

### III. OTRAS DISPOSICIONES

#### MINISTERIO DE JUSTICIA

**18554** *Resolución de 28 de noviembre de 2019, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, en el recurso interpuesto contra la nota de calificación de la registradora de la propiedad de Alcorcón n.º 2, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de derecho de superficie, subsanada mediante sendas diligencias, y de la escritura pública de cesión de contrato.*

En el recurso interpuesto por doña B. A. A. B., en nombre y representación de la mercantil «Dinanexo Iberia, S.L.», contra la nota de calificación de la registradora de la Propiedad de Alcorcón número 2, doña María Isabel Precioso de Murga, por la que se deniega la inscripción de una escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de derecho de superficie, subsanada mediante sendas diligencias, y de la escritura pública de cesión de contrato.

#### Hechos

I

Mediante escritura otorgada el día 21 de noviembre de 2018 ante el notario de Madrid, don Luis Quiroga Gutiérrez, la administración concursal de la mercantil «Golf Alcorcón, S.L.», (en fase de liquidación), y la mercantil «Dinanexo Iberia, S.L.», procedieron a la elevación a público de un contrato privado de fecha 24 de diciembre de 2007, no liquidado, suscrito en su día por las entidades «Golf Alcorcón, S.L.» (titular registral de la finca objeto de la escritura que se califica), y «Soto Once, S.L.», entidad también en concurso, (quien no comparecía en la escritura calificada), señalándose en su disposición primera que «los comparecientes (...) elevan a público el documento privado (...) en virtud del cual se constituyó el derecho de superficie sobre la finca descrita por el precio de cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros y veintiocho céntimos». En el documento privado que se incorporaba, otorgado por entidad que no comparecía en su elevación a público, se expresa literalmente:

– En la estipulación primera, «Golf Alcorcón, S.L.», como titular registral de la finca registral número 57.865, (parcela G: Trozo de terreno en el término Municipal de Alcorcón, en el Plan Parcial del Sector PP-7 edificabilidad; la edificabilidad total máxima computable será de 12.517 metros cuadrados -, construidos sobre rasante para el desarrollo del complejo deportivo y de ocio. Se permite la construcción de sótanos y semisótanos; la edificabilidad no computable será la permitida por las Ordenanzas del Plan Parcial Modificado y en particular por el artículo 2.37.), «transmite a Soto Once S.L., los derechos de superficie sobre una parte de la parcela, en concreto sobre la porción de la parcela en la que se sitúen en un futuro los 6.383.67 metros cuadrados de edificabilidad destinados de los usos principales antes definidos y sobre la porción de la parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los usos alternativos». El importe de los derechos transmitidos se realiza por un precio de 5.634.505,28 céntimos.

– En la estipulación segunda del referido contrato privado, se hace constar que «la transmisión de los Derechos de Superficie» queda establecida en 99 años, contados a partir del día del otorgamiento de la escritura en que se formalice la Constitución de dicho Derecho.

– En la estipulación tercera se fija el precio y la forma de pago «por los Derechos de Superficie transferidos», por un importe de 5.634.505,28 euros, parte pagado por transferencia y parte en pagaré con vencimiento el día 25 de enero de 2008, del que se

dice adjuntar copia en el documento que se eleva a público, pero no consta como adjunto. En la escritura de elevación a público sólo se manifiesta por los otorgantes los números de cuentas de cargo y abono.

– En la estipulación quinta, bajo el epígrafe «segregación», ambas partes se obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la constitución formal del derecho de superficie por 99 años y a la posterior segregación física y jurídica del «suelo del superficiario» para con posterioridad proceder a la venta de dicha parcela por parte de «Golf Alcorcón, S.L.» a «Soto Once, S.L.», estableciendo el precio por el que se realizara tal transmisión, considerando el mismo pagado por la transmisión de derechos realizada, como pago a cuenta del importe. Según resulta del título «Dinanexo Iberia, S.L.», es la entidad a la que la mercantil «Soto Once, S.L.», mediante escritura otorgada en Madrid ante el notario, don Rafaell Bonardell Lenzano, como sustituto de don Luis Quiroga Gutiérrez, el día 1 de marzo de 2018, con el número 485 de su protocolo general, cedió y aquella aceptó «el contrato suscrito el día 24 de diciembre de 2.007», con la sociedad «Golf Alcorcón, S.L.».

En esta escritura de elevación a público de documento privado, en el apartado cargas tras la descripción de la finca, hacen constar los comparecientes en su párrafo séptimo y octavo, que en la escritura de constitución de hipoteca sobre la finca que nos ocupa, se hizo costar lo siguiente: «Golf Alcorcón, S.L. tiene un acuerdo con la sociedad Soto Once, S.L., por el cual a requerimiento de éste se procederá a constituir un Derecho de Superficie sobre una parte de la Parcela en concreto sobre la Porción de la Parcela destinada a los Usos Principales antes definidos, y sobre la Porción de la Parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los Usos Alternativos. En la hipoteca antes referenciada consta que en el momento en que se constituya dicho Derecho de Superficie, el mismo no se verá afectado por la garantía hipotecaria existente, de tal forma que queda libre de las cargas financieras antes referidas y constituidas, sin que ello suponga modificación ni alteración alguna en las condiciones ni garantías reales del préstamo y que, en caso de que sea necesario, y a requerimiento de Golf Alcorcón, S.L. la entidad prestamista acudirá ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia».

El día 1 de abril de 2019 se remitió por vía telemática una diligencia de esa misma fecha a la escritura de elevación a público citada, por la que las partes aclaran que el derecho de superficie se concreta sobre superficie total de 45.758 metros cuadrados, aproximadamente (en el documento privado no se indicó ni la superficie ni en que parte de la finca se ubicarla ese derecho), y que linda: al Norte, en línea mixta, recta, curva convexa y recta de 64,47, 161,24 y 21,29 metros, con la parcela de uso terciario dentro del PP7; al Este, en línea quebrada en dos tramos rectos de 12,70 y 49,30 metros, con parcela C-1, línea recta de 10 metros, con viario local parcela VI-1, línea quebrada en tres tramos rectos de 80,02,45,40 y 46,39 metros, con parcela B-1 y curva convexa de 13,62 metros, con viario local parcela VI-1; al Sureste, en línea quebrada en cuatro tramos rectos de 30,09, 72,98, 52,39 y 45,98 metros, con límite de PP-7; al Suroeste, en línea quebrada en cinco tramos rectos de 121,19 metros, con parcela ZV-2.1; de 114,18 metros, con parcela R-3; de 130,62 y 40,26 metros, con parcela R-2-5, y de 29,43 metros, con parcela R-6. Se acompaña un plano unido a la matriz.

Por escritura otorgada en Madrid el día 1 de marzo de 2018 ante el notario, don Rafael Bonardell Lenzano, como sustituto de don Luis Quiroga Gutiérrez, que el notario califica como de cesión de contrato, «Soto Once, S.L.», ahora en situación de concurso, cede a «Dinanexo Iberia, S.L.» que acepta, el contrato suscrito entre «Golf Alcorcón, S.L.» y «Soto Once, S.L.» el día 24 de diciembre de 2.007, por un precio de 83.350 euros. En dicha escritura se hace constar la situación de concurso de «Golf Alcorcón, S.L.», y que en el seno del mismo, ante la ausencia de toda mención a la existencia del contrato referido en el inventario de la masa activa de «Golf Alcorcón, S.L.», el cesionario, («Dinanexo Iberia, S.L.»), quedara subrogado en la pieza para impugnación de inventario 496/16 iniciada por «Soto Once, S.L.». Se acompaña un documento cuya autenticidad no puede verificarse por falta de sello y firma, relativo a la sentencia dictada

por el Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid, el día 31 de julio de 2018, en el seno del procedimiento concurso abreviado número 67/2015, de «Golf Alcorcón, S.L.», por la que ante la incidencia planteada inicialmente por «Soto Once, S.L.», se estima su demanda, y se condena a la administración concursal de «Golf Alcorcón, S.L.», a «reconocer en el inventario de la masa activa del concurso la existencia de un contrato de cesión derecho de superficie cuya contraparte es Soto Once S.L. y que como carga - en sentido amplio-, afecta a la finca 57.865 del Registro de la Propiedad número dos de Alcorcón».

En esta escritura de fecha 1 de marzo de 2018 de «cesión de contrato», se hacía constar, que «Mediante Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número ocho de Madrid, el 28 de junio de 2.017», donde se sigue el procedimiento de concurso de «Soto Once, S.L.», «se autorizó la “venta” del contrato de cesión de derecho de superficie suscrito por Golf Alcorcón SL, y Soto Once SL el día 24 de Diciembre de 2.007, por el precio de 83.350 euros a favor de Doña B. A. A. B., quien opta por realizar la adquisición de los derechos y obligaciones dimanantes de dicho contrato a través de la sociedad Dinanexo Iberia, S.L. de la que es titular real y administradora única». Del testimonio del auto incorporado a la escritura resulta la autorización de venta del denominado Lote 11 del plan de liquidación de «Soto Once, S.L.».

En el plan de liquidación, resulta, que el lote 11 está inventariado de la siguiente forma: «Lote 11. Terrenos Alcorcón Lote 11 Terrenos Valor s/ Inventario Definitivo (€) Terrenos Alcorcón 166.358,55 La partida corresponde a un “derecho de superficie” sobre la porción de parcela de 6.383,67 m2 de edificabilidad situada en la parcela de la calle (...), Alcorcón (Madrid), adquiridos por contrato privado de fecha 24 de diciembre de 2007 a la sociedad Golf Alcorcón, S.L.».

## II

Presentadas a inscripción las citadas escrituras en el Registro de la Propiedad de Alcorcón número, fueron objeto de la siguiente nota de calificación:

«Examinados los documentos precedentes, el primero de ellos copia autorizada de la escritura otorgada en Madrid el día veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, bajo la fe de Don Luis Quiroga Gutiérrez, con el número 2558 de su protocolo general, presentado por vía telemática a las catorce horas veinticinco minutos del día veintiuno de de [sic] noviembre de dos mil dieciocho, bajo el asiento 939 del Diario 89, suspendida su calificación y despacho con esa misma fecha, y aportado en soporte papel acreditando su presentación ante la Dirección General de Tributos, con fecha veinte de diciembre de dos mil dieciocho, el cual fue calificado desfavorablemente, prorrogada la vigencia del asiento de presentación sesenta días hábiles desde el 22 de febrero de 2.019.

El segundo, al objeto de subsanar los defectos recogidos en la anterior nota de calificación, con fecha uno de abril se remitió telemáticamente una diligencia a la escritura relacionada, y el tercero, presentado con fecha 09 de Abril de 2.019, documento previo, que causó el asiento 594 del Diario 90, escritura pública autorizada en Madrid el uno de marzo de dos mil dieciocho, bajo la fe de Don Rafael Bonardell Lenzano, como sustituto de Don Luis Quiroga Gutiérrez, con el número 485 de su protocolo general, cuya calificación y despacho fue suspendida con esa misma fecha, al no haberse presentado ante la Dirección General de Tributos de la Comunidad de Madrid, aportándose con fecha 02 de julio de 2.019, la autoliquidación presentada telemáticamente de dicho documento, con CSO verificado (...), junto con la diligencia de presentación telemática, se examina y califica conjuntamente, con calificación desfavorable, entendidos los siguientes:

### Hechos.

I. Escritura otorgada en Madrid el día veintiuno de noviembre de dos mil dieciocho, bajo la fe de Don Luis Quiroga Gutiérrez, con el número 2558 de su protocolo general.

En dicho título, la Administración Concursal de la mercantil Golf Alcorcón, S.L., (en fase de liquidación), y la mercantil Dinanexo Iberia S.L., proceden a la elevación a público de un contrato privado de fecha 24 de diciembre de 2.007, no liquidado, suscrito en su día por las entidades Golf Alcorcón, S.L. (titular registral de la finca objeto de la escritura que se califica), y Soto Once S.L., entidad también en concurso, (quien no comparece en la escritura calificada). Señalándose en su disposición primera que “los comparecientes... elevan a público el documento privado... en virtud del cual se constituyó” (en pasado) “el derecho de superficie sobre la finca descrita por el precio de cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros y veintiocho céntimos”

En el documento privado que se incorpora, otorgado por entidad que no comparece en su elevación a público, se expresa literalmente:

En la estipulación primera la titular registral de la finca registral 57.865, Golf Alcorcón, S.L. (parcela G: Trozo de terreno en el término Municipal de Alcorcón, al sitio de (...), en el Plan Parcial del Sector PP-7 edificabilidad: La edificabilidad total máxima computable será de doce mil quinientos diecisiete metros cuadrados -12.517 m<sup>2</sup>-, construidos sobre rasante para el desarrollo del Complejo Deportivo y de Ocio. Se permite la construcción de sótanos y semisótanos. La edificabilidad no computable será la permitida por las Ordenanzas del Plan Parcial Modificado y en particular por el Artículo 2.37.), “transmite a Soto Once S.L., los derechos de superficie sobre una parte de la parcela, en concreto sobre la porción de la parcela en la que se sitúen en un futuro los 6.383.67 metros cuadrados de edificabilidad destinados de los usos principales antes definidos y sobre la porción de la parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los usos alternativos”

El importe de los derechos transmitidos se realiza por un precio de cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros con veintiocho céntimos.

En la estipulación segunda del referido contrato privado, se hace constar que “La transmisión de los Derechos de Superficie” queda establecida en 99 años, contados a partir del día del otorgamiento de la escritura en que se formalice la Constitución de dicho Derecho.”

En la estipulación tercera se fija el precio y la forma de pago “por los Derechos de Superficie transferidos”, por un importe de 5.634.505,28 euros, parte pagado por transferencia y parte en pagaré con vencimiento el 25 de enero de 2008, del que se dice adjuntar copia en el documento que se eleva a público, pero no consta como adjunto. En la escritura de elevación a público sólo se manifiesta por los otorgantes los números de cuentas de cargo y abono.

En la Estipulación quinta, bajo el epígrafe “Segregación”, ambas partes se obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la Constitución formal del Derecho de Superficie por 99 años y a la posterior segregación física y jurídica del “Suelo del Superficiario” para con posterioridad proceder a la venta de dicha parcela por parte de Golf Alcorcón [sic] S.L. a Soto Once S.L., estableciendo el precio por el que se realizara tal transmisión, considerando el mismo pagado por la transmisión de derechos realizada, como pago a cuenta del importe.

Según resulta del título Dinanexo Iberia S.L., es la entidad a la que la mercantil Soto Once S.L., mediante escritura otorgada en Madrid ante el Notario Don Rafaell Bonardell Lenzano, como sustituto de Don Luis Quiroga Gutiérrez, el día uno de marzo de dos mil dieciocho, con el número 485 de su protocolo general, cedió y aquella acepto “el contrato suscrito el día 24 de diciembre de 2.007”, con la sociedad Golf Alcorcón S.L.

En esta escritura de elevación a público de documento privado, en el apartado cargas tras la descripción de la finca, hacen constar los comparecientes en su párrafo séptimo y octavo, que en la escritura de constitución de hipoteca sobre la finca que nos ocupa, se hizo costar lo siguiente: “Golf Alcorcón, S.L. tiene un acuerdo con la sociedad Soto Once, S.L., por el cual a requerimiento de éste se procederá a constituir un Derecho de Superficie sobre una parte de la Parcela en concreto sobre la Porción de la Parcela destinada a los Usos Principales antes definidos, y sobre la Porción de la Parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los Usos Alternativos. En

la hipoteca antes referenciada consta que en el momento en que se constituya dicho Derecho de Superficie, el mismo no se verá afectado por la garantía hipotecaria existentes [sic], de tal forma que queda libre de las cargas financieras antes referidas y constituidas, sin que ello suponga modificación ni alteración alguna en las condiciones ni garantías reales del préstamo y que, en caso de que sea necesario, y a requerimiento de Golf Alcorcón, S.L. la entidad prestamista acudirán ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia.”

II. El uno de abril de dos mil diecinueve se remitió por vía telemática una diligencia de esa misma fecha a la escritura de elevación a público citada, por la que las partes aclaran que el derecho de superficie se concreta sobre superficie total de 45.758 metros cuadrados, aproximadamente, ( en el documento privado no se indicó ni la superficie ni en que parte de la finca se ubicarla ese derecho), y que linda: al Norte, en línea mixta, recta, curva convexa y recta de 64,47, 161,24 y 21,29 metros, con la parcela de uso terciario dentro del PP7; al Este, en línea quebrada en dos tramos rectos de 12,70 y 49,30 metros, con parcela C-1, línea recta de 10 metros, con viario local parcela VI-1, línea quebrada en tres tramos rectos de 80,02,45,40 y 46,39 metros, con parcela B-1 y curva convexa de 13,62 metros, con viario local parcela VI-1; al Sureste, en línea quebrada en cuatro tramos rectos de 30,09, 72,98, 52,39 y 45,98 metros, con límite de PP-7; al Suroeste, en línea quebrada en cinco tramos rectos de 121,19 metros, con parcela ZV-2.1; de 114,18 metros, con parcela R-3; de 130,62 y 40,26 metros, con parcela R-2-5, y de 29,43 metros, con parcela R-6. Se acompaña un plano unido a la matriz.

III. Y el tercer documento calificado, escritura otorgada en Madrid el uno de marzo de dos mil dieciocho ante el Notario Don Rafaell [sic] Bonardell Lenzano, como sustituto de Don Luis Quiroga Gutiérrez, con el número 485 de su protocolo general, que el notario califica como de cesión de contrato fue presentada bajo el asiento 594 del Diario 90. En ella intervienen Soto Once, S.L., ahora en situación de concurso, y Dinanexo Iberia S.L. Y por la misma, la primera, cede a la segunda, que acepta, el contrato suscrito entre Golf Alcorcón S.L y Soto Once S.L. el 24 de diciembre de 2.007, elevado a público en el documento que motivó el asiento 930 del diario 89, por un precio de ochenta y tres mil trescientos cincuenta euros.

En dicha escritura de marzo de 2018, se hace constar la situación de Concurso de Golf Alcorcón, S.L., y que en el seno del mismo, ante la ausencia de toda mención a la existencia del contrato referido en el inventario de la masa activa de Golf Alcorcón SL, el cesionario, (Dinanexo Iberia SL), quedara subrogado en la pieza para impugnación de inventario 496/16 iniciada por Soto Once SL. Se acompaña un documento cuya autenticidad no puede verificarse por falta de sello y firma, y referente alguno a documento electrónico relativo a la Sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil número dos de Madrid, el 31 de julio de 2.018, en el seno del Procedimiento Concurso Abreviado 67/2015, de Golf Alcorcón, S.L., por la que ante la incidencia planteada inicialmente por Soto Once SL., se estima su demanda, y se condena a la Administración Consursal [sic] de Golf Alcorcón S.L., a “reconocer en el inventario de la masa activa del concurso la existencia de un contrato de cesión derecho de superficie cuya contraparte es Soto Once S.L, y que como carga -en sentido amplio-, afecta a la finca 57.865 del Registro de la Propiedad número dos de Alcorcón”. Es decir, es en el año 2018, ya abierta la fase de liquidación, cuando aparece como pasivo y definido por el impugnante como un verdadero derecho real de superficie.

Así, mientras que en el inventario de la masa del concurso de Golf Alcorcón, aparece un contrato de cesión de derecho de superficie cuya contraparte es Soto Once S.L, y que como carga -en sentido amplio-, afecta a la finca 57.865 del Registro de la Propiedad número dos de Alcorcón”, en el inventario de la masa de la también concursada Soto Once SL, aparece como activo el denominado lote 11 que más adelante se transcribe en el que se niega la existencia de un derecho real de superficie como tal.

En esta escritura de 1 de marzo de 2018 de “cesión de contrato”, se hace constar, que “Mediante Auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil número ocho de Madrid, el 28



de junio de 2.017”, donde se sigue el Procedimiento de Concurso de Soto Once, SL, “se autorizó la “venta” del contrato de cesión de derecho de superficie suscrito por Golf Alcorcón SL, y Soto Once SL el día 24 de Diciembre de 2.007, por el precio de 83.350 euros a favor de Doña B. A. A. B., quien opta por realizar la adquisición de los derechos y obligaciones dimanantes de dicho contrato a través de la sociedad Dinanexo Iberia, S.L. de la que es titular real y administradora única”. Del testimonio del auto incorporado a la escritura resulta la autorización de venta del denominado Lote 11 del plan de liquidación de Soto Once S.L. Y obtenido, por el registrador que suscribe, el contenido del plan de liquidación, resulta, que el lote 11 está inventariado de la siguiente forma: “Lote 11. Terrenos Alcorcón Lote 11 Terrenos Valor s/ Inventario Definitivo (€) Terrenos Alcorcón 166.358,55 La partida corresponde a un “derecho de superficie” sobre la porción de parcela de 6.383,67 m2 de edificabilidad situada en la parcela de la calle (...), Alcorcón (Madrid), adquiridos por contrato privado de fecha 24 de diciembre de 2007 a la sociedad Golf Alcorcón, S.L. Como se indicó en su momento, dicho “derecho de superficie” no consta elevado a público ni por consiguiente inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, lo que implica que no haya quedado válidamente constituido (Art. 40.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo) ni sea por tanto oponible a terceros. Por ello, en el contrato suscrito por las partes lo que realmente fue objeto de transmisión fueron -como así se hizo constar- “todos los Derechos y Obligaciones inherentes a dicho Derecho” pero no un derecho de superficie propiamente dicho.”

Reconociendo la entidad Soto Once SL en su propio concurso, la inexistencia del derecho de superficie, y la mera titularidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato de 24 de diciembre de 2007 entre Golf Alcorcón SL y Soto Once SL.

#### Fundamentos de Derecho.

1.º De todo lo expuesto se deduce que no procede elevar a público un contrato privado como de constitución de derecho de superficie diez años atrás, en el cual lo que se expresaba era “ambas partes se obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la Constitución formal del Derecho de Superficie”, y se obligan “a la posterior segregación física y jurídica del “Suelo del Superficiario” para con posterioridad proceder a la venta de dicha parcela por parte de Golf Alcorcón [sic] S.L. a Soto Once S.L., estableciendo el precio por el que se realizara tal transmisión, considerando el mismo pagado por la transmisión de derechos realizada, como pago a cuenta del importe. “manifestando en la escritura que se califica, “los comparecientes.... elevan a público el documento privado.... en virtud del cual se constituyó” (en pasado) “el derecho de superficie sobre la finca descrita por el precio de cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros y ventiocho [sic] céntimos”

El contrato privado protocolizado y elevado a público, parece contener una serie de derechos y obligaciones, siendo la primera la de constituir en el futuro un derecho de superficie sobre la finca 57.865 de Alcorcón y la segunda lo que parece ser una promesa de venta futura de la finca sobre la que se materialice previa su segregación, y dando ya por pagado el precio.

No sólo es que la constitución de tal derecho exija con carácter constitutivo el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro para su oponibilidad erga omnes, (la entonces vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo entonces el vigente, regulaba en su artículo 35.2 '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.' posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo, que mantuvo idéntica norma en su artículo 40.2, y que en la actualidad en el vigente 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, que lo derogo, se encuentra con idéntico contenido recogido en su artículo 53.2).. sino que además,

a.–En dicho documento privado, y a pesar de su confusa redacción, se niega que se esté constituyendo tal derecho de superficie.

b.–En la elevación a público presentada reconocen expresamente en el apartado cargas transcrito anteriormente, el acuerdo que tenían de constituir en el futuro un derecho de superficie, dando por supuesto que el contrato privado no lo constituía.

c.–Las partes intervinientes en dicho documento privado, ambas en situación de concurso, lo califican confusamente en sus respectivas masas. El adquirente de los derechos, Soto Once SL, describe su lote 11 de su masa concursal haciendo constar que dicho “derecho de superficie” no consta elevado a público ni por consiguiente inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, lo que implica que no haya quedado válidamente constituido. Por ello, en el contrato suscrito por las partes lo que realmente fue objeto de transmisión fueron -como así se hizo constar (“todos los Derechos y Obligaciones inherentes a dicho Derecho” pero no un derecho de superficie propiamente dicho.”, valorándolo en 166.358 euros; y a instancia de ese mismo adquirente, Soto Once SL, interpone una demanda incidental de impugnación de inventario del concurso del transmitente, Golf Alcorcón SL, para “reconocer en el inventario de la masa activa del concurso la existencia de un contrato de cesión de derecho de superficie”, el cual según el documento privado Soto Once SL había pagado por los derechos derivados del mismo cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros y ventiocho [sic] céntimos. Es decir, el transmitente (en el concurso de Golf Alcorcón SL), lo califica como un derecho de superficie ya constituido, que merma el valor de su finca en la cuantía fijada en el documento privado como precio de la transmisión de parte de la edificabilidad, más de cinco millones de euros, y el adquirente, (en el concurso de Soto Once SL), lo califica, tras negar la existencia del derecho de superficie, como “todos los Derechos y Obligaciones inherentes a dicho Derecho pero no un derecho de superficie propiamente dicho”, valorándolo en su plan de liquidación en 166.358,55, y cediendo tales derechos en 83.350 euros. Por lo que se hace necesario aclaración de las discordancias por la autoridad judicial del concurso.

2.º Así mismo, en el caso de que procedan a constituir actualmente el derecho de superficie en la forma resultante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato privado firmado por Golf Alcorcón SL, (titular registral de la finca), y Soto Once SL, (adquirente en su día en el contrato privado), dicho derecho de superficie se constituiría a favor de Dinarexo Iberia SL, (adquirente de los derechos derivados de dicho contrato por contrato de cesión en escritura pública de fecha 1 de marzo de 2.018). Pero el precio pagado y acreditado por Dinarexo Iberia SL, serán los 83.350 euros pagados por Dinarexo SL a Soto Once SL en dicha escritura de cesión de contrato, nunca los 5.634.505,28 euros que en el documento privado manifiesta Soto Once SL haber pagado a Golf Alcorcón SL por los derechos derivados del mismo.

3.º Además de ser necesario la constitución del derecho de superficie en escritura pública, en la misma habrá que describir y georreferenciar la parte de finca en la que se materialice dicho derecho de superficie, art 9 LH y 202 RH. Sí según el documento privado recaería sobre parte de la parcela, en concreto sobre la porción de la parcela en la que se sitúen en un futuro los 6.373.67 metros cuadrados de edificabilidad derivados de los usos principales y sobre la porción de la parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los usos alternativos, lo cual se definiría en el futuro al constituirse, y teniendo la finca registral una superficie de 54.787 metros cuadrados y una edificabilidad total máxima computable de 12.517 metros cuadrados, no bastará la descripción realizada en la diligencia de 1 de abril del presente año presentada telemáticamente en la que las partes aclaran que el derecho de superficie se concreta sobre superficie total de 45.758 metros cuadrados aproximadamente, y se describen linderos y acompaña plano (en el documento privado no se indicó ni la superficie ni en que parte de la finca se ubicarla ese derecho), sino que habrá que georreferenciar la ubicación de dicho derecho a constituir a los servicios, dichos períodos de conservación se determinarán de acuerdo

a la normativa fiscal y tributaria aplicable en cada momento. En todo caso, el Registro podrá conservar los datos por un tiempo superior a los efectos de poder inscribirlo y en su caso abrir folio independiente para claridad del registro.

En el plazo de quince días (...)

Alorcón, a 23 de julio de 2.019 El Registrador (firma ilegible y sello del Registro con el nombre y apellidos del registrador)».

### III

Contra la anterior nota de calificación, doña B. A. A. B., en nombre y representación de la mercantil «Dinanexo Iberia, S.L.», interpuso recurso el día 6 de septiembre de 2019 en virtud de escrito y en base a los siguientes argumentos:

«I. Que, con fecha 6 de agosto de 2019 me ha sido notificada la nota de calificación desfavorable emitida por la Sra. Registradora del Registro de la Propiedad núm. 2 de Alorcón, respecto de la solicitud de inscripción (i) de la escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de derecho de superficie otorgada el 21 de noviembre de 2018 ante el Notario de Madrid, D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 2.SS8 de su orden de protocolo, subsanada mediante sendas Diligencias de fechas 30 de noviembre de 2018 y 9 de abril de 2019; y (ii) de la escritura pública de cesión de contrato otorgada el 1 de marzo de 2018 ante el Notario de Madrid, D. Rafael Bonardell Lenzano, en sustitución de su compañero D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 485 de su orden de protocolo.

II. Que mediante el presente escrito, siguiendo instrucciones expresas de mi representada, entendiendo dicha calificación lesiva para mis intereses y no ajustada a derecho, respetuosamente y en escritos términos de defensa, mediante el presente escrito y al amparo del artículo 324 de la Ley Hipotecaria ("LH"), formulo recurso gubernativo ante la Dirección General de Registros y del Notariado.

III. Que el presente recluso se formula con base en los siguientes

#### I. Hechos y fundamentos de Derecho de la nota de calificación

1. Los tres documentos presentados a la inscripción y que resultaron objeto de calificación por la Sra. Registradora fueron:

(a) La escritura de 21 de noviembre de 2018 otorgada ante el Notario de Madrid, D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 2.558 de su protocolo general, por la administración concursal de la mercantil Golf Alorcón, S.L. -en fase de liquidación concursal- ("Golf Alorcón") y la mercantil Dinanexo Iberia, S.L. ("Dinanexo") de elevación a público del contrato de transmisión del derecho de superficie previamente suscrito por las mercantiles Golf Alorcón, S.L. (titular registral de la finca objeto de la escritura calificada), en calidad de transmitente, y Soto Once, S.L. -en liquidación concursal- ("Soto Once"), en calidad de superficiario adquirente, en virtud de la cual los comparecientes elevaron a público el documento privado por medio del cual sendas mercantiles constituyeron un derecho de superficie sobre la finca objeto de la escritura por un precio de 5.634.535,28 euros;

(b) la Diligencia de concreción del derecho de superficie de 1 de abril de 2019 unida a la anterior escritura; y

(c) la escritura pública de 1 de marzo de 2018 de cesión del contrato de compraventa de derechos de superficie otorgada ante el Notario de Madrid, D. Rafael Bonardell Lenzano, como sustituto de D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 485 de su protocolo general, en la cual Soto Once cedió a Dinanexo el contrato suscrito el 24 de diciembre de 2007 con la sociedad Golf Alorcón.

2. Los hechos objeto de examen para la calificación de los títulos presentados a la inscripción fueron:



1.1 La escritura de 21 de noviembre de 2018 de elevación a público del contrato de compraventa del derecho de superficie

3. El 21 de noviembre de 2018, la administración concursal de la mercantil Golf Alcorcón y la mercantil Dinanexo otorgaron escritura ante el Notario de Madrid, D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 2.558 de su protocolo general, mediante la que procedieron a elevar a público el contrato privado de compraventa de derecho de superficie, de fecha 24 de diciembre de 2007, suscrito por las mercantiles Golf Alcorcón (titular registral de la finca objeto de la escritura calificada), en calidad de transmitente, y Soto Once, en calidad de superficiario adquirente, en virtud de la cual los comparecientes elevaron a público el documento privado por medio del cual sendas mercantiles constituyeron un derecho de superficie sobre la finca objeto de la escritura.

4. Dinanexo es la mercantil cesionaria del contrato de compraventa del derecho de superficie. Dicha cesión se formalizó mediante escritura pública de 1 de marzo de 2018, otorgada ante el Notario de Madrid, D. Rafael Bonardell Lenzano, como sustituto de D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 48S de su protocolo general, en la cual Soto Once cedió a Dinanexo el contrato suscrito el 24 de diciembre de 2007 con la sociedad Golf Alcorcón.

5. Respecto de los pactos contenidos en el contrato elevado a público y que resulta el título presentado a inscripción, la estipulación primera del referido contrato privado de compraventa establece que "Golf Alcorcón transmite a Soto Once los derechos de superficie sobre una parte de la Parcela, en concreto sobre la porción de la Parcela en la que se sitúen en el futuro los 6.383,67 m<sup>2</sup> de edificabilidad destinados a los Usos Principales antes definidos, y sobre la porción de la Parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los Usos Alternativos".

6. La estipulación segunda de dicho contrato, relativa a la duración del derecho de superficie, establece que "La transmisión de los Derechos de Superficie quedan establecidos en 99 años, contados a partir del día del otorgamiento de la Escritura en que se formalice la Constitución de dicho Derecho".

7. La estipulación tercera del contrato fija el precio y la forma de pago de los derechos de superficie transmitidos en un importe total de 5.634.505,28 euros, incrementados en la cantidad de 901.520,84 euros correspondientes al IVA del 16%. El pago de la primera cantidad se realizó en dicho acto mediante transferencia bancaria, y el de la segunda cantidad mediante pagaré emitido a favor de Golf Alcorcón y con vencimiento el 25 de enero de 2008.

8. La estipulación quinta del contrato, bajo el título de "Segregación", recoge el compromiso de ambas partes de obligarse a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la constitución formal del derecho de superficie por 99 años y a la posterior segregación física y jurídica del "Suelo del Superficiario", para posteriormente proceder a la venta de dicha Parcela por parte de Golf Alcorcón a Soto Once, estableciendo el precio por el que se realizará la transmisión, considerando el mismo pagado por la transmisión de derechos realizada, como pago a cuenta del importe.

9. En la escritura de elevación a público del contrato privado de compraventa del derecho de superficie, en el apartado de cargas, a continuación de la descripción de la finca, en los párrafos 7.º y 8.º, se hizo constar que en la escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria de 25 de junio de 2008, otorgada ante el Notario de Madrid, D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 1.920 de su protocolo, suscrita entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia y Golf Alcorcón, se hizo constar lo siguiente: "Golf Alcorcón, S.L. tiene un acuerdo con la sociedad Soto Once, S.L., por el cual a requerimiento de éste se procederá a constituir un Derecho de Superficie sobre una parte de la Parcela, en concreto sobre la Porción de la Parcela destinada a los Usos Principales antes definidos, y sobre la Porción de la Parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los Usos Alternativos. En la hipoteca antes referenciada consta que en el momento en que se constituya dicho Derecho de Superficie, el mismo no se verá afectado por la garantía hipotecaria existente, de tal forma que queda libre de las cargas financieras antes referidas y constituidas, sin que ello suponga modificación ni

alteración alguna en las condiciones ni garantías reales del préstamo y que, en caso de que sea necesario, y a requerimiento de Golf Alcorcón, S.L. la entidad prestamista acudirá ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia”

#### 1.2 La Diligencia de concreción del derecho de superficie.

10. El 1 de abril de 2019 se remitió a este Registro, por vía telemática, una diligencia de esa misma fecha a la escritura de elevación a público antedicha, en la que comparecieron: (i) la administración concursal de Golf Alcorcón en su legal representación; (ii) Dinanexo, representada por su administradora única; y (iii) la mercantil Cador Iberia, S.A., en su condición de administradora única de Golf Alcorcón, y en la que las partes aclaran el derecho de superficie objeto de inscripción.

11. En este sentido, la referida diligencia señaló: “el derecho de superficie sobre la finca sita en Alcorcón (Madrid), al sitio de “(...)”, en el Plan Parcial del Sector PP-7, inscrita en el Registro de la Propiedad número 2 de Alcorcón, al tomo 1.571, libro 835, folio 110, finca número 57.865, de la sección segunda, se concreta sobre superficie total de 45.758 metros cuadrados, aproximadamente, que linda: al Norte, en línea mixta, recta, curva convexa y reta de 64,47, 161,24 y 21,29 metros, con la parcela de uso terciario dentro del PP7; al Este, en línea quebrada en dos tramos rectos de 12,70 y 49,30 metros, con parcela C-1, línea recta de 10 metros, con viario local parcela VI-1, línea quebrada en tres tramos rectos 80,02, 45,40 y 46,39 metros, con parcela B-I y curva convexa de 13,62 metros, con viario local parcela VI-1; al Sureste, en línea quebrada en cuatro tramos rectos de 30,09, 72,98, 52,39 y 45,98 metros, con límite de PP-7; al Suroeste, el línea quebrada en cinco tramos rectos de 121,19 metros, con parcela ZV-2.1; de 114,18 metros, con parcela R-3; de 130,62 y 40,26 metros, con parcela R-2-5, y de 29,43 metros, con parcela R-6”

1.3 La escritura pública de 1 de marzo de 2018 de cesión del contrato de compraventa de derechos de superficie.

12. En virtud de esta escritura pública, Soto Once cedió a Dinanexo el contrato de compraventa del derecho de superficie suscrito entre Golf Alcorcón y Soto Once el 24 de diciembre de 2007, por un precio de 83.350 euros.

13. Sendas mercantiles, Golf Alcorcón y Soto Once, se encuentran en situación de concurso de acreedores. En este sentido, en la escritura de 21 de marzo de 2018 se hace constar la situación de concurso de Golf Alcorcón (concurso abreviado 67/2015 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Madrid) y que, en el seno del mismo, Dinanexo quedará subrogado en la posición procesal del primero en el incidente concursal de impugnación de inventario, que finalizó con Sentencia de 31 de julio de 2018 que estimó la demanda y reconoció en el inventario de la masa activa del concurso la existencia de un contrato de cesión de derecho de superficie, cuya contraparte es Soto Once, y que como carga -en sentido amplio-, afecta a la finca 57.865 del Registro de la Propiedad número 2 de Alcorcón.

14. Respecto a la referida sentencia, la nota de calificación hace referencia a que no se ha podido verificar su autenticidad por falta de sello y firma, y referente alguno a documento electrónico relativo a la misma (...)

15. Por el contrario, en el inventario de la masa activa del concurso de acreedores de Soto Once, aparece como activo el denominado lote 11 que niega la existencia de un derecho real de superficie constituido válidamente como tal. En particular, en la escritura de cesión de contrato de 1 de marzo de 2018 se aprecia la existencia de un testimonio del auto dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid el 28 de junio de 2017 en el seno del concurso de Soto Once, autorizando la venta del contrato de cesión de derecho de superficie a favor de D.ª B. A. A. B. -quien optó por realizar la adquisición a través de Dinanexo-.

16. Del testimonio de dicho auto, resulta que el referido lote 11 está inventariado de la siguiente forma:

“lote 11. terrenos Alcorcón. Lote 11 Terrenos Valor s/ Inventario Definitivo (€) Terrenos Alcorcón 166.385,55. La partida corresponde a un ‘derecho de superficie’ sobre la porción de parcela de 6.383,67 m<sup>2</sup> de edificabilidad situada en la parcela de la calle (...), Alcorcón (Madrid), adquiridos por contrato privado de fecha 24 de diciembre de 2007 a la sociedad Golf Alcorcón, S.L. Como se indicó en su momento, dicho “derecho de superficie” no consta elevado a público ni por consiguiente inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, lo que implica que no haya quedado válidamente constituido (Art. 40.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Suelo) ni sea oponible a terceros. Para ello, en el contrato suscrito por las partes lo que realmente fue objeto de transmisión fueron –como así se hizo constar– ‘todos los Derechos y Obligaciones inherentes a dicho Derecho’ pero no un derecho de superficie propiamente dicho”.

17. Es decir, el inventario de la masa activa de Soto Once no niega que exista un derecho de superficie configurado, sino que advierte que el mismo no ha quedado aun válidamente constituido, al no haber sido elevado a público e inscrito en el Registro de la Propiedad dicho derecho a la fecha en que se elaboró dicho inventario. Sin embargo, como expondremos más adelante, esta circunstancia no supone que el referido derecho no se configurara válidamente mediante el contrato privado de 2007, sino que únicamente no habría sido formalmente constituido al faltar esos dos requisitos formales. Esta circunstancia fue completamente superada cuando se elevó a público dicho contrato y se solicitó su inscripción registral, por lo que el inventario de la masa activa, una vez se produzca la inscripción solicitada, deberá adaptarse a la nueva realidad jurídica del bien.

18. Tras realizar la anterior exposición de los hechos, la nota de calificación basa su negativa a la inscripción con base en tres fundamentos de derecho:

(a) Que el contrato privado de compraventa del derecho de superficie parece contener una serie de derechos y obligaciones para realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la constitución formal del derecho de superficie, y no un derecho de superficie como tal, basándose en:

(i) Que la redacción del documento privado es confusa y en el mismo parece negarse que se esté constituyendo un derecho de superficie;

(ii) que en la escritura de elevación a público de dicho contrato presentada a la inscripción, las partes reconocen en el apartado de cargas el acuerdo que tenían de constituir en el futuro un derecho de superficie, dando por supuesto que el contrato privado no lo constituía;

(iii) las partes intervinientes en el contrato privado, a la sazón Golf Alcorcón y Soto Once, califican dicho derecho de forma confusa en sus respectivas masas activas de sus concursos de acreedores. En este sentido, mientras Golf Alcorcón reconoce en su inventario de la masa activa la existencia de un contrato de cesión de derecho de superficie, calificándolo como un derecho de superficie ya constituido, por otro lado, Soto Once niega que dicho derecho haya quedado válidamente constituido al no constar elevado a público ni inscrito en el Registro, acotando el objeto de dicha transmisión a “todos los derechos y obligaciones inherentes a dicho derecho, pero no un derecho de superficie propiamente dicho “,

(b) Para el caso de que se procediera a constituir actualmente el derecho de superficie en la forma resultante de los derechos y obligaciones derivados del contrato privado de 24 de diciembre de 2007, el mismo se constituiría a favor del cesionario del contrato, Dinanexo, por lo que el precio serían los 83.350 euros pagados por éste a Soto Once por la cesión del contrato, y no los 5.634.505,28 euros que abonó Soto Once a Golf Alcorcón por los supuestos derechos del mismo.

(c) Resultaría necesario para la constitución del derecho de superficie, que en la escritura pública se describiera y georreferenciara la parte de la finca en la que se materialice dicho derecho de superficie (artículos 9 y 202 LH), no siendo suficiente la descripción realizada en la Diligencia de 1 de abril de 2019 presentada telemáticamente, en donde las partes aclaran que el derecho de superficie se concreta sobre la superficie total de 45.758 m<sup>2</sup> y se describen linderos y se acompaña plano, debiéndose georreferenciar la ubicación de dicho derecho a los efectos de poder inscribirlo.

19. Asimismo, resulta enormemente revelador que durante los trámites desarrollados por esta representación para la inscripción registral del título presentado, se haya procedido a aportar diversa documentación -i.e. contrato de cesión, autoliquidaciones tributarias, diligencia de delimitación espacial del derecho, etc. - solicitada por la Sra. Registradora, quién, en ningún momento, manifestó la imposibilidad de inscribir el derecho de superficie hasta que, en último término, se pronunció en dicho sentido en su nota de calificación.

20. Como expondremos a continuación en sede de fundamentación jurídica material, ninguno de los argumentos esgrimidos por la Sra. Registradora encuentran justificación jurídica para calificar desfavorablemente los documentos presentados a la inscripción y denegar la misma, por lo que, con atención a los motivos que se expondrán, este Centro Directivo deberá estimar el presente recurso, dictando resolución que ordene practicar la inscripción solicitada.

#### Fundamentos de Derecho.

##### I.-Jurídico-procesales

##### I. Competencia

##### 21. (...)

##### II.-Jurídico-materiales

I. El contrato privado de 24 de diciembre de 2007, posteriormente elevado a público, reúne todos los requisitos necesarios para configurar un derecho de superficie.

##### I.1 El régimen jurídico que configura el derecho de superficie

27. El derecho de superficie viene regulado en el Capítulo III, del Título VII, 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 ("LS").

28. El artículo 53 de la LS regula su contenido, su constitución y su 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.”

29. A su vez, el artículo 54 LS regula su régimen de 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.”

30. Del análisis de los referidos preceptos podemos extraer los elementos y el contenido que requiere la Ley para configurar adecuadamente un derecho de superficie.

## I.2 Elementos y contenido del derecho de superficie.

### (A) Elementos subjetivos

31. En relación con los elementos subjetivos del derecho de superficie, este exige que el concedente del derecho sea propietario de la finca que resulte gravada con el mismo (artículo 53.2 LS). En nuestro caso particular, Golf Alcorcón es plena propietaria' de la finca objeto del derecho de superficie que se configuró y, por ende, se reúne dicho requisito subjetivo de configuración.

32. Asimismo, respecto al adquirente del derecho o superficiario, la norma no impone ningún tipo de restricción, pudiendo resultar como tal, cualquier sujeto de derecho, público o privado, sin exigirse cualidad o requisito adicional alguno. En nuestro supuesto, tanto Soto Once en un primer momento, como Dinanexo posteriormente en



calidad de cesionaria, son sujetos de derecho aptos para ostentar la condición de superficiario.

(B) Elementos objetivos

(B.) El inmueble objeto del derecho de superficie

33. El inmueble gravado con el derecho de superficie, como hemos indicado, es un inmueble titularidad al 100% de la mercantil Golf Alcorcón y, por ende, se trata de una finca ajena para Soto Once, y también para Dinanexo. Se cumple el requisito de que dicho derecho se constituya sobre finca ajena.

34. Además, en el expositivo I del contrato de 24 de diciembre de 2007 se identifica de forma clara y exhaustiva la parcela sobre la que se configura el derecho de superficie, haciendo referencia a sus datos registrales, catastrales, a su superficie, delimitación, usos y edificabilidad.

(B.2) La delimitación del derecho de superficie

35. Por otro lado, en la estipulación primera del contrato, referida al objeto. Golf Alcorcón y Soto Once delimitaron la superficie sobre la que se configuraba el derecho de superficie a constituir. “Mediante el presente Contrato Golf Alcorcón transmite a Soto Once los Derecho de Superficie sobre una parte de ‘la Parcela’, en concreto sobre la Porción de ‘la Parcela’ en la que se sitúen en el futuro los 6.383,67 m2 de edificabilidad destinados a los Usos Principales antes definidos, y sobre la porción de la Parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los Usos Alternativos”.

36. Asimismo, mediante Diligencia de 1 de abril de 2019 a la escritura de elevación a público del contrato privado se delimitó la superficie física de la finca sobre la que se concretaba el derecho de superficie. En consecuencia, el derecho configurado cumple con este requisito y lo convierte en apto para proceder a su inscripción.

(B.3) La contraprestación pactada

37. El artículo 53.3 LS establece que el derecho de superficie puede otorgarse de forma onerosa o gratuita. Para el caso de que se prevea una transmisión onerosa del mismo, el precio que medie en la constitución de dicho derecho real podrá ser una suma a tanto alzado.

38. La estipulación tercera del contrato prevé un precio de 5.634.505,28 euros más IVA del 16%, por lo que el contrato que configura el derecho de superficie reúne dicha característica y delimita de forma clara e indubitada la contraprestación onerosa asociada a la constitución del derecho de superficie.

39. En cualquier caso, el argumento esgrimido por la Sra. Registradora en su motivo segundo de la nota de calificación impugnada, en el que se señala que, para el caso de que se entendiera formalmente constituido en este momento el derecho de superficie, el precio que debiera considerarse son los 83.350 euros de la cesión del contrato y no los 5.634.505,28 euros del originario contrato de configuración y transmisión del derecho, resulta completamente ajeno e irrelevante a los efectos de proceder a la inscripción registral del título.

40. En este sentido, recuérdese que el derecho de superficie puede configurarse a título oneroso o a título gratuito, por lo que la consideración de qué precio afecta al mismo y respecto de qué partes implicadas, es una cuestión que simplemente tendrá su relevancia a los efectos de las relaciones jurídico privadas que medien entre dichas partes, y no a los efectos de analizar la procedencia de inscribir en el Registro el título que configura el derecho de superficie.

(B.4) La duración del derecho de superficie

41. La configuración del derecho de superficie debe tener una duración limitada en el tiempo. En concreto, la duración de este derecho real será la que se pacte en el

contrato de constitución del mismo, que nunca podrá exceder el límite de 99 años previsto en el artículo 53.2 LS.

42. La estipulación segunda del contrato constitutivo del derecho fija, precisamente, dicho plazo de duración en 99 años, por lo que cumple con los requisitos legalmente establecidos para configurar este derecho.

(C) Elementos formales

43. Como resulta sobradamente conocido por este Centro Directivo, para que el derecho de superficie quede válidamente constituido se requiere su formalización en escritura pública y la inscripción en el Registro de la Propiedad (artículo 53.2 LS).

44. Pues bien, reuniendo el contrato configurador del derecho de superficie cuya inscripción se solicita todos los elementos, contenidos y requisitos necesarios para configurar el mismo, el 21 de noviembre de 2018, las partes titulares de los derechos configurados en dicho contrato, elevaron a público el mismo y procedieron a solicitar su inscripción en el Registro de la Propiedad.

45. A efectos configuradores del mismo, si el título configurador del derecho -a la sazón, el contrato privado de 24 de diciembre de 2007- reunió todos los elementos y requisitos necesarios para constituir el mismo, el hecho de que su elevación a público y solicitud de inscripción registral se produzca con posterioridad no es óbice para que se proceda a dar curso a su inscripción como requisito formal constitutivo del derecho.

(D) Contenido del derecho de superficie

46. El contrato de constitución del derecho de superficie cuya inscripción se solicita reúne todos los elementos esenciales de su contenido:

- (a) delimita el derecho real de superficie que grava una finca ajena;
- (b) atribuye al superficiario la facultad de realizar construcciones o edificaciones en la rasante, en el vuelo y en el subsuelo de esa finca ajena, y le faculta para mantener, disfrutar y disponer de la propiedad temporal de dichas construcciones o edificaciones a realizar hasta la finalización de su duración;
- (c) prevé un plazo de vigencia de 99 años, elemento esencial para su configuración como derecho temporal;
- (d) establece las facultades de las partes para delimitar el "suelo del propietario" y el "suelo del superficiario", dónde se realizará la edificación prevista de una escuela de prácticas de golf;
- (e) configura la posibilidad de transmisión y gravamen del derecho de superficie, lo que habilita la posterior cesión del contrato a favor de Dinanexo.

1.3 El contrato privado de 24 de diciembre de 2007 reúne todos los elementos necesarios para configurar el derecho de superficie a inscribir.

47. Expuestos y analizados los elementos y requisitos configuradores del derecho de superficie, podemos concluir, sin ambages, que el contrato privado de 24 de diciembre de 2007 reúne todos los elementos y contenido necesario para configurar el derecho de superficie cuya inscripción se solicita. Las partes configuraron un derecho de superficie cuya constitución formal quedaba supeditada al otorgamiento de la correspondiente escritura pública e inscripción registral.

48. La cuestión nuclear a analizar en el presente recurso no versa sobre si los requisitos formales de constitución del derecho de superficie (escritura pública e inscripción registral) resultan de necesaria concurrencia para dicha constitución, sino sobre si el contrato constitutivo del derecho de superficie reúne todos los requisitos necesarios para configurar el citado derecho y, una vez fue elevado a público, dicho título debe ser inscrito en el Registro para constituir formalmente el derecho de superficie previamente configurado.

49. En consecuencia, no se pretende que se otorgue carácter constitutivo, formalmente hablando, al derecho de superficie con carácter previo a su inscripción, sino que, reuniendo el título presentado a la inscripción todos los elementos y requisitos exigidos para la configuración de un derecho real de superficie, se proceda a inscribir dicho título, momento a partir del cual se habrá constituido formalmente el precitado derecho.

50. El fundamento de derecho primero de la nota de calificación niega la inscripción al considerar que el contrato privado no está constituyendo un derecho de superficie como tal, aludiendo a la previsión contenida en la estipulación quinta del contrato, en la que las partes “se comprometen y obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la constitución formal del Derecho de Superficie”, y que en la elevación a público se manifiesta expresamente en el apartado de cargas que las partes tienen un acuerdo para constituir el referido derecho.

51. Respetuosamente consideramos que dichos argumentos son erróneos, pues con motivo de la exigencia de los requisitos formales necesarios para constituir el derecho de superficie (otorgamiento de escritura pública e inscripción registral), ambas partes se obligaron a adoptar en el futuro dichas formalidades para constituirlos, pero ello no significa que el título constitutivo –el contrato privado– careciera de los elementos necesarios para configurar un derecho de superficie, sino más bien todo lo contrario, tal y como hemos analizado.

52. Por ello, de la literalidad de los pactos alcanzados en el contrato privado de diciembre de 2007, se extrae que el mismo configura un derecho de superficie a favor de Soto Once de forma completa, clara y exhaustiva (delimitación física, precio, duración temporal limitada, derechos de construcción, etc.). Posteriormente, la superficiaria Soto Once cedió dicho contrato privado a Dinanexo -cesión permitida según el contrato configurador del citado derecho-, compareciendo ante Notario con la propietaria concedente del derecho (Golf Alcorcón) y procediendo a la elevación a público del mismo.

53. Es decir, el derecho reunía todos los requisitos subjetivos, objetivos y de contenido necesarios para configurarse como un derecho de superficie desde 2007, y las partes no formalizaron dicha constitución hasta el otorgamiento de la escritura pública presentada a la inscripción.

54. En definitiva, las partes sí configuraron un derecho de superficie en el referido contrato privado y realizaron los formalismos para su constitución con su elevación a público y su posterior solicitud de inscripción, por lo que no puede aceptarse como argumento denegatorio válido el de que dicho documento privado no constituía un derecho de superficie como tal en 2007. Se dieron los requisitos y elementos configuradores y se procedió a formalizar con posterioridad, por lo que el juicio de legalidad que debió realizar la Sra. Registradora –y el que ahora debe verificar este Centro Directivo– deberá ceñirse a comprobar si el documento privado reunió esos requisitos y contenidos exigidos, y no si en ese momento temporal se había constituido el referido derecho.

55. El argumento de la Sra. Registradora se trata de un razonamiento circular, que no puede servir a los efectos de denegar la inscripción, pues siendo la escritura pública y la inscripción requisitos formales constitutivos, resulta evidente que hasta que no se produzcan ambos no se habrá constituido formalmente tal derecho. Pero no es esa circunstancia la que debiera haberse analizado por la Sra. Registradora, pues entonces nos encontraríamos con el absurdo de que hasta que el Registro practicara la inscripción no estaría constituido el derecho, ergo, no habiéndose practicado la inscripción, no habría derecho constituido y debiera denegarse toda inscripción de un derecho de superficie.

56. Cuando un derecho exige como requisito formal de constitución el otorgamiento de escritura pública y su inscripción registral, el análisis y juicio de legalidad que debe realizar el Registrador debe centrarse en si el negocio jurídico y el título que lo documenta reúnen los requisitos legalmente exigidos para configurar tal derecho.

Sentado lo anterior, una vez verificada su concurrencia, procederá acceder a la inscripción de la escritura pública otorgada.

57. En nuestro caso sucede precisamente esto. El contrato privado reúne todos los requisitos exigidos para configurar un derecho de superficie. El Notario autorizante otorgó la referida escritura de elevación a público al comprobar que el contrato cumplía con dichos requisitos, y la Sra. Registradora debería haber practicado la inscripción del título tras comprobar que los elementos subjetivos, objetivos y de contenido recogidos en el título configuran un derecho de superficie válido y eficaz.

58. Por todo ello, cabe concluir que el derecho de superficie fue configurado en el documento privado de diciembre de 2007 y constituido mediante la escritura de elevación a público del mismo de 21 de noviembre de 2018. En este sentido, la Resolución núm. 9441/2016 de la DGRN de 28 septiembre 2016 [RJ\2016\5261], en un supuesto de inscripción de un derecho de superficie, entendió que la fecha en la que debe entenderse constituido el mismo es la de otorgamiento de la escritura de elevación a público del documento privado.

“Por ello, el derecho de superficie cuestionado debe entenderse constituido mediante la escritura de elevación a público de documento privado otorgada el 26 de abril de 2016. es decir en un momento en que, como afirma la registradora en el fundamento de Derecho tercero de la nota de calificación, no se trataría de un derecho de superficie para construir una edificación sino de un derecho de superficie que recae sobre edificio construido con anterioridad a la constitución de tal derecho, que atribuye al superficiario temporalmente la propiedad separada de las construcciones ya realizadas (cfr. artículos 564-1 y 564-2 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del libro quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales).”

59. Aplicando la referida doctrina de este Centro Directivo, y tomando en consideración que el contrato privado reúne todos los elementos y requisitos necesarios para configurar un derecho de superficie, se deberá entender que el mismo se constituyó en la fecha de otorgamiento de la escritura de elevación a público de dicho contrato y, en consecuencia, ningún impedimento existe para proceder a inscribir registralmente el mismo.

60. No obstante lo anterior, si este Centro Directivo pudiera entender que el documento privado configurador del derecho de superficie es confuso en cuanto a la concurrencia de alguno de los requisitos necesarios para delimitar dicho derecho, quod non, deberá atender a las reglas de interpretación de los contratos establecidas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil que, ante la posible existencia de términos contradictorios en los contratos, establece como criterio prevaleciente la “intención evidente de los contratantes”, para lo que deberemos analizar los actos coetáneos y posteriores al contrato.

61. La Resolución núm. 9724/2017 de la DGRN de 27 julio de 2017 [RJ 2018\6099], que estimó el recurso gubernativo interpuesto contra la nota de calificación de un Registrador que denegó la inscripción de una escritura de constitución de una subcomunidad para el servicio centralizado de calefacción y agua caliente en relación con la Ley de Propiedad Horizontal, expone el régimen de aplicación de las normas de interpretación de los contratos para conocer la verdadera intención de las partes a la hora de configurar los acuerdos de la comunidad. Dicha doctrina resulta completamente extrapolable a la configuración y constitución de nuestro derecho de superficie.

“La interpretación de dichos actos está encaminada a averiguar el sentido de una declaración o comportamiento negocial y sus efectos jurídicos. De la misma manera que existen reglas que disciplinan la interpretación de las normas jurídicas (recogidas en el art. 3 del Código civil), tienen que existir reglas que gobiernen la interpretación de los negocios jurídicos. Sin embargo, cuando se interpreta una norma jurídica el intérprete debe limitarse a liberarla de dudas y oscuridades; mientras que cuando se interpreta un negocio jurídico, quien lo hace, además de eliminar las eventuales dudas, debe tratar de encontrar la voluntad de la persona o personas que dieron lugar al mismo. Las reglas generales sobre interpretación de los negocios jurídicos están recogidas en el Código

civil, que contiene normas bastante detalladas sobre la interpretación de los contratos (arts. 1281 a 1289). Ahora bien, cuando se vaya a interpretar un negocio jurídico, habrá que estar a la naturaleza de cada negocio (no será lo mismo interpretar un testamento que la constitución de una hipoteca); además, si la naturaleza jurídica del negocio jurídico a interpretar lo permite, será posible aplicar con carácter subsidiario las normas sobre interpretación de los contratos.

Estas normas descansan en tres principios rectores: 1.º) La búsqueda de la voluntad real de las (contratantes) partes. 2.º) El principio de conservación del contrato, en el sentido que la interpretación debe dirigirse a que el negocio jurídico o cláusula discutida del mismo sea eficaz: y, 3.º) El principio de buena fe. Cabe la posibilidad que el tipo de negocio creado carezca de una regulación específica en la ley, a pesar de esta carencia, el negocio puede ser válido y eficaz, en base al principio de la autonomía de la voluntad, siempre que no se oponga a la ley o al orden constitucional (art. 1255 del Código civil).

Debe destacarse que las reglas sobre interpretación del negocio jurídico contenidas en el Código civil son vinculantes para Jueces y Tribunales y, también, para, aquellas personas que han de interpretar y aplicar el Derecho. La primera norma de interpretación a la que se refiere el CC está contenida en el art. 1281 y dispone que si 'los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas. Si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquella'. Para un sector de la jurisprudencia y doctrina española este precepto establece una presunción a favor del sentido literal como medio principal de interpretación por delante de la intención de las partes. Desde otros sectores, sin embargo, se pone agudamente de manifiesto que el art. 1281 CC es 'falso en términos absolutos' ya que 'para determinar si una cláusula aparentemente clara lo es en verdad hay antes que haberla interpretado'. En otros términos, la consideración de que una cláusula es claro reflejo de la voluntad de las partes, es, por si misma, una labor de interpretación de lo declarado por la [sic] partes. De ahí que se pueda sostener que el art. 1281 CC encierra una declaración de principio que tiene por finalidad principal evitar que la interpretación sea un pretexto para tergiversar la intención de la [sic] partes. Esta idea se encuentra expresada, a nuestro juicio, con toda claridad en el art. 57 del C. de c. cuando dispone que los contratos mercantiles se ejecutarán y cumplirán 'sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas'. Todo lo cual lleva a concluir que lo esencial es conocer la intención de los declarantes, teniendo ésta primacía sobre el tenor literal. En la jurisprudencia del Tribunal Supremo español no faltan sentencias en las que en la ratio decidendi para aplicar el art. 1281 CC se está haciendo en realidad una interpretación previa de si el tenor literal es claro o no, para la que se recurre a los otros medios de interpretación recogidos en el art. 1281 CC y ss. Sin embargo, también nos encontramos con otras decisiones del Tribunal Supremo que en algunas sentencias ha considerado que el art. 1281 CC contiene dos reglas independientes, tenor literal e intención de las partes, teniendo prevalencia la primera sobre el resto de reglas de interpretación.

En el caso que nos ocupa vemos que la intención de la Junta General era la modificar el título constitutivo para descentralizar la calefacción y, al mismo tiempo, permitir que los vecinos no conformes con dicha descentralización pudieran crear una Subcomunidad o Comunidad independiente de la Comunidad principal para la gestión y mantenimiento de la aquella, siempre y cuando cumplieran con los requisitos que establecía la Junta General. No hay por tanto duda del tenor de los acuerdos adoptados y de la intención de las partes.

El art. 1282 CC dispone: 'para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de éstos, coetáneos y posteriores al contrato'. La doctrina del Tribunal Supremo español es constante al destacar la relevancia que tiene toda la actuación de las partes que conduce a la celebración del contrato, incluyendo, por supuesto, los actos anteriores a la perfección del mismo, aunque el referido precepto no los mencione. Así, el art. 8.3 de la Convención de Viena sobre Compraventa



Internacional de Mercaderías dispone que para determinar 'la intención de una parte o el sentido que habría dado una persona razonable deberán tenerse debidamente en cuenta todas las circunstancias pertinentes del caso, en particular las negociaciones, cualesquiera prácticas que las partes hubieran establecido entre ellas, los usos, y el comportamiento ulterior de las partes'. Esto significa que para reconstruir la voluntad de las partes, el intérprete se puede valer de todo el bagaje de relaciones, actos y declaraciones realizadas por los intervinientes antes de la celebración del contrato, lo que incluye no solo los tratos preliminares, entendiéndose por estos todas aquellas ofertas y contraofertas que se realizaron en el iter contractual concreto, sino también todo tipo de declaraciones auxiliares o complementarias que las partes hayan efectuado en ese periodo en relación con el contrato. En esta misma línea, no cabe duda de que las declaraciones de intenciones o confort letters constituyen también un medio idóneo para interpretar la voluntad de las partes. Asimismo, en relaciones jurídicas duraderas o de tracto sucesivo que se hayan formalizado en diferentes contratos, la práctica seguida por las partes en las relaciones jurídicas anteriores condiciona la interpretación de los contratos celebrados y ejecutados con posterioridad. La fuerza interpretativa de este medio depende de la relevancia de los actos de las partes, en el sentido de que deben tratarse de actuaciones de las partes directamente conectadas con la celebración, ejecución y cumplimiento del contrato, entendiéndose que no se pueden excluir las declaraciones unilaterales, aunque las mismas no puedan ser consideradas como reveladoras de una intención común. De los actos de la Comunidad principal se interpreta que la voluntad de aquella era la de permitir que se creara una Subcomunidad o Comunidad independiente con los efectos y consecuencias que ello conllevara. Y que ello se ha realizado con todos los requisitos que exige la ley, en cuanto a quórum de las votaciones, para la modificación del título constitutivo.

El art. 1284 CC dispone que si 'alguna cláusula de los contratos admitiere diversos sentidos, deberá entenderse en el más adecuado para que produzca efecto'. Esta norma es consecuencia del principio de conservación de los contratos que preside toda la tarea interpretativa que, entendida en sus justos términos, implica que todo el contrato, y no solo una cláusula concreta, debe ser interpretado en el sentido de que produzca algún tipo de efecto jurídico. El contenido normativo del art. 1284 CC supone que, en caso de que el intérprete se encuentre ante dos posibles interpretaciones, dónde una no produce ningún efecto jurídico y otra sí, debe optar por esta última. Ahora bien, cuestión distinta es que la disyuntiva sea entre dos interpretaciones que producen efectos jurídicos. Para estos supuestos el favor negotii del art. 1284 CC no ofrece solución, siendo necesario acudir a los restantes medios de interpretación para decidir cuál debe ser el efecto jurídico que ha darse a las cláusulas contractuales controvertidas. En estos casos, habría que poner en relación este precepto con el contenido del art. 1286 CC, según el cual los contratos deben interpretarse en el sentido que sea 'más conforme a la naturaleza y objeto del contrato'.

La Comunidad principal quería que el acuerdo adoptado produjera un efecto jurídico que no era otro que eximirle de las obligaciones que suponen el mantenimiento y conservación del antiguo sistema de calefacción central. Por ello autorizan la creación de una Subcomunidad, que supone gestione dicho sistema de calefacción y se encargue de la conservación y mantenimiento de todos los elementos que lo integran. Por su parte, el art. 1285 CC establece que las 'cláusulas de los contratos deberán interpretarse las unas por las otras, atribuyendo a las dudosas el sentido que resulte del conjunto de todas'. Este precepto recoge la denominada interpretación sistemática, que no trata de suplir la voluntad de las partes objetivada en el tenor literal de sus declaraciones, sino que tiene la finalidad de descubrir la intención de las mismas en el marco general de los contratos que componen la relación jurídica entre las partes. No se trata pues de una norma de tipo objetivo, sino claramente subjetiva, derivada de que el principio fundamental de la interpretación es la reconstrucción de la voluntad de las partes (spectanda es voluntas). La interpretación sistemática implica que el intérprete no debe proceder a una interpretación aislada de las cláusulas contractuales, sino que debe ponerlas todas en

conjunto y en conexión con la finalidad y naturaleza jurídica del contrato que las partes han tenido el propósito de celebrar.

Por último el art. 1286 CC dispone que las ‘palabras que puedan tener distintas acepciones serán entendidas en aquélla que sea más conforme a la naturaleza y objeto del contrato’. Más allá de la concreta adscripción de este medio de interpretación como norma de carácter objetivo o subjetivo, puede decirse con seguridad que este precepto presupone una labor de calificación previa del contrato, la cual, a su vez, presupone la previa interpretación del contrato. Efectivamente, la labor de reconstrucción de la intención de la [sic] partes puede comprender en muchos casos, la previa determinación del tipo contractual pretendido. Desde esta perspectiva el art. 1286 CC es una norma de interpretación de segundo grado, es decir, que entra en juego una vez que la labor de interpretación ha descubierto (calificado) qué tipo de relación contractual han querido las partes. Este precepto complementa el contenido normativo del art. 1284 CC que, como vimos anteriormente, establece el favor negotii, es decir, que las cláusulas contractuales deben interpretarse en el sentido que produzcan algún tipo de efecto jurídico. Como conclusión final sólo queda decir que en el normal funcionamiento de las comunidades de vecinos se adoptan decisiones que suponen una modificación del título constitutivo pero por razones prácticas no se hace con las formalidades que se debiera.”

62. Incluso podríamos hacer eco de la doctrina jurisprudencial sentada por nuestro Tribunal Supremo que, en su Sentencia núm. 773/2013, de 10 diciembre de 2013 [RJ 2014V355], diferenció la constitución del derecho de superficie en su modalidad urbanística, como instrumento que emplea Administración para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones y que debe someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo –requisitos formales de constitución: escritura pública e inscripción registral–, de la creación de un derecho de superficie entre particulares, en donde no resultaría exigible la inscripción registral para su constitución, en atención al principio espiritualista de libertad de contratación del artículo 1278 del Código Civil.

“La jurisprudencia flexibilizó las exigencias de este precepto [que fijaba los requisitos formales de constitución del derecho de superficie]. La sentencia de esta Sala núm. 1110/2002, de 26 de noviembre, profundizando en la línea antiformalista marcada por las sentencias de 1 de febrero de 1979 y 15 de junio de 1984 (RJ 1984. 32431 para la constitución del derecho de superficie entre particulares, destacó que la Ley del Suelo previera la posibilidad de que los particulares constituyan derechos de superficie, y consideró que debía concederse especial relevancia a la diversa naturaleza de los sujetos que en cada caso intervienen, a la actuación que los mismos desarrollan y a las finalidades que por ellos se persiguen. Con base en esta regulación, consideró que junto a la modalidad ‘urbanística’ del derecho de superficie, que constituía uno de los instrumentos de que la Administración desea valerse para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas o de otras edificaciones determinadas en los Planes de Ordenación, y que debía someterse a los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, podía distinguirse otra modalidad, la ‘urbana común o clásica’, que por dar satisfacción a intereses puramente particulares y recaer sobre suelos de esta naturaleza, no tenía por qué verse afectada por una regulación distinta de la que establece el Derecho Civil. Por ello, consideraba la Sala en esa sentencia que los preceptos imperativos de la Ley del Suelo, al constituir una importante excepción de principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente podían encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallaran en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, pero que carecían del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas. De ahí que se afirmara que el Tribunal Supremo no había exigido, para la creación entre particulares de un derecho de

superficie, la inscripción registral del mismo con carácter constitutivo, precisamente en atención al principio espiritualista de libertad de contratación que proclama el artículo 1278 del Código Civil. En el caso objeto de este recurso, si bien es cierto que en la constitución del derecho de superficie intervino una administración pública, lo cierto es que lo hizo como superficiaria, y no como constituyente del derecho de superficie para intervenir en el mercado del suelo y promover la construcción de viviendas, por lo que podría considerarse que no eran aplicable la regulación de los requisitos formales contenida en la Ley del Suelo para el derecho de superficie urbanístico.”

63. Nuestro caso particular ni siquiera precisa de la invocación estricta de dicha doctrina jurisprudencial, pues tanto la propietaria de la finca como la superficiaria otorgaron escritura de elevación a público del contrato privado de cesión del derecho de superficie y solicitaron su inscripción registral, es decir, cumplieron con las formalidades constitutivas exigidas. Pero no es menos cierto, que la doctrina expuesta, coadyuva a considerar procedente, y conforme a derecho, el que el derecho de superficie sea inscrito en el Registro de la Propiedad.

64. En este sentido, resulta fuera de toda duda que tanto propietaria concedente como la superficiaria (tanto la originaria y la cesionaria) quisieron constituir un derecho de superficie, y todos los actos desarrollados por aquéllas así lo atestiguan. Recuérdese que se ha elevado a público el contrato privado, se han realizado diligencias de adición a dicha escritura, se ha presentado a la inscripción dicho título, se ha pagado el precio, se han autoliquidado los correspondientes impuestos y, en definitiva, se han realizado cuantas gestiones han sido requeridas para lograr la inscripción del referido derecho.

1.4 Las masas activas del concurso de GOLD Alcorcón y Soto Once son dinámicas y deben actualizarse temporalmente incorporando las situaciones jurídicas que afectan a los bienes y derechos que las integran.

65. El artículo 76 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (“LC”) establece el principio de universalidad de la masa activa del concurso, señalando que:

“1. Constituyen la masa activa del concurso los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración de concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento.”

66. En este sentido, por resultar enormemente didáctica, Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 7 de Madrid de 28 enero 2008 [AC 2008\356] recoge este principio de universalidad y este dinamismo del inventario de la masa activa de los concursos de acreedores.

“Sobre esta cuestión ya se ha pronunciado este Juzgador en otra sentencia dictada en el incidente 397/2007 dimanante de este concurso. Se indicaba en la referida sentencia que: a diferencia de lo que ocurre con la lista de acreedores, que en un momento pasa a ser definitiva, la masa activa v. en consecuencia, el inventario, tiene un carácter dinámico, pues según el artículo 76 de la Ley concursal. la masa activa está integrada por todos los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor o que se reintegren o adquieran desde la fecha de la declaración del concurso hasta la conclusión del procedimiento. Quiere ello decir que el inventario no está cerrado y puede ampliarse o reducirse a lo largo de todo el procedimiento. Como se indica en la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 11 de junio de 2007 (AC 2007,1695): ‘El inventario no cumple la finalidad de determinar con exactitud la masa activa -como si ocurre con la lista de acreedores’, sino de informar sobre ella a los acreedores afectados por un posible convenio o de orientar la liquidación, en su caso.”

67. Esta previsión lo que indica es que, tanto los bienes incluidos en el inventario, como las cargas y gravámenes asociadas a los mismos, pueden mutar a lo largo del desarrollo del procedimiento concursal y dicho cambio se producirá como consecuencia

de los negocios jurídicos que se practiquen sobre los bienes objeto de las mismas - enajenación, adquisición, gravamen, constitución de derechos reales, etc.

68. Por ello, la divergencia advertida por la Sra. Registradora respecto del reconocimiento del derecho de superficie en los inventarios de los concursos de Golf Alcorcón y de Soto Once, resulta irrelevante a los efectos de enjuiciar la legalidad y la validez del título presentado a la inscripción y de proceder a la misma en el caso de que aquél reúna los requisitos y contenido necesario para configurar el derecho.

69. En este sentido, la secuencia lógica deberá ser que la Sra. Registradora evalúe, califique e inscriba y, si dicha inscripción implica una modificación del estado de cargas del bien inventariado, la administración concursal correspondiente deberá adaptar y adecuar el inventario de bienes y derechos de la concursada a la nueva situación jurídica surgida. En nuestro caso particular, una vez inscrito el derecho de superficie, la administración concursal de Soto Once deberá proceder a adaptar el inventario de bienes y derechos del concurso e incluir este derecho real como una carga del bien afecto, tal y como constará en su correspondiente hoja registral.

70. En consecuencia, resulta contraria a derecho la argumentación esgrimida por la Sra. Registradora en su nota de calificación relativa a que existiendo una divergencia en la configuración de las masas activas de los concursos de la propietaria y de la superficiaria, tal circunstancia motiva la denegación de la inscripción.

71. Nada más lejos de la realidad, los administradores concursales, precisamente, analizan la situación jurídica de los bienes y derechos de la concursada conforme a la información que se les proporciona al momento de elaborar su inventario, pero su tarea de formación del inventario no supone ninguna potestad configuradora o denegadora de derechos. Dicha tarea concierne a la Sra. Registradora –y a este Centro Directivo, o los Tribunales en su defecto–, mediante el juicio de calificación y la práctica del examen de legalidad del título presentado.

72. Por ello, si la constitución formal del derecho de superficie se produce con la elevación a público del contrato privado y su posterior solicitud de inscripción registral, y esta circunstancia se sitúa temporalmente con posterioridad a la formación del inventario de la superficiaria, se deberá: (i) proceder a inscribir el referido título y (ii) adecuar la situación jurídica del activo en el citado concurso de acreedores, reconociendo la carga del derecho de superficie válidamente constituido.

1.5 No existe ningún problema de oponibilidad de este derecho de superficie, una vez se constituya formalmente, respecto al titular de la hipoteca sobre la finca en la que se configura el derecho de superficie.

73. De los argumentos expuestos en la nota de calificación, parece advertirse - aunque no se razona de forma clara ni precisa por parte de la Sra. Registradora-, que la ausencia de cumplimiento de los requisitos formales de constitución del derecho de superficie supone la inoponibilidad erga omnes del mismo.

74. Obviamente, dicho razonamiento es correcto, pero resulta intrascendente a nuestro supuesto particular, pues la única parte relacionada con esta inscripción será el acreedor hipotecario de la finca sobre la que se constituye el derecho, quien no resulta un tercero de buena fe a los efectos de gozar de la protección del artículo 34 LH. pues al momento de la adquisición del préstamo hipotecario y su subrogación en la posición del prestamista acreedor garantizado con la hipoteca, conocía la existencia del contrato de configuración del derecho de superficie y los acuerdos alcanzados para proceder a su formalización sin que dicho derecho se viera afectado por la garantía hipotecaria constituida.

75. El artículo 34.2 LH establece que “La buena fe del tercero se presume siempre mientras no se pruebe que conocía la inexactitud del Registro”, por lo que, incluso el argumento de que el titular de la hipoteca no advirtió ninguna referencia al derecho de superficie en la hoja registral de la finca al momento de subrogarse en el préstamo y la hipoteca, resultaría desvirtuado por el hecho de que en la escritura del préstamo

hipotecario en el que se subrogó, precisamente, figure esta referencia a los acuerdos alcanzados para constituir el derecho de superficie.

76. Como hemos expuesto en el párrafo 9 del presente escrito, en dicha escritura de constitución de préstamo con garantía hipotecaria de 25 de junio de 2008, otorgada ante el Notario de Madrid, D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 1.920 de su protocolo, suscrita entre Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia y Golf Alcorcón, se hizo constar la existencia del contrato privado suscrito entre Golf Alcorcón y Soto Once mediante el que se configuraba el derecho de superficie y se indicaba que las partes procederían a su constitución dando cumplimiento a los requisitos formales de elevación a público e inscripción registral (...)

77. Pero, a los efectos ahora discutidos, lo más relevante a destacar es la manifestación del expositivo e) del apartado de cargas de dicha escritura, que señala de forma clara y contundente que: “En la hipoteca antes referenciada consta que en el momento en que se constituya dicho Derecho de Superficie, el mismo no se verá afectado por la garantía hipotecaria existente, de tal forma que queda libre de las careas financieras antes referidas y constituidas, sin que ello suponga modificación ni alteración alguna en las condiciones ni garantías reales del préstamo y que, en caso de que sea necesario, y a requerimiento de Golf Alcorcón. S.L. la entidad prestamista acudirá ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia”

78. Esta previsión volvió a reiterarse en la escritura pública de 21 de noviembre de 2018, que sirve de título presentado a la presente inscripción, por lo que resulta manifiestamente claro que la configuración y posterior constitución del derecho de superficie es ajena e independiente a la garantía hipotecaria constituida sobre la finca.

79. Por ello, el actual titular de la hipoteca constituida sobre la finca, a la sazón Lyon 2018 Investments, S.L., se subrogó en todas las obligaciones y pactos suscritos en el préstamo hipotecario que adquirió, incluida la previsión de que el derecho de superficie que formalmente se constituyera por la propietaria y la superficiaria no se vería afectado por la existencia de dicha hipoteca. Es más, incluso deberá asumir la obligación de acudir ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia a requerimiento de Golf Alcorcón.

80. En este sentido, la Sentencia núm. 618/2014 del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1.ª), de 6 noviembre de 2014 [RJ 2014\5680] expone un supuesto de apreciación de falta de buena fe del acreedor hipotecario, concededor de una serie de contratos previos suscritos por el deudor en los que se obligaba a entregar unas viviendas litigiosas “libres de cargas y gravámenes”, cuestión que afectaba directamente a la pervivencia o no de su derecho real de hipoteca. El Alto Tribunal concluye que el acreedor hipotecario no fue ajeno a esos contratos y que no se encontraba protegido por la previsión del artículo 34 LH.

“En este caso no cabe duda de que la CAM, ahora recurrente, no era ajena al contrato celebrado y era concedora de que el deudor hipotecario-Lovipro Servicios Inmobiliarios SL- había contraído la obligación de entregar las viviendas y plazas de garaje litigiosas ‘libres de cargas y de gravámenes’ ya que incluso se había constituido en garante ante Atices SL del cumplimiento conector de dicha obligación mediante la constitución de un aval. De ahí que la aplicación del criterio de la falta de buena fe según lo dispuesto en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria no supone la vulneración de dicha norma, aún más si la misma se conecta con la exigencia general de buena fe contenida en el artículo 7 del Código Civil y la evitación del fraude de ley que supondría el hecho de poder facilitar al obligado el incumplimiento de una obligación precisamente quien se constituyó en garante de su adecuada satisfacción ante el acreedor de la prestación consistente en la entrega de los inmuebles libres de careas y gravámenes.”

81. Aplicando la doctrina anteriormente extractada a nuestro supuesto particular, ello supondría que el titular de la hipoteca (Lyon 2018 Investments, S.L.), concedora del acuerdo de constitución del derecho de superficie suscrito entre Golf Alcorcón y Soto Once (ahora, Dinanexo en calidad de cesionaria), no podría resultar beneficiaria de la



protección prevista en el artículo 34 LH para el adquirente de buena fe, pues no ostentaba tal condición al momento de subrogarse en el préstamo hipotecario, e incluso, al hacerlo, asumió las obligaciones alcanzadas en el mismo para la parte prestamista, entre las que se incluye la de dejar sin vinculación alguna el derecho de superficie respecto de la garantía hipotecaria (vid. párrafo 73) y, si fuera preciso, comparecer ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia si el titular de la finca así lo requiriera.

82. Esto es, el titular de la hipoteca resultaba conocedor de este pacto y deberá soportar la configuración del derecho de superficie, cuya formal constitución se está solicitando a este Centro Directivo, tras haberse ya otorgado escritura pública y restar únicamente que se proceda a su inscripción registral.

II. La diferencia en el precio de la configuración del derecho de superficie y de su cesión es irrelevante a los efectos de practicar la inscripción.

83. El fundamento de derecho segundo de la nota de calificación recurrida argumenta que, en caso de que se proceda a constituir actualmente el derecho de superficie en la forma configurada en los derechos y obligaciones derivadas del contrato privado suscrito entre Golf Alcorcón y Soto Once, el precio que deberá asignarse a dicho derecho debería ser el precio de 83.350 euros abonado por Dinanexo por la cesión del contrato y no los 5.634.505,28 euros abonados por Soto Once en el momento inicial de configuración del derecho.

84. Sencillamente, este argumento resulta, dicho sea con el debido respeto, completamente irrelevante a los efectos discutidos sobre la procedencia o no de la inscripción registral del título en el que se eleva a público el derecho de superficie configurado. Como hemos expuesto anteriormente, y este Centro Directivo resulta perfecto conocedor, la constitución de un derecho de superficie puede realizarse a título oneroso o gratuito, por lo que ello no supone impedimento de ningún tipo para inscribir el derecho real configurado.

85. En cualquier caso, los pactos interpartes relacionados con el precio de la configuración del derecho de superficie y de su cesión será una cuestión que afecte únicamente a aquéllas en el seno de sus relaciones obligacionales jurídico-privadas y, en modo alguno, puede afectar al juicio de legalidad que se debe efectuar previo a practicar la inscripción registral.

86. Por ende, reuniendo el título presentado todos los elementos y requisitos para la configuración y adecuada delimitación del derecho de superficie, y siendo dicho título una escritura pública válidamente otorgada, deberá proceder a inscribirse la misma al reunir todos los requisitos necesarios para ello.

III. La diligencia de 1 de abril de 2019 describe y delimita de forma adecuada y suficiente el derecho de superficie.

87. El artículo 9 LH recoge las circunstancias que deberán contener los asientos registrales, entre las que se contienen, según indica su apartado a), la descripción de la finca objeto de inscripción, y la representación gráfica georreferenciada de la finca con expresión de sus coordenadas, según prevé su apartado b). "El folio real de cada finca incorporará necesariamente el código registral único de aquélla. Los asientos del Registro contendrán la expresión de las circunstancias relativas al sujeto, objeto y contenido de los derechos inscribibles según resulten del título y los asientos del registro, previa calificación del Registrador. A tal fin, la inscripción contendrá las circunstancias siguientes:

a) Descripción de la finca objeto de inscripción, con su situación física detallada, los datos relativos a su naturaleza, linderos, superficie y, tratándose de edificaciones, expresión del archivo registral del libro del edificio, salvo que por su antigüedad no les fuera exigible. Igualmente se incluirá la referencia catastral del inmueble o inmuebles que la integren y el hecho de estar o no la finca coordinada gráficamente con el Catastro en los términos del artículo 10.

(...)

b) Siempre que se inmatricule una finca, o se realicen operaciones de parcelación, reparcelación, concentración parcelaria, segregación, división, agrupación o agregación, expropiación forzosa o deslinde que determinen una reordenación de los terrenos, la representación gráfica georreferenciada de la finca que complete su descripción literaria, expresándose, si constaren debidamente acreditadas, las coordenadas georreferenciadas de sus vértices.”

88. Por otro lado, el artículo 202 LH establece que la porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

“Las nuevas plantaciones y la construcción de edificaciones o asentamiento de instalaciones, tanto fijas como removibles, de cualquier tipo, podrán inscribirse en el Registro por su descripción en los títulos referentes al inmueble, otorgados de acuerdo con la normativa aplicable para cada tipo de acto, en los que se describa la plantación, edificación, mejora o instalación. En todo caso, habrán de cumplirse todos los requisitos que hayan de ser objeto de calificación registral, según la legislación sectorial aplicable en cada caso. La porción de suelo ocupada por cualquier edificación, instalación o plantación habrá de estar identificada mediante sus coordenadas de referenciación geográfica.

Salvo que por la antigüedad de la edificación no le fuera exigible, deberá aportarse para su archivo registral el libro del edificio, dejando constancia de ello en el folio real de la finca. En tal caso, cuando se trate de edificaciones en régimen de propiedad horizontal, se hará constar en el folio real de cada elemento independiente su respectiva representación gráfica, tomada del proyecto incorporado al libro.”

89. El tercer motivo de negativa de la nota de calificación hace referencia a que la escritura pública presentada a la inscripción no describe ni georreferencia la parte de la finca en la que se materializa el derecho de superficie, no teniendo como suficiente la descripción realizada en la Diligencia de 1 de abril de 2019 presentada telemáticamente y en la que las partes aclaran la delimitación y concreción del derecho de superficie.

90. No obstante lo anterior, como podemos apreciar de la literalidad de los preceptos aducidos por la Sra. Registradora para denegar la inscripción, aquéllos, en ningún caso, exigen georreferenciar la parte de la finca en la que se configure el derecho de superficie.

91. En todo caso, del tenor literal del artículo 202 LH se extrae que el momento en el que resultaría exigible dicha georreferenciación sería aquél en el que se produjera la posterior segregación física y jurídica del “suelo del superficiario” y se procediera a edificar sobre el mismo, y no en la constitución del propio derecho.

92. En este sentido, el artículo 9 LH si exige la representación gráfica georreferenciada de la finca cuando se produzca la segregación de la finca, y el artículo 202 LH cuando se produzca la edificación en la finca. Ninguna de estas circunstancias se ha producido en nuestro supuesto particular, sino que simplemente se ha configurado un derecho de superficie susceptible de inscripción registral.

93. Por consiguiente, la delimitación del derecho de superficie concretada mediante Diligencia de 1 de abril de 2019 es adecuada y suficiente para proceder a la inscripción de la escritura pública que eleva el contrato privado de constitución del derecho de superficie.

#### IV. Conclusiones

94. El contrato privado de 24 de diciembre de 2007, posteriormente elevado a público mediante escritura de 21 de noviembre de 2018, reúne todos los elementos y requisitos necesarios para configurar el derecho de superficie cuya inscripción se solicita. Del análisis exhaustivo de la literalidad del contrato configurador del derecho de superficie se extrae que aquél reúne todos los elementos, contenido y requisitos necesarios que las partes acordaron para delimitar el referido derecho real.

95. No resulta controvertido que el derecho real de superficie se constituye tras el otorgamiento de escritura pública y su posterior inscripción, sino que lo que argumentamos es que, reuniendo el título todos los requisitos legalmente exigidos para configurar el derecho de superficie, no puede sostenerse la negativa a la inscripción en la circunstancia de que, precisamente, dicho título no se encuentre inscrito. El argumento de la Sra. Registradora se trata de un razonamiento circular, que no se ajusta a derecho, y que nos conduciría al absurdo de no inscribir ningún negocio jurídico que requiera de la propia inscripción como requisito formal constitutivo. El juicio de calificación deberá centrarse en si el título reúne los requisitos exigidos para configurar el derecho y, a partir de ahí, si los aúna, proceder a la práctica de la inscripción, y no en denegar la misma si no se ha constituido el derecho, pues para constituirlo, precisamente, requiere de la referida inscripción.

96. La divergencia en la configuración de las masas activas de los concursos de la propietaria (Golf Alcorcón) y de la superficiaria (Soto Once) no es un motivo jurídico válido para denegar la inscripción, pues el inventario de la masa activa es un registro dinámico, cuyo contenido no configura ni constituye derechos, no resulta limitativo ni exclusivo, y deberá modificarse y adecuarse a la realidad jurídica de cada uno de los bienes que lo integran.

97. El segundo argumento relativo a la diferencia entre el precio de la constitución del derecho de superficie y de su cesión es irrelevante a los efectos de practicar su inscripción. Recuérdese que la constitución de un derecho de superficie puede ser gratuita u onerosa, por lo que el precio por el que se entienda constituido será una cuestión que afectará a las relaciones jurídico-privadas de las partes intervinientes y no a la procedencia de la inscripción del derecho y su publicidad registral.

98. El tercer argumento relativo a la supuesta inadecuación en la delimitación del derecho de superficie y la exigencia de georreferenciación del mismo, hemos analizado y observado como los artículos 9 y 202 LH no exigen dicha georreferenciación para el supuesto de constitución de un derecho de superficie y, en todo caso, parece evidente que dicha georreferenciación debiera producirse, en su caso, en el momento de efectuar la segregación física y jurídica de la finca o en el momento en el que se edifique la construcción proyectada sobre el suelo del superficiario.

Por todo lo expuesto, solicito a la Dirección General de Registros y del Notariado que admita el presente escrito, con los documentos que acompaño, tenga por presentado recurso gubernativo contra la nota de calificación negativa de fecha 23 de julio de 2019 de la Sra. Registradora del Registro de la Propiedad núm. 2 de Alcorcón, a practicar la inscripción de la escritura de elevación a público de documento privado de compraventa de derecho de superficie otorgada el 21 de noviembre de 2018 ante el Notario de Madrid, D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 2.558 de su orden de protocolo, subsanada mediante sendas Diligencias de fechas 30 de noviembre de 2018 y 9 de abril de 2019; y (ii) de la escritura pública de cesión de contrato otorgada el 1 de marzo de 2018 ante el Notario de Madrid, D. Rafael Bonardell Lenzano, en sustitución de su compañero D. Luis Quiroga Gutiérrez, bajo el número 485 de su orden de protocolo, y, tras los trámites legales oportunos, dicte resolución ordenando la práctica de la inscripción de la referida escritura».

#### IV

Notificada la interposición del recurso al notario de Madrid, don Luis Quiroga Gutiérrez, presentó el siguiente escrito de fecha 19 de septiembre de 2019:

«I. (...) Escritura pública de cesión de contrato otorgada el día 18 de marzo de 2.018, ante don Rafael Bonardell Lenzano como mi sustituto, con el número 485 de protocolo.

II.—Mediante el presente escrito me adhiero a los razonamientos esgrimidos por la parte recurrente conforme a los cuales debiera inscribirse el derecho de superficie cuestionado.

III.—Sin perjuicio de ello, dando por reproducidos los hechos referidos en el recurso, considero conveniente insistir en los siguientes aspectos:

1. Sin profundizar en el análisis acerca de la naturaleza jurídica del derecho de superficie, no se puede desconocer que la misma no es indiscutida.

En efecto, puede hablarse de un carácter dual del derecho de superficie según intervengan en el mismo personas o entidades de naturaleza pública o privada.

La razón para acudir a dicho dualismo está en la radical diferencia de principios existente entre la autonomía de la voluntad, vigente en el derecho civil patrimonial, y el principio de legalidad, entendido a la luz de la doctrina de la vinculación positiva de la actuación administrativa. La regulación contenida en el Real Decreto 7/2.015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana sobre el derecho de superficie está pensada por y para regular la máxima sujeción de la actuación administrativa a la ley, así como para dotar a dicha administración, en tanto titular de los bienes gravados, de expeditivos métodos de reacción ante posibles incumplimientos del superficiario. Por ello, consideramos que la mencionada legislación ha de tener carácter dispositivo cuando el derecho de superficie se establezca entre particulares. Aun cuando se afirmase *[sic]* el carácter eminentemente civil de la normativa debatida ello no impide que su destinatario exclusivo sea una Administración Pública, como sucede en otras disposiciones de naturaleza civil que inquestionablemente están dirigidas únicamente a la Administración Pública.

Así, la STS de 26-11-2.002 (RJ 2002/9935) señala la especial relevancia que debe tener la diferente naturaleza de los sujetos intervinientes en la constitución del derecho de superficie, que justifica que “los preceptos imperativos de la normativa mencionada, al constituir una importante excepción al principio espiritualista de libertad de contratación y de autonomía de la voluntad privada, solamente puede encontrar justificación en aquellas ocasiones o para aquellos supuestos en que se hallen en juego finalidades de interés público, como sucede cuando la Administración decide utilizar el derecho de superficie como instrumento de intervención en el mercado del suelo, careciendo en cambio del menor fundamento para ser impuestos en las relaciones contractuales de particulares que no tienden a conseguir finalidades sociales, sino auténticamente privadas...”.

La reforma legal del derecho de superficie realizada en la Ley 8/2.007, de 8 de mayo, de suelo y en el Real Decreto 7/2.015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana, admitiendo pactos que, ya con anterioridad se daban en la práctica en los derechos de superficie constituidos entre particulares, como por ejemplo, acerca de la liquidación del derecho de superficie o su constitución sobre edificaciones previas, demuestran la rigidez del régimen urbanístico sobre el mismo y lo inoperante que resulta su aplicación al constituido entre particulares. En definitiva, se trata de admitir la existencia de un derecho de superficie, constituido entre particulares, fuera de los estrictos cauces que impone la Ley del Suelo, donde no se desconozca la vigencia del principio de autonomía de la voluntad y el juego del mismo en la configuración de los derechos reales, respecto de los cuales rige el principio de “*numerus apertus*”.

No se aprecian, por tanto, razones objetivas para en el supuesto de un derecho superficie constituido entre particulares alterar el régimen general de constitución de los derechos reales de título y modo ni el principio espiritualista que lo informa rigiendo las reglas generales previstas en los artículos 1.278 y siguientes del Código Civil. Así, si mantenemos una concepción dualista en la configuración del derecho de superficie la nueva regulación contenida en la legislación urbanística habría de resultar intrascendente cuando la superficie se constituyera entre particulares.

Estos argumentos permiten rebatir la tesis que pretende negar la protección que el Registro de la Propiedad otorga a los pactos establecidos entre particulares que, por lo demás, cumplen los requisitos de acceso al mismo (conurrencia de los elementos esenciales del negocio y titulación pública, tal y como expone el escrito de recurso).

Ciertamente el Registro constituye un elemento esencial de protección de terceros y del tráfico en general a través del mecanismo de la publicidad. Desde este punto de vista no parece que la institución del Registro, ni el derecho en general, pueda convertirse, a modo de burladero jurídico, en un mecanismo de protección de terceros de mala fe (aquellos que conocían o debieran conocer la existencia del derecho inscribible o los pactos entre las partes), ni tampoco en un elemento de desprotección de los terceros de buena fe, respecto de los cuales el registro debería publicar el derecho existente.

2. Aun partiendo de una visión más rígida y formal de la figura debatida no compartimos las conclusiones plasmadas en la nota de calificación.

Niega la misma que el derecho de superficie haya quedado constituido, no ya en el documento privado, sino si quiera en la escritura de elevación a público del mismo. No cuestiona, sin embargo, la nota la falta de existencia o de validez de los elementos necesarios para la constitución del derecho (fuera de los requisitos formales) sino que parece centrar su criterio en un elemento puramente volitivo o intencional de las partes: las partes se obligaron, mediante documento privado, a constituir un derecho de superficie; y en la escritura pública, por lo visto, simplemente elevan a público la obligación de obligarse a constituir el derecho de superficie. Para mantener esta singular y alambicada interpretación de lo documentado por las partes se basa la calificación en expresiones del siguiente tenor literal que, a su juicio, niegan la posibilidad de existencia del derecho de superficie: “ambas partes se obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la Constitución formal del derecho de superficie...”, o “... los comparecientes... elevan a público el documento privado en virtud del cual se constituyó” (en pasado) “el derecho de superficie sobre la finca descrita...”.

Resulta excesivamente forzada la conclusión que en la calificación se hace de la verdadera intención de los contratantes. Más aún si la misma se basa en las frases expuestas que, fácilmente y más congruentemente con la voluntad de las partes, podrían admitir el sentido contrario al propuesto por la Sra. Registradora.

En efecto, por un lado, el pacto de las partes en virtud del cual se obligan a proceder a la constitución formal del derecho de superficie debe entenderse en el sentido del compromiso de otorgar la escritura pública para su posterior inscripción en el Registro del Propiedad. No otra cosa han realizado y procurado las partes; a su vez, la referencia en la escritura al documento en cuya virtud se “constituyó” el derecho de superficie no deja lugar a dudas de que la intención de las partes era la constitución del mismo. El cambio del tiempo del verbo por el presente “constituye” o su sustitución por la expresión verbal “configuró” en nada violentaría lo documentado y realmente querido por los intervinientes.

Si nos fijamos en expresiones literales vertidas en el documento privado elevado a público o en la propia escritura pública, abundantes son las que no dejan lugar a dudas de la constitución del derecho de superficie, empezando por el propio título de la escritura “elevación a público de documento privado de compraventa de derecho de superficie” u otras como “...transmite a... los derechos de superficie sobre una parcela...”

Lo expuesto anteriormente resulta, a nuestro juicio, suficiente para considerar constituido el derecho de superficie. No obstante, si alguna duda hubiese sobre lo verdaderamente querido por las partes, el criterio mantenido en este informe encuentra igualmente apoyo legal en las reglas de interpretación de los contratos dispuestas en los artículos 1.281 y siguientes del Código Civil. Sin pretensión de reiterar lo señalado en el escrito de recurso creemos útil poner de manifiesto algunos de los criterios hermenéuticos propuestos por dicho cuerpo legal: “si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá esta sobre aquellas” (Art. 1.281 [sic] Cc); o bien, “para juzgar de la intención de los contratantes, deberá atenderse principalmente a los actos de estos, coetáneos y posteriores al contrato” (Art. 1.282 Cc). Precisamente, los actos coetáneos y posteriores de las partes no dejan lugar a dudas de que la intención de las partes fue constituir el derecho de superficie. Actos que fueron conocidos al tiempo de la calificación, incluso realizados atendiendo a requerimientos de la Sra. Registradora con el fin de lograr la inscripción registral.



En definitiva, los contratantes, de mutuo acuerdo hacen o aceptan un proyecto de contrato y convienen -de mutuo acuerdo también- en que ambos se obligan a que el contrato proyectado tenga eficacia plena en el momento en que lo exija alguna de las partes. Es posible que las partes hayan utilizado la frase “nos obligamos a contratar,... a hacer,... a formalizar...”, pero se emplea en sentido metafórico, pues lo que se proponen es quedar obligados contractualmente respecto a lo proyectado, no a tener un nuevo querer o a emitir una nueva declaración, sin interés para ellos ni valor patrimonial o jurídico.

3. Ciertamente resulta de la escritura de elevación a público de forma clara la voluntad de las partes de constituir un derecho de superficie. Son frecuentes los apartados del texto, del documento privado o de la escritura pública, de los que resulta la voluntad de las partes. Concorre la voluntad de todas las partes implicadas (propietario/cedido, superficiario/cedente y superficiario/cesionario) a través de las escrituras analizadas y reseñadas en este informe, y concurren todos los elementos del contrato de constitución de derecho de superficie, en particular, la causa del mismo: la constitución del referido derecho.

Por ello, aun cuando se entendiese el documento privado como una mera promesa de contrato la trascendencia que respecto del mismo tendría la escritura de elevación a público no puede ser otra que la de otorgar plena vigencia al contrato proyectado».

V

El registrador emitió informe el día 29 de septiembre de 2019, en el que mantuvo la nota de calificación, y elevó el expediente a este Centro Directivo.

### Fundamentos de Derecho

Vistos los artículos 1224 Código Civil; 53.2 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 (anterior artículo 40.2 del Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo); 2, 9, 98 y 202 de la Ley Hipotecaria; 9 del Reglamento Hipotecario; las Sentencias del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1944 y 3 de noviembre de 1982, y las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002, 17 de noviembre de 2003, 16 de junio de 2012, 13 de mayo de 2015, 11 de abril de 2016, 7 de septiembre de 2017 y 9 de enero de 2018.

1. Se debate en el presente recurso si es inscribible una escritura pública de elevación a público de documento privado de compraventa de derecho de superficie, otorgado por la administración concursal de la mercantil «Golf Alcorcón, S.L.» en favor de la sociedad mercantil «Dinanexo Iberia, S.L.». En el contrato privado la citada compañía «Golf Alcorcón, S.L.» transmitió a la sociedad «Soto Once, S.L.» (que luego cedió el contrato en favor de «Dinanexo Iberia, S.L.») los derechos de superficie sobre una parte de la parcela, en concreto sobre la porción de la parcela en la que se sitúen en un futuro los 6.383,67 metros cuadrados de edificabilidad destinados de los usos principales antes definidos y sobre la porción de la parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los usos alternativos. En la estipulación segunda del referido contrato privado, se hace constar que «la transmisión de los Derechos de Superficie» queda establecida en 99 años, contados a partir del día del otorgamiento de la escritura en que se formalice la constitución de dicho derecho». En la estipulación tercera se fija el precio y la forma de pago «por los Derechos de Superficie transferidos», por un importe de 5.634.505,28 euros, parte pagado por transferencia y parte en pagaré con vencimiento el 25 de enero de 2008. En la estipulación quinta, bajo el epígrafe «segregación», ambas partes se obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la constitución formal del derecho de superficie por 99 años y a la posterior segregación física y jurídica del «suelo del superficiario» para con posterioridad

proceder a la venta de dicha parcela por parte de «Golf Alcorcón, S.L.» a «Soto Once, S.L.», estableciendo el precio por el que se realizara tal transmisión, considerando el mismo pagado por la transmisión de derechos realizada, como pago a cuenta del importe.

Por diligencia de la misma fecha a la escritura de elevación a público citada, las partes aclaran que el derecho de superficie se concreta sobre superficie total de 45.758 metros cuadrados, aproximadamente, (en el documento privado no se indicó ni la superficie ni en que parte de la finca se ubicarla ese derecho), y que linda: al Norte, en línea mixta, recta, curva convexa y recta de 64,47, 161,24 y 21,29 metros, con la parcela de use terciario dentro del PP7; al Este, en línea quebrada en dos tramos rectos de 12,70 y 49,30 metros, con parcela C-1, línea recta de 10 metros, con viario local parcela VI-1, línea quebrada en tres tramos rectos de 80,02, 45,40 y 46,39 metros, con parcela B-1 y curva convexa de 13,62 metros, con viario local parcela VI-1; at Sureste, en línea quebrada en cuatro tramos rectos de 30,09, 72,98, 52,39 y 45,98 metros, con límite de PP-7; al Suroeste, en línea quebrada en cinco tramos rectos de 121,19 metros, con parcela ZV-2.1; de 114,18 metros, con parcela R-3; de 130,62 y 40,26 metros, con parcela R-2-5, y de 29,43 metros, con parcela R-6. Se acompaña un plano unido a la matriz.

Se acompaña escritura otorgada en Madrid ante el notario don Rafael Bonardell Lenzano, como sustituto de don Luis Quiroga Gutiérrez, el día 1 de marzo de 2018, con el número 485 de su protocolo general, por virtud de la cual la mercantil «Soto Once, S.L.» cedió a «Dinanexo Iberia, S.L.» y aquélla aceptó «el contrato suscrito el día 24 de diciembre de 2.007», con la sociedad «Golf Alcorcón, S.L.».

En la escritura de elevación a público de documento privado, en el apartado cargas tras la descripción de la finca, hacen constar los comparecientes que en la escritura de constitución de hipoteca sobre la finca que nos ocupa, se hizo costar lo siguiente: «Golf Alcorcón, S.L.» tiene un acuerdo con la sociedad «Soto Once, S.L.», por el cual a requerimiento de éste se procederá a constituir un derecho de superficie sobre una parte de la parcela en concreto sobre la porción de la parcela destinada a los usos principales antes definidos, y sobre la porción de la parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los usos alternativos. En la hipoteca antes referenciada consta que en el momento en que se constituya dicho derecho de superficie, el mismo no se verá afectado por la garantía hipotecaria existente, de tal forma que queda libre de las cargas financieras antes referidas y constituidas, sin que ello suponga modificación ni alteración alguna en las condiciones ni garantías reales del préstamo y que, en caso de que sea necesario, y a requerimiento de «Golf Alcorcón, S.L.» la entidad prestamista acudirá ante fedatario público para ratificar dicha circunstancia.

La registradora entiende que no procede elevar a público un contrato privado como de constitución de derecho de superficie diez años atrás, en el cual lo que se expresaba era «ambas partes se obligan a realizar las gestiones y tareas necesarias para proceder a la Constitución formal del “Derecho de Superficie”, y se obligan “a la posterior segregación física y jurídica del “Suelo del Superficiario” para con posterioridad proceder a la venta de dicha parcela por parte de Golf Alcorcón S.L. a Soto Once S.L., estableciendo el precio por el que se realizará tal transmisión, considerando el mismo pagado por la transmisión de derechos realizada, como pago a cuenta del importe “manifestando en la escritura que se califica, “los comparecientes.... elevan a público el documento privado.... en virtud del cual se constituyó” (en pasado) “el derecho de superficie sobre la finca descrita por el precio de cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros y veintiocho céntimos”. El contrato privado protocolizado y elevado a público, parece contener una serie de derechos y obligaciones, siendo la primera la de constituir en el futuro un derecho de superficie sobre la finca 57.865 de Alcorcón y la segunda lo que parece ser una promesa de venta futura de la finca sobre la que se materialice previa su segregación, y dando ya por pagado el precio. No sólo es que la constitución de tal derecho exija con carácter constitutivo el otorgamiento de escritura pública y su inscripción en el registro para su oponibilidad erga

omnes (la entonces vigente Ley 8/2007, de 28 de mayo, de suelo entonces el vigente, regulaba en su artículo 35.2 '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.' posteriormente derogada por el Real Decreto Legislativo 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprobó el texto refundido de la Ley de Suelo, que mantuvo idéntica norma en su artículo 40.2, y que en la actualidad en el vigente 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, que lo derogó, se encuentra con idéntico contenido recogido en su artículo 53.2).. sino que, además: a.–En dicho documento privado, y a pesar de su confusa redacción, se niega que se esté constituyendo tal derecho de superficie. b.–En la elevación a público presentada reconocen expresamente en el apartado cargas transcrito anteriormente, el acuerdo que tenían de constituir en el futuro un derecho de superficie, dando por supuesto que el contrato privado no lo constituía. c.–Las partes intervinientes en dicho documento privado, ambas en situación de concurso, lo califican confusamente en sus respectivas masas. El adquirente de los derechos, Soto Once SL, describe su lote 11 de su masa concursal haciendo constar que dicho “derecho de superficie” no consta elevado a público ni por consiguiente inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, lo que implica que no haya quedado válidamente constituido. Por ello, en el contrato suscrito por las partes lo que realmente fue objeto de transmisión fueron -como así se hizo constar (“todos los Derechos y Obligaciones inherentes a dicho Derecho” pero no un derecho de superficie propiamente dicho.”, valorándolo en 166.358 euros; y a instancia de ese mismo adquirente, Soto Once SL, interpone una demanda incidental de impugnación de inventario del concurso del transmitente, Golf Alcorcón SL, para “reconocer en el inventario de la masa activa del concurso la existencia de un contrato de cesión de derecho de superficie”, el cual según el documento privado Soto Once SL había pagado por los derechos derivados del mismo cinco millones seiscientos treinta y cuatro mil quinientos cinco euros y veintiocho céntimos. Es decir, el transmitente (en el concurso de Golf Alcorcón SL), lo califica como un derecho de superficie ya constituido, que merma el valor de su finca en la cuantía fijada en el documento privado como precio de la transmisión de parte de la edificabilidad, más de cinco millones de euros, y el adquirente (en el concurso de Soto Once SL), lo califica, tras negar la existencia del derecho de superficie, como “todos los Derechos y Obligaciones inherentes a dicho Derecho pero no un derecho de superficie propiamente dicho”, valorándolo en su plan de liquidación en 166.358,55, y cediendo tales derechos en 83.350 euros. Por lo que se hace necesaria aclaración de las discordancias por la autoridad judicial del concurso (...) Así mismo, en el caso de que procedan a constituir actualmente el derecho de superficie en la forma resultante de los derechos y obligaciones derivadas del contrato privado firmado por Golf Alcorcón SL, (titular registral de la finca), y Soto Once SL, (adquirente en su día en el contrato privado), dicho derecho de superficie se constituiría a favor de Dinarexo Iberia SL, (adquirente de los derechos derivados de dicho contrato por contrato de cesión en escritura pública de fecha 1 de marzo de 2.018). Pero el precio pagado y acreditado por Dinarexo Iberia SL, serán los 83.350 euros pagados por Dinarexo SL a Soto Once SL en dicha escritura de cesión de contrato, nunca los 5.634.505,28 euros que en el documento privado manifiesta Soto Once SL haber pagado a Golf Alcorcón SL por los derechos derivados del mismo (...) Además de ser necesario la constitución del derecho de superficie en escritura pública, en la misma habrá que describir y georreferenciar la parte de finca en la que se materialice dicho derecho de superficie, art 9 LH y 202 RH. Sí según el documento privado recaería sobre parte de la parcela, en concreto sobre la porción de la parcela en la que se sitúen en un futuro los 6.373.67 metros cuadrados de edificabilidad derivados de los usos principales y sobre la porción de la parcela en la que se sitúe la edificabilidad correspondiente a los usos alternativos, lo cual se definiría en el futuro al constituirse, y teniendo la finca registral una superficie de 54.787 metros cuadrados y una edificabilidad

total máxima computable de 12.517 metros cuadrados, no bastará la descripción realizada en la diligencia de 1 de abril del presente año presentada telemáticamente en la que las partes aclaran que el derecho de superficie se concreta sobre superficie total de 45.758 metros cuadrados aproximadamente, y se describen linderos y acompaña plano (en el documento privado no se indicó ni la superficie ni en que parte de la finca se ubicarla ese derecho), sino que habrá que georreferenciar la ubicación de dicho derecho a constituir».

La sociedad recurrente entiende que entre la escritura de elevación a público y el contrato privado está claramente definido el derecho de superficie, en cuanto a su extensión y duración, que ese derecho de superficie se está ahora formalizando en escritura pública, y que no es necesaria la georreferenciación por entender que esto será exigible cuando se lleve a cabo la segregación de los terrenos, lo que no es necesario de momento para la constitución del derecho de superficie.

2. En relación con la primera cuestión, entiende la registradora que dicho «derecho de superficie» no consta elevado a público ni por consiguiente inscrito en el Registro de la Propiedad correspondiente, lo que implica que no haya quedado válidamente constituido ni sea por tanto oponible a terceros. Entiende que en el contrato suscrito por las partes lo que realmente fue objeto de transmisión fueron «todos los derechos y obligaciones inherentes a dicho derecho» pero no un derecho de superficie propiamente dicho. Reconociendo la entidad «Soto Once, S.L.» en su propio concurso, la inexistencia del derecho de superficie, y la mera titularidad de los derechos y obligaciones derivados del contrato de 24 de diciembre de 2007 entre «Golf Alcorcón, S.L.» y «Soto Once, S.L.».

Sin embargo, este defecto no puede ser sostenido. La elevación a público de un documento privado no sólo tiene eficacia meramente reconocitiva, sino que también puede tener una eficacia complementadora del negocio, a modo de «renovatio contractus». Y de lo que no cabe duda es que es título inscribible, siempre que cumpla con los principios estructurales del sistema registral, entre ellos el principio de tracto sucesivo, como ocurre en el caso de este expediente en el que se acompaña la escritura de cesión contractual entre quien eleva a escritura pública y quien otorgó el documento privado.

Es doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 17 de noviembre de 2003 y 9 de enero de 2018) que «sin prejuzgar ahora si las escrituras meramente reconocitivas en las que las partes de un contrato preexistente se limitan, con plena capacidad para ello, a admitir la efectiva celebración del mismo (escrituras que nada prueban contra el documento originario si por exceso u omisión se apartaren de él –artículo 1.224 del Código Civil–), pueden ser o no consideradas como título material a efectos de su inscripción en el Registro de la Propiedad (cfr. artículos 3 de la Ley Hipotecaria y 33 de su Reglamento), lo cierto es que la escritura ahora calificada, en tanto en cuanto tiene un contenido no sólo confesorio sino también volitivo, al consignar el negocio documentado en su integridad y expresar el consentimiento contractual de quienes aparecen con la plenitud del poder dispositivo sobre la finca afectada y con capacidad para realizar el acto traslativo cuestionado, de modo que queda garantizada la autenticidad de dicho consentimiento, con las consecuencias derivadas de la fe pública de que goza el documento público notarial [cfr. artículos 1.218 del Código Civil, 1 y 17.bis, apartado a), de la Ley del Notariado y 1 y 145 del Reglamento Notarial], ha de producir los efectos de toda escritura pública y, en concreto, ha de reputarse título inscribible (artículos 2.1.º y 2.2.º de la Ley Hipotecaria y 7 de su Reglamento)».

La doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 13 de mayo de 2015 y 11 de abril de 2016, por todas) ha recogido la jurisprudencia del Alto Tribunal en esta materia. La Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de octubre de 1944, ratificada por otras muchas, señaló, que no es posible hacer prevalecer contra los términos categóricos y claros del documento notarial una convención anterior. Pero el artículo 1224 del Código Civil hace referencia a la escritura reconocitiva y para que nos encontremos dentro de su ámbito de aplicación requiere que se reseñe en la propia escritura el documento originario puesto que como indica la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de julio

de 1984, su carácter reconocitivo «exige al menos una referencia al acto o contrato primordial».

También es doctrina del Alto Tribunal que siempre que en una escritura pública reconozcamos documentos o negocios jurídicos anteriores, estamos en presencia de una escritura acogida a los supuestos de eficacia del artículo 1224 del Código Civil. De lo contrario su contenido queda independiente y aislado de los pactos previos y anteriores porque la renovación del consentimiento en cuanto a los sujetos, y la refundición del contenido negocial en cuanto al objeto, dotaron de validez interna a un nuevo contrato. Esto es, en presencia de una escritura, la alternativa es clara: o es reconocitiva si encaja en el artículo 1224 del Código Civil o es constitutiva si queda fuera de los supuestos que claramente alude el artículo 1224 del Código Civil. Es más, si la reproducción no coincide con el original intencionadamente habrá un nuevo negocio y no una simple declaración confesoria o de reconocimiento. El citado precepto es aplicable (por su antecedente histórico) a las escrituras que cumplen una función estrictamente de reconocimiento, de manera que la solución no se aplica a los casos de sucesiva documentación de la «lex contractus», cuando los documentos sean discordantes entre sí. Para tal caso, la regla debe ser la contraria, de manera que la nueva reglamentación de intereses sustituye a la anterior. Así lo pone de manifiesto la Sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 1982 y lo ha recogido la Resolución de este Centro Directivo de 13 de mayo de 2015. En consecuencia, nos encontramos ante una auténtica «renovatio contractus».

De los términos de la escritura de elevación a público de documento privado complementada por diligencia de la misma fecha (en la que las partes definen la ubicación concreta del derecho de superficie), e incluso de la escritura de constitución de la hipoteca sobre la finca, de la que resulta que no se extiende la hipoteca al derecho de superficie, resultan todos los elementos necesarios para la inscripción de este derecho de superficie: voluntad actual de constituir un derecho real de superficie sobre finca ajena, su duración (99 años a partir del día del otorgamiento de la escritura –que será la de elevación a público–), ubicación exacta del derecho de superficie constituido y precio pagado por los derechos de superficie, así como del de la cesión posterior de los mismos en favor de quien formaliza el derecho.

Cabalmente la escritura de formalización del derecho de superficie es la elevación a público, lo que junto con la inscripción registral permitirá dar cumplimiento al precepto imperativo del artículo 53.2 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 mismos términos que el artículo 40.2 2/2008, de 20 de junio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo vigente en el momento de la formalización del documento privado), según el cual 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. Será en el momento en que se inscriba el derecho de superficie cuando se aporte el título al procedimiento concursal para clarificar su valoración en la masa del concurso, por lo que tampoco la observación de la registradora en relación a este extremo puede sostenerse.

Tan sólo la referencia a la obligación futura de realizar la segregación futura de la parcela afectada por el derecho de superficie carece de trascendencia real y debe ser objeto de denegación (artículos 2 y 98 Ley Hipotecaria y 9 Reglamento Hipotecario). Mientras tanto el derecho de superficie puede ser inscrito sin llevar a cabo la segregación del terreno.

Al respecto tiene declarado este Centro Directivo (Resoluciones de 16 de diciembre de 1994, 3 de abril de 2002 y 16 de junio de 2012, entre otras) que en nuestro ordenamiento jurídico es perfectamente factible constituir un derecho de uso sobre alguna de las partes materiales susceptible de aprovechamiento independiente de un inmueble y que lo anterior no es incompatible con el mantenimiento de la unidad objetiva del todo pues no existe obstáculo jurídico a la constitución de derechos de goce -reales o personales- concretados a una sola porción material de la finca sobre la que se



constituyen (vid. artículos 469, 517, 523 y siguientes, 545, 553, 564 y 1582 del Código Civil y 4 de la Ley de Arrendamientos Rústicos), siempre y cuando quede suficientemente determinado (máxime si se trata de un derecho inscribible) la porción de la finca sobre la que recaerá tal derecho de goce (vid. artículos 1261 y 1273 y siguientes del Código Civil, 9.1 de la Ley Hipotecaria y 51 del Reglamento Hipotecario).

3. Finalmente, en cuanto a la necesidad de georreferenciación obligatoria del derecho de superficie debe también estimarse el recurso, pues esto sólo es obligatorio para determinados supuestos, como ocurrirá en el caso de la segregación de la finca (cfr. artículo 9 de la Ley Hipotecaria) que como vemos no es exigible en este momento, o en los casos de declaración de obra nueva finalizada.

Como ya señalara la Resolución de 7 de septiembre de 2017 dado que se trata de una exigencia legal referida a la concordancia del Registro con la realidad física extrarregistral de la finca (cfr. artículo 198 de la Ley Hipotecaria), sólo será exigible en los casos en que la edificación se encuentre finalizada, momento en el que podrán determinarse efectivamente las coordenadas de la porción ocupada por la misma en dicha realidad extrarregistral. Tal y como señala el artículo 202 de la Ley Hipotecaria, las coordenadas se refieren a la superficie ocupada por la edificación lo que debe entenderse en el sentido de que tiene que estar realmente ocupada, no meramente proyectada su ocupación. De otro modo, si la edificación no llegase a ejecutarse o se modificase a su terminación, el Registro publicaría una información errónea.

En consecuencia, esta Dirección General ha acordado estimar el recurso y revocar la nota de calificación.

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, 28 de noviembre de 2019.—El Director General de los Registros y del Notariado, Pedro José Garrido Chamorro.