

III. OTRAS DISPOSICIONES

MINISTERIO DE JUSTICIA

12440 *Resolución de 21 de junio de 2022, de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en el recurso interpuesto contra la negativa del registrador de la propiedad de Jerez de la Frontera n.º 2 a inscribir un derecho de superficie.*

En el recurso interpuesto por don José María Varela Pastor, notario de Pilas, contra la negativa del registrador de la Propiedad de Jerez de la Frontera número 2, don José Luis Díaz Durán, a inscribir un derecho de superficie.

Hechos

I

Mediante escritura autorizada el día 29 de diciembre de 2021 por el notario de Pilas, don José María Varela Pastor, con el número 2.267 de protocolo, se constituyó un derecho de superficie sobre determinada finca situada en término municipal de Jerez de la Frontera que habilitaba al superficiario a «la promoción, construcción, montaje, puesta en marcha, mantenimiento, operación y explotación y, en su caso, cesión o venta a un tercero, de un Parque Fotovoltaico para la generación de energía eléctrica y su posterior vertido a la red y/o venta, en los términos previstos en la legislación vigente aplicable (en adelante, el “Parque Fotovoltaico”)».

II

Presentada dicha escritura en el Registro de la Propiedad de Jerez de la Frontera número 2, fue objeto de la siguiente nota de calificación:

«Entrada N.º: 1228 del año: 2022.
Asiento N.º: 478 Diario: 74.
Presentado el 02/03/2022 a las 12:22:21.
Presentante: V. P., F. J.
Interesados: La Sarteneja SI, Arco Energía 4, Sociedad Limitada Unipersonal.
Naturaleza: Escritura Pública.
Objeto: derecho de superficie.
N.º Protocolo: 2267/2021 de 29/12/2021.
Notario: José María Varela Pastor, Pilas.
Nota calificación registral.

En Jerez de la Frontera a veintitrés de marzo del año dos mil veintidós.

Antecedentes de hecho.

Primero. Con fecha 02/03/2022 fue presentada en este Registro de la Propiedad, escritura otorgada en Pilas ante el Notario José María Varela Pastor de fecha 29/12/2021, número de protocolo 2267/2021.

Segundo. En el día de la fecha el documento al que se refiere el apartado anterior ha sido calificado por el Registrador que suscribe apreciando la existencia de defectos que impiden la solicitud de inscripción, con arreglo a los siguientes:

Fundamentos jurídicos.

Primero. Con arreglo al párrafo primero del artículo 18 de la Ley Hipotecaria los Registradores calificarán, bajo su responsabilidad, la legalidad de las formas extrínsecas de los documentos de toda clase, en cuya virtud se solicite la inscripción, así como la capacidad de los otorgantes y la validez de los actos dispositivos contenidos en las escrituras públicas, por lo que resulte de ellas y de los asientos del Registro.–

Segundo.

I) Hechos:

Es necesario aportar la correspondiente Licencia Urbanística y además una autorización administrativa especial, que ha de ir precedida de la correspondiente declaración de impacto ambiental. Todo ello es así conforme a la legislación urbanística aplicable (ley 7/2021, de 1 de Diciembre, de Impulso a la Sostenibilidad del Territorio de Andalucía, BOJA 03/12/2021; BOE 20/12/2021), tanto si se trata de la instalación de plantas fotovoltaicas o eólicas como para el uso ordinario o extraordinario de suelo rústico. Están excluidas las declaraciones responsables. Así resulta de los artículos 19.4 a). 21.1, 21.3, 22.3, 137 y 138 de la LISTA (Ley 7/2021, de 1 de Diciembre) y C.S.V.: (...) de lo dispuesto al apartado j), grupo 3 del anexo I de la Ley 21/2013 de 9 de Diciembre sobre evaluación de impacto ambiental.

Por lo demás, conforme al artículo 7.1 c) del R. Decreto 500/2020, de 28 de Abril, la evaluación de dicho impacto será competencia del Ministerio de Transición Ecológica y el Reto Demográfico en los proyectos de competencia estatal y de la Consejería de Medio Ambiente de la Junta de Andalucía, en los de competencia autonómica.

En fin, conforme a las RRDGRN/DGSJyFP de 11/07/2017 (BOE 27/07/2017); 28/02/2019 (BOE 26/03/2019) y 29/04/2019 (BOE 13/05/2019); 10/12/2020 (BOE 28/12/2020): La licencia es un acto administrativo de carácter reglado, no discrecional, arbitrario o incurso en desviación de poder, que ha de identificar perfectamente la finca a la que se refiere, que por su incidencia en la esfera jurídica del administrado (con efectos jurídicos limitativos del derecho de propiedad de éste y evidente interés para terceros), ha de plasmarse en la correspondiente resolución administrativa, de carácter declarativo, adoptada por órgano administrativo competente y como terminación de un procedimiento administrativo que garantice los derechos del interesado y salvaguarde los derechos de terceros, ambos administrados.

II) Fundamentos de Derecho:

Artículos 19.4 a), 21.1, 21.3, 137 y 138 de la LISTA (Ley 7/2021, de 1 de diciembre); Anexo I, grupo tercero apartado j) de la Ley 21/2013, de 9 de diciembre sobre evaluación de impacto ambiental; art.7.1 c) Real Decreto 500/2020, de 28 de abril; art.99 del Reglamento Hipotecario; Resoluciones de las DGRN y DGSJyFP de fechas 11/07/2017 (BOE 27/07/2017); 28/02/2019 (BOE 26/03/2019) y 29/04/2019 (BOE 13/05/2019), por un lado, y la de 10/12/2020 (BOE 28/12/2020), por otro.

Tercero. La calificación de los documentos presentados en el Registro se ha de entender a los efectos de practicar, suspender o denegar la inscripción, anotación, nota marginal o cancelación solicitada, y no impedirá el procedimiento que pueda seguirse ante los Tribunales para que los interesados contiendan entre sí sobre la validez o nulidad del título, ni prejuzgará los resultados del mismo procedimiento, de conformidad con los artículos 66 y 238 de la Ley Hipotecaria.

Parte dispositiva.

Vistos los artículos citados y demás disposiciones de pertinente aplicación:

Don José Luis Díaz Durán, Registrador titular del Registro de la Propiedad número dos de Jerez de la Frontera, acuerda:

1.º Calificar el documento presentado en los términos que resultan de los Fundamentos Jurídicos antes citados.

2.º Suspender el despacho del título hasta la subsanación, en su caso, de los defectos observados, desestimando entre tanto la solicitud de la práctica de los asientos registrales.

3.º Notificar esta calificación en el plazo de diez días hábiles desde su fecha al presentante del documento y al Notario o Autoridad judicial o administrativa que lo ha expedido, de conformidad con lo previsto en los artículos 322 de la Ley Hipotecaria y 40 a 43 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

La presente calificación negativa determina la prórroga del asiento de presentación por el plazo que señala el artículo 323.1.ª de la Ley Hipotecaria.

Contra dicha calificación cabe (...)

Este documento ha sido firmado con firma electrónica cualificada por José Luis Díaz Durán registrador/a de Registro Propiedad de Jerez de la Frontera 2 a día veintitrés de marzo del dos mil veintidós.»

III

Contra la anterior nota de calificación, don José María Varela Pastor, notario de Pilas, interpuso recurso el día 28 de marzo de 2022 mediante escrito en el que alegaba los siguientes fundamentos jurídicos:

«Fundamentos (...).

Actualmente la regulación del derecho superficie (strictu sensu, sin referirnos ahora al derecho de vuelo urbano y rústico, contemplados en el Reglamento Hipotecario) se contiene en 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, en los siguientes términos:

“Artículo 53. *Contenido, constitución y régimen.*

1. El derecho real de superficie atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante y en el vuelo y el subsuelo de una finca ajena, manteniendo la propiedad temporal de las construcciones o edificaciones realizadas.

También puede constituirse dicho derecho sobre construcciones o edificaciones ya realizadas o sobre viviendas, locales o elementos privativos de construcciones o edificaciones, atribuyendo al superficiario la propiedad temporal de las mismas, sin perjuicio de la propiedad separada del titular del suelo.

2. 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.

El derecho de superficie sólo puede ser constituido por el propietario del suelo, sea público o privado.

3. El derecho de superficie puede constituirse a título oneroso o gratuito. En el primer caso, 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 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.

4. 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.

Artículo 54. *Transmisión, gravamen y extinción.*

1. El derecho de superficie es susceptible de transmisión y gravamen con las limitaciones fijadas al constituirlo.

2. 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.

3. En la constitución del derecho de superficie se podrán incluir cláusulas y pactos relativos a derechos de tanteo, retracto y retroventa a favor del propietario del suelo, para los casos de las transmisiones del derecho o de los elementos a que se refieren, respectivamente, los dos apartados anteriores.

4. El propietario del suelo podrá transmitir y gravar su derecho con separación del derecho del superficiario y sin necesidad de consentimiento de éste. 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.

5. El derecho de superficie se extingue si no se edifica de conformidad con la ordenación territorial y urbanística en el plazo previsto en el título de constitución y, en todo caso, por el transcurso del plazo de duración del derecho.

A la extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración, el propietario del suelo hace suya la propiedad de lo edificado, sin que deba satisfacer indemnización alguna cualquiera que sea el título en virtud del cual se hubiera constituido el derecho. No obstante, podrán pactarse normas sobre la liquidación del régimen del derecho de superficie. La extinción del derecho de superficie por el transcurso de su plazo de duración determina la de toda clase de derechos reales o personales impuestos por el superficiario.

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.”

A la luz de los preceptos transcritos, la escritura calificada cumple todos los requisitos exigidos por el ordenamiento para constituir el derecho de superficie; nada se indica en ellos sobre la necesidad de que la constitución de este derecho exija obtener previas licencias urbanísticas, aportar declaraciones medio ambientales o evaluación de impacto ambiental.

A mi juicio, la calificación está confundiendo los requisitos legalmente exigibles a la constitución del derecho de superficie (que serán siempre los mismos cualquiera que sea el destino y finalidad que con ello persigan los interesados) con los requisitos a cumplir por las edificaciones, instalaciones, construcciones o actividad que, en actuación del contenido del derecho de superficie adquirido, queda habilitado el superficiario a realizar.

Así, por ejemplo, la exigencia de presentar la declaración de impacto ambiental y obtener la aprobación de la misma será un requisito necesario para iniciar la actividad de una planta fotovoltaica, pero no es requisito exigible ni presupuesto necesario al que deban someterse los particulares para la creación del derecho de superficie; ni siquiera la instalación de una planta fotovoltaica es supuesto de inscripción obligatoria en el Registro de la Propiedad, a diferencia de lo que sucede con este derecho, donde escritura e inscripción son requisitos de su validez.

No deben pues confundirse los requisitos del derecho, que entiendo cumplidos en la escritura calificada, con los requisitos que el superficiario debe cumplir para poner en funcionamiento la actividad en cuestión; y en relación a estos últimos, entiendo que no es competencia ni de Notarios ni de Registradores tutelar el correcto cumplimiento de los mismos, pues, si acaso, sería objeto de escritura e inscripción la correspondiente declaración de obra nueva, la cual a su vez posee su regulación propia donde es necesario justificar la licencia correspondiente y demás requisitos establecidos al respecto en la normativa vigente; pero no existe norma algún que someta la creación del derecho de superficie a los requisitos exigidos por señor Registrador en su calificación; este derecho habilita a su titular, como se recoge en los Artículos anteriores, a ejecutar en finca ajena las obras acordadas para el desarrollo de un actividad concreta, obras y actividad que poseen su régimen propio, al que habrá de sujetarse el superficiario y cuyo control sólo parcialmente está encomendado a Notarios y Registradores, así en el caso de que se formalice escritura de obra nueva.

Piénsese que, en este caso, los interesados han escogido el derecho de superficie para satisfacer sus intereses, pero la realidad muestra que podrían haber optado por otros expedientes tales como el arrendamiento o la constitución de un usufructo temporal, supuestos ambos que, también, son inscribibles, ¿se exigiría en estos casos la aportación de licencias y estudios ambientales para que tales contratos, tales derechos pudieran ser inscritos?

De la normativa que se cita en la calificación tanto de la norma urbanística andaluza como de las resoluciones de la Dirección General, ninguna hace referencia al derecho de superficie ni, mucho menos, inciden sobre la obligatoriedad de que, en la constitución del mismo, deban aportarse licencias u otra documentación, así:

- En fecha 11/07/2017 tenemos dos resoluciones: sobre denegación de anotación preventiva de embargo y sobre complejo inmobiliario por vía de división horizontal.
- En fecha 28/02/2019, encontramos cuatro resoluciones: aceptación de legado, apoderamiento, obra nueva en construcción y elevación a público de acuerdos sociales.
- En fecha 29/04/2019 encontramos tres resoluciones: sobre compraventa, sobre herencia y segregación y sobre herencia con aclaración posterior.
- Y en fecha 10/12/20 encontramos tres resoluciones relativas a fin de obra de carácter parcial, préstamo hipotecario y sobre acuerdos del consejo de administración.
- Los artículos citados de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, así como de la Ley 21/2013 y R.D. 500/2020, tampoco se refieren al mismo.

En ninguno de las resoluciones y normas citadas se contiene referencia alguna al derecho de superficie ni subordinación previa del mismo a la obtención y justificación ante Notarios y Registradores de las licencias y demás documentación exigida en la nota de calificación. A mayor abundamiento, careciendo la Comunidad Autónoma de Andalucía de competencias en materia de Derecho Civil y Notariado y Registros de la Propiedad, no puede establecer una regulación propia de este derecho, rigiéndose el mismo por la normativa estatal

De admitirse la línea argumental del Sr. Registrador nos encontraríamos con el absurdo de exigir al mismo derecho diferentes requisitos en función de la finalidad o motivos perseguidos por los interesados, así, a modo de ejemplo, si el derecho de superficie tiene por objeto la instalación de un matadero, sería exigible para su constitución la aportación de los permisos de sanidad, y de los demás departamentos que poseen competencia en la materia; si fuese el establecimiento de una universidad, habría que exigir la previa licencia del ministerio de Educación y demás con competencia; si un hospital, las licencias del ministerio del ramo, etc.

En resumen, entiendo que la calificación confunde los requisitos que debe reunir el derecho de superficie para su acceso al Registro de la Propiedad, que creo cumplidos íntegramente en la escritura calificada, con los requisitos de la actividad que, en ejecución de ese derecho o, mejor, de las edificaciones, construcciones e instalaciones nacidas de la ejecución del mismo, se desarrollará en la finca, los cuales deberán ser

acreditados en su momento y ante la autoridad competente al efecto, que, en multitud de aspectos de la misma, no seremos los notarios ni registradores.

Por lo anterior.

Solicito a esa Dirección General.

Tenga por presentado, en tiempo y forma, el presente recurso gubernativo contra la calificación efectuada por el Sr. Registrador de la Propiedad y declare no ajustada a Derecho la misma, pues el derecho cuestionado cumple todos los requisitos exigidos por la normativa vigente para acceder al Registro de la Propiedad; los requisitos que, a juicio del Sr. Registrador, deben concurrir al efecto y que pone de manifiesto en su nota de calificación, no son aplicables al negocio formalizado en la escritura calificada; en su caso lo serán a la actividad a iniciar en un futuro cuando se desarrolle el contenido del derecho concertado.»

IV

El registrador de la Propiedad informó y elevó el expediente a esta Dirección General mediante escrito de fecha 29 de marzo de 2022.

Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 149.1.8.^a de la Constitución Española; 26, 28, 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; 91, 131 y 137 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía; 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal; 78 y 79 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; las Sentencias del Tribunal Constitucional números 61/1997, de 20 de marzo y 164/2001, de 11 de julio; las Sentencias del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1984 y 26 de noviembre de 2002; las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 22 de abril de 2005, 4 de mayo de 2011, 15 de febrero, 8 de mayo, 29 de octubre y 3 de diciembre de 2012, 15 de abril y 6 de mayo de 2013, 4 y 11 de marzo, 22 de abril y 24 de noviembre de 2014, 13 de junio y 5 de septiembre de 2016 y 21 de noviembre de 2019, y las resoluciones de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública 6 de julio de 2021 y 22 de marzo de 2022.

1. En este expediente se plantea si cabe inscribir un derecho de superficie constituido en escritura pública que habilita al superficiario para «la promoción, construcción, montaje, puesta en marcha, mantenimiento, operación y explotación y, en su caso, cesión o venta a un tercero, de un Parque Fotovoltaico para la generación de energía eléctrica y su posterior vertido a la red y/o venta, en los términos previstos en la legislación vigente aplicable (en adelante, el “Parque Fotovoltaico”)».

El registrador suspende la inscripción porque, a su juicio, debe aportarse la correspondiente licencia urbanística y además una autorización administrativa especial, que ha de ir precedida de la correspondiente declaración de impacto ambiental.

El notario recurrente considera que es suficiente para que el derecho de superficie quede válidamente constituido que se cumpla lo establecido en los artículos 53 y 54 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre. Afirma que la calificación está confundiendo los requisitos legalmente exigibles para la constitución del derecho de superficie (que serán siempre los mismos cualquiera que sea el destino y finalidad que con ello persigan los interesados) con los requisitos que deben cumplir las edificaciones,

instalaciones, construcciones o actividad que, en actuación del contenido del derecho de superficie adquirido, queda habilitado el superficiario para realizar.

2. Con carácter previo, conviene realizar determinadas consideraciones sobre el régimen competencial en materia de urbanismo.

Es conocido que las comunidades autónomas pueden asumir competencia exclusiva en las materias de «ordenación del territorio, urbanismo y vivienda» (sentencias del Tribunal Constitucional número 61/1997, de 20 de marzo –fundamento jurídico quinto– y 164/2001, de 11 de julio –fundamento jurídico cuarto–), lo que en el caso de Andalucía se realiza en la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

En segundo lugar, debe afirmarse que, en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución, es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos, en particular, el requisito de la previa intervención administrativa.

Como ha tenido ocasión de afirmar este centro directivo en las resoluciones de 29 de octubre (2.^a) y 3 de diciembre (1.^a) de 2012, 15 de abril de 2013 (2.^a) y 4 y 11 (1.^a) de marzo, 22 de abril (2.^a) y 24 de noviembre de 2014, entre otras, «procede, en primer lugar, afirmar la competencia de las normas estatales en materia de determinación de los requisitos necesarios para la documentación pública e inscripción registral de las declaraciones de obras nuevas y de obras antiguas, sin perjuicio de la remisión a autorizaciones o licencias que establezca la normativa autonómica o a la prescripción, o no, de la infracción urbanística según dicha normativa, ya que, si bien, con carácter general, la sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo, anuló buena parte del Texto Refundido de la Ley sobre el Régimen del Suelo y Ordenación Urbana de 26 de junio de 1992, fundándose en que se habían invadido las competencias que, en materia de urbanismo, se hallan transferidas a las comunidades autónomas, esta misma sentencia dejaba a salvo aquellos preceptos que, por regular materias que son competencia exclusiva del Estado, eran perfectamente conformes con la Constitución Española. Así ocurrió con aquellas normas que se referían al Registro de la Propiedad (cfr. art. 149.1.8.^a de la Constitución Española), de lo que se sigue que corresponde a las comunidades autónomas (en este caso, a la de Cantabria) determinar qué clase de actos de naturaleza urbanística están sometidos al requisito de la obtención de la licencia previa, las limitaciones que éstas pueden imponer y las sanciones administrativas que debe conllevar la realización de tales actos sin la oportuna licencia o sin respetar los límites por éstas impuestos, así como la fijación de los plazos de prescripción de las acciones de disciplina urbanística o su imprescriptibilidad. Sin embargo, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia (o los requisitos para poder acceder al Registro de la Propiedad las declaraciones de obras referentes a edificaciones consolidadas por su antigüedad), para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro (cfr. resoluciones de 22 de abril de 2005; 4 de mayo de 2011; 8 de mayo de 2012, y 6 de mayo de 2013). Según se establece en la disposición final primera del Texto Refundido de la Ley de Suelo, Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, el artículo 20 tiene el carácter de disposición establecida en ejercicio de la competencia reservada al legislador estatal; y más específicamente, puede decirse que dicho precepto se dicta en atención a la competencia exclusiva del Estado sobre la ordenación de los Registros (art. 149.1.8 de la Constitución Española), siendo doctrina constitucional que en virtud de lo dispuesto en el artículo 149.1.8.^a de la Constitución Española es al Estado al que compete, en materia urbanística, establecer qué actos son inscribibles en el Registro de la Propiedad y sujetar su inscripción al previo cumplimiento de ciertos requisitos (Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1997, de 20 de marzo)».

Por tanto, corresponde al Estado fijar en qué casos debe acreditarse el otorgamiento de la oportuna licencia para que el acto en cuestión tenga acceso al Registro, siempre que la legislación autonómica aplicable exija la licencia para poder realizar legalmente el mismo.

3. Al derecho de superficie se refieren los artículos 53 y 54 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, aprobado por el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, así como el artículo 131 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía.

Conforme al citado artículo 53.2 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana «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 (...)».

El artículo 131 de la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, cuya entrada en vigor se produjo el día 23 de diciembre de 2021 -seis días antes del otorgamiento de la escritura cuya inscripción se pretende-, dispone lo siguiente: «1. Las Administraciones Públicas y demás entidades públicas, así como los particulares, podrán constituir el derecho de superficie en bienes de su propiedad o integrantes del patrimonio público de suelo correspondiente, con destino a cualquiera de los usos permitidos por la ordenación urbanística, cuyo derecho corresponderá al superficiario. 2. En cuanto a su régimen jurídico, se estará a lo dispuesto en la legislación estatal (...)».

4. El registrador cita como fundamento de su calificación varias Resoluciones de esta Dirección General que abordan la cuestión relativa a la naturaleza de las licencias urbanísticas, pero se refieren a supuestos en los que legalmente, y como requisito necesario para lograr la inscripción registral del acto jurídico en cuestión, es necesaria la previa obtención de la correspondiente licencia administrativa. Así ocurre con las declaraciones de obra nueva, respecto de las cuales el artículo 28 del texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, en su apartado 1, impone «la aportación del acto de conformidad, aprobación o autorización administrativa que requiera la obra según la legislación de ordenación territorial y urbanística (...)»; y, tratándose de escrituras de declaración de obra nueva terminada, además, «el otorgamiento de las autorizaciones administrativas necesarias para garantizar que la edificación reúne las condiciones necesarias para su destino al uso previsto en la ordenación urbanística aplicable y los requisitos de eficiencia energética tal y como se demandan por la normativa vigente, salvo que la legislación urbanística sujetase tales actuaciones a un régimen de comunicación previa o declaración responsable (...)». Y añade el apartado 2 que «para practicar las correspondientes inscripciones de las escrituras de declaración de obra nueva, los Registradores de la Propiedad exigirán el cumplimiento de los requisitos establecidos en el apartado anterior». En análogo sentido, el artículo 137.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía, establece que «están sujetos a previa licencia urbanística municipal las obras, construcciones, edificaciones, instalaciones, infraestructuras y uso del suelo, incluidos el subsuelo y el vuelo, así como las divisiones, segregaciones y parcelaciones urbanísticas, incluidas las distintas fórmulas de propiedad horizontal reguladas en la legislación en la materia. Todo ello, sin perjuicio de la obligación de obtener, con carácter previo, las concesiones, autorizaciones o informes que sean procedentes con arreglo a esta Ley o a la legislación sectorial aplicable».

Requieren igualmente previa licencia los actos de división, segregación, o parcelación de fincas, para los que el artículo 26.2 de la Ley de Suelo exige «acreditación documental de la conformidad, aprobación o autorización administrativa a que esté sujeta, en su caso, la división o segregación conforme a la legislación que le sea aplicable», o, en su caso, la declaración de su innecesariedad (cfr. artículos 78 y 79 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), al igual que los artículos 91 y 137.1 de la Ley 7/2021, de 1 de diciembre, de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía; o la constitución y modificación del complejo inmobiliario privado, del tipo de los regulados como regímenes especiales de propiedad por el artículo 24 de la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal, que

deberá ser autorizada por la Administración competente donde se ubique la finca o fincas sobre las que se constituya tal régimen, siendo requisito indispensable para su inscripción que al título correspondiente se acompañe la autorización administrativa concedida o el testimonio notarial de la misma (cfr. artículo 26.6 de la Ley de Suelo y 137.1 de la Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía). Incluso, en Andalucía, de conformidad con el referido artículo 137.1 de la Ley 7/2021, la división horizontal, como operación específica, queda sujeta a licencia.

Sin embargo, respecto del derecho de superficie no hay precepto alguno en la legislación estatal (artículos 53 y 54 de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana), ni en la legislación autonómica (la mencionada Ley de impulso para la sostenibilidad del territorio de Andalucía), que imponga la previa obtención de ningún tipo de licencia administrativa como requisito para que los notarios pueda autorizar y los registradores inscribir escrituras en virtud de las cuales se constituya un derecho de superficie, cualquiera que sea el contenido de este.

Debe tenerse en cuenta, como tiene declarado este centro directivo (vid. resoluciones citadas en los «Vistos»), que la propiedad temporal que el derecho de superficie atribuye al superficiario sobre lo edificado o construido puede ser adquirida por aquel de modo originario, cuando el derecho se proyecta sobre una construcción 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 edificación, el superficiario tiene un derecho real a construir en suelo ajeno y hacer suyo lo construido.

Es indudable que, según la legislación sustantiva referida, la atribución al superficiario de este derecho real a construir en suelo ajeno en ningún caso se configura como un acto sujeto a la intervención y control municipal que el otorgamiento de la licencia comporta, y, en consecuencia, constitutivo de un presupuesto o «prius» respecto de su exigencia en sede registral. Lo que quedará sujeto a la obtención de las licencias administrativas correspondientes (municipales, y en su caso, autonómicas) serán las obras, edificaciones, y, en definitiva, los usos a que efectivamente vaya a destinarse la finca objeto del referido derecho real de superficie según la específica naturaleza de los mismos (en este caso, la construcción de una placa solar fotovoltaica para la instalación eléctrica de alta tensión) y de acuerdo con la legislación sectorial que resulte aplicable.

Esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la calificación impugnada.

Contra esta resolución los legalmente legitimados pueden recurrir mediante demanda ante el Juzgado de lo Civil de la capital de la provincia del lugar donde radica el inmueble en el plazo de dos meses desde su notificación, siendo de aplicación las normas del juicio verbal, todo ello conforme a lo establecido en los artículos 325 y 328 de la Ley Hipotecaria.

Madrid, 21 de junio de 2022.—La Directora General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, Sofía Puente Santiago.