

**Subcapítulo II. Derechos de superficie y derechos de tanteo
y retracto. Delimitación de áreas. Régimen Jurídico
de sus transmisiones**

José Caro Núñez y María Dolores Aguilera Molina

SUMARIO

II.1. DERECHO DE SUPERFICIE	671
II.1.1. Introducción	671
II.1.2. Concepto	673
II.1.3. Naturaleza y clases	673
II.1.4. Competencia para la regulación del derecho de superficie	675
II.1.5. Normativa de aplicación	676
II.1.6. Elementos del derecho de superficie (personales, reales y formales)	677
a) Elementos personales	
b) Elementos reales	
c) Elementos formales	
II.1.7. Contenido del derecho de superficie	683
II.1.8. Plazo	686
II.1.9. Extinción	687
II.1.10. Derecho de superficie y principio de especialidad registral	688
II.1.11. Adopción de cautelas en orden a la evitación de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable mediante la constitución de derechos de superficie sobre una o varias fincas rústicas	690
II.1.12. Conclusión	692
II.2. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO URBANÍSTICO. DELIMITACIÓN DE ÁREAS. RÉGIMEN JURÍDICO DE SUS TRANSMISIONES	692
II.2.1. Introducción	692
II.2.2. Concepto	693
II.2.3. Naturaleza y clases	694
II.2.4. Clases	695
II.2.5. Competencia para la regulación de los derechos de tanteo y retracto urbanístico	697
II.2.6. Normativa de aplicación	698
II.2.7. Elementos	698
a) Sujeto activo	
b) Sujeto pasivo	
c) Bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto	
II.2.8. Delimitación de áreas	700
II.2.9. Régimen jurídico de sus transmisiones	703
II.2.9.1. Contenido	703
– Contenido del derecho de tanteo	
– Contenido del derecho de retracto. Particularidades	
II.2.9.2. El Registro de la Propiedad en los derechos de tanteo y retracto	709
II.2.10. Conclusión	712

II.1. DERECHOS DE SUPERFICIE

II.1.1. Introducción

Como establece la Exposición de motivos de la LOUA, el artículo 47 de la Constitución Española advierte de la obligación de los poderes públicos de proceder a la utilización del suelo de acuerdo con el interés general. En desarrollo de este mandato, y desde el entendimiento del urbanismo como una función pública, el legislador prevé una serie de mecanismos de intervención en el mercado del suelo, entre los que se encuentra el derecho cuyo estudio nos ocupa.

Para ello, debemos partir de la base de que el derecho de superficie es un derecho que, con orígenes en el derecho público romano, tiene una larga trayectoria en nuestro derecho privado. Sin embargo, ha sido en el ámbito del derecho administrativo, y más concretamente en el ámbito del derecho urbanístico, donde en los últimos tiempos encuentra su verdadero desarrollo y aplicación práctica, hasta el punto de que en la actualidad la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo lo considera una institución de derecho civil, aunque regulado por leyes administrativas.

Por esta razón, la utilización generalizada del derecho de superficie en nuestro ordenamiento jurídico viene de la mano del derecho urbanístico, guardando una relación directa con el mayor o menor grado de intervención de las Administraciones Públicas en el mercado del suelo.

Prueba de lo anterior es la escasa regulación que del mismo hacen las normas de derecho privado, puesto que (al margen de lo establecido en la legislación hipotecaria) únicamente encontramos referencias al mismo en los artículos 1611, párrafo 3º del Código Civil, en relación con la redención de los dominios y en el artículo 1655 de este mismo texto legal, en la interpretación, hoy superada, de que la referencia a *“los foros y cualesquiera otros gravámenes de naturaleza análoga”* se refería al derecho de superficie. Como muestra de

lo anterior, indicaba el Tribunal Supremo en Sentencias de 26 de octubre de 1956 ó 5 de enero de 1967, que se trataba éste de un derecho que, con sustantividad propia, se regía principalmente por lo establecido en su título de concesión.

El punto de partida de la regulación de la figura por leyes urbanísticas lo encontramos en la Ley de 12 de mayo de 1956, sobre régimen del suelo y ordenación urbana, primera Ley propiamente urbanística que trató específicamente este derecho, dedicándole sus artículos 157 a 161 (Título VI, bajo la rúbrica *“Ejercicio de las facultades relativas al uso y edificación del suelo”*, en el capítulo relativo al *“Fomento de la edificación”*). De manera clara, reseña la Exposición de Motivos de dicha Ley las ventajas de su utilización, puesto *“que a la vez facilita la construcción, evita la especulación de edificios y terrenos y reserva el aumento de valor del propietario. De aquí que se admita la constitución del derecho de superficie por Entidades públicas y particulares”*. Como importante novedad, señala que el derecho de superficie se regirá por las disposiciones contenidas en esta Sección, por el título constitutivo del derecho y, subsidiariamente por las normas del derecho privado¹.

Desde entonces, y hasta llegar al actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, las distintas leyes urbanísticas se han ocupado expresamente del derecho de superficie, experimentando alteraciones de distinta índole en su regulación (principalmente en el establecimiento de previsiones diferenciadas en función de si se constituía por particulares o entidades públicas), pero manteniendo en lo esencial la naturaleza y finalidad de la regulación originaria.

En la actualidad, el derecho de superficie es un mecanismo frecuentemente utilizado por las Administraciones Públicas (principalmente por las Corporaciones Locales), que propietarias de grandes bolsas de suelo, ceden su propiedad temporalmente para la consecución de intereses sociales de diversa índole, constituyendo así un medio muy eficaz para poner en valor el patrimonio público del suelo sin tener que afrontar gastos de inversión.

De otro lado, y aunque su generalización en la práctica encuentra obstáculos, a veces insalvables, derivados de la concepción fuertemente romanista del derecho de propiedad que predomina en nuestra sociedad (que implica que frecuentemente los operadores del tráfico inmobiliario se inclinan por la adquisición de inmuebles en plena propiedad a pesar de las ventajas reales que, en puridad, ofrece la figura que nos ocupa) pueden encontrarse cada vez más supuestos en los que el derecho de superficie es utilizado en relaciones entre particulares, siendo frecuente su utilización por personas jurídicas que, interviniendo en el tráfico mercantil, disponen de suelo sin tener que hacer frente al elevado desembolso que la compra de los terrenos exigiría (véase, al respecto, la generalizada utilización de la figura que, por

¹ Como indica M^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA (REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA. ISS: 0213 – 5795. Enero – Junio 2008, n^o 45. Págs. 11 – 43) este cambio de perspectiva se valoró como la apertura a una concepción moderna del mismo en la que se dejaba atrás su identificación con el censo y consideración de dominio dividido –directo y útil–, para concebirse como un dominio disociado en el que concurren diversas propiedades: la del suelo y la del espacio superior o inferior.

ejemplo, vienen realizando empresas relacionadas con la generación de energías renovables, cuyas instalaciones frecuentemente se instalan en grandes superficies de suelo ajeno).

II.1.2. Concepto

La tradicional doctrina civilista define el derecho de superficie como un derecho real que confiere a su titular (superficiario) la facultad de edificar, en su variedad de urbana, o plantar, en su variedad rústica, sobre suelo ajeno, haciéndose dueño de la edificación o plantación de manera temporal.

En palabras de SERRA RODRÍGUEZ, A., (MANUAL DE DERECHO CIVIL TIRANT LO BLANCH), el derecho de superficie es un derecho real que confiere a su titular el poder de edificar en suelo ajeno (o en subsuelo o vuelo ajeno), haciendo suyo la propiedad de lo construido, mientras dura el derecho de superficie.

El concepto (civil) que proporciona la doctrina - ORTIZ SÁNCHEZ, MÓNICA; PÉREZ PINO, VIRGINIA. DICCIONARIO JURÍDICO BÁSICO. Sexta edición actualizada. Tecnos - define el derecho de superficie como *“Derecho de naturaleza real en virtud del cual una persona (concedente) otorga a otra (superficiario) el derecho a levantar en el suelo de su propiedad edificios o plantaciones, de las que deviene titular, bajo ciertas y determinadas condiciones (Puig Peña). De igual forma, puede realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena. 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”*.

La definición urbanística del mismo se encuentra en el actual artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, a cuya virtud *“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.”

II.1.3. Naturaleza y clases

El análisis de la naturaleza del derecho del superficie viene determinado por dos factores. De un lado, su diferenciación con otras figuras existentes en nuestro ordenamiento jurídico con las que puede guardar cierta afinidad. De otro, por la existencia de una doble regulación del derecho (civil y administrativa), hecho este que ha generado una fuerte polémica doctrinal entre los partidarios de la existencia de un sólo derecho de superficie, al que le serían aplicables las normas administrativas, y los partidarios de la existencia de un derecho de superficie civil, y otro administrativo.

Por lo que respecta a su diferenciación de figuras afines, debe indicarse que la regulación establecida en la norma urbanística produjo un gran avance en la delimitación de la naturaleza del derecho, toda vez que se abandonó la idea de su identificación con el censo (y la distinción del dominio directo y útil) para concebirse como un dominio disociado en el que concurren diversas propiedades: la propiedad del suelo, y la de las construcciones o edificaciones que se erigen en la rasante y/o en el vuelo y el subsuelo de la finca ajena, empleando la terminología de la actual Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

Importante igualmente en la delimitación de la naturaleza de este derecho ha sido la doctrina jurisprudencial. Basta al respecto citar la Sentencia 1299/1984, del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1984, RJ 1984/3243, que lo define como un *“derecho real, enajenable y transmisible, sobre cosa ajena o del grupo de los de naturaleza perpetua o inmobiliaria, ya como una propiedad limitada en ciertos aspectos, pero independiente de la propiedad del suelo, considerado como un caso de “dominium utile”, ora como relación jurídica descompuesta en que el superficiario respecto del suelo ostenta un derecho real de disfrute sobre fundo ajeno, que le autoriza a ocupar el área de éste, y respecto a las construcciones mismas tiene una propiedad limitada, o, siguiendo doctrina moderna marcada por el positivo avance de configurarlo como una forma de propiedad, que haciendo decaer el principio “superficie solo cedit”, tiene su razón de ser en promover y facilitar la construcción, así como posibilitar una propiedad dividida por planos horizontales, no puede por menos reconocerse tiene una singularidad diferenciada del censo enfiteútico, si se constituye por tiempo indefinido, y del arrendamiento, si es por tiempo limitado (...)”*.

Se trata por tanto de una evidente derogación del derecho de accesión, pues por él coexisten sobre el mismo bien inmueble los derechos del *dominus soli* (dueño del suelo), y del superficiario, titular del *ius aedificandi*, y por tanto propietario temporal de lo edificado o de lo que él se edifique en el futuro.

Por lo que hace a la segunda de las cuestiones planteadas, y siguiendo a M^a ÁNGELES EGUSQUIZA BALMASEDA en la REVISTA JURÍDICA DE NAVARRA (ISS: 0213 – 5795. Enero – Junio 2008, n^o 45. Págs. 11 – 43), la diversa regulación del derecho de superficie en la legislación civil y administrativa ha dividido a la doctrina entre los partidarios de la tesis unitaria (para los cuales sólo existe una clase de derecho de superficie, cuya disciplina se haya en la legislación urbanística) y los partidarios de la tesis dualista, que consideran que es compatible y no excluyente la regulación que se ofrece en la legislación del suelo con la disciplina general que se deriva para aquél de las reglas generales del derecho civil, de manera que existe una doble modalidad de derecho de superficie: la urbana o común, propia del derecho privado; y la urbanística, perteneciente al derecho público y disciplinada por aquél.

O, dicho de otro modo, para los partidarios de la tesis dualista existe un derecho de superficie regido por leyes administrativas y otro regido por el título de su constitución, esto es, por la libertad de pactos entre particulares. Esta afirmación vendría reforzada por la tradicional existencia de un derecho de superficie urbanístico en contraposición al derecho de superficie rural, este último no referido a los aprovechamientos urbanísticos entendido como el derecho a edificar sino a los aprovechamientos ligados a la explotación

de los recursos vivos. Para los partidarios de la tesis unitaria, sin embargo, habría un único derecho de superficie, si bien admite cierta modulación en su contenido en virtud del principio de autonomía de la voluntad.

Al respecto, señala la autora, el Tribunal Supremo se ha venido inclinando en sus Resoluciones por la tesis dualista, admitiendo en Sentencia de 22 de noviembre de 2002 (RJ 2002/9935) que la mera previsión de la legislación urbanística de que los particulares pueden constituir un derecho de superficie no es suficiente para que se aplique dicha norma imperativamente, pues esa previsión constituye una importante excepción al principio espiritualista de libertad de contratación y autonomía privada de la voluntad que no debe regir en aquellos supuestos en que los particulares no tiendan a la consecución de fines sociales, sino auténticamente privados.

Para FEDERICO ROMERO GÓMEZ (COMENTARIOS A LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA. THOMSON ARANZADI, p. 742) el contenido de ambas regulaciones (civil y administrativa) no es incompatible, siendo la regulación civil muy pobre. Por tanto, entiende el derecho de superficie como una institución de una sola configuración en nuestro derecho, encontrando en la legislación urbanística su referencia fundamental, aunque admita modulaciones en los distintos ámbitos del ordenamiento.

En este sentido, dispone actualmente el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana de 2015 que *“el derecho de superficie se rige por las disposiciones de este capítulo, por la legislación civil en lo no previsto por él y por el título constitutivo del derecho”*.

Aunque de menor trascendencia para el caso que nos ocupa, como reviviscencia de la tradicional concepción del derecho de superficie como un derecho que abarca las facultades de plantar o sembrar o en suelo ajeno, distingue igualmente la doctrina (A. SERRA RODRÍGUEZ, MANUAL DE DERECHO CIVIL. TIRANT LO BLANCH) un derecho de superficie rústico o de cultivo, que permite a su titular plantar o sembrar en suelo ajeno, haciéndose dueño de lo sembrado o plantado; y un derecho de superficie urbana, cuyo objeto es la construcción o edificación en suelo ajeno, además del disfrute de lo edificado por parte del titular del derecho real.

II.1.4. Competencia para la regulación del derecho de superficie

Por su íntima conexión con el punto anterior, debe tratarse la cuestión relativa a la Administración competente para la regulación del derecho de superficie, puesto que se ha cuestionado si la regulación de este derecho por la Ley estatal supone una vulneración del reparto de competencias establecido en la Constitución Española, interfiriendo en la competencia exclusiva que el artículo 148.3 de la Constitución Española atribuye a las Comunidades Autónomas en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda.

La cuestión que se plantea aparece definitivamente resuelta por la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, en relación con la Constitucionalidad del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 1992.

Al respecto, frente a la tacha de inconstitucionalidad alegada en relación con los artículos de la ley estatal que regulaban el derecho de superficie, indica nuestro Tribunal Constitución que *“Desde una perspectiva sistemática, sin embargo, es evidente que la regulación del derecho de superficie, al margen de que, en efecto, se haya convertido en una institución típicamente urbanística, se enmarca en la legislación civil que, en virtud del artículo 149.1.8ª C.E. corresponde al Estado establecer. Por ello, los artículos 287.2 y 3, 288.3 y 289 T.R.L.S. (reconocimiento del derecho de superficie; su tráfico jurídico – privado, y su extinción) son conformes al orden constitucional de competencias, sin que quepa apreciar en su regulación extralimitación alguna”*.

En consonancia con lo expuesto, debe mencionarse la remisión que el artículo 77.3 de la LOUA hace a la legislación estatal en cuanto al régimen jurídico del derecho de superficie (sin perjuicio de las remisiones efectuadas en los apartados 2 y 4 de este mismo texto legal a la legislación autonómica en materia de viviendas de protección pública y patrimonios públicos del suelo, de contenido urbanístico y competencia propiamente autonómica), y la Disposición final segunda (rubricada *“Título competencial y ámbito de aplicación”*) del Real Decreto Legislativo 7/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, a cuya virtud *“Tienen el carácter de disposiciones establecidas en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal por el artículo 149.1.8.ª y 18.ª sobre legislación civil, procedimiento administrativo común y expropiación forzosa y sistema de responsabilidad de las Administraciones Públicas, los artículos (...) 53; 54 (...)”* de la Ley, reguladores del derecho que nos ocupa.

No obstante lo anterior, y aunque no corresponda a la Comunidad Autónoma la competencia para la regulación sustantiva del derecho de superficie, de manera que la competencia autonómica exclusiva en materia de urbanismo habrá de integrarse con las normas estatales que regulan aspectos sustantivos de estos derechos, ha de indicarse que, como señala ROBERTO BLANQUER UBEROS. ACERCA DEL DERECHO DE SUPERFICIE. COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA (pág.70), en uso de sus competencias en materia de ordenación del territorio, urbanismo y vivienda podrán las Comunidades hacer uso de este derecho en el planeamiento y en su ejecución, y también en el uso del suelo, en la edificación y en mercado inmobiliario.

II.1.5. Normativa de aplicación

En relación con todo lo expuesto, y sin perjuicio del principio de completud que caracteriza a nuestro ordenamiento jurídico, el derecho de superficie se regula principalmente por las siguientes normas:

- Los artículos 53 y 54 del Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana (además de las previsiones existentes en los artículos 13.2 D) y 20 de dicho Texto Legal, y la anteriormente citada Disposición Final Segunda).

- Artículo 77 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, que realiza diversas remisiones al derecho que nos ocupa: en su apartado 3º realiza una remisión (en cuanto a su régimen jurídico) a lo dispuesto en la legislación estatal; y en los apartados 2º y 4º se refiere, respectivamente, a la legislación de viviendas de protección pública y la regulación de la LOUA en materia de patrimonios públicos del suelo.
- De conformidad con el artículo 54.4 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación Urbana, este derecho se registrá además por:
 - a) La legislación civil en lo no previsto por él, lo que obliga a tener en cuenta las previsiones de nuestro Código Civil (artículos 1611 y 1655, al margen de su consideración como derecho supletorio general ex artículo 4.3 del referido texto legal) y las previsiones contenidas en relación con el mismo por la legislación hipotecaria, artículo 107 de la Ley Hipotecaria y legislación concordante (véase al respecto el artículo 39 del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de las Ley Hipotecaria sobre actos de naturaleza urbanística).
 - b) Por lo establecido por el título constitutivo de su derecho, lo que resulta en aplicación del principio de autonomía de la voluntad establecido en el artículo 1255 de nuestro Código Civil, con los límites establecidos en el mismo –entre los que se encuentran, evidentemente, las determinaciones establecidas en la ley en relación con el derecho de superficie y el cumplimiento de la legislación territorial y urbanística.

II.1.6. Elementos del derecho de superficie (personales, reales, formales)

El análisis de la figura exige detenernos en la tradicional distinción entre elementos personales, reales y formales del derecho de superficie.

a) Elementos personales

De conformidad con el artículo 53 del Texto Refundido de la Ley del Suelo y Rehabilitación urbana, debemos distinguir:

– **El cedente, propietario de los terrenos** sobre los que se constituye el derecho de superficie. En particular, dispone el artículo 77.1 de la LOUA que pueden ocupar esta posición contractual *“las Administraciones y demás entidades públicas, así como los particulares”*, sobre bienes de su propiedad o integrantes de los patrimonios públicos del suelo. Es decir, el derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado (art. 53.2 TRLSRU), pudiendo ser en este último caso tanto personas físicas como jurídicas.

En caso que una pluralidad de sujetos ostente la titularidad, deben prestar el consentimiento todos ellos.

Como indica FEDERICO ROMERO GÓMEZ (COMENTARIOS A LA LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA, pág 749), el ámbito de actuación de las Administraciones Públicas vendrá determinado por el ámbito de su competencia y el estatuto jurídico de los bienes objeto del contrato (patrimoniales o integrantes del patrimonio público del suelo), mientras que para los particulares vendrá determinado por su capacidad general de obrar.

– **El superficiario**, que obtiene la facultad de realizar construcciones en la rasante y en el suelo y el subsuelo, y la propiedad (limitada en el tiempo) de lo edificado. Es, por tanto, la persona a favor de quien se constituye el derecho de superficie. Puede ser persona física o jurídica, pública (las Administraciones Públicas pueden ostentar la cualidad de superficiario) o privada, requiriendo al efecto capacidad general para obligarse.

b) Elementos reales

Los elementos reales vienen determinados por el hecho de que el derecho que nos ocupa supone una derogación voluntaria del principio de accesión² o superficie solo cedit, según el cual todo aquello que se encuentra inseparablemente unido a un terreno o finca pertenece, por accesión, al dueño del suelo.

Conforman los elementos reales del derecho de superficie:

– La **finca sobre la que recae este derecho**, y que continuará siendo propiedad del cedente. En el caso de que el cedente sea una Administración Pública, se requiere que la finca forme parte de los bienes patrimoniales de ésta (la necesidad de que estén en el tráfico jurídico implica que dicho no pueda recaer sobre bienes de dominio público) o integrantes de los patrimonios públicos del suelo.

Respecto de la naturaleza jurídica de la finca y de la imposibilidad de que el derecho de superficie pueda recaer sobre bienes de dominio público, la jurisprudencia ha reiterado que el derecho de superficie supone una enajenación parcial contraria al carácter inalienable de este tipo de bienes - STS de 01/10/2003, recaída en recurso nº 7253/1999 (RJ 2003/8133) y STS nº 2884, de 05/10/1993 (RJ 1993/7351). En el mismo sentido, ha reiterado la jurisprudencia que la constitución del derecho de superficie sobre bienes de dominio público supone un notable gravamen sobre la finca, que afecta a la disponibilidad del bien y por tanto al carácter inalienable propio de su naturaleza jurídica.

De otra parte, el derecho de superficie ha de recaer sobre una porción de finca delimitada y concreta, cuyo régimen urbanístico vendrá determinado por la norma urbanística de

² PUIG BRUTAU, J. *Fundamentos de Derecho civil*. Tomo III, 2.a edición, Volumen II. Bosch, Casa Editorial. Barcelona, 1973.

aplicación en el momento de la constitución del derecho de superficie, que le otorga la posibilidad de ser edificado conforme a unas condiciones de edificación, conformando así el contenido del derecho de superficie a constituir. Es decir, el contenido específico de dicho derecho no es el resultado de la voluntad del cedente o de las demandas de superficiario, si no de las condiciones urbanísticas de aplicación (edificabilidad, ocupación, altura, uso, alineaciones, retranqueos...etc).

En atención a lo anterior, podría plantearse la cuestión de hasta qué punto puede constituirse un derecho de superficie sobre un suelo urbanizable o urbano sin ordenación pormenorizada y/o pendiente de cumplimiento de deberes urbanísticos, que no cumple con los presupuestos de la edificación regulados en el art. 149 de la LOUA.

En nuestra opinión, mientras no cuente con ordenación pormenorizada, la finca no es concreta, ya que está sujeta a operaciones de transformación física y jurídica, a través del documento de planeamiento concreto de ordenación y del expediente de reparcelación. En tanto dichas operaciones no se den, no existe finca concreta sobre la que constituir el derecho de superficie, ni determinación específica de características (uso y forma) y cuantía (intensidad de uso) y de las construcciones o edificaciones para cuya ejecución faculta al superficiario el derecho de superficie a constituir. De esta forma, entendemos que el derecho de superficie es más propio de un suelo con posibilidad de ser edificado por cumplimiento de los requisitos establecidos en el art. 149 de la LOUA.

– **Construcciones o edificaciones a realizar** por el superficiario en la finca ajena y respecto a los que la Ley le otorga una propiedad temporal. Dichas edificaciones o construcciones pueden ejecutarse *“en la rasante y en el vuelo y el subsuelo”*, ex artículo 53.2 TRLSRU. Como establece la DGRN en Resolución num. 3593 de 15 de febrero de 2012 (RJ/2012/5948) *“el concepto moderno de finca incluye no sólo la unidad de suelo, sino también de edificación, pudiendo aquella situarse no sólo en la rasante, sino también en el vuelo o en el subsuelo, de suerte que cuando la legislación hipotecaria permita abrir folio en el Registro de la Propiedad pasará a tener la consideración de finca registral”*.

Como se ha puesto de manifiesto anteriormente, la construcción o la edificación que se puede materializar y que constituye el contenido del derecho de superficie (y que se podrá realizar *“en la rasante y en el vuelo y el subsuelo”* -Art. 53.1 TRLSRU- por el superficiario), se ejecutarán en las condiciones de forma, dimensión y con los usos que el planeamiento le asigne. En cuanto a la cuantía edificatoria que constituye tal derecho de superficie, en ningún caso podrá ser superior al derecho al aprovechamiento urbanístico que el planeamiento vigente asigne al terreno sobre el que se constituye.

Por otro lado, el planeamiento urbanístico al atribuir aprovechamientos edificatorios a unos concretos terrenos, establece condiciones de ordenación relativas a la posición, cuantía, forma, uso, etc. para su materialización. De la aplicación de las mismas queda establecido el derecho a edificar bajo rasante y sobre rasante.

Obsérvese que el art. 53.2, con su referencia a “*en la rasante*³ y *en el vuelo*⁴ y *el subsuelo*⁵”, viene a establecer la posibilidad de constituir derechos de superficie que abarquen la totalidad del aprovechamiento urbanístico o parte del mismo. A saber, el cedente podría constituir el derecho de superficie sobre una finca de parte del aprovechamiento urbanístico con referencia exclusiva al derecho a “levantar nuevas construcciones sobre el vuelo” (anterior art. 16.1 RH) o lo que es lo mismo, a partir de una determinada altura o por encima de una edificación existente (“*derecho de vuelo*”). De igual manera podría constituirse el derecho a construir bajo el suelo (subsuelo).

No parece muy adecuada la constitución de derechos de superficie independientes, ya que la materialización de uno y sobre todo la garantía de su estabilidad y mantenimiento depende del otro. No obstante, puede resultar de interés el hecho de reservar un derecho de vuelo por el cedente para el caso de innovaciones sobrevenidas con posterioridad a la constitución del derecho de superficie, que comporten un incremento del aprovechamiento en altura sobre el régimen vigente en el momento de su constitución.

De conformidad con lo establecido en dicho texto legal, 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 separada de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del suelo.

Esto supone que la finca se encuentra edificada, y el derecho edificatorio está materializado, siendo éste el objeto del derecho de superficie. Puede resultar una opción para el caso de vivienda protegida, en el que el cedente lleva a cabo la materialización de las viviendas y, previamente a su enajenación, constituye el derecho de superficie identificando cada una de los elementos individuales (viviendas y locales) y los enajena. Todo ello al objeto de mantener la propiedad del suelo a futuro.

³ El término rasante hace alusión al perfil longitudinal de la calzada, acera o plaza definidos en el planeamiento o proyecto de urbanización utilizado como referencia para el computo de la altura máxima sobre rasante y/o bajo rasante que la ordenación urbanística establezca. Construir “en la rasante” supone construir a cota de calle.

⁴ El término vuelo a los efectos del derecho de superficie, hace referencia la posición de la construcción. La misma no se situaría “en la rasante” sino a una cota superior, comportando con ello la existencia de un derecho edificatorio ejecutado en la rasante y sobre el que se situaría la construcción objeto del derecho de “vuelo”.

⁵ El término subsuelo a los efectos del derecho de superficie, hace referencia, al igual que en el caso de “vuelo”, a la posición de la construcción. La misma no se situaría “en la rasante” si no a una cota inferior, comportando con ello la existencia de un derecho edificatorio ejecutado bajo la rasante (sótano) y sobre el que cabría, en su caso, la materialización del resto del aprovechamiento atribuido por el planeamiento urbanístico.

En palabras de la citada Resolución de la DGRN, *“esa propiedad temporal puede ser adquirida de modo originario, cuando el derecho se proyecta sobre una construcción⁶ ya realizada; o bien adquirida de modo sobrevenido, cuando es el superficiario el que lleva a efecto la construcción. En este segundo caso, hasta que se realice la edificación⁷, el superficiario tiene un derecho real a construir en suelo ajeno y hacer suyo lo construido”*.

De conformidad con las previsiones que - específicamente y por razones competenciales - realizan los apartados 2º y 4º del artículo 77 LOUA, nos remitimos al estudio efectuado en relación con las viviendas protegidas y los patrimonios públicos del suelo cuando el derecho de superficie:

- Tenga por objeto viviendas de protección pública, proclamando la LOUA que gozará de los beneficios derivados de dicha legislación, siempre que cumplan los requisitos establecidos en la misma. En línea con la utilización por las Administraciones Públicas del derecho que nos ocupa como instrumento de intervención en el mercado del suelo, dispone el artículo 20.1 b) del TRLSRU, en relación con los criterios básicos de utilización del suelo, la necesidad de que las Administraciones Públicas, y en particular las competentes en materia de ordenación territorial y urbanística, destinen suelo adecuado y suficiente para usos productivos y para uso residencial, con reserva en todo caso de una parte proporcionada a vivienda sujeta a un régimen de protección pública que, al menos, permita establecer su precio máximo de venta, alquiler u otras formas de acceso a la vivienda, como el derecho de superficie.
- O recaiga sobre suelos pertenecientes a los patrimonios públicos del suelo, que se registrará por lo dispuesto en el artículo 76 LOUA.
- **Contraprestación del superficiario**, en su caso (el derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito). De conformidad con el artículo 53.3 del TRLSRU, podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamiento de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez, sin perjuicio de la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie.

La elección por el cedente de la forma de la contraprestación deberá tener en cuenta en todo caso el uso urbanístico del suelo y el fin pretendido.

⁶ Construcción.- Según el diccionario de la Real Academia de la Lengua Española (RAE) el término construcción se define como la *“acción y efecto de construir”* y construir la define como *“fabricar, hacer de nueva planta una obra de arquitectura o ingeniería, un monumento o en general cualquier obra pública”*.

⁷ Edificio.- Según el diccionario de la RAE, *“construcción estable, de materiales resistentes, para ser habitada o para otros usos”*. Podemos por tanto concluir que el edificio es un tipo de construcción.

Entendemos al respecto que, con carácter general, cuando el hecho edificatorio sea susceptible de ser dividido por partes, como es el caso de promoción de viviendas para su posterior enajenación, no sería adecuada la elección de la contraprestación por canon anual.

c) Elementos formales

Si bien es cierto que nuestra Ley Hipotecaria de 1946 se refiere de manera expresa al derecho de superficie (artículo 107.5), como un derecho susceptible de ser hipotecado, es una norma de contenido urbanístico, y no registral, la reguladora de los requisitos formales necesarios para el acceso de este derecho al Registro de la Propiedad.

Como se conoce, si bien el Reglamento Hipotecario introdujo en su artículo 16 (tras la reforma operada por Real Decreto 1867/1998, de 4 de septiembre) una serie de reformas en relación con los requisitos necesarios para el acceso del derecho al Registro de la Propiedad, dicho precepto fue anulado por la Sentencia de 31 de enero de 2001, de la Sección Sexta de la Sala de lo Contencioso - Administrativo del Tribunal Supremo (RJ 2001/1083), debido a la vulneración que con la referida regulación reglamentaria se producía respecto del principio de reserva de ley que en materia de propiedad y otros derechos civiles exigen los artículos 33, 149.6 y 149.8 de nuestra Constitución (concretamente, señala el Tribunal que, al establecer que además de las circunstancias necesarias para la inscripción, en el título debían concurrir otras circunstancias adicionales, el precepto reglamentario estaría exigiendo una serie de condiciones que no son exigidas por la legislación sustantiva contenida en la norma con rango de ley formal, siendo cuestiones que afectan a la propia definición del derecho de propiedad, que al Reglamento no le corresponde regular). Tras la declaración de nulidad de pleno derecho del referido art. 16.1, el RH no contiene en la actualidad disposición alguna que regule el acceso de este derecho al Registro de la Propiedad.

Por contra, la regulación de los requisitos necesarios para el acceso del derecho al Registro vienen establecidos actualmente en el artículo 53.2 del TRLSRU, a cuya virtud *“para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción de ésta en el Registro de la Propiedad. En la escritura deberá fijarse necesariamente el plazo de duración del derecho de superficie, que no podrá exceder de noventa y nueve años”*.

En atención a dicho precepto, interesa destacar:

- La exigencia de escritura pública, indubitada en atención a la literalidad de la Ley y el principio de titulación auténtica que rige en nuestro derecho registral [(véase al respecto la Resolución de la DGRN de 16 de abril de 2010 (RJ 2010, 2740)].
- A diferencia de lo que disponía el ar. 16 RH y la norma anterior (a cuya virtud la constitución del derecho de superficie debía ser en todo caso formalizada en escritura pública e inscribirse en el Registro como requisito constitutivo de su eficacia), el TRLS 2008 y el actual TRLSRU configuran la inscripción como constitutiva, siendo un requisito necesario para la validez del derecho y no para su eficacia u oponibilidad frente a terceros.

Entendemos que en aplicación de las normas de derecho transitorio, los principios de seguridad jurídica y favor negotii, los problemas derivados del cambio normativo deben resolverse reconociendo la validez a los contratos celebrados con anterioridad.

- Como mención obligatoria, en la escritura deberá fijarse el plazo de duración del derecho de superficie.

II.1.7. Contenido del derecho de superficie

Sin perjuicio de especialidades que se prediquen para el caso concreto consecuencia de las cláusulas introducidas por los contratantes en el título de constitución, el contenido básico de este derecho lo conforman los siguientes derechos y obligaciones:

A) Superficiario

- Facultades:

1. De conformidad con el artículo 53 TRSLRU, el superficiario adquiere la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante, el vuelo y el subsuelo de finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones que realiza.

Este derecho también puede constituirse sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario igualmente la propiedad temporal de las mismas.

Debe por tanto diferenciarse de los derechos de *“sobreelevación y subedificación”* sobre una edificación ya existente que prevé el artículo 16.2 del RH, según la redacción dada por el Real Decreto 1865/1998, de 4 de septiembre de 1998, que atribuyen a su titular el derecho a elevar una o más plantas sobre un edificio o el de realizar construcciones bajo su suelo, pues el titular de este derecho se hace dueño de lo construido sin limitación temporal alguna, mientras que el superficiario es dueño de lo construido con carácter temporal.

Durante el plazo de duración del derecho de superficie el superficiario será, por tanto, el que ejercite el máximo contenido de poder sobre el objeto del contrato, ejerciendo el dominio sobre el mismo y el goce del suelo ajeno.

Insistimos, nuevamente, en el hecho de que cuando se trata de un derecho de sobreelevación o vuelo, el derecho tiene la peculiaridad de depender de la estabilidad y mantenimiento de lo existente *“en la rasante”*.

2. En este sentido, y aunque propietario temporal, le corresponde el goce y disfrute de los bienes objeto del derecho, estando facultado para la realización de las actuaciones ordinarias de administración del mismo (otorgamiento de escritura pública notarial de declaración de obra nueva, inscripción en el Registro de la Propiedad, etc).

3. Puede transmitir y gravar el derecho de superficie, con las solas limitaciones fijadas al constituirlo (art. 54.1 TRLSRU, 107 de la Ley Hipotecaria, a cuya virtud se trata éste de un derecho hipotecable).

Configurada la transmisibilidad como una cualidad natural del derecho de superficie, puede en principio transmitirse a título oneroso o gratuito, por negocio inter vivos o mortis causa, pudiendo transmitir la totalidad o sólo una parte del derecho de superficie que le corresponde. Sin embargo, la Ley apunta la posibilidad de que en la constitución del derecho de superficie se establezcan limitaciones (e incluso prohibiciones) contrarias a la transmisión y el gravamen del derecho, dando lugar a la constitución de derechos de superficie *intuitu personae*.

De otra parte, el derecho de superficie ha sido calificado como un derecho inmobiliario con sustancia dominical, aunque no sea una típica propiedad, con lo que puede afirmarse la posibilidad de constituir sobre él, con especial base objetiva, económica o financiera, los gravámenes que resulten idóneos a su naturaleza (pudiendo constituir sobre el bien edificado derechos de usufructo, uso y habitación, servidumbres reales y personales, hipotecas...)⁸.

De conformidad con lo establecido en el apto. 2º del referido art. 54, cuando las características de la construcción o edificación lo permitan, el superficiario podrá constituir la propiedad superficiaria en régimen de propiedad horizontal con separación del terreno correspondiente al propietario, y podrá transmitir y gravar como fincas independientes las viviendas, los locales y los elementos privativos de la propiedad horizontal, durante el plazo del derecho de superficie, sin necesidad del consentimiento del propietario del suelo.

Como límite temporal a la imposición de cargas reales o personales impuestas por el superficiario, establece la ley que el transcurso del plazo de duración del derecho de superficie determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por éste.

En cambio, si por cualquier otra causa se reunieran los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continuarán gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Por último, mencionar la posibilidad de constitución de garantías y gravámenes mobiliarios sobre bienes pertenenciales al objeto del derecho de superficie (la RDGRN num. 3593, de 15 de febrero de 2012, RJ 2012/5948, pone como ejemplos las placas solares instaladas sobre la cubierta de un edificio sobre la que se constituye el derecho de superficie; maquinaria industrial; derechos administrativos de explotación, subvención o concesión, etc) susceptibles de inscripción en el Registro de Bienes Muebles.

4. Corresponde al superficiario el derecho de tener y retener lo edificado y, por tanto, derecho a la utilización de los medios previstos legalmente para la protección de su derecho frente a actos del superficiario o de terceros que pudieren redundar en una colisión con el pleno disfrute de su derecho.

⁸ ROBERTO BLANQUER UBEROS. Acerca del derecho de superficie. Colegios Notariales de España (pág. 89).

– **Obligaciones:**

1. En caso de que se constituya a título oneroso, la contraprestación del superficiario podrá consistir en el pago de una suma alzada o de un canon periódico, o en la adjudicación de viviendas o locales o derechos de arrendamientos de unos u otros a favor del propietario del suelo, o en varias de estas modalidades a la vez.

Nótese al respecto que, como indica algún sector doctrinal, el señalamiento de las referidas contraprestaciones no limita la libertad contractual de las partes, que pueden convenir prestaciones distintas a las indicadas.

2. Tiene la obligación de edificar de conformidad con las previsiones de la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de su constitución.

En atención a la literalidad de la Ley, debemos entender que en el plazo pactado entre las partes la edificación ha de encontrarse totalmente concluida y en disposición de ser usada.

Las relaciones entre el propietario del suelo y el superficiario se regularán, en cuanto a la extinción de la superficie y a las consecuencias de la obra realizada, por las reglas establecidas en el C.C. en relación con la accesión a favor del dueño del suelo.⁹

3. Está obligado a la realización de las actuaciones necesarias para la debida conservación de la finca, que revertirá a favor del cedente al finalizar el plazo.

4. Por su importante práctica, citar las contestaciones a consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos de 12 de noviembre de 2007, y 19 de junio de 2009 (con ref. JT/2009/1030 Y JT/2008/99, respectivamente) en relación con la sujeción del derecho de superficie al Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA).

B) Cedente

– **Facultades:**

1. Tiene derecho a la reversión total de lo edificado al finalizar el plazo pactado al constituir el derecho de superficie, haciendo suya la propiedad de lo edificado sin tener que satisfacer indemnización alguna (a sensu contrario, podría pensarse que la extinción del derecho antes de transcurrir el plazo previsto podría generar derecho del superficiario a ser indemnizado, aunque pueda pactarse lo contrario¹⁰).

⁹ ROBERTO BLANQUER UBEROS Acerca del derecho de superficie. Colegios Notariales de España . P. 114).

¹⁰ FEDERICO ROMERO GÓMEZ (Comentarios a la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía. THOMSON ARANZADI. PAG. 752.

2. En caso de haberse constituido a título oneroso, tiene además derecho al cobro de la contraprestación pactada.
3. El incumplimiento por el superficiario de la obligación de satisfacer la contraprestación pactada faculta al cedente a resolver el contrato en aplicación de lo dispuesto en el art. 1124 del CC, revertiendo lo edificado al dueño del suelo.
4. En caso de haberse pactado (el art. 54.3 TRLSRU recoge esta posibilidad) el propietario del suelo podrá hacer uso de los derechos de tanteo, retracto y retroventa para los casos de transmisión por el superficiario de su derecho¹¹.
5. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste.

Al respecto, aclara la Ley que el subsuelo corresponderá al propietario del suelo y será objeto de transmisión y gravamen juntamente con éste, salvo que haya sido incluido en el derecho de superficie.

– Obligaciones

Como obligación principal, se obliga a ceder al superficiario la posesión de los terrenos sobre la que el superficiario construye o edifica, o las construcciones o edificaciones ya realizadas, garantizando su posesión pacífica.

II.1.8. Plazo

Como se ha indicado en la delimitación de la naturaleza de este derecho, y su diferenciación con otras figuras afines, el derecho de superficie es un derecho esencialmente temporal. En este sentido, todas las leyes urbanísticas han establecido un plazo máximo de duración del contrato. En atención al carácter esencialmente temporal del derecho de superficie, la norma debe considerarse imperativa, sin que los contratantes puedan fijar un plazo mayor de duración.

A diferencia de lo que ocurría en las anteriores leyes urbanísticas, el plazo máximo no depende de la índole subjetiva del propietario, puesto que ley actual establece un sólo plazo máximo de duración del derecho real de superficie (noventa y nueve años), con independencia de que sea concedido por personas públicas o convenido entre particulares.

¹¹ En nuestra opinión, la previsión legal debe considerarse más como una técnica legislativa encaminada a advertir al propietario de la finca, constituyente del derecho de superficie, de la inexistencia a su favor de un retracto legal, que como una habilitación legal propiamente dicha, puesto que dicha posibilidad ya existe sin necesidad de mención específica a tenor de la previsión establecida en el apartado 4 del artículo 53, a cuya virtud el derecho de superficie se rige, entre otras, por el título constitutivo del derecho. Además, la constitución de derechos de tanteo y retracto a favor del propietario es una técnica frecuentemente utilizada para evitar operaciones especulativas por el superficiario.

En caso de haberse pactado un plazo menor, entendemos admisible la posibilidad, prevista en el derogado artículo 16.1 a) del RH, de prorrogar la situación superficiaria antes de su vencimiento por otro período no superior al máximo legal, si bien ante la falta de habilitación ex lege dicha posibilidad habrá de preverse en el título constitutivo del derecho o pactarse una modificación contractual antes de su expiración.

II.1.9. Extinción

El artículo 54 del TRLSRU se ocupa expresamente de la extinción del derecho de superficie, distinguiendo las siguientes causas:

a) Transcurso del plazo de su duración, momento en que el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado (consecuencia del carácter temporal de la institución, se producirá la reversión total de lo edificado a la finalización del plazo pactado)¹², y en que, de manera automática, se extinguen toda clase de derechos personales o reales impuestos por el superficiario¹³. Se trata ésta de una norma de carácter imperativo.

Por aplicación del principio de autonomía de la voluntad (y con los límites del artículo 1255 del Código Civil, podrán pactarse condiciones particulares en relación con la liquidación del régimen).

Téngase en cuenta que la extinción del derecho de superficie por el transcurso del término provocará la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario, de forma que el propietario recobrará la propiedad libre de toda carga cuyo nacimiento sea posterior a la constitución del derecho de superficie.

b) Por reunirse los derechos de propiedad del suelo y los del superficiario, aunque las cargas que recayeren sobre uno y otro derecho continúan gravándolos separadamente hasta el transcurso del plazo del derecho de superficie.

Téngase en cuenta que, como indica ROBERTO BLANQUER UBEROS. ACERCA DEL DERECHO DE SUPERFICIE. COLEGIOS NOTARIALES DE ESPAÑA (pág. 83) *“el derecho de superficie es un gravamen sobre la propiedad del suelo, a la que limita en la medida en que ésta debe respetarlo; pero la propiedad del suelo, aunque gravada, conserva las notas esenciales del dominio, y por tanto su cualidad de posición natural y abstracta y su cualidad expansiva o fuerza atractiva; una vez desaparecido el gravamen que la limita, por tiempo necesariamente determinado, recupera su natural plenitud y surte pleno efecto la accesión al suelo de lo construido por el superficiario, que estaba paralizada durante la vigencia de la superficie ”.*

¹² DE LA IGLESIA MONJE, M.I. *“El nuevo derecho de superficie”*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, núm. 712, 2009).

¹³ Véase la Resolución de la DGRN de 20 de diciembre de 2005 (RJ 2006,3890).

c) Si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de su constitución.

Puede apreciarse aquí como la Ley, con evidentes cautelas ante la desmembración de las facultades que integran el domino, establece una (doble) condición al superficiario bajo la amenaza de extinción de su derecho de manera automática: éste no sólo ha de actuar de conformidad con las previsiones de la ordenación territorial y urbanística, sino que además debe edificar en el plazo previsto en el título de su constitución, toda vez que no tiene sentido comprometer las facultades del propietario durante la totalidad del plazo pactado para la duración del derecho de superficie si el superficiario descuida su derecho o, directamente, vulnera la ley.

Debe indicarse, por lo que respecta al plazo para edificar, que tras la derogación del artículo 16.1 RH, que establecía que el plazo pactado para realizar la edificación no podría exceder de cinco años, la legislación actual no regula un plazo máximo para edificar de manera expresa, limitándose a remitirse a la duración prevista en el título de constitución para la realización de las obras, duración máxima que siguiendo la literalidad de la ley se configura como mención obligatoria del contrato, si bien puede suponer una suavización de la posición del superficiario (que puede pactar un plazo mayor) ante la previsión que nos ocupa.

d) Además de las causas específicamente previstas en la Ley, el derecho de superficie puede extinguirse por otras causas generales de extinción de los contratos, como resolución bilateral voluntaria del título constitutivo, renuncia del superficiario, etc.

II.1.10. Derecho de superficie y principio de especialidad registral

El acceso al registro de la Propiedad del derecho de superficie sobre una finca inmatriculada en el Registro plantea su relación con el principio de especialidad registral (artículo 9 Ley Hipotecaria), a cuya virtud los derechos, relaciones y situaciones jurídicas que accedan al registro deben quedar perfectamente determinados.

Por su claridad, debemos traer a colación la Resolución num. 3593 de 15 de febrero de 2012 (RJ/2012/5948), que resuelve el recurso interpuesto contra la negativa del Registrador a inscribir una escritura de constitución de un derecho de superficie sobre las cubiertas de una determinada nave industrial previamente inmatriculada, en la consideración de que:

- Por exigencias del principio de especialidad, la inscripción del derecho de superficie sobre parte de la finca (cubiertas) exige la previa segregación de la misma o una individualización jurídica análoga, lo que debe tener lugar mediante cualquiera de los medios previstos en la legislación hipotecaria (segregación, división material, constitución en régimen de propiedad horizontal, constitución de complejo inmobiliario, etc).
- Desde otro punto de vista, entiende el Registrador que la inscripción del derecho de superficie sobre parte de una finca puede generar una segregación de facto que elude el requisito de licencia urbanística previa.

- Por último, considera el Registrador que la inscripción del derecho de superficie sobre parte de la finca podría dar lugar a una vulneración del principio de indivisibilidad de la hipoteca, ya que podría abrir la puerta a que este derecho real se constituya sobre el derecho de superficie, y por ende, recaer sobre parte de una finca (en este caso, las cubiertas de la misma).

Sin embargo, la Dirección General de los Registros y el Notariado revoca dicha calificación negativa, resolviendo en el recurso planteado que para la inscripción del derecho de superficie constituido (sobre la cubierta de la nave industrial) no es necesaria la previa segregación o individualización a que se refiere el Registrador en su calificación, ya que se cumplen las exigencias del principio de especialidad y de la concreta regulación legal en la materia al constar suficientemente definida la finca cuyo acceso al Registro de la Propiedad se pretende: *“no existe (...) razón alguna que impida la apertura de folio independiente a la porción afectada por este derecho existiendo razones jurídicas y económicas para ello”, pues la unidad inmobiliaria de referencia, “aunque está formada por determinada porción de una finca, es susceptible de aprovechamiento autónomo”. O, dicho de otro modo, debe abrirse “folio autónomo a la unidad material (...) que deba ser objeto unitario de un derecho de contenido hasta cierto punto análogo al dominio útil. Pero, a la vez, es innecesario que la formación de la nueva finca deba estar precedida de segregación en sentido estricto de la finca constituida por el inmueble sobre cuya porción se constituye el derecho, o que la nueva finca sea en verdad totalmente independiente de esta otra finca originaria”.*

El principio de publicidad (tanto formal como material) que rige nuestro Registro de la Propiedad quedará garantizado, según la referida Resolución de la DGRN, de la siguiente manera: *“en el folio de la finca en la que figura la edificación sobre la que recae el derecho constituido (...) debe seguir constando el dominio con su natural alcance en profundidad (...), si bien debe expresarse en el mismo folio la limitación que para tal dominio implican los derechos que otros tienen sobre dicha unidad”,* de forma que el nuevo folio sirva para completar el historial de las limitaciones que sufre el dominio de esa finca originaria.

En idéntico sentido, la Resolución de la DGRN de 16 de junio de 2012 (RJ2012, 10062), que analiza un supuesto de inscripción en el Registro de la Propiedad de un derecho superficie para la instalación de un parque eólico sobre parte de la superficie de una finca inmatriculada. Respondiendo a la cuestión de si es preceptiva o no la realización de una previa segregación de la finca para poder llevar a cabo la inscripción, resuelve que en el caso que se plantea no es necesaria dicha individualización previa, con base en la posibilidad que otorga nuestro ordenamiento jurídico de constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptibles de aprovechamiento independiente de un inmueble, siendo posible la constitución de derechos de goce (materiales o personales) concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se constituyen, siempre que – como ocurre en el caso que se les plantea – quede perfectamente determinada la porción de finca sobre la que recae el derecho de goce.

II.1.11. Adopción de cautelas en orden a la evitación de parcelaciones urbanísticas en suelo no urbanizable mediante la constitución de derechos de superficie sobre una o varias fincas rústicas

La exposición de la problemática que se plantea debe hacerse teniendo en cuenta la especial regulación que la legislación urbanística atribuye al suelo no urbanizable de forma diferenciada respecto del resto de las clases de suelo, toda vez que el estatuto jurídico de la propiedad del suelo no integra en sí mismo derecho a edificar alguno que pueda ser separado de aquél, si no que éste resulta de la clasificación urbanística dada por el planeamiento urbanístico de aplicación, con sus derechos y obligaciones.

De tal forma que, de conformidad con las previsiones de la LOUA para el suelo no urbanizable, el “ius aedificandi” en esta clase de suelo está vinculado a la utilización y explotación agrícola, ganadera, forestal, cinegética o análoga a la que estén efectivamente destinados conforme la dispuesto en el art. 50 y ss de dicho texto legal.

Sólo en aquellos casos en los que se haya obtenido el derecho a edificar mediante la tramitación del correspondiente Proyecto de Actuación, cabría la constitución del derecho de superficie, teniendo como objeto las consideraciones urbanísticas derivadas del Proyecto de Actuación aprobado, quedando además condicionados a los plazos para la obtención de la licencia urbanística (art. 42.5.D.c de la LOUA) y ejecución de la obra (art 173.1 de la LOUA).

Igualmente, para el caso de que el derecho de superficie tenga por objeto construcciones o edificaciones ya materializadas en suelo no urbanizable, la constitución de un derecho de superficie sobre los mismos podría merecer la consideración de no compatible con el régimen legal de la referida clase de suelo, ya que por los usos regulados en el art. 52 LOUA, salvo para el caso de instalaciones, edificaciones y construcciones susceptible de ser declaradas de interés social o en hábitat rural diseminado, en el resto las edificaciones se les presupone necesarias a la explotación agrícola, forestal ganadera o cinegética de la finca y por tanto inseparables.

De esta forma, la referida posibilidad que otorga nuestro ordenamiento jurídico de constituir derechos de uso sobre partes materiales de un inmueble susceptibles de aprovechamiento independiente sin necesidad de contar con acto administrativo previo de segregación de la finca, debe interpretarse con extremadas cautelas en el caso del suelo no urbanizable, en orden a evitar la utilización del derecho de superficie para la realización de actos contrarios a la naturaleza de este suelo, especialmente en orden a evitar actos de parcelación urbanística que desnaturalicen el destino agrario del suelo. Todo ello en la consideración de la parcelación urbanística en suelo no urbanizable como la infracción urbanística de más gravedad y que colisiona de una manera más evidente con el interés público urbanístico.

La cuestión que nos ocupa ha sido tratada por la DGRN en la citada Resolución de 16 de junio de 2012 (RJ 2012, 10062), consecuencia del recurso planteado contra la negativa

del Registrador a inscribir un derecho de superficie para instalaciones de energía eólica que recaen sobre parte de la superficie total de una finca inscrita, en la consideración de que para poder inscribir derechos de superficie que atribuyan el uso exclusivo sobre porciones determinadas de terreno se necesitaba licencia de segregación o declaración de innecesidad, ya que suponía una parcelación encubierta.

Aunque la DGRN acordase en el caso que nos ocupa estimar el recurso y revocar la nota de calificación del Registrador, habida cuenta los detalles del caso concreto (entre los pactos de constitución del derecho se prevé que el concedente conserve la propiedad del suelo durante su vigencia; que las instalaciones se desmonten a su finalización quedando el terreno expedito; se autoriza al propietario a mantener el uso ganadero, y se establece un plazo de duración determinado) sí apunta una serie de argumentos, a sensu contrario, que deben ser tenidos en cuenta para evitar la utilización fraudulenta de la figura para dar cobertura a actos de parcelación urbanística en suelo no urbanizable.

Haciéndose eco de las Resoluciones de 12 de julio de 2010 y de 2 de marzo de 2012, indica la DGRN que *“el concepto de parcelación trasciende la estricta división material de fincas o terrenos, para alcanzar la división ideal del derecho y del aprovechamiento, y en general todos aquellos supuestos en que manteniéndose formalmente la unidad del inmueble, se produce una división en la titularidad o goce, ya sea en régimen de indivisión, de propiedad horizontal, de vinculación a participaciones en sociedades, o de cualquier otro modo en que se pretenda alcanzar los mismos objetivos y en general siempre que pudiera surgir una duda fundada sobre el peligro de creación de un núcleo de población”, añadiendo que la existencia de parcelación ilegal requiere “bien que junto con la venta de participación indivisa se atribuya el uso exclusivo de un espacio determinado susceptible de constituir finca independiente (...), bien que exista algún otro elemento de juicio que, unido a la venta de la participación, pueda llevar a la conclusión de la existencia de la repetida parcelación”.*

A nuestro juicio, de manera muy acertada, la DGRN no centra el foco de su argumentación en el hecho de que el aprovechamiento concedido al superficiario tiene carácter temporal (30 años), toda vez que de ser así nunca la constitución de un derecho de superficie podría dar lugar a una parcelación encubierta debido a la naturaleza esencialmente temporal del derecho de superficie. El hecho determinante de la inexistencia de la parcelación tampoco es el relativo a la división del aprovechamiento pactado entre las partes.

Siguiendo la más evidente lógica jurídica, para considerar que la constitución del derecho de superficie en finca rústica podría encubrir una parcelación urbanística ilegal el criterio determinante es la existencia, en palabras de la DGRN, de “actividad de urbanización o edificación” o la existencia de “indicio alguno que permita que puede generarse un núcleo de población”. Lo que pone de manifiesto la necesaria participación de Notarios y Registradores en la labor de control de legalidad de los actos de naturaleza urbanística, comprobando la adecuación de los actos con el régimen legal del suelo no urbanizable (artículo 52 LOUA y demás preceptos de aplicación) y, una vez comprobado lo anterior, extremar las cautelas en orden a evitar la utilización del derecho que nos ocupa en fraude

de ley mediante la constitución de derechos de superficie a favor de varias personas sobre una misma finca¹⁴.

II.1.12. Conclusión

El derecho de superficie es un derecho de naturaleza civil con una larga trayectoria en nuestro derecho privado que, no obstante, se ha constituido en una institución típicamente urbanística cuya importancia como medio de intervención por los poderes públicos en el mercado del suelo resulta hoy día incuestionable. Su contenido, configurado principalmente por la legislación urbanística estatal y el título de su constitución, viene conformado por la evidente excepción del principio superficie solo cedit, su carácter temporal y por las condiciones de edificación establecidas en la normativa urbanística aplicable.

II.2. DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO URBANÍSTICO. DELIMITACIÓN DE ÁREAS. RÉGIMEN JURÍDICO DE SUS TRANSMISIONES

II.2.1. Introducción

Como continuación del estudio de los instrumentos de intervención en el mercado del suelo establecidos en la Ley, nos detendremos ahora en los derechos de tanteo y retracto urbanístico, técnica para la realización del interés público urbanístico que encuentra su fundamento en el mandato constitucional establecido en el artículo 47 CE, relativo a la obligación de los poderes públicos para proceder a la utilización del suelo de acuerdo con el interés general, y de la función social de la propiedad que predica el artículo 33 de nuestra Carta Magna, a cuya virtud, en palabras del Tribunal Constitucional, el derecho de propiedad se configura como un haz de facultades sobre las cosas, pero también y al mismo tiempo, como un conjunto de deberes y obligaciones establecidas, de acuerdo con las Leyes, en atención al interés colectivo (STC 111/1983).

14 Al respecto, y por su especial significación, citar el artículo 66.1 LOUA, a cuya virtud se considera parcelación urbanística en terrenos que tengan el régimen del suelo no urbanizable *“la división simultánea o sucesiva de terrenos, fincas o parcelas en dos o más lotes que, con independencia de lo establecido en la legislación agraria, forestal o de similar naturaleza, pueda inducir a la formación de nuevos asentamientos”*, en relación con el artículo 52.6 de este mismo texto legal, a cuya virtud *“se considerará que inducen a la formación de nuevos asentamientos los actos de realización de segregaciones, edificaciones, construcciones, obras o instalaciones que por sí mismos o por su situación respecto de asentamientos residenciales o de otro tipo de usos de carácter urbanístico, sean susceptibles de generar demandas de infraestructuras o servicios colectivos, impropios de la naturaleza de esta clase de suelo”*. Igualmente, traer a colación el art. 66.2 LOUA, a cuya virtud se consideran actos reveladores de una parcelación urbanística aquellos en los que *“(…) mediante la interposición de sociedades, divisiones horizontales o asignaciones de uso o cuotas en pro indiviso de un terreno, fincas, parcelas, o de una acción, participación u otro derecho societario, puedan existir diversos titulares a los que corresponde el uso individualizado de una parte del inmueble equivalente o asimilable a los supuestos del apartado anterior (...)”*, así como su desarrollo reglamentario (véase el artículo 8 a) del RDU).

Como aproximación al estudio de la figura que nos ocupa, interesa indicar que puede observarse una tendencia generalizada del legislador al reconocimiento de estos derechos de una manera cada vez más contundente y ambiciosa, pasando de la consideración de estos derechos como un medio eficaz para garantizar que las transmisiones onerosas de los bienes reflejasen su precio real, forzando a los transmitentes a declarar el precio cierto de la transmisión (y por tanto tributar por su totalidad) bajo amenaza de adquisición del bien por la Administración por el precio declarado, a la consideración de los derechos de adquisición preferente como un medio eficaz para la consecución de intereses públicos y sociales. En este sentido, el legislador andaluz ha querido perfilar en el art. 78 LOUA alguno de estos fines (garantizar el cumplimiento de la programación del instrumento de planeamiento, incrementar los patrimonios públicos del suelo, intervenir en el mercado inmobiliario y, en general, el cumplimiento de los objetivos del planeamiento).

Sin embargo, no podemos obviar el hecho de que su efectivo ejercicio en la práctica por la Administración no corre en paralelo con las referidas previsiones del legislador, hecho este motivado no sólo por las tradicionales reservas que generalmente se plantean a la hora de hacer efectiva una concreta intervención en el mercado del suelo, sino – principalmente – por la frecuente carencia de disponibilidad presupuestaria que padecen nuestras Administraciones Públicas para hacer frente al pago del precio.

II.2.2. Concepto

Habida cuenta que los derechos que nos ocupan tienen un marcado origen civil, acudiremos en primer lugar a la definición que proporciona al respecto el artículo 1521 de nuestro Código Civil, que define el derecho de retracto como *“el derecho de subrogarse, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato, en lugar del que adquiere una cosa por compra o dación en pago ”*.

Por su parte, dispone en relación con el derecho de tanteo en el artículo 1637 (en sede del censo enfiteútico) que *“(…) el que trate de enajenar el dominio de una finca enfiteútica deberá avisarlo al otro condueño, declarándole el precio definitivo que se le ofrezca, o en que pretenda enajenar su dominio.*

Dentro de los veinte días siguientes al del aviso podrá el condueño hacer uso del derecho de tanteo, pagando el precio indicado. Si no lo verifica, perderá este derecho y podrá llevarse a efecto la enajenación”.

El concepto (civil) que proporciona la doctrina - ORTIZ SÁNCHEZ, MÓNICA; PÉREZ PINO, VIRGINIA. DICCIONARIO JURÍDICO BÁSICO. Sexta edición actualizada. Tecnos - define el derecho de tanteo como un *“Derecho de adquisición preferente por el que una persona está facultada para adquirir un bien con preferencia a otra (...). Suele operar de la siguiente forma: la persona que desea enajenar una cosa debe comunicar a quien tenga el derecho de tanteo las condiciones de la enajenación, especialmente el precio, para que éste pueda, si quiere, en un plazo determinado ejercer su derecho de tanteo adquiriendo el bien antes que cualquier otra persona”*. Mientras que el derecho de retracto se define

como un *“derecho de adquisición preferente por el que una persona está facultada para adquirir un bien con preferencia a otra (...). Se diferencia del tanteo en que, mientras aquél actúa antes de producirse la enajenación, éste lo hace con posterioridad. Una vez que tenga conocimiento de la venta del bien, la persona con derecho de retracto podrá recuperarlo con ciertos requisitos”*.

Así, desde la perspectiva del titular del derecho, los derechos de tanteo y retracto son derechos que confieren a su titular la facultad de adquirir una cosa cuando su propietario ha decidido venderla (tanteo) o cuando efectivamente la ha enajenado (retracto). Por tanto, la diferencia entre ambos derechos radica en el criterio temporal, según la facultad de adquisición preferente se refiera a un momento anterior o posterior a la enajenación.

Desde la perspectiva del sujeto pasivo, el tanteo puede definirse como la obligación que tiene el propietario de un bien de comunicar al titular del derecho la enajenación proyectada y las condiciones de ésta; mientras que el retracto se configura como la obligación que tiene el adquirente del bien de comunicar la adquisición y sus condiciones al titular del derecho, con el fin de que éste pueda comprobar la coincidencia entre la enajenación proyectada y la efectivamente realizada.

A falta de la definición legal de los derechos de tanteo y retracto urbanístico en nuestra legislación positiva, nos haremos eco de la definición doctrinal del mismo (RAMOS MEDRANO, JOSÉ ANTONIO, LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA, DYKINSON, 1995. Pág. 23), a cuya virtud podríamos definir:

- El tanteo urbanístico como *“una prerrogativa establecida a favor de un sujeto público que le permite, en un perímetro previamente establecido, subrogarse en el lugar del adquirente en aquellas transmisiones onerosas que se pretendan realizar sobre los bienes inmuebles previamente determinados”*.
- Y el retracto urbanístico como *“un mecanismo de garantía que permite la subrogación en el lugar del adquirente del bien cuando se hubiese omitido o falseado la obligación de realizar la comunicación de la citada transmisión”*.

II.2.3. Naturaleza y caracteres

Siguiendo a RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE (MODELOS DE INTERVENCIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: DEL DERECHO DE TANTEO Y RETRACTO A LOS CONVENIOS DE COLABORACIÓN. Jornada celebrada en Córdoba el 6 de mayo de 2009) los derechos de tanteo y retracto son derechos de adquisición preferente, limitativos del derecho de propiedad, que han sido trasladados al ámbito del derecho administrativo desde el régimen común civil, habiéndose convertido en una institución cuasi-pública. En atención a lo anterior, define su naturaleza de conformidad con las siguientes notas: su origen legal; su carácter renunciante (situados en el ámbito de las potestades discrecionales de la Administración); son derechos temporales (limitados en el tiempo); intransmisibles; circunscritos a un ámbito o espacio delimitados; onerosos; sin necesidad para su ejercicio de previo incumplimiento de obligaciones

legales; de adquisición preferente; carácter subjetivo; y con fundamento en la protección de intereses generales superiores.

Por su parte, JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO (LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA, DYKINSON, 1995. Pág. 24) considera que nos encontraríamos ante un derecho real de adquisición preferente, si se estudian desde la posición jurídica del sujeto activo o titular del derecho, y ante una limitación del derecho de propiedad, si se observa desde la óptica del sujeto pasivo o propietario del bien objeto de los referidos derechos.

Por último, indicar que nuestro Tribunal Constitucional se ha referido a los derechos de tanteo y retracto urbanístico como instituciones jurídicas de naturaleza civil, pertenecientes al ámbito de las relaciones jurídico-privadas que, no obstante, se instrumentan al servicio del interés público (en este caso, al servicio de los mandatos constitucionalmente previstos en los artículos 33.2 y 47 CE) –STC 207/1999, de 11 de noviembre (RTC/1999/207)-.

II.2.4. Clases

Sin ánimo de detenernos en esta cuestión, y con la finalidad simplemente de encuadrar sistemáticamente la materia que nos ocupa, indicar que los derechos de tanteo y retracto pueden clasificarse en las siguiente categorías:

- **Voluntarios** (con origen en la voluntad de los particulares, que en aplicación del principio de autonomía de la voluntad pueden acordar la sujeción de la transmisión de un determinado bien al ejercicio de estos derechos). Se regirán por lo establecido en el título de su constitución (con las limitaciones que el artículo 1255 del CC establece al principio de autonomía de la voluntad) y por las disposiciones del Código Civil, supletoriamente.
- Y **legales** (previstos en la Ley), dentro de los cuales pueden distinguirse los regulados por la legislación de derecho privado y los previstos en leyes administrativas. Estos derechos se regirán como regla general por lo establecido en la norma que los prevea, y supletoriamente por las disposiciones del Código Civil de conformidad con lo previsto en el artículo 4.3 del referido texto legal.

En el primer grupo (retractos legales previstos en el derecho privado), se encuentran principalmente los **regulados por la legislación civil**, dentro los cuales distinguiremos **los previstos en el Código Civil** (retracto de comuneros, previsto en el art. 1522; retracto de colindantes, previsto en el art. 1523; retracto enfiteútico, ex art. 1636; retracto de coherederos, previsto en el art. 1067; el retracto de consocios regulado en el artículo 1708 o el retracto de créditos litigiosos previsto en el artículo 1535) y **los regulados en leyes especiales** (véanse, los retractos regulados en las leyes arrendaticias rústicas y urbanas – a Ley 49/2003, de 26 de noviembre, de Arrendamientos Rústicos; Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos). Igualmente, suele mencionarse por la doctrina el previsto a favor del copropietario del buque en el Código de Comercio.

Y, centrándonos ya en el caso que nos ocupa, nos referiremos a los derechos de tanteo y retracto previstos en normas de naturaleza administrativa, que en función del bien jurídico protegido por la norma vendrán:

a) Previstos en normas **estatales** (artículo 25 de Ley 43/2003, de 21 de noviembre, de Montes; art. 29 y Disposición Adicional Tercera, aptdo. 3 de la Ley 22/1998, de 28 de julio, de Costas y los artículos 58, 142.3 y Disposición Adicional Primera del *Real Decreto 876/2014, de 10 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento General de Costas*; art. 38 de la Ley 16/1985, de 25 de junio, de Patrimonio Histórico Español y 40 y ss del Real Decreto 111/1986, de 10 de enero, de desarrollo parcial de la Ley 16/1985, de 25 de junio, del Patrimonio Histórico Español ; art. 152 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto 849/1996, de 11 de abril; o el artículo 40 de la Ley 42/2007, de 13 de diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad).

b) Previstos en la **legislación autonómica**, entre los que se encuentran, por lo respecta la Comunidad Autónoma de Andalucía, los previstos en la Ley 2/1992, de Ordenación Forestal de Andalucía, en relación con lo dispuesto en los artículos 52 y ss del Decreto 208/1997, de 9 de septiembre, por el que aprobó el Reglamento Forestal de Andalucía; los previstos en la Ley 14/2007, de 26 de noviembre, del Patrimonio Histórico de Andalucía (artículo 17); y, como no, los previstos en los artículos 78 y ss de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y 11 y ss de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y el Suelo.

Antes de citar la normativa aplicable en nuestra Comunidad a los derechos de tanteo y retracto urbanístico, merece la pena considerar que en la legislación urbanística estatal los instrumentos de intervención en el mercado del suelo de los que nos ocupamos sólo fueron contemplados por los artículos 90 y ss. de la Ley 8/1990, de 25 de julio, sobre reforma del Régimen Urbanístico y Valoraciones del Suelo, y el Real Decreto Legislativo 1/1992, de 26 de junio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana (artículos 291 y siguientes) -que fueron declarados inconstitucionales por la famosa Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997-. Habida cuenta que ni el Real Decreto 1346/1976, de 9 de abril, por el que se aprueba en Texto Refundido de la Ley sobre Régimen del Suelo y Ordenación Urbana; ni la Ley 6/1998, de 13 de abril, sobre régimen del suelo y valoraciones, ni el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo, ni el actual Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, contienen menciones a estos derechos, resulta que en las Comunidades Autónomas que no contemplen estos derechos en su normativa propia no podrá hacerse uso de estos mecanismos de intervención administrativa¹⁵.

¹⁵ RAFAEL FERNÁNDEZ VALVERDE en "Modelos de intervención de la administración: del derecho de tanteo y retracto a los convenios de colaboración. Jornada celebrada en Córdoba el 6 e marzo de 2009. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica (p. 79)".

II.2.5. Competencia para la regulación de los derechos de tanteo y retracto urbanístico

Como se ha expuesto, los derechos de tanteo y retracto urbanístico son derechos de origen civil que, sin embargo, aparecen regulados por normas autonómicas de naturaleza administrativa, siendo empleados en el campo del derecho administrativo como instrumento para la consecución de fines de interés público.

La doble naturaleza de estos derechos ha dado lugar a una serie de controversias jurídicas que han sido resueltas de manera muy clara por nuestro Tribunal Constitucional, a saber: se ha discutido, por un lado, si era o no posible su regulación por leyes administrativas; y, una vez admitida esta posibilidad, se ha debatido el hecho de que estos derechos pudieran ser regulados por las legislaciones autonómicas para la consecución de fines propios toda vez que, al crear derechos de tanteo y retracto autonómicos en favor de una Comunidad Autónoma, se podría estar regulando materia propia de la legislación civil reservada a la competencia exclusiva del Estado por el artículo 149.18 de nuestra Carta Magna.

La respuesta a la cuestión ha de exponerse de la mano de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, para lo que nos hacemos eco de las Sentencias núm. 102/1995, de 26 de junio; 170/1989, de 19 de octubre, dictada como consecuencia del recurso de inconstitucionalidad interpuesto contra la Ley de la Comunidad Autónoma de Madrid 1/1985, de 23 de enero, del Parque Regional de la Cuenca Alta del Manzanares y de la Sentencia núm. 207/1999, de 11 de noviembre, en relación con el recurso planteado frente a la Ley Foral de Navarra 7/1989, de 8 de junio, de Medidas de Intervención sobre Suelo y Vivienda, en las que se dilucida la constitucionalidad de los derechos de tanteo y retracto establecidos en favor de las Comunidades Autónomas por razones medioambientales o urbanísticas.

Al respecto, indica el Tribunal Constitucional en la referida STC 170/1989, que *“no cabe duda (...) de que el tanteo y el retracto, como instituciones jurídicas son derechos reales cuya regulación, al ser legislación civil, es competencia exclusiva del Estado, a reserva de los derechos forales o especiales. El carácter civil de la institución y su regulación no excluye, sin embargo, que puedan existir derechos de retracto en favor de la Administración Pública establecidos por la legislación administrativa, respondiendo a una finalidad pública constitucionalmente legítima”*, añadiendo la STC 207/1999 (en relación con los derechos de tanteo y retracto en materia de vivienda y suelo establecidos en la Ley de Medidas de Intervención sobre y Suelo de Navarra), que *“los derechos de tanteo y retracto (...) se instrumentan al servicio de finalidades constitucionales que son insitas a la normativa sobre vivienda, competencia exclusiva de la Comunidad (...)”*, pues se configuran, en puridad, como un mecanismo o técnica jurídica establecido con la plausible finalidad de combatir la finalidad del suelo (...), por lo que *“la inclusión de tales derechos reales en la mencionada norma foral queda cubierta, así, con la Competencia exclusiva que la Comunidad (...) ostenta sobre ordenación del territorio, urbanismo y vivienda”*.

Todo ello, sin perjuicio de la facultad que la Ley concede a los municipios, con base en el principio constitucionalmente consagrado de autonomía local, de concretar a través del

planeamiento el contenido del derecho de propiedad y las facultades urbanísticas que lo integran, de manera que -una vez establecidos los criterios básicos para el ejercicio del derecho por el legislador estatal o autonómico – corresponde al planeamiento especificar, con determinación de los espacios territoriales concretos, las consecuencias que derivan de aquellos criterios generales¹⁶.

II.2.6. Normativa de aplicación

Sin perjuicio del principio de completud que caracteriza nuestro ordenamiento, los derechos de tanteo y retracto urbanístico en la Comunidad Autónoma de Andalucía se registrarán principalmente por las siguientes normas:

- Artículos 76 y ss. Ley 7/2002, de 17 de diciembre, de Ordenación Urbanística de Andalucía, y artículos 11 y ss. de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y Suelo, en el caso de viviendas protegidas).
- Disposiciones del Código Civil (arts. 1521 y ss), aplicable supletoriamente.
- Disposiciones del Real Decreto 1093/1997, de 4 de julio, por el que se aprueban las normas complementarias al Reglamento para la ejecución de la Ley Hipotecaria sobre Inscripción en el Registro de la Propiedad de Actos de Naturaleza Urbanística (artículos 83 y ss.).

II.2.7. Elementos

a) Sujeto activo. La Administración actuante.

Frente a las previsiones de la Ley del Suelo estatal de 1992, que únicamente se refería a los Ayuntamientos en relación con el ejercicio de los derechos que nos ocupan, los artículos 78 y ss. de la LOUA atribuyen a los municipios y a la Junta de Andalucía la facultad para la delimitar las áreas en que las transmisiones quedarán sujetas a los derechos de tanteo y retracto, así como para el efectivo ejercicio de los derechos (la ley se refiere a ellos como “*Administración actuante*”).

A este respecto, dispone el artículo 6.2 del Decreto 36/2014, de 11 de febrero, por el que se regula el ejercicio de las competencias de la Administración de la Junta de Andalucía en materia de Ordenación del Territorio y Urbanismo, que corresponde la persona titular de la Dirección General de Urbanismo el ejercicio de las competencias para la delimitación, en cualquier clase de suelo, de áreas para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto,

¹⁶ JOAQUÍN GARCÍA BERNARDO DE QUIRÓS, El derecho de tanteo y retracto en la legislación andaluza. modelos de intervención de la administración: del derecho de tanteo y retracto a los convenios de colaboración. Jornada celebrada en Córdoba el 6 e marzo de 2009. Biblioteca Comares de Ciencia Jurídica. (Pág. 122).

así como ejercer estos derechos de conformidad con las competencias previstas en los artículos 78 y 81 de la Ley 7/2002, de 17 de diciembre, sin perjuicio de las competencias atribuidas a los municipios en la materia.

Por lo que respecta a la competencia municipal, se trata ésta de una competencia que en principio corresponde en al Pleno Municipal, de conformidad con lo establecido en el apartado 2º de la Disposición Adicional II (“*Normas específicas de contratación en las Entidades Locales*”) del Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, con las particularidades establecidas en dicho precepto en relación con los municipios de gran población.

Interesa resaltar, igualmente, que la ley prevé la posibilidad del ejercicio de los derechos de tanteo y retracto por una organización consorcial, en consonancia con la previsión legal relativa a la posibilidad de creación de áreas de gestión integrada cuando sus características, los objetivos urbanísticos, la complejidad en la gestión o la necesidad de coordinación de diferentes Administraciones, sectoriales y/o territoriales, así lo aconsejen (art. 145 LOUA).

b) Sujeto pasivo: propietarios de los terrenos o edificaciones que, incluidos en el área de referencia, se disponen a realizar la transmisión onerosa (tanteo) y adquirentes de los mismos (en el supuesto del retracto).

En el caso del derecho de tanteo, la doctrina más autorizada considera que la comunicación a la Administración de su intención de enajenar el bien constituye una suerte de oferta contractual vinculante para el que la realiza, con lo debe tener capacidad (plena o complementada) para transmisión del dominio, razón ésta que obliga a que el órgano administrativo extreme las cautelas en la comprobación de este aspecto (capacidad del disponente, acreditación del consentimiento de posibles cotitulares, etc) bajo amenaza de una posible declaración de nulidad posterior.

c) Bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto.

La LOUA se refiere a la tipología de bienes que pueden ser objeto del derecho de adquisición preferente en el art. 78, estableciendo un doble requisito: deben ser bienes situados en un área previamente determinada por la Administración, y además pertenecer a la categoría de bienes que la Administración especifique dentro de la referida área. En garantía del interés público urbanístico fundamento de la constitución de las referidas potestades administrativas, la ley configura el objeto de estos derechos de un modo bastante amplio, pudiendo recaer sobre:

1. Terrenos sin edificar, tengan o no la condición de solares (art. 78.2 LOUA).
2. Terrenos con edificación en construcción, ruinosa o disconforme con la ordenación aplicable (art. 78.2 LOUA).
3. Fincas edificadas conforme a la ordenación aplicable, tanto en el supuesto de que la transmisión se proyecte en conjunto como fraccionadamente en régimen o no de

división horizontal (art. 78.3 LOUA, para los supuestos en que el ámbito delimitado hubiera sido declarado o se declarase, en todo o en parte, como área de rehabilitación o de gestión integrada).

4. Áreas de suelo no urbanizable, con el objeto de regular o controlar procesos de parcelación en dicho suelo (art. 78.3 LOUA).
5. Viviendas de protección oficial u otros regímenes de protección pública que impongan dicha limitación (artículo 78.5 LOUA y 11 y ss. de la Ley 13/2005, de 11 de noviembre, de Medidas para la Vivienda Protegida y Suelo, en el caso de viviendas protegidas).

Nos remitimos en este punto al estudio de los patrimonios públicos del suelo y, específicamente, a la posibilidad que el art. 73 LOUA establece en relación con el establecimiento en cualquier clase de suelo de reservas de terrenos de posible adquisición para su constitución o ampliación, que de conformidad con lo establecido en el párrafo b) de su aptdo. 5º implica la sujeción de todas las transmisiones efectuadas en dichas reservas a los derechos de tanteo y retracto.

En cualquier caso, téngase en cuenta que, ejercitados los derechos de tanteo y retracto previstos en la Ley, los terrenos y construcciones adquiridos por la Administración tendrán la consideración de patrimonio público del suelo (art. 72.e) LOUA), con la consiguiente aplicación del régimen jurídico previsto en los artículos 69 y ss. de la LOUA en relación con el mismo.

II.2.8. Delimitación de áreas

Se ha comentado como la Ley establece como presupuesto imprescindible para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto urbanístico por la Administración actuante que ésta delimite previamente aquellas áreas en las que las transmisiones onerosas de terrenos y edificaciones que la Administración especifique quedarán sujetos a dicho régimen.

La delimitación de áreas se configura por tanto como presupuesto legal indispensable para el ejercicio del derecho de tanteo y retracto urbanístico, a diferencia de otras regulaciones. Tal es así que el ejercicio del derecho de tanteo y retracto en el caso de vivienda protegida regulado en la Ley 13/2005 no requiere la delimitación previa de áreas para su ejercicio, ya que en este caso (como en el de espacios protegidos) dicho derecho lo otorga con carácter general el régimen de protección al que se encuentran sometidos (art.12 de la Ley 13/2005 de 11 de noviembre de medidas para la vivienda protegida y suelo y Art. 10.3 de la Ley 4/89 de 27 de marzo, de Conservación de los Espacios Naturales y Flora y Fauna Silvestre).

Por lo que respecta al procedimiento a seguir en la delimitación, dispone el artículo 79 de la LOUA que la delimitación de las áreas “podrá efectuarse por el planeamiento urbanístico o mediante el procedimiento de delimitación de unidades de ejecución”.

Como particularidad, en lo que podríamos calificar como una suerte de delimitación implícita, establece la Ley (art. 79.3 LOUA) que en el sistema de expropiación la delimitación de la unidad de ejecución supondrá la delimitación del área para el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto, siempre que aquella contenga la relación de propietarios y la descripción de bienes y derechos afectados.

De conformidad con dicho precepto, el expediente que contenga la delimitación, ya sea el planeamiento o el de delimitación de unidades, deberá contener al menos el siguiente contenido:

- Ámbito o área a escala suficiente para el ejercicio del derecho de tanteo y retracto.
- Especificación del tipo de bienes y derechos dentro de dicho ámbito de entre los regulados en el art. 78, que se someterán a los derechos de tanteo y retracto.
- Objetivos a conseguir.
- Justificación del ámbito delimitado.
- Memoria justificativa de la necesidad de someter las transmisiones a los derechos de tanteo y retracto.
- Relación de bienes y derechos afectados.
- Relación de propietarios con dirección a efecto de notificaciones.

Resulta de interés, dado la dualidad de trámites y el órgano competente para la aprobación definitiva del área, que la Memoria Justificativa de forma concreta contenga expresión clara de cuál es "Administración Actuante" a los efectos de la notificación de las transmisiones.

Obsérvese, por otro lado, que el precepto utiliza la expresión genérica "planeamiento urbanístico" como medio para la delimitación de áreas, sin especificar a qué instrumentos de planeamiento se puede estar refiriendo. Siguiendo a *FEDERICO ROMERO GÓMEZ (COMENTARIOS A LA LEY DE ORDENACIÓN URBANÍSTICA DE ANDALUCÍA. THOMSON ARANZADI. P. 759)* parece lógico pensar que si la Ley permite que dichas áreas se delimiten mediante un sencillo expediente de delimitación de unidades de ejecución, también puede hacerse a través de cualquiera de las figuras de planeamiento previstas en nuestra legislación urbanística, si bien de formulación e iniciativa públicas dada la finalidad y objeto a que se somete la delimitación del área ex arts. 78.1.4 y 5 LOUA.

Puede observarse, además, como si bien la Ley otorga a priori a la Administración una amplia discrecionalidad en relación con el ejercicio de la potestad para la delimitación del objeto de los derechos de tanteo y retracto urbanístico (así, por ejemplo, en relación con la amplitud de los fines que la Administración puede perseguir con la delimitación, la amplitud con que la Ley configura la tipología de bienes que pueden ser objeto de estos derechos, o la ausencia de criterios para determinar cuándo la Administración hace uso efectivo de estos derechos), prevé igualmente importantes garantías en protección del interés de los propietarios de bienes sujetos al derecho, entre las que destacan las siguientes:

a) La limitación temporal en su establecimiento, en la consideración de que al suponer un obstáculo a la libre disposición de los bienes de los propietarios incluidos en el área, no pueden tener una vigencia indefinida en el tiempo. Así, dispone el art. 78.6 LOUA (en similares términos al TR 1992) que el plazo máximo de sujeción de las transmisiones al ejercicio de los derechos de tanteo y retracto será de diez años, salvo que al delimitarse el área se hubiese fijado otro menor. Por aplicación del principio de especialidad, obviamente, a las viviendas protegidas les será de aplicación lo dispuesto en su legislación específica.

b) Especiales requisitos de motivación. En efecto, se ha expuesto como el ejercicio por parte de la Administración de los derechos de tanteo y retracto urbanístico implica el ejercicio de una potestad administrativa, configurada en la Ley de una manera bastante amplia a favor de la Administración, que justifica las limitaciones a la libertad de disponer de los afectados en la efectiva consecución de intereses públicos. Por esta razón, la Ley exige a la Administración especiales requisitos de motivación en garantía de evitar cualquier atisbo de arbitrariedad en la delimitación de las áreas y en la relación de bienes y derechos afectados. Así, dispone el art. 79.2 LOUA que *“en la documentación específica relativa a la delimitación deberá figurar una memoria justificativa de la necesidad de someter las transmisiones a los derechos de tanteo y retracto, los objetivos a conseguir, la justificación del ámbito delimitado y una relación de bienes y derechos afectados”*.

La importancia de la memoria como elemento determinante de la legalidad de la delimitación viene siendo puesta de manifiesto constantemente por la jurisprudencia. Véase, por ejemplo, la STSJA de 9 de noviembre de 2012 (RJCA/2016/2), en cuyo FºJº 5º, en relación con el Plan Especial de Interés Supramunicipal de las Aletas, indica que ante estos instrumentos habilitantes de reserva de terrenos (para la constitución de patrimonios públicos de suelo, sujetos a derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración) debe actuarse con indudable cautela, pues el establecimiento o la delimitación de la reserva implica la sujeción de todas las transmisiones a los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración. Ello, indica la Sentencia, *“requiere que la decisión de la justificación administrativa requiere de una sólida fundamentación que acredite inequívocamente que es el bien común el que justifica la actuación (...) en consecuencia lo anterior obliga acudir a la Memoria a fin de analizar si la actuación combatida encuentra su fundamentación adecuada que despeje cualquier duda de que el Plan va decididamente encaminado a servir el interés público (...). Esta justificación no puede aceptarse que se asiente en la mayor parte de la titularidad pública predominante pues un solo metro de titularidad privada afectada justifica la necesidad de motivación suficiente”*.

Téngase en cuenta que dicha potestad, aún siendo discrecional, se circunscribe a un fin concreto: la satisfacción del interés público, hallándose condicionada al mismo tiempo por los principios de interdicción de la arbitrariedad e igualdad consagrados en los artículos 103.1, 9.3 y 14 de la Constitución.

c) En el procedimiento de delimitación, la Ley configura como preceptiva la notificación individual del procedimiento a los propietarios de bienes incluidos en el área delimitada por la Administración, previamente al trámite genérico de información pública.

Este requisito, que tiene por finalidad propiciar que los propietarios afectados pueden efectuar las alegaciones que a su derecho convengan, puede resultar especialmente gravoso para la Administración, pues exige –de un lado– delimitar cada uno de los bienes incluidos en el área de referencia y, por otro, notificar individualmente la delimitación a cada uno de los propietarios incluidos en el área, con la consiguiente necesidad de conocer no sólo la titularidad de cada uno de los bienes, sino también el domicilio de los mismos a efectos de notificaciones, supuesto este último en el que la Administración debe desplegar todos los medios a su alcance para la averiguación de las titularidades afectadas (consulta a Registro, Catastro, etc) y, en caso de resultar imposible, proceder a la notificación edictal¹⁷.

Delimitada el área según lo establecido en la Ley, se procederá a la remisión de la documentación al Registro de la Propiedad de conformidad y con los efectos que se expondrán en el régimen jurídico de sus transmisiones.

Y, efectuadas las notificaciones oportunas, la propuesta de delimitación debe ser sometida a información pública, mediante su publicación en los boletines oficiales correspondientes.

II.2.9. Régimen jurídico de sus transmisiones

Efectuaremos el estudio del régimen jurídico de las transmisiones de los bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto desde dos puntos de vista: en primer lugar, desde la exposición del contenido del derecho, es decir, de los principales derechos y obligaciones que surgen para las partes cuando operan los presupuestos para el ejercicio de los derechos ; y, en segundo lugar, desde el punto de vista de la publicidad registral, toda vez que en garantía de la seguridad del tráfico y del efectivo ejercicio de este derecho por la Administración la Ley concede al Registro de la Propiedad un papel protagonista en la transacciones de bienes sujetos a los derechos de tanteo y retracto urbanístico.

II.2.9.1. Contenido

– Contenido del derecho de tanteo

Se ha expuesto como los derechos de tanteo y retracto son, en palabras de nuestro Tribunal Supremo, fases distintas de un mismo derecho de adquisición preferente, establecidos en este caso a favor de la Administración en los supuestos en los que el propietario de un bien afectado por estos derechos manifiesta su voluntad de transmitirlo onerosamente (tanteo)

¹⁷ Téngase en cuenta, no obstante, que en garantía del buen fin del procedimiento administrativo la doctrina considera (JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ) que, en caso de posibles defectos procedimentales, únicamente se dará la nulidad de actuaciones cuando la infracción se hubiera cometido en un trámite esencial del procedimiento y hubiese ocasionado indefensión de los interesados.

o cuando la venta ha concluido sin haberse llevado a cabo la referida manifestación de conformidad con los requisitos legales (retracto). En el primer caso, la Administración adquiere la cosa del vendedor, excluyendo la adquisición de un tercero, y en el segundo se subroga en la posición del adquirente.

En efecto, el tanteo se configura como el medio preferente previsto en la Ley para el ejercicio del derecho por la Administración, estableciendo la obligación formal del propietario de comunicar al titular del derecho (Comunidad Autónoma, Ayuntamiento) la decisión de enajenar el bien y las condiciones exactas de la transmisión, con el fin de que, si lo desea, pueda ejercitar su derecho a adquirir el bien en las mismas condiciones en que iba a efectuarse la transmisión a un tercero, sin tener así que deshacer los efectos de una compraventa previamente efectuada.

En este sentido, en términos muy similares a la regulación estatal de 1992, establece el artículo 80 LOUA que *“los propietarios de bienes incluidos en una de las áreas a que se refiere el artículo 78 de esta Ley deberán notificar a la Administración actuante la decisión de enajenarlos, con expresión del precio y forma de pago proyectados y restantes condiciones esenciales de la transmisión, a efectos de posible ejercicio del derecho de tanteo, durante un plazo de sesenta días desde que se haya producido la notificación”*.

La mejor comprensión de la figura exige un análisis detallado de los conceptos de *“transmisión onerosa”*, como presupuesto del ejercicio del derecho; la exigencia de *“notificación a la Administración actuante”*, como obligación exigida por la Ley al transmitente del derecho; y *“pago”* del precio por la Administración, como acto en el que el ejercicio del derecho de tanteo por la Administración se consuma definitivamente, con la consiguiente adquisición del bien y su incorporación al patrimonio público del suelo.

a) Transmisión como presupuesto del nacimiento del derecho

Debe partirse de que los derechos que nos ocupan surgen en los supuestos de *“transmisiones onerosas”* de los bienes incluidas en el área previamente determinada por la Administración. Luego habrá que estar a la delimitación que la Ley hace del concepto en orden a conocer con exactitud en qué casos la transmisión del bien dará lugar al nacimiento del derecho.

Atendiendo a las previsiones del Código Civil (artículo 1521, en relación con el retracto) y la doctrina de los autores, podemos resumir que el derecho surge no sólo en los casos en los que la transmisión del dominio tiene lugar como consecuencia de una compraventa, sino también en los supuestos de dación en pago, excluyendo en cambio los supuestos en que los contratos celebrados tienen naturaleza meramente declarativa, o aquellos en los que no se transmite la titularidad del bien, sino sólo su goce o disfrute, así como las transmisiones que no tengan carácter oneroso, ya sea intervivos (donaciones) o mortis causa (herencia, legado, donación mortis causa). Como indica JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO (LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA,

DYKINSON, 1995), especial complejidad presenta el peligro de fraude de ley consistente en enervar el juego de este derecho disimulando la transmisión onerosa con otra figura que no da derecho a su ejercicio, o mediante la inclusión de cláusulas de carácter personal que dificulten la subrogación, supuestos éstos en que habrá de aplicarse lo establecido en el art. 6.4 CC (serán considerados actos en fraude de ley y no impedirán la aplicación de la norma que se ha tratado de eludir).

Como regla particular en relación con las personas jurídicas, establece la Ley que la transmisión onerosa de más del cincuenta por ciento de las acciones o participaciones sociales de entidades mercantiles, cuyo activo esté constituido en más del ochenta por ciento por terrenos o edificaciones sujetos a los derechos de tanteo o retracto, tendrá la consideración de transmisión onerosa a los efectos de lo dispuesto en este capítulo (art. 80.2 LOUA).

De otro lado, como es lógico, la Ley no obliga a los particulares a la transmisión individualizada (y consiguiente comunicación individualizada a la Administración) de los bienes sujetos a estos derechos, pudiendo darse el caso de transmisiones múltiples, en las que en un solo contrato se transmiten de forma conjunta y con un precio global diversos bienes. Con independencia de que todos ellos o sólo algunos estén sometidos a estos derechos de adquisición preferente, lo lógico es pensar que la Administración no está obligada a adquirir la totalidad de los mismos, debiendo por tanto quedar perfectamente individualizados en el título traslativo del dominio el precio y las restantes condiciones esenciales de la transmisión de cada uno de ellos.

b) Notificación a la Administración actuante de la decisión de enajenar

Como indica algún sector doctrinal, la notificación en el tanteo no constituye un simple escrito de comunicación a la Administración, sino una verdadera oferta contractual, por lo que participa de los caracteres y efectos de ésta.

Dicha notificación debe realizarse según el art. 80 LOUA por un medio que deje constancia de su debida recepción por la Administración actuante, y debe - según la Ley - contener expresión del precio, forma de pago proyectados y restantes condiciones esenciales de la transmisión, a efectos de que la Administración cuente con los elementos de juicio necesarios para decidir sobre la conveniencia del ejercicio de derecho, adquiriendo en lugar del comprador.

Téngase en cuenta que la forma en que se practica la notificación a la Administración es de vital importancia para la formación de la voluntad de ésta, hasta el punto de que - en caso de resultar incompleta o errónea - la Administración se encuentra facultada para el ejercicio posterior del derecho de retracto, subrogándose en lugar del adquirente. De ahí la importancia de que la Administración cuente con impresos normalizados en los que los interesados puedan plasmar las principales condiciones de la transmisión, garantizando

así la completud de la información suministrada y de – por qué no – acompañar incluso copia del posible precontrato celebrado en relación con el bien¹⁸.

El precio que debe comunicarse a la Administración es el precio de venta, sin inclusión de los gastos que lleva consigo toda transmisión (impuestos, notaría, etc), y – en el caso de haberse pactado un pago en especie – habrá de indicarse su equivalente en la moneda de curso legal en España.

c) Pago del precio

El ejercicio del derecho concluye con la adquisición del bien por la Administración, mediante la formalización de la transmisión y el pago del precio en la forma prevista en el artículo 83 LOUA (en metálico o mediante la entrega de terrenos de valor equivalente, en este caso sólo si las partes así lo convienen).

En garantía del vendedor, establece a continuación el artículo 83.2 LOUA que cuando *“el precio deba pagarse en distintos plazos, el incumplimiento por la Administración de cualquiera de ellos dará derecho al acreedor a instar la resolución de la transmisión realizada a favor de aquélla”*.

De dicha previsión resulta igualmente interesante observar como la Ley no determina en qué plazo ha de realizarse el pago por la Administración, con lo que (de conformidad con las reglas previstas en el Código Civil) entendemos que la Administración habrá de subrogarse en las condiciones pactadas en el contrato.

Adviértase que la posible disconformidad entre el vendedor y la Administración en la cuantía del precio debe dar lugar a la consignación por la Administración del precio de la cosa, en garantía del buen fin del expediente.

Obviamente, el transcurso del plazo para el ejercicio del derecho sin que la Administración haga uso de su derecho, implica manifestación de voluntad tácita contraria a la adquisición del bien, sin necesidad de que la Administración renuncie expresamente al ejercicio de la prerrogativa que le otorga la Ley.

Por último, indicar que - en idénticos términos al RD Leg. 1992 - el artículo 82 LOUA establece que los efectos de la notificación a la Administración de la decisión de enajenar caducarán a los cuatro meses siguientes a la misma sin que se efectuó dicha transmisión, de manera

¹⁸ La necesidad de reflejar correctamente las condiciones de la transmisión queda patente en vista al escueto plazo de 60 días que la Ley concede a la Administración actuante para el ejercicio del derecho de tanteo (sin perjuicio de la facultad de la Administración para requerir al interesado, en caso de considerar que la comunicación es incompleta, una ampliación de la información, con la consiguiente suspensión del plazo), transcurrido el cual la decisión de adquirir el bien por la Administración pierde su carácter vinculante, y se convierte en una simple oferta que puede ser libremente aceptada o rechazada por el propietario, que recupera su libertad contractual (JOSÉ ANTONIO RAMOS MEDRANO, LOS DERECHOS DE TANTEO Y RETRACTO EN LA LEGISLACIÓN URBANÍSTICA, DYKINSON, 1995, p. 113).

que la transmisión realizada transcurrido dicho plazo (pese a no estar afectada de nulidad de pleno derecho) se entenderá efectuada sin dicha notificación y podrá dar lugar al ejercicio del derecho de retracto. Pese a que un determinado sector doctrinal (MARTÍN BLANCO, JOSÉ S.) ha criticado desde antiguo duramente la previsión legal que nos ocupa, por considerar que se trata de un planteamiento innecesario que obstaculiza innecesariamente el buen fin del tráfico, entendemos que se trata ésta de una presión necesaria establecida a favor del interés público urbanístico que, en todo caso, puede ser suavizada en la práctica mediante la apreciación de las circunstancias que pudieran recaer en cada caso concreto.

– **Contenido del derecho de retracto. Particularidades.**

Como se ha expuesto, el mecanismo del retracto permite a la Administración subrogarse en el lugar del adquirente del bien cuando se hubiese omitido o falseado por el transmitente la obligación de realizar la comunicación de la citada transmisión.

En este sentido, dispone el artículo 81 LOUA que dicho derecho podrá ser ejercitado por la Administración actuante en los siguientes supuestos:

- Cuando no se le hubiese hecho la notificación prevenida en el artículo anterior (notificación de la decisión de enajenar).
- Cuando se hubiese omitido en ella cualquiera de los requisitos exigidos, ya analizados.
- O el precio efectivo de la transmisión resultara inferior o menos onerosas las restantes condiciones de la misma.

Este derecho, continúa el artículo 81 en su párrafo 2º, *“deberá ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales contados desde el siguiente al de la notificación de la transmisión efectuada, que el adquirente deberá notificar en todo caso a la Administración actuante, mediante entrega de copia de la escritura o documento en que fuese formalizada”*.

La determinación de las particularidades que la Ley establece en relación con la figura debe hacerse partiendo de los conceptos de *“adquisición”*, como presupuesto para el nacimiento del derecho a favor de la Administración; la exigencia de *“notificación de la transmisión efectuada”*, como obligación exigida por la Ley al adquirente del bien; y , evidentemente, el *“pago del precio”* por la Administración.

a) Adquisición onerosa por un tercero como presupuesto para el nacimiento del derecho

Ténganse por reproducidas las consideraciones efectuadas anteriormente en relación con el carácter oneroso de la adquisición, debiendo matizarse, de otro lado, el hecho de que entre el transmitente y el adquirente ha debido mediar título (escritura o documento en que se ha formalizado la venta) y modo o entrega del bien, pues – de conformidad con el artículo 609 de nuestro Código Civil - la adquisición efectiva de la propiedad por el adquirente requiere título y modo (y por tanto la entrega del bien), sin perjuicio de los supuestos de traditio instrumental o simbólica que prevé nuestro Código Civil.

b) Notificación a la Administración actuante

Con el fin de tener un conocimiento total y exacto de la transmisión realizada – y comprobar, en su caso, que la transmisión se ha efectuado en la forma indicada por el transmitente -, la LOUA establece la obligación del adquirente de notificar a la Administración actuante la transmisión que se ha efectuado, entregándole copia de la escritura o documento en que se ha formalizado. Lo anterior, como se ha indicado, determinará la formación de voluntad de la Administración en cuanto a la oportunidad o no de ejercer este derecho. Obsérvese que la Ley establece en este caso la obligación del adquirente de entregar copia del contrato celebrado entre el transmitente y el adquirente (*“copia de la escritura o documento en que la transmisión fuese formalizada”*, art. 81.2 in fine LOUA), el cual – como es lógico – debe reflejar la voluntad de transmitir de las partes, y contener expresión del precio, forma de pago y restantes condiciones esenciales de la transmisión.

Por lo que hace al plazo de que dispone la Administración para el ejercicio del derecho, dispone la Ley que *“deberá ejercitarse en el plazo de sesenta días naturales contados desde el siguiente al de la notificación de la transmisión efectuada”*. Según reiterada jurisprudencia de nuestro TS (por todas, la Sentencia de 16 julio de 2007), dicho plazo no comienza a computar sino desde que la Administración actuante tiene conocimiento exacto de la venta, en el sentido de ser un conocimiento cabal, completo y real – no meramente ficticio – de las condiciones esenciales de la transmisión. Lo anterior implica, en consecuencia, que en caso de que el adquirente no notifique a la Administración dicha adquisición, el cómputo del plazo comenzará desde el día en que la Administración tenga conocimiento exacto de la transmisión efectuada, y los detalles de la misma. En caso de que dicho conocimiento exacto previo sea invocado como causa de extemporaneidad en el ejercicio del derecho por parte de la Administración, esta circunstancia deberá ser acreditada por la parte que la alega.

De otro lado, téngase en cuenta que la comunicación ha de realizarse al órgano competente para el ejercicio del retracto, sin que – excusándose en la personalidad jurídica única de la Administración autonómica - pueda considerarse que computa desde la notificación a una Consejería distinta (véase el FJ 9º de la STSJA de 10 de diciembre de 2013 – RJ14138/2013 que, aunque en relación con el retracto ambiental del Algarrobo, resulta aplicable por analogía).

c) Pago del precio por la Administración

Como condición para el ejercicio del derecho, la Administración debe reembolsar al comprador el precio de la venta, lo que de conformidad con el artículo 83 puede tener lugar en metálico o mediante la entrega de terrenos de valor equivalente, si las partes así lo convienen. Igualmente, por aplicación de lo dispuesto en el art. 1518 del Código Civil en relación con el 1525 de este mismo texto legal habrá de reembolsar al comprador los gastos del contrato y cualquier otro pago legítimo hecho para la venta y los gastos necesarios y útiles hechos en la cosa vendida. La negativa a aceptar el precio de la venta debe resolverse con la consignación del dinero por la Administración.

En caso de que la Administración ejercite su derecho de retracto, quedará subrogada en lugar del adquirente, con las mismas condiciones estipuladas en el contrato.

Como particularidades, reseñar que frente a lo que ocurre con los retractos convencionales, el ejercicio del derecho de retracto que nos ocupa, consecuencia del ejercicio por la Administración de una potestad administrativa, se dilucida a través de los conocidos como “expedientes de retracto”¹⁹, pues ejemplo del principio de ejecutividad administrativa la Administración no necesita acudir a la vía judicial para que se declare su derecho a subrogarse en lugar del adquirente cuando se den las condiciones previstas en la Ley para el ejercicio del derecho, adoptando el correspondiente acuerdo o resolución de conformidad con los requisitos establecidos en las leyes generales de procedimiento administrativo.

Por último, indicar que se trata de una figura sujeta en la práctica a una gran litigiosidad, ya que (al no haber fallado el mecanismo previo del tanteo), es posible que el adquirente se niegue a aceptar la decisión de la Administración, interponiendo recursos contenciosos administrativos en los que se solicita la suspensión del acto, negándose a recibir el dinero, abandonar el bien, etc, con lo que resulta frecuente en garantía del buen fin del expediente administrativo que se proceda por la Administración a la consignación del pago.

II.2.9.2. El registro de la propiedad en el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto

Con la finalidad de coordinar el Registro de la Propiedad con las previsiones de la legislación urbanística, y en la consideración de la institución registral como Oficina Pública garante de la seguridad del tráfico jurídico inmobiliario, ha querido el legislador utilizar el apoyo registral para garantizar la efectividad de estos derechos mediante la institución del cierre registral, de forma que - en consonancia con el artículo 83 del Real Decreto 1093/1997 (Reglamento Hipotecario Urbanístico) - dispone el artículo 84 LOUA la obligación de que los Ayuntamientos remitan a los correspondientes Registros de la Propiedad :

- Copia certificada de los planos que reflejan la delimitación de las áreas sujetas a los derechos de tanteo y retracto a favor de la Administración.
- Y una relación detallada de las calles y sectores comprendidos en aquellas áreas y de los propietarios y bienes concretos afectados, mediante traslado, en su caso, de copia del acuerdo de delimitación, con indicación del alcance y extensión del derecho de adquisición preferente.

¹⁹ JOSE ANTONIO LÓPEZ MEDRANO. Los derechos de tanteo y retracto en la legislación urbanística, DYKINSON, 1995, p. 126

Tras la remisión del acuerdo de delimitación, el Registrador a cuyo distrito corresponda total o parcialmente el área delimitada efectuará la correspondiente nota al margen de la última inscripción de dominio de las fincas (art. 83 in fine del RD 1093/1997), siempre que en su labor de control de la legalidad a través de la pertinente calificación registral compruebe que la delimitación de áreas se ha efectuado correctamente²⁰.

Efectuada la correspondiente nota marginal, no podrán efectuarse transmisiones sobre los inmuebles incluidos en las expresadas delimitaciones si no se acreditan las notificaciones a que se refieren los artículos 80 y 81 LOUA en relación con el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto (art. 84.1 LOUA) – tanto la notificación de la decisión de enajenar que debe efectuar el propietario del bien como la notificación de la transmisión efectuada que corresponde al adquirente en el caso del retracto . En ambos casos, entiende la doctrina, el Registrador comprobará que la notificación se ha efectuado por el titular registral del bien, con lo que podrían producirse problemas en la práctica en caso de fincas no inmatriculadas o discordancia entre el Registro y la realidad jurídica extra registral.

En aras de una mayor garantía del derecho, establece el artículo 84 RD1093/1997 - (se trata ésta de una competencia exclusiva que la Constitución Española atribuye al Estado sobre la ordenación de los registros e instrumentos públicos - art. 149.1.8ª CE) requisitos específicos en relación con los títulos de transmisión onerosa de terrenos o viviendas situados en un término municipal o sección de Distrito Hipotecario en el que se hubieren delimitado áreas de tanteo y retracto, a saber:

- Dichos títulos han de contener una declaración expresa de las partes de que el terreno o vivienda transmitido se encuentra o no incluida en un área de tanteo y retracto.
- Y, para el supuesto de que estuvieran incluidos, han de contener declaración expresa de que se han llevado a efecto las notificaciones exigidas por la Ley (de los propietarios afectados, antes de la enajenación, y del adquirente, con posterioridad a la transmisión).

La falta de justificación constituirá defecto subsanable con suspensión de la inscripción, pudiéndose tomar anotación preventiva con vigencia de ciento ochenta días naturales, que se convertirá en inscripción si en dicho plazo de vigencia se acredita la práctica de las notificaciones en forma legal (art. 85 RD 1093/1997, in fine).

Por lo que, como de manera clara y sistemática establece el artículo 86 RD 1093/1997 en relación con el acceso de los títulos traslativos del dominio al Registro de la Propiedad :

²⁰ Cobra en este caso una especial significación el requisito relativo a la notificación a los propietarios de bienes incluidos en el ámbito delimitado, que la Administración debe justificar debidamente (art. 79 LOUA).

“ 1. Si en el título se declarare expresamente que la vivienda o terreno no está incluida en área de tanteo y retracto, el Registrador practicará la inscripción, sin perjuicio de lo establecido en el apartado 4 que subsigue.

2. Si la declaración fuere positiva y no se hubiere llevado a efecto la notificación pertinente, el Registrador suspenderá la inscripción, si bien podrá tomar anotación preventiva por defecto subsanable, que se convertirá en inscripción si durante su plazo de vigencia se acreditare la práctica de la notificación.

3. Si en el título no se hiciera declaración expresa sobre la inclusión o no inclusión de la vivienda o terreno en área de retracto, no será inscribible aquél por el Registrador de la Propiedad.

4. Si la declaración fuere negativa, pero de los detalles de descripción de la finca, de su localización respecto de viales determinados o de otros datos que pudieren resultar del contenido de la documentación remitida conforme a lo dispuesto en el artículo 83, resultaren indicio de que el inmueble pudiera estar comprendido en área de retracto, el Registrador, sin perjuicio de practicar la inscripción, comunicará al Ayuntamiento competente el hecho de su otorgamiento y las demás circunstancias señaladas en el artículo anterior.

5. Practicada la notificación a que se refiere el apartado anterior, el Registrador tomará nota de su fecha al margen del asiento de presentación y prorrogará la vigencia de éste, en su caso, hasta quince días. Transcurridos quince días sin que el Ayuntamiento manifieste expresamente que la finca o fincas transmitidas se encuentran situadas en área de tanteo y retracto, practicará la inscripción solicitada. En el supuesto de que la respuesta fuere positiva, el Registrador procederá en la forma señalada en el apartado 2 de este artículo.”²¹

Por último, indicar que la importancia de la intervención de Notarios y Registradores ha sido reconocida en la STC núm. 207/1999, de 11 de noviembre (RTC/19999/207), en consideración a la labor de garantía de la legalidad que en estos supuestos la Ley atribuye tanto a Notarios (pues la función pública notarial incorpora un juicio de legalidad sobre la forma y el fondo del negocio jurídico que es objeto del instrumento público, cabiendo afirmar que el deber del Notario de velar por la legalidad forma parte de su función calificadoradora – véase el artículo 145 del Reglamento de la organización y Régimen del Notariado, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944) como a los Registradores, señalando respecto de estos últimos que *“Por lo que concierne a la función registral de inscripción de las transmisiones de bienes sujetos a tanteo y retracto legal urbanístico, la función calificadoradora que realiza el Registrador comporta, asimismo, un juicio de legalidad,*

²¹ Para más detalles relativos a la calificación registral, efectos y recursos que caben contra la misma nos remitimos a los artículos 98 y ss. del Reglamento Hipotecario.

atinente no sólo a la legalidad formal extrínseca del documento o título inscribible sino también, como establece el art. 18 de la Ley Hipotecaria (...) a la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo resulte de ellas y de los asientos del Registro”.

Sin olvidar que el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto urbanístico tiene como consecuencia inmediata la atribución de la titularidad de los bienes objeto de la transmisión a la Administración, surgiendo la obligación para ésta de proceder a la inscripción a su favor de los bienes adquiridos, de conformidad con los artículos 36 y ss. de la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

II.2.10. Conclusión

Medio de intervención en el mercado del suelo, los derechos de tanteo y retracto urbanísticos se configuran como prerrogativas establecidas a favor de la Administración Pública para la adquisición preferente de determinados bienes cuando su titular decide enajenarlos (tanteo) o cuando efectivamente los ha enajenado (retracto). En garantía del principio de seguridad jurídica y del derecho a la propiedad privada, la atribución de estos derechos a la Administración actuante presenta importantes limitaciones, entre las que cabe destacar la necesaria delimitación de las áreas en que las transmisiones quedan sujetas a estos derechos, con especiales requisitos de motivación, y su debida publicidad registral. La correcta comunicación a la Administración de la decisión de enajenar o de la transmisión operada resulta fundamental para la efectividad del derecho.