

INFORME SOBRE EL PROJECTE DE LLEI DEL DRET DE SUPERFÍCIE

Ferran Badosa Coll
Catedràtic de Dret Civil
Universitat de Barcelona

NOTA DE LA REDACCIÓ

A continuació transcrivim l'informe encomanat pel Departament de Justícia de la Generalitat de Catalunya i lliurat pel doctor Ferran Badosa Coll amb data 23 d'octubre de 2000. Aquest estudi va servir de base per als treballs de la Secció de Dret Patrimonial de la Comissió de Codificació de l'Observatori de Dret Privat de Catalunya, per a l'elaboració de la regulació del dret de superfície en la Llei 22/2001, de 31 de desembre, de regulació dels drets de superfície, de servitud i d'adquisició voluntària o preferent.

EXPOSICIÓ DE MOTIUS

Aquesta llei aconsegueix la previsió d'una regulació civil del dret de superfície continguda en l'article 240.2 del Decret legislatiu 1/1990, de 12 de juliol.

En la Llei hom pretén donar la màxima extensió al dret de superfície com a dret real limitat sobre una finca aliena, caracteritzat per convertir parts integrants d'aquesta en objectes de dret independents. Deixa, doncs, d'ésser només un mitjà de foment de la construcció i esdevé un factor important en la formació del mercat immobiliari i en la multiplicació dels aprofitaments agraris i forestals.

L'impuls del dret de superfície exigeix procurar-li un règim jurídic real, legal i voluntari particularitzat. En aquest darrer, el punt principal és si la fixació del tí-

tol constitutiu és definitiva o modificable pels titulars ulteriors del dret de superfície i de la propietat de la finca base. A favor de la modificabilitat hi ha un motiu de viabilitat econòmica, derivat de la llarga durada del dret, i un motiu jurídic, que és la igualtat de la legitimació dels constituents i la dels titulars sobrevinguts.

Com palesen els articles 240.2 i 242.2 del Decret legislatiu 1/1990, la preocupació fonamental és la protecció dels titulars de la propietat de la finca i dels drets limitats sobre el de superfície, que es resol amb la tècnica de la inoposabilitat. La present llei ha compartit aquella i ha adoptat aquesta.

Article 1

La present llei és aplicable a tots els drets de superfície que es constitueixin a Catalunya.

Article 2

1. El dret de superfície és el dret real limitat sobre una finca aliena, que atribueix la propietat de les construccions o plantacions que hi estiguin incloses.

2. Les construccions o plantacions poden ésser anteriors o posteriors a la constitució del dret. En aquest segon cas, el dret atribueix al seu titular la legitimació per a fer les construccions o plantacions.

Article 3

1. El dret de superfície s'ha de constituir en una escriptura pública. Si legitima per a la realització de construccions o plantacions futures, s'ha d'inscriure, a més, en el Registre de la Propietat.

2. En el títol constitutiu, s'hi ha de fixar la durada, que no pot excedir els noranta-nou anys. Llevat del seu escolament i de la pèrdua, en el cas de construccions o plantacions preexistents, cap altra causa extintiva del dret de superfície perjudica els drets sobre aquest que estiguin inscrits en el Registre de la Propietat.

Article 4

1. En qualsevol moment, el superficiari i el propietari de la finca poden establir el règim de llurs respectius drets.

2. Respecte del dret de superfície en general, són admissibles, entre d'altres, els pactes següents:

a) La limitació de la disponibilitat del superficiari sobre el seu dret, en concret sotmetent-la al consentiment del propietari de la finca.

b) L'establiment d'una pensió periòdica, però sense poder-la garantir amb el propi dret de superfície.

c) El règim de liquidació de la possessió.

3. Respecte del dret de superfície sobre una construcció o una plantació noves, són admissibles, entre d'altres, els pactes següents:

a) La fixació del termini de realització, atribuint eficàcia extintiva al seu incompliment.

b) En cas d'una construcció nova, l'atribució al propietari de la finca d'un dret d'ús, per qualsevol concepte, sobre pisos o locals.

4. Respecte del dret de superfície sobre una construcció o una plantació preexistents, es pot pactar la seva extinció en cas d'impagament i de mal ús.

5. Respecte dels drets de superfície i de propietat de la finca, es poden pactar, entre d'altres:

a) El mode d'ús dels immobles respectius.

b) Els drets d'adquisició preferent recíprocs.

Article 5

Qualsevol modificació en les regulacions del dret de superfície i de propietat de la finca en relació amb ell, es pot oposar a tercers d'ençà de la seva inscripció registral. Aquestes modificacions no perjudiquen ni beneficien els drets inscrits anteriorment.

1. LA NECESSITAT D'UNA LLEI «CIVIL» SOBRE EL DRET DE SUPERFÍCIE

Article 1

La present llei és aplicable a tots els drets de superfície que es constitueixin a Catalunya.

1.1. EL DRET DE SUPERFÍCIE COM A «MATÈRIA CIVIL»

La qualitat civil de la matèria «dret de superfície» ha estat reconeguda per la Sentència del Tribunal Constitucional (STC) 31/1997, de 20 de març, en contra del que va considerar com a parer de la Generalitat de Catalunya, allevant-li, a més, que valorés la superfície exclusivament com a urbanística (vegeu l'apartat 31c dels antecedents).

Aquest argument del Tribunal Constitucional serveix per a confirmar la competència de la Generalitat de Catalunya, atès que la té en la matèria civil (art. 9.2 de l'Estatut d'autonomia de Catalunya [EAC]).

A) *La pertinença del dret de superfície a la «matèria urbanística»* és una constant de la legislació espanyola sobre el sòl (art. 157 i seg. Llei de 12 de maig de 1956; 171 i seg. Llei 19/1975, de 2 de maig, i els recents art. 287 i seg. Reial decret legislatiu 1/1992, de 26 de juny). Inspirant-se en aquestes lleis, també ho ha fet la legislació catalana (art. 240 i seg. Decret legislatiu 1/1990, de 26 de juny).

B) S'ha de remarcar que aquesta pertinença no és institucional, sinó merament tècnica. El dret de superfície només ha estat un instrument de política urbanística, però en la distribució de matèries és civil. La finalitat urbanística era i és el foment de la construcció; per això aquesta legislació presenta una visió doblement limitada del dret de superfície: a la construcció, no a la plantació i l'obra nova, sense preveure que també es pot constituir sobre una cosa preexistent (art. 952.2 codi civil italià).

Això, la legislació estatal ho ha tingut sempre en compte (respectivament, art. 157.3, 171.3 i 287.3 dels textos esmentats més amunt), i, seguint aquesta, també la legislació catalana (art. 240.3). Ambdues parlen de les «normes del dret privat» com a supletòries de les administratives, unes normes que encara no existeixen.

C) El criteri de distinció entre les regulacions urbanística i civil del dret de superfície, l'exposa la legislació urbanística, d'acord amb la seva consideració de dret «especial». Els articles 157.3 i 171.3 de les lleis estatals de 1956 i 1975, i, seguint aquestes, l'article 240.3 del decret català, consideraven urbanístic el dret de superfície constituït «en» terrenys sotmesos a plans d'ordenació urbanístics, independentment del fet que els constituents fossin corporacions públiques o persones privades.

a) En canvi, el nou article 287.1 del Reial decret legislatiu 1/1992 suprimeix aquesta característica i parla, referint-se a les «personas públicas», de dret de superfície «en terrenos de su propiedad o integrantes del patrimonio municipal», amb l'únic requisit de la destinació «[...] con destino a la construcción de viviendas sujetas a régimen de protección oficial o a otros usos de interés social», i, tractant-se de «personas privadas», «sin la limitación destino prevista en el apartado anterior» (art. 287.2). Sembla, doncs, que, envers aquestes, el dret de superfície, urbanístic o civil, es regula en general, de manera que esdevé «las normas del Derecho Privado», la referència a les quals s'ha mantingut per inèrcia.

b) La llei civil catalana s'ha de mantenir, però, en l'àmbit assenyalat per l'article 240.1 del Decret legislatiu de 1990, partint de la inaplicabilitat a Catalunya del nou article 287.2 del Reial decret legislatiu 1/1992.

Per aquest motiu, el dret de superfície en general resta sotmès a la legislació civil catalana, amb caràcter principal, entenent per dret de superfície «en general» el que es refereix a construccions i plantacions, i tant les preexistents com

les futures. Aquest dret s'ha d'aplicar amb caràcter supletori (d'acord amb l'art. 240.3 Decret legislatiu 1/1990) a les superfícies urbanístiques: construccions futures «en» terrenys sotmesos a la planificació. La indicació de la supletorietat correspon a la llei especial, per això no cal expressar-ho en la civil (com fa l'art. 1527 codi civil portuguès de 25 de novembre de 1966).

1.2. LA FINALITAT DE LA LLEI «CIVIL» CATALANA SOBRE EL DRET DE SUPERFÍCIE

Com s'ha dit, és «el dret de superfície en general» en la seva concepció més àmplia: construccions i plantacions, preexistents o futures. És el que fa l'article 1524 del codi civil portuguès (Llei de 25 de novembre de 1966): «[...] construir o manter [...] uma obra [...] ou de nele fazer ou manter plantações.»

A) El dret de superfície «en general» no es troba en l'article 1611.3 (afegit a cuita-corrents en la segona edició del Codi civil de 1889), en el qual aquest dret es limita a les plantacions, com palesa el fet que acompanyi els «foros y subforos», els quals exclou provisionalment de la redimibilitat. I el mateix caràcter rural té en l'article 107.5 de la Llei hipotecària (LH).

La consideració «general» d'aquest dret tampoc no es troba en el Reglament hipotecari (RH), on se separen l'urbà (art. 16) i el rústic (art. 30.3) i on es bescanvien les denominacions, ja que l'urbà es queda amb el nom i el rústic el perd (i s'anomena *vuelo*). I això, a diferència del BGB (§ 1013), reproduït en el § 1 de la vigent Verordnung über Erbbaurecht (ErbVO), de 15 de gener de 1919, de l'article 779.1 del codi civil suís (de 10 de desembre de 1907, si bé els art. 779b-779.1 procedeixen de la Llei de 19 de març de 1965), de l'article 956 del codi civil italià, de la llei francesa (de 19 de desembre de 1964) del «bail à construction», i de les lleis 430 i següents de la compilació navarresa, que no admeten la superfície referent a plantacions.

Per això convé una llei que reflecteixi la unitat de la institució, d'acord amb la unitat normativa que se li atribueix (art. 240.3 Decret legislatiu 1/1990). En aquesta llei han de desaparèixer els conceptes de *vol* i *subsòl*, que no tenen transcendència jurídica, sinó només material, com a modalitats d'incorporació a la finca que serveix de suport. També són intranscendents les de construccions (art. 16 RH) i plantacions (el «vuelo» de l'art. 30.3 RH), que només es refereixen al tipus d'aprofitament. I també si són futures (art. 16 i 30.3 RH) o preexistents a la constitució, que només es diferencien per l'atribució, secundària, del dret a realitzar l'obra.

B) El segon motiu per a una llei civil catalana sobre la superfície és el canvi de la regulació de l'emfiteusi en la Llei 6/1990, dels censos (LC), que suprimeix

la dualitat de propietats, directa i útil, sobre una mateixa finca, i situa la propietat en l'antic senyor útil. El canvi s'havia iniciat en la Llei 31/1945 i responia al principi que sobre cada objecte de dret només hi pot haver un sol dret de propietat.

Tanmateix, la correlació necessària entre l'objecte i el dret de propietat ha deixat sense regulació les complexes situacions que es poden produir sobre una finca, on cal assegurar la coexistència de titulars com a propietaris, perquè el tràfic no considera suficient la correlació com a propietari i titular d'un dret real limitat (per exemple, l'usdefruit). Aquesta necessitat, la satisfà el dret de superfície. Eliminada la dualitat de propietaris, en si mateixa, pròpia de l'emfiteusi, la solució és la prèvia dualitat d'objectes, que permet respectar el principi establert per la LC. La dualitat ja no serà la propietat directa i útil sobre la mateixa finca, sinó sobre diverses finques: la propietat del sòl i la propietat de la superfície de la construcció o plantació.

1.3. L'ÀMBIT TERRITORIAL D'APLICACIÓ DE LA LLEI

En aquest punt no tractarem l'aplicabilitat territorial de les normes, ja resolta pels articles 7.1 i 26.1 EAC. Tractarem l'«estatut» real que acompanya el dret de superfície com a immobiliari, qüestió que esdevé important per la generalització aparent de l'article 287.2 del Reial decret legislatiu estatal 1/1992 en relació amb les superfícies creades per particulars.

La solució és la de l'article 10.1 del Codi civil (CC), del qual resulta que el dret civil català és la «lleï del territori» per a les superfícies que es creïn en aquest, sigui qui en sigui el constituent.

2. EL CONCEPTE I LES CLASSES DEL DRET DE SUPERFÍCIE

Article 2

1. El dret de superfície és el dret real limitat sobre una finca aliena, que atribueix la propietat de les construccions o plantacions que hi estiguin incloses.

2. Les construccions o plantacions poden ésser anteriors o posteriors a la constitució del dret. En aquest segon cas, el dret atribueix al seu titular la legitimitació per a fer les construccions o plantacions.

2.1. EL CONCEPTE DE *DRET DE SUPERFÍCIE*

La Llei parteix del concepte de *dret de superfície* com a dret real limitat sobre una finca aliena que converteix un bé que li està materialment incorporat en un nou objecte de dret i és títol d'un nou dret de propietat sobre un bé que li

és incorporat. El seu «objecte» és la finca aliena que serveix de suport material al bé incorporat. El seu «efecte» jurídic és la creació d'un nou objecte de dret: precisament, el bé incorporat. Al seu torn, la creació d'aquest nou objecte pressuposa la suspensió de l'accessió a favor de la finca suport i exigeix l'assignació d'un nou dret de propietat.

En canvi, no es pot parlar de «contingut» amb caràcter general, perquè l'únic contingut és la legitimació per a fer la construcció o la plantació, i només existeix en la superfície en la qual el nou objecte és futur, no quan és preexistent.

A) *Un dret real limitat sobre una finca aliena* és la idea present en l'article 240.1 del Decret legislatiu 1/1990, que parla de «constitució» com si fos unilateral del propietari, i en l'article 241.1 del mateix decret, que parla de «cessió». L'«objecte» del dret de superfície és la *finca suport* del bé incorporat. És també la idea del § 1012 BGB (i § 1 ErbbVO) i l'article 779.1 del codi civil suís.

a) Utilitzo el terme *finca* perquè és l'expressió de la Llei 6/1990, de 16 de març, dels censos (art. 110a), més genèrica que la de *sòl erm* (art. 278 Compilació) o la de *predi* només rústic (art. 279 Compilació).

b) Com a dret real limitat, té dues característiques. La primera és la seva consideració estricta («les limitacions» de l'art. 240.2). En l'apartat 4.5 veurem que no li és inherent com a dret, sinó que només té la funció protectora de tercers.

La segona característica és que «afecta» la totalitat de la finca, independentment de l'extensió material del suport que presti al bé incorporat, sigui la totalitat o només una part de la superfície del predi o del sostre de l'edifici. L'article 242.4 admet aquesta possibilitat d'un dret de superfície que no abasti materialment tota la finca, atès que el considera compatible amb altres «càrregues que recaiguessin sobre un [...] dret» de propietat del sòl. Preveuen la parcialitat el § 1013 BGB (= § 1.2 ErbbVO) i l'article 1525 del codi civil portuguès.

Això té importància, perquè diferencia el que és jurídic (el gravamen real) i el que és material (la incidència de la construcció o la plantació en el suport). Com a gravamen jurídic, el propietari de la finca suport veu limitada la seva propietat sobre tota aquesta: no pot perjudicar la propietat superficiària, ni directament, immiscint-se en el bé incorporat, ni indirectament, amb un ús de la part de la seva finca no ocupada que el perjudiqui.

B) *L'«efecte» fonamental del dret de superfície és la creació d'un nou objecte de dret*

a) No cal que, a més, sigui una «cosa» nova, perquè, com s'ha dit, pot ésser-li preexistent. En aquest cas, el dret accepta l'estat material de la finca tal com era, sense modificar-lo. Llavors, no es pot parlar de «cosa nova», perquè la «novetat» no depèn del dret, sinó només del canvi material que comporti el can-

vi de «forma» o de «denominació» (art. 307.2 CS). Només hi ha «cosa nova» quan sigui un objecte futur.

b) La creació del nou objecte de dret no és directa o «positiva» mitjançant la imposició d'una qualificació jurídica al bé incorporat. D'acord amb la seva naturalesa de dret limitat sobre una finca aliena, actua sobre aquesta, no sobre el bé incorporat mateix. La creació és indirecta, per la via de suspendre l'accessió a favor d'ella (art. 242.2 *a sensu contrario* Decret legislatiu 1/1990), de manera que la creació del nou objecte n'és el resultat.

c) *El bé incorporat influeix en la suspensió de l'accessió i, per tant, en la creació del nou objecte de dret.* Si la construcció o la plantació no existeixen, la suspensió de l'accessió actua negativament: impedeix que la cosa nova esdevingui part integrant de la finca. La cosa i el nou objecte de dret apareixen simultàniament.

En canvi, si la cosa preexistia al dret (art. 952.2 codi civil italià), l'accessió té un efecte constitutiu: converteix en un nou objecte de dret allò que fins llavors era part integrant de la finca.

En ambdós casos, del fet que la finca serveixi de suport al nou objecte es dedueix un correlatiu interès del propietari d'aquella d'un bon ús d'aquest que no el perjudiqui.

C) *El dret de superfície té com a «efecte» la creació d'un dret de propietat.* És a dir, apareix un nou objecte de dret, però no una *res nullius*. El titular del dret de superfície que ha paralytitzat l'accessió és, a més, el propietari del nou objecte.

Pot semblar paradoxal que un dret generi un altre dret, i contradictori que, essent limitat, generi un dret de propietat.

a) Que un dret pot ésser títol d'un altre, ho palesa el dret de propietat, que és un títol de nova propietat sobre el que s'uneix a la cosa (art. 278 Compilació) o el que produeix (art. 213.1 CS).

b) Que un dret real limitat sigui títol d'un dret de propietat, ho palesa l'usdefruit, que atribueix la propietat dels fruits (argument *ex art.* 281 Compilació: «farà seus») per la via del *ius percipiendi* (argument *ex art.* 233.2 CS i, clarament, art. 471 CC). Si bé no està regulat en el dret català, també l'anticresi atribueix un *ius* idèntic (art. 1881 CC).

2.2. LA RELACIÓ MATERIAL D'«INCLUSIÓ» DEL NOU OBJECTE DE DRET EN LA FINCA

Del que s'ha dit sobre l'accessió resulta que aquesta relació ha d'ésser la mateixa que la que la produiria si no s'hagués suspès (per exemple, art. 278

Compilació). L'expressió tècnica del CC és *incorporació* (art. 353), que també utilitza el CS (art. 215.1 i 240.1), si bé referida al fideïcomís com a patrimoni. La incorporació significa materialment una «millora» (art. esmentats CS), precisament perquè queden sotmesos a l'efecte jurídic de l'«accessió» a favor de l'objecte al qual s'incorporen (art. 213.1 CS).

Tanmateix, té el sentit d'«inclusió» d'un immoble «en un» altre, es faci de la manera que es faci: externa (els tradicionals «sòl» i «vol») o interna (el «subsòl»).

A) La primera conseqüència d'aquesta «inclusió» és que la cosa «inclosa», sigui nova o preexistent, construcció o plantació, té la qualificació d'*immoble* en la dualitat fonamental dels béns —que el dret català no estableix, però sí que presuposa en articles com ara el 207.1 i el 389.3 CS. Aquesta qualificació no és impedita per la suspensió de l'accessió, perquè la qualitat d'immoble es fonamenta en dades materials (argument *ex art.* 334.1-3 CC).

B) És *irrellevant la modalitat de la «inclusió»*. En la legislació i la doctrina, d'acord amb el concepte de *superfície* com a indret, la finca suport es designa amb el terme *sòl* (art. 16.1 i 2 RH), i a partir d'aquest s'indiquen les «direccions» de la finca: cap amunt, el «vol» (per exemple, art. 16.1 i 20.3 RH), i cap avall, el «subsòl» (argument *ex art.* 16.1 RH). En aquesta enumeració, s'oblida la possibilitat que ofereixi el suport un pla vertical, és a dir, l'adossament a una construcció que recolzi només en aquesta, sense tocar el sòl.

a) Aquestes expressions vulgars són jurídicament impròpies, com palesa la pluralitat de sentits del terme *vol*. Aquesta paraula significa només una «direcció» a partir del sòl. Però es considera com el suport de construccions (art. 16.1 RH: «construcciones sobre el vuelo» (*sic*)), quan en realitat ho és un edifici preexistent que se «sobreeleva» (art. 16.2 RH), i, alhora, com un dret real, tant en el cas de les construccions (art. 16.2c RH), com en el de les plantacions (art. 30.3 RH). També és impropri el terme *subsòl*, atès que ni tan sols serveix per a qualificar les obres que s'hi facin, llevat que sempre són «construccions» (art. 16.1.2 RH, com les descrites en l'article 5.1 *in fine* Llei de propietat horitzontal [LPH]). Evidentment, també sota terra pot haver-hi plantacions, malgrat que l'article 30 RH sembla que ho exclou.

b) Per això és millor prescindir d'aquestes expressions i utilitzar l'expressió genèrica *inclusió*. Amb aquesta, ens estalviem de qualificar la finca suport —sòl o edificació— i la manera en què la nova finca incideix en aquesta —alterant-ne l'estructura o la «forma» (argument *ex art.* 307.2 CS), com en l'edificació o la plantació externa, o no, com en la subconstrucció o la subplantació.

Això obliga a abandonar també l'expressió *finca suport* utilitzada fins ara, perquè només és adient per a les construccions o plantacions externes,

que necessiten una base de recolzament, no per a les internes. És per a abastar aquestes darreres que opto pel terme *inclusió* en comptes del d'*incorporació*, que designa una unió material, inexistent quan el nou objecte de dret és subterrani.

2.3. LES CLASSES DE DRET DE SUPERFÍCIE

Com s'ha dit, l'article 952 del codi civil italià distingeix dues classes de dret de superfície, segons si la construcció o la plantació són conseqüència o pre-existents a aquest dret. És una idea que enceta el BGB (§ 1013), copiada en el § 1 de la vigent *Verordnung über Erbbaurecht*, de 15 de gener de 1919, en definir el dret de superfície com el dret a tenir («haben») l'obra sobre o sota la superfície d'un predi. També l'article 779.1 del codi civil suís (de 10 de desembre de 1907) parla del dret de tenir o de fer («le droit d'avoir ou de faire»).

A) La diferència se sol situar en el fet que, en el primer cas, el dret de superfície atribueix la legitimació per a realitzar l'obra sobre o sota el sòl aliè (art. 952.1 del codi civil italià i Llei 430.1 de la compilació navarresa).

Hi ha, però, una segona dada més important: la vinculació del dret de superfície a la construcció o plantació. En el cas que el dret de superfície atorgui el dret de reconstrucció futura, la pèrdua d'aquestes no afecta el dret de superfície, perquè subsisteix en forma de facultat de (re)construcció o (re)plantació. En canvi, quan no l'atribueixi, el dret es vincula a l'objecte, de manera que la seva pèrdua comporta l'extinció del dret de superfície (art. 1536.2 codi civil portuguès).

B) Normalment, les legislacions estableixen que la destrucció no arrossega l'extinció del dret (§ 1016 BGB i 13 ErbbauVO; art. 954.3 codi civil italià, en aquest cas, llevat que hi hagi un pacte en sentit contrari, i Llei 433 de la compilació navarresa), amb la consegüent facultat de reconstruir (Llei 433 de la compilació navarresa). La raó d'aquest fet és que totes pensen en l'obra nova, àdhuc la legislació alemanya, que parla sempre d'«errichtung» («alçament») (§ 2.1 i 12 ErbbauVO). Només els articles 954.3 del codi civil italià i 1536.1*b* del codi civil portuguès són generals, atès que s'estenen a tots els casos.

C) Penso que cal reconèixer la diferència segons si aporta l'obra el titular del sòl o el titular del dret de superfície, de manera que no es limiti a una mera relació cronològica de l'obra envers el dret de superfície, sinó que assoleixi la categoria de «classes» o tipus del dret.

a) En efecte, en el cas, corrent, que l'obra sigui a càrrec del superficiari, tenim un nou «efecte» del dret de superfície: el dret de realitzar l'obra amb la consegüent suspensió de l'accessió. Fins i tot es podria regular com una «càrrec-

ga» de fer, fonamentada en l'interès del senyor del sòl (argument *ex art.* 242.1 Decret legislatiu 1/1990 i, també, art. 16.1c RH).

S'hi hauria d'incloure el pacte pel qual el propietari del sòl s'encarregués de la realització, en funció de les relacions, extrasuperficiàries, entre els dos titulars.

b) En el cas d'un dret de superfície sobre una construcció o una plantació preexistents, s'ha d'aplicar la regla de l'article 10a LC. La pèrdua extintiva ha d'ésser total (art. 10a LC, en comparació amb el n. 2 del mateix precepte). La relació entre ambdós paràgrafs situa la «pèrdua» en la desaparició de la utilitat a la qual està destinada la construcció o plantació (també argument *ex art.* 282 Compilació), i la «totalitat» s'ha d'entendre textualment, sense incloure la «major part».

3. EL RÈGIM LEGAL DEL DRET DE SUPERFÍCIE

Article 3

1. El dret de superfície s'ha de constituir en una escriptura pública. Si legitima per a la realització de construccions o plantacions futures, s'ha d'inscriure, a més, en el Registre de la Propietat.

2. En el títol constitutiu, s'hi ha de fixar la durada, que no pot excedir els noranta-nou anys. Llevat del seu escolament i de la pèrdua, en el cas de construccions o plantacions preexistents, cap altra causa extintiva del dret de superfície perjudica els drets sobre aquest que estiguin inscrits en el Registre de la Propietat.

Una regulació legal del dret de superfície ha d'assignar a aquest amb caràcter cogent les notes que considera indispensables per a la seva viabilitat. Igualment, ha de tenir en compte la diferència de «classes».

3.1. LA REGULACIÓ NO HA DE REFERIR-SE AL TÍTOL CONSTITUTIU

És una regulació del dret de superfície com a tal, no del títol material de constitució d'aquest dret. Per tant, no ha de referir-se a aquest títol. La precisió és important, perquè la legislació ja ha regulat el títol, fonamentalment en la qüestió de l'onerositat (per exemple, art. 241.3 Decret legislatiu 1/1990, d'acord amb les diferents regulacions estatals: art. 158.2 i 172.2 lleis estatals de 1956 i 1975), que ha estat reblat en l'article 288.1 del Reial decret legislatiu 1/1992. S'ha prescindit, doncs, d'altres títols.

El tema s'agreuja quan el títol constitutiu esdevé l'única font reguladora del dret (art. 240.2 Decret legislatiu 1/1990 i els seus homòlegs estatals: respectivament, art. 157.3, 171.2 i 287.3 lleis de 1956 i 1975 i Reial decret legislatiu 1/1992). També ho és en l'article 779*b* del codi civil suís i sembla ésser-ho en el § 2 ErbbauVO («Vertragsmässiger Inhalt des Erbbaurechts»: «Contingut contractual del dret de superfície»); i ho sembla perquè no parla dels constituents, sinó dels titulars («Vereinbarungen des Grundstückeigentümers und des Erbbaurechts»: «Acords del propietari del sòl i del superficiari»). No pot ésser-ho en el codi civil portuguès, que admet la usucapió.

A) Els motius per a centrar-se en l'onerositat han estat diversos. El principal és la superfície com a instrument de foment de la construcció que la vinculava a actes *inter vivos* (art. 241.1.2 Decret legislatiu 1/1990). Això, ho ha deixat ben clar l'article 288.1 del Reial decret legislatiu 1/1992 en remetre's als articles 284 («cesiones onerosas») i 286 («cesiones gratuitas»), pertanyents al títol VIII, capítol I, «Patrimonio municipal del suelo», i, per tant, només aplicables a les constitucions de superfície per persones públiques. Les altres, les dues possibles modalitats de la contraprestació que ultrapassen el moment inicial: la pensió i l'anomenada *reversió* de l'obra (art. 241.3 Decret legislatiu 1/1990).

Cap d'aquests motius no justifica que la Llei reguli el títol oneros.

a) Pel que fa al títol *inter vivos*, aquest està determinat per una circumstància del dret de superfície, específica de la legislació urbanística, però que la civil ha de superar. La legislació civil ha d'incloure els *mortis causa* (l'art. 1528 del codi civil portuguès admet el testament i la usucapió).

b) Pel que fa a les peculiaritats de l'onerositat, en realitat no ho són. La pensió periòdica és una càrrega real del dret de superfície, de la qual només es pot discutir si el seu impagament comporta o no el comís.

La «reversió» tampoc no és una qüestió l'onerositat, sinó de «liquidació» de la relació possessòria. En ésser el dret de superfície de llarga durada, és evident que en el moment final els titulars d'ambdós drets seran diferents dels constituents i podran pactar un règim liquidatori diferent de l'inicial, que esdevindrà irrellevant.

B) L'argument derivat del caràcter regulador del títol constitutiu és molt més important. En contra, hi ha el fet que, essent el dret de superfície de llarga durada i disponible, cal tenir en compte la possibilitat que els titulars circumstancials puguin establir en cada moment una regulació pròpia i puguin valorar fins a quin punt una regulació establerta en un moment inicial pot vincular-los quan la seva legitimació és idèntica a la dels constituents.

Considerar vinculant la regulació inicial no sols és una limitació injustificada a l'autonomia de la voluntat dels titulars ulteriors, sinó també, i sobretot,

un greu perill per a la viabilitat econòmica del dret, fent-lo inadaptable a les noves circumstàncies.

Vegeu el tractament d'aquesta qüestió en l'apartat número 4 d'aquest treball.

3.2. LA REGULACIÓ «GENERAL» DEL DRET DE SUPERFÍCIE

En relació amb el *dret*, la llei civil ha de pronunciar-se sobre els punts següents.

A) *La publicitat*. Atès que és un dret a una cosa aliena immoble, ha de seguir la regla general de l'escriptura pública (art. 1280.1 CC) i la inscripció registral declarativa. Ho confirma la seva semblança amb l'emfiteusi (argument *ex art.* 4 LC).

B) *La transmissibilitat*. Atès que es tracta d'un dret que genera un nou objecte de dret i la propietat independent consegüent, ha de seguir les seves regles: per tant, la susceptibilitat de disposició en el sentit més ampli (argument *ex art.* 166 *a contrario sensu* CS). En la disponibilitat s'ha d'incloure la de crear un nou dret de superfície sobre l'objecte de la propietat superficiària. Això estarà en funció de la seva aptitud material per a incloure noves entitats, és a dir, no més és pensable per a les construccions.

C) *La durada*. És el punt més discutible. Pel fet d'ésser un dret real limitat que absorbeix, en principi, la utilitat total de la finca objecte, ha d'ésser ell mateix *limitat*. Precisament, el seu caràcter absorbent exclou la «perpetuïtat» (la rebutja la llei francesa de 1964, que té com a temps màxim els setanta anys; l'admeten, en canvi, els articles 779.3 del codi civil suís, 953 del codi civil italià i 1524 del codi civil portuguès), predicable d'altres drets amb menys repercussió sobre la finca, com ara la servitud (art. 13 L. serv.) o els censos (art. 2.11.1 LC).

La seva transcendència es refereix tant als drets constituïts sobre el dret de superfície, per als quals és l'únic límit d'existència, com al dret de propietat de la finca, en actuar com a límit de l'accessió dels drets limitats que hi recauen (art. 242.4 Decret legislatiu 1/1990).

a) La fixació legal d'un límit màxim és necessària per a combinar la necessitat d'un límit amb l'autonomia de la voluntat.

Es pot admetre el límit dels noranta-nou anys de l'article 242.1 del Decret legislatiu 1/1990 (que coincideix amb el *longum tempus* romà; vegeu Jörs-Kunkel, *Derecho privado romano*, Barcelona, 1965, p. 217), comú a les obres anteriors i posteriors. No seria adient, en canvi, per massa intervencionista, admetre l'alternança entre els noranta anys per a l'obra nova i, per exemple, els vint anys (argument *ex art.* 11.2 LC) per a la preexistent.

b) A més, el límit temporal ha d'ésser conegut; cal, doncs, fixar-lo en l'escriptura. No és admissible el silenci. La publicitat del termini és indispensable per a la viabilitat econòmica del dret, perquè serà un dels elements fonamentals de la seva valoració, que minvarà a mesura que vagi a la seva extinció. La importància del temps en la superfície impedeix que les parts puguin deixar de pactar-la. Ni tan sols és admissible l'acceptació tàcita del límit legal, que obligaria a una interpretació del títol incompatible amb la seguretat.

La fixesa exclou la discrecionalitat de l'extinció. No és admissible, doncs, la redimibilitat a favor del propietari del sòl, admesa per als censos (art. 11.2.3 LC) —que són drets que donen lloc a una utilització indirecta, econòmica, de la finca—, però exclosa en altres drets, com ara la servitud, que la produeixen directa.

3.3. LA REGULACIÓ «ESPECÍFICA» DEL DRET DE SUPERFÍCIE

S'ha de tenir en compte la distinció entre construccions o plantacions futures i construccions o plantacions preexistents. L'especificitat de la regulació es refereix a dos punts: el caràcter de la inscripció i la vinculació entre l'obra i el dret.

A) *La inscripció només ha d'ésser constitutiva en el cas d'una cosa nova*, és a dir, d'existència futura en relació amb la constitució del dret de superfície. L'argument fonamental és la seva manca de visibilitat possessòria, idèntica a la hipoteca. La visibilitat apareixerà posteriorment, en funció de la realització i l'existència de l'obra. És la idea de l'article 241.2 del Decret legislatiu 1/1990 (idèntica a la dels art. 158.1 i 172.1 lleis estatals de 1956 i 1975, i a la de l'art. 288.2 Reial decret legislatiu 1/1992).

Aquest argument no és aplicable a l'obra preexistent. Per això el dret de superfície sobre aquesta ha de seguir la regla general de la inscripció no constitutiva.

B) *La vinculació entre la cosa i el dret*, en canvi, només és aplicable a l'obra preexistent. El dret de superfície neix relacionat amb aquesta, de manera que no comporta la facultat de construcció o plantació. Tanmateix, no és una regla cogent, sinó que pot ésser pactat aquesta facultat. En aquest, però, esdevé en realitat un dret de superfície equivalent al d'obra nova.

4. EL RÈGIM VOLUNTARI DEL DRET DE SUPERFÍCIE. LA SEVA MODIFICABILITAT

Article 4

1. En qualsevol moment, el superficiari i el propietari de la finca poden establir el règim de llurs respectius drets.

2. Respecte del dret de superfície en general, són admissibles, entre d'altres, els pactes següents:

a) La limitació de la disponibilitat del superficiari sobre el seu dret, en concret, sotmetent-la al consentiment del propietari de la finca.

b) L'establiment d'una pensió periòdica, però sense poder-la garantir amb el propi dret de superfície.

c) El règim de liquidació de la possessió.

3. Respecte del dret de superfície sobre una construcció o una plantació noves, són admissibles, entre d'altres, els pactes següents:

a) La fixació del termini de realització, atribuint eficàcia extintiva al seu incompliment.

b) En cas d'una construcció nova, l'atribució al propietari de la finca d'un dret d'ús, per qualsevol concepte, sobre pisos o locals.

4. Respecte del dret de superfície sobre una construcció o una plantació preexistents, es pot pactar la seva extinció en cas d'impagament i de mal ús.

5. Respecte dels drets de superfície i de propietat de la finca, es poden pactar, entre d'altres:

a) El mode d'ús dels immobles respectius.

b) Els drets d'adquisició preferent recíprocs.

Article 5

Qualsevol modificació en les regulacions del dret de superfície i de propietat de la finca en relació amb ell, es pot oposar a tercers d'ençà de la seva inscripció registral. Aquestes modificacions no perjudiquen ni beneficien els drets inscrits constituïts anteriorment.

4.1. CONSIDERACIÓ DEL RÈGIM VOLUNTARI DEL DRET DE SUPERFÍCIE SEGONS LA LEGISLACIÓ URBANÍSTICA

Com a font reguladora subordinada («es regirà»), l'autonomia de la voluntat està considerada en l'article 240.2 del Decret legislatiu 1/1990 i en els seus homòlegs estatals: els articles 157.3, 171.2 i 287.3 de les lleis de 1956 i 1975 i del Reial decret legislatiu 1/1992, respectivament.

A) Tots aquests articles es limiten al títol constitutiu, com si fora d'aquest ja no hi hagués possibilitat de noves regulacions i com si el superficiari i el propietari de la finca fossin els mateixos al llarg de tota la durada de la superfície (malgrat la seva disponibilitat, art. 240.2).

S'ha d'esbrinar, doncs, si l'article 240.2 és textual, de manera que només el títol constitutiu pot ésser regulador de la superfície, o bé si es pot parlar de

dues menes de títols: el constitutiú, que, a més, pot ésser regulador, i els me-
rament reguladors, que poden crear-se durant la vida del dret pels titulars ul-
teriors. Si això darrer fos possible, podríem parlar de modificabilitat del rè-
gim.

La solució és la modificabilitat. Ho palesa el fet que sigui modificable, fins
i tot, una dada tan important com la durada, que es pot escurçar per mitjà de la
renúncia unilateral del superficiari i, amb més motiu, per mitjà de l'acord d'amb-
dós titulars principals (art. 242.4). Evidentment, també ho és la «reversió» even-
tual de l'obra (art. 241.3), atès que els darrers superficiari i propietari de la fin-
ca poden pactar-ne el règim que vulguin, ja que es tracta de propietats seves. Si
això passa en les situacions localitzades com a inicials i finals, amb més motiu
seran modificables les restants.

B) En el règim voluntari es tracten quatre temes

a) El primer tema és el possible contingut del règim voluntari, que està
delimitat, *a contrario sensu*, pel legal, del qual és supletori. S'hi considera espe-
cíficament la retribució (art. 241.2 Decret legislatiu 1/1990: «a títol oneros»), on
s'inclou el règim de liquidació de l'accessió.

b) El segon tema és la legitimació per a establir-lo. Els articles esmentats
es limiten als constituents, excloent-ne els possibles titulars posteriors. Ho con-
firma l'article 241.2 en incloure, en el règim del dret, l'onerositat, que és exclu-
siva del títol. I, a més, si consisteix en una «suma alçada», no té cap repercussió
en el dret, i si consisteix en «l'adjudicació [...]», només el té en el moment de
l'extinció, sense repercussió durant tot el període de vida del dret.

c) El tercer tema és el valor jurídic d'aquest règim. Té eficàcia real, per
tant, envers tercers. Aquest valor resulta de l'equiparació d'aquest dret amb la
regulació legal específica i amb «les normes del Dret Privat». Un altre argument,
més circumstancial, és la regulació prevista de la liquidació, ja que pressuposa
que vincula els titulars que ho siguin en el moment final.

d) Finalment, el quart tema és la protecció del dret de propietat sobre la
finca i dels tercers titulars de drets limitats sobre el de superfície. En el Decret le-
gislatiu 1/1990, la protecció de l'altre titular, el de la propietat de la finca, resul-
ta de l'article 240.2, ja que limita la gravabilitat de la superfície. I la protecció dels
titulars de drets limitats resulta de l'article 242.4, que protegeix aquests titulars
dels efectes de l'extinció anticipada.

4.2. EL POSSIBLE CONTINGUT DE LA REGULACIÓ VOLUNTÀRIA

És el primer dels temes esmentats abans. Un cop fixat el mínim legal inderogable, resten pendents de regulació molts punts que han d'ésser deixats a l'autonomia de la voluntat.

A) Aquests punts s'han de limitar als dos drets que estan en contacte: el de superfície i el de propietat de la finca.

a) Això vol dir que s'ha d'excloure la regulació que pertany exclusivament al títol constitutiu, però que no afecta els drets. És el cas de la retribució (art. 241.1 Decret legislatiu 1/1990 i articles homòlegs de les lleis estatals): l'onerositat o gratuïtat és un tema exclusiu del títol i aliè al dret de superfície, que ha de subsistir molts anys després de la seva celebració. Només interessa quan repercuteix en el seu contingut, és a dir, si s'ha pactat una pensió, i llavors, no com a retribució del constituent, sinó formant part del contingut del dret de superfície i de la propietat del sòl, com a càrrega real i com a facultat, respectivament. En sentit molt estricte, també seria el cas del règim de liquidació, que entra en funcionament un cop extingida la superfície.

b) A l'hora de sistematitzar-los, hi ha el problema que tots els punts o les matèries susceptibles de regulació afecten ambdós drets: el de superfície i el de propietat de la finca, per exemple, la pensió. És a dir, s'ha de partir de la idea que la regulació del dret de superfície no és aïllada, sinó que influeix en la de la propietat de la finca (vegeu art. 240.2 pr.: «limitacions», que la protegeix, i 242.4 Decret legislatiu 1/1990, que fins i tot es preocupa de la reciprocitat).

El criteri que segueixo és considerar contingut d'ambdós drets totes les regulacions que els són negatives: els delimiten (la durada, en la superfície), els limiten (la pensió, per a la superfície, o el règim d'ús, per a tots dos) o en són facultats, prescindint del «reflex» que puguin tenir l'un en l'altre.

B) Punts o matèries pertanyents a la regulació «general» del dret de superfície. Tenen llistat els § 2 ErbbauVO i l'article 779b del codi civil suís.

Només un és indispensable, i tots els altres són discrecionals, si bé, en cas que s'estableixin, poden estar legalment limitats.

a) Per imposició de l'article 3.2 del present projecte de llei, la concreció de la durada correspon al títol constitutiu. Pot ésser modificat ulteriorment pels dos titulars dels drets de superfície i de propietat de la finca. Però, llevat de l'extinció immediata, serà inútil, perquè pot tornar a ésser modificat pels titulars posteriors.

b) És discrecional l'establiment de limitacions a la disponibilitat del dret (art. 240.2: «amb les limitacions que s'haguessin fixat en constituir-lo»), que

normalment consistirà en el consentiment del propietari del sòl com a requisit d'eficàcia.

c) També és discrecional l'establiment d'una pensió periòdica com a càrrega real del dret de superfície a favor del que sigui propietari del sòl (la vinculació de què parla l'art. 1.1 LC).

Atesos els drets concurrents i el caràcter secundari de la pensió, la garantia del mateix dret de superfície *no pot* pactar-se (a diferència del règim legal dels articles 1.1 i 8.6 LC, on la pensió és el contingut essencial del cens).

C) *Punts o matèries pertanyents a la regulació «general» d'ambdós drets.* Tots aquests punts són discrecionals:

a) El règim d'ús, sigui de la finca o de la construcció o plantació.

b) El dret d'adquisició preferent, en cas d'alienació dels drets respectius, anticipant l'accessió.

c) El règim de liquidació possessòria. S'hi refereix l'article 241.3, amb el benentès que, en aquesta regulació, la que és decisiva és la que establiran els darrers superfiari i propietari de la finca.

D) *Punts o matèries pertanyents a la regulació «especial» del dret de superfície.* Conformen la regulació pròpia de les diferents «classes».

a) En cas d'obra futura, són discrecionals la fixació d'un termini per a la realització i la regulació de la seva infracció com a causa extintiva del dret.

També ho és la possibilitat de pactar la prestació duradora a favor del titular del sòl, ja no com una pensió, sinó com un dret immediat (a diferència de l'art. 241.3 que és diferit a l'extinció) d'ús d'una part de l'obra, si és una construcció; aquest dret no ha de comportar la «comunitat» de l'article 16.2 RH, perquè aquesta pressuposa que sòl i construcció formen un sol objecte, al contrari que en el dret de superfície (art. 16.1 RH). En el cas d'una plantació, la retribució pot ésser una participació en els rendiments.

Per al cas de l'accessió final, es pot valorar com a millora i, per tant, el dret al rescabament o a la participació en el nou objecte únic que s'haurà format (art. 242 Decret legislatiu 1/1990 i 16.2 RH).

b) En cas d'obra preexistent, l'extinció del dret es pot pactar en cas d'impagament de la pensió. I també es pot pactar el comís en cas de mal ús en general o d'infracció de les condicions d'ús que s'hagin pactat.

4.3. LA LEGITIMACIÓ PER A FIXAR EL RÈGIM VOLUNTARI DEL DRET DE SUPERFÍCIE

És el segon dels temes esmentats abans. L'article 240.2 del Decret legislatiu 1/1990 i els seus homòlegs estatals, els articles 157.3, 171.2 i 287.3 de les lleis de

1956 i 1975 i del Reial decret legislatiu 1/1992, respectivament, es limiten al «títol constitutiu», és a dir, atribueixen legitimitació reguladora només als constituents. Aquesta exclusivitat sorprèn, sobretot tenint en compte la llarga durada i la disponibilitat d'aquest dret.

Per tal que la regulació constitutiva fos veritablement l'única possible, caldria, a més, declarar-la immo­dificable pels titulars ulteriors (així ho fa, expres­sa­ment, l'art. 779b codi civil suís). Això és precisament el que *sembla que vulgui dir* l'article 240.2 del Decret legislatiu 1/1990 quan, en referir-se a la creació de gravàmens sobre el dret de superfície, afegeix: «amb les limitacions que s'haguessin fixat en constituir-lo» (i també els art. 171.2 llei estatal de 1975 i 287.3 Reial decret legislatiu 1/1992). Penso que aquest punt de vista ha d'ésser exclusiu de la regulació urbanística i no ha de passar a la regulació privada, presidida per l'autonomia de la voluntat. L'única limitació, a part de la legal inderogable (art. 240.2 Decret legislatiu 1/1990), ha d'ésser la protecció dels tercers (art. 242.4).

Però, realment, l'article 240.2 *no ho diu*. Per adonar-se'n, basta fixar-se que parla d'un negoci exclusiu del superficiari, sense intervenció del propietari de la finca, i que es tracta de protegir aquest d'actes unilaterals d'aquell. El que diu l'article és que el superficiari no pot modificar unilateralment el règim del dret de superfície amb actes que puguin repercutir negativament en la propietat de la finca. La necessitat d'aquest afegitò, la imposa l'article 242.4, que admet, implícitament, la renúncia unilateral a la superfície, que és beneficiosa per a la propietat.

A) Per tant, en les afirmacions d'aquests articles s'han de *distingir* dos punts fonamentals: *l'aptitud de l'autonomia privada* per a establir el règim del dret de superfície i el fet que *la legitimitació deriva de la titularitat del dret o dels drets*. I s'ha de prescindir, en canvi, del tema accessori, malgrat que sigui l'embolcall amb el qual es presenten els dos anteriors: qui és el titular en cada moment.

a) Si la legitimitació deriva de la titularitat dels drets, ha d'ésser comuna a tots els titulars, siguin els constituents o els posteriors. A dreta llei, els primers només poden «crear» el règim del dret, però els posteriors «podran modificar-lo», amb efectes idèntics.

Evidentment, no hi ha cap motiu per a legitimar només la primera autonomia de la voluntat sobre les successives, atès que el fonament és idèntic: les titularitats respectives. Palesa això, com s'ha vist, el § 2 ErbbauVO, que, en parlar del «contingut contractual» del dret («Vetragsmässiger Inhalt»), no parla de constituents, sinó de «titulars» del dret del sòl i del dret de superfície.

b) La legislació urbanística reconeix aquesta legitimitació dels titulars ulteriors (implícitament en l'art. 242.4 Decret legislatiu 1/1990 i en els seus homòlegs estatals). Però limita l'exemple als titulars finals, sense referir-se als inter-

medis, i tampoc no ho considera un canvi de règim. En efecte, una de les causes incloses en l'article 242.4 és la renúncia del superficiari; és un acte que afecta un punt tan essencial com la durada del dret i, tanmateix, resulta únicament de la legitimació del titular, sense cap intervenció del propietari de la finca.

B) Hi ha un segon argument per a no admetre l'exclusivitat del títol constitutiu com a única font de regulació: la llarga durada del dret. Si el règim restés fixat inicialment, perjudicaria la seva viabilitat econòmica, ja que no es podria adaptar al canvi de circumstàncies.

C) El resultat, doncs, és que el règim és *modificable posteriorment* i que *el règim del dret de superfície és obert*, no tancat al moment inicial. Per a conèixer-lo, no serà suficient examinar-ne el títol constitutiu, sinó que caldrà veure'l *en relació amb cada moment*.

Al seu torn, la modificació s'haurà de fer a partir de les legitimacions corresponents dels dos titulars principals. I això, de dues maneres, insinuades en els articles 241.2 *a contrario sensu* i 242.4, respectivament, en funció del perjudici dels altres titulars.

a) En uns casos, la modificació ha d'ésser feta conjuntament pels dos titulars: el de la superfície i el de la finca (argument *ex art. 240.2 a contrario sensu*) en cada moment. Ells poden, per exemple, modificar o suprimir la pensió preexistent, o establir-la; també poden canviar, suprimir o establir el règim de liquidació (art. 241.3 Decret legislatiu 1/1990). En posarem l'exemple més extrem: poden acordar l'extinció del dret de superfície, que no és altra cosa que suprimir-ne la durada. La concurrència de legitimacions cal quan l'exercici del dret de l'un tingui una repercussió negativa en el dret de l'altre.

b) En d'altres casos, basta la legitimació unilateral de l'autor de l'acte. És la renúncia del superficiari al seu dret (inclosa en l'art. 242.4). En aquest cas, no cal la intervenció del propietari de la finca, perquè no el perjudica. Sobre això, vegeu l'apartat 4.5.

4.4. EL DOBLE VALOR JURÍDIC, REAL I NORMATIU, DEL RÈGIM VOLUNTARI

Aquest és el tercer tema d'examen, i també el més important. Com s'ha vist, a l'efecte de la *regulació*, aquest valor és el mateix que el de la llei, sigui especial o general (art. 240.2 Decret legislatiu 1/1990 i els seus homòlegs estatals). I la seva eficàcia reguladora depassa fins i tot la durada del dret, per a regular-ne la liquidació un cop extingit (art. 241.3 i els seus homòlegs estatals). Això equival a dir que té transcendència real, vinculant per als tercers. Té, doncs, el doble valor: normatiu i real.

A) El problema és si aquests articles s'han d'entendre textualment, com si *només pugui tenir aquest doble valor l'establert inicialment en el títol constitutiu* o el poden compartir els establerts ulteriorment pels titulars subsegüents. En el segon cas, seria veritablement el règim del dret de superfície; en canvi, si aquest fos monopoli dels constituents, les modificacions posteriors es limitarien a l'efecte *inter partes*.

En dret català, tenim un exemple de la transcendència real de la regulació procedent del títol constitutiu en l'emfiteusi (art. 13, 14.1, 16 i 22.1 LC). El que no diuen aquests articles és que sigui immodificable posteriorment.

Si, com s'ha afirmat més amunt, la creació del règim resulta de la legitimaació inherent a la titularitat dels respectius drets de propietat del sòl i de superfície, qualsevol d'aquests ha de tenir el valor normatiu esmentat, no sols el dels constituents. La igualtat de les legitimacions ha d'ésser total.

B) *El tractament jurídic d'aquests règims és el que resulta de llur valor real i normatiu.*

a) Com a real, el requisit dels diferents règims és el mateix que el del règim inicial: la inscripció en el Registre de la Propietat. No perquè assoleixi valor real, que ja resulta de la voluntat, sinó perquè sigui complet amb l'oposabilitat a tercers.

b) Com a normatiu, se'ls aplica la regla que el posterior deroga l'anterior incompatible, de manera que s'acumulen en allò en què no ho siguin.

Això ens permet, a més, deixar de parlar de pluralitat de règims i parlar d'un règim únic modificable.

4.5. EL LÍMIT A LA MODIFICABILITAT DEL RÈGIM. LA PROTECCIÓ DELS DRETS DE PROPIETAT DE LA FINCA SUPORT I DELS DRETS LIMITATS SOBRE EL DE SUPERFÍCIE

La doble protecció és implícita, però ferma en la legislació urbanística. El Decret legislatiu 1/1990 protegeix el propietari de la finca (en limitar la gravabilitat de la superfície (art. 240.2) i els titulars de drets limitats sobre el de superfície (art. 242.4). No cal dir que el règim la modificabilitat del qual es limita és l'inscrit (com resulta de la del títol constitutiu, art. 241.2).

Si bé aquest tema no és considerat en el Decret legislatiu, hi afegiré el de la protecció dels drets adquirits per tercers sobre l'obra un cop «revertida» al propietari de la finca (argument *ex art.* 241.3).

A) El punt més important és que *la immodificabilitat depèn només del perjudici, no del règim en si mateix*. El superficiari, en relació amb el dret de propietat de la finca i dels limitats sobre el seu dret, té plena llibertat de disposició, és a dir, de modificació del règim del dret de superfície, sempre que no els perjudiqui.

a) La prova més clara, la tenim en la protecció del propietari de la finca. Respecte d'aquest, la renúncia al dret de superfície és una modificació unilateral de la durada d'aquest que s'admet en l'article 242.4, malgrat que contradiu textualment «les limitacions» de l'article 240.2. I això, perquè no és perjudicial per al dret de propietat, sinó que el beneficia gràcies a l'accessió.

b) També la tenim en la protecció dels titulars dels drets limitats sobre el dret de superfície. En l'article 242.4, la suspensió de l'extinció anticipada del dret de superfície només protegeix aquests, però no beneficia els dels drets limitats sobre la propietat de la finca, els quals no s'aprofiten de l'accessió.

B) *La protecció de la propietat de la finca.* Hi ha dues proteccions envers sengles perjudicis (art. 240.2 i 242.4). El perjudici de què protegeix la finca l'article 240.2 (i els seus homòlegs) és la creació d'un gravamen que excedeixi el contingut del dret de superfície. El de l'article 242.4 actua en cas d'extinció anticipada del dret de superfície, impedit que els drets limitats creats sobre la finca s'estenguin a l'accessió (art. 242.4).

a) *La protecció envers la modificació unilateral negocial feta pel superficiari.* Segons l'article 240.2, aquesta modificació és la que realitza el superficiari mitjançant un negoci jurídic dispositiu que infringeix «les limitacions que s'haguessin fixat» en el títol constitutiu, i, per tant, el fa més oneros per al dret de propietat. És, doncs, una infracció indirecta del règim.

La protecció del propietari de la finca, d'acord amb la naturalesa jurídica de l'acte infractor, es palesa en forma d'ineficàcia. El seu fonament no és la infracció en si, cosa que generaria la nul·litat, sinó la insuficiència de poder de disposició del superficiari («susceptible de gravamen amb les limitacions [...]»).

La ineficàcia i el seu fonament, la manca de legitimació del superficiari, són generalitzables a totes les modificacions negocials unilaterals que pretengui fer el superficiari. També no és a les directes —per exemple, un gravamen que excedeixi la durada del dret.

b) *La protecció envers les modificacions casuals del dret de superfície.* L'article 242.4 també protegeix el propietari de la finca dels efectes perjudicials de l'extinció anticipada del dret de superfície per esdeveniments casuals.

Per al propietari de la finca, l'extinció anticipada és, d'antuvi, un canvi en el règim del dret de superfície que el beneficia, gràcies a l'accessió. El problema es produeix quan l'accessió comporta perjudicis secundaris: l'extensió, a la construcció o la plantació, dels drets limitats sobre la propietat de la finca. Això és el que impedeix l'article 242.4. I ho fa mitjançant un tractament asimètric del dret de superfície: s'extingeix per als propietaris principals, però subsisteix *com a objecte* de drets limitats. I ho fa negativament, com a gravamen del dret de propietat de la finca, però amb finalitat inversa a la del gravamen: no per a li-

mitar la propietat de la finca, sinó per a impedir l'expansió dels altres drets limitats creats sobre aquesta.

C) *La protecció dels drets limitats sobre el de superfície.* L'única protecció de l'article 242.4 (i els seus homòlegs) és evitar-ne l'extinció anticipada per causa de la superfície. En canvi, el Decret legislatiu 1/1990 no parla de la protecció davant dels canvis posteriors per acord dels dos titulars principals.

a) *La protecció contra l'extinció anticipada.* El remei comença per limitar-se a l'abast del perjudici. Atès que aquest afecta els titulars dels drets limitats, el remei no incideix en la situació del dret de superfície, que roman extingit.

La delimitació del perjudici determina també el remei. Consisteix en la inoposabilitat de l'extinció als titulars dels drets limitats. Per a aquests, la durada fixada al dret de superfície quan van constituir el dret limitat, esdevé immodificable, àdhuc per causes alienes a ella —per exemple, la renúncia del superficiari.

Reapareix aquí el tractament asimètric de la superfície: s'extingeix per als propietaris principals, però subsisteix com a objecte dels drets creats sobre ella mateixa pels superficiaris actuals o anteriors.

b) *La protecció davant dels canvis posteriors per mitjà d'un acord dels dos titulars principals.* El Decret legislatiu 1/1990 no parla d'aquesta protecció, atès que localitza el règim en el títol constitutiu (art. 240.2). Però sí que en parla l'article 242.4, que inclou entre les causes anticipades qualsevol acord dels dos titulars principals per a escurçar la durada de la superfície. La modificació només té efecte entre aquests, però no es pot oposar als tercers.

D) *La protecció dels drets constituïts sobre la construcció, un cop extingit el dret de superfície.* Aquesta protecció es presenta arran de l'article 241.3. Si el superficiari i el propietari de la finca pacten l'adjudicació a aquell d'una part de la construcció que ha fet i el superficiari aliena o grava aquest dret abans de l'extinció, quina és la protecció dels titulars d'aquests drets?

D'antuvi, l'article 241.3 considera que aquesta regulació, encara que sigui *post superficiem*, forma part del seu règim. A partir d'aquí, la protecció ha d'ésser la mateixa que s'ha vist fins ara. Dependrà de si «l'adjudicació en habitatges o en locals o en drets d'arrendament d'unes o altres» [sic] s'ha inscrit o no. Si s'ha inscrit, com a sotmesa a termini se li ha d'aplicar la mateixa protecció: la inoposabilitat del canvi.

