments i, en canvi, el lloguer s'ha de pagar sempre.
4. Durant els primers 15 anys, si retorna l'habitatge a l'Administració, aquesta li garanteix el retornament de la part de capital que ha amortitzat sense reduccions o devaluacions, la qual cosa suposa facilitar el retorn de l'habitatge si l'usuari ja no el necessita.
5. Finalment, l'habitatge també es pot vendre, retornant-lo a l'Administració pel preu fixat en l'escriptura en cada moment.

9. Què implica aquesta figura per al titular del sòl una vegada s'ha entregat l'habitatge?

Tal com ja s'ha explicat abans, amb la figura del dret de superfície, quan es transmet el dret, resta establerta a futur la relació únicament entre l'Administració titular del sòl i l'usuari-titular del dret de superfície.

Serà aquesta Administració qui haurà de recomprar els habitatges que es retornin o qui haurà d'exercir, si s'escau, les condicions resolutòries. Tot el que fins ara s'ha exposat condueix a pensar en una rotació més freqüent d'aquest parc respecte del que succeiria en el cas de la compra normal i, en qualsevol cas, més nivell d'incidència.

És per això que d'entrada i per agilitzar aquesta gestió és recomanable que siguin les societats municipals d'habitatge les titulars del sòl en aquests tipus de promocions i que aquells municipis que no en disposin puguin utilitzar per a la mateixa finalitat empreses públiques d'àmbit territorial superior.

10. Com es finança el dret de superfície?

Hi ha dues alternatives de finançament de les promocions en dret de superfície:

1. En primer lloc hi ha l'opció (perfectament possible des d'un punt de vista civil) d'hipotecar el dret de superfície mateix. Aquest és el sistema que s'ha estat utilitzant, per exemple al País Basc, per finançar aquest tipus de promocions o el que s'ha utilitzat a Catalunya habitualment per finançar les promocions d'habitatges dotacionals construïdes en aquest règim.

El recentment aprovat Reial decret 716/2009, de 24 d'abril, ha incorporat com a novetat la possibilitat de titultzar els crèdits hipotecaris concedits sobre drets de superfície de venciment superior als 20 anys, la qual cosa sens dubte suposa una clara millora de les opcions de finançament d'aquesta figura.

Els criteris de valoració dels drets de superfície estan fixats en l'actual Ordre ECO de 2003 sobre valoració d'immobles.

S'acompanya la valoració d'un dret de superfície a 75 anys amb el model que proposem que ha dut a terme una societat de taxació de les que habitualment fan taxacions hipotecàries i de conformitat amb els criteris de l'ECO. Com es pot veure, la reducció del valor de taxació de l'habitatge en dret de superfície en relació amb el seu valor en ple domini suposa una reducció que no arriba a un 2 %.

Per tant, la utilització d'aquesta via de finançament, deixant al marge els criteris de risc de les entitats financeres, és perfectament possible en l'actual marc legal i suposa una reducció de la taxació de l'habitatge protegit que no es pot considerar destacable.

2. No obstant això, l'article 10.1 del Decret 244/2005, de 8 de novembre, d'actualització del Pla per al dret a l'habitatge 2004-2007 dóna una alternativa que entenem que pot ser més atractiva en el moment actual per a les entitats financeres, ja que estableix el següent: «La promoció d'habitatges amb protecció oficial sobre sòl cedit en dret de superfície, en la qual es prevegi la venda de la propietat superficial, s'assimila a tots els efectes de règim jurídic, finançament de la promoció, preus màxims de venda i ajuts als adquirents i als promotors, a la promoció d'habitatges amb protecció oficial destinats a la venda.»

Actualment, el Projecte de decret del Pla per al dret a l'habitatge 2009-2012 es pronuncia en termes idèntics.

Això significa que el dret de superfície no és una tipologia més d'habitatge protegit diferenciat del lloguer o la venda. De fet, no estem parlant d'una forma de promoció diferenciada de l'habitatge, sinó d'una nova forma de transmissió. La qualificació d'aquests habitatges és idèntica a la que tindria un habitatge protegit de venda i, per tant, pot tenir el seu mateix finançament. La diferència rau en el fet que el nou Pla preveu una subvenció per a l'adquirent que en lloc d'adquirir la propietat plena de l'habitatge, n'adquireix la propietat superficial. Aquesta subvenció es manté mentre l'Administració reté la propietat del sòl i s'ha de tornar si en algun moment s'alienés aquest sòl.

D'acord, doncs, amb aquest plantejament, la qualificació d'aquestes promocions i el seu finançament és idèntic al que és una promoció de venda. Per tant, el finançament hipotecari pot ser tramitat de forma idèntica pel titular del sòl, com si es tractés d'una operació de venda i amb les mateixes garanties, afectant doncs la hipoteca al sòl i al vol i transmetent posteriorment als usuaris només la propietat superficial. Òbviament, caldrà impedir les execucions judicials hipotecàries de l'habitatge, per això l'Administració es queda novament els habitatges en aquest cas i es reserva la condició resolutòria per impagament corresponent en l'escriptura de constitució del dret de superfície.

La qualificació d'aquestes promocions i el seu finançament és idèntic al que és una promoció de venda.

El dret de superfície i el registre de la propietat

Rafael Arnaiz Ramos
Registrador de la propietat

1. Marc legal regulador

La regulació de l'accés al Registre de la Propietat del dret de superfície quedava continguda en l'article 16.1 del Reglament hipotecari, segons la redacció donada pel Reial decret de 1867/1998, de 4 de setembre. L'article esmentat va ser declarat nul per la sentència del Tribunal Suprem amb data de 31 de gener de 2001, i va recuperar vigència la redacció anterior d'aquest article, si bé el seu contingut ha quedat superat per la regulació del dret de superfície que duen a terme, en l'àmbit de la legislació estatal, els articles 40 i 41 de la Llei del sòl, Text refós aprovat pel Reial decret legislatiu 2/2008, de 20 de juny, i en l'àmbit de la legislació catalana, per l'article 162 del Decret legislatiu 1/2005, pel qual s'aprova la Llei d'urbanisme de Catalunya, i el 564 del Llibre V del Codi civil de Catalunya.

Tant la Llei del sòl com el Llibre V del Codi civil de Catalunya estableixen disposicions de contingut registral, en alguns casos no del tot coincidents. No és aquest article el lloc adequat per valorar la competència i l'àmbit d'aplicació respectiu d'aquestes normes. N'hi ha prou simplement a posar de manifest la dualitat de regulació i esperar que els futurs desenvolupaments reglamentaris que han de desenvolupar la inscripció en el Registre de la Propietat del dret de superfície sàpiguen generar una regulació unitària i flexible que doni la seguretat jurídica precisa i reculli, alhora, les especialitats per a la configuració civil del dret que puguin establir els drets civils forals i especials.

La inscripció en el Registre de la Propietat de la situació generada a conseqüència de la constitució de drets de superfície resulta imprescindible perquè se'n pugui desenvolupar el contingut amb plena seguretat jurídica.

2. Necessitat i eficàcia de la inscripció registral del dret de superfície

La inscripció en el Registre de la Propietat de la situació generada a conseqüència de la constitució de drets de superfície resulta imprescindible perquè se'n pugui desenvolupar el contingut amb plena seguretat jurídica, atès que només resulta possible a través de la publicitat registral:

- Generar una aparença de la qual resulti l'existència de la titularitat del constituent del dret de superfície, a qui anomenarem, davant de la falta d'un criteri legal unitari, titular del domini residual. En efecte, una vegada constituït el dret de superfície, les facultats possessòries sobre la finca que constitueix el seu objecte són atribuïdes al superficiari, la qual cosa obliga a substituir la manca d'aparença possessòria del dret del constituent per una aparença tabular o registral, de la qual en resulti l'existència i el contingut. Passa, per tant, que només és possible a través del Registre, per a qualsevol interessat en la finca, conèixer l'existència del titular del domini residual i, amb això, les limitacions imposades en el títol de constitució al superficiari, les possibles causes de resolució del dret, els possibles drets d'adquisició preferent establerts, i el temps i les condicions en què es produeix la reversió de l'objecte sobre el qual recau el dret de superfície.
- Fer possible la constitució d'hipoteca sobre la propietat superficiària, ja com a instrument de finançament de l'edificació la realització de la qual integri el contingut de la propietat superficiària, ja com a instrument de finançament de la mateixa adquisició del dret de superfície, en aquells casos en què aquest es constitueixi, segons admet la nova regulació, com una forma de propietat temporal sobre una edificació ja existent.

Posada de manifest la transcendència de la inscripció de la situació superficiària, aquí és suficient dir que la regulació dels efectes que resulten de la inscripció és poc harmònica, ja que mentre que l'article 564.3.3 del Llibre V del CCC exigeix tal inscripció només com a requisit perquè el dret de superfície sigui oposable a terceres persones de bona fe, cosa que suposa reconèixer la validesa de l'existència al dret de superfície no inscrit, l'article 40 de la Llei del sòl estableix que per constituir-se de manera vàlida el dret de superfície ha de constituir-se en escriptura pública i inscriure's en el Registre de la Propietat, la qual cosa suposa no reconèixer la validesa de l'existència al dret de superfície no inscrit. En aquesta matèria, de nou, no ens queda cap més possibilitat que esperar que el legislador, en redactar els desenvolupaments reglamentaris que siguin procedents, tingui l'habilitat i la sapiència precises per generar un criteri unitari sobre l'eficàcia de la inscripció del dret de superfície.

3. Títol formal necessari per a la inscripció

Tant el Llibre V del Codi civil de Catalunya com la Llei del sòl exigeixen que el dret de superfície es constitueixi en escriptura pública i, juntament amb això, i amb els efectes ja vistos, que s'inscriu en el Registre de la Propietat. Una qüestió que ja s'ha plantejat a la pràctica és si resulta possible admetre la constitució del dret en document administratiu en el cas que el dret de superfície es constitueixi per una administració pública a favor d'una altra. Encara que aquesta possibilitat no està expressament regulada per la legislació hipotecària o administrativa, es pot pensar a admetre-la, sobre la base dels següents arguments:

- a) El caràcter públic i, per tant, autèntic, del document administratiu que reculli l'acte de constitució del dret i que hagi estat expedit per aquell funcionari en el qual, en l'administració corresponent, resideixi la fe pública.
- b) La possibilitat, resultant del que es preveu en l'article 37 de la Llei de patrimoni de les administracions públiques i 206 de la Llei hipotecària, que l'Administració formalitzi en certificació administrativa actes i negocis

d'agrupació, agregació, segregació, divisió de finques, declaracions o obra nova o constitució de règims de propietat horitzontal, sempre que no afectin a tercers.

- c) La possibilitat que les cessions i els lliuraments obligatoris de terrenys realitzats a favor de l'Administració puguin ser inscrits en virtut de certificació de l'acta administrativa en la qual es documentin, segons resulta del que es preveu en l'article 30.3 del RD 1093/1997, pel qual s'aproven les normes complementàries al Reglament hipotecari sobre inscripció d'actes de naturalesa urbanística.

Sobre la base d'aquests arguments, sembla que, en tot cas, s'ha d'entendre que l'article 18.2 del Decret Legislatiu 1/2002 de 24 de desembre, pel qual s'aprova el Text Refós de la Llei de Patrimoni de les Administracions Públiques de la Generalitat de Catalunya, inclou la constitució de drets de superfície en establir que l'alienació de béns immobles realitzada per l'administració pública, a favor d'una altra administració o d'entitats o organismes vinculats, podrà formalitzar-se i inscriure's al Registre de la Propietat en virtut de document administratiu.

4. Inscripció en foli separat

Una qüestió discutida per la doctrina ha estat si resulta possible que la inscripció del dret del superficiari quedi inscrita en foli separat o no, és a dir, si es pot obrir un historial registral propi a tal titularitat, diferent de l'historial registral obert al domini residual del constituent. L'actitud contrària a aquesta possibilitat parteix de la consideració que el dret de superfície constitueix un dret real sobre cosa aliena, la inscripció de la qual ha de quedar recollida en l'historial registral en què hi hagi inscrit el domini. Davant d'aquesta actitud, s'ha defensat la contrària sobre la base que, en realitat, el superficiari és titular d'una propietat temporal i, per tant, el seu dret ha d'accedir al Registre amb un historial propi i independent.

La regulació positiva del dret de superfície considera que en tot cas la seva constitució provoca, almenys, l'aparició d'una titularitat de contingut prou ampli per ser considerada propietat, si bé de caràcter temporal.

Si pretenem resoldre la qüestió a partir del text literal de les seves normes reguladores, passa el següent: el Llibre V del CCC configura el de superfície com un dret real limitat sobre cosa aliena (art. 564.1), però a continuació estableix que tal dret limitat n'atribueix un de «propietat separada» sobre les construccions o edificacions que constitueixen el seu objecte. Per la seva part, la Llei del sòl parla de «propietat temporal» en definir el contingut del dret del superficiari, i de «propietat separada» per definir el del titular al qual anomena propietari del sòl. Per tant, la regulació positiva del dret de superfície considera que en tot cas la seva constitució provoca, almenys, l'aparició d'una titularitat de contingut prou ampli per ser considerada propietat, si bé de caràcter temporal.

Per això, i sobretot perquè així ho imposa una organització adequada de l'arxiu i la necessitat de donar claredat als historials respectius, considerem admissible l'obertura de foli independent a la propietat superficiària, amb extensió de les notes marginals que permetin relacionar l'historial registral obert a la superfície i l'historial del domini residual, i amb tancament d'aquell, una vegada es produeixi l'extinció del dret de superfície per transcur del termini o per una altra causa que doni lloc a l'extinció de tots els drets i les càrregues constituïts sobre aquest.

En tot cas, la possibilitat que el dret de superfície generi l'obertura d'un historial independent s'ha d'entendre admesa per l'article 377 del Reglament hipotecari, que, en el cas que el domini es trobi dividit en útil i directe, estableix la possibilitat que qualsevol d'aquests provoqui la immatriculació de la finca sobre la qual recau. L'exigència posterior i continguda en el mateix article que, una vegada inscrit el domini útil o el directe, l'altre s'hagi d'inscriure al mateix foli, entenem que pot considerar-se complerta, en el cas del dret de superfície si, una vegada inscrit aquest, s'obre un nou historial en el domini residual, sempre que un i altre foli quedin prou connectats a través de les notes marginals de referència corresponents.

5. Inscripció del dret de superfície sobre part de la superfície d'una finca registral

Una qüestió que no queda del tot clara és si, perquè pugui ser inscrit un dret de superfície que recau sobre només una part de la superfície d'una finca, resulta necessari procedir amb caràcter previ a la segregació de la superfície sobre la qual el dret de superfície ha de recaure o no.

Entenem que la resposta afirmativa està imposada pel principi d'especialitat registral i de foli real, l'objectiu del qual és que cada historial registral es correspongui amb una finca, entesa aquesta, segons la definició continguda en l'article 17.1 de la Llei de sòl, com la unitat de sòl o edificació atribuïda a un propietari o a diversos proindivís, que pot situar-se en la rasant, el vol o el subsòl.

En efecte, la constitució d'un dret de superfície obliga a considerar el seu objecte, segons aquesta definició, com una finca, de manera que si no es troba prèviament individualitzada, cal individualitzar-la a través d'un acte de segregació. Una altra qüestió és si aquesta segregació, com a operació imposada pels principis registrals per a la inscripció d'una titularitat superficial, ha de considerar-se subjecta a l'autorització administrativa prèvia que imposi la legalitat urbanística per a actes de fraccionament o no. En tot cas, i de conformitat amb el que preveu actualment la legislació urbanística catalana, en la Llei del sòl, i en la legislació hipotecària, el registrador no pot inscriure la segregació esmentada sense que se li acrediti l'obtenció de l'acte de conformitat, aprovació o autorització administrativa d'aquest acte de segregació.

La necessitat d'aquesta segregació prèvia no queda exclosa segons la nostra opinió, sinó confirmada pel que preveu l'article 564.3.2.c del Llibre V del CCC pel que fa al cas de les construccions o edificacions objecte del dret de superfície que no compreguin la totalitat de la finca gravada, i en el qual s'exigeix la descripció de la part de finca subjecta a la superfície, que serveix de base per a la segregació, i el compliment de les limitacions urbanístiques aplicables, que imposen l'obtenció de la conformitat, l'aprovació o l'autorització de l'administració competent.

6. Inscripció del dret de superfície sobre edificacions o parts d'edificacions ja construïdes

La Llei del sòl, amb la finalitat de promoure la utilització del dret de superfície com un instrument públic d'intervenció en el mercat de sòl, estableix de forma expressa la possibilitat de constituir-se sobre edificacions ja realitzades.

La Llei del sòl, amb la finalitat de promoure la utilització del dret de superfície com un instrument públic d'intervenció en el mercat de sòl, estableix de forma expressa la possibilitat de constituir-se sobre edificacions ja realitzades, així com sobre «locals, habitatges, o establiments privatis de construccions o edificacions». El Llibre V del CCC no és tan clar, si bé l'article 564.2 estableix que pot recaure sobre edificacions o construccions anteriors a la constitució del dret.

Del contingut conjunt d'ambdues normes resulta la possibilitat que el dret de superfície pugui inscriure's en el Registre sobre una edificació l'obra nova de la qual consta ja inscrita anteriorment, o sobre part d'aquesta edificació. No obstant això, en aquest últim cas, perquè el dret de superfície pugui ser inscrit és necessari que amb caràcter previ s'hagi constituït un règim de propietat horitzontal o de complex immobiliari que hagi definit com a element privatiu aquell sobre el qual es pretén inscriure la situació superficial, de manera que aquesta pugui existir sobre l'element esmentat. El dret de superfície que es constitueixi queda subjecte, com qualsevol dret que tingui per objecte un element privatiu de la propietat horitzontal o del complex, a les normes legals i estatutàries que el defineixin. Entenem que en aquests casos, i sempre que el dret de superfície no atribueixi al seu titular facultats que poguessin suposar la realització d'obres que alterin la configuració de l'element privatiu o dels comuns, el propietari de l'element privatiu el pot constituir i inscriure, sense necessitat de cap consentiment de la junta de propietaris.

Donada la possibilitat que la constitució de complexos immobiliaris generin elements privatis consistents en espais cúbics sense edificar i situats tant sobre com sota la rasant, s'ha d'entendre que, una vegada constituït i inscrit el complex, el titular de l'element privatiu sobre o sota rasant pot constituir-hi i inscriure-hi un dret de superfície, i en exercici d'aquest realitzar una construcció i subjectar-la a un subrègim de propietat horitzontal, en què els elements privatis tenen una quota especial en la comunitat constituïda pel superficiari i una quota general en el complex constituït pel titular del constituent de la superfície.

El dret de superfície pot quedar constituït i inscrit sobre elements privatis que es trobin sobre o sota superfícies de domini públic.

Cal assenyalar, finalment, que dins del supòsit al qual es refereix el paràgraf anterior, i segons resulta del que preveu l'article 17.3 i 4 de la Llei del sòl, el dret de superfície pot quedar constituït i inscrit sobre elements privatis que es trobin sobre o sota superfícies de domini públic.

7. Inscripció del contingut de la propietat superficiària

La inscripció al Registre de la Propietat del dret de superfície suposa, segons resulta del que preveu la legislació hipotecària, la inscripció de tot el contingut necessari d'aquest per a la seva adequada determinació. D'acord amb això, en el títol formal en virtut del qual es pretengui la inscripció del dret de superfície hi ha de constar la durada, la descripció de la construcció o edificació que s'ha de realitzar, el termini dins del qual s'ha de dur a terme, el caràcter gratuït o oneros amb què es constitueix el dret i, en aquest últim cas, la descripció de la contraprestació pactada, així com, si escau, els pactes sobre liquidació del dret i els drets d'adquisició preferent que es puguin pactar a favor del constituent de la superfície.

Té una rellevància especial l'estudi de la constància registral de les limitacions establertes pel constituent del dret sobre les facultats de disposició del seu dret que corresponguin al superficiari. Les limitacions esmentades són inscribibles, no obstant haver quedat constituït el dret a títol oneros, i produeixen plens efectes reals, i tanquen el Registre a qualsevol acte dispositiu que les contravinguin.

Si bé de la redacció de l'article 41 de la Llei del sòl podria inferir-se que les limitacions que s'imposin pel constituent del dret no poden impedir la disposició del dret sense autorització prèvia, ja que això deixaria el superficiari sense relació directa amb la cosa que constitueix l'objecte del seu dret, i la seva situació s'assimilaria a la del titular d'un dret personal d'arrendament, el cert és que tal possibilitat resulta expressament admesa per la legislació catalana, en l'article 564.4.2.a del Llibre V del CCC. Per tant, no hi ha dubte que per a drets de superfície subjectes a la regulació esmentada, el pacte en virtut del qual el superficiari no pot disposar del seu dret sense autorització prèvia del constituent és en tot cas inscribible, i la seva constància registral tanca el Registre als actes de disposició que no hagin estat prèviament autoritzats pel constituent.

Igualment són inscribibles les condicions resolutòries o els drets de readquisició establerts per al cas que la realització d'actes de disposició duts a terme pel superficiari no hagi respectat les limitacions previstes. Per al cas que el dret de superfície hagi estat constituït per entitats de dret públic, sobre finques integrants de patrimoni públics de sòl i amb la finalitat de promoure l'accés a l'habitatge, la inscripció de la readquisició del domini que s'hagi de produir com a conseqüència de la resolució del contracte pot tenir lloc en virtut de certificació de la resolució administrativa en la qual es declari que ha tingut lloc la resolució, amb expedient previ que s'hagi notificat en titular registral i sempre que la resolució adoptada sigui ferma en via administrativa o jurisdiccional, segons preveu l'article 39 de la Llei del sòl. Igualment, a partir del que preveu l'article esmentat, considerem possible que es pugui prendre anotació preventiva en el Registre de la Propietat de la pretensió administrativa de resolució per incompliment de les limitacions establertes.

Cal assenyalar, finalment, que entenem possible, per al cas que es transmetin drets de superfície sobre habitatges subjectes a algun règim de protecció pública, que coexisteixin sobre l'ocupant de l'habitatge les limitacions imposades per raó del règim de protecció pública i les resultants del títol constitutiu del dret de superfície, les quals poden ser totes inscrites, sempre que en el títol constitutiu consti amb claredat la font de cada una de les limitacions, i els efectes que han de resultar de la seva contravenció.

8. La hipoteca del dret de superfície

Com a dret de naturalesa real de caràcter immobiliari, el dret de superfície té caràcter hipotecable, amb subjecció, en tot cas, a les limitacions que hagin estat establertes en el seu títol de constitució. La possibilitat de constituir hipoteca sobre el dret de superfície queda expressament recollida en l'article 107.5 de la Llei hipotecària. L'article esmentat es refereix a la possibilitat de constituir tal garantia sobre drets reals de durada temporal.

Els principals problemes que planteja la hipoteca del dret de superfície són dos. D'una banda, la valoració, a efectes de determinar l'import que aquest dret pot garantir, una valoració que difereix de la del domini ple i que es du a terme, generalment, sobre la base de la seva durada i dels criteris sobre valoració establerts en les ordres dictades pel Ministeri d'Economia a aquest efecte. De l'altra, l'extinció com a conseqüència de la del dret de superfície. Aquesta extinció es produeix, de manera inevitable, si el dret de superfície s'extingeix com a conseqüència del transcurs del seu termini de durada. En aquells casos en els quals el dret de superfície s'extingeixi per una altra causa, la garantia hipotecària pot subsistir sobre la part de valor de la finca corresponent el dret de superfície, de manera que en cas d'execució d'aquella, l'adjudicatari adquireixi el dret de superfície extingit, pel termini que resti per completar el de la seva durada.

Els problemes que planteja la constitució d'hipoteca sobre el dret de superfície i, amb això, la dificultat més important que suposa la seva admissió com a garantia del finançament necessari, fan més interessant, en cas que es pretengui la promoció immobiliària per explotar-la posteriorment en règim de superfície, la constitució d'hipoteca sobre el domini ple de la finca, de manera que aquella s'estengui sobre la propietat superficial i, en cas d'execució, aquesta provoqui l'extinció del dret de superfície i l'adquisició del domini ple per l'adjudicatari. En aquests supòsits, si el pagament del preu del dret de superfície es fa mitjançant la subrogació del superficiali en el préstec garantit amb hipoteca, pot configurar-se com a causa de resolució del dret de superfície la falta de pagament d'alguna de les quotes del préstec esmentat, ja que, en cas d'execució de la garantia tindria lloc l'extinció, tant del dret del superficiali, com del dret de propietari constituent.

9. Conclusió

La promoció del dret de superfície, com a eina per incorporar al mercat patrimonis públics de sòl i habitatges subjectes a algun règim de protecció pública, necessita una regulació adequada sobre el seu accés al Registre de la Propietat, encara pendent d'elaborar, donada la superació del contingut de l'article 16 del Reglament hipotecari pel que preveu l'article 564 del Llibre V del Codi civil de Catalunya i la Llei del sòl. La necessitat d'una regulació que resolgui les qüestions que han estat posades de manifest és evident, per tal com la inscripció del dret de superfície és imprescindible, en primer lloc, per possibilitar l'accés de la promoció d'habitatges en règim superficiali al finançament hipotecari i, en segon lloc, perquè les limitacions, els terminis i les condicions de destinació imposades al superficiali produeixin plens efectes.

Com a dret de naturalesa real de caràcter immobiliari, el dret de superfície té caràcter hipotecable, amb subjecció, en tot cas, a les limitacions que hagin estat establertes en el seu títol de constitució.

El dret de superfície: una alternativa per facilitar l'accés a l'habitatge

Chantal Moll de Alba Lacuve
 Professora de Dret Civil. Universitat de Barcelona

1. El dret de superfície i la seva nova configuració legal

Tradicionalment s'havia definit el dret de superfície com el dret a construir en un terreny aliè. Tanmateix les lleis més recents, com el Text Refós de la Llei de Sòl de 2008 o el Codi civil de Catalunya, han superat aquesta concepció i defineixen el dret de superfície com un dret de propietat sobre allò construït, independent i separat del dret de propietat del sòl¹. Amb la nova regulació del dret de superfície, sòl i construcció es converteixen en objectes de drets independents².

L'essència del dret de superfície ja no és el dret a construir sobre un terreny aliè, sinó el dret de propietat que atorga sobre allò edificat. Per això el dret de superfície es pot constituir no només per a construccions futures, sinó per a construccions ja existents.

Aquesta nova configuració del dret de superfície, com a propietat temporal separada de la del sòl, obre noves possibilitats d'aprofitament del parc urbanístic existent i de futures promocions immobiliàries.

2. El dret de superfície com a nou tipus de propietat immobiliària

L'admissió del dret de superfície com un nou tipus de propietat suposa un pas més en l'evolució històrica del dret de propietat. La propietat es pot definir, amb caràcter general, com el dret real que atorga al seu titular el poder més gran que existeix sobre una cosa, tot i que la configuració i el contingut d'aquest dret han variat en cada etapa històrica.

En el dret romà, el dret de propietat era un dret absolut, s'atorgava un poder omnímode al propietari. A l'edat mitjana, la propietat es va separar i es distingia el domini útil (el dret que ostentava el que treballava la terra), del domini directe (el dret del senyor a cobrar rendes). A començaments del segle XIX, amb la codificació es pretén tornar a la propietat com a poder absolut, tan sols limitat

¹ «Art. 40 del Text Refós de la Llei de Sòl 2/2008:

1. *El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.»*

També proclama aquesta concepció iconoclàstica del dret de superfície l'article 564.1 del Codi civil de Catalunya:

«La superfície és el dret real limitat sobre una finca aliena que atribueix temporalment la propietat separada de les construccions o de les plantacions que hi estiguin incloses. En virtut del dret de superfície, es manté una separació entre la propietat d'allò que es construeix o es planta i el terreny o el sòl en què és fa.»

² La teoria de la propietat separada en el dret de superfície ha estat històricament molt polèmica ja que la seva admissió implica la derogació del principi *superficies solo cedit*, que recull l'article 358 CC, segons el qual el propietari del sòl adquireix per accessió tot allò que es construeixi o planti. Sobre aquesta qüestió veg. MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, *La edificación en suelo ajeno*, Ed. Difusión Jurídica, 2004.

El dret de superfície es pot constituir no només per a construccions futures, sinó per a construccions ja existents.

per les disposicions legals. Al segle xx, les idees socialitzadores i el moviment industrial provoquen l'aparició d'una nova configuració del dret de propietat, basada en la seva funció social.

La funcionalització de la propietat significa una nova metamorfosi de l'institut dominical. La propietat s'atribueix i s'exercita no només per satisfer els interessos individuals del seu titular, sinó també en funció de determinats interessos de la col·lectivitat. Actualment la nostra ordenació jurídica considera la funció social com a part integrant del dret de propietat (art. 33, de la Constitució espanyola; art. 541-1 i 541-2, del Codi civil Català). A Catalunya, a més, la funció social de la propietat és un dels eixos vertebradors de la Llei catalana 18/2007, de 28 de desembre, del dret a l'habitatge. En efecte, gran part de les sancions que es poden imposar per protegir la qualitat del parc immobiliari o la destinació dels habitatges de protecció oficial es fonamenta en l'incompliment de la funció social de la propietat.

Aquest tipus de propietat permet satisfer les necessitats del tipus de societat en la qual vivim: una societat més globalitzada, amb més mobilitat, menys lligada a la terra i més pendent de les noves tecnologies.

La configuració de la propietat superficialment com a propietat limitada a allò construït i de caràcter temporal s'adapta completament a la idea de funció social de la propietat ja que el dret de superfície permet abaratir el cost de l'habitatge i multiplicar els aprofitaments urbanístics. A més aquest tipus de propietat permet satisfer les necessitats del tipus de societat en la qual vivim: una societat més globalitzada, amb més mobilitat, menys lligada a la terra i més pendent de les noves tecnologies.

3. Normes aplicables al dret de superfície a Catalunya

A Catalunya el dret de superfície es troba regulat en els preceptes següents:

- Els articles del 564.1 al 564.6, del Llibre V del Codi civil de Catalunya (CCC), que va entrar en vigor l'1 de juliol de 2005, amb la qual cosa van quedar derogats els articles de l'1 al 5 de la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servei i d'adquisició voluntària o preferent.
- L'article 162 de la Llei d'urbanisme de Catalunya (Llei 2/2002, de 14 de març; 10/2004, de 24 de desembre) estableix algunes especificitats a la regulació del CCC per al dret de superfície constituït per ens públics.
- L'article 16.1 del Reglament hipotecari, que estableix les condicions necessàries per a la inscripció registral del dret de superfície.

En qualsevol cas, el dret comú en matèria de dret de superfície a Catalunya és el que estableix el Codi civil de Catalunya. Així doncs, sempre que es compleixin els requisits establerts en el CCC per constituir el dret hi ha dret real i aquest dret ha de tenir accés al Registre amb base als articles 2 LH i 7 RH. L'article 16.1 del Reglament hipotecari no és més que una norma adjectiva i de menys rang normatiu que els articles del CCC.

Amb relació a la normativa registral aplicable al dret de superfície, convindria que aquesta s'adaptés als preceptes substantius (Llei del sòl i CCC) per admetre la inscripció de la propietat superficialment (i no merament la del dret real limitat, tal com disposen els articles 16.1 i 30.3 RH).

4. Classes de dret de superfície

Existeixen dos tipus de dret de superfície, depenent de l'objecte sobre el qual recauen:

- Dret de superfície sobre construccions o plantacions anteriors a la constitució del dret (sobre el sòl o sota el sòl).
- Dret de superfície sobre construccions o plantacions posteriors a la constitució del dret.

5. Règim legal: constitució, durada i extinció

El dret de superfície s'ha de constituir en escriptura pública. Si no es compleix aquest requisit formal el document no és vàlid. L'escriptura ha de contenir les circumstàncies que detalla l'article 564-3 del CCC.

A més, perquè quedi constituït, és necessari inscriure el dret de superfície al Registre de la Propietat.

Mentre el dret de superfície existeix, es pot transmetre tant la propietat superficiària com la propietat del sòl.

El dret de superfície té una durada màxima de 99 anys. Mentre el dret de superfície existeix, es pot transmetre tant la propietat superficiària com la propietat del sòl.

El CCC estableix unes causes generals d'extinció, si bé les parts en poden pactar d'altres. Una vegada extingit el dret, la propietat superficiària queda «absorbida» per la propietat del sòl. Es produeix la reversió del bé a favor del propietari del sòl sense necessitat que aquest pagui indemnització.

6. Règim voluntari

La regulació legal és pràcticament subsidiària del pacte entre les parts. Així ho subratlla l'exposició de motius del Llibre V del CCC. Es tracta de l'aplicació en l'àmbit dels drets reals del principi de llibertat civil que proclama amb caràcter general l'article 111.6 del CCC.

ANNEX 1

Espectura de constitució i transmissió del dret de superfície

- Identificació de les parts.
- Acreditació de la titularitat de la finca i altres manifestacions.

DISPOSICIONS

Primera: El titular del sòl, en aquest acte i per mitjà del seu representant, constitueix i transmet a favor de _____, que adquireixen el dret de superfície sobre la finca descrita anteriorment en la part expositiva d'aquesta escriptura.

Segona: El preu del dret de superfície és de _____, que el _____ rep en aquest acte del superficiari conferint-li, fent-li carta de pagament de l'esmentada quantitat.

(a continuació, hi ha d'haver la clàusula de subrogació en el préstec hipotecari)

Tercera: La durada del dret de superfície serà de 75 anys comptats a partir de la data de la signatura de la present escriptura i s'extingirà de manera automàtica un cop transcorregut el termini indicat.

No obstant això, el titular del sòl, en el moment de venciment del termini de durada del dret, podrà prorrogar-lo per 15 anys més sense cost pel superficiari sempre que l'habitatge i els seus elements comuns estiguin en un estat correcte de conservació i manteniment.

Quarta: El superficiari utilitzarà la finca objecte d'aquest atorgament sense alterar la seva forma i substància, amb l'obligació de conservar l'habitatge i els elements comuns amb la diligència exigible a fi que pugui servir per al seu ús habitual.

El superficiari haurà de complir durant tot el període de durada del dret de superfície els deures de conservació i rehabilitació que estableix la legislació vigent. L'incompliment d'aquests deures donarà lloc a l'extinció del dret de superfície que es constitueix amb el present document.

El superficiari s'obliga igualment a tenir assegurat l'habitatge contra incendis i altres riscos que poguessin posar-ne en perill el valor.

Cinquena: El superficiari, en la seva condició de propietari de l'habitatge, s'integrarà a la comunitat de propietaris i en conseqüència, seran a càrrec exclusiu del superficiari totes les despeses i impostos que es derivin de la titularitat de l'habitatge i de la seva participació en elements comuns o serveis. Així mateix, seran a càrrec seu les reparacions i les despeses de conservació, tant ordinàries com extraordinàries i les despeses de la comunitat de propietaris, les primes de les assegurances, l'IBI, i tots aquells impostos i tributs estatals, autonòmics i locals, gravin ara o en el futur la titularitat de l'habitatge, amb independència de qui sigui el seu subjecte passiu, sense que en cap cas tingui dret a ser reintegrat cap quantitat en finalitzar el dret de superfície sota cap concepte.

Sisena: L'adquirent del dret de superfície s'obliga a destinar l'habitatge com a domicili habitual i permanent i a respectar les limitacions i les prohibicions següents:

- a) Les que preveuen les normes reguladores del règim de protecció pública al qual està acollit l'habitatge objecte del dret de superfície, i en la seva qualificació definitiva, per tota la durada d'aquest règim.
- b) Les expressament establertes en el present títol constitutiu del dret de superfície, com a part del contingut d'aquest dret i per tota la seva durada.

Setena: La transmissió entre vius de l'habitatge així com qualsevol acte de gravamen sobre aquest, requereix l'autorització expressa de _____ (titular del sòl).

Una vegada sol·licitada pel superficiari aquesta autorització, el _____ (titular del sòl) podrà:

1. Recuperar ell mateix la propietat superficiària. En aquest cas, lliurarà al superficiari la quantitat abonada com a amortització de capital en el moment de la transmissió del dret amb les reduccions següents:

En els primers 15 anys, sense reducció.

En els següents 35 anys, amb una reducció d'un 1 % per any transcorregut.

En els següents 25 anys, amb una reducció del 2,6 % per any transcorregut, acumulada a la reducció del tram anterior.

Les quantitats reduïdes mitjançant els percentatges establerts en el paràgraf anterior, així com les del primer tram, que no porten reducció, s'actualitzaran aplicant la variació de l'IPC que s'hagi produït entre la data de transmissió del dret i la data de petició de l'autorització de transmissió de l'habitatge. En qualsevol cas, les quantitats que s'han d'abonar, inclosa la seva actualització, no poden superar el preu màxim de venda fixat administrativament per als habitatges amb protecció oficial segons la tipologia en què estigui qualificat l'habitatge, i vigent en el moment de sol·licitar l'autorització per a la transmissió de l'habitatge.

2. Autoritzar la transmissió a tercers de l'habitatge sempre que reuneixin els requisits necessaris per a l'adjudicació d'un habitatge amb protecció oficial. El propietari del sòl haurà de donar aquesta autorització en cas que opti per no recuperar ell mateix la propietat superficiària. Així mateix, s'entendrà donada aquesta autorització si han transcorregut tres mesos sense resposta per part del propietari del sòl o si aquest en el mateix període no ha posat a disposició del superficiari les quantitats esmentades en el paràgraf primer anterior.

En els casos de transmissions forçoses de la propietat superficiària, s'aplicarà el mateix procediment establert en els apartats 1 i 2 anteriors.

Vuitena: La transmissió de la propietat superficiària estarà subjecte als drets d'adquisició preferent que estableixi la normativa per als habitatges amb protecció oficial, mentre la qualificació de l'habitatge sigui vigent.

Per aquest efecte, si el titular del sòl autoritza expressament la transmissió, aquesta s'haurà de dur a terme d'acord amb el que

preveuen els articles des del 86 al 91 de la Llei 18/2007, del dret a l'habitatge.

Amb aquesta finalitat s'estableix un dret d'opció i de retracte a favor de l'Administració de la Generalitat de Catalunya, dret que es mantindrà mentre sigui vigent la qualificació d'habitatge com a protegit.

L'adquirent s'obliga, un cop obtinguda l'autorització expressa del _____ (titular del sòl), a notificar en els termes previstos en l'article 89 de la Llei del dret a l'habitatge, al Departament de Medi Ambient i Habitatge la seva decisió d'efectuar la transmissió, sense que, per tant, l'autorització del titular del sòl pugui substituir la comunicació del dret d'opció en els termes previstos en la Llei del dret a l'habitatge.

Novena: Durant els primers 15 anys des de la transmissió del dret, el superficiari podrà desistir d'aquest contracte aplicant-se en aquest cas la devolució de les quantitats establertes en els paràgrafs anteriors.

Desena: Seran causes de resolució d'aquest dret de superfície per a tot el període de la seva durada, a més de la finalització del termini pel qual ha estat constituït i les generals aplicables a l'extinció dels drets reals les següents:

1. Que el superficiari no destini l'habitatge com a domicili habitual i permanent per a ell mateix i, si escau, per a la seva família.
2. Destinar l'habitatge a usos diferents del de residència habitual i permanent de l'adquirent i, si escau, de la seva família.
3. Mantenir-lo desocupat per un període superior a tres mesos.
4. Llogar-lo o subarrendar-lo a terceres persones.

5. La transmissió entre vius de l'habitatge, sense l'autorització expressa del titular del sòl.

6. L'incompliment per part del comprador dels deures de conservació i rehabilitació que respecte de l'habitatge i dels elements comuns estableix la normativa vigent.

7. L'impagament de més de _____ venciments del préstec hipotecari en què s'ha subrogat el superficiari en virtut del que estableix l'estipulació segona.

8. La reunió del dret de superfície i la plena propietat en una mateixa persona.

En els supòsits de resolució del dret esmentats en els punts de l'1 al 6, el propietari del sòl podrà retenir un 20 % de les quantitats que s'han de retornar segons l'estipulació setena 1 en concepte de clàusula penal, sens perjudici de les possibles sancions que s'apliquen d'acord amb la normativa d'habitatges amb protecció oficial.

Els supòsits d'extinció d'aquesta estipulació s'aplicaran amb independència de la vigència o no de la qualificació administrativa de l'habitatge com de protecció oficial.

Finalitzat el termini pel qual es constitueix el dret de superfície o extingit el mateix per qualsevol de les causes que s'indiquen més amunt, la part compradora està obligada a deixar l'habitatge lliure, vacu i expedit.

Atès que l'habitatge sobre el qual es constitueix el dret de superfície forma part del patrimoni municipal de sòl, es considera aplicable, en la inscripció en el Registre de la Propietat de la resolució que per les causes esmentades es produeixi, el que preveu l'article 39.4 a de la Llei del sòl, Text refós aprovat per RD Llei 2/2008.

ANNEX 2

Valoració d'immobles sobre els quals s'ha constituït un dret de superfície

L'Ordre ECO 805/2003, de 27 de març, sobre normes de valoració de béns immobles i de determinats drets per a certes finalitats financeres, és la norma en què s'estableix, en l'article 53, el mètode de valoració dels immobles sobre els quals es constitueixen drets de superfície.

Per conèixer la praxis d'aquesta normativa, el Patronat Municipal de l'Habitatge ha encomanat a una societat de taxació homologada la valoració d'una promoció de 72 habitatges en dret de superfície a 75 anys, sense valor de mercat hipotecari.

En l'informe de taxació es parteix del valor de mercat dels immobles, com si aquests fossin de ple domini, i d'aquest valor

es dedueix el valor actual del valor de reversió, que és el que correspon al de l'immoble l'any 75 de la seva vida útil (la qual es considera de 100 anys), i el resultat d'aquesta diferència és el valor de mercat de l'immoble en dret de superfície.

Amb aquestes premisses i aplicant un tipus de descompte del 5,2 %, i un IPC del 0,70 %, s'obté que el valor de mercat de ple domini d'aquesta promoció analitzada és de 10.708.330 euros, el valor actual de reposició (l'any 75) de 128.630 euros, i, per tant, el valor de mercat del dret de superfície és de 10.579.700 euros.

És a dir, que la reducció del valor de taxació del dret de superfície en relació al valor en ple domini és inferior al 2 %.

ANNEX 3

Exemples de condicions econòmiques

Exemples de preus de venda de dret de superfície i quotes a càrrec d'adjudicatari segons trams d'ingressos

PREU HPO-RG/m²	1.940,48		
m ² habitatge	60,00	70,00	80,00
m ² aparcament vinculat	25,00	25,00	25,00
HIPOTECA MÀXIMA	116.428,80	131.952,64	147.476,48

Adjudicatari amb ingressos fins a 2,5 l'IPREM

m ² habitatge	60,00	70,00	80,00
m ² aparcament vinculat	25,00	25,00	25,00
Preu de venda del Dret de Superfície	145.536,00	164.940,80	184.345,60
AEDE (Ajuda Estatal Directa a l'Entrada)	9.200,00	9.200,00	9.200,00
Subvenció a l'adjudicatari a càrrec de la Generalitat (pel dret de superfície) (*)	18.750,00	21.250,00	23.750,00
Ajut complementari a l'adjudicatari a càrrec del promotor	1.157,20	2.538,16	3.919,12
Entrada	0,00	0,00	0,00
Hipoteca = màxim el 80% del preu de venda, a 30 anys, 3,5% TAE	116.428,80	131.952,64	147.476,48
1a quota subsidiada (100 € / 10.000 € de préstec) (**)	422,23	478,53	534,83

Adjudicatari amb ingressos entre 2,5 i 3,5 l'IPREM

m ² habitatge	60,00	70,00	80,00
m ² aparcament vinculat	25,00	25,00	25,00
Preu de venda del Dret de Superfície	145.536,00	164.940,80	184.345,60
AEDE (Ajuda Estatal Directa a l'Entrada)	8.200,00	8.200,00	8.200,00
Subvenció a l'adjudicatari a càrrec de la Generalitat (pel dret de superfície) (*)	18.750,00	21.250,00	23.750,00
Ajut complementari a l'adjudicatari a càrrec del promotor	2.157,20	3.538,16	4.919,12
Entrada	0,00	0,00	0,00
Hipoteca = màxim el 80% del preu de venda, a 30 anys, 3,5% TAE	116.428,80	131.952,64	147.476,48
1a quota subsidiada (80 € / 10.000 € de préstec) (**)	441,64	500,52	559,40

ANNEX 3

Adjudicatari amb ingressos entre 3,5 i 4,5 l'IPREM

m ² habitatge	60,00	70,00	80,00
m ² aparcament vinculat	25,00	25,00	25,00
Preu de venda del Dret de Superfície	145.536,00	164.940,80	184.345,60
AEDE (Ajuda Estatal Directa a l'Entrada)	6.200,00	6.200,00	6.200,00
Subvenció a l'adjudicatari a càrrec de la Generalitat (pel dret de superfície) (*)	18.750,00	21.250,00	23.750,00
Ajut complementari a l'adjudicatari a càrrec del promotor	4.157,20	5.538,16	6.919,12
Entrada	0,00	0,00	0,00
Hipoteca = màxim el 80% del preu de venda, a 30 anys, 3,5% TAE	116.428,80	131.952,64	147.476,48
1a quota subsidiada (60 € / 10.000 € de préstec) (**)	461,04	522,51	583,98

(*) Segons projecte del Pla per al Dret a l'Habitatge 2009-2012.

(**) Duració del subsidi = 10 anys.

PRESENTACIÓN

La dificultad para obtener suelo para vivienda protegida en la ciudad de Barcelona nos ha hecho valorar la necesidad de conservarlo en manos públicas con el fin de mantener su destino social. Por otra parte, debemos buscar fórmulas que mejoren la accesibilidad a este tipo de vivienda. Estos motivos llevaron al Ayuntamiento de Barcelona, el año 2007, a adoptar el compromiso de introducir el derecho de superficie como una nueva fórmula para acceder a las viviendas protegidas.

Este sistema es posible en Cataluña desde que el Gobierno de la Generalitat aprobó el Decreto 255/2005, en el que, por primera vez, se reconocía esta figura como un régimen de tenencia que, a todos los efectos, se asimila a los otros regímenes de vivienda protegida. Posteriormente, la Ley 18/2007 del derecho a la vivienda, ha establecido definitivamente el derecho de superficie como una de las tipologías prioritarias en las políticas de vivienda.

El criterio ha sido recogido en el nuevo Plan de la Vivienda de Barcelona 2008-2016 que el plenario del Ayuntamiento de Barcelona aprobó el pasado mes de mayo.

El proceso para definir y regular el derecho de superficie ha durado dos años y se ha desarrollado de forma paralela a la programación de diversas actuaciones que el Patronato Municipal de la Vivienda, como promotor del Ayuntamiento de Barcelona, debe llevar a cabo en los próximos años. Hasta el año 2011 está prevista la construcción de casi 900 viviendas de cesión en derecho de superficie.

El objetivo de este monográfico es reflexionar y recoger los principales rasgos que definen el derecho de superficie y hacerlo desde tres perspectivas y centros de interés totalmente diferentes: desde la administración, es decir, desde el Patronato Municipal de la Vivienda, que es el que debe promover y gestionar las viviendas; desde el ámbito registral, dada la importancia que tiene asegurar el acceso al Registro de la Propiedad; y desde la universidad, para dar una visión más académica de lo que supone la admisión del derecho de superficie como un nuevo tipo de propiedad.

Tal y como expone el Patronato en este *Quèstions*, **el derecho de superficie, puede constituir una alternativa de vivienda que sea más accesible para el usuario, más estable, que supere los problemas de endeudamiento y gestión de la administración y que sea compatible con los requerimientos de rotación del parque social y del mantenimiento de la titularidad pública del suelo.** En la actual situación de crisis financiera y económica, estas virtudes dan aún más valor al derecho de superficie y lo sitúan, por delante de otros modelos de tenencia clásicos, como una nueva alternativa para que la administración pueda continuar nutriendo la ciudad de vivienda protegida. Así, estos planteamientos hacen que, en estos momentos, el impulso de esta nueva figura por parte del Ayuntamiento de Barcelona sea prioritario.

Para acabar, quiero recordar que esta nueva fórmula, innovadora en Cataluña y en el estado español, es también consecuencia de las reflexiones, estudio y consideraciones hechas en el seno del Grupo de Trabajo de Alquiler del Consejo de la Vivienda Social de Barcelona que se creó ya en el 2007 a raíz de la preocupación compartida por muchas entidades de la ciudad por reflexionar en torno al mercado de alquiler y sus alternativas. Éste fue el tema central del seminario sobre Medidas de fomento del alquiler y alternativas a la venta, organizado en octubre del 2008 por el

citado Grupo de Trabajo del Consejo de la Vivienda Social de Barcelona para abordar las medidas de fomento del mercado de alquiler. En aquella sesión de trabajo se presentó la experiencia vasca y holandesa para contextualizar el derecho de superficie como una alternativa a la venta.

Ahora, la firme apuesta para construir viviendas en derecho de superficie sitúa al Ayuntamiento de Barcelona y al Patronato Municipal de la Vivienda, una vez más, como pioneros en la aplicación de nuevas fórmulas activas en el marco de la vivienda pública en Barcelona.

Deseo y confío muy sinceramente que este nuevo reto sirva para dar un paso más hacia la calidad de vida y la cohesión social en el marco de avanzar hacia el ejercicio del derecho a una vivienda digna para todos los ciudadanos, en el que estamos comprometidos.

Antoni Sorolla Edo
Delegado de Vivienda
Ayuntamiento de Barcelona

El derecho de superficie: la nueva fórmula del Ayuntamiento de Barcelona para acceder a una vivienda protegida

Jaume Fornt Paradell
Gerente del Patronato Municipal de la Vivienda de Barcelona

El mes de noviembre de 2007, el Ayuntamiento de Barcelona tomó el acuerdo de utilizar únicamente dos regímenes de tenencia en las promociones del Patronato Municipal de la Vivienda: alquiler o derecho de superficie. Por tanto, la figura de la compraventa quedaba únicamente aplicable para los casos de afectados urbanísticos.

Como es obvio, esta decisión se tomó desde el convencimiento de que era necesario dar un giro a los tradicionales regímenes de tenencia de la vivienda protegida, y de que el derecho de superficie constituía la mejor alternativa.

Durante todo este tiempo se han programado actuaciones en este régimen, algunas de las cuales están ya en construcción y se ha podido profundizar en muchos de los aspectos que inciden en esta nueva figura. También la actual crisis económica ha incorporado elementos nuevos y a menudo imprevistos en los debates sobre la vivienda protegida y en general sobre las políticas de vivienda.

La suma de todo ello hace que continuemos pensando que la figura del derecho de superficie es una alternativa clave en la promoción de vivienda protegida y que la actual crisis no sólo no ha perjudicado, sino que ha fortalecido su papel potencial. Todo ello intentaré explicarlo respondiendo a las que considero que son las 10 preguntas fundamentales que permiten explicar la propuesta.

1. ¿Qué es el derecho de superficie y cuál ha sido su utilización hasta el momento?

El artículo 564-1 del Código Civil de Cataluña nos define perfectamente el derecho de superficie en estos términos:

«La superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que estén incluidas en ella.

En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de aquello que se construye o se planta y el terreno o el suelo en que se hace.»

Por tanto, en virtud de esta figura, se puede ser propietario de una vivienda con plenos efectos, manteniendo la propiedad del suelo una persona diferente, en este caso, la Administración pública.

No es necesario decir que ésta es una excepción, prevista en nuestro ordenamiento jurídico civil, al principio de que quien es propietario del suelo también lo es del vuelo y del subsuelo.

Sólo la propia definición de la figura ya nos da idea del potencial que tiene desde el punto de vista de mantenimiento de los patrimonios públicos de suelo.

A pesar de lo dicho hay que aclarar que hasta el momento y en el ámbito de Cataluña, la figura sólo se ha utilizado como una fórmula de promover vivienda en régimen de alquiler a través de terceros operadores. En este sentido, ha sido relativamente habitual que los Ayuntamientos cedieran derechos de superficie a promotores públicos o privados con el fin de que construyeran viviendas en régimen de alquiler. Igualmente, se ha utilizado como fórmula para la promoción de vivienda dotacional.

Hay que dejar claro de entrada que si bien la voluntad es la de seguir utilizando el derecho de superficie para promover alquiler, lo que planteamos en el presente artículo es una fórmula absolutamente diferente de la anterior y que no se puede confundir con ella, como a veces ha sucedido.

Fijémonos que en el modelo de alquiler, el usuario de la vivienda es inquilino, el promotor es el titular del derecho de superficie y por tanto propietario del edificio y la administración pública es propietaria del suelo. Por tanto, en el esquema intervienen tres agentes.

Nosotros planteamos que el usuario de la vivienda sea el propietario del mismo y que la administración pública reste como propietaria del suelo. En nuestro modelo se transmite la propiedad superficiaria y por tanto, una vez entregada la vivienda el promotor desaparece y la relación queda establecida únicamente entre el usuario/adjudicatario de la vivienda y el titular del suelo. Ésta es una consideración muy importante y con muchos efectos, como después se explicará.

Fijémonos también que la posición de la administración pública titular del suelo es idéntica en un caso y en el otro (la administración es propietaria del suelo y la propiedad del vuelo corresponde a otro). La diferencia es la posición y la condición del usuario. En un caso es inquilino y el propietario es el promotor y en nuestro modelo, el usuario es el auténtico propietario de la vivienda.

2. ¿Qué fórmula propone el Ayuntamiento de Barcelona?

La fórmula propuesta es la siguiente:

- El titular del suelo (en este caso Patronato Municipal de la Vivienda) transmite al adjudicatario de la vivienda el derecho de superficie y por tanto la propiedad del mismo, reteniendo la administración la propiedad del suelo.
- Esta transmisión es por un período de 75 años (la normativa civil establece que el derecho de superficie tiene un carácter necesariamente temporal). Transcurridos los 75 años,

la vivienda vuelve al propietario del suelo sin ninguna indemnización a favor del usuario.

- La Administración cobra un precio alzado por la transmisión del derecho de superficie por 75 años. Este precio se cobra al contado por la Administración (no es un canon) y el superficiario paga este precio subrogándose en el préstamo hipotecario obtenido para la construcción de la vivienda. Esta mecánica es por tanto idéntica a la que es habitual en cualquier transmisión en régimen de compraventa. Por tanto, el adjudicatario de la vivienda amortiza durante 25 ó 30 años un préstamo hipotecario normal y cuando acaba la amortización, deja de pagar.
- El propietario de la vivienda o superficiario se integra en una comunidad de propietarios y debe atender el mantenimiento de la vivienda y de los elementos comunes, como es habitual en cualquier propietario.
- Como es lógico el valor del derecho de superficie va bajando a medida que transcurre el tiempo y es cero en el momento de cumplirse los 75 años, cuando la propiedad de la vivienda vuelve a la administración. En la escritura pública se regula y se define cuál es el valor de la vivienda en cada momento y hasta los 75 años.

Igualmente, el Ayuntamiento garantiza que si el titular de la vivienda lo devuelve dentro de los primeros 15 años no hay pérdida de valor y se le devuelve al superficiario todo lo que ha pagado por la vivienda (exceptuando los intereses, como es lógico) actualizado con el IPC. Es una medida pensada especialmente para los jóvenes que saben que pueden acceder a estas viviendas y recuperar gran parte de aquello que han invertido si mejoran su condición económica y quieren optar por otra opción de vivienda libre. La finalidad perseguida es incentivar la rotación de estas viviendas y que puedan servir para atender otras necesidades de vivienda.

- Esta vivienda se puede transmitir por su titular en herencia.
- De la misma manera el titular puede vender la vivienda, pero esta transmisión está sujeta a autorización del titular del suelo. Por tanto, acabará siendo la Administración titular del suelo la que recomprará las viviendas que se quieran vender devolviendo a su titular las cantidades que se pacten en la escritura en función del tiempo que quede para cumplir el plazo de 75 años.
- También el contrato contiene algunas cláusulas resolutorias del derecho de superficie antes del plazo estipulado que se pueden ver en el modelo de contrato adjunto. Todas responden a la voluntad de preservar durante toda la duración del derecho el destino social de la vivienda.
- Finalmente hay que destacar que dentro de estas cláusulas resolutorias está la del mal mantenimiento de la vivienda y/o de sus elementos comunes. Igualmente se incentiva el buen mantenimiento en el contrato posibilitando una prórroga del derecho de superficie una vez acabado el plazo si este mantenimiento ha sido correcto.

3. Un nuevo enfoque del uso habitual y tradicional de la figura del derecho de superficie

Tal como nos dice profesora Chantal Moll en su artículo publicado en este mismo *Questions*, el derecho de superficie ha dejado de ser sólo un derecho a construir en suelo ajeno y llevar a

cabo su construcción, para constituir una auténtica propiedad separada entre el suelo y el vuelo.

Este cambio de enfoque (con consecuencias prácticas importantes, como veremos) deriva directamente del Código Civil de Cataluña en su artículo ya citado 564.1 por lo que se refiere al mismo concepto, y del 564-2 cuando permite que el derecho de superficie se constituya sobre construcciones ya existentes.

Aún con más claridad, el «Texto Refundido de la Ley del Suelo», en su artículo 40-1, admite que el derecho de superficie pueda constituirse sobre construcciones o edificaciones «ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo».

Dicho de otra manera, podemos seguir constituyendo derechos de superficie sobre un suelo que tengamos con el fin de que otro construya, pero ahora también podemos constituir derechos de superficie sobre viviendas ya construidas y resultantes de una división horizontal. Es desde esta segunda opción que el derecho de superficie se convierte en un nuevo régimen de tenencia de la vivienda. El derecho de superficie ha dejado de tener por objeto único y exclusivo el suelo y ahora puede tener por objeto también la vivienda.

Sin duda, este es el mismo planteamiento de la Ley del derecho a la vivienda cuando establece (art. 82.1) que «se puede transmitir la propiedad plena de las viviendas con protección oficial, o bien formalizar derechos de superficie, venta a carta de gracia u otros derechos reales, y también cederlos en arrendamiento...».

¿Qué consecuencias prácticas tiene lo que acabamos de explicar?

a) En primer lugar, si podemos constituir derechos de superficie sobre viviendas concretas, nada impediría que en una misma promoción coexistieran viviendas en compra/venta, en alquiler o en derecho de superficie. No se quiere entrar ahora en si esta situación sería deseable o no desde otros puntos de vista; lo que está claro es que es una opción posible.

b) En segundo término, si podemos constituir derechos de superficie sobre viviendas, en cada una de las mismas podemos fijar los plazos de duración del derecho que tengamos por conveniente. De esta manera, si recuperamos una vivienda transmitida en derecho de superficie, se puede transmitir nuevamente a un nuevo adjudicatario por el mismo plazo que se transmitió inicialmente al primer adjudicatario.

La posibilidad de readjudicar las viviendas en derecho de superficie por el mismo plazo de la adjudicación inicial tiene, como se puede intuir, efectos económicos importantes pero también repercusiones interesantes de cara a uno de los temas que más se ha cuestionado de la figura, como es el mantenimiento del inmueble cuando se va acercando el plazo de finalización del derecho. Efectivamente, tener las viviendas que componen un mismo inmueble con plazos de vencimiento diferentes del derecho de superficie puede jugar a favor de un mejor mantenimiento.

4. ¿Por qué es necesario incorporar un nuevo régimen de tenencia para la vivienda protegida?

Visto como se ha visto hasta ahora qué es lo que se pretende y qué encaje legal tiene, conviene ahora hacer una cierta parada y

reflexionar sobre el porqué de un nuevo régimen de tenencia de la vivienda protegida.

De hecho, cada uno de los dos sistemas clásicos vigentes hasta ahora han tenido tradicionalmente los siguientes problemas:

- El alquiler para la Administración ha tenido tradicionalmente el gravísimo problema no resuelto de la acumulación ilimitada de endeudamiento y de su compleja gestión. Desde la perspectiva del usuario, el alquiler con su duración habitual de 5 años, no le da suficientes garantías de estabilidad en la vivienda.
- La compra, por otra parte, siempre ha tenido el problema de la accesibilidad para el usuario: dificultades en tener la entrada más el IVA y, a menudo, también dificultades en la subrogación. No olvidemos que hablamos de vivienda social y por tanto, de vivienda dirigida a las personas con menos recursos. No es necesario decir que la incorporación de figuras de vivienda protegida de precio más elevado, como es la vivienda concertada, comporta más aún esta problemática.

En este marco, la actual crisis económica no es que haya hecho cuestionar los modelos tradicionales de la compra o el alquiler pero podríamos decir que ha acentuado notablemente las problemáticas que ya venían arrastrando. Así:

- El alquiler está teniendo especiales dificultades de financiación, incluso si los promotores son entidades públicas. Por tanto, al tradicional problema de la acumulación de endeudamiento y la gestión se añade ahora la dificultad en la obtención de créditos.
- Por otra parte, la accesibilidad a la vivienda de compra se ha visto muy perjudicada tanto por la propia situación personal de los posibles adjudicatarios de viviendas protegidas como por las dificultades o imposibilidad de financiación de la entrada necesaria o la restricción de las subrogaciones. Tanto es así que en determinados lugares considerados de fuerte demanda residencial se ha comenzado a notar una clarísima y muy importante disminución de las solicitudes de vivienda protegida en compra.

Para cerrar este capítulo, el derecho de superficie puede constituir una alternativa de vivienda que sea más accesible para el usuario, más estable, que supere los problemas de endeudamiento y gestión de la administración y por otra parte sea compatible con los requerimientos de rotación del parque social y del mantenimiento de la titularidad pública del suelo.

5. Tratamiento del derecho de superficie en el nuevo Plan de la Vivienda

El artículo 80.6 de la Ley para el derecho a la vivienda establece: «La constitución y la transmisión de derechos de superficie, el alquiler a largo plazo y la concesión administrativa son instrumentos de interés especial, en el marco de esta ley, para promover viviendas con protección oficial en suelo de titularidad pública obtenido por el cumplimiento del deber de cesión de aprovechamiento urbanístico o en suelo público. Las promociones hechas con estos instrumentos deben tener un tratamiento favorable en la política de subvenciones de los planes de vivienda.»

Tal como hemos dicho antes, la figura del derecho de superficie debe ser más asequible para el usuario que la vivienda de compra. De hecho, este artículo de la Ley del derecho a la vivienda

aproxima el tratamiento de las subvenciones para la figura que nos ocupa a la promoción de vivienda de alquiler.

No olvidemos que los costes de construcción de la vivienda y de producción del suelo son idénticos en la vivienda de compra que con la vivienda en derecho de superficie; y, por tanto, el tratamiento favorable de los Planes de la Vivienda, ya avalado por la Ley, es lo que ha de permitir facilitar la accesibilidad del usuario.

Nosotros entendemos que esta mayor accesibilidad debería suponer la práctica eliminación de la entrada en la figura del derecho de superficie, de tal forma que se pudiera acceder a estas viviendas prácticamente con el pago único del IVA y el pago de las cuotas de amortización de la hipoteca (que se sitúan aproximadamente entre 400 y 500 € mensuales por una vivienda de 60 m² con aparcamiento).

Con la aplicación a la figura de subvenciones equivalentes a las ya existentes por el alquiler a 10 años prácticamente estaría garantizado este efecto. Por nuestra parte consideramos muy relevante que el proyecto de Decreto del nuevo Plan de la Vivienda de Cataluña que se ha hecho público en el momento de redactar este artículo haya recogido este planteamiento, lo que sin duda será muy importante de cara a la utilización de la figura del derecho de superficie.

6. ¿Por qué el derecho de superficie es una figura intermedia entre la compraventa y el alquiler?

El artículo 541-1 del Código Civil de Cataluña nos define el concepto del derecho de propiedad:

«La propiedad adquirida legalmente otorga a los titulares el derecho a usar de forma plena los bienes que constituyen su objeto y a disfrutar y disponer de ellos.»

De acuerdo con este concepto, 3 son las ideas clave que lo configuran y que traducidas a la vivienda, podríamos explicar de esta forma:

- El derecho al uso ilimitado del bien en el caso de la vivienda tiene mucho que ver con la estabilidad en la misma. Si soy propietario de la vivienda ya no me tendré que preocupar más de este tema.
- El derecho a disfrutar de ella, que es sinónimo de apropiarse de sus frutos, enlaza en el caso de la vivienda con el mismo como bien de inversión. Si soy propietario, me podré beneficiar de las plusvalías que pueda experimentar su valor y, desde otra perspectiva, cuando sea mayor, si es necesario, podré desinvertir (hipoteca inversa).
- Finalmente, el derecho a disponer de ella implica la capacidad de vender o ceder la vivienda entre vivos o disponer de ella por causa de muerte.

Obviamente, el alquiler como régimen de tenencia se sitúa a las antípodas de este concepto tanto desde el punto de vista de la estabilidad en el uso de la vivienda, de su valor como inversión, o del inexistente poder de disposición.

Lógicamente, en la medida en que se han ido endureciendo las limitaciones aplicables a las viviendas protegidas de compra, la distancia entre el alquiler y la compra se ha reducido, ya que hoy día ni se puede hacer un uso ilimitado de las viviendas protegidas,

ni estas funcionan ya, tanto como antes, como un bien de inversión. Asimismo, hay restricciones importantes a la facultad de disposición.

Partiendo de este mismo análisis, ¿dónde situamos el derecho de superficie?

- Desde la perspectiva del uso y la estabilidad en la vivienda, el derecho de superficie funciona de forma similar a la compraventa. Otorga un derecho de uso durante 75 años, que alcanzan sobradamente toda la vida del adjudicatario y parte de la de su posterior generación, aun sin considerar las posibles prórrogas.
- Como bien de inversión evidentemente el derecho de superficie se aproxima mucho más al alquiler. Con el derecho de superficie no será posible ni apropiarse posibles plusvalías (el valor de la vivienda no sube sino que baja a medida que se aproxima el plazo de finalización), ni tampoco pensar en desinversiones futuras. La hipoteca inversa no es posible con esta figura. En cambio, a diferencia del alquiler, las cantidades pagadas como cuota de amortización del préstamo se recuperan si se devuelve la vivienda en un plazo determinado (15 años en nuestro modelo), lo cual vuelve a ser una diferencia clara con el alquiler.
- Finalmente, desde el punto de vista de la facultad de disposición, el derecho de superficie vuelve a aproximarse más a la compraventa. El derecho se puede transmitir, aunque con limitaciones, entre vivos; se puede vender; se puede dejar en herencia y se puede gravar.

7. ¿Qué ventajas tiene la utilización de la figura para la Administración y especialmente para la Administración local?

Una vez hecho el análisis del derecho de superficie más desde los derechos y facultades que confiere a su titular (párrafo anterior), conviene ahora relacionar las ventajas para la Administración de su utilización, algunas de las cuales ya se han ido desgranando.

1. En primer lugar, y como ventaja más importante, tenemos que el derecho de superficie permite mantener la titularidad pública del suelo.
2. El derecho de superficie supone promover una figura intermedia entre el alquiler y la compra sin aumentar el endeudamiento, que se traslada.
3. El mantenimiento de las viviendas corresponde a los usuarios y no a la administración.
4. La priorización del valor de uso de la vivienda por encima de su valor de inversión, que como se ha visto antes es propio del derecho de superficie, junto con la mayor facilidad para acceder a estas viviendas hace pensar en una mayor rotación de este parque, más cercana al alquiler que a la compra.
5. El derecho de superficie es una alternativa más asequible de vivienda que la compra, especialmente para los jóvenes.
6. El derecho de superficie tiene una regulación civil muy desarrollada que permite blindar las limitaciones de aquella vivienda desde la escritura y con inscripción en el Registro de la Propiedad, con independencia de la calificación o descalificación de aquella vivienda desde un punto de vista administrativo.
7. El derecho de superficie es una figura que permite controlar mejor que la venta las transmisiones ulteriores de la vivienda. Pensamos,

por citar una referencia, en lo que prevé el Artículo 564-4 del Código Civil de Cataluña, que permite pactar «la limitación de la disponibilidad de los superficiarios sobre su derecho, en concreto, sometiéndola al consentimiento de los propietarios de la finca». Este artículo (impensable en el caso de la compra convencional) permite a la Administración local controlar directamente las transmisiones.

- Finalmente, la figura del derecho de superficie permite la aplicación de los mecanismos legales de protección de los patrimonios públicos de suelo, especialmente el artículo 39 del Texto Refundido de la Ley de Suelo por lo que se refiere al ejercicio de las condiciones resolutorias.

8. ¿Qué ventajas tiene la figura para el usuario?

- En primer lugar, le da estabilidad en la vivienda durante un período de 75 años. Durante este período, si sigue necesitando la vivienda, tiene garantizada la permanencia en la misma.
- Durante este período, puede dejar la vivienda en herencia, sin ninguna limitación.
- Desde el punto de vista de la accesibilidad, le supone poder acceder a la vivienda prácticamente sin entrada (pago único del IVA) y con unas cuotas de amortización del crédito similares a las de un alquiler protegido. Con la diferencia de que después de los 25 ó 30 años de amortización ya no será necesario realizar más pagos y en cambio el alquiler hay que pagarlo siempre.
- Durante los primeros 15 años, si devuelve la vivienda a la administración, ésta le garantiza el reembolso de la parte de capital que ha amortizado sin reducciones o devaluaciones, lo cual supone facilitar la devolución de la vivienda si ésta ha dejado de ser necesaria para el usuario.
- Finalmente, la vivienda también se puede vender, devolviéndola a la administración por el precio fijado en la escritura en cada momento.

9. ¿Qué implica la figura para el titular del suelo una vez se ha entregado la vivienda?

Tal como ya se ha explicado antes, con la figura del derecho de superficie, cuando se transmite el derecho, queda establecida a futuro la relación únicamente entre la Administración titular del suelo y el usuario-titular del derecho de superficie.

Será esta administración la que deberá recomprar las viviendas que se devuelvan o la que deberá ejercer en su caso las condiciones resolutorias. Todo lo que hasta ahora se ha expuesto conduce a pensar en una mayor rotación de este parque respecto de lo que sucedería en el caso de la compra normal y en cualquier caso un mayor nivel de incidencia.

Es por ello que, de entrada y para una mayor agilidad en esta gestión, es recomendable que sean las sociedades municipales de vivienda las titulares del suelo en estos tipos de promociones, y que en aquellos municipios que no dispongan de ellas, puedan utilizar para la misma finalidad empresas públicas de ámbito territorial superior.

10. ¿Cómo se financia el derecho de superficie?

Habría dos alternativas de financiación de las promociones en derecho de superficie:

- En primer lugar, está la opción (perfectamente posible desde un punto de vista civil) de hipotecar el propio derecho de superficie. Éste es el sistema que se ha venido utilizando por ejemplo en el País Vasco para financiar este tipo de promociones o el que se ha utilizado en Cataluña habitualmente para financiar las promociones de vivienda dotacional construidas en este régimen.

El recientemente aprobado Real Decreto 716/2009, de 24 de abril, ha incorporado como novedad la posibilidad de titular los créditos hipotecarios concedidos sobre derechos de superficie de vencimiento superior a los 20 años, lo cual sin duda supone una clara mejora de las opciones de financiación de la figura.

Los criterios de valoración de los derechos de superficie están fijados en la actual «Orden ECO del 2003 sobre valoración de inmuebles».

Se acompaña lo que sería la valoración de un derecho de superficie a 75 años con el modelo que proponemos, que se ha efectuado por una sociedad de tasación de las que habitualmente hacen tasaciones hipotecarias, y de conformidad con los criterios de la ECO. Como se puede ver, la reducción del valor de tasación de la vivienda en derecho de superficie en relación a su valor en pleno dominio supone una reducción que no llega a un 2%.

Por tanto, la utilización de esta vía de financiación, dejando al margen los criterios de riesgo de las entidades financieras, es perfectamente posible en el actual marco legal y supone una reducción de la tasación que tendrá una vivienda protegida que no se puede considerar destacable.

- No obstante lo anterior, el artículo 10.1 de nuestro Decreto 244/2005, de 8 de noviembre, de actualización del Plan para el derecho a la vivienda 2004-2007 nos da una alternativa que entendemos puede ser más atractiva en los momentos actuales para las entidades financieras cuando establece lo siguiente:

«La promoción de viviendas con protección oficial sobre suelo cedido en derecho de superficie, en la cual se prevea la venta de la propiedad superficiaria, se asimila a todos los efectos de régimen jurídico (financiación de la promoción, precios máximos de venta y ayudas a los adquirentes y a los promotores), a la promoción de viviendas con protección oficial destinadas a la venta.»

Actualmente, el proyecto de Decreto del Plan para el derecho a la vivienda 2009-2012, se pronuncia en idénticos términos.

Esto significa que el derecho de superficie no es una tipología más de vivienda protegida diferenciada del alquiler o la venta. De hecho, no estamos hablando de una forma de promoción diferenciada de la vivienda sino de una nueva forma de transmisión de la misma. La calificación de estas viviendas será idéntica a la que tendría una vivienda protegida de venta y, por tanto, puede tener su misma financiación. La diferencia radica en el hecho de que el nuevo Plan prevé una subvención para el adquirente que en lugar de adquirir la propiedad plena de la vivienda, adquiere la propiedad superficiaria de ésta. Esta subvención se mantiene mientras la Administración retiene la propiedad del suelo y se ha de devolver si en algún momento se alienara este suelo.

De acuerdo, pues, con este planteamiento, la calificación de estas promociones y su financiación es idéntica al que sería una promoción de venta. Por tanto, la financiación hipotecaria puede tramitarse de forma idéntica por el titular del suelo como si se tratara de una operación de venta y con las mismas garantías, afectando así la hipoteca al suelo y al vuelo y transmitiendo posteriormente a los usuarios sólo la propiedad

superficiaria. Obviamente, habrá que impedir las ejecuciones judiciales hipotecarias de la vivienda, quedándose la administración nuevamente las viviendas en este caso y reservándose la correspondiente condición resolutoria por impago en la escritura de constitución del derecho de superficie.

El derecho de superficie y el registro de la propiedad

Rafael Arnaiz Ramos
Registrador de la Propiedad

1. Marco legal regulador

La regulación del acceso al Registro de la Propiedad del derecho de superficie quedaba contenida en el artículo 16.1 del Reglamento Hipotecario, según la redacción dada por el Real Decreto de 1867/1998 de 4 de septiembre. Dicho artículo fue declarado nulo por la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 31 de enero de 2001, recuperando su vigencia la redacción anterior de dicho artículo, si bien su contenido ha quedado superado por la regulación que del derecho de superficie llevan a cabo, en el ámbito de la legislación estatal, los artículos 40 y 41 de la Ley de Suelo, texto refundido aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2008 de 20 de junio, y en el ámbito de la legislación catalana, por el artículo 162 del Decreto Legislativo 1/2005 por el que se aprueba la Ley de Urbanismo de Cataluña y el 564 del Libro V del Código Civil de Cataluña (CCC).

Tanto la Ley de Suelo como el Libro V del Código Civil de Cataluña establecen disposiciones de contenido registral, en algunos casos no del todo coincidentes. No es este artículo el lugar adecuado para valorar la competencia y respectivo ámbito de aplicación de tales normas. Baste simplemente poner de manifiesto la dualidad de regulación y esperar que los futuros desarrollos reglamentarios que han de desarrollar la inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie sepan generar una regulación unitaria y flexible, que genere la seguridad jurídica precisa y recoja, al tiempo, las especialidades que para la configuración civil del derecho puedan establecer los derechos civiles forales y especiales.

2. Necesidad y eficacia de la inscripción registral del derecho de superficie

La inscripción en el Registro de la Propiedad de la situación generada consecuencia de la constitución de derechos de superficie resulta imprescindible para que su contenido pueda desenvolverse con plena seguridad jurídica, teniendo en cuenta que sólo a través de la publicidad registral resulta posible:

- Generar una apariencia de la que resulte la existencia de la titularidad del constituyente del derecho de superficie, al que llamaremos, ante la falta de un criterio legal unitario, titular del dominio residual. En efecto, una vez constituido el derecho de superficie, las facultades posesorias sobre la finca que constituye su objeto son atribuidas al superficiario, lo cual obliga a sustituir la falta de apariencia posesoria del derecho del constituyente por una apariencia tabular o registral, de la que resulte su existencia y contenido. Ocurre, por tanto, que sólo a través del Registro resultará posible, para cualquier interesado en la finca, conocer la existencia del titular del dominio residual y, con ello, las limitaciones impuestas en el título de constitución al superficiario, las posibles causas de resolución del derecho, los posibles derechos de adquisición preferente establecidos, y el tiempo y condiciones en que se producirá la reversión del objeto sobre el que recae el derecho de superficie.

- Hacer posible la constitución de hipoteca sobre la propiedad superficiaria, ya como instrumento de financiación de la edificación cuya realización integre el contenido de la propiedad superficiaria, ya como instrumento de financiación de la misma adquisición del derecho de superficie, en aquellos casos en los que éste se constituya, según admite la nueva regulación, como una forma de propiedad temporal sobre una edificación ya existente.

Manifestada la trascendencia de la inscripción de la situación superficiaria, baste aquí decir que la regulación de los efectos que resultan de la inscripción resulta poco armónica, pues mientras el artículo 564.3.3 del Libro V del CCC exige tal inscripción sólo como requisito para que el derecho de superficie sea oponible a terceras personas de buena fe, lo que supone reconocer válida existencia al derecho de superficie no inscrito, el artículo 40 de la Ley de Suelo establece que para su válida constitución el derecho de superficie deberá constituirse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad, lo cual supone no reconocer válida existencia al derecho de superficie no inscrito. En esta materia, de nuevo, no nos queda más posibilidad que esperar del legislador, al redactar los desarrollos reglamentarios que procedan, la habilidad y sapiencia precisa para generar un criterio unitario sobre la eficacia de la inscripción del derecho de superficie.

3. Título formal necesario para la inscripción

Tanto el Libro V del Código Civil de Cataluña como la Ley de Suelo, exigen la constitución del derecho de superficie en escritura pública y, junto a ello, y con los efectos ya vistos, su inscripción en el Registro de la Propiedad. Es cuestión que ya se ha planteado en la práctica, la de si, en el caso de que el derecho de superficie se constituya por una Administración pública a favor de otra, resultaría posible admitir la constitución del derecho en documento administrativo. Aunque tal posibilidad no resulta expresamente regulada por la legislación hipotecaria o administrativa, cabe pensar en su admisión, sobre la base de los siguientes argumentos:

- a) El carácter público y, por tanto, auténtico, del documento administrativo que recoja el acto de constitución del derecho y que haya sido expedido por aquel funcionario en el que, en la Administración correspondiente, resida la fe pública.
- b) La posibilidad, resultante de lo previsto en los artículos 37 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas y 206 de la Ley Hipotecaria, de que la Administración formalice en certificación administrativa actos y negocios de agrupación, agregación, segregación, división de fincas, declaraciones u obra nueva o constitución de regímenes de propiedad horizontal, siempre que no afecten a terceros.
- c) La posibilidad de que las cesiones y entregas obligatorias de terrenos realizadas a favor de la Administración puedan ser inscritas en virtud de certificación del acta administrativa en que se documenten, según resulta de lo previsto en el artículo 30.3 del R.D. 1093/1997 por el que se aprueban las Normas Complementarias al Reglamento Hipotecario sobre Inscripción de Actos de Naturaleza Urbanística.

Sobre la base de tales argumentos, parece que debe en todo caso entenderse que el artículo 18.2 del Decreto Legislativo 1/2002 de 24 de diciembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas de la Generalitat de Catalunya, incluye la constitución de derechos de superficie

al establecer que la enajenación de bienes inmuebles realizada por la administración pública, en favor de otra administración o de entidades u organismos vinculados, podrá formalizarse e inscribirse en el Registro de la Propiedad en virtud de documento administrativo.

4. Inscripción en folio separado

Cuestión discutida por la doctrina ha sido la de si resulta o no posible que la inscripción del derecho del superficiario quede inscrito en folio separado, esto es, si cabe abrir un historial registral propio a tal titularidad, distinto del historial registral abierto al dominio residual del constituyente. La postura contraria a tal posibilidad parte de la consideración de que el derecho de superficie constituye un derecho real sobre cosa ajena, cuya inscripción debe quedar recogida en el historial registral en el que esté inscrito el dominio. Frente a tal postura, se ha defendido la contraria sobre la base de que, en realidad, el superficiario es titular de una propiedad temporal y, por tanto, su derecho debe acceder al Registro con un historial propio e independiente.

Si pretendemos resolver la cuestión a partir del texto literal de sus normas reguladoras, resulta lo siguiente: el Libro V del CCC configura el de superficie como un derecho real limitado sobre cosa ajena, (artículo 564.1), pero a continuación establece que tal derecho limitado atribuye uno de «propiedad separada» sobre las construcciones o edificaciones que constituyen su objeto. Por su parte, la Ley de Suelo habla de «propiedad temporal», al definir el contenido del derecho del superficiario, y de «propiedad separada», para definir el del titular del que llama propietario del suelo. Por tanto, la regulación positiva del derecho de superficie considera que en todo caso su constitución provoca, al menos, la aparición de una titularidad de contenido lo suficientemente amplio para ser considerada propiedad, si bien de carácter temporal.

Por ello, y sobre todo porque así lo impone una adecuada organización del archivo y la necesidad de dar claridad a los historiales respectivos, es por lo que consideramos admisible la apertura de folio independiente a la propiedad superficiaria, con extensión de las notas marginales que permitan relacionar el historial registral abierto a la superficie y el historial del dominio residual, y con cierre de aquel, una vez se produzca la extinción del derecho de superficie por transcurso del plazo, o por otra causa que dé lugar a la extinción de todos los derechos y cargas constituidos sobre el mismo.

En todo caso, la posibilidad de que el derecho de superficie genere la apertura de un historial independiente, debe entenderse admitida por el artículo 377 del Reglamento Hipotecario que, para el caso de que el dominio se halle dividido en útil y directo, establece la posibilidad de que cualquiera de ellos provoque la inmatriculación de la finca sobre la que recae. La exigencia posterior y contenida en el mismo artículo de que, una vez inscrito el dominio útil o el directo, el otro deba inscribirse en el mismo folio, entendemos que puede considerarse cumplida, en el caso del derecho de superficie si, una vez inscrito éste, se abre nuevo historial al dominio residual, siempre que uno y otro folio queden suficientemente conectados a través de las correspondientes notas marginales de referencia.

5. Inscripción del derecho de superficie sobre parte de la superficie de una finca registral

Es cuestión que no está del todo clara la de si, para que pueda ser inscrito un derecho de superficie que recae sobre sólo una parte de la superficie de una finca, resulta o no necesario proceder con carácter previo a la segregación de la superficie sobre la que el derecho de superficie ha de recaer.

Entendemos que la respuesta afirmativa viene impuesta por el principio de especialidad registral y de folio real, cuyo objetivo es que cada historial registral se corresponda con una finca, entendida ésta, según la definición contenida en el artículo 17.1 de la Ley de Suelo, como la unidad de suelo o edificación atribuida a un propietario o a varios proindiviso, que puede situarse en la rasante, en el vuelo o en el subsuelo.

En efecto, la constitución de un derecho de superficie obliga a considerar su objeto, según tal definición, como una finca, de modo que si no se halla previamente individualizada, habrá que individualizarla a través de un acto de segregación. Otra cuestión es la de si tal segregación, en cuanto operación impuesta por los principios registrales para la inscripción de una titularidad superficiaria, debe o no considerarse sujeta a la previa autorización administrativa que para actos de fraccionamiento imponga la legalidad urbanística. En todo caso, y de conformidad con lo previsto actualmente en la legislación urbanística catalana, en la Ley de Suelo, y en la legislación hipotecaria, el registrador no podrá proceder a inscribir dicha segregación sin que se le acredite la obtención del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa de dicho acto de segregación.

La necesidad de dicha previa segregación no queda a nuestro juicio excluida, sino confirmada, por lo previsto en el artículo 564.3.2.c) del Libro V del CCC, referido al caso de que las construcciones o edificaciones objeto del derecho de superficie no comprendan la totalidad de la finca gravada, en el cual se exige la descripción de la parte de finca sujeta a la superficie, que servirá de base para la segregación, y el cumplimiento de las limitaciones urbanísticas aplicables, que imponen la obtención de la conformidad, aprobación o autorización de la Administración competente.

6. Inscripción del derecho de superficie sobre edificaciones o partes de edificaciones ya construidas

La Ley de Suelo, con la finalidad de promover la utilización del derecho de superficie como un instrumento público de intervención en el mercado de suelo, establece de forma expresa la posibilidad de su constitución sobre edificaciones ya realizadas, así como sobre «locales, viviendas, o establecimientos privativos de construcciones o edificaciones». El Libro V del CCC no resulta tan claro, si bien el artículo 564.2 establece que puede recaer sobre edificaciones o construcciones anteriores a la constitución del derecho.

Del contenido conjunto de ambas normas resulta la posibilidad de que el derecho de superficie pueda inscribirse en el Registro sobre una edificación cuya obra nueva conste ya inscrita con anterioridad, o sobre parte de dicha edificación. No obstante, en este último caso, para que el derecho de superficie pueda ser inscrito será necesario que con carácter previo se haya constituido un régimen de propiedad horizontal o de complejo inmobiliario que haya definido como elemento privativo aquel sobre el cual se pretende inscribir la situación superficiaria, de modo que ésta pueda existir sobre dicho elemento. El derecho de superficie que se constituya quedará sujeto, como cualquier derecho que tenga por objeto un elemento privativo de la propiedad horizontal o del complejo, a las normas legales y estatutarias que lo definan. Entendemos que en tales casos, y siempre que el derecho de superficie no atribuya a su titular facultades que pudieran suponer la realización de obras que alteren la configuración del elemento privativo o de los comunes, su constitución e inscripción podrá realizarse por el propietario del elemento privativo, sin necesidad de consentimiento alguno de la junta de propietarios.

Dada la posibilidad de que la constitución de complejos inmobiliarios genere elementos privativos consistentes en espacios cúbicos sin edificar y sitios tanto sobre como bajo la rasante, se ha de entender que, una vez constituido e inscrito el complejo, el titular del elemento privativo sobre o bajo rasante podrá constituir e inscribir en el mismo un derecho de superficie, y en ejercicio del mismo realizar una construcción y sujetar la misma a un subrégimen de propiedad horizontal, en el que los elementos privativos tendrán una cuota especial en la comunidad constituida por el superficiario y una cuota general en el complejo constituido por el titular del constituyente de la superficie.

Debemos señalar, finalmente que dentro del supuesto a que se refiere el párrafo anterior, y según resulta de lo previsto en el artículo 17.3 y 4 de la Ley de Suelo, el derecho de superficie podrá quedar constituido e inscrito sobre elementos privativos que se hallen sobre o bajo superficies de dominio público.

7. Inscripción del contenido de la propiedad superficiaria

La inscripción en el Registro de la Propiedad del derecho de superficie supone, según resulta de lo previsto en la legislación hipotecaria, la inscripción de todo el contenido del mismo necesario para su adecuada determinación. De acuerdo con ello, en el título formal en cuya virtud se pretenda la inscripción del derecho de superficie deberá constar su duración, la descripción de la construcción o edificación que realizar, el plazo dentro del cual deberá ser realizada, el carácter gratuito u oneroso con que se constituye el derecho y, en este último caso, la descripción de la contraprestación pactada, así como, en su caso, los pactos sobre liquidación del derecho y los derechos de adquisición preferente que puedan pactarse a favor del constituyente de la superficie.

Especial relevancia tiene el estudio de la constancia registral de las limitaciones establecidas por el constituyente del derecho sobre las facultades de disposición de su derecho que correspondan al superficiario. Dichas limitaciones serán inscribibles, no obstante haber quedado constituido el derecho a título oneroso, y producirán plenos efectos reales, cerrando el Registro a cualesquiera actos dispositivos que las contravengan.

Si bien de la redacción del artículo 41 de la Ley de Suelo podría inferirse que las limitaciones que sean impuestas por el constituyente del derecho no podrán ser tales que impidan la disposición del derecho sin previa autorización, pues ello dejaría al superficiario sin relación directa con la cosa que constituye el objeto de su derecho, asimilando su situación al del titular de un derecho personal de arrendamiento, lo cierto es que tal posibilidad resulta expresamente admitida por la legislación catalana, en el artículo 564.4.2.a) del Libro V del CCC. Por tanto, no cabe duda de que para derechos de superficie sujetos a dicha regulación, el pacto en virtud del cual el superficiario no podrá disponer de su derecho sin previa autorización del constituyente será en todo caso inscribible, y su constancia registral cerrará el Registro a los actos de disposición que no hayan sido previamente autorizados por el constituyente.

Igualmente serán inscribibles las condiciones resolutorias o los derechos de readquisición establecidos para el caso de que la realización de actos de disposición realizados por el superficiario no haya respetado las limitaciones previstas. Para el caso de que el derecho de superficie haya sido constituido por entidades de derecho público, sobre fincas integrantes de patrimonio públicos de suelo y con la finalidad de promover el acceso a la vivienda, la inscripción de la readquisición del dominio que se deba producir como consecuencia de la resolución del contrato podrá tener lugar

en virtud de certificación de la resolución administrativa en que se declare haber tenido lugar la resolución, previo expediente que se haya notificado al titular registral y siempre que la resolución adoptada sea firme en vía administrativa o jurisdiccional, según prevé el artículo 39 de la Ley de Suelo. Igualmente, a partir de lo previsto en dicho artículo, consideramos posible que pueda tomarse anotación preventiva en el Registro de la Propiedad de la pretensión administrativa de resolución por incumplimiento de las limitaciones establecidas.

Por último, debemos señalar que entendemos posible, para el caso de que se transmitan derechos de superficie sobre viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, que coexistan sobre el ocupante de la vivienda las limitaciones impuestas por razón del régimen de protección pública y las resultantes del título constitutivo del derecho de superficie, pudiendo ser todas ellas inscritas, siempre que en el título constitutivo conste con claridad la fuente de cada una de las limitaciones, y los efectos que deben resultar de su contravención.

8. La hipoteca del derecho de superficie

En cuanto derecho de naturaleza real de carácter inmobiliario, el derecho de superficie tiene carácter hipotecable, con sujeción, en todo caso, a las limitaciones que hayan sido establecidas en su título de constitución. La posibilidad de constituir hipoteca sobre el derecho de superficie queda expresamente recogida en el artículo 107.5 de la Ley Hipotecaria. Dicho artículo se refiere a la posibilidad de constituir tal garantía sobre derechos reales de duración temporal.

Son dos los principales problemas que plantea la hipoteca del derecho de superficie. Por un lado, el de su valoración, a efectos de determinar el importe que tal derecho puede garantizar, valoración que diferirá de la del dominio pleno y que se llevará a cabo, generalmente, sobre la base de su duración y de los criterios sobre valoración establecidos en las Órdenes al efecto dictadas por el Ministerio de Economía. Por otro, el de su extinción como consecuencia de la del derecho de superficie. Dicha extinción se producirá, de forma inevitable, si el derecho de superficie se extinguiera como consecuencia del transcurso de su plazo de duración. En aquellos casos en los que el derecho de superficie se extinga por otra causa, la garantía hipotecaria podrá subsistir sobre la parte de valor de la finca correspondiente al derecho de superficie, de suerte que en caso de ejecución de aquella, el adjudicatario adquiera el derecho de superficie extinguido, por el plazo que reste para completar el de su duración.

Los problemas que plantea la constitución de hipoteca sobre el derecho de superficie y, con ello, la mayor dificultad que supone su admisión como garantía de la financiación necesaria, hacen más interesante, en caso de que se pretenda la promoción inmobiliaria para la posterior explotación en régimen de superficie, la constitución de hipoteca sobre el dominio pleno de la finca, de modo que aquella se extienda sobre la propiedad superficiaria y, en caso de ejecución, ésta provoque la extinción del derecho de superficie y la adquisición del dominio pleno por el adjudicatario. En tales supuestos, si el pago del precio del derecho de superficie se realiza mediante la subrogación del superficiario en el préstamo garantizado con hipoteca, podrá configurarse como causa de resolución del derecho de superficie la falta de pago de alguna de las cuotas de dicho préstamo, pues, en caso de ejecución de la garantía tendría lugar la extinción, tanto del derecho del superficiario, como del derecho de propietario constituyente.

9. Conclusión

La promoción del derecho de superficie, como herramienta a través de la cual incorporar al mercado patrimonios públicos de suelo y viviendas sujetas a algún régimen de protección pública, precisa de una adecuada regulación sobre su acceso al Registro de la Propiedad, todavía pendiente de elaborar, dada la superación del contenido del artículo 16 del Reglamento Hipotecario por lo previsto en el artículo 564 del Libro V del Código Civil de Cataluña y en la Ley de Suelo. La necesidad de tal regulación, que resuelva las cuestiones que han sido puestas de manifiesto, es evidente, toda vez que la inscripción del derecho de superficie es imprescindible, en primer lugar, para posibilitar el acceso de la promoción de viviendas en régimen superficiario a la financiación hipotecaria y, en segundo lugar, para que las limitaciones, plazos y condiciones de destino impuestas al superficiario produzcan plenos efectos.

El derecho de superficie. Una alternativa para facilitar el acceso a la vivienda

Chantal Moll de Alba Lacuve
Profesora de Derecho Civil. Universidad de Barcelona

1. El derecho de superficie y su nueva configuración legal

Tradicionalmente se había definido el derecho de superficie como el derecho a construir en un terreno ajeno. Sin embargo las leyes más recientes, como el Texto Refundido de la Ley del Suelo de 2008 o el Código Civil de Cataluña, han superado esta concepción y definen el derecho de superficie como un derecho de propiedad sobre lo construido, independiente y separado del derecho de propiedad del suelo¹. Con la nueva regulación del derecho de superficie, suelo y construcción se convierten en objetos de derechos independientes².

La esencia del derecho de superficie ya no es el derecho a construir sobre un terreno ajeno, sino el derecho de propiedad que

otorga sobre lo edificado. Por ello el derecho de superficie se puede constituir no sólo para construcciones futuras sino para construcciones ya existentes.

Esta nueva configuración del derecho de superficie, como propiedad temporal separada de la del suelo, abre nuevas posibilidades de aprovechamiento del parque urbanístico existente y de futuras promociones inmobiliarias.

2. El derecho de superficie como nuevo tipo de propiedad inmobiliaria

La admisión del derecho de superficie como un nuevo tipo de propiedad, supone un paso más en la evolución histórica del derecho de propiedad. La propiedad se puede definir, con carácter general, como aquel derecho real que otorga a su titular el mayor poder que existe sobre una cosa, aunque la configuración y el contenido de este derecho han variado en cada etapa histórica.

En el Derecho Romano, el derecho de propiedad era un derecho absoluto, se otorgaba un poder omnímodo al propietario. En la Edad media, la propiedad se separó y se distinguía el dominio útil (el derecho que ostentaba el que trabajaba la tierra), del dominio directo (el derecho del señor a cobrar rentas). A principios del siglo XIX con la codificación se pretende volver a la propiedad como poder absoluto, tan sólo limitado por las disposiciones legales. En el siglo XX, las ideas socializadoras y el movimiento industrial, provocan la aparición de una nueva configuración del derecho de propiedad, basada en su función social.

La funcionalización de la propiedad significa una nueva metamorfosis del instituto dominical. La propiedad se atribuye y se ejercita no sólo para satisfacer los intereses individuales de su titular sino también en función de determinados intereses de la colectividad. Actualmente nuestro Ordenamiento jurídico considera la función social como parte integrante del derecho de propiedad (art. 33 Constitución española, arts. 541-1 y 541-2 del Código Civil Catalán). En Cataluña, además, la función social de la propiedad es uno de los ejes vertebradores de la Ley catalana 18/2007, de 28 de diciembre del Derecho a la Vivienda. En efecto, gran parte de las sanciones que se pueden imponer para proteger la calidad del parque inmobiliario o el destino de las viviendas de protección oficial se fundamentan en el incumplimiento de la función social de la propiedad.

La configuración de la propiedad superficiaria como una propiedad limitada a lo construido y de carácter temporal se adapta completamente a la idea de función social de la propiedad pues el derecho de superficie permite abaratar el coste de la vivienda y multiplicar los aprovechamientos urbanísticos. Además este tipo de propiedad permite satisfacer las necesidades del tipo de sociedad en la que vivimos: una sociedad más globalizada, con mayor movilidad, menos apegada a la tierra y más pendiente de las nuevas tecnologías.

3. Normas aplicables al derecho de superficie en Cataluña

En Cataluña el derecho de superficie se encuentra regulado en los siguientes preceptos:

— Arts. 564.1 a 564.6, del Libro V del Código Civil de Cataluña (CCC) que entró en vigor el 1 de julio de 2005, quedando derogados los arts. 1 a 5 de la Ley 22/2001, de 31 de diciembre de regulación de los derechos de superficie, de servidumbre y de adquisición voluntaria o preferente.

¹ «Art. 40 del Texto Refundido de la Ley del Suelo 2/2008:

1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el suelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas. También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.»

También proclama esta concepción iconoclasta del derecho de superficie el art. 564.1 del Código Civil de Cataluña:

«La superficie es el derecho real limitado sobre una finca ajena que atribuye temporalmente la propiedad separada de las construcciones o de las plantaciones que están incluidas. En virtud del derecho de superficie, se mantiene una separación entre la propiedad de aquello que se construye o se planta y el terreno o el suelo en donde se hace.»

² La teoría de la «propiedad separada» en el derecho de superficie ha sido históricamente muy polémica ya que su admisión implica la derogación del principio «*superficies solo cedit*» que recoge el art. 358 C.c. según el cual el propietario del suelo adquiere por accesión todo aquello que se construya o plante. Sobre el particular vid. MOLL DE ALBA LACUVE, Chantal, *La edificación en suelo ajeno*, Ed. Difusión Jurídica, 2004.

- **Art. 162 de la Ley de Urbanismo de Cataluña (Ley 2/2002, de 14 de marzo, 10/2004, de 24 de diciembre)** establece algunas especificidades a la regulación del CCC para el derecho de superficie constituido por entes públicos.
- **Art. 16.1 del Reglamento Hipotecario**, que establece las condiciones necesarias para la inscripción registral del Derecho de superficie.

En cualquier caso, el derecho común en materia de derecho de superficie en Cataluña es el que establece el Código Civil de Cataluña. Así pues siempre y cuando se cumplan los requisitos establecidos en el CCC para constituir el Derecho hay derecho real y ese derecho debe tener acceso al Registro con base en el art. 2 LH y 7 RH. El art. 16.1 del Reglamento Hipotecario no es más que una norma adjetiva y de menor rango normativo que los artículos del CCC.

Con relación a la normativa registral aplicable al derecho de superficie, convendría que ésta se adaptara a los preceptos sustantivos (Ley de suelo y CCC) para admitir la inscripción de la propiedad superficiaria (y no meramente la del derecho real limitado, tal y como contemplan el art. 16.1 y 30.3 RH).

4. Clases de derecho de superficie

Existen dos tipos de derecho de superficie, dependiendo del objeto sobre el que recaen:

- Derecho de superficie sobre construcciones o plantaciones anteriores a la constitución del derecho (sobre el suelo o bajo el suelo).

- Derecho de superficie sobre construcciones o plantaciones posteriores a la constitución del derecho.

5. Régimen legal: constitución, duración y extinción

El derecho de superficie se ha de constituir en escritura pública. Si no se cumple este requisito formal el documento no es válido. La escritura tiene que contener las circunstancias que detalla el art. 564-3 CCC.

Además, para que quede constituido, es necesario inscribir el derecho de superficie en el Registro de la Propiedad.

El derecho de superficie tiene una duración máxima de 99 años. Mientras el derecho de superficie existe, se puede transmitir tanto la propiedad superficiaria como la propiedad del suelo.

El CCC establece unas causas generales de extinción, si bien las partes pueden pactar otras. Una vez extinguido el derecho, la propiedad superficiaria queda «absorbida» por la propiedad del suelo. Se produce la reversión del bien a favor del propietario del suelo sin necesidad de que éste pague indemnización.

6. Régimen voluntario

La regulación legal es prácticamente subsidiaria del pacto entre las partes. Así lo subraya la exposición de motivos del Libro V del CCC. Se trata de la aplicación al ámbito de los derechos reales del principio de libertad civil que proclama con carácter general el art. 111.6 CCC.

ANEXO 1. Escritura de constitución y transmisión del derecho de superficie

- Identificación de las partes.
- Acreditación titularidad de la finca y resto de manifestaciones.

DISPOSICIONES

Primera: El titular del suelo, en este acto y por medio de su representante, constituye y transmite a favor de _____, que adquieren el derecho de superficie sobre la finca anteriormente descrita en la parte expositiva de la presente escritura.

Segunda: El precio del derecho de superficie es de _____ que el _____ recibe, en este acto, del superficiario confiriéndole y haciéndole carta de pago de dicha cantidad.

(A continuación, vendría la cláusula de subrogación en el préstamo hipotecario.)

Tercera: La duración del derecho de superficie será de setenta y cinco años contados a partir de la fecha de la firma de la presente escritura y se extinguirá de forma automática una vez transcurrido el plazo indicado.

No obstante lo anterior, el titular del suelo, en el momento de vencimiento del plazo de duración del derecho, podrá prorrogarlo por 15 años más sin coste para el superficiario siempre y cuando la vivienda y sus elementos comunes estén en un estado correcto de conservación y mantenimiento.

Cuarta: El superficiario utilizará la finca objeto del presente otorgamiento sin alterar su forma y sustancia, con la obligación de conservar la vivienda y elementos comunes con la diligencia exigible a fin de que pueda servir a su uso habitual.

El superficiario deberá cumplir durante todo el período de duración del derecho de superficie los deberes de conservación y rehabilitación que establece la legislación vigente. El incumplimiento de estos deberes dará lugar a la extinción del derecho de superficie que por el presente documento se constituye.

El superficiario se obliga igualmente a tener asegurada la vivienda contra incendios y otros riesgos que pudieran poner en peligro su valor.

Quinta: El superficiario, en su condición de propietario de la vivienda, se integrará en la comunidad de propietarios y en consecuencia, serán a cargo exclusivo del superficiario todos los gastos e impuestos que se deriven de la titularidad de la vivienda y de su participación en elementos comunes o servicios. Asimismo irán a su cargo las reparaciones y los gastos de conservación, tanto ordinarios como extraordinarios y los gastos de la comunidad de propietarios, las primas de los seguros, el IBI, y todos aquellos impuestos y tributos estatales, autonómicos y locales, graven ahora o en el futuro la titularidad de la vivienda, con independencia de quién sea su sujeto pasivo, sin que en ningún caso tenga derecho a ser reintegrada ninguna cantidad al finalizar el derecho de superficie bajo ningún concepto.

Sexta: El adquirente del derecho de superficie se obliga a destinar la vivienda a domicilio habitual y permanente y a respetar las siguientes limitaciones y prohibiciones:

- a) Las previstas en las normas reguladoras del régimen de protección pública al que está acogida la vivienda objeto del derecho de superficie y en su calificación definitiva, por toda la duración de este régimen.
- b) Las expresamente establecidas en el presente título constitutivo del derecho de superficie, como parte del contenido de este derecho y para toda su duración.

Séptima: La transmisión inter-vivos de la vivienda, así como cualquier acto de gravamen sobre el mismo, requerirá la autorización expresa de _____ (titular del suelo).

Una vez solicitada por el superficiario esta autorización, el _____ (titular del suelo) podrá:

1. Recuperar él mismo la propiedad superficiaria. En este caso, entregará al superficiario la cantidad abonada como amortización de capital en el momento de la transmisión del derecho con las siguientes reducciones:

En los primeros 15 años, sin reducción.

En los siguientes 35 años, con una reducción de un 1 % por año transcurrido.

En los siguientes 25 años, con una reducción del 2,6 % por año transcurrido acumulada en la reducción del anterior tramo.

Las cantidades reducidas mediante los porcentajes establecidos en el párrafo anterior, así como las del primer tramo que no llevan reducción, se actualizarán aplicando la variación del IPC que se haya producido entre la fecha de transmisión del derecho y la fecha de petición de la autorización de transmisión de la vivienda. En cualquier caso, las cantidades a abonar incluyendo su actualización no podrán superar el precio máximo de venta fijado administrativamente para las viviendas con protección oficial según la tipología en que esté calificada la vivienda y vigente en el momento de solicitar la autorización para la transmisión de la vivienda.

2. Autorizar la transmisión a terceros de la vivienda siempre y cuando reúnan los requisitos necesarios para la adjudicación de una vivienda con protección oficial. El propietario del suelo deberá dar esta autorización en el caso de que opte por no recuperar él mismo la propiedad superficiaria. Asimismo, se entenderá dada esta autorización si han transcurrido 3 meses sin respuesta por parte del propietario del suelo o si este en el mismo período no ha puesto a disposición del superficiario las cantidades mencionadas en el párrafo primero anterior.

En los casos de transmisiones forzosas de la propiedad superficiaria, se aplicará el mismo procedimiento establecido en los apartados 1 y 2 anteriores.

Octava: La transmisión de la propiedad superficiaria estará sujeta a los derechos de adquisición preferente que establezca la normativa para las viviendas con protección oficial, mientras la calificación de la vivienda esté vigente.

A estos efectos, si el titular del suelo autoriza expresamente la transmisión, esta se deberá llevar a cabo de acuerdo con lo que prevén los artículos 86 a 91 de la ley 18/2007 del Derecho a la Vivienda.

Con esta finalidad se establece un derecho de opción y de retracto a favor de la Administración de la Generalitat de Catalunya, derecho que se mantendrá en tanto sea vigente la calificación de vivienda como protegida.

El adquirente se obliga, una vez obtenida la autorización expresa del _____ (titular del suelo), a notificar en los términos previstos en el artículo 89 de la ley del derecho a la vivienda, en el Departamento de Medio Ambiente y Vivienda su decisión de efectuar la transmisión, sin que por tanto, la autorización del titular del suelo pueda sustituir la comunicación del derecho de opción en los términos previstos en la Ley del derecho a la Vivienda.

Novena: Durante los primeros 15 años desde la transmisión del derecho, el superficiario puede desistir el presente contrato aplicándose en este caso la devolución de las cantidades establecidas en los párrafos anteriores.

Decena: Serán causas de resolución del presente derecho de superficie por todo el plazo de su duración, además de la finalización del plazo para el que ha sido constituido y las generales aplicables a la extinción de los derechos reales las siguientes:

1. Que el superficiario no destine la vivienda a domicilio habitual y permanente de él mismo y, en su caso, de su familia.
2. Destinar la vivienda a usos diferentes del de residencia habitual y permanente del adquirente y en su caso, de su familia.
3. Mantenerla desocupada por un plazo superior a tres meses.
4. Alquilarla o subarrendarla a terceras personas.
5. La transmisión inter-vivos de la vivienda, sin la autorización expresa del titular del suelo.
6. El incumplimiento por parte del comprador de los deberes de conservación y rehabilitación que, respecto de la vivienda y de los elementos comunes, establezca la normativa vigente.
7. El impago de más de _____ vencimientos del préstamo hipotecario en el que se ha subrogado el superficiario en virtud de lo establecido en la estipulación segunda.

8. La reunión del derecho de superficie y la plena propiedad en una misma persona.

En los supuestos de resolución del derecho mencionados en los puntos del 1 al 6, el propietario del suelo podrá retener un 20 % de las cantidades a devolver según la estipulación séptima.1 en concepto de cláusula penal, sin perjuicio de las posibles sanciones a aplicar de acuerdo con la normativa de viviendas con protección oficial.

Los supuestos de extinción de la presente estipulación se aplicarán con independencia de la vigencia o no de la calificación administrativa de la vivienda como de protección oficial.

Finalizado el plazo para el que se constituye el derecho de superficie o extinguido el mismo por cualquiera de las causas que más arriba se indican, la parte compradora está obligada a dejar libre, vacía y expedita la vivienda.

Dado que la vivienda sobre la que se constituye el derecho de superficie forma parte del Patrimonio Municipal de Suelo se considera aplicable, en la inscripción en el Registro de la Propiedad de la resolución que por las mencionadas causas se produzca, aquello previsto para el artículo 39.4 a) de la Ley del Suelo, Texto Refundido aprobado por R.D. Ley 2/2008.

ANEXO 2. Valoración de inmuebles sobre los que se ha constituido un derecho de superficie

La Orden ECO 805/2003, de 27 de marzo sobre normas de valoración de bienes inmuebles y de determinados derechos para ciertas finalidades financieras, es la norma donde se establece, en su artículo 53, el método de valoración de los inmuebles sobre los que se constituyen derechos de superficie.

Con el fin de conocer la praxis de esta normativa, el Patronato Municipal de la Vivienda ha encargado a una sociedad de tasación homologada la valoración de una promoción de 72 viviendas en derecho de superficie a 75 años, sin valor de mercado hipotecario.

En el informe de tasación se parte del valor de mercado de los inmuebles, como si estos fuesen de pleno dominio, y de este valor se deduce el valor

actual del valor de reversión, que es el que corresponde al del inmueble el año 75 de su vida útil (la cual se considera de 100 años), siendo el resultado de esta diferencia el valor de mercado del inmueble en derecho de superficie.

Con estas premisas y aplicando un tipo de descuento del 5,2 %, y un IPC del 0,70 %, se obtiene que el valor de mercado de pleno dominio de esta promoción analizada es de 10.708.330 euros, el valor actual de reposición (el año 75) de 128.630 euros, y por tanto, el valor de mercado del derecho de superficie es de 10.579.700 euros.

Es decir, que la reducción del valor de tasación del derecho de superficie en relación al valor en pleno dominio es inferior al 2 %.

ANEXO 3. Ejemplos de condiciones económicas

Ejemplos de precios de venta de derecho de superficie y cuotas a cargo adjudicatarios según tramos de ingresos			
PRECIO VPO-RG/m ²	1.940,48		
m ² vivienda	60,00	70,00	80,00
m ² aparcamiento vinculado	25,00	25,00	25,00
HIPOTECA MÁXIMA	116.428,80	131.952,64	147.476,48
Adjudicatarios con ingresos hasta 2,5 el IPREM			
m ² vivienda	60,00	70,00	80,00
m ² aparcamiento vinculado	25,00	25,00	25,00
Precio de venta del Derecho de Superficie	145.536,00	164.940,80	184.345,60
AEDE (Ayuda Estatal Directa a la Entrada)	9.200,00	9.200,00	9.200,00
Subvención al adjudicatario a cargo de la Generalitat (por el derecho de superficie) (*)	18.750,00	21.250,00	23.750,00
Ayuda complementaria al adjudicatario a cargo del promotor	1.157,20	2.538,16	3.919,12
Entrada	0,00	0,00	0,00
Hipoteca = máximo el 80% del precio de venta, a 30 años, 3,5% TAE	116.428,80	131.952,64	147.476,48
1.ª Cuota subsidiada (100 € / 10.000 € de préstamo) (**)	422,23	478,53	534,83

Adjudicatarios con ingresos entre 2,5 y 3,5 el IPREM

m ² vivienda	60,00	70,00	80,00
m ² aparcamiento vinculado	25,00	25,00	25,00
Precio de venta del Derecho de Superficie	145.536,00	164.940,80	184.345,60
AEDE (Ayuda Estatal Directa a la Entrada)	8.200,00	8.200,00	8.200,00
Subvención al adjudicatario a cargo de la Generalitat (por el derecho de superficie) (*)	18.750,00	21.250,00	23.750,00
Ayuda complementaria al adjudicatario a cargo del promotor	2.157,20	3.538,16	4.919,12
Entrada	0,00	0,00	0,00
Hipoteca = máximo el 80% del precio de venta, a 30 años, 3,5% TAE	116.428,80	131.952,64	147.476,48
1.ª Cuota subsidiada (80 € / 10.000 € de préstamo) (**)	441,64	500,52	559,40

Adjudicatarios con ingresos entre 3,5 y 4,5 el IPREM

m ² vivienda	60,00	70,00	80,00
m ² aparcamiento vinculado	25,00	25,00	25,00
Precio de venta del Derecho de Superficie	145.536,00	164.940,80	184.345,60
AEDE (Ayuda Estatal Directa a la Entrada)	6.200,00	6.200,00	6.200,00
Subvención al adjudicatario a cargo de la Generalitat (por el derecho de superficie) (*)	18.750,00	21.250,00	23.750,00
Ayuda complementaria al adjudicatario a cargo del promotor	4.157,20	5.538,16	6.919,12
Entrada	0,00	0,00	0,00
Hipoteca = máximo el 80% del precio de venta, a 30 años, 3,5% TAE	116.428,80	131.952,64	147.476,48
1.ª Cuota subsidiada (60 € / 10.000 € de préstamo) (**)	461,04	522,51	583,98

(*) Según proyecto del Plan para el Derecho a la Vivienda 2009-2012.

(**) Duración del subsidio = 10 años.

Col·lecció
Qüestions d'habitatge

Textos
Jaume Fornt, gerent del PMHB
Rafael Arnaiz Ramos, registrador de la propietat
Chantal Moll de Alba Lacuve, professora de Dret Civil. Universitat de Barcelona

© **Ajuntament de Barcelona. Regidoria d'Habitatge**
Octubre 2009
Reservats tots els drets d'edició

Edició a cura de
Patronat Municipal de l'Habitatge

Disseny gràfic de la col·lecció
Claret Serrahima i Associats, s. l.

Fotocomposició i fotomecànica
Baber, s.c.p.

Imprimeix
Dilograf

Dipòsit Legal B-4847/99

