

# El derecho de superficie y el problema de la vivienda en España

## UN CASO DE DERECHO DE SUPERFICIE

Siéntese de día en día más intensamente en España la necesidad de airear nuestra vida jurídica en los estrados y fuera de ellos, en el ámbito del dictamen privado del bufete como en el del dictamen forense o del fallo judicial.

Nuestros letrados, con brillantes pero no numerosas excepciones, experimentan con exceso la fuerza de atracción del articulado de los Códigos, y con mayor exceso todavía la de repulsión hacia las doctrinas jurídicas. Les alejan de ellas, no la hostilidad, sino lo que es acaso peor: el sentimiento de indiferencia surgido de la convicción lamentable de su inutilidad e inaplicación, como brújula directiva de la vida jurídica.

Deprime contemplar el páramo doctrinal que constituyen nuestra jurisprudencia, nuestra oratoria forense y los dictámenes jurídicos del elemento letrado en los altos centros directivos. Cuando más, si en este horizonte, constantemente nublado para las grandes corrientes y transformaciones jurídicas, asoma algún avance doctrinal, refiérese a autores españoles o franceses de doctrina moderna treinta o cuarenta años ha.

Los ventanales de la ciencia germánica e italiana—los dos grandes núcleos rectores del progreso jurídico contemporáneo—, y del corto, pero selectísimo grupo de los juristas—dignos de tal nombre—españoles en nuestros días, hállanse cerrados para nuestros abogados, con excepciones, repetimos.

Y, lo que es más, tal espíritu se perpetúa en las nuevas gene-

raciones jurídicas, que encuentran trazado el surco y embocan por él, por la vía expedita del profesionalismo interpretatorio de los artículos de Códigos y leyes.

El progreso jurídico-legislativo de España en los últimos tiempos, progreso indudable, ha sido obra de preclaras individualidades o de felices iniciativas oficiales que han sabido utilizar y poner en juego las dotes y concurso de aquéllas, como, por ejemplo, el nuevo Código penal, inspirado en novísimas corrientes doctrinales, más bien que de un ambiente jurídico progresivo, de la existencia de una abogacía abierta y alerta a las nuevas realidades y a las modernas corrientes, de cuya actitud y de cuyo ideario fueran exponente tales progresos y avances legislativos.

De ahí que las instituciones y sistemas jurídicos, las nuevas figuras de derecho que crean las transformaciones sociales y económicas, y las nuevas estructuras vitales de nuestro tiempo, mientras alcanzan rozagante vida en otros pueblos, aquí permanecen al margen de moldes legales estrechos o mezquinos, soterradas bajo el peso muerto de una legislación que no es flexible porque no lo es el espíritu de quienes la manejan y están llamados a flexibilizarla con la vivacidad y dinamismo de su ideario: el elemento letrado, oficial y no oficial.

Tal es el caso del derecho de superficie, hasta hace poco relegado a la penumbra como una de tantas supervivencias medioeves de derecho histórico, y que en estos últimos tiempos ha alcanzado rápido desarrollo y convertíose en otros países, singularmente en Alemania, en importante factor para la solución de los problemas territoriales, en especial en el aspecto urbanístico, en el ciclo de problemas de la edificación y de la casa barata, de la difusión del *Hogar propio*. Sin base legal de desenvolvimiento en nuestra legislación civil y administrativa, que tan sólo le ofrece el estrecho marco del principio de accesión, insuficiente para abarcar sus posibilidades, no ha ocurrido tampoco entre nosotros, lo que en otros pueblos, como en Alemania, donde una nutrida literatura jurídica vino a suplir los vacíos de la legislación, y mediante sus construcciones doctrinales allanó e impulsó la aplicación del derecho de superficie a los problemas sociales y económicos de orden urbanístico.

No ha permanecido, sin embargo, falto de valedores por com-

pleto. La docta pluma de D. Jerónimo González dió a la luz pública, el año 1922, interesante monografía sobre el derecho de superficie, resultado de las conferencias pronunciadas sobre dicho tema en la Universidad de Madrid.

En ella estudiase esta figura de derecho en la múltiple riqueza de matices que la integran y se subraya la importancia que reviste y el partido que de ella podría obtenerse en España en orden a los problemas de la vivienda.

Voces de este calibre suelen tener escaso eco en nuestra atmósfera jurídica vigente, más adepta a la gimnasia exegética de los preceptos sutantivos y adjetivos, y, sobre todo, al estudio y conservación como planta de estufa, de las vejedes de las doctrinas del derecho político de tipo octocentista, que la mayoría de nuestros juristas estima todavía como última y definitiva fórmula de progreso político.

Aun así, el resultado es al cabo fructuoso, pues en esas voces hallan al par magisterio y estímulo quienes sienten la inquietud de remozar nuestra vida jurídica.

Recogiendo las enseñanzas del estudio de D. Jerónimo González, en el que publiqué en esta misma Revista el año 1926, sobre *Nuevos tipos sociales de propiedad territorial*, examiné y señalé el partido y aplicaciones que podría darse a la figura jurídica del derecho de superficie para organizar y estructurar el interesantísimo tipo de propiedad agraria colectiva que constituyen los Cotos sociales de Previsión, y, con mayor amplitud, en el libro que sobre ellos verá próximamente la luz pública.

Y quiero ahora dar a conocer, por lo que pudiera constituir iniciación de un camino, un caso—el primero en España, según creemos—, de derecho de superficie para la realización de un proyecto de edificación de casas en terrenos municipales de aprovechamiento común, muy semejante a los que tan extenso desarrollo están alcanzando en Alemania, y otros países, y se reseñan en la citada monografía de D. Jerónimo González.

A propuesta del que esto escribe, el Ayuntamiento de Llerena (Badajoz), acaba de acordar la cesión, en derecho de superficie, y por plazo de cuarenta años, de terrenos de los egidos municipales, para la construcción de *treinta casas*, compuestas de za-

guán, cuatro habitaciones, comedor, cocina, water-closs y patio, destinadas a familias de obreros y empleados.

Por la importancia del proyecto, y muy singularmente, por la novedad jurídica y práctica que encierra el servirle de base el derecho de superficie, juzgamos conveniente darlo a conocer con todo pormenor, y, a este fin, vamos a insertar, en lo más sustancial, la Memoria que elaboramos para información del Ayuntamiento, en la cual se hallan las bases con arreglo a las cuales se ha de llevar a cabo el proyecto, al que interesa dar la mayor publicidad como punto de partida que pudiera ser para imitado en otros pueblos y ciudades, en donde la figura del derecho de superficie es grandemente susceptible de abrir nuevo campo de soluciones a los problemas de urbanismo y edificación. He aquí, en síntesis, la Memoria, cuyas directivas se hallan inspiradas en la mencionada monografía del señor González:

## INFORME

«Tratándose de terrenos de los egidos comunales, propiedad inalienable del Municipio, a tenor del artículo 24 del Reglamento de Hacienda municipal, es menester aplicar un título jurídico de cesión, en el que, salvaguardándose la propiedad del Ayuntamiento, se ceda tan sólo el usufructo del terreno para edificar, el derecho al vuelo.

Para ello sería utilizable la figura jurídica del arrendamiento derecho real, puesto que se habría de ceder por plazo mayor de seis años.

Pero del contenido del proyecto, que tiene por objeto la construcción en serie de casas modestas en terrenos municipales, el Secretario, que suscribe, juzga que lo más conveniente y eficaz sería—por las razones que más adelante se expondrán—, la aplicación del Derecho de superficie, apenas iniciado en España—tan sólo se pueden citar algunas manifestaciones de él, más en el orden de la propiedad rústica que de la urbana, en Asturias, Galicia y otras regiones, en la institución de los árboles privados en suelo común—, que cuenta con escasa regulación en nuestra legislación civil y administrativa, pero que en el extran-

jero, principalmente en Alemania, está alcanzando importantes desarrollos y viene siendo factor eficaz en orden al problema de la edificación y de la casa barata, puesto que facilita la construcción de grupos de casas en suelo ajeno, principalmente de municipalidades y corporaciones públicas.

Mediante el derecho de superficie se obvian, en gran parte, las dificultades que a la edificación de viviendas destinadas a las clases modestas opone la costosa adquisición de solares.

Adquiridos éstos a título de derecho de superficie, y no de propiedad, el costo del factor *solar*, en el presupuesto general de la edificación, resulta favorablemente aminorado. Se facilita y estimula a un tiempo la construcción y el abaratamiento de los alquileres.

#### NATURALEZA DEL DERECHO DE SUPERFICIE

Sin entrar en la cuestión de la determinación de su naturaleza jurídica, varia y compleja, puesto que participa de las notas de la copropiedad en sus diversas modalidades (indivisibilidad del dominio perteneciente a varios, con división de valor o con división de cosas; división del contenido de la propiedad, merced a la división de cosas y derechos, etc.); de la propiedad dividida (orden enfitéutico y censual), y de la propiedad limitada (ámbito jurídico de las servidumbres), es lo cierto que el derecho de superficie gira por esencia en torno al hecho de la construcción. Todo el sistema de relaciones jurídicas que le integran, viven adscritas al complejo de manifestaciones sociales y económicas, y, en general, urbanísticas del problema de la vivienda.

De ahí que la moderna legislación reguladora del derecho de superficie lo defina y lo reglamente a tenor de estos dictados: como *Erbbaurecht*, o sea, en traducción literal, derecho de construcción hereditario, lo define el Código civil alemán (artículos 1.012-1.017), y la Ordenanza germánica de 15 de Enero de 1919, especialmente reguladora de tal derecho, determina el contenido legal del mismo, estableciendo, en su artículo primero, que «una finca puede ser gravada de modo que a la persona favorecida por la carga le corresponda el derecho transmisible y heredable de tener sobre, o bajo la superficie, una construcción», y que tal gra-

vamen tiene el carácter de derecho real de utilizar la cosa ajena para una finalidad especial : «ein Bauwerk Zu tharen», «tener una construcción», extendiendo el concepto de ésta a los efectos del derecho de superficie, a toda estructura de carácter inmueble con distinción del suelo, que puede ser utilizada por el hombre: casas, huertos, jardines, árboles, muelles, líneas telegráficas, etc.

#### BASES PARA LA REALIZACIÓN DEL PROYECTO

Expuestas estas breves notas para dar idea a la Corporación de la naturaleza y aplicaciones del derecho de superficie, vamos a determinar las bases a que podría ajustarse la cesión a D. Vicente Carrera de los terrenos que solicita para la realización de su proyecto, a título de derecho de superficie, deteniéndonos en cuatro puntos principales : contraprestación a exigirle por la cesión de los mismos, canon, plazo de duración y destino final de las construcciones.

*Contraprestación.*—El derecho de superficie puede cederse a título oneroso y lucrativo. Por las razones que a continuación se expresan, creemos que el solicitante deberá abonar previamente por la cesión superficiaria de los terrenos del régido la cantidad que acuerde la Corporación municipal, para cuya determinación pueden seguirse dos criterios : fijar un tanto por metro, o bien una suma global en relación con el valor que se calcule a dichos terrenos, o un tanto por ciento de dicho valor.

*Canon.*—En cuanto al canon que deberá abonar al Ayuntamiento el superficiario constructor, sigúense diversos sistemas en los múltiples casos de municipios extranjeros que han hecho uso de esta figura jurídica para la construcción. El canon puede ser trimestral, semestral o anual.

Los tipos son variadísimos : en unos puntos se cobra el dos por ciento del valor de los terrenos ; en otras ciudades se paga el tres y medio por ciento en los diez primeros años ; cuatro por ciento en los diez segundos ; cuatro y medio por ciento en los otros diez, y después el cinco por ciento. En algunos contratos se establece una tarifa diferente por metro cuadrado de solar o se fijan sumas, bien en globo para toda la finca, o bien por unidad super-

ficiaria. En Leipzig, el Consejo municipal queda autorizado para subir el canon pasados los veinticinco, cincuenta y setenta y cinco años del concierto. Págase el canon anticipadamente o vencido.

Opinamos que el canon anual debe ser reducido, y en cambio más elevada la contraprestación previa por la cesión del derecho a que antes aludíamos.

Resta considerar un extremo de gran importancia: las garantías a establecer a favor del Ayuntamiento para asegurar el pago del canon durante el lapso de duración del contrato.

En todo caso de arrendamiento, la falta de pago del mismo determina la rescisión del contrato. Más aquí, en que el superficiario ha construido y es propietario de la construcción, con facultad, inclusive, de inscribir en el Registro la superficie—equiparada ésta en la técnica jurídica a finca hipotecaria—, se hace preciso crear otras garantías para el aseguramiento del pago del canon.

A este fin, en los contratos a que antes nos referimos establecense diversas soluciones: la revocación del derecho por falta de pago, con anotación preventiva; la estipulación de aquélla como condición resolutoria, análoga al comiso de nuestro Código civil; o bien la elevación del tanto por ciento del canon. Si no se estima suficiente la acción personal contra el titular de la superficie ni el embargo de la renta que producen los edificios, puede estipularse un aumento en el canon, el uno por ciento, por ejemplo, en caso de demora.

De las garantías enumeradas, la más práctica y eficaz, y que creemos debe ser incluida como cláusula del contrato, es la revocación del derecho de superficie y, por consiguiente, la consolidación de la propiedad de esta, de la edificación, a favor del Ayuntamiento, en el caso de falta de pago e incumplimiento de sus obligaciones por parte del superficiario, una vez que se hayan agotado todas las vías para hacer efectivas aquellas, es decir, en el caso de insolvencia absoluta del superficiario.

En tal supuesto, el derecho de superficie pasa del dueño del vuelo al del suelo: el Municipio.

*Duración del contrato.*—Varía el criterio de los autores y legislaciones extranjeras en lo referente a la duración del derecho de superficie.

Cuando se establece a favor de una persona física, el plazo debe ser lo suficientemente largo para que haya posibilidad de transmitirlo por herencia. Si a favor de una persona jurídica, basta una duración menor, puesto que no hay que pensar en sucesión hereditaria.

En los contratos celebrados en Alemania por Municipios y Corporaciones, hay gran variedad. En Friburgo se fijan treinta años; en Berlín, setenta; en otros puntos, sesenta, ochenta, etc.

El peticionario, D. Vicente Carrera, solicita la concesión por el plazo de cuarenta años, y opinamos que el Ayuntamiento puede aceptar dicho plazo.

El derecho de superficie es hipotecable y transmisible, tanto *inter vivos* como *mortis causa*, pero, como es lógico, con objeto de garantir los derechos del Ayuntamiento en relación con las obligaciones del superficiario, no podrá hipotecarse la superficie ni transmitirse, sin la aprobación previa del Ayuntamiento y subrogándose el adquirente cesionario en las mismas obligaciones del superficiario cedente.

En caso de transmisión *inter vivos*, el Ayuntamiento deberá tener el derecho de tanteo.

*Destino final de las construcciones.*—¿ Transcurrido el plazo de cuarenta años, será prorrogable el contrato? ¿ Revertirá la propiedad de la superficie a favor del Municipio? La doctrina más generalizada es la de que la edificación, una vez finalizado el plazo de duración del contrato, pase a ser propiedad del dueño del terreno, quedando éste jurídicamente obligado a indemnizar al superficiario a título de enriquecimiento indebido. Así, el derecho de propiedad no carecerá nunca de titular y la condición jurídica de la construcción permanecerá siempre firme y definida.

En los contratos celebrados en Alemania, el propietario del terreno, al hacer suya la superficie por término del contrato, abona al superficiario constructor el veinte por ciento del valor de aquélla, que se fija tomando el promedio del atribuido a la edificación y de sus utilidades capitalizadas. El cómputo se realiza por dos peritos, uno del titular y otro del superficiario, los cuales, en caso de desacuerdo sobre el valor, eligen un árbitro. Si sobre tal extremo tampoco se llegara a un acuerdo, el Ministro de Obras públicas nombra el árbitro.

En otros contratos se abona al superficiario la cuarta parte del valor de lo construído, sin que el valor total que se calcule pueda exceder del importe de las rentas capitalizadas, y la cantidad abonable al superficiario pueda ser mayor de las tres cuartas partes de los desembolsos por él realizados.

Creemos que en el contrato que celebre el Ayuntamiento debe establecerse que, finalizado que sea, podrá la Corporación optar por la prótoga del mismo en las condiciones que se pacten, o bien la reversión de lo construído a propiedad del Municipio, abonándose al superficiario un tanto por ciento del valor de los edificios, que pudiera ser del CINCUENTA AL SESENTA por ciento.

### RESUMEN

En resumen, a juicio del Secretario que suscribe, las bases a tenor de las cuales debe estipularse el contrato son las siguientes: cesión de los terrenos del régido en derecho de superficie a título oneroso, es decir, abonando previamente por la cesión el peticionario la cantidad que fije el Ayuntamiento, canon anual, pagadero por trimestres; plazo de cuarenta años; facultad del superficiario de transmitir *inter vivos* o *mortis causa* la propiedad de la superficie, pero subrogándose el cesionario en las obligaciones del cedente; derecho de tanteo a favor del Ayuntamiento, y facultad en la Corporación, al término del contrato, de prorrogarlo, o bien de hacer suya la superficie mediante indemnización.

Y réstanos manifestar que, de realizarse el proyecto en la forma que proponemos, el Ayuntamiento de Llerena daría un avance jurídico de la más alta importancia, puesto que sería el primer caso en España de cesión de terrenos municipales en derecho de superficie para la edificación de casas baratas.

Merced al desconocimiento que en España existe, incluso entre los letrados, acerca del derecho de superficie y del importante papel que está desempeñando en el extranjero en orden al problema de la carestía de la vivienda, ni en nuestra ley de Casas baratas, ni en las conclusiones del Congreso Nacional de la Edificación, celebrado recientemente, ni en los numerosos proyectos sus-

citados sobre el particular, se ha tenido en cuenta la valiosa aplicación que pudiera tener el derecho de superficie.

El Ayuntamiento de Llerena, con el proyecto objeto de este informe, iniciaría un camino que, de ser imitado por otros Municipios, podría contribuir eficazmente a la solución del problema de la vivienda en nuestros pueblos y ciudades.

La Corporación, no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Llerena, 1.<sup>o</sup> de Mayo de 1929.—El Secretario, *C. Viñas*.

A tenor de estas sugerencias, el Ayuntamiento de Llerena ha acordado anunciar subasta para la concesión, en derecho de superficie, de terrenos del régimen para edificar, debiendo el superficiario abonar la contraprestación previa de veinte mil pesetas. En cambio, no se exige el pago de canon—que no es elemento jurídico esencial en esta figura de derecho—, sustituido por la obligación de mantener en buen estado las carreteras adyacentes a la edificación. El superficiario, para hipotecar o transmitir ésta, necesitará el consentimiento previo del Ayuntamiento, y el adquirente quedará ligado por las mismas obligaciones que el superficiario transmitente; el Municipio podrá ejercer, en tal caso, el derecho de tanteo. Al finalizar el derecho, que se concede por cuarenta años, podrá optar el Municipio por la prórroga del contrato en las condiciones que se acuerden, o bien por hacer suya la propiedad de la superficie, abonando al superficiario constructor el **SESENTA POR CIENTO** del valor que entonces tenga la edificación, tasado con arreglo a la legislación que rija.

\* \* \*

Proyecto de tal interés merecía los honores de la publicidad, con la mira, sobre todo, de que cundiese el ejemplo por la fuerza poderosa de la imitación que decía Tarde. Y a este fin hemos tenido con el presente artículo.

CARMELO VIÑAS Y MEY.