

La «plus valía» municipal en el derecho de superficie

I

Por el derecho de superficie el propietario, con pleno dominio de un terreno, cede a otro la parte de este dominio en lo que se refiere al aprovechamiento de la dicha superficie.

Este derecho de superficie es uno de los que el artículo 350 del Código civil reconoce como tal por cuanto dispone este artículo que el propietario es dueño de su superficie y de lo que está debajo de ella, y puede hacer las plantaciones y excavaciones que le convengan, salvo las servidumbres, y con sujeción a lo dispuesto en las leyes de Minas y Aguas y en los reglamentos de Policía.

El derecho de superficie constituye, por tanto, una desmembración del dominio.

Nuestro Código civil no lo regula, pero alude a este derecho en su artículo 1.611, cuyo contenido es el siguiente :

«Para la redención de los censos constituídos antes de la promulgación de este Código, si no fuere conocido el capital, se regulará éste por la cantidad que resulte, computada la pensión al 3 por 100».

«Si la pensión se paga en frutos, se estimarán éstos, para determinar el capital, por el precio medio que hubiesen tenido en el último quinquenio».

«Lo dispuesto en este artículo no será aplicable a los foros, subforos, *derechos de superficie* y cualesquiera otros gravámenes semejantes, en los cuales el principio de la redención de los dominios será regulado por una ley especial».

La derogada Ley Hipotecaria de 16 de diciembre de 1909 también trataba del derecho de superficie, a cuyo efecto, en su artículo 107, disponía lo siguiente :

«Podrán hipotecarse, pero con las restricciones que a continuación se expresan :

1.º El edificio construido en suelo ajeno, el cual, si se hipotecare por el que lo construyó, será sin perjuicio del derecho del propietario del terreno, y entendiéndose sujeto a tal gravamen solamente el derecho que el mismo que edificó tuviere sobre lo edificado».

«5.º Los derechos de superficie, pastos, aguas, leñas y otros semejantes de naturaleza real, siempre que quede a salvo el de los demás partícipes en la propiedad».

La vigente Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, en el mismo artículo 107, trata esta materia, pero reproduciendo sólo el derecho a hipotecar, consignado en el número 5.º de la anterior Ley, dejando de reproducir el número 1.º del mismo.

Esta reducción de redactado tiene perfecta explicación, por cuanto el número 5.º de la anterior Ley Hipotecaria ofrece un alcance genérico, que comprende también el contenido del número 1.º del propio artículo.

De los transcritos textos legales resulta que el derecho de superficie lo reconoce nuestra legislación civil, pero sin estructurarlo.

Esta falta de estructuración la pone de relieve la sentencia de la Sala 1.º del Supremo, de fecha 3 de julio de 1941, en su quinto «Considerando», cuyo contenido es el siguiente :

«Que este derecho, tan pobre de legislación, a pesar de su remoto origen, que nace sin sustantividad propia, al amparo del contrato de venta o del arrendamiento, no es regulado por el Código civil, pero lo da por subsistente en el artículo 1.611 con la trascendental declaración para el caso del pleito —según se verá después— de que hay en él dos dominios, el directo y el útil, recogiendo así el sentido tradicional del derecho patrio y las orientaciones de la doctrina científica que le califica de figura jurídica similar a la enfiteusis, y si bien es cierto que también el Código lo alude en el artículo 1.655 y asigna al establecido temporalmente, desde la promulgación del texto legal, el concepto de arrendamiento no se podía pensar que el legislador quiso sujetarlo a las reglas exclusivas de la normal relación arrendaticia, anulando las características y el influjo del «ius superfi-

ciei» en el contrato, lo que significaría tanto como borrar su existencia en la vida del derecho, sino que lo que se ha pretendido es dar encauzamiento jurídico al arriendo-superficial, señalando como normas aplicables la del contrato originario y predominante en cuanto sean compatibles con las manifestaciones variadas y complejas que el derecho de superficie lleva al arrendamiento liso y llano».

Y esta misma sentencia, en su «Considerando» 16, califica de «muy embrionaria» la ordenación legal española del contrato de superficie.

Esta deficiencia de nuestra legislación en cuanto al derecho de superficie la expresa también el Tribunal Supremo, a través de la Sala de lo Contencioso, según sentencia de fecha 13 de febrero de 1942, dictada, precisamente, en un caso de aplicación del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, de la cual es el siguiente noveno «Considerando» :

«Que propugnada por los recurrentes la tesis de haberse creado un derecho de superficie es preciso dejar sentado que tal sentir no es rechazable «a priori» sobre la base de estar admitida como semejante figura jurídica en el Derecho nacional, pues a tal conclusión se opone el su acogimiento en la Base 26 de las relativas a redacción del Código civil, en el artículo 1.611, de este Cuerpo legal, y el 107 de la vigente Ley Hipotecaria, así como lo declarado en la sentencia de la Sala primera de este Tribunal, citada en los Vistos de la presente; y tampoco equivale a declaración de improcedencia el hecho de que los preceptos del indicado Código remitan a las normas generales reguladoras de censos o arrendamientos para suplir así la deficiente ordenación de determinados derechos reales debida acaso al desuso en que se han hallado, pero que puede ser pasajero a medida que nuevas circunstancias sociales o necesidades públicas generales o locales, hoy cada vez más acentuadas, vayan reclamando una regulación específica de pactos hasta ahora gobernados supletoriamente por normas propias de otras instituciones jurídicas».

II

El derecho de superficie, como un desprendimiento del pleno dominio, lo encontramos también en el artículo 1.656 del propio Código civil, entre los que regulan los subforos y otros contratos análogos a la enfiteusis, al señalar dichos artículos las reglas por las cuales se ha de regir el contrato en cuya virtud el dueño del suelo

cède su uso para plantar viñas por el tiempo que vinieren las primeras cepas, pagándole el concesionario de este derecho una renta o pensión anual en frutos o en dinero.

Este derecho es redimible con arreglo a las disposiciones de la Ley de 25 de junio de 1926.

De todo lo expuesto se desprende que el derecho de superficie es un verdadero derecho real por cuanto recae sobre una cosa; y como a tal atribuye al sujeto activo del mismo acción eficaz contra cualesquiera poseedor de la dicha cosa.

Y como sea que esta cosa es el terreno, el derecho de superficie viene afectado por el arbitrio de «plus valía» en cuanto se haya experimentado un incremento de valor.

Que el derecho de superficie es un derecho real, a los efectos de la aplicación del impuesto de «plus valía», lo ha reconocido el Supremo en el «Considerando» décimosexto de la dicha sentencia de 13 de febrero de 1942, el cual dice que «el derecho real de superficie *por su carácter real*, independiza, en cierto modo, a quien de él se prevale para construir, y le permite actuar en forma autónoma y disponer de lo edificado acaso derruyéndolo».

En cuanto a las normas de aplicación del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, en los casos de existencia de un derecho de superficie, como es de suponer, nada dice la Ley de Régimen local, sin que además exista ningún precedente legislativo, tanto en legislación promulgada como en proyectos legislativos.

Apenas existen normas que hayan podido trazar la jurisprudencia del Tribunal Supremo para llenar este vacío de la legislación dicha, reguladora del arbitrio.

En orden a los precedentes de jurisprudencia, sólo existe la citada sentencia de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, de fecha 13 de febrero de 1942, por la cual, en el fondo, se discutía si un contrato lo era de simple arrendamiento o bien de un derecho de superficie, esto es: de dos figuras jurídicas distintas.

El Tribunal se declaró por lo primero, y, como consecuencia de ello, considera como sujeto del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos al arrendador y, por tanto, con absoluta indemnidad por parte del propietario del edificio construido sobre el terreno que se considera arrendado.

Pero del contexto de esta extensa sentencia, que contiene 26 «Considerandos», resulta de una manera clara que cuando el contrato, a pesar de lo deficiente de nuestra legislación, aparece con las

verdaderas características de un derecho de superficie, y no de un arrendamiento, en cuya apreciación puede aplicarse el sistema eliminatorio de las particularidades del contrato de arrendamiento, según el Código civil, la figura jurídica que existe es la del derecho de superficie.

Y este derecho de superficie existe conforme se deduce de la mencionada sentencia y de la civil citada, de 3 de julio de 1941, siempre cuando lo que efectivamente se desprende del contrato es la existencia de una verdadera *desmembración de dominio*.

La existencia de esta desmembración de dominio, sin que por otra parte el contenido del contrato acuse la existencia de la figura jurídica propia y peculiar del arrendamiento, constituye la norma más fija que puede darse para llegar al conocimiento de si se trata de un verdadero contrato de establecimiento de derecho de superficie, y que, como a tal, ha de tributar por el arbitrio sobre el incremento del valor de los terrenos en las transmisiones de este derecho.

En aquella única sentencia se saca la conclusión de que, por tratarse de un caso que lo era de simple arrendamiento, el obligado al pago del arbitrio era el arrendador y no el arrendatario, a pesar de ser suya la propiedad del edificio construido sobre el terreno arrendado, por la razón dicha de que las condiciones del contrato no acusaban la existencia de un derecho de superficie con el correspondiente desprendimiento de dominio, sino la de un contrato de arriendo de terreno con las características propias de estos contratos de arrendamiento, según las normas contenidas en el Título VI, Capítulo Primero del Libro Cuarto del Código civil, que se inicia con el artículo 1.542 del mismo.

III

Dicha única sentencia, de 13 de febrero de 1942, resolvió un caso de planteamiento de aplicación del arbitrio de «plus valía» relacionado con el derecho de superficie, pero como sea que el Tribunal no admitió la existencia de este derecho, y sí la de un arrendamiento, no se hace en ella pronunciamiento alguno, en orden a la aplicación del arbitrio en los casos de existencia del dicho derecho de superficie.

Por ser esta la determinación que se adopta en aquella sentencia, queda sin resolver el aspecto importantísimo de la tributación por

«plus valía» en los casos de la existencia de un derecho de superficie.

Pero este particular no es del todo difícil de resolver, conociéndose dos de las esencias del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos.

Estas esencias son :

Por una parte, que la transmisión de dominio es siempre la determinante de la tributación ; y, por otra, que el sujeto pasivo del arbitrio, es decir, aquel que en definitiva sobre el mismo recae el arbitrio, es la persona que se aprovecha de la supervaloración que el terreno y, por tanto, el derecho dominical ha experimentado.

Que la transmisión de dominio es la característica determinante de tributación por «plus valía», resulta claramente del número 2.º del artículo 508 de la Ley de Régimen local, al decir que el período de imposición es el tiempo durante el cual el terreno pertenece a un mismo propietario, declarando por su parte el número 1.º del artículo 512 de la propia Ley, que cualesquiera que sean el causante y el adquirente, toda transmisión de dominio de los terrenos sujetos al arbitrio producirá el término del período de imposición y nacerá en la misma fecha la obligación de contribuir, declaración confirmada por el Tribunal Supremo en sus fallos, siendo expresión de ellos las sentencias de fecha 4 de enero de 1929 («Gaceta» del 9 de julio del siguiente año) ; 24 de febrero de 1932 («Gaceta» del 2 de enero de 1935) ; 10 de noviembre de 1933 («Gaceta» del 13 de abril de 1935) ; 13 de febrero de 1942 y, finalmente, por otra de 30 de noviembre de 1949, como también viene comprendida esta declaración en una resolución de la Dirección General de Registro, de 10 de junio de 1952, inserta en el «Boletín Oficial del Estado», de 8 de septiembre del propio año.

Cuando en esta transmisión de dominio se ha producido un incremento de valor en el terreno, existe tributación por el arbitrio de «plus valía», el cual siempre ha de recaer sobre el sujeto que se aprovecha de esta supervalorización, unas veces como simple sujeto pasivo, o sea en las transmisiones hechas a título oneroso, o sea mediante contra prestación, o bien como sujeto activo y pasivo a la vez, cuando la transmisión se ha hecho a título lucrativo, según así resulta del número 3.º del citado artículo 508 de la Ley de Régimen local en relación con los artículos 515 y 516 de la propia Ley, confirmado también por el Tribunal Supremo a través de sus sentencias de fecha 17 de mayo de 1925 y 29 de septiembre de 1931 («Ga-

ceta» del 14 -15 de junio de 1932), procedentes ambas de la Sala primera, más las siguientes, procedentes a su vez de la Sala de lo Contencioso-administrativo, de fecha 27 de octubre de 1931 («Gaceta» del 11 de noviembre de 1933); 23 de noviembre de 1931 («Gaceta» del 16 de noviembre de 1935); 19 de mayo de 1933 («Gaceta» del 4 de abril de 1935); 15 de octubre de 1934 («Gaceta» del 27 de agosto de 1935), las dos posteriores de 26 de junio y 14 de noviembre de 1947.

De lo dicho resulta que si a consecuencia del establecimiento de un contrato atípico de derecho de superficie, en las transmisiones de dominio de este derecho, o del terreno que contiene este derecho, se produce una supervalorización, por esta supervalorización han de tributar el dómine o dómynes que se benefician de ella, esto es, algo análogo a lo que sucede con la enfiteusis si es que ésta se ha pactado con el derecho de laudemio, consistente en una participación, de un tanto por ciento, del precio del terreno en cada transmisión «inter vivos» que del mismo se efectúe.

Algo en este sentido refleja la sentencia ya relacionada, de 13 de febrero de 1942, procedente de la Sala de lo Contencioso-administrativo, en el caso dicho de supuesta existencia, por la parte actora, de un derecho de superficie, cuya parte actora sostenía que tratándose de un derecho de superficie era de aplicación, en cuanto a la liquidación del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, el contenido del extremo b) del artículo 424 del Estatuto municipal de 8 de marzo de 1924, de texto idéntico al mismo extremo del artículo 513 de la vigente Ley de Régimen local, según el cual ante la existencia de una separación de dominio en directo y útil, procedía liquidar el arbitrio en la forma prevista por dicho texto, que es precisamente la que se aplica en la enfiteusis.

El Supremo, en su dicha extensa sentencia, no hace pronunciamiento alguno en cuanto a esta pretensión, por la razón ya expuesta de que dadas las circunstancias que concurrían en el contrato que provocó la aplicación del arbitrio sobre el incremento de valor de los terrenos, entendió que del mismo no aparecía un verdadero derecho de superficie, y sí, por el contrario, un arrendamiento, con todas las características inherentes a esta figura jurídica, pero sin rechazar la posibilidad de que, en estos casos, el juzgador pueda encontrarse ante un verdadero contrato de derecho de superficie.

Como resultado de todo lo expuesto, se puede llegar a las siguientes conclusiones:

Primera. Que el contrato de derecho de superficie es un contrato atípico por cuanto no se halla regulado por el Código civil.

Segunda. Que este contrato suele ofrecer dos características distintas: la de un arriendo o bien la de un verdadero derecho de superficie, en cuyo último caso se asemeja a la enfiteusis.

Tercera. Que cuando el contrato ofrece las características propias de un arrendamiento, las transmisiones que se hagan del terreno, con esta característica, no pueden ser objeto de aplicación del arbitrio de «plus valía», el cual siempre exige una verdadera transmisión de un dominio, o de un derecho dominical.

Cuarta. Que si, por el contrario, del contrato se desprende la existencia de un derecho dominical de superficie, las transmisiones de dominio de los terrenos sobre los cuales radica este derecho ya pueden ser objeto de aplicación de la «plus valía».

Quinta. Que cuando concorra esta circunstancia, para la dicha aplicación del arbitrio debe seguirse un criterio análogo a la enfiteusis, y, por tanto, deben ser sometidos a tributación todos los derechos dominicales que se derivan del contrato de superficie, siempre y cuando estos derechos dominicales, a consecuencia de las transmisiones de dominio que se produzcan, puedan participar de la supervalorización que el terreno haya podido experimentar y, por tanto, cuando estos derechos dominicales de superficie tengan una analogía con el derecho de laudemio del censo enfiteútico.

FERNANDO SANS BUIGAS

Abogado del Ilre. Colegio de Barcelona.
Secretario de 1.ª Categoría de Administración
local